

مجلة سداسية متخصصة محكمة

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

المجلد 17/عدد 01-2018
Volume 17/N° 01-2018

Revue Académique
de la Recherche Juridique

Revue Académique de la Recherche Juridique

السنة التاسعة/المجلد 17/عدد 01-2018

Neuvième Année / Volume 17 / N° 01-2018

رد م د: 2170-0087

ISSN:2170 - 0087

الإيداع القانوني: 2010_57

Dépôt légal:57_2010

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية



المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة التاسعة / المجلد 17 / العدد 01-2018

رد م د: 0087-2170
رد م د الإلكتروني: 2588-2287
رقم الإيداع القانوني: 2010-57
جميع حقوق النشر محفوظة ©

الناشر: كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية
العنوان : طريق تيشي، ابوداو ، بجاية.
بجاية، 06000، الجزائر
الهاتف/ فاكس: 034/34.68.81

البريد الإلكتروني للكلية: fdsp.bejaia@gmail.com

هيئة تحرير المجلة

مدير النشر: الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية.
رئيس التحرير: الدكتور بري نور الدين، أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية.

اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة:

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

المراجعة اللغوية:

- الدكتور: تريكي فريد، أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية (اللغة العربية)
- الأستاذ الدكتور: صدام فيصل كوكز المحمدي، أستاذ، جامعة الفلوجة، العراق. (اللغة الانجليزية).
- الدكتور: بري نور الدين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية (اللغة الفرنسية).

أمانة تحرير المجلة:

- أسياخ سمير، أستاذ محاضر "ب"،
- بن موهوب فوزي، أستاذ مساعد "أ"،
- عوف السعدي، وثنائي أمين محفوظات.

عنوان أمانة التحرير:

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، طريق تيشي، ابوداو، بجاية.

الهاتف/فاكس: 034/34.68.81

البريد الإلكتروني للمجلة: revue.academique@yahoo.fr

الإطلاع على المجلة:

يمكن الإطلاع على المقالات المنشورة في المجلة بالنص الكامل والوصول المفتوح " Open Access et full-text " على الرابطين التاليين:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

التعريف بالمجلة

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني هي مجلة علمية دولية سداسية متخصصة في المجال القانوني، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الرحمان ميره، بجاية. منذ نشر العدد الأول منها في جوان 2010، ركزت المجلة على نشر جميع الأبحاث العلمية والأكاديمية في المجال القانوني بثلاث لغات: العربية والفرنسية والإنجليزية. تهتم المجلة بنشر الدراسات المحترمة لمعايير النشر الدولية من أصالة و أمانة علمية. وهي مفتوحة للأكاديميين والباحثين المتخصصين في المجال القانوني بفروعه المختلفة. وهي مهتمة بالبحث والدراسات القانونية، والتعليقات على النصوص القانونية، والأحكام و القرارات القضائية، وتعمل على تطوير الثقافة القانونية على نطاق واسع. وهي موجودة منذ إنشائها سنة 2010 على الموقع الإلكتروني لجامعة بجاية والبوابة الجزائرية للمجلات العلمية.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

مقاييس وقواعد النشر

يتم اعداد المقال ببرنامج مايكروسوفت وورد Microsoft office في ورقة حجم A4 على أن تكون هوامش الصفحة 2 سم من كل الجوانب ويكون قياس رأس وأسفل الورقة 1 سم، تبدأ الفقرة بفراغ 1 سم، وقياس الفراغ بين الأسطر يكون 1 سم دون مضاعفته أو المباعدة بين الفقرات، كما يكتب المؤلف المعلومات المدونة في رأس الورقة En-tête ويرقم المقال في أسفل الورقة كما هو مدون في Template على أن لا يتعدى عدد الصفحات 25 ولا يقل عن 8 باحترام الترتيب التسلسلي.

تكتب العناوين الرئيسية (الملخصات، الكلمات المفتاحية، المقدمة، المباحث والخاتمة) بالبنط العريض قياس 18 وتكتب العناوين الثانوية بالبنط العريض قياس 16) ويطلب من المؤلف الالتزام بالتوجيهات التالية أثناء تحرير مقاله:

1- عنوان المقال بلغة المقال: يدون المؤلف العنوان بلغة المقال في بداية الصفحة، يكون مركز في المنتصف بخط Simplified Arabic وبالبنط العريض قياس 18.

2- المعلومات الشخصية للمؤلف (المؤلفين): يدون المؤلف (المؤلفون) معلوماته الشخصية على الشكل التالي:

يكتب الاسم واللقب وجامعة الانتماء مباشرة تحت العنوان، بخط Simplified Arabic وبالبنط العريض قياس 16).

ثم يقوم بإحالة إلى هامش الصفحة الأولى أين يدون فيه الرتبة، مخبر البحث أو القسم، الكلية، الجامعة، المدينة، الرمز البريدي، البلد والبريد الإلكتروني. (أنظر Template)، وذلك بخط Simplified Arabic قياس 12.

كما يجب ذكر المؤلف المراسل وهو البريد الإلكتروني لمرسل المقال من حسابه على البوابة ASJP.

3- الملخص بلغة المقال: يحرر المؤلف ملخصا بلغة المقال في الصفحة الأولى وذلك بخط Simplified Arabic، قياس 14 على أن لا يتعدى مئة (100) كلمة.

4- الكلمات المفتاحية بلغة المقال: تدون الكلمات المفتاحية بلغة المقال في الصفحة الأولى وتكتب بخط Simplified Arabic قياس 14 على أن لا تتعدى خمسة (05) كلمات ويفرق بينها بوضع فاصلة.

5- العنوان باللغة الانجليزية: يحرر المؤلف عنوانا باللغة الانجليزية، يكتب بالبنط العريض بخط Times New Roman قياس 16.

6- الملخص باللغة الانجليزية: يحرر المؤلف ملخصا باللغة الانجليزية، يكتب بخط Times New Roman قياس 14 على أن لا يتعدى مئة (100) كلمة.

7- الكلمات المفتاحية باللغة الانجليزية: يحرر المؤلف كلمات مفتاحية باللغة الانجليزية تكتب بخط Times New Roman قياس 14 على أن لا تتعدى خمسة (05) كلمات ويفرق بينها بوضع فاصلة.

8- **العنوان باللغة الفرنسية:** يحرر المؤلف عنوانا باللغة الفرنسية ويكتب بالبنت العريض بخط Times New Roman قياس 16.
9- **الملخص باللغة الفرنسية:** يحرر المؤلف ملخصا باللغة الفرنسية، يكتب بخط Times New Roman قياس 14 على أن لا يتعدى مئة (100) كلمة.

10- **الكلمات المفتاحية باللغة الفرنسية:** يحرر المؤلف كلمات مفتاحية باللغة الفرنسية تكتب بخط Times New Roman قياس 14 على أن لا تتعدى خمسة (05) كلمات ويفرق بينها بوضع فاصلة.

11- **مقدمة:** عبارة عن إحاطة شاملة بالموضوع وتنتهي بطرح إشكالية والمنهجية المتبعة وتحرر بخط Simplified Arabic قياس 14.

12- **متن المقال:** يتم تقسيم المقال حسب المنهجية المعتمدة في البحث القانوني والمتبعة من طرف المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، حيث يعتمد طريقة التفرع بين المباحث والمطالب والفروع، أو طريقة أولا، 1، أ.

- **المبحث الأول:** العنوان الرئيسي يكون مركز إلى اليمين ويحرر بخط Simplified Arabic وبالبنت العريض قياس 18. يحرر مضمون المبحث بخط Simplified Arabic قياس 14.

- **المطلب الأول:** العنوان الثانوي يكون مركز إلى اليمين ويحرر بخط Simplified Arabic وبالبنت العريض قياس 16. يحرر مضمون المطلب بخط Simplified Arabic قياس 14.

- **الفرع الأول:** العنوان الثانوي يكون مركز إلى اليمين ويحرر بخط Simplified Arabic وبالبنت العريض قياس 16. يحرر مضمون الفرع بخط Simplified Arabic قياس 14.

كما يمكن اعتماد المنهجية التالية مع احترام نفس الشكليات المعتمدة في الطريقة السابقة الذكر

أولا-.....:

1-.....

أ-.....

13- **خاتمة:** العنوان الرئيسي يكون مركز الى اليمين ويحرر بخط Simplified Arabic وبالبنت العريض قياس 18.

تكون الخاتمة عبارة عن حوصلة للنتائج العلمية المتوصل اليها، يحرر مضمونها بخط Arabic Simplified قياس 14.

14- **تتميش المراجع:** يجب أن يكون كل اقتباس كامل وصحيح ومرقم، تكتب (بتطبيق أسلوب references notes de bas de page) بخط simplified arabic مقاسه 12 بالنسبة للهوامش بالعربية و Times New Roman مقاسه 12 بالنسبة للغات الأجنبية وذلك على الشكل المبين أسفله، بالنسبة للمجلات¹، للكتب²، للملتقيات³، النصوص القانونية⁴، وباللغات الاجنبية⁵، revue⁶, ouvrage⁶, texte⁶, juridiques⁷, seminaire⁸.

للمزيد من التوضيحات حول شكل المقال أنظر قالب إعداد المقال Template

المتوفر في تعليمات للمؤلف على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

يتحمل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

¹ المؤلف، "عنوان المقال"، اسم المجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة.

² المؤلف، عنوان الكتاب، الناشر، مكان النشر، سنة النشر، الصفحة.

³ المؤلف، "عنوان المقال"، اسم الملتقى، الجهة المنظمة، التاريخ، ص.

⁴ قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، متعلق بعلاقات العمل، معدل ومتمم، ج ر عدد 17، الصادر في 25 أبريل 1990.

⁵ Auteur, « titre de l'article », titre de la revue, Volume, Numéro, année, p.

⁶ Auteur, titre de l'ouvrage, édition, éditeur, collection, ville d'édition, année de l'édition, p ..

⁷ Décret exécutif n° 91-104 du 20 avril 1991 érigeant l'agence nationale télégraphique de presse « Algérie presse service » en établissement public à caractère industriel et commercial, JORA n° 19 du 24 avril 1991.

⁸ Auteurs, « Faut-il bruler le code du travail », Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier, le 25 avril 1986, p.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Revue Académique
de la Recherche Juridique

RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/ Neuvième Année/Volume 17/N° 01-2018

Editeur : Faculté de droit et des sciences politiques,
Université Abderrahmane Mira, Béjaia.

Adresse : Route nationale n°9, Abouaou, Béjaia,
06000, Algérie.

Téléphone/fax : 034/34.68.81

E-mail : fdsp.bejaia@gmail.com

P-ISSN : 2170 - 0087

E-ISSN : 2588-2287

Dépôt légal n° 57-2010

Comité Editorial

Directeur de la Publication

Pr. AIT MANSOUR Kamal, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira, Bejaia.

Rédacteur en Chef

Dr. BERRI Noureddine, Maître de conférences, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira, Bejaia.

Comité scientifique :

- Pr. ZOUAÏMIA Rachid, Université Abderrahmane Mira, Bejaia,
- Pr. MAACHOU Amar, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Al Fallujah, Irak,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Institut d'Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. MOHAMED Hacen Elkacimi, Université des Emirats Arabes-Unies,
- Pr. MOHAMED Khallil Youcef Aboubaker, Université El-Zaytouna, Jordanie
- Pr. GILES Mathieu, Université Paule Sézame, Marseille III, France,
- Pr. LOÏC Cadiet, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. DELEBECQUE Philippe, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. BOUDRIOUA Abdelkrim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. AIT MANSOUR Kamal, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. KAIS Cherif, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. IGALOULI Mohamed, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. IGALOULI née OULD RABAH Safia, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. ELMAKNOUZI Mohamed Ehadi, Université Mohamed V, Rabat, Maroc,
- Pr. FALI Allal, l'Université Mohamed V, Rabat, Maroc,
- Pr. BAZI Mohamed, université Cadi Ayyad de Marrakech, Maroc,
- Dr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Dr. KHELFI Abderrahmane, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. IGROUFA Zoubida, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. DAHMANI Abdeslam, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. KEBAILI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabie Saoudite,
- Dr. AMAL FADAL Mohamed Abdullah, Université Kabous, Oman,
- Dr. MAIFI Laziz, Université Abderrahmane Mira- Bejaia.

Révision linguistique

- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Al Fallujah, Irak, (Anglais).
- Dr. TRIKI Farid, Université Abderrahmane Mira- Bejaia, (Arabe).
- Dr. BERRI Noureddine, Université Abderrahmane Mira- Bejaia, (Français).

Secrétariat Technique

- Mr. ASSIAKH Samir, MCB, Université de Bejaia.
- Mr. BENMOUHOUB Fawzi, Université de Bejaia.
- Mr. AOUF Saadi, archiviste documentaliste, Université de Bejaia.

Les opinions émises dans les articles publiés par la Revue n'engagent que leurs auteurs

الفهرس

قبايلي طيب

11..... الوساطة الجزائية في القانون الجزائري.

أوكيل محمد أمين

27..... عن فعالية المقاربة الأوروبية للتصدي لظاهرة الهجرة غير النظامية

فتحي وردية

49..... التسريح للسبب الاقتصادي - من الرقابة الإدارية إلى التفاوض الجماعي -

مجيد احمد ابراهيم

67..... الدفاتر التجارية الالكترونية وحجبتها في الاثبات

عميري فريدة

87..... المسؤولية بدون خطأ: توجه جديد نحو إقرار مسؤولية المرافق الطبية العامة

برازة وهيبة

106..... إخطار البرلمانين للمجلس الدستوري في الجزائر: مكسب العدالة الدستورية منقوص الفعالية.

بن الصغير شهرزاد

123..... إشكالية تحديد صفة الناقل البحري في منازعات النقل البحري في القانون الجزائري.

أوتفات يوسف

137..... الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود

كركان فريد

154..... الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري - دراسة مقارنة -

شيخ أعر يسمينة

الإجراءات التفاوضية: طرق بديلة لحل النزاعات في قانون المنافسة (دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي

والجزائري) 180

حيدر فليح حسن، عباس فاضل حسين

196..... الاختصاص القضائي في عقد احتراف لاعب كرة القدم ((دراسة مقارنة))

- بلجودي أحلام
226..... البنوك في مواجهة التحويل الإلكتروني للأموال
- ميسون علي عبد الهادي
246..... التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص
- ناتوري كريم
267..... الجانب المادي للقانون الدولي الإنساني
- مرين يوسف، عباسة طاهر
289..... الحلول البديلة في مكافحة الإرهاب
- ميسون يسمينة
313..... الخدمة الشاملة في قطاع الكهرباء وإشكالية المرفق العام
- بن دعاس سهام
الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية.....
327.....
- بن خالد السعدي
342..... الرقابة المؤسسية على دراسة التأثير في مجال المنشآت المصنفة : مقارنة نقدية
- بلول فهيمة
355..... الشبّاك الوحيد: آلية جديدة لتحضير عقود التعمير وتسليمها
- فتوس خدوجة
الغموض المثار حول الاختصاص التنظيمي لبعض هيئات الضبط الإقتصادي: بين تقييد النص وحرية الممارسة.....
377.....
- بوالكور عبد الغني
396..... القواعد التي تنظم فتح الأطراف وتقييم العروض في طلب العروض المحدود والمساابقة.....
- لوكال مريم
412..... تأثير دولة المقر على أداء المنظمات الدولية الحكومية و غير الحكومية

عيسات اليزيد

437..... تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

معيني لعزيز

461..... تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري : آلية لتفعيل العملية الاستثمارية

خيرالدين خوخة

476..... حرية الجماعات الإقليمية في مادة النفقات والإيرادات في القانون الجزائري

حسين نواره

488..... حماية البيئة شرط لإنجاز الإستثمارات الأجنبية في الجزائر

نسير رفيق

510..... سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد

جعفور إسلام

531..... شرط مارتنز في مواجهة السلاح النووي

قادري نسيمة

صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية كآلية للتضامن المالي محليا: وجه للتمويل

548..... المركزي

وليد مرزة حمزة المخزومي، ماهر فيصل صالح

عقد (B.O.O.T) ودوره في إنشاء مرافق البنية التحتية وتسييرها في العراق في ظل الأزمات

567..... المالية

العيفاوي كريمة

598..... عن ضرورة تكريس التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية

بوراي دليلة

615..... عن مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي في التشريع الجزائري

بلال فؤاد

632..... محدودية الوسائل القانونية المكرسة لحرية تسيير الجماعات المحلية

بزغيش بوبكر

649..... مخطط شغل الأراضي : أداة للتهيئة والتعمير

حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي

مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016..... 666

بوكماش محمد، بن مبارك ماية

مظاهر الحماية القانونية لحقوق الطفولة حسب التشريع المدني الجزائري..... 703

أنيس العذار

مكافحة الجريمة الإلكترونية..... 721

ZOUAÏMIA Rachid

L'autorité de Régulation de L'audiovisuel.....745

BARCAT Djohra

Les alternatives à la sanction en droit français de la concurrence : entre souplesse et efficacité791

YAHIAOUI Salima, KETEB Nacer

La responsabilité de protéger: quel rôle pour le Conseil de Sécurité de l'ONU?.... 819

الوساطة الجزائرية في القانون الجزائري

قبايلي طيب⁽¹⁾
جامعة بجاية

الملخص:

كرّس المشرع الجزائري الوساطة الجزائرية بموجب الأمر رقم 15-02، يعدّل ويُتمّم الأمر رقم 66-155 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائرية، حيث تمّ بموجب المادة 8 من الأمر رقم 15-02 إتمام الباب الأول من الكتاب الأول من الأمر رقم 66-155 بإضافة فصل ثانٍ مكرّر تحت عنوان "في الوساطة"، يتضمّن 10 مواد جديدة ابتداءً من المادة 37 مكرر إلى المادة 37 مكرر 9.

تقوم الوساطة على فكرة واحدة في جميع المواد، إلا أن نظامها القانوني يتأثر بالمجال الذي تطبق فيه، فالوساطة في المادة الجزائرية هو نظام مستقلّ بحدّ ذاته وله مفهوم خاص به، يختلف عن باقي أنواع الوساطة في المواد الأخرى، ويرجع ذلك إلى المجال الذي تنظمه والهدف المرجو من تكريسها، فضلا عن اختلاف الشخص المُسند له مهمة التوسّط بين الضحية ومرتكب الجريمة.

الكلمات المفتاحية:

الوساطة الجزائرية، الدعوى العمومية، الوسيط، الفعالية.

تاريخ إرسال المقال: 2018/06/05، تاريخ قبول المقال: 2018/06/24، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: قبايلي طيب، "الوساطة الجزائرية في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 11-26.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000 الجزائر

المؤلف المراسل: kebtayeb2014@gmail.com

Criminal mediation in Algerian law

Abstract:

The criminal mediation is devoted, in Algerian law, under ordinance No. 15-02 amending and supplementing ordinance No. 66-155 on the Code of criminal procedure. A new chapter, entitled: Mediation, containing 10 articles (from Article 37 bis to Article 37 bis 9) is provided by this new amendment.

Mediation is common for all subjects, but its legal regime is often influenced by each area of application. This is the case in criminal cases where it meets a specific requirement, it has an independent regime, different from mediation in other matters, in addition to the singularity of the mediator in criminal matters.

Keywords:

Criminal mediation, public complaint, mediator, effectiveness.

La médiation pénale en droit algérien

Résumé :

La médiation pénale est consacrée, en droit algérien, en vertu de l'ordonnance n° 15-02 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-155 portant code de procédure pénale. Un nouveau chapitre, intitulé : de la médiation, contenant 10 articles (*de l'article 37 bis à l'article 37 bis 9*) est apporté par cette nouvelle modification.

La médiation est commune pour toutes matières, mais son régime juridique est souvent influencé par chaque domaine d'application. Il en est ainsi en matière pénale où elle répond à une exigence précise, elle dispose d'un régime autonome, différent de la médiation dans d'autres matières en plus de la singularité du médiateur en la matière.

Mots clés :

Médiation pénale, action publique, médiateur, efficacité.

مقدمة

لقد شهدت المنظومة الإجرائية الجزائرية في الجزائر خلال السنوات الأخيرة موجة من التعديلات المتتالية، الأمر الذي جعل هذا القانون الاجرائي يعرف تحولات كبيرة في الكثير من المجالات. تبعاً لذلك، أصبحت الاجراءات الجزائرية تتسم بالبساطة ضماناً لفعالية العدالة الجنائية ورفع العبء عن كاهل الجهات القضائية والمتقاضى على حدّ سواء.

في هذا الإطار، نشهد اليوم تحوّل العدالة الجنائية من عدالة قمعية ردعية إلى عدالة رضائية تفاوضية ونلمس التحوّل التدريجي عن استعمال الدعوى العمومية كوسيلة لإدارة القضاء الجزائي نحو فتح المجال لبدائل أخرى، كل ذلك في ضوء مساهمة التطوّرات التي يعرفها المجتمع ومُتطلبات إصلاح قطاع العدالة بشكلٍ عام وعصرنة العدالة الجنائية بشكلٍ خاص.

من بين أهم ما طرأ على قانون الإجراءات الجزائرية من تعديل جذري نجد تبني المشرع نظام الوساطة الجزائرية، حيث كرسها المشرع الجزائري مؤخراً بموجب الأمر رقم 15-102¹، يُعدّل ويُتمّم الأمر رقم 66-155 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائرية. لقد تمّ بموجب المادة 8 من الأمر رقم 15-02 إتمام الباب الأول من الكتاب الأول من الأمر رقم 66-155 بإضافة فصل ثانٍ مكرّر تحت عنوان "في الوساطة"، يتضمّن 10 مواد جديدة ابتداءً من المادة 37 مكرر إلى المادة 37 مكرر 9.

على الرغم من كون الوساطة، كطريق بديل لحلّ النزاعات، تقوم على فكرة واحدة في جميع المواد²، إلا أن نظامها القانوني يتأثر بالمجال الذي تطبّق فيه، فالوساطة في المادة الجزائرية هو نظام مستقلّ بحدّ ذاته وله مفهوم خاص به، يختلف عن باقي أنواع الوساطة في المواد الأخرى، ويرجع ذلك إلى المجال الذي تنظمه والهدف المرجو من تكريسها، فضلا عن اختلاف الشخص المُسند له مهمة التوسّط بين الضحية ومرتكب الأفعال أو الفعل المجرّم.

في إطار دراسة موضوع الوساطة في المادة الجزائرية، تقتضي الموضوعية اجتناب أي حكم مُسبق حول نجاح أو عدم نجاح هذه الآلية في المادة الجزائرية، نتيجة حداثة النصوص والافتقار للاجتهاد القضائي حول الموضوع، إلا أن الدراسة تثير إشكالية مدى فعالية الإجراء، على الأقل من الناحية النظرية، كطريق بديل للدعوى العمومية؟ الأمر الذي يستدعي التعرّض للإطار المفاهيمي للوساطة في المادة الجزائرية (المبحث الأول)، ثم التطرق للتنظيم القانوني لها في التعديلات الجديدة لقانون الإجراءات الجزائرية (المبحث الثاني).

¹ الأمر رقم 15-02 مؤرخ في 23 يوليو 2015، يُعدّل ويُتمّم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائرية، ج. ر عدد 40 لسنة 2015.

² المقصود هنا بجميع المواد هو المواد المدنية، حيث يجب الذكر بأن المشرع الجزائري كرس الوساطة القضائية في المواد المدنية في وقت سابق بموجب القانون رقم 08-09 مؤرخ في 21/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 21 لسنة 2008، وذلك في المواد من 997 إلى 1006 منه.

المبحث الأول: مفهوم الوساطة في المادة الجزائية

الوساطة الجزائية نظام قانوني جديد ظهر نتيجة تغيير مفهوم العدالة الاجتماعية وتطور الوسائل التي يمكن من خلالها حل النزاعات في المجال الجزائي بأساليب غير تقليدية. نتطرق في هذا الجزء من المداخلة إلى بيان مختلف التعاريف التي قيلت حول الوساطة الجزائية سواء التشريعية منها أو الفقهية. وانطلاقاً من هذا، تتوضّح معالم هذا الطريق البديل للدعوى العمومية، الأمر الذي سيساعدنا على استخلاص الخصائص المميزة للوساطة الجزائية.

المطلب الأول: تعريف الوساطة الجزائية

تجدر الإشارة في البداية إلى أنه ليس من واجب المشرع الجنائي وضع تعريف لمصطلح قانوني معيّن إلاّ بهدف إزالة اللبس والإبهام خاصة في التطبيق العملي لهذا المصطلح. سنتطرق في هذا المطلب إلى بعض التعاريف للوساطة في أهم الأنظمة القانونية التي كرّستها.

الفرع الأول: الوساطة في التشريع الفرنسي

لقد نظم المشرع الفرنسي الوساطة في المادة الجزائية سنة 1993 بالنسبة للجرائم البسيطة لأجل ضمان جبر الضرر اللاحق بالضحية مع وضع حد للإخلال بالنظام العام من خلال الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي إثر تعديل النص بمقتضى القانون رقم 93-02 الصادر في 1993/01/4، حيث أضيف بموجب مادته السادسة فقرة أخيرة ألحقت بالمادة 41 الأصلية من قانون الإجراءات الجزائية ثم ألحقت به تعديلات أخرى بموجب قانوني 1999 و 2004¹.

لم يضع المشرع الفرنسي تعريفاً للوساطة الجزائية، إلاّ أن وزير العدل الفرنسي حدّد مفهومها أثناء المناقشات التي دارت حول القانون المذكور أعلاه، إذ أشار بأن الوساطة "تتمثل في البحث، وبناء على تدخل شخص من الغير (شخص ثالث)، عن حل يتم التفاوض بشأنه وبحرية بين أطراف النزاع الذي أحدثته

¹ راجع حول الوساطة في القانون الفرنسي النصوص التالية:

- Loi n° 93 – 2 du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale ;
- Décret n° 96-305 du 20 avril 1996, modifiant le code de procédure pénale ;
- Loi n° 99 - 515 du 23 juin 1999, renforçant l'efficacité de la procédure pénale ;
- Loi n° 2004 - 204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. (les dispositions de ces textes sont consultables sur le site : www.legifrance.gov.fr)

الجريمة ذات الخطورة البسيطة، وبصفة خاصة المنازعات العائلية ومنازعات الجيرة، جرائم الضرب أو العنف المتبادل، الاتلاف أو التخريب، النشل أو الاختلاس¹.

تُشكل الوساطة وفق المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي المعدل والمتمم، طريقاً بديلاً للمتابعات الجزائية، بحيث تقضي المادة بجواز لجوء النيابة العامة قبل التصرف في الدعوى العمومية وبعد موافقة أطراف النزاع إلى الوساطة متى تبين لها أن هذا الإجراء من شأنه تعويض الضرر الذي حدث للضحية ووضع نهاية للاضطراب الناجم عن الجريمة وإعادة تأهيل الجاني².

الفرع الثاني: الوساطة في القانون البلجيكي والبرتغالي

نص القانون البلجيكي الصادر في 2005/06/22 على تعريف الوساطة بأنها: "عملية يتم فيها السماح لأطراف نزاع ما بالمشاركة بفاعلية، وفي حال موافقتهم على ذلك بحرية وبشكل سري للتوصل إلى حلول للصعوبات الناجمة عن جريمة ما بمساعدة طرف من الغير محايد على أساس منهجي محدد. وأنها تهدف إلى تسهيل الاتصالات ومساعدة الأطراف على التوصل إلى اتفاق بشكل فاعل، حيث يتم اصلاح الضرر الناجم عن الفعل المخالف للقانون والمساهمة في إعادة السلم الاجتماعي"³.

إلى جانب هذا نصّت المادة الرابعة من القانون البرتغالي رقم 21 لسنة 2007 والخاص بإقرار الوساطة الجنائية على تعريفها بأنها: "عملية غير رسمية ومرنة، تتم عن طريق طرف ثالث محايد وهو الوسيط والذي يسعى إلى جمع الجاني والمجني عليه سوياً ودعمهم في محاولة للتوصل إلى اتفاق بشكل فعال، حيث يتم اصلاح الضرر الناجم عن الفعل المخالف للقانون والمساهمة في إعادة السلم الاجتماعي"⁴.

¹ صباح أحمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية وامكانية تطبيقها في القانون العراقي "دراسة مقارنة"، بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان، العراق 2014، ص. 5.

² بريارة عبد الرحمان، الوساطة كآلية بديلة لتسيير الدعوى العمومية وفقاً للتشريع الجزائري، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الطرق البديلة لتسوية النزاعات: الحقائق والتحديات" يومي 26 و 27 أبريل 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، ص. 6.

³ نقلاً عن: هناء جبوري محمد، "الوساطة الجنائية كطريقة من طرق انقضاء الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة"، مجلة رسالة الحقوق، العدد 2، 2013، ص. 207.

⁴ نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

الفرع الثالث: الوساطة في التشريع التونسي والجزائري

أدرج المشرع التونسي الوساطة ضمن مجلة الإجراءات الجزائية بإضافة الباب التاسع تحت عنوان الصلح بالوساطة في المادة الجزائية بمقتضى القانون 93 لسنة 2002 المؤرخ في 29/10/2002 حيث ينصّ الفصل 335 مكرر:

"يهدف الصلح بالوساطة في المادة الجزائية إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة إلى المشتكى به مع إنكفاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعية"¹.
أما المشرع الجزائري فلم يُعرّف الوساطة بمناسبة تعديل قانون الإجراءات الجزائية، إنما وضع تعريفاً لها من خلال نصّ المادة 2 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل²، إذ جاء بالصيغة الآتية:
"الوساطة آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة، وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل".

هكذا، فالوساطة الجزائية، وفقاً للاصطلاح القانوني، هي الوسيلة الإجرائية المقررة لحلّ المنازعات ذات الطبيعة الجزائية على أساس التفاوض بين مرتكب الفعل والضحية حول الآثار المترتبة عن وقوع الجريمة تحت إشراف ممثل النيابة العامة أو من يفوضه في ذلك، يترتب على نجاحها تعويض الضرر وإصلاح الآثار المترتبة عن الجريمة وإعادة تأهيل الفاعل³ بالشكل الذي لا يكون فيه حاجة للاستمرار في الدعوى الجزائية.
تُشكّل الوساطة الجزائية نمطاً من الإجراءات التي تقوم على الرضائية في إنهاء الدعوى العمومية، كما أنها تعدّ خياراً ثالثاً يجوز للنيابة أن تلجأ إليه للتصرّف في الدعوى على خلاف الطريقتين التقليديتين الساريين المتضمنين الأمر بالحفظ الجزائي أو تحريك الدعوى العمومية الذي أثبت التطبيق العملي عدم ملاءمتهما في الكثير من الحالات لاسيما وقت التعامل مع الجرائم البسيطة⁴.

المطلب الثاني: خصائص الوساطة الجزائية وتمييزها عن بعض المفاهيم

تتميّز الوساطة الجزائية ببعض الخصائص التي تميزها عن غيرها من بدائل الدعوى العمومية وتجعلها بديلاً حقيقياً عنها في وقت أصبح المتضرر من الجريمة يعنى في المقام الأول بتعويض ما أصابه من الجريمة وتراجع اهتمامه بحبس الجاني أو توقيع العقاب عليه بعد ظهور الأنظمة البديلة للعقوبة.

¹ نقلا عن: بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 9.

² قانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 جويلية 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج. ر عدد 39 لسنة 2015.

³ لم ينص المشرع الجزائري، على خلاف المشرع الفرنسي، على إعادة تأهيل الفاعل بالنسبة للبالغين، إنما فعل ذلك بالنسبة الأحداث فقط بموجب قانون حماية الطفل في مادته الثانية.

⁴ بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 2.

الفرع الأول: الخصائص المميزة للوساطة الجزائرية

لقد خصّص المشرع الجزائري المواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 9 الواردة تحت الفصل الثاني مكرر لبيان إجراءات اللجوء إلى الوساطة والجرائم التي يجوز تطبيقها فيها. وباستقراء تلك المواد يتضح أن الوساطة تتميز بعدة خصائص منها أنها إجراء جوازي للنياحة العامة، وأنها إجراء رضائي بالنسبة لمرتكب الأفعال والمضروب، فضلاً عن أنها تقوم على فكرة جبر الضرر وتكرس العدالة التفاوضية.

أولاً- الوساطة إجراء جوازي للنياحة العامة

تنص المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية على أن: "يجوز لوكيل الجمهورية، قبل أي متابعة جزائية، أن يقرر بمبادرة منه أو بناء على طلب الضحية أو المشتكى منه، إجراء وساطة عندما يكون من شأنها وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها.

تم الوساطة بموجب اتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة والضحية".

وفقاً للنص أعلاه، فإن اللجوء إلى الوساطة إجراء جوازي لوكيل الجمهورية، فطالما أن النياحة العامة تملك حق تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها فإن اللجوء إلى الوساطة إجراء جوازي تلجأ إليه بمبادرة منها أو بناء على طلب مرتكب الأفعال المجرمة أو الضحية، لأن النياحة العامة بيدها تحريك الدعوى العمومية أو حفظها أو طلب فتح التحقيق حولها، فإن نص المادة 37 مكرر جاء منطقياً عندما جعل اللجوء إلى الوساطة أمراً جوازياً وبإمكان وكيل الجمهورية رفض الوساطة رغم طلب أحد الطرفين أو كليهما ذلك إذا قدر أن الوقائع خطيرة أو اختار تحريك الدعوى العمومية¹.

ثانياً- الوساطة إجراء رضائي

تجد الوساطة في المواد الجزائية أساسها في البحث عن عدالة تصالحية تُكرس الرضائية بين مُرتكب الأفعال والضحية، لذلك فهي إجراء رضائي بامتياز يقوم على أساس البحث عن حلٍّ وديٍّ وتستند على حرية الأطراف في تقرير الحلّ الذي يروونه مناسباً. إلى جانب هذا، تعتبر موافقة الأطراف على اللجوء إلى الوساطة من الشروط الموضوعية التي تقوم عليها الوساطة، وقد أكدت المادة 37 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية عن ذلك: "يشترط لإجراء الوساطة قبول الضحية والمشتكى منه (...)".

يترتب عن الصفة الرضائية للوساطة أنه يجوز لكلا الطرفين التوقف عن الاستمرار فيها، فإذا كان يحقّ للأطراف عدم الموافقة على الوساطة منذ البداية فلهما، منطقياً، التوقف عن مواصلة عملية الوساطة. وإذا توقفت

¹ عجالى بخالد، تقييم نظام الوساطة الجزائرية في التشريع الجزائري، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الطرق البديلة لتسوية النزاعات : الحقائق والتحديات" يومي 26 و 27 أبريل 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، ص. 4.

الوساطة نتيجة إرادة أحد الأطراف أو كليهما، فإن سلطة النيابة العامة في اتخاذ ما تراه من إجراءات بشأن الملف تعود من جديد، وإن كان المشرع الجزائري لم ينص عن هذه الفرضية، إذ يظهر أنه افترض أن الوساطة متى بدأت فإن ذلك يعني الوصول إلى اتفاق، حيث نصّ المشرع على مسألة التراجع عن اتفاق الوساطة أو عدم تنفيذه¹ ولم ينص عن قطع الوساطة من أحد الطرفين.

ثالثا - قيام الوساطة الجزائية على جبر الضرر

تقوم الوساطة الجزائية في معظم التشريعات التي أخذت بها بديلاً عن الدعوى العمومية على تحقيق جملة من الأهداف لعل أهمها إصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة. فبمجرد وقوع الجريمة ينشأ حق الدولة في العقاب بغرض إصلاح الضرر اللاحق بالمجتمع وبالضحية ولذلك فإن التدابير الجديدة لقانون الجرائم الجزائية قد وضعت الهدف الذي يتم اللجوء إلى الوساطة من أجله وهو إصلاح الضرر الذي يتخذ أحد صورتين²، فإما أن يكون تعويضاً مادياً أو إعادة الحال إلى ما كان عليه³.

رابعا - الوساطة سبيل لنشر العدالة التفاوضية

تؤدي الوساطة، في حالة نجاحها، إلى التصالح وتنمية روح التسامح بين المشتكى منه والضحية باعتبارهما عناصر في المجتمع، من خلال الاتفاق على جبر الضرر وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الوقائع المجرّمة، دون الحاجة إلى متابعة جزائية قد تؤدي إلى تزكية روح الانتقام وتمديد أمد الكراهية. بالتالي، تهدف إلى تحقيق بعد إنساني في الإجراءات الجزائية من خلال اعتماد حلول أكثر مرونة وفعالية مع السرعة في مواجهة القضايا الأقل خطورة⁴، الأمر الذي يدفعنا للتأكيد على أن الوساطة من السبل القانونية المُكرّسة للعدالة التفاوضية.

الفرع الثاني: تمييز الوساطة عن بعض المفاهيم المشابهة

انطلاقاً من مفهوم الوساطة الجزائية والخصائص التي تميّزها، نجد أنها تشبه إلى حدّ ما بعض المفاهيم الأخرى، الأمر الذي يدفعنا إلى التطرق، ولو بإيجاز، إلى تمييز الوساطة عن بعض الأنظمة مثل التحكيم، الصلح الجزائي والأمر الجزائي.

¹ راجع المادة 37 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية.

² راجع المادة 37 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية.

³ عجالي بخالد، المرجع السابق، ص. 5.

⁴ بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 5.

أولاً- التمييز بين الوساطة والتحكيم

تختلف الوساطة عن التحكيم في أن المحكم لا يتصدى لنظر النزاع من تلقاء نفسه أو بتقويض من جهة حكومية، إذ أن الأصل يختص الأفراد بالاتفاق على المحكم الذي سيفصل في موضوع النزاع. وعلى العكس من ذلك، فإنه يستند إلى الدولة -ممثلة في النيابة العامة- الاختصاص بافتتاح إجراءات الوساطة، سواء بصورة مباشرة تتمثل في اضطلاع عضو النيابة العامة بمهمة الوسيط أو بتقويض إياها إلى شخص مؤهل لذلك. فضلا عن هذا، تختلف سلطة المحكم عن سلطة الوسيط، حيث يختص الأول بالفصل في موضوع النزاع بنفسه ويصدر حكما ملزما لأطرافه. أما الوسيط فهو شخص محايد فلا يصنع القرار، إذ يقف دوره عند حدّ بناء الروابط بين طرفي الوساطة من أجل تقريب وجهات نظرهما حتى يتوصلا إلى حلّ مقبول منهما¹.

ثانياً- التمييز بين الوساطة والصلح الجنائي

كلا الإجرائين من الوسائل البديلة التي تقوم على الرضائية لحلّ النزاعات الناشئة عن جرائم ذات خطورة محدودة، كما أنهما يهدفان إلى تجنب مقترف الجريمة عقوبة الحبس قصيرة المدة عن طريق تعويض الضحية بجبر الضرر الذي أحدثته الجريمة².

رغم هذا، فإن الوساطة والصلح الجنائي يختلفان في أمور كثيرة منها أن الصلح يكون في أية مرحلة تكون عليها الدعوى الجزائية، أما في الوساطة فنجد ضوابط زمنية للجوء إليها. إلى جانب هذا، نجد تدخل الشخص الوسيط في الوساطة لتقريب وجهات نظر الأطراف، في حين لا نجد ذلك في الصلح، لأنه يتم مباشرة بين الفاعل والضحية³.

ثالثاً- التمييز بين الوساطة والأمر الجزائي

يعرّف الأمر الجزائي بأنه نظام إجرائي مؤداه صدور قرار قضائي بالحكم بعقوبة بسيطة في الجرائم القليلة الأهمية⁴ دون أن تسبقها مرافعة شفهية مع اتباع اجراءات مبسطة بهدف التخفيف على كاهل القضاء⁵.

¹ هناء جبوري محمد، المرجع السابق، ص. 208.

² عيد نايل ابراهيم، الوساطة الجنائية طريقة مستحدثة في إدارة الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص. 18.

³ هناء جبوري محمد، المرجع السابق، ص. 209.

⁴ راجع المادة 380 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، مع الإشارة إلى أن الأمر الجزائي المنصوص عليه من التدابير الجديدة التي تبناها المشرع الجزائري في تعديلات قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2015.

⁵ لتفصيل أكثر حول الموضوع، راجع: عبد المعطي عبد الخالق، الأمر الجزائي كأحد بدائل الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص. 2 وما بعدها.

يختلف الأمر الجزائي عن الوساطة في أن الأول عبارة عن قرار قضائي يصدر من القاضي أو النيابة العامة بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة في الجرائم التي يغلب الحكم فيها بغرامة مالية فقط. بينما الوساطة هي وسيلة بديلة تتم في الجرائم التي حددها المشرع والتي تعرض الفاعل لعقوبة الحبس وليس فقط الغرامة. إلى جانب هذا، تتم الوساطة بمعرفة شخص ثالث بعد قبولها من الطرفين المعنيين، الشيء الذي لا نجده في الأمر الجزائي، فضلا عن أن الوساطة تهدف إلى تعويض الضحية وإعادة بناء الروابط الاجتماعية وهذا ما لا نجده في الأمر الجزائي الذي يهدف إلى تبسيط الإجراءات وسرعة الفصل في الدعاوى الجزائية¹.

المبحث الثاني: النظام القانوني للوساطة الجزائية

تشهد السياسة الجنائية المعاصرة استراتيجيات جديدة لمحاولة الاهتمام بمقترب الجريمة والأخذ بسياسة الحدّ من التجريم والعقاب والمعالجة غير القضائية للدعاوى الجزائية وقد أصبحت الوساطة في هذا الإطار من أهم بدائل المتابعة الجزائية التي تخضع لنظام قانوني متميز. نظم المشرع الجزائري الوساطة في المادة الجزائية في إطار التعديلات التي طرأت على قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2015، حيث بيّن من خلالها الشروط القانونية الواجبة لتطبيقها، فضلا عن مجالها والآثار المترتبة عنها، سواء في حالة نجاحها أو في حالة فشلها.

المطلب الأول: شروط الوساطة

يجب توافر مجموعة من الشروط من أجل إجراء الوساطة في المادة الجزائية، حيث يمكن أن نستشفها من خلال نصوص المادتين 37 مكرر و37 مكرر 1 ق. إ. ج، حيث أن للنيابة دور محوري في اللجوء إلى الوساطة وأدائها، فضلا عن ضرورة توافر الشروط المتعلقة بأهداف الوساطة ذاتها وتلك الخاصة بالجريمة المرتكبة.

الفرع الأول: تقرير إجراء الوساطة من قبل وكيل الجمهورية وقبولها من الأطراف

نظرا لأن تقدير المتابعة الجزائية من الصلاحيات التي يتمتع بها ممثل النيابة العامة عموماً، فإن المشرع نصّ، في مرحلة أولى، على أن وكيل الجمهورية هو من يقرّر إجراء الوساطة قبل أي متابعة جزائية، وفي مرحلة ثانية نصّ على أن الوساطة متوقّفة على قبول الضحية والمشتكى منه في نصّ المادة 37 مكرر 1 ق. إ. ج.

¹ هناء جبوري محمد، المرجع السابق، ص. 209.

بعبارة أخرى، إذا ما قرّر الوكيل إجراء الوساطة ورفضها المشتكى منه أو الضحية، فإن الوساطة لا تتمّ والعكس صحيح، إذ لا يجوز إحالة النزاع للوساطة دون موافقة النيابة حتى ولو كان ذلك بموافقة الأطراف. معنى هذا أن لممثل النيابة العامة السلطة التقديرية في مدى جدوى اللجوء إلى الوساطة لإنهاء الدعوى العمومية طبقاً لمبدأ الملائمة.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بأهداف الوساطة

قيّد المشرع تطبيق الوساطة الجزائية بضرورة تحقيقها للأهداف المتوخاة منها والمنصوص عليها في المادة 37 مكرر ق.إ. ج المتمثلة في وضع حدّ للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها. أول ملاحظة تتمثل في صياغة المادة 37 مكرر ق.إ. ج، فيظهر من ناحية الصياغة أن شرط وضع حدّ للإخلال الناتج عن الجريمة وشرط اصلاح الضرر شرطان غير متلازمان، إذ يكفي تحقّق واحد منهما، إلا أن بالرجوع إلى صياغة نفس المادة باللغة الفرنسية نجد أن الشرطان متلازمان حيث جاء النص: « (...) est possible de mettre fin au problème résultant de l'infraction et d'assurer la réparation du préjudice qui s'en est suivi ».

أرى بأن الشرطان متلازمان نظراً للأسباب الآتية:

* يتوافق ذلك مع ما اتخذته التشريعات المقارنة من مواقف بشأن هذه المسألة.

* يتماشى ذلك مع طبيعة الجرائم المنصوص عليها كمجال لتطبيق الوساطة في المادة الجزائية، حيث أن الأمر يتعلق بجرائم رتبت إخلالاً أو اضطراباً في الوسط الاجتماعي وأدت إلى إصابة الضحية بضرر معيّن يجب اصلاحه.

1- وضع حدّ للإخلال الناتج عن الجريمة

إن وضع حدّ للإخلال الناتج أو ما يسمى كذلك بإنهاء الاضطراب الناشئ عن الجريمة مرتبط بنوع الجريمة التي يمكن أن تكون محلاً للوساطة¹، فكلما كانت الجريمة بسيطة كلما كان وضع حدّ للإخلال سهلاً وممكناً. في حين إن تعلق الأمر بجريمة خطيرة وتمسّ بقواعد النظام العام بشكلٍ جسيم، فإن وضع حدّ للإخلال لا يكون إلا بتطبيق العقوبة التي تهدف، في الأصل، إلى إنهاء الاضطراب الاجتماعي وإعادة الاستقرار للمجتمع.

¹ صباح أحمد نادر، المرجع السابق، ص. 10.

2- اصلاح الضرر

تهدف الوساطة إلى جبر الضرر الذي لحق بالضحية، وهذا الاصلاح للضرر لا يتم فقط بالتعويض المالي الذي تقدّره الضحية بحسب ما لحقها من خسارة ويوافق عليه المشتكى منه، بل يمكن لجبر الضرر أن يأخذ أشكالاً أخرى أو اتفاقاً آخرًا، غير الاتفاق على التعويض، بشرط ألا يكون مخالفاً للنظام العام مثل الاعتذار الكتابي أو الشفهي أو قيام المشتكى منه بعمل لصالح الضحية بالتالي، فإن تقدير هذا الضرر وكيفية اصلاحه يكون عبر الحوار الذي يتم في إطار مفاوضات الوساطة بين الطرفين والتي يؤطّرها وكيل الجمهورية.

الفرع الثالث: الشرط الخاص بوجود جريمة معينة

على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يحدّد الجرائم التي تطبق بشأنها نظام الوساطة، فإن المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الاجراءات الجزائية، نصّ في المادة 37 مكرر 2 ق.إ. ج على أن: **يمكن أن تطبق الوساطة في مواد الجرح على جرائم السب والقذف والاعتداء على الحياة الخاصة والتهديد والوشاية الكاذبة وترك الأسرة والامتناع العمدي عن تقديم النفقة وعدم تسليم طفل والاستيلاء بطريق الغش على أموال الارث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة وإصدار شيك بدون رصيد والتخريب أو الاتلاف العمدي لأموال الغير وجرح الضرب والجروح غير العمدية المرتكبة بدون سبق الاصرار والترصد أو استعمال السلاح، وجرائم التعدي على الملكية العقارية والمحاصيل الزراعية والرعي في ملك الغير واستهلاك مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل. كما يمكن أن تطبق الوساطة على المخالفات".**

من خلال النصّ أعلاه نستنتج أن المشرع نصّ على امكانية إجراء الوساطة في جرائم متعددة وتمس مجالات مختلفة وذلك على سبيل الحصر (15 حالة للجرح)، لكنها جرائم لا تتضمن حدًا كبيراً من الجسامة يصعب جبر الضرر فيها، لأن إن كان عكس ذلك فإنه يقتضي تدخّل الدولة من خلال السلطة القضائية لوضع حدّ للإخلال الذي أحدثه مرتكب الجريمة وتسليط العقوبة عليه.

كما أن هذه الجرائم تنطوي على أضرار إما بدنية، كالتى تحصل عن العنف، أو مادية كالأضرار بملك الغير أو معنوية كالسب والقذف. فضلاً عمّا سبق، يمكن إجراء الوساطة في مادة المخالفات ودون استثناء، حيث أن المشرع في المادة 37 مكرر 2 ق.إ. ج أعلاه أورد مصطلح "المخالفات" على إطلاقه.

المطلب الثاني: إجراءات الوساطة وآثارها

تمرّ الوساطة بعدة مراحل تبدأ باتفاق الأطراف على اللجوء إليها ثمّ إجراء المفاوضات بشأن تسوية النزاع وأخيراً تنفيذ محضر الاتفاق المبرم. وقبل الخوض في مختلف هذه الإجراءات، يجدر بنا التطرّق للقائم بالوساطة في المادة الجزائرية.

الفرع الأول: القائم بالوساطة

على الرغم من الاختلاف الملاحظ في صياغة نص المادة 37 مكرر ق. إ. ج حول من يتولى القيام بالوساطة، إلا أن باستقراء مجموع المواد التي يتضمنها الفصل الثاني مكرر، نؤكد أن القائم بالوساطة هو وكيل الجمهورية قبل أي متابعة جزائية وذلك للأسباب الآتية:

- 1- لم يتضمن كل الفصل المتعلق بالوساطة النصّ على الاحالة إلى التنظيم لوضع قواعد تتضمن دور الوسيط وكيفيات تعيينه، فلا يمكن اللجوء إلى تعيين شخص للقيام بالوساطة.
- 2- منح المشرع السلطة التقديرية لوكيل الجمهورية لإجراء الوساطة بموافقة الأطراف لا تكف، لأن تنفيذ اتفاق الوساطة أصبح من أسباب انقضاء الدعوى العمومية¹.
- 3- لا يُعدّ محضر اتفاق الوساطة سنداً تنفيذياً إلا إذا كان ممضياً من قبل مُمثل النيابة العامة بالإضافة إلى الأطراف وأمين الضبط، فتوقيع وكيل الجمهورية ضماناً على مضمون الاتفاق².

هكذا، تختلف الوساطة الجزائرية في الجزائر عن الوساطة في بعض الدول الأخرى كفرنسا، كندا، الولايات المتحدة الأمريكية، لأن الوسيط في الجزائر ليس شخصاً من الغير وخارج عن الجهاز القضائي وهذا هو، في حقيقة الأمر، معنى الوساطة الحقيقية. من أجل هذا، وتصدياً لكل الأصوات التي من شأنها المساس بنزاهة القضاء، نرى أنه من الأجدر لو أخذ المشرع بنظام الوسطاء القضائيين في المادة المدنية المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-100³، كون تدخل الوسيط في هذه المادة يتعلّق بالحقوق المدنية وهو المجال ذاته الذي يتدخل فيه الوسيط الجزائري من أجل تقريب وجهات نظر الضحية والمشتكى منه لإنصاف الطرف المدني وتعويضه عن الأضرار.

الفرع الثاني: إبرام اتفاق الوساطة

تفرغ الوساطة في شكل اتفاق مكتوب مبرم بين الضحية والمشتكى منه ولكل منهما الحق في الاستعانة بمحام⁴، ولبلوغ ذلك يتدخل الوسيط في إدارة مفاوضات الوساطة بكل استقلالية وحياد ومراعاة مصالح وحقوق الأطراف دون تمييز وتذكيرهم بمقتضيات القانون وبضرورة احترامهم للنظام العام. تتمثل أهمية إبرام اتفاق الوساطة في أنه يتم فيه تحديد التزامات كل طرف قبل الآخر تحديداً نافياً للجهالة، الأمر الذي يؤدي إلى توخي النزاع مستقبلاً عند تنفيذ محضر الاتفاق. أما عن مضمون الاتفاق، فيجب أن يتمثل على الخصوص¹:

¹ راجع المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية.

² راجع المادة 37 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجزائية.

³ مرسوم تنفيذي رقم 09-100 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد كيفية تعيين الوسيط القضائي، ج. ر عدد 16 لسنة 2009.

⁴ راجع المادة 37 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية.

* إعادة الحال إلى ما كانت عليه،

* تعويض مالي أو عيني عن الضرر،

* كل اتفاق غير مخالف للنظام العام (قواعد محدّدة للسلوك أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).

مع الإشارة هنا أن وكيل الجمهورية يمكنه تحديد قواعد اللعبة للأطراف المعنية دون امتلاكه سلطة صنع القرار أو فرض الحلول والتدابير، بل يعرضها فقط ويبقى للأطراف حرية الاختيار ثم الاتفاق، على أن لا يكون الاتفاق عرضة لأي طعن.

في الأخير، يفرغ اتفاق الوساطة في محضر يتضمن هوية وعنوان الأطراف وعرضاً موجزاً عن الأفعال المرتكبة وتاريخ ومكان وقوعها، فضلاً عن بيان مضمون الاتفاق وأجال تنفيذه. على أن يكون المحضر موقّعاً من طرف وكيل الجمهورية، أمين الضبط والأطراف وتسلم نسخة إلى كل طرف. عند استقاء شروط تدوين المحضر، يُعد هذا الأخير سنداً تنفيذياً يمكن بمقتضاه طلب التنفيذ².

الفرع الثالث: آثار الوساطة

يترتب عن إجراء الوساطة عدّة آثار قانونية ذكرها المشرع في نصوص متفرقة في قانون الإجراءات الجزائية، نذكرها فيما يلي:

1- وقف تقادم الدعوى العمومية

نص المشرع على الأثر في المادة 37 مكرر 7 وقد قرر المشرع هذا الحكم قصد غلق الباب أمام المشتكى منه في الاستفادة من قواعد التقادم في الإجراءات وحماية الضحية وضمان الحصول على حقه.

2- انقضاء الدعوى العمومية في حالة تنفيذ الاتفاق

إن قيام المشتكى منه بتنفيذ الالتزامات الواقعة عليه بموجب اتفاق الوساطة وخلال الأجل المحدّد لذلك، يترتب عليه انقضاء الدعوى العمومية في مواجهته، وما يترتب على ذلك من آثار تتمثل في عدم جواز الادعاء المباشر على ذات الواقعة وعدم الاعتداد بالواقعة كسابقة في العود وعدم جواز تسجيلها في صحيفة السوابق القضائية.

¹ راجع المادة 37 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية.

² راجع المادة 37 مكرر 6 من قانون الإجراءات الجزائية.

3- أثر عدم تنفيذ اتفاق الوساطة

سواءً تعلق الأمر بعدم قبول الوساطة من قبل الأطراف أو عدم تنفيذ اتفاق الوساطة، يلتزم وكيل الجمهورية باتخاذ كافة الاجراءات القانونية اللازمة لمباشرة وظيفته في التصرف في شكوى الضحية، ذلك باتخاذ التدابير الضرورية التي يسدعها السير في الدعوى العمومية لوضع حدّ للإخلال الناتج عن الفعل المجرّم. تجدر الإشارة في الأخير، أن عدم تنفيذ اتفاق الوساطة عمداً من قبل المشتكى منه، فإن ذلك يعرضه للعقوبات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 147 من قانون العقوبات¹.

بالرجوع إلى نص المادة 2/147 من قانون العقوبات نجده يتضمن ما يلي:

"الأفعال الآتية تعرّض مرتكبيها للعقوبات المقررة في الفقرتين 1، 3 من المادة 144.

1- الأفعال والأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التأثير على أحكام القضاة طالما أن الدعوى لم يفصل فيها نهائياً.

2- الأفعال والأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التقليل من شأن الأحكام القضائية والتي يكون من طبيعتها المساس بسلطة القضاء واستقلاله".

وبالرجوع إلى المادة 144 من قانون العقوبات² نجد أن العقوبة المقررة هي:

فقرة 1، شهرين إلى سنتين وغرامة من 10 ألف إلى 500 ألف د.ج. وبإحدى هاتين العقوبتين.

فقرة 3، يجوز للقضاء أن يأمر بنشر الحكم وتعليقه على نفقة المحكوم عليه.

خاتمة

في ظلّ الأزمة التي يعرفها جهاز القضاء والمترتبة أساساً عن طول الإجراءات التقليدية وكثرة القضايا المطروحة عليه، إضافة إلى السلبات التي تعرفها العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدّة وأبرزها عجزها عن إعادة إدماج مرتكبي الجرائم وارتفاع تكلفتها، كان من الواجب إعادة النظر في السياسة الجنائية للدولة وتبني حلولاً وطرقاً بديلة للدعوى العمومية منها الوساطة، ثمّكن من تخفيف العبء على القضاء والمحافظة على النسيج الاجتماعي والاهتمام بالضحية عبر جبر الضرر الذي لحقه جراء ارتكاب الجريمة في حقّه. هكذا، هناك أسباب كثيرة دفعت بالمشروع الجزائري إلى الأخذ بالوساطة في المسائل الجزائية، منها ما يعود إلى النتائج المرضية المحقّقة في الدول التي تبنت هذه الآلية لاسيما فرنسا ومنها ما يتصل بضرورة التصدي للصعوبات التي تواجهها السلطات العمومية في أداء دورها في تنفيذ الأحكام القضائية السالبة للحرية لمُدّد قصيرة.

¹ الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج. ر عدد 49 لسنة 1966، معدل و متمم.

² معدّلة بالقانون رقم 01-09 مؤرخ في 26/06/2001 ج. ر عدد 34 لسنة 2001.

تُمثل الوساطة في المواد الجزائية بديلاً حقيقياً للدعوى العمومية، حيث تفسح المجال للتوسيع من نطاق العدالة التصالحية وتؤدي إلى تخفيف العبء عن كاهل الجهات القضائية في القضايا البسيطة أو التي يكون فيها جبر الضرر الواقع جراء ارتكاب الجريمة لا يزال مُمكناً.

إذا كانت الوساطة في المادة الجزائية قد أثبتت نجاعتها في إدارة وتسيير المتابعات الجزائية في العديد من تشريعات الدول السبّاقة في الأخذ بها، خصوصاً الأنجلوساكسونية منها واللاتينية، نجد أن الوساطة في التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري لا تزال في بداياتها الأولى. رغم هذا، أن تكريس المشرع لهذا الطريق البديل، هو في الحقيقة اعتراف منه بأن العقاب الجزائي لا يمثّل دائماً الحلّ الأمثل لإنصاف المتقاضين، فقط يجب على مُمثلي النيابة العامة في إطار القيام بأعمال الوساطة الجزائية أخذ كل الاحتياطات الضرورية لضمان نجاح هذا الطريق البديل والتصدي لكلّ من قد يُشكك في نزاهة، حياد واستقلال الوسيط بمناسبة أدائه لمهامه.

في الأخير، نوّد تقديم بعض الاقتراحات بغية تحقيق الفعالية لنظام الوساطة في المادة الجزائية:

* اسناد مُهمّة تقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة لوسيط مستقلّ كما هو معمول به في إطار نظام الوساطة في المواد المدنية.

* إلغاء تحديد الجرائم التي يجوز فيها اللجوء للوساطة وترك تحديدها للنيابة العامة مع استثناء الجرائم الخطيرة.

* في حالة اسناد النيابة العامة مهمّة تحديد الجرائم التي يُمكن اللجوء إلى الوساطة بشأنها، فإنه يجب تأطير ذلك بقواعد قانونية تحقيقاً للشفافية ومنعاً لأيّ تعسف.

* ضرورة النصّ ضمن أهداف الوساطة على إصلاح وإعادة تأهيل مقترف الجريمة، ذلك أن ارتكاب الفعل الإجرامي قد يُدخل الفاعل في عزلة عن الأفراد والمجتمع. ويتحقّق الإصلاح وإعادة التأهيل عن طريق التحقيق في الشخصية والمساهمة التطوعية في بعض الأنشطة الاجتماعية.

عن فعالية المقاربة الأوروبية للتصدي لظاهرة الهجرة غير النظامية

أوكيل محمد أمين⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

لا زالت دول الاتحاد الأوروبي تعتمد إلى اتخاذ سياسة أمنية وردعية في إطار إستراتيجيتها العامة لمواجهة ظاهرة الهجرة غير النظامية، وهذا رغم التداعيات والانعكاسات العديدة التي تطرحها المقاربة الأمنية اتجاه وضعية المهاجرين الهشة وضرورة احترام حقوقهم الأساسية التي لا تزال هدفا للانتهاك والتعدي في دول الاتحاد الأوروبي. حيث تظهر المستجدات الأخيرة قيام دول الاتحاد الأوروبي بتعزيز صلاحيات أجهزة مكافحة الهجرة غير النظامية كوكالة خفر السواحل وحرس الحدود، بالإضافة إلى اللجوء المفرط لاعتقال المهاجرين وتكثيف استعمال اتفاقات إعادة الرعايا، وهو ما ينجم عنه تكريس منهجي للسياسة الأمنية والقسرية مقابل تهميش كلي للجوانب الإنسانية والأبعاد التنموية في التعامل مع هذه الظاهرة العالمية.

الكلمات المفتاحية:

الطرد الجماعي، الإعادة القسرية، احتجاز المهاجرين، وكالة خفر السواحل.

تاريخ إرسال المقال: 2018/05/16، تاريخ قبول المقال: 2018/05/31، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: أوكيل محمد أمين، "عن فعالية المقاربة الأوروبية للتصدي لظاهرة الهجرة غير النظامية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 27-48.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

⁽¹⁾ أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

المؤلف المراسل: oukil1979@gmail.com

The Effectiveness of the European Approach to Address the Phenomenon of Illegal Immigration

Summary:

The European Union continues to adopt a security and deterrent policy in the context of its general strategy to confront the phenomenon of illegal immigration, despite the many threats posed by the security approach to the situation of vulnerable migrants and the need to respect their fundamental rights, which are still the object of violation and encroachment in EU countries. Recent developments have shown that EU countries have strengthened the powers of irregular immigration agencies such as the Coast Guard and border guards, as well as intensifying the use of resettlement agreements. This results in a systematic emphasis on security policy as opposed to marginalization of humanitarian aspects and developmental dimensions in dealing with this phenomenon.

Key words:

Collective expulsion, Forced return, Detention of migrants, the Coast Guard Agency.

De l'efficacité de l'approche européenne de lutte contre le phénomène de l'immigration illégale

Résumé :

Dans le cadre de sa stratégie générale de lutte contre l'immigration illégale, les Etats de l'Union Européenne continuent à mener une politique sécuritaire et répressive, et ce, en dépit des enjeux et des répercussions de l'approche sécuritaire sur la situation vulnérable des migrants et de la nécessité du respect de leurs droits fondamentaux qui ne cessent de faire l'objet d'atteinte et de violation dans les Etats en question. Ainsi, une telle politique s'est manifesté récemment par le renforcement des prérogatives des organes de lutte contre l'immigration illégale telle que *l'agence* Européenne de *garde-frontières* et les *garde-côtes*, ce à quoi s'ajoute le recours excessif à l'arrestation des migrants ainsi qu'aux conventions sur le renvoi des ressortissants. D'où la consécration méthodique de la politique sécuritaire et coercitive remettant en cause les considérations humanitaires et développementales dans le traitement d'un tel phénomène universel.

Mots clés :

Expulsion collective, la détention de migrants, le retour forcé ,L'agence européenne de *garde-frontières* et de *garde-côtes*.

مقدمة

تعدّ الهجرة غير الشرعية أو غير النظامية ظاهرة شديدة التعقيد، تشكّل أبرز التحديات التي تشغل بال المجتمع الدولي في الوقت الراهن، ذلك أنّ تداعياتها تشمل جلّ الدول في العالم بصرف النظر عن وضعها كدول مصدر أو عبور أو مقصد. فحركية الأفراد وتنقلهم طلبا لمستقبل أفضل مطلب حيوي لا تتفك المجتمعات البشرية عن المطالبة والقيام به، مهما وضعت في طريقها من قيود وعقبات، وهذا ما يفسّر تعدد وتشعب أنماط الهجرة ودوافعها، فقد يحدث أن تتحد وسيلة الهجرة كسبيل وسلوك يهدف صاحبه من خلاله الانتقال من إقليم لآخر طلبا للعمل أو الرفاه وهو المفهوم النمطي والتقليدي للهجرة، مع آخر يتخذ نفس السبيل لكنّه ينشد سوى الانعتاق أو الخلاص من وضع انقطعت فيه سبل العيش والأمان، كحال النازحين واللاجئين والمهاجرين بفعل النزاعات والأزمات الإنسانية المختلفة. فدوافع الهجرة غير النظامية وأشكالها مختلفة وهو ما يجعلها بالضرورة ظاهرة إنسانية بالغة الأهمية، سيما مع تفاقم النزاعات واتساع بؤر التوتر والفقر وتباعد مستوى ونمط العيش بين دول الشمال والجنوب، ولعلّ ما زاد من تعقيدها هو اقترانها أحيانا بوسائل غير مشروعة على الصعيد الدولي كشبكات تهريب المهاجرين ومجموعات الاتجار بالبشر التي تتخذ من وضعية المهاجرين المحتومة سببا للانتقاع .

لكن استفحال ظاهرة الهجرة غير النظامية مؤخرا وارتفاع معدلاتها بشكل غير مسبوق سيما اتجاه الأقاليم الأوروبية، كان عاملا حاسما في دفع دول الاتحاد الأوروبي إلى اتخاذ تدابير موحّدة للتصدي لهذه الظاهرة والسيطرة على آثارها والحد من تفاقمها، وذلك عن طريق إقامة استراتيجية مشتركة شاملة للتسيق والتعاون وتنظيم قواعد دخول الأجانب إلى أقاليم الاتحاد الأوروبي والإقامة والتنقل فيها، تقوم أساسا على تشديد أنظمة الرقابة على الحدود الخارجية لدول الاتحاد مع الاستعانة بكافة الوسائل والمعدات اللازمة والتي تراها مناسبة لتحقيق دواعي الحفاظ على أمنها والنظام العام على أقاليمها.

وبصرف النظر عن أحقيّة دول الاتحاد في تقرير سياستها الخاصة بالهجرة وتنظيم ضوابط تنقل الأجانب إلى أقاليمها أو الإقامة فيها، بما يتلاءم مع سيادتها في أعمال سلطان قوانينها على كامل أقاليمها، فإنّ تركيزها الشديد على الجوانب الأمنية في استراتيجيتها لمكافحة الهجرة غير النظامية من قبيل اعتمادها على أساليب الاحتجاز الجماعي والاعتراض البحري والإعادة القسرية للمهاجرين، فضلا عن استعمالها المباشر للقوة وتدابير القمع عن طريق الاستعانة بأجهزة أمنية لمكافحة الهجرة والرقابة على تسلل المهاجرين لحدود الاتحاد أبرزها وكالة "Frontex"، يكون له وقع سلبي مباشر وأكيد على الحقوق الأساسية للمهاجرين.

ومن جهة أخرى، وعلاوة على الانعكاسات التي تخلفها السياسة الأمنية على حقوق المهاجرين، فإنّ المقاربة الأوروبية تقوم على الحد من نسب الهجرة وتقييد تنقل وحركة الأشخاص إلى أبعد الحدود، بما يخدم مصلحة الطرف الأوروبي فقط في معادلة الهجرة كدول مقصد تسعى للتحكم والحفاظ على أمنها العام، وهذا مقابل ما تطرحه هذه السياسة الأحادية في النهاية من إهمال تام لمصالح دول المصدر، فضلا عن تقويض حق

الرعايا الأجانب في التنقل وإعاقه سبل انتقالهم بين دول العالم، وهو ما يرهن أفق مساهمتهم في تعزيز سبل التنمية الدولية المستدامة وتدعيم معدلات النمو والتعاون الاقتصادي والتجاري بين الدول، فلا يمكن إنكار المساهمة الإيجابية التي قدّمها ولا يزال يقدمها المهاجرون في تحقيق أطر النمو الشامل وخدمة برامج التنمية المستدامة لدول المقصد، وهذا ما يؤكد الطابع العالمي للهجرة في كونها ظاهرة دولية متعددة الأبعاد والآثار، لا يمكن تناول جوانبها المتعددة من منظور أحادي فقط أو استراتيجية واحدة تحقق مصالح دول معينة بالذات، ذلك أنّ المسألة تتطلب اتخاذ سياسة دولية شاملة ومتوازنة تراعي مصالح جميع الأطراف على حد سواء: دول مقصد أو دول مصدر أو حتى دول عبور.

وعلى هذا الأساس، تهدف هذه الدراسة لتحليل أسس وأبعاد مقارنة الاتحاد الأوروبي الحالية للتصدي لظاهرة الهجرة غير النظامية والتي لا يزال يسيطر عليها الطابع الأمني بشكل لافت لحد الآن، وذلك بتبيان أساليب ونتائج تبني هذا التوجه للتعاطي مع ظاهرة الهجرة، علاوة عن تحديد مدى تأثير الخيار الأمني على انفتاح المقاربة الأوروبية على الحلول الأخرى الموازية الرامية لمعالجة متكاملة للجوانب الإنسانية والاجتماعية والتنمية التي تنطوي عليها الهجرة غير النظامية، وهذا ما يدفعنا لدراسة هذا الموضوع من منظور الإشكالية التالية:

ما مدى توفيق المقاربة الأوروبية الراهنة في مواجهة ظاهرة الهجرة غير النظامية واستيعاب كافة أبعادها الإنسانية والإنمائية المتعددة؟

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة، ارتأينا تقسيم الدراسة إلى محورين، تناولنا في الأول تكريس أولوية الخيار الأمني في المقاربة الأوروبية لمواجهة الهجرة غير النظامية، بينما عالجت في الثاني تهميش الأبعاد الإنسانية والتنمية في المقاربة الأوروبية الراهنة لمواجهة الهجرة غير النظامية.

المحور الأول: تكريس أولوية الخيار الأمني في المقاربة الأوروبية لمكافحة الهجرة غير النظامية

تقوم السياسة الأوروبية الراهنة لمواجهة الهجرة غير النظامية على تكريس شامل ومستمر للمقاربة الأمنية، وينبغي ذلك من خلال تفضيل اعتماد الأساليب القسرية والردعية للتعامل مع الظاهرة (فرع أول) فضلا عن توسيع نطاق التعامل الأمني معها ليشمل صلاحيات وأهداف جديدة في استراتيجية مكافحة الظاهرة (فرع ثان).

الفرع الأول: اللجوء للأساليب القسرية والردعية في التعامل مع الهجرة غير النظامية

تستخدم دول الاتحاد الأوروبي وسائل قسرية لتنفيذ سياسة الحد من الهجرة غير النظامية، تنعكس سلباً على وضعية حقوق المهاجرين، تتمثل أهمها في الاحتجاز القسري (1)، والإعادة القسرية باستعمال اتفاقيات إعادة الرعايا والقبول (2).

1- إحتجاز المهاجرين غير النظاميين كآلية لمراقبة الحدود

أ- الطبيعة الشمولية للاحتجاز

لا تزال الدول الأوروبية تعتمد إلى احتجاز المهاجرين الذين يثبت دخولهم إلى أقاليمها بطريقة غير قانونية ومخالفة لشروط تنقل الأجانب (1)، بحيث تجسّد هذه الممارسة المدخل الرئيسي لجميع انتهاكات حقوق المهاجرين وحرّياتهم الأساسية. تتخذ دول الاتحاد الأوروبي تدابير الاعتقال الإداري كأحد أهم آليات التعامل مع ظاهرة الهجرة غير النظامية رغم عظم الخطورة المحيطة بتنفيذه على المعتقلين، حيث يعدّ هذا التدبير إجراء شمولياً بامتياز لا يُراعي الظروف الاستثنائية والوضعيات القانونية المتباينة للأشخاص الخاضعين له، كحالة اللاجئين مثلاً الذين لا ينطبق عليهم مركز المهاجرين غير النظاميين لحقهم الأكيد في الحصول على الحماية الدولية، أو الفئات الهشة كالنساء والأطفال الذين يختلف وضعهم عن باقي المهاجرين حيث تحتاج وضعيتهم إلى رعاية أولى ومعاملة فضلى.

كما أنّ الدول الأوروبية وإن كانت تعتمد هذا التدبير بصفة مؤقتة بحجة حفظ نظامها العام ومراقبة سبل الدخول القانوني لأقاليمها، في انتظار ترحيلهم إلى أماكن أخرى أو إعادتهم لبلدانهم، فإنّ الممارسة الراهنة تكشف العديد من التجاوزات التي ينطوي عليها هذا التدبير بدءً بتقييد الحق في التنقل، والتمادي في فرضه وإطالة مدته، زيادة عن ظروف الاعتقال ونوع المعاملة التي يجدها المهاجرون في مراكز الاعتقال ومستوى الرعاية الصحية الواجبة لهم وغيرها من الظروف الصعبة والماسية بحقوقهم في مراكز الاحتجاز (2).

¹ انظر:

Paul CHIRON, "Les politiques migratoires européennes à la frontière de Droit", observatoires des questions humanitaires, IRIS, Paris, juin 2017, p4.

² بصرف النظر عن الأسباب التي تتخذها دول الوجهة لتبرير لجوئها لحجز المهاجرين غير الشرعيين، فإنّ هذه المعاملة تعدّ قانونية فقط في حال اعتقال شخص لمنع دخوله بطريقة غير قانونية إلى إقليم الدولة أو ضد أي شخص يتخذ ضده إجراء بالترحيل حسب ما تنص عليه المادة الخامسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، انظر:

La convention européenne de droit de l'homme de 1950 signée le 4 Novembre 1950, amendée par les protocoles 11 et 14, complétée par le protocole additionnel et les protocoles 4,6,7,12 et 13, disponible sur le site de l'union européenne suivant,

(تاريخ الاطلاع عليه: 2017-12-10) http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

ب- آثار الاحتجاز على وضع المهاجرين

كشف المقرر الخاص المعني بحقوق المهاجرين لدى مجلس حقوق الانسان، السيد "فرانسوا كريبو" (François Crépeau) في تقريره المقدم في الدورة 29 أمام مجلس حقوق الانسان سنة 2015⁽¹⁾، أنّ العديد من المهاجرين غير النظاميين وملتزمي اللجوء يتعرضون للاحتجاز بعد وصولهم إلى الاتحاد الأوروبي في رحلات غالبا ما تكون طويلة وخطيرة وشاقة. والأخطر في الأمر حسب المقرر الخاص، أنّ: " بعض حالات احتجاز المهاجرين في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تتعارض مع القانون الدولي لحقوق الإنسان، لأنّ هذا الاحتجاز يُعرّف في القانون المحلي على أنّه غير معقول أو ضروري أو متناسب، ولا يُقرّر على أساس كل حالة على حدة "

ويشدّد المقرر على أنّ: " الكثير من المهاجرين يعاملون بطريقة قاسية وعقابية، رغم أنّ الهجرة غير النظامية ليست عملا إجراميا. ولقد تبيّن أنّ الاحتجاز المطول والمستند إلى أسس غير واضحة له تأثير مدمر على الصحة العقلية للمهاجرين وملتزمي اللجوء". لذلك فإنّ التقرير المذكور يحث جميع الدول على اعتماد تدابير فعالة لوضع حد للاعتقال والاحتجاز التعسفيين للمهاجرين، واتخاذ إجراءات لمنع أي شكل غير قانوني من أشكال حرمان المهاجرين من الحرية، مع إيلاء اهتمام خاص لحالات الاحتجاز التعسفي للمهاجرين، وبخاصة مسألة احتجاز الأطفال والمراهقين المهاجرين. كما يطلب إلى الدول أن تعتمد تدابير ملموسة من أجل الحيلولة دون انتهاك حقوق الإنسان للمهاجرين أثناء العبور، بما في ذلك الموانئ والمطارات والحدود ونقاط التفتيش التابعة لسلطات الهجرة، وأن تدرب الموظفين العموميين الذين يعملون في تلك المرافق وفي مناطق الحدود على معاملة المهاجرين وأسرهم باحترام ووفقاً للقانون⁽²⁾.

¹ انظر:

تقرير المقرر الخاص المعني بحقوق الانسان للمهاجرين أمام مجلس حقوق الانسان، الدورة رقم 29، صادر بتاريخ 8 ماي 2015، (وثيقة رقم A/HRC/29/36) متوفرة على الرابط:

http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A_HRC_29_36_ARA.DOCX

(تاريخ الاطلاع عليه: 10-12-2017).

² المرجع نفسه.

2- إبرام اتفاقيات إعادة الرعايا: "آلية لتكريس الإعادة القسرية"

أ- مضمون اتفاقيات إعادة الرعايا

اتخذت اتفاقيات إعادة الرعايا وتنتقل الأشخاص مظهرا مميّزا في سياسة الاتحاد الأوروبي المنتهجة لمكافحة ظاهرة الهجرة السرية وحفظ النظام العام في أقاليمها، حيث اعتمدها كأسلوب للسيطرة على تدفقات المهاجرين غير النظاميين وإعادتهم إلى بلدانهم الأصلية⁽¹⁾. ورغم كون دول الاتحاد تحاول منح الانطباع بأن استخدامها لهذه الاتفاقيات يندرج في إطار التعاون والتنسيق المستمر مع دول المصدر، فإنّ هذه الاتفاقيات ترتب التزامات على دول المصدر تقضي بقبول إعادة رعاياها المقيمين بصفة غير قانونية في دول المقصد رغم عدم امتلاكهم لوثائق هوية، شرط إمكانية التأكد من جنسيتهم من طرف مصالحها القنصلية⁽²⁾.

ومع أنّ دول المصدر تبقى إرادتها سيّدة في قبول الرعايا المعنيين بالترحيل إليها، إلا أنّها لا تملك حق رفض أو الاعتراض على مبدأ الترحيل متى تمكنت الدول الطالبة للترحيل إثبات جنسية الرعايا المعنيين، وهنا تظهر حقيقة إبرام هذه الاتفاقيات في كونها مُصمّمة خصيصا لتقييد حق الأفراد في حرية التنقل المكفول دوليا، حيث أنّها الأداة النموذجية لإعادة المهاجرين غير المرغوب فيهم إلى دولهم الأصلية، بما يتوافق مع مبدأ سيادة دول الوجهة أو المقصد في أعمال قوانينها لدخول وتنتقل الأشخاص ومغادرتهم أقاليمها. وعلى هذا الأساس تكون مصلحة الدول الأوروبية في إبرام هذه الاتفاقيات أكبر من مصلحة دول المصدر التي تكتفي بالاستفادة من تأطير سبل عودة رعاياها إلى وطنهم، والسماح لهم بالعودة متى تأكدت من جنسيتهم حتى في حالة عدم امتلاكهم لوثائق تثبت ذلك، ولذلك فإنّ هذه الاتفاقيات تخدم في النهاية استراتيجية الدول الأوروبية في مكافحة ظاهرة الهجرة غير النظامية وتنظيم الإعادة القسرية للمهاجرين.

ب- تشجيع عقد اتفاقيات إعادة الرعايا في إطار برامج الشراكة

لقد كرّس الاتحاد الأوروبي اتفاقيات إعادة الرعايا كأحد أهم آليات مكافحة الهجرة غير النظامية في سياسته المشتركة، إذ بات يطرحها كأهداف تعاقدية في إطار إقامة اتفاقيات الشراكة مع دول البحر المتوسط أو مع دول غرب آسيا وفق صيغة جديدة تعرف بـ: "البرامج المشتركة للهجرة والحركة"⁽³⁾ (PCMM)، حيث

¹ راجع:

مهدي ريس، اتفاقيات الاتحاد الأوروبي لإعادة القبول، نشرة الهجرة القسرية رقم 51، يناير 2016، ص 45، متوفر على الرابط التالي:

(تاريخ الاطلاع عليه: 10-1-2018). <http://www.fmreview.org/ar/destination-europe.html>.

² المرجع نفسه.

³ وتعرف بـ:

(Les Programmes communs pour les migrations et la mobilité)

يعرض الاتحاد الأوروبي على دول المصدر أو العبور تقديم مساعدات تنموية وتسهيل حصول رعاياها على تأشيرات الدخول في إطار الهجرة النظامية، مقابل التزامها بمنع تسلل المهاجرين وباستعادتهم حتى إن لم يكونوا من حملة جنسيتها لترحيلهم لاحقا لدولهم الأصلية، ومثال ذلك اتفاقية إعادة القبول المبرمة بين تركيا والاتحاد الأوروبي، الموقعة في ديسمبر 2013، والتي دخلت حيز التنفيذ في 18 مارس 2016، حيث تنص على إعادة جميع المهاجرين غير النظاميين في تركيا الذين دخلوا أراضيها ليعبروا منها إلى أوروبا، بحيث لا تلزم الاتفاقية تركيا باستعادة رعاياها فقط، بل كل المهاجرين الذين عبروا أراضيها اتجاه أوروبا، ليجري ترحيلهم في مرحلة ثانية إلى بلدانهم الأصلية⁽¹⁾. ويعدّ هذا الأمر من الأحكام الخطيرة في الاتفاقية، لكون غالبية المهاجرين الذين يعبرون تركيا إلى الدول الأوروبية من الأفغان والسوريين والعراقيين الفارين من الاضطهاد في دولهم الأصلية. ومن دون أدنى شك فإنّ اتفاقيات إعادة الرعايا والقبول تشكّل خطراً على حقوق الانسان عندما تعرض كوسيلة في إطار تنفيذ سياسة إدارة الهجرة، ذلك أنّها تطرح إشكالا عميقا في كونها أداة شمولية لا تقيم تمييزا بين أوضاع الهجرة المختلفة، بالنسبة للمهاجرين الذين يجدون أنفسهم في وضع غير قانوني في دول الوجهة كاللاجئين والنازحين من النزاعات أو طالبي اللجوء السياسي مثلا، بحيث لا تترك فرصة للمهاجر غير النظامي لإثبات وضعه أو لدراسة مسألة الترحيل حالة بحالة أو تمكينه من طلب الحماية الدولية الملائمة لوضعه القانوني⁽²⁾. ناهيك عما تخلفه إجراءات تنفيذ هذه الاتفاقيات من انتهاك صريح ومباشر لمبدأ عدم الإعادة القسرية المقرر في نص المادة 33 من اتفاقية الأمم المتحدة لحماية اللاجئين لعام 1951⁽³⁾.

انظر:

Samuel COGOLATI, Et Autres, " Les Migrants en méditerranée et la protection des droits de l'homme ", Direction generale des politiques externes, Parlement Europeen, 2015, p56, disponible sur le lien:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU\(2015\)535005_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU(2015)535005_FR.pdf)

(تاريخ الاطلاع عليه: 10-3-2018)

¹ انظر:

مهدي ريس، مرجع سابق، ص 46. وللاستزادة حول أثر اتفاقيات الاتحاد الأوروبي لإعادة القبول على وضع المهاجرين غير النظاميين، راجع:

Mehdi RAIS, " Les accords communautaires de réadmission des migrants en situation irrégulière", Publié par : Konard-Adenauer-Stiftung, RABAT, Édition 2018.

² انظر:

Claudia CHARLES, " Accords de réadmission et respect des droits de l'homme dans les pays tiers", Parlement Européen, département thematiques, Bruxelles, 2007, p19. Disponible sur le lien: <http://www.europarl.europa.eu/activities/expert/estudies.do?languageFR>

(تاريخ الاطلاع عليه: 1-3-2018)

³ تنص المادة 33 من اتفاقية الأمم المتحدة لوضع اللاجئين، على:

لقد أشار مقرر مجلس حقوق الانسان لشؤون الهجرة السيد "فرنسوا كريبو" (François Crépeau) في تقريره المذكور إلى أثر اتفاقات إعادة القبول "Les accords de réadmission" التي تعقدها دول الوجهة ومنها الدول الأوروبية، على الوضع العام للمهاجرين ومدى احترام حقوقهم وحرّياتهم الأساسية، حيث جاء في نص الفقرة 39 من التقرير: " تمثل اتفاقات إعادة القبول مجال قلق خاص، حيث أنّ إطار تنفيذ هذه الاتفاقات ترتب عنه عمليات ترحيل وإعادة إلى بلدان المصدر وبلدان ثالثة لا يسود فيها القانون وتملك نظم لجوء سيئة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعزيز نطاق تطبيق السياسة الأمنية في التصدي للهجرة غير النظامية

إنتهجت دول الاتحاد الأوروبي سبيل المراهنة أكثر على الطابع الأمني في سياستها للتصدي لظاهرة الهجرة غير النظامية، حيث عمدت إلى تحديث وتعزيز صلاحيات وكالة مراقبة الحدود الخارجية باعتبارها الهيكل الأمني المحوري في استراتيجية الاتحاد الأوروبي لمكافحة الهجرة ومراقبة سبل التنقل عبر الحدود⁽¹⁾، فضلا عن دمج مجال السياسة الأمنية لمكافحة الهجرة بمجالات مكافحة الاجرام والارهاب الدولي⁽²⁾.

1- تعزيز صلاحيات وكالة "فرونتكس": "Frontex"

تعدّ وكالة حرس الحدود وخفر السواحل "فرونتكس" أهم أدوات تنفيذ السياسة الأوروبية لمكافحة الهجرة غير النظامية. تقوم الوكالة على تشديد الرقابة على إجراءات الدخول عبر الحدود والمياه الإقليمية لدول الاتحاد الأوروبي. وقد عملت دول الاتحاد الأوروبي على تحديث وإصلاح وكالة "Frontex"، وإقرار صيغتها الجديدة التي صادق عليها الاتحاد الأوروبي في 14 سبتمبر 2016 بهدف إنقاذ نظام "شنغن" وتعزيز أنظمة المراقبة والتنقل وحركة الأجانب عبر حدود الاتحاد⁽²⁾.

"لا يحق لأي دولة طرف في الاتفاقية، ولأي سبب من الأسباب، طرد أو ترحيل لاجئ خارج حدودها، إذا كانت حياته وحرّيته مهددة بسبب عرقه أو دينه أو جنسه، أو انتمائه لأي فصيل اجتماعي أو سياسي." اتفاقية الأمم المتحدة لوضع اللاجئين، اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 28 يوليو 1951، ودخلت حيز النفاذ في 22 أبريل 1954. متوفرة على الرابط:

<http://www.hlrn.org/img/documents/Refugee%20Convention%201951%20ar.pdf>

(تاريخ الاطلاع: 2018-01-15)

¹. تقرير المقرر الخاص المعني بحقوق الانسان للمهاجرين أمام مجلس حقوق الانسان، الدورة رقم 29، صادر بتاريخ 8 ماي 2015، مرجع سابق.

² انظر:

Nina FABRIZI-RACINE, " Frontex: nouvelles agences européenne de gardes-frontières et de gardes côtes : des données et des hommes " , in :La Revue de Droit de l'homme,(en ligne), mis en ligne le 21 Mars 2017,p2, disponible sur le lien: <https://revdh.revues.org/3037>

(تاريخ الاطلاع عليه: 2018-3-11).

إنّ وكالة Frontex الجديدة تضم وكالة مراقبة الحدود السابقة، بالإضافة للأجهزة الوطنية لمراقبة الحدود، وذلك بهدف توفير ظروف أحسن لمراقبة الحدود الخارجية لدول الاتحاد وتعزيز أطر التعاون المشترك بينها لتقادي القصور الناجم عن السياسة الأحادية، وتغطية العجز المادي والتقني الذي تعاني منه بعض دول الاتحاد في السيطرة على ظاهرة الهجرة غير النظامية⁽¹⁾. وتتمحور مهمة الوكالة في الإشراف على مراقبة الحدود والتدخل في إقليم دول الاتحاد لمكافحة ظاهرة الهجرة السرية والسيطرة على عمليات تدفق المهاجرين، وذلك من دون حاجتها للموافقة الصريحة لهذه الدول. وتستند في نشاطها على الدعم المادي واللوجستي الذي تحظى به من دول مجلس الاتحاد، والذي تم رفعه بشكل غير مسبوق من أجل توظيف أرقى التكنولوجيات الحديثة والرقمية من رادارات وأقمار صناعية وأجهزة ووسائل عسكرية وأمنية متطورة، لغاية كشف عمليات تسلل واختراق الحدود الأوروبية⁽²⁾. هذا بالإضافة عن صلاحيتها الموسّعة في استغلال قاعدة البيانات الشخصية التي يوفرها لها جهاز "SIS" (نظام شنغن للمعلومات) وكلا من وكالتي: "Interpool" و "Eurosur"، لضمان تبادل المعلومات بينها وبين دول الاتحاد في الوقت المناسب وأقرب الآجال بشأن مكافحة الهجرة غير النظامية.

وعلى هذا الأساس لم تهدف عمليات إصلاح وكالة "فرونتكس" لتغيير الخط العام لسياسة الاتحاد الأوروبي في التعاطي مع ظاهرة الهجرة السرية، وإنّما لتكريس الطابع الأمني في التعامل مع هذه الظاهرة بشكل أعمق، عبر توسيع صلاحيات الوكالة للتدخل في دول الاتحاد، وتشديد عمليات الرقابة وتوحيد مخططات التدخل للسيطرة على حركة المهاجرين عبر الحدود⁽³⁾، وهو نفس المسار الأمني المتخذ سابقا مع تشديد أكبر في مجالات وأساليب التطبيق.

2- إدراج مسألة مكافحة الهجرة غير النظامية في مجالات مكافحة الجريمة

علاوة عن التدابير الأمنية التي تتخذها الدول الأوروبية للتعامل مع التسلل أو الدخول إلى أقاليمها بطريقة غير مشروعة، والتي تقود إلى احتجاز المهاجرين أو اعتقالهم لفترة معينة، ريثما يُقضى في مصيرهم إما بالترحيل الجماعي أو بإخلاء سبيلهم تحت شرط تحديد فترة زمنية لمغادرة الإقليم تحت طائلة تشديد العقوبة، أو تنفيذ عمليات الاعتراض البحري وما يخلفه من تهديد وشيك لحياة وأمن المهاجرين، فإنّ السياسة الأوروبية الراهنة للتعاطي مع الهجرة غير النظامية تكشف بأنّها تسعى لدمج مسألة مواجهة هذه الظاهرة مع مجال مكافحة

¹ Ibid, p2.

² انظر:

محمد الهزاط، السياسة الأوروبية في مجال الهجرة غير النظامية وفشل خيار الهجرة صفر، مجلة العلوم القانونية، الرباط، العدد السادس السنة 2017، ص 98.

³ انظر:

Nina FABRIZI-RACINE, op cit, p4.

ظواهر إجرامية قد تكون متداخلة معها، كجريمة تهريب المهاجرين أو الاتجار بالبشر أو جرائم الارهاب الدولي، وهذا بالرغم من الفرق الواضح بين طبيعة الهجرة التي تعمها الجوانب الإنسانية والدوافع الاجتماعية مع الظواهر الاجرامية المذكورة، وهذا ما ينفي نهائيا صحة الربط ومحاولات المزج بينها وبين المسائل الجنائية ومكافحة الجريمة⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد، شدّد السيد "فرنسوا كريبو" المقرر الخاص المعني بحقوق الانسان لشؤون المهاجرين من خلال التقرير الذي قدّمه لمجلس حقوق الانسان في دورته 29 سنة 2015، على أنّ: "الكثير من المهاجرين يعاملون بطريقة قاسية وعقابية، رغم أنّ الهجرة غير النظامية ليست بأي حال من الأحوال عملا إجراميا"⁽²⁾.
لقد سمحت عملية مراجعة نظام مراقبة الحدود بواسطة وكالة "فرونتيكس" في 14 سبتمبر 2016 بتوسيع صلاحية هذه الأخيرة، لتشمل حاليا اختصاصات نوعية جديدة هي محاربة الإرهاب والجريمة العابرة للحدود، حيث خوّلتها مجلس الاتحاد سلطة جمع المعلومات والبيانات الضرورية لمحاربة الإرهاب والجريمة المنظمة من جميع الأشخاص المشبوهين⁽³⁾، وتكرّس هذا الدمج بين وظيفة مكافحة الهجرة غير النظامية ومحاربة الإرهاب بالتعاون الضروري بين وكالة "فرونتيكس" ومنظمة "الانتربول"، فضلا عن صلاحية وكالة خفر السواحل ومراقبة الحدود في استغلال قاعدة البيانات الشخصية المتضمنة في نظام (SIS) لنفس الغرض⁽⁴⁾، وهو ما يشكّل خطرا على الحقوق الشخصية للمهاجرين، و يسهم في تعزيز النظرة التمييزية والنمطية اتجاههم بوصفهم مجرمين أو مصدر خطر للمجتمع الأوروبي، مما قد ينعكس في رفع معدلات الكراهية واستعداد المهاجرين لدى بعض أوساط المجتمع الأوروبي وفي تقشي طريقة التعامل التمييزية نحوهم.

¹ انظر:

محمد الهزاط، مرجع سابق، ص 97.

² انظر:

تقرير المقرر الخاص المعني بحقوق الانسان للمهاجرين بشأن خطة لتيسير التنقل البشري لعام 2035، مجلس حقوق الانسان، الدورة 35 البند 3 من جدول الاعمال، وثيقة رقم A/HRC/35/25 مؤرخة في 28 أبريل 2017، متوفر على الرابط:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session35/Pages/ListReports.aspx>

(تاريخ الاطلاع عليه: 15-3-2018).

³ انظر:

Nina FABRIZI-RACINE, op cit, p7.

⁴ انظر:

Ibid, p7.

المحور الثاني: تهميش الأبعاد الإنسانية والتنمية في السياسة الأوروبية لمواجهة الهجرة غير النظامية

أدى التركيز المتزايد للنهج الأمني في السياسة الأوروبية الراهنة لمواجهة ظاهرة الهجرة غير النظامية إلى إسقاط فرصة اعتماد بدائل وحلول موازية جديرة بإرساء مقاربة شاملة لمعالجة هذه الظاهرة العالمية، وذلك لاحتمال تعارضها مع الحل الأمني الذي ينتهجه الاتحاد الأوروبي، أو لأثرها البعيد أو المتوسط مقارنة بالأثر الفوري الذي يطبع الخيار الأمني. فبالرغم من الطابع الإنساني الذي يكتسي ظاهرة الهجرة، واحتمال تعرض المهاجرين لانتهاكات عديدة لأبسط حقوقهم الأساسية نظرا لوضعهم الهش في دول المقصد، فإنّ الاتحاد الأوروبي لا يزال لحد الآن يغيّب السبيل الإنساني في التعامل مع هذه الظاهرة (فرع أول) فضلا عن كون السياسة الأوروبية الراهنة تتعاطى بتجاهل تام مع البعد التنموي المترابط مع ملف الهجرة الدولية رغم دور المهاجرين الأساسي في دفع سبل التنمية الدولية في العالم (فرع ثان).

الفرع الأول: إهمال البعد الإنساني في السياسة الأوروبية لمواجهة الهجرة غير النظامية

لا يزال الاتحاد الأوروبي يتغاضى عن منح مكانة خاصة لمسألة حماية حقوق الانسان في سياسته الراهنة لمواجهة الهجرة غير النظامية، نظرا لاصطدامه بالخيار الاستراتيجي الأمني الذي ينتهجه، فلطالما كانت مسألة حقوق الانسان هاجسا بارزا في سبيل تقرير السياسات الأمنية، نظرا لتقييدها مجال إنفاذ هذه الأخيرة، وعلى هذا الأساس يُبَرَّر استمرار الدول الأوروبية في رفض الالتزام بالاتفاقيات الدولية التي تمنح حماية فاعلة للمهاجرين(1). كما يتبين تهميش السياسة الأوروبية للبعد الإنساني من خلال تهاونها عن إقحام آليات فعالة كفيلة بحفظ حقوق المهاجرين، لمراقبة نشاط أجهزة مكافحة الهجرة غير النظامية(2).

1- رفض الالتزام باتفاقية حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم

أ- عن الحماية المقررة في الاتفاقية للمهاجرين غير النظاميين

يتأكد استمرار الاتحاد الأوروبي في التركيز على المقاربة الأمنية كحل استراتيجي في التعامل مع ظاهرة الهجرة غير النظامية، مقابل إهمال الجوانب الإنسانية التي تنطوي عليها هذه الظاهرة، من خلال السياسة المشتركة التي تسلكها دول الاتحاد بشأن رفض الالتزام بالصك السابع من الصكوك الدولية لحقوق الانسان، المتمثل في " إتفاقية الأمم المتحدة لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990". بحيث تعتبر هذه

الاتفاقية الوسيلة القانونية الرئيسية والأهم في مجال حماية حقوق المهاجرين غير النظاميين⁽¹⁾، دخلت حيز النفاذ في 1 جوان 2003 بعد اعتمادها من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1990 بالقرار رقم 158/45⁽²⁾، وتعدّ الجزائر طرفاً فيها⁽³⁾.

تعتبر الاتفاقية الأحدث والأكثر اكتمالاً مقارنة بالوثائق الدولية الأخرى ذات الصلة بحماية المهاجرين، حيث تضمن حماية شاملة لوضع المهاجرين تُعطي كامل مراحل الهجرة المختلفة: من التحضير والمغادرة والإقامة في دول الوجهة والعمل فيها والعودة لدول المصدر. وتضع الاتفاقية المعايير والأسس النموذجية لحماية حقوق المهاجرين من طرف الدول المستقبلة الأطراف فيها، وتأخذ منهم واجب الالتزام بتنفيذ أحكامها وضمن حدود دنيا للعمال المهاجرين ولأفراد أسرهم من دون النظر لوضعهم القانوني اتجاه الهجرة، مثلما تنص عليه في مادتها الأولى، ولعلّه أهم بنودها، وقد سبقت الديباجة التأكيد أنّ الاعتراف للمهاجرين غير النظاميين بهذه الحقوق مردّه سهولة استغلال وضعهم وانتهاك حقوقهم الإنسانية وحمايتهم من الوقوع ضحية للاتجار⁽⁴⁾.

بيد أنّ الأمر اللافت في بنودها ما تضمنه هذه الأخيرة من حماية نوعية للمهاجرين غير النظاميين بسبب المخاطر التي يتعرضون لها بحكم وضعهم الهش، فالمادة 15 توفر لهم حماية خاصة ضد تجريدتهم تعسفاً من ممتلكاتهم، بينما توفر لهم المادة 21 ضماناً ضد أي محاولة لإتلاف أو مصادرة أو الاستيلاء على وثائقهم أو هويتهم أو تصاريح عملهم أو شهادات إقامتهم أو دخولهم لإقليم الدولة المستقبلة أو جوازات سفرهم، بينما تضمن لهم المادة 22 عدم تعريضهم للطرد الجماعي أو للطرد الفردي إلا بقرار صادر عن السلطة المختصة في الدولة المستقبلة، وتنص المادة 30 على حق أطفال العمال المهاجرين في مزولة التعليم والالتحاق بالمدارس

¹ انظر: ساعد رشيد، الهجرة غير الشرعية من منظور انساني، رسالة ماجستير في العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص 37.

² اتفاقية الأمم المتحدة لحماية جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 18 ديسمبر 1990 بموجب القرار رقم 158/45، راجع ذلك على الرابط التالي:

www.unhcz.ch/htm/menu3/b/m-mwctoc.htm

(تاريخ الاطلاع عليه: 15-2-2018).

³ صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-441 مؤرخ في 21 ديسمبر 2004، جريدة رسمية رقم 2 مؤرخة في 5 جانفي 2005.

⁴ تقع الاتفاقية في تسع أجزاء، يمنح الجزء الثالث من الاتفاقية الواقع ما بين المادتين 8 و35 بعنوان: "حماية حقوق الانسان للمهاجرين"، حماية نسبية واسعة لحقوق المهاجرين ولأفراد أسرهم بقطع النظر عن وضعهم من حيث الهجرة، بحيث يشكل حماية صريحة لحقوق المهاجرين غير الشرعيين الواردة أصلاً في المواثيق الدولية كالعهد الدولي، فتتص الاتفاقية على حماية الحق في الحياة (المادة 9)، وحظر التعذيب (المادة 10)، ومنع السخرة (المادة 11) والسلامة الجسدية (المادة 13)، وحرمة المسكن (المادة 14) وغيرها من الحقوق المدنية والسياسية. كما تمنح الاتفاقية ضماناً لممارسة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كالحق في شروط عمل عادلة (المادة 25) والحق في الضمان الاجتماعي المادة 27، والحق في التعليم (المادة 30).

الحكومية بغض النظر عن الوضع القانوني للأبوين. كما تتضمن الاتفاقية آلية تتولى الرقابة على تنفيذ بنودها نصت المادة 72 من الاتفاقية على إنشائها، وهي اللجنة الخاصة بحماية حقوق المهاجرين وأفراد أسرهم "CMW"، التي تعدّ آلية رقابية اتفاقية، تتلقى تقارير الدول الأطراف حول وضع المهاجرين وتنظر فيها وفي المشاكل التي تعيق تطبيق أحكام الاتفاقية، وتخطر الدول بملاحظاتها ونتائج قراراتها بما يلائم مضمون التقارير المقدّمة إليها⁽¹⁾.

ب- الحماية المعزّزة للمهاجرين كعائق رئيسي للالتزام بأحكام الاتفاقية

تعدّ اتفاقية الأمم المتحدة لحماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم الأداة الاتفاقية الوحيدة التي تبسط حماية واسعة ومباشرة للمهاجرين، بصرف النظر عن وضعهم النظامي اتجاه الهجرة، لا سيما فيما يتعلق بحماية حقوقهم الأساسية، وإلزام دول المقصد باحترام أحكامها كلها وضمانها للمهاجرين دون تمييز، ولذلك فإنّ اتساع مجال الحقوق المشمولة بالحماية في صلب هذه الاتفاقية، انقلب إلى دافع مباشر وعامل محفّز لامتناع الدول الأوروبية على إبداء نيتها للالتزام بها كونها الدول المستهدفة بضمان الالتزامات المتصلة بتنفيذها، حيث لم تقدم أي دولة أوروبية بإجراء التصديق أو الانضمام إليها أو إعلانها للالتزام بها⁽²⁾، وهو ما يُفقد القيمة الموضوعية والوظيفية لهذه الاتفاقية رغم كونها إحدى الصكوك الدولية لحماية حقوق الانسان، بل يمكننا الجزم أنّ السبب الأبرز لتعطيل أحكام هذه الاتفاقية الهامة في مجال الدفاع عن الحقوق الأساسية للإنسان، والتي ترعى حقوق المهاجرين بوصفهم بشرا قبل النظر في وضعهم النظامي اتجاه الهجرة، هو الامتناع المنهجي لدول الاتحاد عن الالتزام بأحكامها، كونها تقيد سياستها الأمنية في التعامل مع ظاهرة الهجرة.

¹ عقدت اللجنة اجتماعها الأول في مارس 2004 واعتمدت خلاله نظامها الداخلي، ثم عقدت في أكتوبر 2004 اجتماعا ثانيا لتحديد المبادئ التوجيهية للدول الأطراف عند تقديم قراراتها الدورية، وقد اعتمدت هذه المبادئ رسميا في اجتماع اللجنة في مارس 2005. راجع تقرير المفوضية السامية لحقوق الانسان حول الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم واللجنة المعنية بالاتفاقية، صحيفة وقائع رقم 24، قصر الأمم، جنيف، 2006. متوفر على الرابط:

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet24Rev.1ar.pdf>

²DRAGANOVA Diana, "La migration irrégulière : portrait de la situation actuelle", Centre d'études et des recherches universitaires, Université de Montréal, juillet 2007 ; p7, Disponible sur le site : www.cerium.ca/IMG/pdf/diana.pdf. (تاريخ الاطلاع عليه: 2017-12-28)

والجدير ذكره أنّ منظمة الأمم المتحدة وكافة الهيئات الدولية العاملة في مجال حماية حقوق الانسان، لاتزال تحت الدول الأوروبية بالالتزام بهذه الاتفاقية، مثلما يبدو من خلال تقاريرها الدورية، ونضرب مثالا في هذا الصدد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 237/71 المؤرخ في 21 ديسمبر 2016 حول الهجرة الدولية والتنمية⁽¹⁾، والذي جاء فيه: "نهيب بالدول التي لم توقع وتصدّق على الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم أو لم تتضمن إليها أن تنتظر في القيام بذلك على سبيل الأولوية، ونطلب إلى الأمين العام مواصلة بذل جهوده في سبيل تعزيز الاتفاقية والتوعية بها". كما خلص تقرير السيد "فرنسوا كريبو" مقرر شؤون الهجرة في مجلس حقوق الانسان في توصياته المتضمنة في تقريره⁽²⁾ إلى ضرورة إعادة النظر في رفض الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بصفة عامة التصديق على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالعمال المهاجرين.

2- استحداث نظام محافظ الحقوق الأساسية: "آلية لحماية حقوق المهاجرين بفعالية شبه منعدمة"

أمام تزايد خروقات أجهزة مكافحة الهجرة غير النظامية لحقوق المهاجرين، وبضغط متواصل من منظمات وهيئات حقوق الانسان، اضطر الاتحاد الأوروبي لاستحداث آلية تُعنى بالرقابة على إجراءات التعامل مع المهاجرين غير النظاميين وضمان امتثال برامجها واستراتيجيتها لقواعد حقوق الانسان، وكذا تلقي الشكاوى والبلاغات ذات العلاقة بمجال تدخل أجهزة الاتحاد الأوروبي لمكافحة الهجرة وفي مقدمتها "وكالة فرونتكس"، حيث سمح نظام 14 سبتمبر 2016 بإنشاء محافظ الحقوق الأساسية⁽³⁾ l'officier aux droits "fondamentaux" الذي يختص بالنظر في الشكاوى المتعلقة باحترام جميع نشاطات وكالة خفر السواحل ومراقبة الحدود للحقوق الأساسية للمهاجرين.

¹ انظر:

قرار الجمعية العامة رقم 237/71 حول الهجرة والتنمية مؤرخ في 21 ديسمبر 2016، الدورة 71 وثيقة رقم A/Res/71/237 مؤرخة في 23 جانفي 2017، متوفر على الرابط:

<http://www.un.org/ar/documents/viewdoc.asp?docnumber=A/RES/71/237>

(تاريخ الاطلاع عليه: 28-12-2017)

² انظر:

تقرير المقرر الخاص المعني بحقوق الانسان للمهاجرين أمام مجلس حقوق الانسان، الدورة رقم 29، صادر بتاريخ 8 ماي 2015، (وثيقة رقم A/HRC/29/36)، مرجع سابق.

³ أنظر:

DRAGANOVA Diana, *op cit*, p5.

بيد أن أبرز ما يمكن ملاحظته بشأن اختصاص هذه الآلية المستحدثة، أنها تقتصر لكل صلاحية فعلية لإثارة المسؤولية القانونية لوكالة "فرونتيكس" عن الأعمال التي يقوم بها الموظفون والأعوان التابعون لها في إطار مكافحة الهجرة السرية وتسلسل المهاجرين لأقاليم الاتحاد الأوروبي⁽¹⁾، حيث لا يملك محافظ حقوق الانسان سوى سلطة إصدار قرارات إدارية داخلية لمصالح وهيئات غير مستقلة عن الوكالة ذاتها، أي تعمل تحت إشرافها للنظر في الانتهاكات المرفوعة. هذا فضلا عن افتقار هذه الآلية لأي صلاحية ممكنة لتعويض الضحايا عن التجاوزات والانتهاكات التي يرتكبها أعوان وموظفو الوكالة، الأمر الذي يجعلها بالنتيجة عديمة الفعالية.

الفرع الثاني: تغييب البعد التنموي في المقاربة الأوروبية لمواجهة الهجرة غير النظامية

فضلا عن تهميش النهج الإنساني في التعامل مع ظاهرة الهجرة غير النظامية، فإن السياسة الأوروبية الراهنة تتعاطى بتجاهل تام مع البعد التنموي المترابط مع الهجرة الدولية، حيث ينصب تركيزها بالمقابل على استنزاف الكفاءات العلمية لدول المصدر وفق سياستها الانتقائية القائمة على تشجيع الهجرة العلمية أو النخبوية فقط⁽¹⁾. فالبعد التنموي يكتسي أهمية بالغة في إشراك كل الدول الأطراف المعنية بظاهرة الهجرة لإيجاد حلول متوازنة لها، وهذا ما تسعى إليه منظمة الأمم المتحدة في إطار مقاربة " الهجرة والتنمية " التي اعتمدها وتسهر على الترويج والتحسيس بفعاليتها كبديل شامل نحو تحقيق معالجة وافية وعادلة لظاهرة الهجرة في العالم⁽²⁾.

1- التركيز على الهجرة الانتقائية في المقاربة الأوروبية الشاملة للهجرة وحركة الأجانب (AGMM)

أ- مراحل تدرج فكرة الهجرة الانتقائية

أصبحت الهجرة الانتقائية خيارا استراتيجيا للدول الأوروبية التي تعتمد على فسخ المجال أمام الكفاءات والنخب القادمة من دول المنشأ كالدول الافريقية، الامر الذي أضحى يشكل خطرا على الرأسمال البشري والتقني لهذه البلدان التي تعاني أصلا من تخلف اقتصادي وتنموي، وهو ما أسهم في تعقيد وضعيتها الاقتصادية بشكل أوثق ويحد من سبل نموها ونهضتها العلمية، في ظل انعدام إرادة صادقة لدى الدول الأوروبية في الالتزام بإقامة شراكة اقتصادية أو تنموية مع الدول الافريقية ترعى المصالح المشتركة فيما بينها على حد السواء⁽²⁾.

لقد طرحت فكرة الهجرة الانتقائية أو المختارة (L'immigration choisie ou sélective) لأول مرة من طرف فرنسا أثناء قمة الرباط حول شؤون الهجرة المنعقدة بين الدول الافريقية ودول الاتحاد الأوروبي في

¹ Ibid, p 5et 6.

² انظر:

محمد الهزاط، مرجع سابق، ص104.

10 و11 جويلية (1)، حيث شددت على رغبتها في استقبال فئة معينة من المهاجرين قائمة على معايير الكفاءة والتأهيل، بما يخدم سياستها الوطنية المزمّنة لإعداد مشروع قانون جديد بشأن الهجرة وإقامة الأجانب لديها أعده وزير الداخلية آنذاك ورئيس حزب "UMP"، نيكولا ساركوزي (2). ويملك الاتحاد الأوروبي وسيلة مشتركة معروفة للتعامل مع الهجرة الانتقائية عن طريق نظام البطاقة الزرقاء: (La carte Blue) والتي تُمنح للمهاجرين الأكثر كفاءة وتأهيلاً فقط تم إنشاؤها سنة 2009، وهي تعكس الرغبة الأوروبية في تفضيل الهجرة المنتقاة دونها من أنماط الهجرة الأخرى (3).

ب- إسقاط فكرة الهجرة الانتقائية في إطار سياسة الاتحاد الأوروبي الشاملة للهجرة والحركة

في 18 نوفمبر 2011 طرح المجلس الأوروبي استراتيجية جديدة للتعامل مع ظاهرة الهجرة غير النظامية، عُرفت بمقاربة الاتحاد الأوروبي الشاملة للهجرة والحركة: (AGMM)، بحيث تركز هذه المقاربة على تعزيز اتفاقيات الحركة التي يتم إبرامها مع الدول المجاورة للدول الأوروبية بشأن تنظيم عملية تنقل الأجانب (4)، وهذا بما يخدم السياسة الأوروبية للهجرة، وذلك بالتحكّم في تدفق حركة المهاجرين غير النظاميين بالتنسيق مع دول المصدر، بالإضافة إلى تنظيم سبل انتقال العمالة المطلوبة لدعم الاقتصاد الأوروبي بعدما أدركت الدول الأوروبية أنّ معدلاتها الديمغرافية تسيير نحو الهرم، وأنّ جلب العمالة من خارج دول الاتحاد أمر لا مفر منه، فضلا عن تشجيع أدوات حركة الكفاءات والأدمغة وانتقالها إلى أوروبا حتى تبقى هذه الأخيرة الوجهة المفضّلة للمواهب في العالم. وافق مجلس الاتحاد الأوروبي في أبريل 2012 على الإطار العام للمقاربة الشاملة

¹ انظر:

"Immigration: Vers une politique d'immigration choisie?", article publiée (en ligne) Le: 26-7-2006 sur le journal "la vie publique.fr", disponible sur le lien: <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/immigration-choisie/immigration-vers-politique-immigration-choisie.html>

(تاريخ الاطلاع عليه: 29-12-2017)

² Ibid.

³ انظر:

محمد مطاوع، الاتحاد الأوروبي وإشكاليات الهجرة، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 431 جانفي 2015، ص 36.

⁴ انظر:

Henry LABAYLE, " Approche globale de la question de l'immigration :de la langue de bois a l'autosatisfaction ", RUELSJ, article publiée le 27-02-2014, disponible sur le lien: <http://www.gdr-elsj.eu/2014/02/27/immigration/approche-globale-de-la-question-des-migrations-et-de-la-mobilite-dans-lunion-de-la-langue-de-bois-a-lautosatisfaction/>

(تاريخ الاطلاع عليه: 25-12-2017)

للهجرة والحركة، وحدد لها دعائم أربع⁽¹⁾: تتمثل الأولى في تسهيل حركة الهجرة النظامية بين الدول الأوروبية ودول المصدر بالنسبة لفئة المهاجرين الأكثر كفاءة وتعليم، أما الثانية فتهدف لمنع وتقليل معدلات الهجرة غير النظامية من خلال تعزيز دور وكالة "فرونتيكس" في مراقبة وحراسة الحدود، علاوة على الاتفاق مع دول المصدر والتنسيق المشترك للسيطرة على الظاهرة، بينما تتمثل الدعامة الثالثة في تطوير سياسة أكثر كفاءة في التعامل مع طلبات اللجوء السياسي، أما الرابعة فتتمحور حول مساعدة المهاجرين النظاميين على الاندماج في استراتيجية الاقتصاد والتنمية في أوروبا. حيث يبدو جلياً انسحاب جميع الدعائم الأساسية للمقاربة الأوروبية الشاملة للتعامل مع الهجرة على الأهداف والطموحات الأوروبية، من خلال الاستقادة من خيرة المهاجرين بما ينطبق وسياساتها الإنمائية والاقتصادية فقط، مع الإبقاء على النهج الأمني كوسيلة دائمة لمواجهة الهجرة غير النظامية، سواء بتقوية نشاط وكالة مراقبة الحدود وخفر السواحل، وكذا تعزيز التعاون مع دول المصدر للحد من تدفق المهاجرين، فضلا عن تضييق نظام منح اللجوء للحيلولة دون التوسع في الاستقادة من المركز القانوني الذي يمنحه للمهاجرين غير النظاميين.

2- استراتيجية "الهجرة والتنمية" كخيار بديل للمقاربة الأمنية للتصدي للهجرة غير النظامية

أ- تراخي الاتحاد الأوروبي في اعتماد الحل التنموي مقارنة بتكريس الخيار الأمني

يؤدي اعتماد المقاربة التنموية القائمة على معالجة الأسباب البنيوية المسببة للهجرة غير النظامية، إلى التقليل من حدة الظاهرة على المدى المتوسط أو البعيد. فدول المصدر تفتقر عادة للمقومات الاقتصادية والاستثمارية والرفاه المنشود لدى دول الوجهة مما يجعل هذه الأخيرة هدفا دائما للهجرة، ذلك أنّ معدلات النمو والرخاء الاقتصادي والاجتماعي لطالما كانت ولا تزال أبرز الدوافع المباشرة للهجرة، وهو ما يفسر اتجاه الهجرة النمطي من دول الجنوب نحو دول الشمال، ومع ذلك لا تزال الدول الأوروبية غير متحمسة لاعتماد الجوانب التنموية في إطار استراتيجيتها للتعامل مع الهجرة غير النظامية. فالمساعدات التي تمنحها الدول الأوروبية لدول المصدر تبقى ضئيلة جدا، بالمقارنة مع ما تخصصه من ميزانية ضخمة لتحديث أنظمة مراقبة الحدود واقتناء المعدات التقنية والدعم اللوجستي لاسيما على مستوى وكالة "فرونتيكس"⁽²⁾، وهو ما يعكس استمرار دول الاتحاد الأوروبي في تفضيل تبني الحل الأمني على حساب الجانب التنموي في سياستها الشاملة لمواجهة الهجرة غير النظامية، وهذا بالرغم من العلاقة العضوية والترابط الوثيق بين البعد التنموي وظاهرة الهجرة.

¹ انظر:

محمد مطاوع، مرجع سابق، ص 33.

² انظر:

ب- جهود الأمم المتحدة لمعالجة الهجرة غير النظامية في إطار مقارنة " الهجرة والتنمية "

لقد حرصت الهيئات الدولية التي تُعنى بمجال حماية حقوق الانسان وعلى رأسها الجمعية العامة للأمم المتحدة، على تكريس واسع لمقاربة "الهجرة والتنمية"، كإطار متكامل يرمي لمعالجة جذرية ومستدامة لأزمة الهجرة غير النظامية، بالنظر في جميع أسبابها وكافة أبعادها الإنسانية والاجتماعية والتنموية، إدراكا منها بطابعها العالمي وبوحدة الهدف المنشود وهو ترقية حقوق الانسان وضمان استقراره واستدامة رفاهيته، فضلا عن تعزيز الروابط الإنسانية بين شعوب العالم ودورها في تنمية الاقتصاد العالمي، حيث نجد الجمعية العامة تؤكد في قرارها الصادر في 18 ديسمبر 2009 في الدورة رقم 64 بعنوان: "حماية المهاجرين"⁽¹⁾، على وحدة العلاقة بين ظاهرة الهجرة والتنمية، إذ جاء في نص القرار: "... يُدكّر بالحوار الرفيع المستوى بشأن الهجرة الدولية والتنمية الذي جرى في نيويورك يومي 14 و15 أيلول/سبتمبر 2006 عملاً بقرار الجمعية العامة 208/58 المؤرخ 23 كانون الأول/ديسمبر 2003 بغرض مناقشة الجوانب المتعددة الأبعاد للهجرة الدولية والتنمية، والذي أُقرّ بوجود علاقة بين الهجرة الدولية والتنمية وحقوق الإنسان...".

كما أبرز تقرير الجمعية العامة دور المهاجرين في المجالين الاجتماعي والثقافي مع بلدان المهجر، وإسهامهم في تعزيز الروابط الدولية، كما نوّه بالإسهامات الثقافية والاقتصادية التي يقدمها المهاجرون إلى المجتمعات التي تستقبلهم وإلى مجتمعاتهم الأصلية، وتعزيز آليات التعاون الدولي، وأكد الطابع العالمي لظاهرة الهجرة وأهمية التعاون الدولي والإقليمي والثنائي، لا سيما في الوقت الراهن الذي يشهد تزايد تدفقات الهجرة وضرورة الاستفادة منها في تنمية الاقتصاد العالمي⁽²⁾.

واصلت منظمة الأمم المتحدة جهودها في سبيل تعزيز احترام حقوق المهاجرين في إطار مقاربتها مع موضوع التنمية الدولية، حيث دعت الجمعية العامة في قرارها الصادر في 20 ديسمبر 2010، أثناء دورتها 65 حول "الهجرة الدولية والتنمية"⁽³⁾، المنظّمة الدولية للهجرة باعتبارها الهيئة الرائدة في مجال الهجرة على الصعيد

¹ انظر:

قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 166/64 بشأن حماية المهاجرين، صادر في 18 ديسمبر 2009، الدورة 64، البند 69، وثيقة رقم (A/Res/64/166)، مؤرخة في 19 مارس 2010، متوفر على الرابط:

<http://www.un.org/ar/documents/viewdoc.asp?docnumber=A/RES/64/166>

(تاريخ الاطلاع عليه: 18-12-2017)

² المرجع نفسه.

³ انظر:

قرار الجمعية العامة 170/65 بشأن الهجرة الدولية والتنمية، صادر في 20 ديسمبر 2010، الدورة 65، البند 22، وثيقة رقم (A/RES/65/170) مؤرخة في 17 مارس 2011، متاح على الرابط:

<http://www.un.org/ar/documents/viewdoc.asp?docnumber=A/RES/65/170>

(تاريخ الاطلاع عليه: 27-12-2017)

الدولي، والتي تُعنى بالشراكة بين الحكومات والمنظمات غير الدولية لضمان التكامل المستدام للهجرة ضمن عمليات التنمية، للمشاركة في وقائع الاعمال التحضيرية للحوار الرفيع بشأن الهجرة والتنمية المنعقد بنيويورك يومي 3 و4 أكتوبر سنة 2013⁽¹⁾.

حيث دعت منظمة الهجرة الدولية الدول إلى القيام بتحوّل جذري في النظر إلى ظاهرة الهجرة: وذلك على أساس أنّها "مشروع يحتاج إلى إدارة وليس مشكلة يتعيّن حلها"، مع ضرورة تغيير النظرة الضيقة اتجاه المهاجرين كذلك والاعتراف بالدور الهام الذي يمكنهم الاسهام فيه كشركاء في التنمية، وهو ما يفرض إدماجهم في مقاربة التخطيط القطاعي والإنمائي، مع تأكيدها على واجب دول الوجهة في حماية حقوق الانسان لجميع المهاجرين وتقرير نهج قائم على وصول جميع المهاجرين إلى الحقوق الاجتماعية والاقتصادية⁽²⁾.

لقد أقرّ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن الحوار الرفيع حول الهجرة الدولية والتنمية في توصياته، مبدأ إدراج الهجرة في جدول أعمال التنمية لكونها جزء من التنمية المستدامة والشراكة العالمية للتنمية الدولية، وجاء تحت عنوان: "إدماج الهجرة في الاستراتيجيات الإنمائية الوطنية وخطة التنمية لما بعد 2015"⁽³⁾، حيث نص على: "قلّما تشمل الخطط الإنمائية الوطنية قضايا الهجرة، بحيث تميل هذه الخطط إلى التركيز على مراقبة الهجرة غير القانونية والاتجار بالبشر، بدلا من التسليم بفوائد الهجرة في التنمية". بحيث يوصي الأمين العام للأمم المتحدة في ذات التقرير الدول على إدماج مسألة الهجرة في أهداف التنمية المستدامة واستراتيجيات الحد من الفقر وبرامج العمل. هذا وقد تبنّى الأمين العام للأمم المتحدة هذه التوصيات من خلال المذكرة الخاصة بمتابعة نتائج قمة الألفية الصادرة في 3 فبراير 2017⁽⁴⁾.

¹ انظر:

قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 225/63 بشأن الهجرة الدولية والتنمية، صادر في 19 ديسمبر 2008، الدورة 63، البند 51، وثيقة رقم (A/Res/63/225) مؤرخة في 10 مارس 2009 متوفرة على الرابط:

<http://www.un.org/ar/documents/viewdoc.asp?docnumber=A/RES/63/225>

(تاريخ الاطلاع عليه: 18-12-2017)

² المرجع نفسه.

³ انظر:

تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول الهجرة الدولية والتنمية، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 68، البند 21 وثيقة رقم A/68/190 مؤرخة في 25 جوان 2013، متوفرة على الرابط:

<http://www.un.org/Docs/journal/Ar/03102013a.pdf>

(تاريخ الاطلاع عليه : 14-12-2017)

⁴ انظر:

مذكرة الأمين العام للأمم المتحدة إلى الجمعية العامة حول متابعة نتائج قمة الألفية، الدورة 71، وثيقة رقم (A/71/728) مؤرخة في 3 فبراير 2017، متاح على الرابط:

(تاريخ الاطلاع عليه: 25-12-2017). https://gfmd.org/files/documents/sutherland_report_arabic.pdf

خاتمة

تعدّ الهجرة ظاهرة إنسانية عالمية ينبغي معالجة أسبابها وآثارها من منظار متكامل، يراعي جميع خصوصياتها ويستشرف أبعادها المختلفة. اتخذت دول الاتحاد الأوروبي سياسة أمنية صارمة في التعامل مع ظاهرة الهجرة غير النظامية، تقوم على تشديد الرقابة على الحدود الخارجية عبر الدور المناط بوكالة "Frontex" وتوسيع قواعد البحث وتبادل البيانات الخاصة بتنقل الأشخاص، واحتجاز المهاجرين الذين يثبت وجودهم في وضعية غير قانونية على أقاليم دول الاتحاد الأوروبي، ثم القيام بترحيلهم إلى دولهم الأصلية أو الدول التي قدموا منها مستعينة باتفاقيات إعادة الرعايا والقبول التي تبرمها مع دول الجوار الأوروبي. أفرزت هذه الممارسات الأمنية انتهاكات واسعة لأبسط الحقوق والحريات الأساسية للمهاجرين، حيث أدت إلى تقييد حرية الأفراد من خلال احتجازهم ووضعهم في مراكز الاعتقال، وتقويض حرية التنقل ومبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين من خلال إجراءات الطرد الجماعي والإبعاد لخارج الحدود. كما ساهمت السياسة الأمنية الممارسة ضد المهاجرين غير النظاميين في تعزيز فرضية التعاطي مع وضعيتهم من منظور جنائي، مما خلق معياراً نمطياً يقمّم المهاجرين غير النظاميين على أنهم مجرمين، كان له بالغ الأثر في رفع معدلات الكراهية واستعداد المهاجرين لدى بعض أوساط المجتمع الأوروبي، بحيث خلّف استئصال هذه المعاملات التمييزية نحو المهاجرين استنكاراً واسعاً لدى الهيئات والمنظمات الدولية لحقوق الإنسان.

وبالرغم من حجم الانتقادات العديدة للسياسة الأوروبية الراهنة لمعالجة ظاهرة الهجرة، نجد الاتحاد الأوروبي لا يزال مصّراً على التعامل مع هذه الظاهرة من زاوية أمنية محضة، فالوكالة الأوروبية لمراقبة الحدود هي اليوم أقوى من أي وقت مضى وموظفوها يستفيدون من إفلات تام من العقاب؛ وهي تحظى بولاية جديدة معززة. فقد قرّر الاتحاد الأوروبي زيادة الموارد المخصّصة لعمليات الطرد والمراقبة وأنشطة التعاون الخارجية، وذلك في انتهاك صارخ لحقوق المهاجرين واللاجئين، حيث أسهمت التغييرات الأخيرة التي أقرها مجلس الاتحاد الأوروبي في 14 سبتمبر 2016 بشأن أجهزة مكافحة الهجرة في تكريس واسع للنهج الأمني، عن طريق توسيع صلاحيات وكالة "Frontex" وإنطاتها بصلاحيات التدخل المباشر للسيطرة على تدفقات الهجرة في أي إقليم من أقاليم دول الإتحاد، فضلاً عن إنطاتها باختصاص جديد يتمثل في مكافحة الإرهاب الدولي والجريمة العابرة للحدود، وهو ما يجسّد توسع نطاق السياسة الأمنية التي باتت تدمج قضايا الهجرة غير النظامية مع القضايا الإرهابية والإجرامية. كما أنّ مجال الاستراتيجية الأمنية يشمل تكثيف اتفاقيات الحركة والقبول التي يتم إبرامها مع دول المصدر بشأن تنظيم عملية إعادة المهاجرين غير النظاميين إلى بلدانهم الأصلية، مقابل امتيازات محدودة تقدمها لهم من خلال رفع نسب الحصول على تأشيرات الدخول إلى فضاء الاتحاد الأوروبي، أو منحهم بعض المساعدات المالية، بالمقابل تركّز السياسة الأوروبية على الهجرة الانتقائية التي تخدم المخططات التنموية الأوروبية فقط، وتتجاهل تماماً إشراك دول المصدر في الاستفادة من استراتيجية التنمية المستدامة.

وبناء على هذه الأسس نسجل عدم فعالية السياسة الأوروبية الراهنة للتصدي للهجرة غير النظامية، التي تتعاطى مع موضوع الهجرة من منظور أحادي فقط، حيث عجزت عن معالجة هذه الظاهرة أو السيطرة عليها أو حتى وقف تدفق موجات المهاجرين نحو أقاليمها أو التقليل من معدلاتها التي هي في تزايد مطرد إلى الآن، ولعلّه دليل كاف على فشل الاستراتيجية الأوروبية الأمنية، وهذا بصرف النظر عما تتطوي عليه هذه السياسة من ممارسات وانعكاسات خطيرة على وضع المهاجرين الهش الذي يحتاج إلى رعاية أولى لحقوقهم وحرّياتهم الأساسية، فضلا عن عرقلة سبل وآليات إشراكهم في دعم التنمية الدولية، التي تسعى الأمم المتحدة حاليا إلى اعتمادها كمقاربة معاصرة متداخلة مع الهجرة (الهجرة والتنمية) تقدّم حلا شاملا لمسألة الهجرة غير النظامية. ولذلك نعتقد بأنّ كل السياسات الموضوعية للتعامل مع موضوع الهجرة غير النظامية ينبغي أن تراعي الجوانب الانسانية والتنموية المتداخلة التي تطرحها هذه الظاهرة، وأن يُنظر إليها كقضية عالمية تقتضي إدارة وتسيير متكامل، عن طريق إقامة شراكة فعلية بين كافة الدول المعنية بها، قصد الوصول إلى معالجة جذرية لجميع أسبابها واستشراف كامل أبعادها المستدامة الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية، كونها تبقى ظاهرة حتمية في المجتمع الدولي لا يمكن كبح مدها أو استئصالها بالنهج الأمني.

التسريح للسبب الاقتصادي - من الرقابة الإدارية إلى التفاوض الجماعي -

فتحي وردية (1)

جامعة مولود معمري تيزي وزو

الملخص:

فرضت الإصلاحات الاقتصادية تحولات هامة في قانون العمل الجزائري مست بصفة خاصة علاقات العمل، فأكدت على ضرورة تبني المرونة في تنظيمها سواء في مرحلة إنشائها أو تنفيذها أو إنهائها. تجلّت صورة ذلك في مجال التسريح للسبب الاقتصادي وذلك بالمرور من مرحلة الشرعية الادارية إلى مرحلة الشرعية التفاوضية، الأمر الذي يقتضي التساؤل عن جدوى هذا التحول في المساهمة في الوصول إلى التوفيق بين حماية العمل من جهة والاحتميات الإقتصادية من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية:

التسريح للسبب الاقتصادي، الرقابة الإدارية، التفاوض الجماعي، المرونة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/05/01، تاريخ قبول المقال: 2018/06/10، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: فتحي وردية، "التسريح للسبب الاقتصادي- من الرقابة الإدارية إلى التفاوض الجماعي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 49-66.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

<http://univ-bejaia.dz/Fac Droit Sciences Politiques/revues-de-la-faculte>

المقال متوفر على الروابط التالية:

أستاذة محاضرة قسم "أ"، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 15000، تيزي وزو، الجزائر.

المؤلف المراسل: ourdia_f@yahoo.fr

Dismissal for Economic Reason - from Administrative Control to Collective Bargaining -

Summary:

The economic reforms imposed significant changes in Algerian labour legislation, in particular the work relationships, which emphasizes the need for adopting certain flexibility in their organization that it is in the phase of creation of these relations, their execution or of their termination. This fact is reflected in the field of dismissal on economic grounds, and this by the passage from administrative legitimacy to the negotiation legitimacy. This raises the question of the utility of this change in contributing towards agreement between job security, on the one hand, and economic imperatives, on the other hand.

Key words:

Dismissal, administrative control, collective bargaining, flexibility.

Le licenciement pour motif économique : du contrôle administratif à la négociation collective

Résumé :

Les réformes économiques ont imposé des changements significatifs dans la législation du travail algérienne, notamment les relations de travail, soulignant la nécessité d'adopter une certaine flexibilité dans leur organisation, que ce soit dans la phase de la création de ces relations, leur exécution ou leur mise à fin. Ce fait s'est reflété dans le domaine du licenciement pour motif économique, et ce par le passage de la légitimité administrative à la légitimité de la négociation. Ce qui soulève la question de l'utilité de ce changement dans la contribution à parvenir à une concordance entre sécurité de l'emploi d'une part et impératifs économiques, d'autre part.

Mots clés:

Licenciement économique, contrôle administratif, négociation collective, flexibilité

مقدمة

لقد كان لسياسة الإصلاحات الاقتصادية التي مست الدولة الجزائرية بانتقالها من النظام التوجيهي إلى النظام القائم على اقتصاد السوق، الأثر البالغ على الجانب الاجتماعي، وبصفة خاصة على علاقات العمل التي عرفت بدورها نقلة نوعية، إذ مرت من المرحلة التنظيمية إلى المرحلة التعاقدية والنظام التفاوضي، فانسحبت الدولة كطرف منظم لها إلى مجرد مراقب تاركة الحرية للأفراد في تنظيمها، وهذا في إطار ما يسمى بالاتفاقيات الجماعية.

إستوجب مثل هذا التحول تدخل الدولة بمراجعة تشريعاتها العمالية، بما يسمح بخلق التوازن بين المقتضيات الاقتصادية والضرورات الاجتماعية، وأولى مبادراتها لذلك إصدارها للقانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل⁽¹⁾.

يتجلى الهدف الأساسي لهذا التحول عن الدور التدخلية للدولة، في توفير البيئة الملائمة لتنفيذ برامج الإصلاح التي تتحقق حسب مؤيدي السياسات الاقتصادية المعاصرة بإدخال المرونة على قانون العمل، تلك المرونة التي تعبر عن إرادة الحد من القواعد التي تضعها السلطة التشريعية لمصلحة القواعد التي يفرضها الواقع الاقتصادي، وهو ما يعني ضرورة إحلال القواعد ذات الأصل الإتفاقي محل القواعد ذات الأصل التشريعي.

تجسد هذا المسعى في موضوع التسريح الاقتصادي، فاستجابة لمقتضيات السياسات الاقتصادية المعاصرة ولضرورة توفير قدر من المرونة في علاقات العمل، كرس المشرع الجزائري - منذ صدور قانون رقم 90-11 سالف الذكر - حق المستخدم في إنهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية كما خفف من الضوابط المقيدة لممارسة هذه السلطة لاسيما الإجرائية منها. وتجسدت هذه النقطة بالمرور من الشرعية الإدارية إلى ما يسمى بالشرعية التفاوضية، فبعدها كان المستخدم يستمد مشروعية قراره للتسريح لأسباب اقتصادية من الرخصة الإدارية أصبح يستمدها من التفاوض الجماعي.

وضمن هذه المستجدات، يطرح التساؤل عن مدى مساهمة هذا التغيير في تحقيق التوازن ما بين المقتضيات الاقتصادية والمقتضيات الاجتماعية، ودورها في توفير الحد الأدنى من الحماية للعمال المهديين بفقدان مناصبهم.

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل، الوقوف عند التحول في ضبط سلطة المستخدم في اللجوء إلى هذا النوع من الإنهاء، بما يسمح بضمان استمرار مؤسسته وذلك الانتقال من الشرعية الإدارية إلى الشرعية التفاوضية (المبحث الأول) ثم عند الطابا الإلزامي للتفاوض الجماعي، والذي يشكل مظهر الحماية الدنيا الواجب ضمانها للعامل لاعتباره الطرف الضعيف في علاقة العمل (المبحث الثاني).

¹ - قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، لسنة 1990.

المبحث الأول: الإنتقال من الشرعية الإدارية إلى الشرعية التفاوضية

سادت في المرحلة ما قبل الإصلاحات الاقتصادية مركزية الضبط القانوني، وهي نتيجة حتمية لسيادة الدولة الحارسة. وتجسد الضبط القانوني في مجال التسريح للسبب الاقتصادي في إخضاع سلطة المستخدم في اللجوء إلى هذا النوع من الإنهاء للرقابة الإدارية المسبقة، التي تمارس من خلال الرخصة الإدارية المقدمة من طرف مفتشية العمل المختصة، إلا أنّ الضرورات الاقتصادية فرضت إدخال المرونة على قانون العمل، وترجم ذلك بإقرار دور التفاوض الجماعي وكذا الاتفاقيات الجماعية في تنظيم علاقات العمل في جميع مراحلها⁽¹⁾. كذلك تجسد هذا التحول في مجال التسريح الاقتصادي بإحلال التفاوض الجماعي محل الرقابة الإدارية. يقتضي الوقوف عند هذا التحول التمييز بين مرحلة تكريس الرقابة الإدارية المسبقة (المطلب الأول) ومرحلة التفاوض الجماعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس الرقابة الإدارية المسبقة (مرحلة الشرعية الإدارية)

كانت الدولة في المرحلة ما قبل التحول الاقتصادي، طرفا في علاقات العمل -l'état providence- فلا مجال لتدخل الأطراف في تنظيم علاقتهم، وصورة ذلك في إطار التسريح للسبب الاقتصادي، إخضاع سلطة المستخدم في اللجوء إلى هذا النوع من التسريح للترخيص الإداري المسبق من السلطة الإدارية، أي مفتشية العمل المختصة.

فبالرجوع إلى القوانين السائدة في المرحلة الممتدة بين 1975 إلى 1989⁽²⁾، نجد أنّ المشرع الجزائري قد خوّل المستخدم الحق في اللجوء إلى التسريح الجماعي لأسباب اقتصادية لكن شريطة الحصول على الرخصة الإدارية المسبقة، الأمر الذي يحد من سلطته في تنظيم مشروعه، فلقد نصت المادة 39 من الأمر رقم 75-31 لعام 1975 المتعلق بالشروط العامة لعلاقة العمل في القطاع الخاص على أنّه « عندما تتعرض المؤسسة لخفض في النشاط يتطلب تقليل عدد المستخدمين أو إجراء تعديلات تكنولوجية هامة أو إعادة تحويل الإنتاج يجوز لها القيام بالتسريح الجماعي لكل مستخدميها أو جزء منهم ضمن الشروط المدرجة فيما يلي:

¹ - د. محمد عبد الله الطاهر، الضرورات التي تفرضها سياسة الخصخصة في مجال علاقات العمل، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 123.

² - ونبدأ تحليلنا من سنة 1975 ذلك أنّ هذه السنة تعتبر الانطلاقة الجديدة في تنظيم علاقات العمل في الجزائر، إذ هي سنة بداية سن القوانين والنظم الخاصة بعلاقات العمل بالمفهوم التقني للتنظيم، متجاوزين بذلك مرحلة ما بعد الاستقلال التي أكد قانون 1962/12/31 استمرار العمل بالقوانين الفرنسية ما عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، مع العلم أنّ الموظف العام انفصل عن هذه القوانين الأجنبية منذ سنة 1966، راجع بهذا الشأن:

TAYEB et Djamel Belloula, *Rupture de la relation du travail*, éditions DAHLAB, Alger, p. 14 et p.15.

1- يتعين على المؤسسة رفًا الأمر لمفتش العمل والشؤون الاجتماعية برسالة موصى عليها قصد الشروع بالتحقيق في عين المكان بناء على الوثائق المقدمة، وينبغي على مفتشية العمل التأكد من صحة الدواعي التي تتمسك بها المؤسسة، ويمكنها أن تستعين في إطار تحقيقها بكل عون متخصص تابًا للدولة، كما ينبغي عليها أن تشاور حتما ممثلي العمال وتبّت في المسألة خلال خمسة عشرة يومًا من رفًا الأمر إليها.

2- ينبغي على صاحب العمل، بعد صدور الإذن من مفتشية العمل والشؤون الاجتماعية وبالاتفاق على ممثلي العمل، أن يشرع في التسريح، مراعيًا الترتيب...».

كذلك قيدت المادة 52 من المرسوم رقم 82-304⁽¹⁾ سلطة المستخدم في التسريح للتقليص من عدد العمال بضرورة الحصول على رخصة إدارية من مفتش العمل، فجاء فيها « يجب على الهيئة المستخدمة أن تقدم إلى مفتش العمل المختص إقليميًا طلب الترخيص باتخاذ الإجراءات الآتية:

- تقليص التوقيت.

- العمل المقتطع.

- إجراء الإحالة على التقاعد المسبق.

- إجراء تحويل العمال إلى هيئات مستخدمة أخرى.

- التسريح لتقليل عدد العمال»⁽²⁾.

ولقد حددت المادة 55 من هذا المرسوم دور السلطة الإدارية بنصها على أنه « يجب على مفتش العمل المختص أن يقوم بالتحقيق ليتأكد من صحة الأسباب المذكورة ويمكن لمفتش العمل في إطار تحقيقه أن يستعين بأي عون مختص أو مصلحة مختصة تابعين للدولة...».

تؤكد النصوص سالفة الذكر، وبصفة خاصة تلك الواردة في المرسوم رقم 82-302 على الدور الإيجابي للسلطة الإدارية في التسريح لسبب الاقتصادي وتدخلها المباشر الذي يحد من سلطة المستخدم في اللجوء لهذا الإجراء، إن لم نقل يصادها كما توحى إليه المادة 51 من المرسوم ذاته والتي جاء فيها « تقدر السلطات المختصة في هذا المجال الأسباب الاقتصادية التي تبرر قرار تقليل عدد العمال، في جميع الحالات في إطار أهداف المخطط».

¹ - مرسوم رقم 82-302 مؤرخ في 11 سبتمبر 1982، يتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، ج ر عدد 37، صادر في 26 سبتمبر 1982.

² - انظر أيضا المادة 54 من المرسوم رقم 82-302 سالف الذكر، التي تلزم الهيئة المستخدمة على الحصول على الترخيص الإداري بنصها: « تشعر الهيئة المستخدمة، قصد الحصول على ترخيص مفتش العمل المختص إقليميًا، برسالة مضمونة الوصول تبين فيها على الخصوص نوع الإجراء والتي تنوي اتخاذ ومداه والأسباب التي تبرره، وعدد العمال الذين يعينهم ويجب أن يكون طلب الترخيص مصحوبا بالملف يحتوي على كل العناصر أو الأوراق التي تبرر اتخاذ هذا الإجراء».

وعلى هذا فإن سلطة المستخدم في تنظيم مشروعه ليست مطلقة، كما أنه لا يعدّ الحكم الوحيد في تقدير الظروف الاقتصادية التي تدفعه إلى الاستغناء على كل أو بعض العمال، وإنما للسلطة الإدارية دورها الفعال في ذلك، استنادا لسلطة الإذن التي تتمتلك بها.

يتمشى هذا الموقف في الحقيقة مع النظام الاقتصادي التوجيهي الذي اتبعته الدولة آنذاك، والذي ظهرت الدولة في ظله كطرف منظم لعلاقات العمل، وقد اتجهت الرقابة في هذه الفترة إلى كفالة الحماية الاجتماعية في مواجهة فقد العامل لمصدر دخله، كما امتد نطاقها إلى تقدير مشروعية الإنهاء ليس فقط بالنظر إلى مقتضيات الاقتصادية، ولكن بصورة خاصة بالنظر إلى الاعتبارات الاجتماعية.

دعم القضاء الجزائري هذا الاتجاه مؤكداً على ضرورة الحصول على الرخصة الإدارية المسبقة قبل اللجوء إلى التسريح الاقتصادي، ومفصحا على جزاء التسريح الذي لا يستند لرخصة إدارية، ف قضى المجلس الأعلى بتاريخ 04 أبريل 1984 « يعاب من جهة أخرى على القرار المطعون فيه مخالفته القانون لكونه جاء مخالفاً للمادة 39 من قانون العمل، لأنّ التسريح الجماعي لا يمكن اعتباره صحيحاً دون ترخيص مسبق من مفتش العمل »⁽¹⁾.

تعدّ بهذا الرخصة الإدارية إجراء إلزامياً عند لجوء الهيئة المستخدمة للتقليل من عدد العمال، وهو المظهر المعبر عن مدى تدخل السلطة الإدارية وبصفة عامة الدولة في تنظيمها لعلاقات العمل، ورقابتها لها، وهذا بالنسبة للتشريع الجزائري أو كذا الفرنسي الذي اعتبر ولفترة هامة تمتد من سنة 1975 إلى غاية 1986، الرخصة الإدارية جزءاً مهماً من النظام القانوني للتسريح للسبب الاقتصادي سواء كان فردياً أو جماعياً، وإغفاله يعتبر مظهراً صارخاً للتعسف في استعمال السلطة فهي الوثيقة الأساسية لهذا النظام⁽²⁾.

على هذا الأساس، فإنّ تدخل السلطة الإدارية يجسد قانوناً مفهوم الرقابة الإدارية السابقة على إنهاء علاقات العمل لأسباب اقتصادية، سواء من حيث مدى الرقابة الذي امتد إلى حقيقة السبب وجديته، وكذا من حيث آثاره⁽³⁾.

يعبر هذا التدخل الواسع للسلطة الإدارية عن النهج الاقتصادي للدولة، الذي يركز على الطابع التنظيمي والتوجيهي، كما أنّ الترخيص الإداري وسيلة السلطة الإدارية لتحقيق غايات وأهداف مرسومة ومتعددة، منها العمل على تجنب التسريح أو على الأقل الحد من عدد العمال الذين سوف تنهى عقودهم، وبصفة عامة توقي

¹ - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 04 أبريل 1984، ملف رقم 91. 296، قضية (ب، م) ضد شركة (ب)، المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1989، ص 178.

² - PELLISSIER Jean, SUPIOT Alain et JEAMMAUND Antoine, *Droit du travail*, 23^e édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 568.

³ - شواخ محمد الأحمد، إنهاء وتعديل عقد العمل غير محدد المدة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 1997، ص 230.

الأثار السلبية الخطيرة التي تنجم عن التسريح الجماعي للعمال والحد من ارتفاع حجم البطالة، وكذا بالدرجة الأولى تحقيق الحماية الاجتماعية اللازمة وفق السياسة المنتهجة للدولة.

غير أنّ هذا الوضع لم يستمر على حاله، فلمواكبة التطورات الاقتصادية العالمية، كان على الدولة تبني آليات اقتصاد السوق التي فرضت عليها الانسحاب من تنظيم الجانب الاقتصادي. وكذا الجانب الاجتماعي - علاقات العمل - بهدف تمكين المؤسسة الاقتصادية من تجاوز العوائق التي تعترضها وتحقيق المردودية الاقتصادية، مما ضرورة إيجاد آليات جديدة لتحقيق الحماية الاجتماعية وضمان السلم الاجتماعي، بإدخال المرونة على علاقات العمل، وهذا بالفعل ما سجل بعد صدور قانون العمل لسنة 1990 الذي عمل على إحلال الأسلوب التفاوضي محل الأسلوب الإداري.

المطلب الثاني: مرحلة شرعية التفاوض

كنتيجة لرفض الضبط القانوني الممارس من طرف الدولة في مجال تنظيم علاقات العمل واستجابة للدعوة إلى المرونة في قانون العمل، ألغت القوانين المصاحبة للإصلاحات الاقتصادية وتحديدا قانون علاقات العمل لسنة 1990 شرط الترخيص الإداري المسبق للتسريح الاقتصادي، مقرّة بدور أصحاب العمل وسلطة المنظمات المهنية في هذا النوع من الإنهاء، فاسحة المجال للتفاوض الجماعي الذي يؤكّد انسحاب الدولة - ولو جزئيا من تنظيم علاقات العمل كنتيجة مباشرة للهجوم العنيف الذي مارسه التيار النيوليبرالي ضد تدخل الدولة⁽¹⁾.
سمح هذا التطور والتغير باحتلال التفاوض الجماعي والاتفاقيات الجماعية لمكانة هامة في تنظيم علاقات العمل، وبصفة خاصة في مجال إنائها، كما غير من مصدر مشروعيتها قرار المستخدم في التسريح للسبب الاقتصادي الذي أصبح يستمدّه من التفاوض الجماعي لا من الترخيص الإداري.
ولغرض توضيح هذا التغيير نقف عند إلغاء هذا الترخيص والدور الجديد للسلطة الإدارية ثم عند تكريس التفاوض الجماعي للتسريح للسبب الاقتصادي.

أولا - إلغاء الترخيص الإداري المسبق

تجسّد تراجع الأسلوب التنظيمي لعلاقات العمل لحساب تطور القانون الإتفاقي في الترخيص المسبق لتنفيذ مشروع التقليل من عدد المستخدمين، فالتشريعات العمالية الصادرة منذ سنة 1990 وبصفة خاصة القانون رقم

¹ - عيساوي عز الدين، "من ضبط الدولة إلى الضبط الخاص حول مكانة الإتفاقيات الجماعية ضمن قواعد قانون العمل"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول تكريس الطابا للتعاقد لعلاقات العمل في التشريع الجزائري المنظم بكلية الحقوق جامعة جيجل، يوما 22/21 أفريل 2009.

11-90 سالف الذكر والمرسوم التشريعي رقم 09-94⁽¹⁾الم تتضمن أية إشارة إلى ضرورة الحصول على الترخيص الإداري المسبق من طرف مفتشية العمل. فلا وجود لأية رقابة إدارية على التسريح للسبب الاقتصادي واكتفت المادة 69 من القانون رقم 11-90 السالف الذكر بالنص على أنه « يجوز للمستخدم تقليص عدد المستخدمين إذا بررت ذلك أسباب اقتصادية ».

يتمثل الجديد الذي جاءت به تشريعات العمل المصاحبة للإصلاحات الاقتصادية من الجانب الإجرائي للتقليص من عدد العمال، في إلغاء الرخصة الإدارية المسبقة ودعم التفاوض الجماعي⁽²⁾، فلم يعد لمفتش العمل سلطة الترخيص أو رفض الترخيص للتقليص من عدد المستخدمين لأسباب اقتصادية. كذلك لم يتضمن هذا الالتزام المرسوم التشريعي رقم 09-94 سالف الذكر، بل اكتفى بتكليف المستخدم بتبليغ الجهة الإدارية بالقوائم الإسمية للأجراء المعنيين بالتقليص من عدد العمال⁽³⁾، والتي تكتفي بالتأشير عليها كما يستنتج من نص المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 11-94 الخاص بالتأمين عن البطالة⁽⁴⁾.

هكذا أصبح تدخل السلطة الإدارية تدخلا شكليا، لا يمتد إلى تقدير ملاءمة تلك الإجراءات وكفالتها لحقوق العمال المسرحين، فلم يعد لرأيها أي أثر قانوني، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 09 جوان 1998 حيث جاء فيه:

« ... حيث أنّ إجراءات التقليص المنصوص عليها بالمرسوم التشريعي رقم 09-94 تهدف إلى حماية العمال وهي بهاته الصفة من النظام العام، تفرض على المستخدم إثبات إتباعها وعلى المحكمة التأكد من صحتها.

... وحيث أنّ المحكمة عاينت مجرد استطلاع الجهات الإدارية التي ليس لرأيها أي أثر قانوني، ومجرد أخذ رأي الشركاء لا يدل على أنّ المفاوضات قد تمت وأنّ مراحل المخطط قد احترمت وأنّ إيداع المخطط ومحضر الاتفاق بكتابة الضبط لدى المحكمة قد تم كما ينص عليه المرسوم التشريعي.

¹ - مرسوم تشريعي رقم 09-94 مؤرخ في 26 ماي 1994 يتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة إدارية - ر عدد 26 لسنة 1994.

² - Voir, KORICHE Mohamed Nasr eddine, "Le nouveau régime juridique de la compression des effectifs", RAT, numéro spécial 23, Alger, 1998, p. 46.

³ - انظر المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 09-94 سالف الذكر، ونشير إلى أنّ إغفال المستخدم عن التصريح بالتقليص من عدد المستخدمين يعرضه لجزاء جنائي يتمثل في غرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 5000 دج تتضاعف بقدر عدد العمال المعنيين وهذا حسب المادة 34 من نفس هذا المرسوم.

⁴ - مرسوم تشريعي رقم 11-94 مؤرخ في 26 ماي 1994 يحدث التأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية، ج ر عدد 34، لسنة 1994.

وحيث إذا فإن المحكمة باكتنائها الإشارة إلى استطلاع الجهات الإدارية وأخذ رأي الشركاء لا يدل على أن المفاوضات قد تمت وأن مراحل المخطط قد احترمت وأن إيداع المخطط ومحضر الاتفاق بكتابة الضبط لدى المحكمة قد تم كما ينص عليه المرسوم التشريعي.

وحيث إذا فإن المحكمة باكتنائها الإشارة إلى استطلاع الجهات الإدارية وأخذ رأي الشركاء الاجتماعيين لم تبين استيفاء الإجراءات الإجبارية ولم تمكن المحكمة العليا من إجراء مراقبتها على تطبيق القانون مما يجعل الحكم المطعون فيه مقصرا في الأسباب ويعرضه للنقض»⁽¹⁾.

وإذا كان إلغاء الرخصة الإدارية المسبقة، يعبر عن التغيير الذي حصل في دور السلطة الإدارية بصدد إجراء التسريح للسبب الاقتصادي، ويبرهن عن إزالة التنظيم في علاقات العمل، فإن تكريس قانون 90-11 سالف الذكر والنصوص القانونية اللاحقة له، لإجراء التفاوض الجماعي يؤكد ذلك، حيث أن انسحاب الدولة كان لصالح الشركاء الاجتماعيين الذين لهم دور هام في هذا النوع من الإنهاء.

ثانيا - الانتقال إلى مرحلة التفاوض الجماعي

أسفر عن حتمية إضفاء المرونة على علاقات العمل استبعاد الضبط القانوني الممارس من طرف الدولة أجهزتها، وإحلاله بضبط جديد يرمي إلى إشراك الشركاء الاجتماعيين وهو ما يظهر في مجال التسريح للسبب الاقتصادي بالتخلي عن الترخيص الإداري ودعم التفاوض الجماعي، الذي في الحقيقة يعتبر صورة من صور التضامن بين العمال وأصحاب العمل⁽²⁾.

فبهدف الوصول إلى وضف سياسة عامة أكثر فعالية في مجال علاقات العمل، تبنى المشرع الجزائري فكرة المرونة من خلال المكانة الهامة التي أولتها للتفاوض الجماعي وللاتفاقيات الجماعية في تنظيم هذه العلاقات، وبصورة خاصة في مرحلة إنائها.

فلقد أخذ المشرع الجزائري التقليل من عدد العمال لسبب إقتصادي لإجراء هام يتمثل في التفاوض الجماعي، وهو ما عبرت عنه المادة 2/69 من القانون رقم 90/11 بنصها: « وإذا كان تقليص العدد ينبغي على إجراء التسريح الجماعي فإن ترجمته تتم في شكل تسريحات فردية متزامنة ويتخذ قراره بعد تفاوض جماعي».

أكد ذلك المشرع الجزائري بموجب المرسوم رقم 94-09 سالف الذكر وبين إجراءاته، فبمجرد انتهاء الاجتماعات الإعلامية التي يدعو إليها المستخدم كل من لجنة المساهمة والمنظمات النقابية التمثيلية بغرض تهيئة الظروف الملائمة للتشاور حول مضمون الجانب الاجتماعي، وبعد الحصول على رأي لجنة المساهمة

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، الملف رقم 182508 مؤرخ في 09 جوان 1998، (قرار غير منشور).

² - جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، أثر الخصوصية على عقد العمل، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2006، ص 297.

حول⁽¹⁾، يلتزم المستخدم بتنظيم التفاوض مع الممثلين النقابيين للعمال بهدف التوصل إلى اتفاق جماعي حول مضمون الجانب الاجتماعي وشروط تطبيقه، وهو ما جاء في المادة 12 منه « يتم الحصول على رأي لجنة المساهمة وتنظيم التفاوض وتأطيره مع الممثلين النقابيين للعمال حول مضمون الجانب الاجتماعي وتطبيقه... ».

يعدّ اللجوء للتفاوض حول الجانب الاجتماعي إجراء إلزاميا لا يتوقف على مبادرة من المستخدمين والهيئات النقابية، كما أنه حق خالص للهيئات التمثيلية، وهو ما عبرت عنه المادة العاشرة من المرسوم التشريعي رقم 94-09 سالف الذكر، ففي حالة غياب هذه الهيئات يقوم بتمثيل العمال ممثلون منتخبون مباشرة من طرف العمال حسب النسب المحددة في المادة 41 من القانون رقم 90-14 المؤرخ في 02 جوان 1990 والمتضمن كليات ممارسة الحق النقابي⁽²⁾.

ينصب التفاوض مع الممثلين النقابيين للعمال حول جملة التدابير والترتيبات الخاصة بحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية ولأسباب اقتصادية، والتي يعبر عنها بالجانب الاجتماعي الذي يتم تصوره في مرحلتين:

أ - المرحلة الأولى: نصت عليها المادة 7 من المرسوم التشريعي رقم 94-09 ومما جاء فيها أنّ هذه الإجراءات يمكن أن يتخذ بعضها أو كلها، وتتمثل في:

- تكييف النظام التعويضي ولاسيما العلاوات والتعويضات المرتبطة بنتائج العمل.
- إعادة دراسة أشكال مرتب العمال ومستوياته مما فيه مرتببات الإطار المسيرة و/أو تجميد الترقية.
- تنظيم عمليات التكوين التحويلي الضرورية لإعادة توزيع العمال.
- إلغاء تدريجي للجوء إلى العمل بالساعات الإضافية.
- إحالة العمال على التقاعد أو التقاعد المسبق.
- عدم تجديد عقود العمل لمدة معينة.
- إدخال تقسيم والعمل بالتوقيت الجزئي⁽³⁾.

ب - المرحلة الثانية: وتتضمن هذه المرحلة وفقا لأحكام المادة الثامنة والتاسعة من نفس هذا المرسوم إحدى هاتين العمليتين أو كليهما:

¹ - انظر المادة 10 والمادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 94-09، سالف الذكر.

² - القانون رقم 90-14 المؤرخ في 02 جوان 1990، يتضمن كليات ممارسة الحق النقابي، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-21 المؤرخ في 10/06/1996، ج ر عدد 36، لسنة 1996.

³ - عطا الله أبو حميدة، التسريح لسبب اقتصادي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001، ص 123.

- تنظيم المستخدم، عمليات إعادة التوزيع] للأجراء المعنيين بالاتصال م] الفرع أو قطاع النشاط التابع له، والمصالح العمومية للشغل والعمل والتكوين المهني والإدارات القطاعية المختصة.
- إنشاء أنشطة تدعمها إذا قضى الأمر ذلك لصالح الأجراء ويجب أن تحتوي بالضرورة.
- تحديد المعايير والمقاييس التي ينبغي أن تسمح بتحديد الأجراء الذين يستفيدون من التدابير المقررة في هذا المرسوم:

- شروط إعداد القوائم الاسمية للأجراء الموزعين حسب أماكن العمل، كفاءاتها عند الاقتضاء، ويجب أن يستفيد هؤلاء:

• الإحالة على التقاعد على التقاعد المسبق.

• أداءات التأمين على البطالة عن طريق إعادة التوزيع].

يلتزم المستخدم ولغرض التفاوض، بتزويدهم بهذه الوثيقة الأساسية كما يعرض عليهم الوضعية الاقتصادية والمالية للمؤسسة.

ووفقا لأحكام المادة 13 من هذا المرسوم التنفيذي، فإنه يترتب عن المفاوضات ما بين الهيئة المستخدمة وممثلي العمال تحرير محضر يوق] عليه الطرفان، ويثبت نقاط الاتفاق وعند الاقتضاء المسائل موضوع الخلاف، ويعتبر الجانب الاجتماعي الذي يتم الاتفاق عليه نافذا بعد إيداع المستخدم له لدى كتابة ضبط المحكمة ومفتشية العمل المختصين إقليميا وفقا للأجل المتفق عليها.

وفي حالة الاختلاف حول عنصر أو عدة عناصر من الجانب الاجتماعي، يمكن للأطراف وقبل تنفيذه، اللجوء إلى المصالحة أو التحكيم. غير أنّ المرسوم التشريعي لم يقدم أي بديل لمعالجة حالة إخفاق كل من المصالحة أو الوساطة أو التحكيم⁽¹⁾.

يتجلى بهذا تبني المشرع الجزائري لآليات جديدة تسمح له بتحقيق التوازن ما بين الضرورات الاقتصادية والمقتضيات الاجتماعية.

وإذا كان وض] الجانب الاجتماعي واتخاذ قرار إعادة ضبط مستويات الشغل والأجور مسائل تتوقف على إرادة المستخدم، إلا أنّ مسألة وضعها موضع التنفيذ تقتضي الحصول على موافقة الهيئات التمثيلية النقابية عن طريق ما يسمى بالتفاوض الجماعي.

فلم تعد بهذا مسألة المحافظة على الشغل وحماية الأجراء من فقدان مناصبهم لصفة لا إرادية مسألة خاصة بالأعوان الاقتصاديين، وإنما شأنا عموميا تتدخل فيه أطراف أخرى لضبطه بطرق حديثة، وألاها التنظيمات النقابية وذلك في إطار التفاوض الجماعي، المصالح الإدارية العمومية وصندوق ترقية الشغل كهيئة

¹ - KORICHE Mohamed Nasr eddine, *op.cit*, p. 59.

ضمان لاستقرار سوق العمل والجماعات المحلية، التي تعمل على التكفل الاجتماعي وإدماج العمال المسرحين في إطار الشبكة الاجتماعية وبالتنسيق مع مصالح التكوين المهني⁽¹⁾.

المبحث الثاني: القوة الإلزامية للتفاوض الجماعي

إذا كان تدخل ممثلي العمال يتلخص في مجرد الاستشارة، إلا أنّ القانون رقم 90-11 وكذا المرسوم التشريعي رقم 94-09 سالف الذكر، أكدوا على إلزامية التفاوض الجماعي حول الجانب الاجتماعي باعتبارها الوثيقة الأساسية لإجراء التقليل في عدد العمال.

فلا يمكن للمستخدم تنفيذ الجانب الاجتماعي للتقليل من عدد المستخدمين إلا بعد الحصول على اتفاق مع الممثلين النقابيين.

ولعل أهم ما يدعم إلزامية هذه القواعد القانونية التي تفرض إجراء التفاوض كوسيلة لضبط عمليات التقليل من عدد العمال، وكذا ما يحقق فعليتها اقترانها بالجزء (المطلب الأول) وتأكيد القضاء على ذلك من خلال ما كرسه من اجتهادات قضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جزاء مخالفة إجراء التفاوض

تشكل مخالفة المستخدم للضوابط الجزائية وبصفة إجراء التفاوض الجماعي مع ممثلي العمال بهدف الوصول إلى اتخاذ التدابير والترتيبات المناسبة لإعادة ضبط مستويات الشغل وتوفير الحماية اللازمة للعمال الذين يفقدون عملهم بصفة إدارية، خطأ مؤديا إلى انعقاد مسؤوليته والتزامه بالتعويض.

كذلك وللتأكيد على إلزامية إجراء التفاوض الذي يجسد المرونة المتبناة في تنظيم علاقات العمل وإنهائها و لل غاية التي يرمي إليها في ظل واقع اقتصادي خاضع لمتغيرات دولية، أحاطه المشرع الجزائري بإجراءات جزائية تهدف إلى الحفاظ على النظام العام الاجتماعي، وتحقيق فعالية القواعد الضابطة لهذا الإجراء الخطير.

فأهم الجزاء المترتبة عن مخالفة الإجراءات الضابطة لسلطة المستخدم في التقليل من عدد العمال لأسباب اقتصادية تتمثل في الجزاء الجنائي والجزاء المدني.

أولا - الجزاء الجنائي

نظرا لتعلق أحكام قانون العمل بالنظام العام، فقد عمل المشرع على كفالة احترام هذه الأحكام عن طريق أكثر الوسائل ردعا وهو الجزاء الجنائي⁽²⁾، وهو ما ينطبق على القواعد الإجرائية التي يخضع لها التقليل من

¹ - عجة الجيلالي، الوجيز في قانون العمل والحماية الاجتماعية، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 28.

² - قانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، 96، ج ر ج عدد 76، لسنة 2017.

عدد العمال لسبب اقتصادي والتسريح الناجم عنه، وبالخصوص إجراء التفاوض حول الجانب الاجتماعي، حيث وبمقابل المرونة التي أدخلها المشرع على سلطة المستخدم في اللجوء إلى هذا النوع من الإنهاء لعقد العمل، أوجد وسائل تضمن الحماية للعامل الطرف الضعيف في عقد العمل، وأبرزها الجزاء الجنائي الذي يتميز بذاتية تتلاءم مع طبيعة قانون العمل الخاصة وتضمن فعالية القواعد المكرسة للتفاوض الجماعي، ف جاء في المادة 146 من القانون رقم 90-11 المعدلة بموجب المادة 99 من قانون المالية لسنة 2018⁽¹⁾ على أنه « يعاقب كل من قام بتقليص عدد المستخدمين خرقاً لأحكام هذا القانون بغرامة مالية تتراوح من 100.000 إلى 200.000 دج، وتطبق العقوبة عند كل مخالفة معارضة وتضاعف حسب عدد العمال المعنيين». كذلك اعتبرت تجاوزات للقانون وحالات تستوجب عقوبة الغرامة أو الحبس:

- حالة عدم إيداع وتسجيل الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية والإشهار بها في وسط العمال المعنيين وكذا كل رفض للتفاوض في الآجال القانونية، والتي يعاقب عليها بغرامة مالية تتراوح من 10.000 إلى 20.000 دج. وفي حالة العود تكون العقوبة من 40.000 دج إلى 50.000 دج.

- حالة عرقلة تكوين لجنة المشاركة أو تسييرها، أو ممارسة صلاحيتها أو صلاحيات مندوبي المستخدمين، أو كل من رفض تقديم تسهيلات ووسائل منحها هذا القانون لأجهزة المشاركة والعقوبة هي الغرامة المالية من 100.000 دج إلى 200.000 دج والحبس من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر أو إحدى هاتين العقوبتين، وفي حالة العود تكون العقوبة من 200.000 دج إلى 500.000 دج وتضاعف حسب عدد العمال المعنيين وبالعقوبة الحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ستة (6) أشهر، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط⁽²⁾.
يؤكد هذا الجزاء الجنائي في الحقيقة ذاتية قانون العمل ويكشف عن خاصية هامة له تتمثل في تعلق قواعده بالنظام العام الاجتماعي.

ثانياً - الجزاء المدني

لم يضل المشرع الجزائري أي نص خاص يبين فيه الجزاء المدني لمخالفة المستخدم لالتزامه بالتفاوض الجماعي مع الهيئات النقابية التمثيلية في حالة اللجوء إلى التسريح الجماعي، وذلك سواء في القانون رقم 90-11 سالف الذكر أو ضمن أحكام المرسوم التشريعي رقم 94-09 الهادف إلى المحافظة على الشغل وتحديد الترتيبات القانونية الخاصة بحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية، وهذا بخلاف

¹ - محمد أحمد عجيز، ذاتية قانون العمل وأهم تطبيقاتها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 112.

² - انظر المادتين 151 و152 من القانون رقم 90-11 والمعدلة بالمادة 99 من القانون رقم 17-11، مرجع سابق.

المشرع الفرنسي الذي رتبّ جزاء البطلان على حالة مخالفة صاحب العمل لالتزامه بالتفاوض مع ممثلي العمال، وهو ما أكدته المادة 10-1235 L من تقنين العمل الفرنسي⁽¹⁾.

يتم التساؤل أمام هذا الفراغ عن الحل الواجب التطبيق، فهل تطبق الأحكام العامة للمسؤولية المدنية أم تطبق أحكام المادة 4/73 من القانون رقم 90-11 باعتباره النص الوحيد الذي يتناول جزاء مخالفة القيود الإجرائية للتسريح دون أن تحدد لنوعه؟

فصلت القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذه المسألة إذ جاء في قرارها 171147 على أنه « ... حيث أنّ المادة 4/73 من القانون 29/91 المطبقة على دعوى الحال لا تفرق بين أسباب التسريح وتتص على أنّ كل تسريح معتبر تعسفي يفتح المجال على العامل في المطالبة بإلغاء مقرر التسريح... »⁽²⁾.

وأيضاً قرارها الصادر بتاريخ 09 مارس 1999 والذي جاء فيه « ... وأنّ الإجراءات المنصوص عليها في المواد 7، 8، 9، 11، 12، 13 و 15 من المرسوم رقم 94-09 المؤرخ في 16 ماي 1994، والتي من شأنها حماية حقوق العمال هي من النظام العام وينجر عن مخالفتها البطلان... »⁽³⁾.

تأكد كذلك تطبيق هذه المادة بموجب قرار المحكمة العليا بتاريخ 13 أبريل 2005، الذي كرس المبدأ القاضي بأنّه « يعدّ تسريحاً تعسفياً، كل تسريح لأسباب اقتصادية لا يحترم إجراءات المرسوم التشريعي رقم 94-09 » وواصلت بالتأكيد على أنه « ... وإنما تسريح تعسفي ذلك أنّ التسريح لأسباب اقتصادية المبلغ إلى الطاعن لم يحترم الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم التشريعي رقم 94-09 ولما قضى الحكم بخلاف ذلك فإنّه خالف المادة 04/73 من الأمر 21/96 وعرض قضاءه إلى النقض والإبطال »⁽⁴⁾.

يتبين من جملة هذه القرارات، أنّ مخالفات إجراءات التسريح للسبب الاقتصادي وبصفة خاصة إجراء التفاوض الإجباري يستوجب تطبيق الجزاءات الواردة في المادة 04/73، التي يثير في الحقيقة تطبيقها إشكالات ذلك أنّ هذه الأخيرة تميز بين جزاءين وهما:

- التعويض

- إلغاء قرار التسريح

وإن كان الجزاء الأول، وهو التعويض الذي حدده المشرع بمبلغ مالي لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة (06) أشهر من العمل وهذا دون الإخلال بالتعويضات الأخرى، إلا أنّ مسألة إلغاء قرار

¹ - COEURET Alain, GAURIAU Bernard, MINE Michel, *Droit du travail*, 2^{ème} édition, Sirey Université, Paris, 2009, p. 393.

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 171147 صادر بتاريخ 10 نوفمبر 1998، (قرار غير منشور).

³ - قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 175759 صادر بتاريخ 09 مارس 1999، (قرار غير منشور).

⁴ - المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، الملف رقم 295759 قرار بتاريخ 2005/04/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، الجزائر، 2005، ص 147 - ص 151.

التسريح، الذي ينجر عنه وفقا للقواعد العامة لنظرية البطلان، الحق في إعادة الإدراج الذي اعتبره المشرع مسألة اختيارية للأطراف من الصعب أن يجد تطبيقا له في حالة التسريح للتقليص من عدد المستخدمين لسبب اقتصادي، ذلك أنّ العناصر المادية للتقليص يقتضي قيام عنصر إلغاء الوظائف، بمعنى آخر استحالة إعادة الإدراج للعامل تطبيق للمادة 4/73 من القانون 11/90، خاصة وأنّ المشرع يمنح المستخدم من اللجوء إلى توظيفات جديدة في هذه المناصب نتيجة إلغائها فجاء في الفقرة 3 من المادة 69 من نفس هذا القانون على أنّه « يمنح على أن يستخدم قام بتقليص عدد المستخدمين اللجوء في أماكن العمل نفسها إلى توظيفات جديدة في الأصناف المهنية المعنية بالتقليص » وأكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 12 سبتمبر 2000 « خالفت الطاعنة أحكام المادة 69 من قانون 11/90 لما قامت بتوظيفات جديدة دون إعطاء الأسبقية للعمال الذين شملتهم عملية التقليص »⁽¹⁾.

أخيرا، وحتى وإن كانت مسألة إعادة الإدراج صعبة في حالة التسريح للسبب الاقتصادي، فإنّ مخالفة المستخدم لإجراء التفاوض الجماعي يعرضه للجزاء المدني المتمثل في تعويض مدني لا يقل عن أجر الستة الأشهر الأخيرة من الخدمة، وهو ما أكدته أيضا المحكمة العليا في قرارها رقم 171147 سالف الذكر الذي جاء فيه:

« ... وتطبيقا لأحكام المادة 4/73 من القانون رقم 90-11 سالف الذكر، التي لا تفرق بين أسباب التسريح- اقتصادية أو تأديبية - فإنّ حكم القاضي بتعسف المستخدم يخول العامل المعني الحق في المطالبة بالتعويض المادي دون الأجر وهذا التعويض لا يقل مبلغه عن أجر الستة أشهر الأخيرة من الخدمة ». هكذا وللصعوبات التي يثيرها تطبيق المادة 4/73 من القانون رقم 90-11 سالف الذكر وأيضا لخصوصية الإجراء التقليص من عدد العمال، وجب أفراد أحكامه بنصوص خاصة بها، لاسيما فيما يتعلق بجزء مخالفتها خاصة بالنظر إلى المستجدات التي فرضت إزالة التنظيم عن بعض قواعد قانون العمل.

المطلب الثاني: تأكيد القاضي على إلزامية إجراء التفاوض الجماعي

إذا كانت التشريعات العمالية الجزائرية وعلى الخصوص أحكام قانون 90-11 والمرسوم التشريعي رقم 94-09 أكدت على إلزامية إجراء التفاوض حول الجانب الاجتماعي، ما بين المستخدم وممثلي العمال فإنّ اجتهاد المحكمة العليا حث المحاكم على بسط رقابتها على مدى تنفيذ المستخدم لهذه الإجراءات واحترامها لتعلقها بالنظام وأهم قراراتها بهذا الشأن قرارها الصادر بتاريخ 09 جوان 1999 حيث ورد فيه ما يلي:

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، الملف رقم 202970، بتاريخ 12/09/2000 المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2003، ص 215.

« ... حيث أنّ إجراءات التقليل المنصوص عليها بالمرسوم التشريعي رقم 94-09 تهدف إلى حماية العمال وهي بهاته الصحة من النظام العام، تفرض على المستخدم إثبات إتباعها، وعلى المحكمة التأكد من صحتها.

- وحيث أنّ المرسوم التسريعي يوجب إعداد مخطط اجتماعي في مرحلتين، تضم كل واحدة سلسلة من الإجراءات تهدف إلى تقادي التقليل في عدد العمال وتحديد المعايير الموضوعية للتعرف على العمال المعنيين بالتقليل.

... وحيث أنّ المحكمة عاينت مجرد استطلاع الجهات الإدارية التي ليس لرأيها أي أثر قانوني ومجرد أخذ رأي الشركاء لا يدل على أنّ المفاوضات قد تمت ومرحل المخطط قد احترمت وإيداع المخطط ومحضر الاتفاق بكتابة الضبط لدى المحكمة قد تم وفقا لما ينص عليه المرسوم التشريعي.

مما يجعل الحكم المطعون فيه مقصر في الأسباب ويعرضه للنقض.»

كذلك قرارها الصادر بتاريخ 11 ماي 1999 الذي جاء فيه:

« حيث كان لزاما على الحكم المطعون فيه الإشارة إلى الإتفاق المذكور أي الناتج عن التفاوض لأنّه من الإجراءات المسبقة للتسريح»⁽¹⁾.

وتأكدت أيضا إلزامية التفاوض في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09/06/1998 وكان مضمونه:

« ... حيث أنّ المخطط الاجتماعي يكون حتما نتيجة مفاوضات بين المستخدم وممثلي العمال من جهة وبين المستخدم والممثلين النقابيين من جهة أخرى، وأنّ هاته المفاوضات تتم وفقا للمادة 12 و13 من المرسوم التشريعي تكفل بإعداد محضر يثبت الاتفاق وأنّ المادة 15 توجب إيداع المخطط المتفق عليه وفقا للإجراءات السابقة بكتابة الضبط للمحكمة...»

وحيث إذن فإن المحكمة باكتنائها الإشارة إلى استطلاع الجهات الإدارية وأخذ رأي الشركاء الاجتماعيين لم تبين استيفاء الإجراءات الإجبارية ولم تكن المحكمة العليا من إجراء مراقبتها على تطبيق القانون مما يجعل الحكم المطعون فيه مقصرا في الأسباب ويعرضه للنقض»⁽²⁾.

وبالمقابل فإنّ إلزامية التفاوض أثرت على اختصاص القاضي الاجتماعي في رقابة مشروعية السبب الاقتصادي، فمن قضاء المحكمة العليا أنّ القاضي لا يراقب قيام أو عدم قيام السبب الاقتصادي وذلك اعتبارا من مراحل التي يمر عليها الجانب الاجتماعي والتي تكتسي طابعا تفاوضيا. فالقاضي لا يراقب ملاءمة إجراء التسريح للسبب الاقتصادي بل يراقب فقط احترام المستخدم للمراحل القانونية وتطبيق التدابير المتفق عليها وإلا

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 180734، بتاريخ 11 ماي 1999، (قرار غير منشور).

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 182508، بتاريخ 09/06/1998. مأخوذ عن عبد السلام نيب، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصبية للنشر، الجزائر، 2003، ص 472.

قضى بالطابا[التعسفي لهذا التسريح لتطبق عند إذن أحكام المادة 4/73 من القانون رقم 90-11⁽¹⁾. والحقيقة أنّ هذا الموقف سلبي، ذلك أنّنا كنا ننتظر بإلغاء نظام الترخيص الإداري المسبق توسلاً نطاق تدخل القاضي في رقابة مشروعية السبب الاقتصادي، فالقاضي لا ينحصر دوره في رقابة الإجراءات بل تمتد رقابته للضوابط الموضوعية للتسريح.

فمن اختصاص القاضي مراقبة تطبيق القوانين سواء من الزاوية الموضوعية أو الإجرائية. تجدر الإشارة إلى أنّ قضاء المحكمة العليا قد أضعف من القيمة القانونية لإجراء التفاوض الجماعي بتكريس مبدأ مفاده « تكفي مراعاة المستخدم جميعاً إجراءات التقليل لأسباب اقتصادية في حالة رفض الشريك الاجتماعي (النقابة) التفاوض، لثبوت قانونية التسريح الجماعي »⁽²⁾. ولاشك أنّ مثل هذا المبدأ يتضمن انتقاصاً للضمانات المقررة للعمال المعنيين ويمس الحد الأدنى من الحماية المقررة لهم.

خاتمة

تجسيدا لضرورات الانسجام م[المتغيرات الاقتصادية وتبني الصيغ الليبرالية في إنهاء عقد العمل، اتجه المشرع الجزائري نحو إضفاء المرونة على الجانب الإجرائي للتسريح للتقليل من عدد المستخدمين للسبب الاقتصادي، وذلك بتكريس التفاوض الجماعي كإجراء إلزامي للجوء إلى هذا النوع من الإنهاء ذو الأثر الخطير على الشغل، وإلغاء الترخيص الإداري المسبق.

لقد أصبح للتفاوض الجماعي مكانة هامة في التسريح للسبب الاقتصادي، إذ أكد المشرع ومن خلاله أنّ هذا الإجراء لم يعد مسألة خاصة بالأعوان الاقتصاديين وإنما مسألة تخص وتهم الشركاء الاجتماعيين. على أنّ هناك نقائص تضعف من القيمة القانونية لهذا الإجراء كذلك الخاصة بقوته الإلزامية، حيث أنّ المشرع الجزائري أغفل عن تحديد جزاء مخالفته وبصفة خاصة الجزاء الذي يحقق الحماية للعامل المههد بفقدانه منصب عمله لأسباب خارجة عن إرادته، وهو الجزاء المدني، فمن الخطأ تطبيق أحكام المادة 4/73 من القانون رقم 11/90 إذ أنّ مسألة إعادة الأوضاع إلى حالها بإعادة إدراج العامل المعني وإن كانت صعبة بالنسبة للتسريح التأديبي، فهي مستحيلة في حالة التسريح للسبب الاقتصادي الذي يفترض إلغاء الوظائف. لذا فمن الضروري تدخل المشرع لتحديد هذا الجزاء.

ومن جهة أخرى فإنّ الاجتهاد القضائي وإن أكد على أهمية التفاوض والإلزامية إلا أنّه سلب من القاضي الاجتماعي، ومن خلال نفس هذا الإجراء سلطته في الرقابة على مشروعية السبب الاقتصادي وذلك استناداً إلى

¹ - المرجع نفسه، ص 470.

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف 1575386، بتاريخ 06 جانفي 2011، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر، 2011، ص 186.

أنّ إجراءات التفاوض تغني عن هذه الرقابة، وهذا بالتأكيد خطأ ذلك أننا ننتظر من القاضي أن يمارس كامل اختصاصه في الرقابة على مشروعية التسريح الاقتصادي، لاسيما بعد إلغاء الرقابة الإدارية المسبقة وكذا ما غياب تعريف قانوني لهذا السبب.

يتضح ما هذا الدور الجديد للتفاوض الجماعي والاتفاقيات الجماعية في تنظيم علاقات العمل وهذا في إطار ما يسمى بإزالة التنظيم، كما تكشف الدراسة عن التحول الحاصل في تنظيم علاقات العمل والاتجاه إلى تبني المرونة في ذلك، على أنّ المرونة الواجب تبنيها هي المرونة الحمائية التي تحقق المعادلة التوفيقية بين الضرورات الاقتصادية والاعتبارات الاجتماعية التي تسمح ببقاء قانون العمل.

الدفاتر التجارية الالكترونية وحجيتها في الاثبات

مجيد احمد ابراهيم⁽¹⁾
جامعة الفلوجة

الملخص:

بسبب التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات في القرن الماضي والألفية الجديدة، وهذا التطور ألقى بضلاله على الكثير من التعاملات والبيوع والتعاقدات والمزايدات والتسويات والمناقصات من خلال شبكة المعلومات (الانترنت)، وبما أنّ من يتعامل بهذه الامور غالبا مايكون تاجرا محترفا، إذن لابد أن ينظم حساباته التجارية لكي يواكب التطور الحاصل في التعاملات والعقود، وبما أنّ التعامل التقليدي في مسك الدفاتر التجارية لايفي بالغرض المقصود والذي لا يتناسب مع التطور التكنولوجي، لذلك لابد من التاجر أن يمكّن دفاتر تجارية الكترونية تتناسب مع هذا التطور، لذلك عكفت الكثير من الدول على سن تشريعات تتعلق بالتعاملات الالكترونية ومنها التشريع العراقي لكي تواكب هذا التطور، ويقدر تعلق الأمر بهذا الموضوع لابد ان نحيطه بحثا من خلال دراسة مقارنة بين القانون العراقي (قانون التجارة الحالي وقانون التوقيع والمعاملات الالكترونية رقم 78 لسنة 2012) مع بعض القوانين المقارنة، مع الاسترشاد بأراء الفقهاء في هذا المجال، لذلك ارتأينا أن نقسم هذا الموضوع الى مبحثين رئيسيين، نتناول في الاول ماهية الدفاتر التجارية الاليكترونية، ثم نتناول في الثاني عن حجية الدفاتر التجارية الاليكترونية وعلى النحو الآتي.

الكلمات المفتاحية:

الدفاتر التجارية الرقمية، التجار المحترفين، المعاملات الرقمية.

تاريخ إرسال المقال: 2018/02/28، تاريخ قبول المقال: 2018/03/28، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: مجيد احمد ابراهيم، "الدفاتر التجارية الالكترونية وحجيتها في الاثبات"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 67-86.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

⁽¹⁾ مدرس في كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق.

المؤلف المراسل: mohamd80zedin@gmail.com

Electronic commercial books and their probative force

Abstract:

Because of the huge development in information technology in the last century and the new millennium, and this development gave a lot of dealings and sales, contracts, auctions, settlements and tenders through the Internet, and since dealing with these things often is a professional trader, authorized must regulate his business accounts In order to keep abreast of the progress in transactions and contracts. Since the traditional handling of commercial bookkeeping is not intended to be suitable for the purpose of the technological development, it is necessary for the trader to maintain electronic trading books commensurate with this development. Many of the states to enact legislation Related to the electronic transactions, including Iraqi legislation to keep pace with this development, and as far as this matter is concerned, we must search it through a comparative study between the Iraqi law (the current trade law and the law of signature and electronic transactions No. 78 of 2012) with some comparative laws, This area, so we decided to divide this subject into two main topics we address in the first what electronic business books, and then we deal in the second on the authenticity of electronic business books and as follows

Keywords:

Digital business books, professional traders, digital transactions.

Livres électroniques de commerce et leur force probante

Résumé :

Le développement dans les technologies de l'information et de communication marque son incidence sur les contrats et ventes classiques. En effet, l'Internet révolutionne de tels actes en incitant les commerçants professionnels de réguler leurs comptes et de les adapter aux nouvelles transactions numériques. Les livres de commerces classiques étant dépassés, lesdits professionnels doivent suivre l'évolution du numérique en s'appuyant sur les livres de commerce numériques. Certaines législations, comme celle de l'Iraq, se sont évoluées dans ce sens en édictant une loi relative aux transactions et au commerce numérique.

Mots clés:

Livres de commerce numériques, commerçants professionnels, transactions numériques.

مقدمة

بالنظر للتطور التقني الهائل خصوصا خلال النصف الأخير من القرن الماضي وبداية الألفية الجديدة في ميدان التسجيل والحسابات، بفضل ما تم اختراعه من أجهزة وتقنيات متطورة في خزن البيانات والمعلومات غزت جميع مناحي الحياة، لذا لم يعد الأسلوب الكلاسيكي (التقليدي) للتاجر في مسك الدفاتر التجارية منسجما مع الواقع الذي يعيش فيه، الذي ينعكس على أسلوب عمله، بل الأمر يتطلب البحث عن وسائل أخرى تتلاءم مع معطيات الواقع التكنولوجي، وبما أنّ ميدان التجارة من أكثر الميادين تأثرا بهذا الواقع، إذ أصبحت الشبكة العنكبوتية ميدانا لعقد الكثير من العروض والصفقات والمزادات وتسوية المديونيات تحت لافتة (التجارة الإلكترونية)، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل تعدى الموضوع أكثر من ذلك، ليتيح للتجارة فرصة الاستفادة لتوثيق نشاطهم المالي وبيان مركزهم من خلال مسك التاجر (للدفاتر التجارية الإلكترونية)، والذي نظّمته بعض التشريعات .

وسيكون منهج الدراسة هو أسلوب المقارنة مع بعض القوانين كالقانون الإماراتي والتونسي، فضلا عن الجانب الفقهي .

وتهدف الدراسة إلى تحديد مفهوم الدفاتر التجارية ومدى إمكانية تطويع القواعد العامة على أحكامها، وهل أنّ التشريعات كانت موفقة في إحاطة أحكام هذه الدفاتر؟

وتبدو أهمية الدراسة إلى أي مدى يمكن حل هذه المستندات أو الدفاتر الإلكترونية محل الدفاتر التجارية التقليدية، بحيث يمكن أن تؤدي نفس وظيفتها وغرضها بالشكل الذي يخدم واقع وتطور التجارة الإلكترونية. لذلك سوف نتكلم عن هذا الموضوع في مبحثين، نتكلم في المبحث الأول عن ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية، ونتكلم في المبحث الثاني عن حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية

لبيان ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية، لابد من توضيح مفهوم الدفاتر التجارية التقليدية والتعرف على شروط مسكه، مع بيان موقف المشرع العراقي وهذا ما سوف نبجته في المطالب الثلاثة، لذا سوف نقسم المطالب الأول لتعريف الدفاتر التجارية التقليدية والإلكترونية، والمطلب الثاني سيخصص لشروط مسك الدفاتر التجارية الإلكترونية، أما المطلب الثالث فسوف يكون لبيان موقف المشرع العراقي .

المطلب الأول: التعريف بالدفتر التجاري التقليدي والإلكتروني

يتطلب البحث عن مفهوم الدفتر التجاري الإلكتروني بيان مفهوم الدفتر التجاري التقليدي، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتكلم في الأول عن مفهوم الدفتر التجاري التقليدي، ونتكلم في الفرع الثاني عن مفهوم الدفتر التجاري الإلكتروني وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الدفتر التجاري التقليدي

لم يتطرق المشرع العراقي في قانون التجارة الحالي رقم (30) لسنة 1984 تعريفا للدفتر التجاري التقليدي، لكنه في المادة (12) منه أوجب على التاجر الذي لا يقل رأس ماله عن 30 الف دينار أن يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي، والدفاتر التجارية التقليدية تقسم الى قسمين إلزامية واختيارية . اما الإلزامية : فهي تلك الدفاتر التي أوجب القانون على التاجر مسكها وتتمثل :

1- دفتر اليومية الاصيلي : هي تلك الدفاتر التي يقيد فيها التاجر عملياته التجارية يوما بيوم وبشكل مفصل، وأيضا مسحوباته الشخصية، وهذا الواجب يقع على التاجر سواء أكان فردا طبيعيا أم معنويا⁽¹⁾.

2- دفتر الاستاذ : هو ذلك الدفتر الذي يقيد فيه التاجر في آخر سنته المالية تفصيلات الأموال المخصصة للتجارة، والميزانية السنوية، وحسابات الأرباح والخسائر .

3- كما أوجبت المادة (16) من قانون التجارة الحالي على التاجر أن يحتفظ بصورة طبق الأصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها، أو يتسلمها والمتصلة بتجارته، وأن يحفظها بطريقة منظمة وواضحة، وقد عد المشرع العراقي هذه المحررات من الدفاتر التجارية وفق المادة (19) من قانون التجارة النافذ⁽²⁾.

أما الدفاتر التجارية الاختيارية فقد أجاز المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ مسكها لقيد الأنواع المختلفة من العمليات التجارية المختلفة، كدفتر المسودة، ودفتر الصندوق، ودفتر المخزن، ودفتر الأوراق التجارية الخ⁽³⁾.

(1) للمزيد د. اكرم ياملكي، القانون التجاري، القسم الاول، ط1، مكتبة اثناء للنشر والتوزيع، الاردن، عمان، 2012، ص130؛

د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، شرح قانون التجارة، القسم الاول، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص148

(2) راجع المواد 16، 19 من قانون التجارة العراقي النافذ

(3) للمزيد راجع . د. اكرم ياملكي، مصدر سابق، ص131.

الفرع الثاني: مفهوم الدفاتر التجارية الإلكترونية

لم يورد المشرع الحالي في قانون التجارة النافذ تعريفاً للدفتري التجاري الإلكتروني، وإنما اقتصر في المادة (19) منه على إمكانية الاستعاضة عن الدفاتر التجارية التقليدية الاختيارية المنصوص عليها في المادة (14) والمادة (16) منه، باستخدام الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته المالية والتجارية، كذلك فعلت التشريعات العربية، فلم تعرف الدفاتر التجارية الإلكترونية، وإنما اقتصر على الإشارة إلى إمكانية استخدامها محل الدفاتر التجارية التقليدية⁽¹⁾.

أما على الصعيد الفقهي فقد عرفت الدفاتر التجارية التقليدية على أنها (دفاتر ذات صفحات مرقمة يمسكها التاجر لبيان مركزه المالي بالوجه الذي يتطلبه القانون)، وقد عرفت الدفاتر التجارية الإلكترونية على أنها (قيد التاجر لعملياته التجارية بالوجه الذي يتطلبه القانون لبيان مركزه المالي بوسيلة إلكترونية مثل الحاسب الآلي وغيره من الأجهزة التقنية الحديثة بطريقة منتظمة تمنع أي تعديلات أو محو لبياناتها)⁽²⁾. وتبدو أهمية الدفاتر التجارية الإلكترونية في أنها تحقق جملة من الفوائد :

- 1- التقليل من مشكلة تضخم الأرشيف، حيث تفرض المصلحة والقانون الاحتفاظ بالدفاتر التجارية مدة من الزمن، ومع تزايد حجم المستندات تصبح عملية الحفظ شاقة مما يتطلب وجود مكان يتسع لهذا الحجم .
- 2- إختصار الوقت والجهد اللازمين لتصنيف المستندات واسترجاعها باستخدام التقنيات الحديثة.
- 3- من الممكن أن تحقق الدفاتر التجارية الإلكترونية جميع الغايات التي تحققها الدفاتر التجارية التقليدية، مثل تمكين التاجر من معرفة مركزه المالي وماله من حقوق وما عليه من ديون، كذلك إثبات حسن نيته عند توقفه عن أداء ديونه التجاريه، وطلب منحه الصلح الواقي، وغيرها من العمليات الأخرى التي تتطلبها التجارة .

المطلب الثاني: شروط مسك الدفاتر التجارية الإلكترونية

لم يورد قانون التجارة الحالي رقم 30 لسنة 1984 كذلك القوانين المقارنة شروطاً لمسك الدفاتر التجارية الإلكترونية، لذا ينبغي البحث في مدى إمكانية تطبيق الشروط التقليدية في الدفاتر التجارية التقليدية على هذه الدفاتر، فقد استلزم المشرع العراقي في قانون التجارة الحالي قواعد لمسك الدفاتر التجارية في المواد (17)، (18)، (19)، (20)⁽³⁾ وتتمثل:

- 1- أن تكون خالية من كل فراغ أو شطب أو محو أو كتابة بين الهوامش⁽⁴⁾.

(1) راجع المادة (14) من قانون التجارة العراقي.

(2) منار شكور محفوظ، اثبات العمليات المصرفية الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2012، ص 83.

(3) راجع المواد (18)، (20) من قانون التجارة العراقي.

(4) راجع المادة 1/17 من قانون التجارة العراقي النافذ.

2- على التاجر في آخر سنته المالية تقديم دفتر اليومية الى الكاتب العدل للتصديق على عدد الصفحات المستعملة، كذلك عند انتهاء صفحات الدفتر أو توقف النشاط التجاري لأي سبب⁽¹⁾.

3- على التاجر أو ورثته - الاحتفاظ بالدفاتر والمحركات المؤيدة للقيود الواردة فيها مدة سبع سنوات- تبدأ من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهاء صفحاته أو بتوقف نشاط التاجر، كما عليهم الاحتفاظ بأصول الرسائل والتلكس والبرقيات أو صورها ذات المدة تبدأ من تاريخ صدورها أو ورودها⁽²⁾.

عليه يمكن إجمال شروط مسك الدفاتر التجارية التقليدية بثلاثة شروط مع إمكانية تطبيقها على الدفاتر التجارية الإلكترونية:

الشرط الأول: ثبات القيود في الدفاتر التجارية

يقصد بهذا الشرط خلو الدفاتر التجارية من كل فراغ أو شطب أو حك أو كتابة في الهوامش، وهذا يعدّ من الشروط الضرورية لمنع التاجر من التلاعب أو التغيير في مضمون الدفتر التجاري بعد تدوينها، سواء أكان عن طريق الخطأ أو السهو، وإذا ما وقع الخطأ فإنه يجب تصحيحه بالتاريخ نفسه الذي تم اكتشافه⁽³⁾، وهذا ما أشارت إليه المادة (17) من قانون التجارة العراقي النافذ لسنة 1984، كذلك قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2003 وبحسب مفهوم المادة (38) منه نصت على أنه: ((يحتفظ بالسجلات خطيا ويجوز لأي مصرف أن يحتفظ بالدفاتر والسجلات والكشوفات والمستندات والمراسلات والبرقيات والإشعارات والمستندات الأخرى المتعلقة بأنشطته المالية بشكل مصغر (ميكرو فيلم أو خزانة البيانات إلكترونيا أو الوسائل التكنولوجية المعاصرة الأخرى) بدلا من الاحتفاظ بها بشكلها الأصلي طيلة المدة المحددة قانونا بقدر توافر نظم وإجراءات وافية لاسترداد البيانات، ويكون لهذه النسخ المصغرة نفس مفعول الأصل من حيث الإثبات) وبحسب مادته لم يشر إلى عدم سريان القواعد العامة، لذلك ليس هنالك ثمة مانع من تطبيق هذا الشرط على الدفاتر التجارية الإلكترونية⁽⁴⁾.

أما موقف القوانين المقارنة من هذا الشرط، فالمشرع الإماراتي قد أشار صراحة إلى عدم تطبيق شرط ثبات القيود التجارية على الدفاتر التجارية الإلكترونية، وذلك في المادة (38) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي التي تنص (يستثنى التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي أو غيره من

(1) راجع المادة 2/17 من قانون التجارة العراقي النافذ.

(2) راجع المادة 4/17 من قانون التجارة العراقي النافذ.

(3) د. اكرم ياملي، مصدر سابق، ص 132.

(4) راجع المادة (38) من قانون المصارف العراقي رقم 94 لسنة 2003.

أحكام المواد (26، 27، 28، 29)، والخاصة بشروط مسك الدفاتر التجارية، إذ اعتبر هذه المعلومات المستنقاة في هذه الأجهزة بمثابة دفاتر تجارية إلكترونية⁽¹⁾.

من خلال ما تقدم أنه إذا كانت الطبيعة الإلكترونية تظهر صعوبة في ذلك، فإنه ومع التقدم التقني أصبح بالإمكان تطبيق هذا الشرط، من خلال استخدام دعوات تسمح بتخزين النص عليها مع عدم قابلية هذا النص للتعديل أو الحذف أو الإضافة، إذ يتم الاحتفاظ بالنص على الصورة التي حررت عليها أول مرة، بحيث يمكن الاطلاع عليها دون إمكانية إجراء أي تغيير عليها، لذلك ندعو المشرع العراقي للأخذ بهذا الشرط، وذلك لأهميته في إضفاء الثقة على الدفاتر التجارية الإلكترونية من خلال المساواة بين الدفاتر التجارية التقليدية والإلكترونية .

الشرط الثاني : الترقيم والتأشير

سبقت الإشارة إلى أن المشرع العراقي قصر استخدام التقنيات الحديثة في مسك الدفاتر التجارية الاختيارية فقط وملف صور المراسلات والوثائق، ولدى الرجوع إلى المادة (17) من الفقرة الثانية من قانون التجارة نجد أن المشرع العراقي قد اشترط الترقيم والتأشير على دفتر اليومية الأصلي دون باقي الدفاتر الأخرى، لذلك لايسري هذا الشرط على الدفاتر التجارية الإلكترونية⁽²⁾.

أما موقف القوانين المقارنة فقد استلزم المشرع الإماراتي فقد استلزم في المادة (38) المذكورة آنفا الخاص بالدفاتر التجارية الإلكترونية، فقد اشترط ختم البيانات الإلكترونية المرقمة، وتحديد وقت وتاريخ القيد الإلكتروني، وهذا يعني أن المشرع الإماراتي قد اشترط الترقيم والتأشير.

نلاحظ أن المشرع العراقي لم يستلزم الترقيم في الدفاتر التجارية في حين استلزمها المشرع الإماراتي، أما بالنسبة لشرط التأشير فقد أخذ به المشرع الإماراتي بالنسبة للدفاتر التجارية الإلكترونية، لذلك ندعو المشرع العراقي للأخذ به لما فيه في منع تعديل أو تغيير البيانات المدونة في الدفاتر التجارية الإلكترونية، لكن السؤال المطروح في هذا المقام أنه كيف يتم التأشير ومن يقوم به ؟ للإجابة على هذا السؤال يستلزم وجود ثقة لدى المتعاملين في نظام الدفاتر التجارية الإلكترونية، وبخاصة في المصارف التي يستلزم وجود طرف محايد موثوق به، يقوم بطريقته الخاصة بمراقبة القيد الإلكتروني للمعاملات التجارية، وقد قامت العديد من التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية ومنها التشريع العراقي بوضع نظام يسمى نظام (التوثيق الإلكتروني) الذي يستطيع أن يقوم بمهمة التوثيق أو التأشير على الدفاتر التجارية الإلكترونية، وعملية التوثيق الإلكتروني هي (عمليات تقوم بها جهات مختصة مهمتها تأمين سلامة المعاملات التي تتم عبر وسيط إلكتروني، من حيث مضمونها ودقة

(1) راجع المواد (26، 27، 28، 29) من قانون المعاملات التجارية الإتحادي الإماراتي النافذ.

(2) راجع المادة (2/17) من قانون التجارة العراقي النافذ.

نسبتها إلى من صدرت منه وحفظها وإصدار شهادة إلكترونية بذلك، يمكن الاعتماد عليها في إنجاز المعاملات الإلكترونية⁽¹⁾.

الشرط الثالث : الاحتفاظ بالدفاتر التجارية الإلكترونية

أشار المشرع العراقي في المادة (18) من قانون التجارة الحالي إلى الاحتفاظ بالدفاتر التجارية التقليدية والمحركات وأصول وصور البرقيات والتلكس لمدة سبع سنوات، كذلك أخذت بهذا الشرط التشريعات المقارنة إلا أنّ المدة أقل مما هو عليه في القانون العراقي فالمشرع الاماراتي جعلها خمس سنوات⁽²⁾، ومن الملاحظ أنّ التشريع العراقي في قانون التجارة الحالي لم يشر إلى تطبيق هذا الشرط على الدفاتر التجارية الإلكترونية في المواد (19، 18)⁽³⁾، إلا أنّ المادة (38)⁽⁴⁾ من قانون المصارف العراقي النافذ نصت على أنه ((يجوز لأي مصرف أن يحتفظ بالدفاتر والسجلات والكشوفات والمستندات والمراسلات والبرقيات والإشعارات والمستندات الأخرى المتعلقة بأنشطته المالية بشكل مصغر (ميكرو فيلم أو خزانة البيانات إلكترونياً أو الوسائل التكنولوجية المعاصرة) بدلاً من الاحتفاظ بشكلها الأصلي طيلة المدة المحددة في القانون)). إنّ المشرع العراقي قد أشار إلى الاحتفاظ بالدفاتر التجارية بطريقة إلكترونية لعشر سنوات، أما المشرع الإماراتي أشار في المادة (38) إلى الاحتفاظ بالدفاتر التجارية الإلكترونية مدة زمنية تعادل مدة الاحتفاظ بالدفاتر التقليدية وهي خمس سنوات⁽⁵⁾ .

نلاحظ أنّ التشريعات المقارنة اتفقت جميعها على الاحتفاظ بالدفاتر التجارية الإلكترونية، واختلفت فيما بينها على مدة الحفظ، كما اختلفت على شكل الحفظ، إذ نصت غالبيتها على أن يتم الحفظ بطريقة الميكرو فيلم أو تخزين الكترونيًا، وهذا الأمر جيد لأنه يتلاءم مع الطبيعة الإلكترونية الخاصة التي تتميز بها الدفاتر التجارية الإلكترونية .

لكن السؤال المطروح هو: هل تكفي هذه الشروط في إنشاء الدفاتر التجارية الإلكترونية، والتي تتميز بوجود وسيط إلكتروني أو غيره من الأجهزة التقنية الحديثة، والتي تتم في وسط مادي غير ملموس؟، أم أنّ طبيعتها الإلكترونية تتطلب شروطاً أخرى تتلاءم مع طبيعتها، إضافة إلى الشروط الأخرى السالف ذكرها لكونها تتعلق بالطابع التقني وضرورة لحفظها وسلامة التعامل بها؟ والجواب أنّه بالرغم من كون الدفاتر التجارية

(1) علاء سعيد الطائي، التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، الجامعة الأمريكية، لندن، 2009، ص113؛ د. الصالحين محمد العيش، الجوانب القانونية لاستخدام المعلوماتية في المعاملات التجارية، بحث مقدم للمؤتمر المغربي الاول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، في الفترة 28-29 أكتوبر 2009، ص15، منشور على شبكة الانترنت على الموقع =17784/? arab /http://iefpedia.com/

(2) راجع المادة (30، 31) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.

(3) راجع المادة (18، 19) من قانون التجارة العراقي النافذ.

(4) راجع نص المادة (38) من قانون المصارف العراقي المشار اليها سابقاً.

(5) راجع نص المادة (38) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

الإلكترونية تتميز بوجود وسيط مادي إلكتروني، إلا أنّ ذلك لا يمنع من سريان القواعد العامة فضلا عن وجود قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعتها الإلكترونية، وهذه القواعد قد التفتت إليها التشريعات المقارنة ومنها قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 في المادة (1/13) وهذه القواعد يمكن إجمالها بالآتي:

- 1- أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت.
- 2- إمكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم انشاؤها أو إرسالها أو تسلمها به، أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند إنشائها أو إرسالها بما لا يقبل التعديل بالإضافة والحذف.
- 3- أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها .

المطلب الثالث: موقف المشرع العراقي

إنّ موقف المشرع العراقي اقتصر على الإشارة في المادة (19) (1) منه إمكانية الاستعاضة عن الدفاتر التجارية التقليدية الاختيارية المنصوص عليها في المادتين (16، 14) منه، باستخدام الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تطوير حسابات التاجر وبيان مركزه المالي، فإذا ما أخذنا بنظر الاعتبار أنّ المادة (14) قد تناولت الدفاتر التجارية الاختيارية، والتي أجاز المشرع للتاجر مسكها لقيود أنواع مختلفة من العمليات التجارية التي يقوم بها التاجر، في حين أنّ المادة (16) (2) من قانون التجارة النافذ أوجبت على التاجر أن يحتفظ بصورة طبق الأصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتصلة بتجارته، فإنّ ذلك يصل بنا إلى نتيجة مؤداها أنّ قانون التجارة لم يجز أن تكون الدفاتر التجارية الإلزامية إلكترونية وقصر ذلك على الدفاتر التجارية الاختيارية، وهذا يعدّ محل نظر لأنّه كان الأولى بالمشرع العراقي إطلاق النص ليستوعب جميع أنواع الدفاتر، سواء أكانت إلزامية أم اختيارية لما يحققه هذا النوع من الدفاتر من مزايا اقتصادية مهمة، وخاصة أنّ المشرع العراقي لم يشترط أن تكون البيانات المدونة في الدفاتر التجارية، سواء أكانت إلزامية أم اختيارية مدونة بخط التاجر، وبذلك لا يوجد مانع من استخدام الحاسب الآلي في جميع أنواع الدفاتر التجارية، إذا ما علمنا أنّ المادة (38) من قانون المصارف العراقي الحالي رقم 94 لسنة 2003 نصت على أنّه ((يحتفظ بالسجلات خطيا ويجوز لأي مصرف أن يحتفظ بالدفاتر والسجلات والكشوفات والمستندات والمراسلات والبرقيات والاشعارات والمستندات الأخرى المتعلقة بأنشطته المالية بشكل مصغر (ميكرو فيلم أو خزانة البيانات إلكترونية أو الوسائل التكنولوجية المعاصرة الأخرى) بدلا من الاحتفاظ بها بشكلها الأصلي طيلة المدة المحددة قانونا بقدر توافر نظم وإجراءات وافية لاسترداد البيانات، ويكون لهذه النسخ المصغرة نفس مفعول الأصل من

(1) راجع المادة (19) من قانون التجارة العراقي.

(2) راجع المواد (14، 16) من قانون التجارة العراقي .

حيث الإثبات)) وهذا يعني أنّ المشرع العراقي في قانون المصارف قد انتبه إلى ذلك وأجاز خزن الدفاتر بطريقة الكترونية دون تحديد نوع معين .

وبعد صدور قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (87) لسنة 2012 الذي أجاز في المادة (9/1) والتي نصت على أنّه ((المستندات الالكترونية – المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونياً أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعاً إلكترونياً)) فإنّ الوضع قد تغير بدرجة ملحوظة في استخدام التقنيات الإلكترونية في المعاملات الإلكترونية ومنها مسك الدفاتر التجارية إلكترونياً بكافة أنواعها، ومع ذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (19) من قانون التجارة النافذ لتجيز للتاجر أن يستعيض عن الدفاتر التجارية باستخدام الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته المالية وبيان مركزه المالي، أسوة بالمشرع الإماراتي الذي أشار صراحة إلى عدم تطبيق شرط ثبات القيود التجارية على الدفاتر التجارية الإلكترونية، وذلك في المادة (38) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي التي تنص ((يستثنى التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي أو غيره من أحكام المواد (26، 27، 28، 29)، والخاصة بشروط مسك الدفاتر التجارية، إذ اعتبر هذه المعلومات المستقاة في هذه الأجهزة بمثابة دفاتر تجارية إلكترونية، وأيضاً المادة (26) من القانون ذاته والتي أشارت إلى الدفاتر التجارية الإلزامية التي يجب على التاجر مسكها وهي اليومية والأستاذ، وبذلك فإنّ المشرع الإماراتي قد أشار بصورة صريحة إلى عدم إلزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية المنصوص عليها في قانونه التجاري ومسك دفتر واحد وهو الدفتر التجاري الإلكتروني⁽¹⁾.

المبحث الثاني: الحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية

تعدّ الدفاتر التجارية التقليدية والإلكترونية من الوسائل المهمة في معرفة التاجر لمركزه التجاري ووضعه المالي، ومعرفة أصوله وخصومه، وأيضاً وسيلة من وسائل محاسبة التاجر إدارياً من قبل جهة الإدارة، ولتسليط الضوء أكثر على الموضوع سوف نقسم المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لبث القيمة الثبوتية للدفاتر التجارية الإلكترونية، ونتناول في المطلب الثاني لتقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية للقضاء وعلى النحو الآتي :

(1) راجع (26، 27، 28، 29) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي الاتحادي النافذ.

المطلب الأول: القيمة الثبوتية للدفاتر التجارية الإلكترونية

أصبح من الأهمية في مجال القانون إعطاء الدفاتر التجارية الإلكترونية والتقليدية على حد سواء قيمة ثبوتية، مع ملاحظة أنّ هنالك اختلافا واضحا في موقف القوانين، فبالنسبة لموقف القانون العراقي في قانون التجارة الحالي يمكن القول أنّه وقبل صدور قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، أشار إلى إمكانية إعطاء القيمة الثبوتية للدفاتر التجارية الإلكترونية، وذلك في المادة (19) من قانون التجارة النافذ والتي نصت على أنّه ((يجوز للتاجر أن يستعيز عن الدفاتر التجارية المنصوص عليها في المواد (14، 16) من هذا القانون باستخدام الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي))، إذ ذهب جانب من الباحثين والشراح إلى القول أنّ المادة جاءت خالية من الإشارة الصريحة لحجية الدفاتر الإلكترونية، إلا أنّها ساوتها مع نظيرتها التقليدية بشكل ضمني، من خلال استخدام المشرع كلمة يستعيز التي تدل في اللغة الإبدال، فالاستعاضة تعني البديل في اللغة، ومن ثم استبدال الدفاتر التجارية الاختيارية بالدفاتر التجارية الإلكترونية يعني إعطائها نفس الحجية، كما أنّ قانون المصارف النافذ أشار الى جواز الاحتفاظ بالدفاتر التجارية الإلكترونية بشكل مصغر وإعطائها حجية في الاثبات، وذلك في المادة (2/38) والتي نصت على أنّه ((يحتفظ بالسجلات خطيا ويجوز لأي مصرف أن يحتفظ بالدفاتر والسجلات والكشوفات والمستندات والمراسلات والبرقيات والإشعارات والمستندات الأخرى المتعلقة بأنشطته المالية بشكك مصغر (ميكرو فيلم أو خزانة البيانات إلكترونيا أو الوسائل التكنولوجية المعاصرة الأخرى) بدلا من الاحتفاظ بها بشكلها الأصلي طيلة المدة المحددة قانونا بقدر توافر نظم وإجراءات وافية لاسترداد البيانات، ويكون لهذه النسخ المصغرة نفس مفعول الأصل من حيث الاثبات) ويجوز للبنك المركزي العراقي إصدار أنظمة تحدد المتطلبات المرتبطة بتلك النظم))، هذا ويذهب جانب من الباحثين أنّه بالجمع بين نص المادة (19) من قانون التجارة والمادة (2/38) من قانون المصارف العراقي النافذ، أنّ المشرع العراقي قد أجاز في قانون التجارة مسك الدفاتر التجارية الاختيارية الإلكترونية، وبحسب قانون المصارف أعطاه حجية الأصل سواء أكانت إلزامية أم اختيارية⁽¹⁾.

أما بعد صدور قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78 لسنة 2012)، والذي يهدف إلى توفير الإطار القانوني لاستعمال الوسائل الإلكترونية في إجراء المعاملات الإلكترونية، ومنح الحجية القانونية للمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وتنظيم أحكامها وتعزيز الثقة في صحة المعاملات الإلكترونية وسلامته، ولما كان نطاق سريان هذا القانون يشمل المعاملات الإلكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون، لذلك نستطيع القول أنّ المشرع العراقي أعطى الدفاتر التجارية الإلكترونية سواء أكانت دفاتر تجارية إلكترونية إلزامية أم اختيارية ذات الحجية القانونية لمثيله الورقي ' وذلك في المادة (1/13) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي النافذ والتي نصت على أنّه ((تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية :

(1) منار شكور محفوظ، مصدر سابق، ص 83.

- 1- أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت.
 - 2- إمكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها به أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند إنشائها أو إرسالها بما لا يقبل التعديل بالإضافة والحذف.
 - 3- أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها .
- أما موقف القوانين المقارنة فالمشعر التونسي لم يشر بشكل صريح أو مباشر لجواز مسك الدفاتر التجارية الإلكترونية، ولكن يمكن أن يستشف من نص الفصل(453) من مجلة العقود والإلتزامات التي أشارت بشكل غير مباشر، وذلك من خلال تعريف الوثيقة الإلكترونية بموجب القانون رقم 57 لسنة 2000 والتي نصت على أنه ((الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المكتوبة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة، وتعدّ الوثيقة الإلكترونية كتابا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني))، أما موقف المشعر الإماراتي في قانون المعاملات التجارية النافذ فقد أجاز استخدام الدفاتر التجارية الإلكترونية سواء أكان التاجر شخصا طبيعيا أم معنويا، وذلك بحسب نص المادة (38) والتي نصت على أنه ((يستثنى التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من أحكام المواد (26، 27، 28، 29).....))، والخاصة بشروط مسك الدفاتر التجارية، إذ اعتبر هذه المعلومات المستقاة في هذه الأجهزة بمثابة دفاتر تجارية إلكترونية، وأيضا المادة (26) من القانون ذاته والتي أشارت إلى الدفاتر التجارية الإلزامية التي يجب على التاجر مسكها وهي اليومية والأستاذ⁽¹⁾، وبذلك فإنّ المشعر الإماراتي قد أشار بصورة صريحة إلى عدم إلزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية المنصوص عليها في قانونه التجاري ومسك دفتر واحد وهو الدفتر التجاري الإلكتروني، وبحسب النص أعلاه فإنّ المشعر الإماراتي قد استثنى الدفتر التجاري الإلكتروني من الشروط الواجب مراعاتها في الدفتر التجاري التقليدي، وبنفس الوقت فإنّ المشعر الإماراتي قد أجاز مسك الدفتر التجاري الإلكتروني بغض النظر عن شخص التاجر سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا . وبعد استعراض مواقف القوانين نجد أنّ المشعر العراقي والإماراتي والتونسي قد أعطوا الحجية الكاملة للدفاتر التجارية الإلكترونية أسوة بالدفاتر التجارية التقليدية . هذا وتختلف حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية فيما إذا كانت لمصلحة التاجر أو ضده وعلى النحو الآتي:

(1) راجع المادة(26) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي.

أولاً: حجية الدفتر التجاري الإلكتروني لصاحبه (لمصلحة التاجر)

نصت المادة (28) من قانون الإثبات العراقي النافذ على أنه ((لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء أكانت سواء منتظمة أو غير منتظمة حجة لصاحبها....))، كذلك نصت المادة (29) من نفس القانون على أنه ((لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والأوراق الخاصة حجة لصاحبها....)).

من خلال هذان النصان يتبين أنّ المشرع العراقي لايعطي الحجية القانونية سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية حجة لصاحبها ضد خصمه سواء أكان الخصم تاجراً أم غير تاجر⁽¹⁾.

ويبدو أنّ موقف المشرع العراقي غير مبرر في الوقت الحاضر خصوصاً بعد تنامي الدور الذي يلعبه القطاع الخاص في مجال الاقتصاد الوطني، وضرورة الأخذ بمبدأ الحرية في الإثبات في المسائل التجارية لما يحققه هذا المبدأ من ضمان السرعة والائتمان في المعاملات التجارية .

أما موقف القوانين المقارنة، فقد أعطى المشرع التونسي الحجية القانونية لصاحبها متى ما كانت منتظمة وذلك في الفصل (36) من المعاملات التجارية الإماراتي والتي نصت على أنه (تكون الدفاتر التجارية التي يمسكها التاجر مقبولة للإثبات في الدعاوى المقامة من التاجر أو عليهم متى ما كانت متعلقة بأعمالهم التجارية2- تكون البيانات الواردة بالدفاتر التجارية المنتظمة وفقاً لأحكام القانون حجة لصاحب هذه الدفاتر على خصمه التاجر....))، وهذا يتفق مع متطلبات العصر ومبدأ اقتصاد السوق وضمان السرعة والائتمان، أما المشرع التونسي فقد أعطى الدفاتر التجارية حجة لصاحبها متى ما كانت منتظمة وذلك في المادة (11) من مجلة التجارة التونسية والتي نصت على أنه ((يمكن قبول دفاتر التجارة لدى القضاء للاحتجاج بين التاجر في أعمال تجارتهم بشرط أن تكون منظمة حسب الترتيب ... الخ)).

من خلال ما تقدم فإنّه يلحظ انقسام القوانين المقارنة بالأخذ بحجية الدفاتر التجارية بالنسبة للتاجر، فالمشرع التونسي والإماراتي أعطيا الحجية للدفاتر التجارية وهذا خلاف المشرع العراقي، فلم يعط المشرع العراقي أي حجية للدفاتر التجارية لمصلحة التاجر، عليه ندعو المشرع العراقي تعديل نص المادة (1/28) من قانون الإثبات العراقي لتكون كما يأتي ((تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها إذا كانت منتظمة سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية حجة لصاحبها ضد تاجر آخر إذا كانت متعلقة بعمل تجاري)) لذلك ندعو المشرع العراقي أن يعطي حجية للدفاتر التجارية تقليدية أم إلكترونية، لما له من أهمية في التجارة التي تقوم على السرعة، والتي قد لا تسمح للتاجر بإعداد دليل آخر غير دفاثره التجارية بشرط أن تكون منتظمة ومتعلقة بتجارته.

(1) د. عباس العبودي، أحكام قانون الإثبات العراقي، وزارة التعليم العالي، جامعة الموصل، الموصل، 1991، ص 203.

ثانيا : حجية الدفاتر التجارية ضد التاجر

نصت المادة (2/28) من قانون الاثبات العراقي النافذ على أنه ((يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها شريطة عدم تجزئة الإقرار المثبت فيها))، يتبين من هذا النص أنّ للطرف الثاني الخصم أن يتمسك بما ورد فيها من بيانات وقيود ضد التاجر، سواء أكانت الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة، وذلك لغرض إثبات التصرف القانوني سواء أكان مدنيا أم تجاريا وسواء أكانت الدعوى بين تاجر وتاجر أم بين تاجر وغير تاجر، ويرجع السبب في ذلك إلى أنّ القيود الواردة في الدفاتر التجارية الإلزامية تعدّ بمثابة إقرار كتابي من التاجر بصحتها حتى وإن كانت غير منتظمة، ولكن المشرع قيد ذلك بعدم تجزئة الإقرار⁽¹⁾، فلا يجوز الأخذ ببعض البيانات وطرح الباقي، فأما أن يأخذ الكل أو يطرح الكل، إذ أنّ البيانات تعدّ بمثابة إقرار كتابي والإقرار لا يمكن تجزئته، وقد ذهب جانب من الفقه أنّ هذا الموقف يتناغم مع ما أعطاه المشرع من قوة ثبوتية للإقرار، إلا أنّ المشرع العراقي عدّل حجية الإقرار إذ أصبحت حجة قاصرة على المقر بحسب نص المادة 67 من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 ((الإقرار حجة قاصرة على المقر)) وبموجب ذلك لا تكون للدفاتر التجارية تلك الحجية القوية إذا كانت موجهة ضد التاجر، لذلك نتفق مع من يذهب الى تعديل الفقرة الثانية من المادة أعلاه لتكون على النحو الآتي: ((يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها))⁽²⁾.

أما موقف القوانين المقارنة، فقد أعطى المشرع الإماراتي الحجية القانونية على صاحبها متى ما كانت منتظمة وذلك في المادة (36) من المعاملات التجارية الإماراتي والتي نصت على أنه (تكون الدفاتر التجارية التي يمسكها التاجر مقبولة للإثبات في الدعاوى المقامة من التاجر أو عليهم متى ما كانت متعلقة بأعمالهم التجارية وذلك وفقا لأحكام القانون حجة على صاحبها ومع ذلك لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد بها من بيانات))، وهذا يعني أنّ موقف المشرع الإماراتي مشابه لموقف المشرع العراقي، أما المشرع التونسي فقد أعطى الدفاتر التجارية حجة على صاحبها متى ما كانت منتظمة وذلك في الفصل (11) من مجلة التجارة التونسية والتي نصت على أنه ((يمكن قبول دفاتر التجارة لدى القضاء لاحتجاج بين التجار في أعمال تجارتهم بشرط أن تكون منظمة حسب الترتيب الخ)).

والسؤال المطروح في هذا المقام هو هل تكون للدفاتر التجارية الاختيارية حجة على صاحبها ؟ للاجابة على ذلك فقد نصت المادة (2/29) من قانون الإثبات العراقي والتي نصت على أنه ((لا يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها إلا في الحالتين الآتيتين 1- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا 2- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحته)).

(1) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص 204

(2) قانون تعديل قانون الاثبات العراقي ذي الرقم 46 لسنة 2000.

أما المشرع التونسي فقد قصر الحجية على الدفاتر التجارية الإلزامية دون الاختيارية متى ما كانت منتظمة، وذلك في المادة (11) من مجلة التجارة التونسية والتي نصت على أنه ((يمكن قبول دفاتر التجارة لدى القضاء للاحتجاج بين التجار في أعمال تجارتهم بشرط أن تكون منظمة حسب الترتيب... الخ))، أما المشرع الإماراتي فقد نصت المادة (16) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الإتحادي الإماراتي على أنه ((لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

- 1- إذا ورد فيها صراحة أنه استوفى دينه .
- 2- إذا ورد فيها صراحة أنه قصد بما دونه أن يقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحته .

المطلب الثاني: تقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية

إذا كان الأصل في قانون الإثبات عدم جواز إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، إلا أن هذا المبدأ ورد عليه استثناء أخذت به القوانين وهو إمكانية إلزام الخصم بتقديم الدفاتر إلى القضاء، وهنا يثار تساؤل يطرح نفسه: هو هل يصلح هذا التطبيق على الدفاتر التجارية الإلكترونية؟ لغرض الاجابة على ذلك لابد أن نبيّن أحكام وضوابط هذا الاستثناء ومن ثم إمكانية تطبيقه على الدفاتر التجارية الإلكترونية أم لا (1)

نص المشرع العراقي في المادة (53) من قانون الإثبات على أنه ((للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفاتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت نصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى ما كان ذلك ضروريا لضمان حسن الفصل فيها)).

ومن الملاحظ أنّ المشرع الإماراتي في هذا الصدد قد حدد حالات وردت على سبيل الحصر للتطبيق على هذا الاستثناء وهذه الحالات والذي نص (يجوز للخصم في الحالات الآتية ((1- أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محررات أو أوراق منتجة تكون تحت يده .أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو بتسليمه .ب. إذا كان المحرر مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة .ج- إذا استند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى))).

وهذا النص يحسب للمشرع الإماراتي وكان على المشرع العراقي أن يحدو حدو المشرع الإماراتي، وكان من الأفضل للمشرع العراقي إجازة هذا المبدأ بحالات محددة، ومن تفسيره يجب أن يكون تفسيراً ضيقاً ولا يمكن القياس عليه لأنه استثناء لحالات أخرى خلافاً للحالات المنصوص عليها، فضلاً عن هذا فإنّ المبدأ العام هو عدم إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، وقد خرج المشرع العراقي عن هذا المبدأ، كذلك أنّ هذا المبدأ من الأمور التي تخالف حياد القاضي في المنازعات، مما يترتب عليه عدم التوسع في هذه الحالات أو القياس عليها (2)، وأياً كانت الجهة التي تطلب تقديم الدفاتر، فإنّ عملية الرجوع إليها لا يمكن أن تكون إلا بطريقتين هما:

(1) منار شكور، مصدر سابق، ص94ص9

(2) منار شكور، مصدر سابق، ص94ص95

أولاً: الإطلاع الجزئي

يقصد بالإطلاع الجزئي إبراز الدفاتر التجارية الإلكترونية إلى المحكمة نفسها للإطلاع بناء على طلب أحد الخصوم، أو من تلقاء نفسها لغرض استخلاص القيود أو البيانات المدونة في هذه الدفاتر من أجل حسم النزاع المعروض أمام المحكمة (1)، كما أن الإطلاع الجزئي غير مقيد بحالة معينة وإنما بناء على طلب أحد الخصوم أو عن طريق المحكمة من تلقاء نفسها إذا وجدت المحكمة أن الإطلاع قد يفيد في الإطلاع على أدلة تفيد في حسم النزاع المعروض أمامها، وتمتاز هذه الطريقة بعدم تخلي صاحبه عنه (2)، وإنما تقتصر على قيام المحكمة بفحص الدفتر بحضور صاحبه وتحت إشرافه، وهذا ما نصت عليه المادة (1/53) من قانون الإثبات العراقي على أنه ((للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ضروريا لضمان سير الفصل فيها)) (3).

كما اشترط المشرع العراقي عدة شروط يجب على القاضي التأكد فيها قبل إصدار قراره بتقديم الدفتر للإطلاع، وهذا ما نصت عليه المادة (2/ 53) على أنه (يجب أن يبيّن في هذا الطلب:

- 1- أوصاف الدفتر أو السند الذي يتمسك به.
- 2- فحوى الدفتر أو السند بقدر ما يمكن من التفصيل.
- 3- الواقعة التي يستدل بها عليه.
- 4- الدلائل والظروف التي تؤيد بأنّ الدفتر أو السند في حوزة الخصم أو تحت تصرفه.
- 5- وجه إلزام الخصم بتقديمه (4).

فإذا لم تتوافر هذه الشروط يرد طلب تقديم الدفتر للإطلاع، وهذا ما اشارت اليه المادة (3/53) من قانون الإثبات العراقي إذ نصت على أنه (على المحكمة رد الطلب إذا لم يستوف الشروط المنصوص عليها في الفقرة ثانيا من هذه المادة)). كما نصت المادة (54) من قانون الإثبات على أنه ((إذا أثبت الخصم طلبه، أو أقرّ الخصم الثاني بأنّ الدفتر أو السند في حيازته أو سكت، أمرت المحكمة بتقديم الدفتر أو السند في الحال أو في موعد تحدده)).

أما موقف القوانين المقارنة، فقد أجاز المشرع التونسي التقديم الجزئي لكن قيدها بحالات معينة، وذلك في الفصل (12) من مجلة التجارة التونسية والتي نصت على أنه ((لا يمكن لدى القضاء الإطلاع على الدفاتر

(1) باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص157.

(2) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، ط3، بيروت، 2008، ص273.

(3) د. فوزي محمد سامي، شرح قانون التجارة، ج1، دار الثقافة، عمان، 2008، ص134.

(4) د. اكرم ياملكي، القانون التجاري (القانون العراقي)، دراسة مقارنة، ج1، ط3، الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، بغداد، 1971، ص158ص159.

بكاملها إلا في أحوال الإرث والشركة والصلح الاحتياطي أو التفليس وفيما خلال هذه الأحوال يجوز دائماً عرض تقديم الدفاتر أو طلب إظهارها أو الإذن به من الحاكم مباشرة لاستخلاص ما يتعلق منها بالنزاع⁽¹⁾.

أما ما يتعلق بالقانون الإماراتي فقد نصت المادة (34) من قانون المعاملات التجارية الإتحادي على أنه ((يجوز للمحكمة أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره التجارية إليها لا استخلاص ما يتعلق بالنزاع المطروح عليها، وللمحكمة أن تطع بنفسها على تلك الدفاتر أو بواسطة خبير تعينه لذلك))، يتضح من ذلك أنّ المشرع الإماراتي أجاز بالاطلاع الجزئي على الدفاتر التجارية، إما من قبل المحكمة أو من قبل خبير تعينه المحكمة، ويتم الاطلاع دون أن يتخلى صاحبه عنه. يتضح من موقف القوانين المقارنة أنّ جل القوانين المقارنة قد سمحت بتقديم الدفاتر التجارية التقليدية إلى القضاء، لكن الأمر قد يكون فيه صعوبة بالنسبة للدفاتر التجارية الإلكترونية، وتكمن الصعوبة في الحالات الآتية.

1- قد يكون صاحب الدفتر التجاري الإلكتروني شخصاً معنوياً يصعب حضوره أمام القضاء وإلزامه بتقديم الدفتر التجاري الإلكتروني.

2- أو قد يكون الشخص المعنوي موطنه خارج إقليم الدولة ويتعامل إلكترونياً مع تاجر آخر موجود في إقليم الدولة، فكيف يمكن إحضاره أمام المحكمة وإلزامه بتقديم الدفتر التجاري الإلكتروني أمامها - خاصة أنّ الدفتر التجاري الإلكتروني يحتاج إلى وسائل تقنية لعرضه أمام القضاء.

ولكن ليس هنالك ثمة مانع للاطلاع على الدفتر التجاري الإلكتروني بهذه الطريقة، إذ من الممكن تجزئة المستند الإلكتروني واقتصاره على المسائل المتعلقة بالمنازعة، كما يمكن الاطلاع على الدفتر التجاري الإلكتروني وهو في حيازة صاحبه دون تسليمه للمحكمة، كأن يكون الدفتر على الحاسوب الشخصي للتاجر مثلاً أو على قرص ضوئي أو على ذاكرة ضوئية (فلاش ميموري)، ويقتصر الأمر على اطلاع المحكمة وإعادة الدفتر التجاري الإلكتروني إلى صاحبه.

ثانياً - الإطلاع الكلي

يقصد بالاطلاع الكلي وضع الدفاتر تحت تصرف الخصم فيتخلى صاحبها عن حيازتها له، أو إيداعها قلم المحكمة ليبحث الطرف الآخر فيها بنفسه أو بواسطة وكيله، ويستخرج منها ما يشاء من قيود أو بيانات⁽²⁾. ومن الملاحظ أنّ هذه الطريقة قد تؤدي إلى الإضرار بالتاجر، مثلاً كشف أسرار التاجر أو أسماء عملائه مما يضعف الثقة والائتمان بالتاجر، لذلك عمدت التشريعات على قصر هذا النوع من الاطلاع على حالات

(1) د. اكرم ياملي، القانون التجاري، مصدر سابق، ص 158 ص 159

(2) د. هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 196.

معينة على سبيل الحصر لايحوز التوسع فيها أو القياس عليها، وهي الإرث أو التركة وقسمة المال المشترك والافلاس والصلح الواقي، وتصفية الشركات (1).

علماً أنّ المشرع العراقي لم ينظم هذا النوع من التقديم في قانون التجارة ولا في قانون الاثبات، ويذهب الفقه إلى جوازه إذا كان ضرورياً في حسم الدعوى (2).
والسؤال المطروح في هذا المقام هو ما الحكم لو امتنع التاجر عن تلبية طلب المحكمة بتقديم دفاتره التجارية إليها؟

أجابت المادة (9) من قانون الاثبات والتي نصت على أنه: ((للقاضي أن يأمر أياً من الخصوم بتقديم دليل الاثبات الذي في بحوزته فأن امتنع عن تقديمه جاز اعتباره امتناعه حجة عليه))، كذلك نصت المادة (55) على أنه ((إذا أنكر الخصم وجود الدفتر أو السند في حوزته أو تحت تصرفه، ولم يقدم طالب الدفتر أو السند إثباتاً كافياً بوجوده لدى ذلك الخصم، فعلى المحكمة تحليف الخصم المنكر بأنّ الدفتر أو السند المطلوب تقديمه لوجود له أو أنه لا يعلم بوجوده وأنه لم يخفه ولم يهمل البحث عنه ليحرم الخصم من الاستدلال به)).

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا اليمين هو يمين حاسمة، فضلاً عن ذلك أنّ المادة (56) من قانون الاثبات نصت على أنه ((إذا اقتنعت المحكمة بوجود الدفتر أو السند تحت يد الخصم المطالب بتقديمه ولم يقدمه في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة في المادة السابقة كان لخصمه الحق في إثبات مضمون السند بأي طريق من طرق الإثبات وجاز للمحكمة تحميل الخصم الممتنع مصروفات ذلك الإثبات مهما كانت نتيجة الفصل في الدعوى)). (3).

أما موقف القوانين المقارنة فنجد أنّ المشرع التونسي أجاز التقديم الكلي لكن قيده بحالات معينة، وذلك في المادة (12) من مجلة التجارة التونسية والتي نصت على أنه ((لا يمكن لدى القضاء الاطلاع على الدفاتر بكاملها إلا في أحوال الإرث والشركة والصلح الاحتياطي أو التفليس وفيما خلال هذه الاحوال يجوز دائماً عرض تقديم الدفاتر أو طلب إظهارها أو الإذن به من الحاكم مباشرة لاستخلاص ما يتعلق منها بالنزاع)).

أما المشرع الإماراتي فقد نص في المادة (35) من قانون المعاملات التجارية والتي نصت على أنه ((1- لايحوز للمحكمة أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره التجارية لاطلاع خصمه عليها إلا إذا كانت المنازعة المطروحة تتعلق بشركة أو تركة أو قسمة أموال مشتركة بينهما . 2- وفي حالة الإفلاس أو الصلح الواقي منه تسلم الدفاتر التجارية إلى المحكمة المختصة أو لأمين التفليس أو لمراقب الصلح))، نلاحظ على نص المادة (35) الفقرة (2) أكدت على تسليم الدفتر التجاري للقضاء في حالات محددة، وهي الإفلاس والصلح الواقي وقيد اطلاع الخصم على حالات محددة وهي الدعوى المتعلقة بالتركة أو تصفية الشركات أو قسمة الأموال المشتركة.

(1) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص 195.

(2) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص 160.

(3) د. اكرم ياملكي، القانون التجاري، مصدر سابق، ص 135.

ويبدو أنّ موقف المشرع الإماراتي أكثر تأييدا بحسب رأينا، لأنّه لا مصلحة للخصم في الاطلاع على الدفتر في حالة الافلاس والصلح الواقي منه، وهذا يتناسب مع سرية الدفاتر التجارية بوصفها إحدى أسرار التاجر، بالتالي تضيق حالات الاطلاع بأضيق نطاق ممكن، لذلك دعوة للمشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع الإماراتي.

أما فيما يتعلق بالدفاتر التجارية الإلكترونية، فلم ينص المشرع العراقي في قانون التجارة ولا في قانون الاثبات ولا القوانين المقارنة حول إمكانية تقديمها إلى القضاء، وبرأينا ليس هنالك ثمة مانع من تقديمها للقضاء عن طريق تحميلها على قرص ليزري (DVD-CD) او فلاش (ميموري) وغير ذلك من الوسائل التقنية الأخرى.

النتائج والمقترحات

بعد أن اختتمنا بحثنا هذا توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- 1- لم يتطرق المشرع العراقي في قانون التجارة الحالي رقم (30) لسنة 1984 تعريفاً للدفتر التجاري التقليدي.
- 2- لم يورد المشرع الحالي في قانون التجارة النافذ ولا في قانون التوقيع الإلكتروني تعريفاً للدفتر التجاري الإلكتروني.
- 3- لم يورد قانون التجارة الحالي رقم 30 لسنة 1984 كذلك القوانين المقارنة شروطاً لمسك الدفاتر التجارية الإلكترونية، لذا ينبغي البحث في مدى إمكانية تطبيق الشروط التقليدية في الدفاتر التجارية التقليدية.
- 4- إنّ قانون التجارة العراقي لم يجز أن تكون الدفاتر التجارية الإلزامية إلكترونية وقصر ذلك على الدفاتر التجارية الاختيارية.
- 5- أنّ المشرع العراقي لا يعطي الدفاتر التجارية الحجية القانونية سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية حجة لصاحبها ضد خصمه سواء أكان الخصم تاجراً أم غيره.
- 6- إنّ المشرع العراقي والإماراتي والتونسي قد أعطوا الحجية الكاملة للدفاتر التجارية الإلكترونية أسوة بالدفاتر التجارية التقليدية.
- 7- إنّ المشرع العراقي لم ينظم التقديم الكلي للدفاتر التجارية في قانون التجارة ولا في قانون الاثبات.
- 8- لم ينص المشرع العراقي في قانون التجارة ولا في قانون الاثبات ولا القوانين المقارنة حول إمكانية تقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية إلى القضاء.

ثانياً: المقترحات

- 1- ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (19) من قانون التجارة النافذ لتكون كالاتي : ((يجوز للتاجر أن يستعيض عن الدفاتر التجارية المنصوص عليها في هذا القانون أن يستخدم الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي)) .
- 2- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (1/28) من قانون الاثبات العراقي لتكون كما يأتي ((تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها إذا كانت منتظمة سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية حجة لصاحبها ضد تاجر آخر إذا كانت متعلقة بعمل تجاري)) .
- 3- ندعو المشرع الى تعديل المادة (2/28) من قانون الاثبات العراقي النافذ على أنه لتكون على النحو الآتي: ((يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها)) .

المسؤولية بدون خطأ: توجه جديد نحو إقرار مسؤولية المرافق الطبية العامة

عميري فريدة⁽¹⁾

جامعة مولود معمري تيزي وزو

الملخص:

يعتمد على المسؤولية بدون خطأ للمرافق الطبية العامة، لما تعجز قواعد المسؤولية القائمة على الخطأ في مواجهة بعض الحالات التي يحدث فيها أن يتعرض المريض لضرر، ولا يستطيع أن يثبت الخطأ ضد المستشفى، هذا الهدف هو ما جعل جهود الفقهاء والقضاة تتضافر لإيجاد هذه المسؤولية كحل وحيد لمشكل تعويض ضحايا الأخطار والحوادث الطبية، وكان ذلك عبر عدة محاولات ومراحل لعب فيها مجلس الدولة الفرنسي الدور الكبير في إرساء هذه المسؤولية، وقد أثرت كثيرا هذه النشأة القضائية لهذه المسؤولية سواء على قواعدها أو على خصائصها، التي تختلف عن المسؤولية القائمة على الخطأ من عدة جوانب، واستند الفقه والقضاء لإرساء قواعد ومبادئ هذه المسؤولية إلى عدة أسس واعتبارات، أهمها فكرة المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، بحيث اقتنع بعض الفقه الفرنسي بهذا المبدأ الأخير و اعتبره الأساس العام لكافة صور المسؤولية الإدارية و المسؤولية بدون خطأ بصفة خاصة، ولقد توصل الفقه والقضاء الإداريين في الأخير إلى عدة نتائج، أهمها ضرورة الاهتداء إلى المسؤولية بدون خطأ من أجل تحقيق العدالة والاستقرار، ولكن تطبيق هذه المسؤولية لا يجب أن يكون مطلقا بل يجب أن يكون في حالات محددة وبشروط معينة تفرضها خصوصية قواعد المسؤولية بدون خطأ.

الكلمات المفتاحية:

المسؤولية الطبية، المسؤولية بدون خطأ، الخطأ الطبي، المستشفى، القضاء، الحوادث الطبية، الضرر، التعويض.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/13، تاريخ قبول المقال: 2018/05/24، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: عميري فريدة، "المسؤولية بدون خطأ: توجه جديد نحو إقرار مسؤولية المرافق الطبية العامة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 87-105.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

أستاذة مساعدة قسم "أ"، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 15000، تيزي وزو، الجزائر.

المؤلف المراسل: amirifarida1982@gmail.com

No-fault liability: a new approach towards establishing responsibility for public medical facilities

Abstract:

The no-fault liability of public medical facilities is evoked when fault-based liability rules are non-existent for dealing with certain cases in which the patient is exposed to damage that can not be sustained against a hospital. This state of affairs has pushed the doctrine and case law to uphold faultless liability as the only way to compensate victims of medical risks and accidents. The French Council of State has played a very important role in establishing this type of responsibility based on the theory of risks and the principle of equality before the public service. Such responsibility is, however, limited by several conditions to which the doctrine has not failed to pay attention.

Keywords:

Medical Liability, No-fault Liability, Medical Malpractice, Hospital, Justice, Jurisprudence, Medical Accident, Damages, Indemnification.

Responsabilité sans faute : nouvelle approche de la responsabilité des établissements médicaux publics.

Résumé :

La responsabilité sans faute des établissements médicaux publics est évoquée quand les règles de responsabilité fondées sur la faute sont inexistantes pour faire face à certains cas dans lesquels le patient est exposé à des dommages qui ne peuvent être retenus contre un hôpital. Cet état de fait a poussé la doctrine et la jurisprudence à confirmer la responsabilité sans faute comme mode unique au dédommagement des victimes des risques et accidents médicaux. Le Conseil d'Etat Français a joué un rôle très important dans l'établissement de ce type de responsabilité en se basant sur la théorie des risques et le principe d'égalité devant le service public. Une telle responsabilité se trouve toutefois limitée par plusieurs conditions auxquelles la doctrine n'a pas manqué de prêter attention.

Mots clés :

Responsabilité médicale, Responsabilité sans faute, Faute médicale, l'hôpital, la justice, accidents médicaux, dommages, indemnisation.

مقدمة

أصبح مبدأ مسؤولية الإدارة أو المرافق العامة أمراً محتوماً ومسئلاً به في جميع الدول تقريباً، حيث ظهرت فكرة المسؤولية الإدارية كنتيجة منطقية لاتساع نشاط الإدارة وتدخلها في العديد من المجالات، ما نتج عنه زيادة وتعدد الأضرار الواقعة على الأشخاص والأموال.

تخضع هذه المسؤولية لقواعد مستقلة ومغايرة للمبادئ الواردة في القانون المدني التي تحكم العلاقات بين الأفراد⁽¹⁾، كما تتميز هذه القواعد بأنها تتوع حسب حاجات المرفق بهدف تحقيق التوازن المنشود بين صالح الأفراد وصالح الإدارة.

تشغل المسؤولية الإدارية حيزاً واسعاً وهاماً من التطبيق في مجال الأعمال التي تباشرها المرافق العامة الطبية، حيث تكثر وتتنوع نشاطاتها وخدماتها والتي تتصل مباشرة بحياة الأفراد وسلامتهم.

كانت مسؤولية المرافق العامة الطبية سابقاً وبصفة أساسية كما هو حال مسؤولية المرافق العامة الأخرى تقوم على أساس الخطأ، وللخطأ في المسؤولية الإدارية سمة مبتكرة تتمثل في ضرورة التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، ففي الحالة الأولى تقع كل المسؤولية على عاتق المرفق العام هو الذي يتحمل نتائج هذه الأخطاء ويكون بذلك الاختصاص للقضاء الإداري، أما في الحالة الثانية تقع المسؤولية على عاتق الموظف بصفة شخصية ويكون الاختصاص معقوداً للقضاء العادي.

ولكن اتساع نطاق الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية هذا لم يدم طويلاً، فقد أدى التطور السريع (خاصة في المجال الطبي) إلى ضرورة الانحراف عن هذا المبدأ وتراجع فكرة الخطأ أساساً للمسؤولية الإدارية شيئاً فشيئاً، ويعني ذلك بالمقابل تحول نظامها لمرحلة جديدة في مسيرة تطورها التي بدأت بمفارقة مبدأ لا مسؤولية الدولة، وعبر خلالها مراحل عدة كانت جميعها على طريق توسيع نطاق هذه المسؤولية وتحريرها من قيودها، وكل ذلك بفضل جهود مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾.

¹ - إن قواعد المسؤولية الإدارية تمتاز بنوع من الخصوصية و تتميز عن غيرها من القواعد التي يمكن أن تطبق على أي مسؤولية أخرى (مسؤولية مدنية، جزائية، أخلاقية) كون أن هذه المسؤولية مسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء ، لكون الإدارة شخص معنوي فلا يمكن أن تطبق عليها أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي، فيختلف إذن ويتميز مصدر هذا النوع من المسؤولية كما تختلف آثارها أيضاً، وكون أن معظم قواعد هذه المسؤولية إنما هي من ابتكار القضاء الإداري، وليس التشريع كما الحال في المسؤولية المدنية أو الجزائية.

² - بحيث أنه يعود الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في إرساء قواعد ومبادئ المسؤولية الإدارية فهو رائد القانون الإداري مشيداً نظرياته الأساسية ومنها نظرية المسؤولية الإدارية، انظر في ذلك: محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2003، ص 03.

تطورت المسؤولية الإدارية بذلك من مرحلة لا مسؤولية الإدارة إلى مرحلة الاكتفاء بالخطأ البسيط إلى ترك المجال في الأخير كلياً للمسؤولية بدون خطأ، فالحديث عن هذا النوع من المسؤولية يثير التساؤل الذي يتركز حول مفهوم المسؤولية بدون خطأ للمرافق الطبية العامة ومجالات تطبيقها .
وللإجابة عن الإشكالية تم تقسيم البحث إلى مبحثين أساسيين في المبحث الأول سيتم التعرض فيه لمفهوم المسؤولية وكيفية نشأتها وتطورها ونبين في المبحث الثاني أساس ونطاق تطبيقها .

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للمسؤولية بدون خطأ

كان للتطور الاجتماعي والاقتصادي في كافة مناحي الحياة أثره الواضح على تطور المسؤولية الإدارية بصفة عامة، والمسؤولية بدون خطأ بصفة خاصة، أين ظهرت الضرورة الملحة للبحث عن قواعد مغايرة ومختلفة عن تلك المألوفة المطبقة في القانون الخاص (المطلب الأول)، واستقلال المسؤولية الإدارية في غياب الخطأ عن المسؤولية في القانون الخاص و عن المسؤولية الإدارية الخطئية، لا يبرر إلا تلك الخصائص الهامة التي تميزها عنهما، وذلك رغبة في إقامة نوع من التوازن والتوفيق بين حقوق وامتيازات الإدارة من جهة، وحقوق الأفراد من جهة أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ظروف نشأة وتطور المسؤولية بدون خطأ

استند الفقه والقضاء عند التفكير في إيجاد المسؤولية بدون خطأ كحل لمشكل تعويض ضحايا الأخطاء الإدارية في حالة انعدام الخطأ إلى عدة أسس ومبررات، أين تضافرت عدة عوامل أدت كلها إلى ظهورها ونشأتها (الفرع الأول)، ويعود الفضل في تطويرها وتطبيقها إلى جهود رجال القضاء في المجال الإداري خاصة مجلس الدولة الفرنسي، الذي حاول بكل الطرق إرساء هذا النوع من المسؤولية عبر عدة محاولات ومراحل إلى أن تم الاعتراف بها نهائياً (الفرع الثاني).

الفرع الأول : العوامل المساعدة على نشأة وظهور المسؤولية بدون خطأ

نشأت المسؤولية بدون خطأ نشأة قضائية فهي من إبداع مجلس الدولة الفرنسي، بحيث تعتبر امتداداً لتطور فكرة الخطأ ذاتها بعدما أخذت هذه الأخيرة تضعف شيئاً فشيئاً، وظهرت أنشطة جديدة للإدارة اتسمت بالخطورة على الأفراد على الرغم من مشروعيتها، وقد استند الفقه القانوني في إقرار المسؤولية الإدارية في حالة انعدام الخطأ إلى ثلاثة عوامل رئيسية هي:

أولاً: الطابع القضائي للقانون الإداري

لم يرد على معظم نظريات ومبادئ القانون الإداري أي نص تشريعي يقرها على كونه قانون قضائي كشف عنه القضاء الإداري، وكان لهذا الطابع أثره الإيجابي على منح القاضي الإداري قدراً كافياً من الصلاحيات في إرساء المبادئ القانونية، بما يتيح لها تحقيق التوازن بين المصلحة العامة وبين حقوق الأفراد.

ثانياً: قصور المسؤولية بناء على الخطأ

كان قصور قواعد المسؤولية بناء على الخطأ على حل الكثير من المشاكل العالقة في المجال الإداري سبباً في الاتجاه نحو إرساء المسؤولية بدون خطأ، حيث يتعرض القضاء الإداري في بعض القضايا المعروضة عليهم لصعوبات جمة في تطبيق قواعد المسؤولية على أساس الخطأ على الحالات التي يغيب فيها الخطأ، فلو ترك زمام الأمر على حاله لأدى ذلك إلى الإفلات من المسؤولية، وبالتالي سيجد المضرور نفسه وحده المتحمل عبء التعويض الناجم عن بعض الأنشطة الإدارية.

ثالثاً: استقلال قواعد المسؤولية الإدارية

أتاح الطابع المستقل لقواعد المسؤولية الإدارية لمجلس الدولة الفرنسي إرساء العديد من النظريات ومنها نظرية المسؤولية في حالة انعدام الخطأ، بحيث ساعد هذا الاستقلال كثيراً على نشأة هذه المسؤولية نشأة قضائية أرسى مبادئها مجلس الدولة الفرنسي رغبة منه في إقامة نوع من التوازن بين امتيازات السلطة العامة، وبين حماية حقوق ومصالح الأفراد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مراحل نشأة وتطور المسؤولية بدون خطأ للمرافق الطبية العامة

لم تكن الدولة في القديم مسئولة عن مختلف الأضرار التي تتسبب فيها، إذ ساد هذا الوضع حتى عهد قريب أين تم الإقرار في الأخير على مسؤولية السلطة العامة عن الأضرار التي تلحق بمستخدمي المرافق العامة⁽²⁾، وللاجتهاد القضائي في ظهور ونشأة هذه المسؤولية النصيب الأوفر والفضل الكبير في تطورها.

¹ - حسين بن إبراهيم محمد يعقوب، المسؤولية الإدارية في حالة انعدام الخطأ في النظام الإداري والفقہ الإسلامي (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، ص ص 87-88.

² - مرت المسؤولية الإدارية لوصولها إلى مرحلة المسؤولية الإدارية الأكيدة عبر عدة مراحل، ففي القانون الفرنسي القديم لم تكن الدولة مسئولة مسؤولية مطلقة، ولم تتغير الأوضاع بعد الثورة الفرنسية في سنة 1789 وتجسدت فكرة عدم مسؤولية السلطة العامة، التي حاول القانونيون تبريرها وفي ذلك يقول Duguít «إنّ السيادة و المسؤولية يتناقضان»، أما المرحلة الثانية فيها نشأ مبدأ مسؤولية السلطة العامة وذلك أثناء القرن التاسع عشر أين ظهرت إمكانية فرض الالتزام بتعويض الأضرار التي تتسبب فيها ذات طابع استثنائي، وصدر قانونان يقرران مسؤولية الإدارة (قانون 08 مارس 1810 وقانون "بلوفيز" السنة الثامنة، كما تدخل القضاء العادي وأقر مسؤولية الدولة عن نشاطها الضار مطبقاً عليها قواعد القانون المدني، وفي الأخير أكدت محكمة التنازع في سنة

كانت هذه المسؤولية في أول ظهورها تقوم أساساً على الخطأ وحده كأساس وحيد لقيام المسؤولية الإدارية، وبالأخص مسؤولية المرافق الطبية العامة⁽¹⁾.

وفي مجال مسؤولية المرافق الطبية العمومية، فقد درج مجلس الدولة الفرنسي في قضائه منذ الأمد البعيد على اشتراط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية المستشفيات العامة عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء فيها⁽²⁾، وبقي هذا الوضع على حاله حتى عهد قريب، حيث أصبح يكفي بالخطأ البسيط لمساءلة المستشفى فلا تأثير لدرجة الخطأ لتحقق المسؤولية⁽³⁾.

ظلّ مبدأ المسؤولية هذا على أساس الخطأ وحده سائداً إلى أن أدى التطور السريع في المجال الطبي إلى ضرورة الانحراف عن هذا المبدأ، فقد أصبح قضاء مجلس الدولة الفرنسي يوسع من نطاق الخطأ الواقع في تنظيم وتسيير المرفق الطبي، فلم يعد يقصره على الخطأ الثابت وإنما طبّق في شأنه فكرة الخطأ المفترض، وذلك في الحالات التي يصاب فيها المريض بضرر بدون وجود خطأ يتناسب مع هذا الضرر، أو عدم القدرة على إقامة دليل على وقوع خطأ من جانب المرفق.

فتقوم مسؤولية المرافق الطبية بدون خطأ ولكن بصورة تكميلية بجانب المسؤولية القائمة على الخطأ، وقد ساهم المشرع والقضاء الفرنسيين في إيجاد العديد من تطبيقات المسؤولية دون خطأ الخاصة بالمرافق الطبية العامة.

1873 بتصريحها يوم 08 فبراير 1873 في قرار بلانكو مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تتسبب بها وإخضاعها لاختصاص القضاء الإداري، انظر في ذلك: لحسين بن شيخ أنث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، دار الخلدونية، 2007، ص9.

¹ - La faut a été consacrée, des 1804 comme fondement unique de la responsabilité civil, estimant aux dires de TREILHARD que la faute « reposait sur des grande principes de la moral, profondément graves dans le cœur des hommes», voir, Giullamme Etier, *Du risque a la faute*, schuthese medias juridiques SA, Genève, 2006, p09 .

² - La définition de faute lourde a décrit la faute lourde comme «une faute tellement grossière, tellement excessive qu'elle ne se comprend pas de la part d'une personne raisonnable», voir, THIERRY VANSWEEVELT, Bruxelles, 1996, p.394.

³ - Par une décision du 10 avril 1992, l'assemblée du contentieux du conseil d'état, sa formation de jugement la plus solennelle, a mis fin a l'exigence d'une faute lourd pour les conséquences des actes médicaux (CE, ass, 10 avr 1992, Epoux V, Rec, CEP. 171 AJDA 1992-355, jcp 1992 II 21881, RFDA1992.571), Dans cette affaire concernant un accouchement conclu par un arrêt cardiaque aux conséquence dramatique pour la parturiente, plusieurs actes médicaux avaient été réalisés qui, chacun pris isolément, entraient difficilement dans le cadre de la faute lourde, le conseil d'état a franchi le pas en appliquent a cette série de faute(administration par le médecin anesthésiste, avant l'intervention, d'une dose excessive d'un médicament a effet hypotenseur ; puis, pour la réalisation d'une péridurale, administration d'un produit contre- indique ; enfin, perfusion de plasma insuffisamment décongéle) un régime de faute simple. Voir christine MAUGUE, jean-philippe THIELLAY, La responsabilité du service publique hospitalier, l'extenso éditions, paris, 2010, p50.

ساهم المشرع والقضاء الفرنسيين في إيجاد العديد من تطبيقات المسؤولية دون خطأ الخاصة بالمرافق الطبية العامة، فمن جهته أصدر المشرع الفرنسي عددا من التشريعات في المجال الصحي، أقر من خلالها المسؤولية بدون خطأ عن المخاطر الصحية لضمان سلامة الأشخاص المشاركين في الأنشطة الطبية. أما فيما يخص منتعقي المرافق الطبية العامة فقد ظل القضاء الإداري الفرنسي يرفض تطبيق نظرية المسؤولية دون خطأ تجاههم، إلى أن صدر حكم محكمة الاستئناف الإدارية ب Lyon في قضية Gomes عام 1990، حيث أقرت المحكمة في هذا الحكم المسؤولية دون خطأ عن المخاطر الاستثنائية غير المعروفة الناشئة عن استخدام تقنيات علاجية جديدة⁽¹⁾.

يعود الفضل بالتالي لحكم Gomez⁽²⁾ في إثارة عدم ملاءمة الخطأ كأساس لمسؤولية المرفق الطبي العام، فضلا على أنه أتاح مجالا أكثر خصوبة لتطوير حق إقرار المسؤولية، وذلك كله حين أقرت محكمة الاستئناف الإدارية بليون بمناسبة هذه القضية مسؤولية المرفق الطبي العام، وحق الضرر في التعويض، وجاء بحكمها أن استعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أن يسبب خطرا للمرضى الذين يخضعون له، عندما لم تكن نتائجها معلومة بعد، وأن استخدام مثل هذه الطريقة دون ضرورة حيوية تفرضها يؤدي إلى تحقيق مسؤولية المرفق الطبي عن المضاعفات الاستثنائية وبالغلة الجسامة، والتي أصابت المريض والتي تعتبر نتيجة مباشرة لهذه الطريقة حتى في حالة غياب الخطأ.

¹- HUREAU.J, POITOUT.D, L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, Masson, Paris, 2005

² - قرار Gomez صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بليون (Lyon) بتاريخ 21 ديسمبر 1990، شكّل سابقة قضائية في إقرار حقوق المرضى في التعويض عن التبعات الضارة للعمل الطبي، وكانت المحكمة قد قضت بناء على طلب مودع بتاريخ 1 سبتمبر 1989 من السيد والسيدة Robert باستئناف حكم المحكمة الإدارية بليون التي كانت قد قضت بتاريخ 28 جوان 1989 برفض دعواهم ضد المستشفى المدني بليون والمتضمنة مطالبة هذا الأخير بتعويض الضرر الذي لحق ابنهم Serge على إثر خضوعه لتدخل جراحي بالمستشفى المذكور.

وتتمثل وقائع الدعوى في أنّ الشاب Serge وهو مراهق يبلغ من العمر 15 سنة كان يعاني من الحدب (une cyphose) الذي شكل بنظر الأطباء مظهرا متطورا من مظاهر مرض الرعاش المسمى (la maladie de Schumann)، مما استدعى إخضاعه باعتماد تقنية جديدة يطلق عليها اسم (lugé) بتاريخ 25 اغسطس 1983، أصيب على إثره باضطرابات عصبية بالغة (troubles néologique) أدت إلى شلل (paraplégie) أعضائه السفلى، وقد قررت محكمة الاستئناف أن اللجوء إلى تقنية علاجية جديدة ينجم عن تطبيقها نتائج غير معلومة العواقب كلية، مما يثير مسؤولية المستشفى في مواجهة المريض الذي لم يكن يعاني من ذلك قبل، والخضوع لها يعرضه لخطورة بالغة على حياته، بينما سببت له بالمقابل نتائج غير طبيعية (anormale) وبالغلة الخطورة (particulièrement grave).

مأخوذ عن: آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية دراسة في القانون الجزائري و المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص ص 90-91.

أقرّ القضاء الإداري الفرنسي بفضل هذا الحكم لأول مرة بالمسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام تجاه المرضى المنتفعين بخدماته، مع حصر مجال هذه المسؤولية في حالة استخدام تقنية علاجية جديدة لم تكن نتائجها معروفة تماماً، بالإضافة إلى أنها لم تكن الطريقة الوحيدة المتاحة لإجراء العملية الجراحية ولم يكن التدخل الجراحي مستعجلاً أو تفرضه حالة الضرورة.

حقق مجلس الدولة بعد ذلك تقدماً هاماً لصالح منتفعي المرافق العامة الطبية، بإقراره مسؤولية المرفق الطبي حتى في غياب الخطأ وكذلك حتى عن المخاطر الاستثنائية المعروفة للأعمال الطبية والجراحية، وذلك من خلال حكمه الصادر بتاريخ 09 أفريل 1993 في قضية Bianchi⁽¹⁾.

يمثل هذا الحكم خطوة إيجابية من جانب قضاء مجلس الدولة، من خلال توفير مزيد من الضمانات لصالح الأفراد في مواجهة الأضرار البالغة والناجمة عن بعض الأنشطة ذات الطابع الخطر.

حرص المجلس أن يتطلب الأمر شروطاً دقيقة لانعقاد مسؤولية المرافق العمومية الطبية، ويجد ذلك تفسيره في عدم رغبته في التوسع في نطاق هذه المسؤولية نظراً لصعوبة نشاط هذا المرفق، ويعكس هذا القضاء تحرراً نسبياً من قيد الخطأ الجسيم كشرط أساسي لانعقاد مسؤولية المرفق الطبي.

يختلف هذا القضاء عن المبادئ التي أرساها المجلس بموجب مختلف الأحكام التي سبق له أن أرساها في درجة الضرر المطلوبة لانعقاد المسؤولية الإدارية، فالمجلس قد تطلب توافر ضرر بالغ الجسام لانعقاد المسؤولية في هذا المقام.

وكذلك في صفة المضرور، فالمجلس في حكم Bianchi قضى بالتعويض لصالح المدعي رغم كونه من المستخدمين الاختياريين للمرفق العام، بخلاف ما قرره في قضاؤه السابق إذ قصر مبدأ التعويض لصالح غير المستفيدين من الأسلوب التحرري دون غيرهم.

وأخيراً يعدّ هذا القضاء أحد التطبيقات المتطورة لفكرة الخطر العلاجي الناشئ عن نشاط طبي مشروع⁽²⁾.

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ المريض Bianchi قد أصيب بشلل إثر علاجه في المستشفى، فرفع دعوى مطالباً المستشفى بالتعويض إلا أنّ دعواه هذه رفضت من طرف محكمة الموضوع لعدم وجود خطأ، ما جعله يستأنف حكمه أمام مجلس الدولة الذي أمر بطلب تقرير خبرة فنية حول المحلول المستعمل لإجراء الأشعة لهذا المريض، أين تبين أخيراً أنّ الأضرار التي لحقت بالمريض كانت نتيجة مباشرة العمل الطبي، إلا أنّه لم يثبت أنّ هذا العمل مشوب بأي خطأ وبالتالي عدم إمكان انعقاد مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ، إلا أنّه قرر إلزام المستشفى بتعويض المضرور على أساس قواعد المسؤولية بدون خطأ، أين قضى مجلس الدولة بالتعويض للسيد Bianchi بمبلغ مليون فرنك فرنسي على أساس أنّ تنفيذ العمل الطبي، هو الذي أدى إلى حدوث الضرر، رغم أنّه قد تم تنفيذ العمل المذكور بشكل صحيح دون أي خطأ، نقلاً عن: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ص 126-127.

² - محمد أحمد عبد المنعم عبد النعيم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي و المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1995، ص ص 322-323.

كرر القضاء الفرنسي الأحكام السابقة في محاولة منه للتوسيع من نطاق تطبيق المسؤولية غير الخطئية، وذلك بمناسبة صدور قرار في 3 تشرين الثاني 1997 يعرف بقرار hôpital joseph imbert، وتتمثل الوقائع التي صدر فيها القرار في أنّ ولدا صغيرا يدعى Djamel Mehrasz يبلغ من العمر خمس سنوات، أدخل إلى المستشفى في 9 نيسان 1980 بناء على رأي طبيب العائلة لإجراء عملية ختان، أثناء العملية دخل الطفل لمدة عام كامل بالنوم السباتي العميق Coma قبل أن يتوقف قلبه عن الخفقان وتوفى الولد بعد ذلك، رغم أنّه لم يكن يعاني من أي مشاكل صحية، والأزمة القلبية التي راودته كانت غير متوقعة، بالنظر لحالته عند بداية العملية الجراحية، كما أنّ الفحوصات والتحليل التي سبقت العملية أعطت كلها نتائج طبية طبيعية⁽¹⁾.

إعتبر مجلس الدولة الفرنسي بذلك في قراره الصادر في 3 تشرين الثاني 1997 أنّ مجرد دخول الطفل إلى المستشفى، يكون تحت مسؤولية ورعاية وحماية المرفق العام، فيسأل هذا الأخير عن كل الأضرار التي تصيب أو تلحق بالطفل، وبالتالي يكون مجلس الدولة الفرنسي قد طبق ذات المبادئ و الأحكام التي قررها في أحكامه السابقة Gomez و Bianchi.

يلاحظ أنّ هذا القرار صدر في قضية لا يوجد فيها مريض بالمعنى التقليدي أو الحقيقي، أي لم يكن يوجد شخص يعاني من علة معينة، وإنما تعلق الأمر بشخص أدخل المستشفى بناء على طلبه لإجراء عملية ختان، فاعتبر مجلس الدولة أنّه أيا كان الباعث لدخول الشخص إلى المستشفى فإنّه يكون تحت مسؤوليتها، ويمكن مساءلتها عن الأضرار التي تلحق به.

يستنتج مما تقدم أنّه لم يعد مطلوبا من المتضرر إقامة الدليل أو البحث عن الخطأ في جانب المستشفى، كما لم يعد مطلوبا من القاضي البحث عن الخطأ واستخلاصه من الوقائع المعروضة عليه، فالخطأ قائم في جانب المرفق العام الطبي بمجرد وقوع الضرر للمريض، ولا يمكنه دفع تلك المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المتضرر أو السبب الأجنبي طبقا للقواعد العامة في الإثبات، فلم يكن تقرير هذه المسؤولية إلاّ لهدف تخفيف وتسهيل عبء الإثبات عن المريض المضرور⁽²⁾.

¹ - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، د.ب.ن، د.س.ن، ص135.

² - KARADJI Mustapha, Le juge administratif et la faute médicales, séminaire nationale sur la responsabilité médicale, Revue juridique, Numéro spéciale, faculte de droit, Universiten Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2008, p250.

كانت بالفعل هذه الأحكام بمثابة الانطلاقة الحاسمة لتطبيق نظرية المسؤولية بدون خطأ في المجال الطبي، ودافعا للمشرع الفرنسي للنص في قانون 4 مارس 2002 الخاص بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي حيال وإعمال مبدأ المسؤولية في صالح ضحايا الحوادث الطبية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: خصائص المسؤولية بدون خطأ وعلاقتها بالمسؤولية على أساس الخطأ

يظهر بوضوح تأثير النشأة القضائية للمسؤولية الإدارية بصفة عامة والمسؤولية بدون خطأ بصفة خاصة على طابع ومناخ هذه المسؤولية، حيث تنفرد المسؤولية الإدارية في حالة انعدام الخطأ بعدة خصائص وسمات (الفرع الأول)، تميزها عن غيرها وتحدد ملامحها وهويتها، فتعتبر استثناء عن القواعد العامة في المسؤولية التي تعتمد على الخطأ كأساس وحيد لقيامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص المسؤولية بدون خطأ

تتميز المسؤولية بدون خطأ بعدة خصائص أهمها ما يلي:
إن إثبات أو نفي الخطأ لا أثر له على إدانة جهة الإدارة و إلزامها بجبر ما وقع من ضرر، أي أنه يكفي بإثبات وقوع الضرر ونسبته إلى فعل الإدارة فهي مسؤولية تقع بقوة النظام.
المسؤولية في حالة انعدام الخطأ نظرية قضائية في عمومها.
المسؤولية الإدارية في حالة انعدام الخطأ ذات طابع موضوعي، فهي تدور حول الضرر ونسبته إلى نشاط الإدارة من عدمه وهو بحث موضوعي يرتكز على تحليل هذا النشاط ذاته، وليست مسؤولية ذات طابع شخصي تدور حول معرفة مرتكب الخطأ ودوافعه.
المسؤولية بدون خطأ ذات طابع جماعي، فإذا كان الطابع الفردي هو ميزة المسؤولية على أساس الخطأ، فإن الطابع الجماعي هو الذي يغلب على المسؤولية في انعدام الخطأ، إذ أن التزام الإدارة بالتعويض في مجال هذه المسؤولية يأتي تأكيدا على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، فمساس الضرر بأحد الأفراد أو ببعضهم يوجب مشاركة الجماعة بأكملها في تحمل عبء هذه الأضرار دون ترك المضرور يتحملها بمفرده.
عدم اشتراط صدور قرار إداري في المسؤولية بدون خطأ.
المسؤولية بدون خطأ تتعقد بتوافر ركنين فقط، الضرر وعلاقة السببية بينه وبين نشاط الإدارة.
المسؤولية بدون خطأ من النظام العام فيجوز إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁽²⁾.

¹ - أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية (دراسة مقارنة)، مركز النظم القانونية للبحث العلمي، 2005، عن الموقع: www.alnodom.com.

² - حسين بن إبراهيم محمد يعقوب، المرجع السابق، ص ص 113-117.

الفرع الثاني: العلاقة بين المسؤولية بدون خطأ والمسؤولية على أساس الخطأ

تعتبر المسؤولية بدون خطأ في الواقع مسؤولية تكملية للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ، بمعنى أنها لا تتعدى إلا إذا تعذر انعقاد هذه الأخيرة، أو بمفهوم أدق متى بدا وجه التناظر جليا بين التمسك بالقواعد التقليدية للمسؤولية وبين اعتبارات العدالة، ورغم اختلاف طبيعة النشاط المحدث للضرر في المسؤولية بدون خطأ كنشاط مشروع عنه في المسؤولية على أساس الخطأ كنشاط غير مشروع إلا أنهما يتفقان من حيث الشروط العامة لركن الضرر، أي من حيث ضرورة أن يكون محققا ومباشرا وماسا بمصلحة جديرة بالحماية القانونية ويمكن تقديره بالنقود.

فالضرر هو محور المسؤولية في الحالتين، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن ركن علاقة السببية يعد بدوره نقطة التقاء أخرى بينهما، كما أن نشاط الإدارة المشروع في الحالات التي تتعدى فيها مسؤولية المخاطر تربطه علاقة سببية أيضا بركن الضرر.

إلا أنه ورغم أوجه الاتفاق هذه بين كلتا المسؤوليتين تبقى كل واحدة مختلفة عن الأخرى في عدة جوانب. يعد الخطأ أهم وأبرز نقاط الاختلاف بين هاتين المسؤوليتين، فالمسؤولية الخطئية لا تتعدى إلا بتوافر هذا الركن وعلى النقيض من ذلك فإن المسؤولية دون خطأ تفترض بدهاء انتقاء ركن الخطأ فهي مسؤولية دون خطأ (Responsabilité sans faute)، فيعتبر ركن الخطأ في المسؤولية المدنية أول ركن يبحث عنه عند انعقاد أو قيام المسؤولية.

إلى جانب عنصر الخطأ كأحد أهم نقاط الاختلاف بين المسؤوليتين، فيشترط القضاء لانعقاد مسؤولية المخاطر توافر خصائص أو صفات معينة في الضرر الموجب لانعقادها بخلاف الشروط العامة كركن الضرر في المسؤولية الخطئية.

إذ تنحصر هذه الصفات في الخصوصية، بمعنى أن يلحق الضرر بفرد أو مجموعة محددة من الأفراد، فضلا عنه الصفة غير العادية، أي أن الضرر يجب أن يتجاوز كافة الحدود المألوفة التي يجب أن يتحملها الفرد كمقابل للحياة في المجتمع أو كمقابل لما تقدمه له الإدارة من خدمات⁽¹⁾.

والأمر يختلف في مجال المسؤولية على أساس الخطأ، فالضرر كركن من أركانها لا يشترط أن يتوافر به إلا الشروط العامة المتفق عليه، من بينها أن يكون محققا أو سيقع حتما في المستقبل أي غير محتمل الوقوع. إلى جانب شرط أن يكون الضرر خاصا ومباشرا وأن يخل بمصلحة مشروعة للمضرور، سواء تعلق الأمر بحق في سلامة جسمه أو ماله أو حريته أو حقه في الانتفاع.

¹ - محمد أحمد عبد النعيم عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 105-106.

المبحث الثاني: الإطار القانوني لمسئولية المستشفى بدون خطأ

تعتبر المسؤولية الإدارية القائمة على خطأ شيئاً منطقياً وأمرًا طبيعيًا يقبله المنطق ولا يثير أي إشكال أو جدل حول تبرير هذه المسؤولية، فوجود الخطأ وحده يبرر تحمل الإدارة أو المستشفى مسؤولية أعمالها وأخطائها، في حين يثور الإشكال حول وسائل وطرق تبرير المسؤولية بدون خطأ في غياب هذا العنصر أو الركن الهام لقيام أي مسؤولية، ويعتبر البحث عن أسس منطقية تقوم عليها المسؤولية في غياب الخطأ من أهم المواضيع التي شغلت الفقه والقضاء الإداريين (المطلب الأول)، هذا بدوره ما يفسر النطاق المحدود والخاص للحالات التي يمكن فيها للقضاء الإداري تطبيق أو تأسيس أحكامه على المسؤولية بدون خطأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أساس مسؤولية المستشفى في حالة انعدام الخطأ

يقصد بأساس المسؤولية ذلك السبب الذي من أجله تتحمل الإدارة العامة أو إدارة المستشفى بصفة خاصة المسؤولية عن تعويض الضرر الذي تتسبب به، حتى في حالة عدم ثبوت خطأ من جانبها، فتعددت النظريات التي قيلت حول هذا الأساس منها التي تبرر المسؤولية بدون خطأ على أساس المخاطر (الفرع الأول)، ومنها من تعتبر أنّ أساس المسؤولية بدون خطأ هو مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية المخاطر كأساس قانوني للمسئولية بدون خطأ

تقوم فكرة المسؤولية بدون خطأ أساساً على اعتبار أساسي وهو فكرة المخاطر، إذ يهدف النشاط الإداري إلى تحقيق المصلحة العامة و بالتالي فليس من المنطقي أن لا تتحمل الإدارة نتائج الأضرار التي قد يتعرض لها الأفراد أثناء أداء الإدارة لهذه النشاطات.

يحقق تطبيق نظام المسؤولية دون خطأ نوعاً من العدالة في القانون العام، فإصابة المريض وتعرضه لأضرار غير عادية أو استثنائية جسيمة، تحصله على تعويض جابر لهذه الأضرار لا يكون على أساس عنصر الخطأ، فالعدالة أو المنطق يقضيان التخلي عن فكرة الخطأ ومنح التعويض للمضرور على أساس فكرة الخطر العلاجي الاستثنائي، وعندما أقرّ القاضي الإداري المسؤولية دون خطأ كان ذلك لاعتبارات قانونية تدعو إلى التغيير في المسؤولية الذي يكون أساسه في فكرة الخطر العلاجي الاستثنائي.

وتفسير ذلك أنّ القاضي الإداري كان يبحث عند تحقق الضرر في الخطر كأساس قانوني للمسؤولية دون خطأ (ونلك في غياب عنصر الخطأ) للمرافق الطبية العامة فإن لم يجده كان يرفض منح التعويض للمضرور⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية بدون خطأ

هناك من يرى أنّ المسؤولية بدون خطأ لا تقوم إلا على مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة، إذ أنّ المرفق العام إنّما وجد لخدمة جميع المواطنين وجميعهم مساهم في نفقاته وتكاليفه، فليس من العدل أن يتحمل بعضهم فقط تبعات النتائج الضارة لهذا النشاط وحرمان المضرورين من أنشطة هذه المرافق من التعويض عما لحقهم من أضرار⁽²⁾.

تقوم بالتالي هذه المسؤولية لهدف تحقيق وتسهيل عبء الإثبات عن المريض المضرور، فيحتم مبدأ العدالة رفع الضرر عن المضرور مهما كان مصدره.

يجد كذلك هذا المبدأ جذوره التاريخية في المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي نصت على ضرورة المساهمة الجماعية لمواجهة تكاليف الإدارة، وعلى وجوب توزيع هذه المساهمة على جميع المواطنين بحسب إمكانياتهم المتاحة.

على الرغم من أنّ هذه المادة قد قصد بها أساسا وجوب توزيع الضرائب على المواطنين حسب قدراتهم المالية، إلا أنّ أنصار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة قالوا أنّها مجرد تعبير عن ذلك المبدأ الأسمى من مبادئ العدالة الذي ينظم العلاقة بين الإدارة وبين الأفراد بصفة عامة، ومع أنّ هذا المبدأ يقتضي و إن لم نقل يوجب أن يكون الضرر خاصا واستثنائيا لكي يعرض عنه أو يكون سببا لتعويض الضحية، فإنّ أنصار هذا المبدأ لاحظوا أنّ الأخذ به على إطلاقه يؤدي إلى وجوب تأمين المواطنين ضد مخاطر الحوادث الإدارية وتعويضهم عن الأضرار الناشئة عن سوء التسيير الإداري، مما يؤدي إلى إرهاب الميزانية العامة، تفاديا لذلك فيجب تحجيم آثاره بالقول أنّ الأضرار العادية الناشئة عن سير المرافق العامة يجب أن يتحملها الأفراد دون تعويض حتى وإن كانت هذه الأضرار خاصة.

¹ - حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، القاهرة، د.س.ن، ص 363.

² - طاهري حسين، القانون الإداري و المؤسسات الإدارية، (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 101.

بلغ اقتناع بعض الفقه الفرنسي بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لدرجة اعتباره الأساس العام لكافة صور المسؤولية الإدارية أياً كانت طبيعتها أو نوعها، و اعتباره الأساس العام للمسؤولية دون خطأ بصفة خاصة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق المسؤولية بدون خطأ

تم الاهتمام إلى فكرة المسؤولية بدون خطأ لتحميل عبء التعويض عن الضرر اللاحق في غياب الخطأ، أو في حالة استحالة إثباته، وذلك في حدود معينة ومحددة، أين يصبح ركن الخطأ لقيام المسؤولية في هذه الحالة متعارضاً مع مصلحة المضرور (الفرع الأول)، وينتج عن هذا النطاق المحدود لحالات تطبيق هذا النوع من المسؤولية تقرير بعض الشروط والضوابط التي يجب التقيد بها أثناء تطبيق قواعد هذه المسؤولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات إثارة المسؤولية بدون خطأ

تنشأ المسؤولية بدون خطأ في حالات عدة من بينها:

- الحوادث الناشئة عن المواد والمعدات المستخدمة، فيلتزم المستشفى بسلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجل علاجه، فهو مسؤول عن كل المعدات الخطيرة التي يستعملها⁽²⁾.
- الحوادث الناتجة عن النشاطات الطبية التي يقوم بها الموظفون وتسبب أضراراً للمرضى أو مختلف الترميمات أو التعديلات التي تقوم بها المستشفى، والتي قد تؤثر بشكل أو بآخر بسلامة المرضى وكذلك عن النشاطات الخطيرة التي يقوم بها الأطباء أثناء عملهم الطبي من خلال مختلف الوسائل الحديثة المبتكرة في هذا المجال⁽³⁾.

- الحوادث الناتجة عن الأوضاع الخطيرة، كحالات العدوى بالأمراض أثناء التواجد بالمستشفيات مثل الأضرار التي تنشأ عن عمليات نقل الدم، فقد طبقت محكمة ديجون Dijon في حكمها المؤرخ في 20 ماي 1964 المسؤولية بدون خطأ باعتبار أن المؤسسة الصحية مسؤولة عن كل ضرر يقع للمتبرع أو للمتبرع له في عملية نقل الدم، حتى إن لم يثبت أي خطأ في مواجهة المؤسسة الصحية نفس الشيء عن الأضرار الناتجة عن عمليات التطعيم الإجبارية، فبعد أن كان مجلس الدولة الفرنسي في مجال التلقيح يؤسس المسؤولية على أساس الخطأ والخطأ المفترض، أصبح يفضل نظرية المخاطر بإقرار المسؤولية تلقائياً إثر حدوث ضرر

¹ - أحمد محمد صبحي أغير، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2005، ص 326-327.

² - FOLSCHIED Benedicte, PEIGNE Jerome, les établissements de sante, système hospitalier, Revue de droit sanitaire et social, N°2, DALLOZ, paris, 2007, p300.

³ - BOYER CHAMMARD Georges, MONZEIN Paul, la responsabilité médical, presses universitaires de France, paris, 1997, p109.

بسبب التلقيح⁽¹⁾، كما تطبق كذلك هذه المسؤولية على الأضرار التي تلحق بالمرضى نتيجة الالتهابات التي تظهر بعد أو أثناء العلاج

والمنعدمة الصلة بالمرض الأصلي⁽²⁾.

- الأضرار الناشئة عن الأشغال والإنشاءات العامة الطبية، فقد أقر القضاء الإداري الحماية للأشخاص عن أضرار الأشغال أو الترميمات التي تقوم بها المرافق الطبية العامة والتي قد تحدث أضراراً للأفراد، ويعتبر مجال التعويض عن أضرار الأشغال العامة من أقدم المجالات التي قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة دون خطأ عن هذا النوع من الأضرار.

يشترط في الضرر الناشئ عن الأشغال العامة حتى يتم التعويض عنه دون وجود خطأ من الإدارة، أن يكون غير عادي أي أن يتجاوز الأضرار العادية التي تصيب أملاك الأفراد بحكم الجوار العادي وقيام علاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق.

فإذا تحقق الضرر أثناء أداء الأشغال العامة تحركت مسؤولية المرفق، لأنه هو الذي يتخذ المبادرة بالأعمال وأيضاً إذا تحقق الضرر بعد إنجاز الأشغال العامة تتحرك مسؤوليته لأنه يظل ملتزماً بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الشغل الذي تضمن صيانته⁽³⁾.

حالة الأضرار الناتجة عن استعمال تقنيات أو مستحضرات جديدة:

يجب على المرافق العمومية الصحية عند قيامها بإجراء التجارب الطبية، الالتزام بقواعد وأصول ممارسة الفن التجريبي، فالأصول المهنية تفرض قيوداً وهو أن لا تجري التجربة الطبية أو البحث العلمي إلا إذا كانت في مصلحة المريض وتستهدف علاجه، وأن تطبق هذه التجربة لأول مرة على الإنسان أو التأكد من نجاعتها ونجاحها إن طبقت مباشرة على جسم الإنسان.

يعدّ الخروج عن هذه القواعد خطأً يستوجب مساءلة المرفق الطبي، فلا يجوز للطبيب القائم على التجربة أن يضحى بمصلحة المريض على حساب رغبته في المعرفة، فيجب عليه أن يراعي التوازن بين المخاطر التي يتعرض لها و الفوائد الاحتمالية التي قد يجنيها.

إلا أنه قد يحدث وأن يخضع الأطباء أو الباحثين لكل هذه القواعد و الأصول، ورغم هذا ينجر عن هذه التقنيات أو التجارب أخطار للمريض أو المنتفعين من خدمات المرافق الصحية العمومية، لا تحمد عقباها تكون سبباً لطلب التعويض.

¹ - طاهري حسين، الخطأ الطبي و العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، الجزائر - فرنسا، دار هوم، الجزائر، 2004، ص53.

² - DORSNER-DOLIVET Annick, La responsabilité du médecin, ED. Economica, Paris, 2006, p200.

³ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص216-217.

قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال بمساءلة المستشفى عن الأضرار التي تصيب المريض الذي خضع لاستخدام مستحضرا جديدا لم تتأكد نتائجه المحتملة على نحو كامل، ولم يثبت بعد كفاءته في التجريب العلمي، أو لم يكن استعماله كثير التداول قبل، فيستطيع المريض الذي تجرى عليه التجربة العلاجية في المستشفى أن يطالب بالتعويض إذا أصابه ضرر لتجريب العلاج عليه، وهذا بافتراض الخطأ من جانب المرفق الطبي، فيجب على هذا الأخير تحمل تعويض الأضرار التي لحقت الشخص الذي يجرى عليه البحث، وإن أراد المرفق التخلص من المسؤولية فعليه إثبات أن الضرر ليس ناتجا عن خطئه أو خطأ أي مشارك في البحث. وهذا ليس إلا نوعا من قرينة الخطأ، توجب على الإدارة إثبات أنها لم ترتكب أي خطأ، فهي تقلب عبء الإثبات وتدفع الإدارة إلى إثبات العكس، فإذا كان الشخص الذي تجرى عليه التجربة العلاجية لتحقيق فائدة مباشرة في حاجة لإجراء التجربة لأجل تحقيق شفائه فإنّ الطب في حاجة أيضا لإجراء هذه التجربة التي يكون فيها كسب علمي لصالح الإنسان وتقدم الطب، غير أنّه رغم مراعاة القواعد الأساسية لإجراء التجارب الطبية والالتزام بقواعد وأصول ممارسة الفن التجريبي فإنّ الضرر قد يحدث فجأة دون أي خطأ من جانب القائمين على التجربة، لاسيما أنّ التقنيات الطبية يكون لها مفاجآت أولية مباحة.

ورغم كل هذا فإننا نجد أنّ الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي يرفض تطبيق نظام المسؤولية دون خطأ من الأضرار الناتجة عن التجارب العلاجية التي تجرى بهدف الشفاء، ولكن هذا لا يعني تطبيق نظام المسؤولية على أساس الخطأ على إطلاقها، فلقد طبق القضاء نظام قرينة الخطأ التي أعفت المضرور من عبء إثبات خطأ المرفق وألقى على عاتق الإدارة إثبات أنها لم ترتكب خطأ⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط تطبيق المسؤولية بدون خطأ

من أهم شروط تطبيق المسؤولية بدون خطأ ما يلي:

- وجود عمل طبي ضروري، وأن يشكل في حد ذاته خطرا استثنائيا، أي خطر غير مألوف وفقا للتطور العادي لحالة مماثلة لحالة المريض الخاضع للعلاج، وهذا بحد ذاته المحور الأساسي الذي تؤسس عليه المسؤولية بدون خطأ، ففي الوقت الذي تؤسس فيه المسؤولية على أساس الخطأ على ركن أساسي وهو الخطأ، يحل العمل الطبي الذي ينجر عنه خطر استثنائي محل هذا الخطأ في المسؤولية بدون خطأ.
- انتفاء أي خطأ من جانب المضرور.

¹ - حمدي علي عمر، المرجع نفسه، ص 120.

- أن يكون الضرر الحاصل جسيماً بصورة غير عادية وصل درجة معينة من الخطورة للمريض، وهذا من أحد مبررات الأخذ بمبدأ المسؤولية بدون خطأ⁽¹⁾، فالخطأ البسيط بهذا المفهوم لا يكون أبداً سندا لتعويض الضحية أو المضرور.

يشترط القضاء الإداري في الضرر الموجب لقيام المسؤولية بدون خطأ للإدارة أن يكون غير عادي، بمعنى أن يتجاوز ما يجب أن يتحمله الفرد عادة، ويحدد الضرر غير العادي ليس بالنظر إلى عدد الأشخاص الذين كانوا ضحية للحادث أو للخطر الطبي وإنما بالنظر للجسامة غير العادية لهذا الحادث.

والضرر غير العادي المتولد من الأنشطة العلاجية للمستشفيات أو المرافق العمومية الطبية العامة، هو ذلك الضرر الذي تبدو جسامته بالنسبة لحالة المريض واسعة، بالنظر للفائدة التي يمكن أن تعود عليه من العمل العلاجي أو الجراحي فالضرر الذي يثير مسؤولية المرفق الطبي العام دون خطأ يجب أن يكون جسيماً أو استثنائياً في مداه وحجمه.

ومن قبيل الأضرار غير العادية في المجال الطبي، التبعات الضارة للعلاج التي أدت إلى تدهور حالة المريض وسببت له عجزاً دائماً يعوق نشاطه في ممارسة حياته العادية، كذلك ما أصاب المريض الذي يقيم في المستشفى العام للعلاج، بمرض آخر جديد سبب له أضراراً جسيمة واستثنائية في صحته الجسدية أو النفسية... وهذا ما أقره القاضي الإداري الفرنسي، عندما منح التعويض للمريض المضرور على أساس الخطر العلاجي الاستثنائي، حيث كان المريض يعاني من ألم في العمود الفقري، وترتب عن العملية الجراحية التي أجريت له لإزالة الألم، مضاعفات استثنائية وغير عادية للجسامة، فالقاضي اعتبر أن الضرر المتحقق هنا هو ضرر غير عادي، نظراً لجسامته في مداه و في حجمه، وأن نتائج العملية التي أجريت كانت سلبية بالنسبة للمريض الذي لم يجن أي فائدة من العلاج⁽²⁾.

- وجود علاقة سببية بين الضرر الحاصل للمريض وبين عمل الإدارة الذي يسبب بهذا الضرر⁽³⁾، وهذا الشرط بحد ذاته موضع اختلاف بين المسؤولية على أساس الخطأ التي يشترط على المضرور إثبات تصرف الإدارة الخاطئ وبين المسؤولية بدون خطأ الذي

يكتفي فيها للمضرور إثبات وجود ضرر من جراء عمل الإدارة⁽⁴⁾.

¹ - MALICIER.D , MIRAS.A , FEUGLET .P, La responsabilité médicale donnée actuelle, 2eme édition, Ed.Eska, paris, 1999, p49.

² - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص 370-371.

³ - HUREAU.J, POITOUT.D, Op.Cit, p153.

⁴ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 52.

إلا أنّ إثبات علاقة سببية في حالة غياب الخطأ ليس بالأمر الهين على المضرور، وذلك بسبب تعقد بعض الأنشطة الطبية، إذ قد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل خفية غير ظاهرة، مثل حالة الإصابة بفيروس الإيدز بسبب نقل الدم الملوث أو الأضرار الناتجة عن عمل التطعيم.

وقد ترتب على رفض التعويض للمضرورين نظراً لصعوبة إثبات الرابطة السببية أن تساهل القضاء مع قضاياهم، فلقد لجأ مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال في بعض المنازعات الشاقة والعسيرة إلى قرينة الخطأ لأجل تحقيق عبء إثبات رابطة السببية المفروض على المضرور، وأقام قرينة السببية لصالح المضرور وعلى الإدارة نفي هذه القرينة.

يستعين القاضي في حالة صعوبة إثبات رابطة السببية بتقارير أهل الخبرة الطبية لكشف العلاقة بين الأحداث التي تقع في المستشفيات العامة والتبعات المتولدة عنها.

بدأ في ما بعد القضاء يميل إلى المرونة في إلغاء عبء إثبات رابطة السببية على عاتق المضرور عندما استطاع استنباط رابطة السببية من تقارير أهل الخبرة الطبية، وأصبح القضاء يعتبر في بعض الحالات أنّ وفاة المريض أو إصابته بعجز أو شلل في حد ذاته على ارتباط السبب بالنتيجة⁽¹⁾.

خاتمة

إذا ما توافرت لمسؤولية المرفق الطبي موجبات قيامها سواء كانت قائمة على أساس الخطأ أو دونه وقع على عاتق المرفق عبء الالتزام بتعويض الأضرار التي لحقت بالمضرور، فالتعويض هو الغاية الأساسية التي يسعى المضرور لتحقيقها لجبر ما أصابه من ضرر، غير أنّ التعويض يخضع لمبادئ عامة يجب مراعاتها ولقواعد تحكم تقديره.

اتضح أنّ قواعد المسؤولية الطبية التقليدية المؤسسة على الخطأ، قد نالها الكثير من التطور و الواقع أنّ الدافع الأساسي الذي كان وراء مختلف هذه التطورات كان دائماً رعاية لصالح المرضى المتضررين من الخطأ وتخليصهم من عبء إثبات الخطأ، هذا العبء الذي لطالما أثقل كاهل المريض خاصة في حالة صعوبة إثبات الخطأ الذي يؤسس عليه المسؤولية، والذي يقع على عاتقه وفقاً للقواعد العامة.

كان للاجتهاد القضائي النصيب الأوفر في إقرار المسؤولية الإدارية بوجه عام، فكان لمجلس الدولة خاصة الفضل في تكريس المسؤولية بدون خطأ، فلم تذهب مجهودات هذا الأخير سدى أين تم فعلاً تطبيق هذه المسؤولية التي تهدف أساساً إلى تحقيق و تسهيل عبء الإثبات عن المريض المضرور في حالة استحالة أو صعوبة الحصول على تعويض وذلك في غياب الخطأ، ولم يعد للمضرور في هذه الحالة إقامة دليل على خطأ المستشفى ولم يعد القاضي محملاً بعناء البحث عن وقائع يستخلص منها هذا الخطأ.

¹ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص 181-380.

يزداد خاصة هذا العناء شدة و صعوبة حين يتعلق الأمر بالمجال الطبي أين يصعب فيها إن لم نقل يستحيل على المضرور أو المريض (الطرف الضعيف في العلاقة) إثبات خطأ أو إهمال في جانب المستشفى، ولأنه حتى وإن ارتكب فعلاً هذا الخطأ يبقى الأمر مستتراً أو يخرج الفعل والخطأ من نطاق الانحراف أو التقصير، بحجة أنّ ذلك من المسائل الفنية التي يمكن أن تحدث في هذا المجال، و تدخل في حيز ما يسمى بالحوادث الطبية المحتملة والتي يجدها بعض أهل هذا الاختصاص حجة مقنعة للتخلص والهروب من المسؤولية.

هذه الوضعية ما عبر عنها أحد الكتاب في مقولة مشهورة : " أخطاء وهفوات الأطباء وحدها المقابرة تخفيها".

جاء بذلك تكريس مبدأ المسؤولية بدون خطأ لضمان حصول المريض المتضرر على تعويض مقابل ما أصابه من ضرر، نتيجة للعمل الطبي أو عن الأضرار التي قد تتجر عن مختلف المخاطر الطبية. في الأخير يمكن القول أنّ اللجوء إلى فكرة المسؤولية دون خطأ إن لم يكن لها سند قانوني تركز عليه، فإنّ ذلك يكشف عن استياء القضاء وشعوره المتزايد والدائم بعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية الكافية والضرورية للمرضى في مواجهة التطورات المعاصرة التي حققت طفرات هائلة في الوسائل العلاجية أو الطبية.

إخطار البرلمانين للمجلس الدستوري في الجزائر: مكسب العدالة الدستورية منقوص الفعالية

برازة وهيبة⁽¹⁾
جامعة بجاية

المخلص:

وسّع التعديل الدستوري لـ 06 مارس 2016 من دائرة إخطار المجلس الدستوري للبرلمانين، وهو ما يعتبر خطوة إيجابية تحسب للمؤسس الدستوري، بحكم مسابته لتوجه المجتمع الدولي، وإقراره وسائل تزيد من فعالية دور المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، بتمكين الأقلية من اعتراض القوانين التي يصوت عليها البرلمان والمخالفة لأحكام الدستور.

لكن هذه التوسعة للإخطار منقوصة الفعالية، كون أنّ المؤسس الدستوري منح هذا الحق من جهة، غير أنّه من جهة أخرى أحاطه بقيود قانونية تحدّ من فعاليته، ناهيك عن الانشقاقات والإكراهات التي تعاني منها المعارضة البرلمانية، والتي تعتبر عائقا إضافيا لتفعيل العدالة الدستورية في الجزائر.

الكلمات المفتاحية:

المجلس الدستوري، الإخطار، الرقابة، القوانين، المعارضة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/05/22، تاريخ قبول المقال: 2018/06/07، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: برازة وهيبة، "إخطار البرلمانين للمجلس الدستوري في الجزائر: مكسب العدالة الدستورية منقوص الفعالية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 106-122.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

⁽¹⁾ أستاذة محاضرة قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضوة مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000 الجزائر

المؤلف المراسل: wahiba.beraza@outlook.fr

The Referral of the Constitutional Council by Parliamentarians in Algeria, An Acquired of Constitutional Justice Impaired Effectiveness

Abstract:

In its last constitutional amendment in 2016, the settlor has considerably expanded the ability of referral to parliamentarians. This initiative is part of its new direction to implement a more effective constitutional constitutionality review.

However, this enlargement seems virtual, especially when the constituent delimits the right of referral, which prevents the parliamentary opposition from contributing effectively to the implementation of constitutional justice in Algeria.

Keywords:

Constitutional council, referral, co Impaired effectiveness ntrol, laws, opposition.

La saisine du Conseil constitutionnel par les parlementaires en Algérie :Un acquis en quête d'efficacité pour la justice constitutionnelle

Résumé :

La révision constitutionnelle de 2016 a considérablement élargi la faculté de saisine du Conseil constitutionnel par les parlementaires. Une telle initiative s'inscrit dans la perspective de mettre œuvre un contrôle de constitutionnalité plus efficace.

Cependant, cet élargissement semble limité en ce qu'il empêche l'opposition parlementaire de contribuer efficacement à la mise en œuvre de la justice constitutionnelle en Algérie.

Mots clés :

Le conseil constitutionnel, la saisine, contrôle, lois, l'opposition.

مقدمة

تعتبر حماية الحقوق والحريات الأساسية، من بين أهم الدعائم المجسدة لدولة القانون، ولتحقيق هذا الغرض تلتزم الدول بوضع ترسانة من النصوص القانونية تسعى من خلالها تبيان حقوق والتزامات المواطنين، وبهدف ضمان دستورية هذه القوانين لابد من إحداث مؤسسة تتولى رقابتها والنظر في مدى مطابقتها لأسمى نص في الدولة.

أسندت مهمة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر للمجلس الدستوري، والذي يعتبر هيئة سياسية استحدثت منذ سن أول دستور في سنة 1963⁽¹⁾، ليتجاهل دستور 1976⁽²⁾ الفكرة، حيث لم يتم النص على إنشاء مؤسسة تتولى الرقابة على دستورية القوانين، ليعيد دستور 1989⁽³⁾ إحياء المجلس، ويؤكد دستور 1996⁽⁴⁾ على استمراره كهيئة أوكلت لها صلاحية تحقيق العدالة الدستورية في الجزائر.

وجهت للمجلس الدستوري خلال فترة نشاطه جملة من الانتقادات، وترمي في مجملها إلى عدم فعالية الرقابة التي يمارسها بسبب انعدام الاستقلالية العضوية والوظيفية المطلوبة فيه لأداء صلاحيته بكل حيادية، وذلك بسبب تشكيلة المجلس، والتي جعلته في تبعية مفرطة للسلطة التنفيذية، لهيمنة هذه الأخيرة في تعيين معظم الأعضاء، مما يؤدي إلى انحراف قرارات وأراء المجلس، ناهيك عن قصور نظم الإخطار التقليدية، والمحصورة في رئيس الجمهورية ورئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، والذي أدى إلى ضعف حصيلة نشاط المجلس خارج الرقابة الإجبارية.

أدى كل هذا إلى قيام الدولة الجزائرية بتعديل دستور 1996 في سنة 2016⁽⁵⁾، وحظي المجلس الدستوري بإصلاحات واسعة شملت معظم أحكامه، بداية من التشكيلة، حيث قام المؤسس من رفع عدد أعضائه إلى 12 عضو بدلا من 9 أعضاء، إضافة إلى استحداث ضمانات لتعزيز استقلاليتهم، وكذا توسيع دائرة المكلفين بإخطار المجلس الدستوري، ليشمل زيادة عن رئيس الجمهورية، ورئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، كل من الوزير الأول و50 نائب في المجلس الشعبي الوطني و30 عضو في مجلس الأمة،

¹ - Constitution Algérienne adoptée le 08 septembre 1963, J.O.R.A.D.P n 10 du 10 septembre 1963.

² - الصادر بموجب أمر رقم 67-97، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، ج.ر.ج.د.ش عدد 94، صادر في 24 نوفمبر 1976.

³ - دستور 1989 صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، ج.ر.ج.د.ش عدد 09 صادر في 01 مارس 1989.

⁴ - دستور 1996 صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.د.ش عدد 76 صادر

في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتم بقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.د.ش عدد 25 صادر في 14

أفريل 2002، معدل ومتم بقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.د.ش عدد 63 صادر في 16 نوفمبر

2008، معدل ومتم بقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.د.ش عدد 14 صادر في 07 مارس 2016.

⁵ - وذلك بموجب قانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر.ج.د.ش عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

وهو ما دفعنا للتساؤل عما إذا كانت هذه التعديلات وتوسيع دائرة الإخطار ستؤدي إلى تفعيل دور المجلس الدستوري، أم أنها مجرد نصوص شكلية تؤدي الوظيفة التزيينية، ولا ترقى لتفعيل دور البرلمانين في تحريك الرقابة على دستورية القوانين؟.

قصد الإجابة على هذه الإشكالية، واستنادا لأحكام الدستور والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، تبين لنا أنّ توسيع دائرة الإخطار إلى البرلمانين، يعدّ ضمانا وخطوة إيجابية نحو العدالة الدستورية (محور أول)، غير أنّه بالتمعن الدقيق في النصوص السالفة الذكر، وجدنا أنّ هذا الاعتراف لا يعدو أن يكون شكليا وتحيط به مجموعة من العراقيل، تجعل ممارسة نواب وأعضاء البرلمان لحقهم في الإخطار أمرا صعبا (محور ثان).

المحور الأول: إخطار المجلس الدستوري من طرف البرلمانين مكسب للعدالة الدستورية

يعرّف الإخطار بأنه الآلية التي يتم بواسطتها الاتصال بالمجلس الدستوري، والتي من خلالها يستطيع الشروع في ممارسة رقابته على موضوع معيّن، ويعدّ من أهم الإجراءات التي تحرك رقابة دستورية القوانين، وإتباعا لتحديد الجهة التي تتمتع بحق الإخطار، يتحقق سمو الدستور واحترامه⁽¹⁾. يعتبر حق إخطار المجلس الدستوري المعترف به للبرلمانين، مكسبا للرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، لما له من دور في تفعيل العدالة الدستورية على الأقل من الناحية الشكلية (ثانيا)، وقد قام الدستور الجزائري، والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، بإحاطة هذا الحق بمجموعة من الشروط، لا بد من احترامها لصحة الإجراء ولقبوله من طرف المجلس الدستوري (أولا).

أولا: كيفية إعمال البرلمانين لحقهم في إخطار المجلس الدستوري

خصّ الدستور الجزائري والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري البرلمانين بمجموعة من الشروط لممارسة حقهم في الإخطار، وتنقسم هذه الشروط إلى شروط شكلية (1)، وأخرى موضوعية (2)، وذلك على النحو الآتي:

¹ - جمال بن سالم، القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص.ص. 343، 344.

1- الشروط الشكلية للإخطار

قام المؤسس الدستوري الجزائري بالنص على مجموعة من الشروط لممارسة البرلمانين لحقهم في إخطار المجلس الدستوري، وبالتبعية تعزيز العدالة الدستورية في الجزائر، والمتمثلة أساسا في ضرورة توفر نصاب معين، وكذا إتباع جملة من الإجراءات خصّ بها البرلمانين، دون الجهات الأخرى التي لها سلطة الإخطار، وذلك دون إغفال توضيح آجاله، رغم عدم نص الدستور عليه، إلا أنه يستشف من نصوص أخرى في الدستور.

1-أ) - النصاب القانوني المطلوب لقبول الإخطار

نصت المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016 " يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول.

كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة "

يتبين من خلال المادة السالفة الذكر أنّ المؤسس الدستوري اعترف لـ (50) نائبا ولـ (30) عضو في مجلس الأمة بتحريك الرقابة على دستورية القوانين، وبذلك قد وسع من دائرة الإخطار بما لذلك من إيجابيات على الحقوق والحريات الأساسية، وتدعيم للعدالة الدستورية على الأقل من الناحية الشكلية.

سأيرت بذلك الجزائر الدول التي قطعت شوطا في مجال الرقابة على دستورية القوانين، والتي مكّنت البرلمانين من تحريك العدالة الدستورية، منها فرنسا التي قامت بمنح حق إخطار المجلس الدستوري لـ 60 نائبا و 60 عضوا في مجلس الشيوخ⁽¹⁾، والتي سأيرتها بعض الدول العربية ومن بينها المغرب، حيث منح الفصل 132 من دستور المملكة المغربية⁽²⁾ لخمس أعضاء مجلس النواب وأربعين عضوا من أعضاء مجلس المستشارين، إحالة القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المحكمة الدستورية، وكذلك دولة تونس التي منح دستورها لسنة 2014⁽³⁾ في الفصل 120 منه لثلاثين عضوا من أعضاء مجلس نواب الشعب تقديم طلب للمحكمة الدستورية لرقابة مشاريع القوانين.

¹ - Voir l'article 61 de la constitution française de 1958 modifiée, in www.legifrance.gouv.fr

² - نَقْدَ بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.91، الصادر في 29 يوليو 2011، دار الفكر العربي، 2011.

³ - للإطلاع على الدستور التونسي عد إلى الموقع: www.constituteproject.org.

1-ب- إجراءات الإخطار

خص النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري⁽¹⁾ نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة دون سواهم⁽²⁾، بمجموعة من الإجراءات حين قيامهم بإخطار المجلس الدستوري، وهو ما يظهر من نصوص المواد 10 إلى 13، حيث قام واضعو النظام بتقييد سلطة البرلمانين بمجموعة من الشروط والتمثلة في⁽³⁾:

- تضمين رسالة الإخطار الحكم أو الأحكام موضوع الإخطار والتبريرات المقدمة بشأنها، والذي نراه شرطا منطقيا لتمكين المجلس من القيام بمهمة الرقابة على أحسن وجه.
 - إرفاق رسالة الإخطار بقائمة أسماء وألقاب وتوقيعات نواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة أصحاب الإخطار، مع إثبات صفتهم عن طريق إرفاق الإخطار بنسخة من بطاقة النائب أو عضو مجلس الأمة، وذلك لغرض التحقق من توفر النصاب المطلوب لإعمال الإخطار.
 - إيداع رسالة الإخطار من قبل أحد المخطين المفوضين لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري.
- يقوم بعد ذلك المجلس الدستوري بإعلام رئيس الجمهورية ورئيسي مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول بالحكم أو الأحكام التي أخطر بها من طرف النواب أو أعضاء مجلس الأمة، وكذا بالتبريرات المقدمة من طرفهم⁽⁴⁾، ويجب أن يعلم رئيس الجمهورية قبل صدور القانون⁽⁵⁾.
- يمكن للمجلس الدستوري قبل إبداء رأيه، أن يطلب ملاحظات الجهات المعنية بشأن موضوع الإخطار، أو الاستماع إلى ممثلين عنها⁽⁶⁾، وإذا أخطر بأكثر من إخطار بشأن موضوع نفس الحكم أو الأحكام، يصدر رأيا واحدا في موضوع الإخطار⁽¹⁾.

¹ - الصادر في ج.ر.ج.د.ش. عدد 29، الصادر في 11 ماي 2016.

² - حيث في حالة الإخطار من طرف رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، يكفي توجيه رسالة توجه إلى رئيس المجلس الدستوري وفقا لنص المادة 08 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، دون تعقيد الإجراءات كما فعل مع إخطار البرلمانين.

³ - انظر المادة 10 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المرجع نفسه

⁴ - انظر المادة 11 من المرجع نفسه

⁵ - وذلك حتى يوقف رئيس الجمهورية إصدار القانون إلى غاية فصل المجلس الدستوري في دستوريته، وهو ما نصت عليه المادة 144 من دستور الجزائر لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور، معدل ومتمم، مرجع سابق، وذلك على النحو التالي: "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه.

غير أنه إذا أحظرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 187 الآتية، المجلس الدستوري، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة 188 الآتية."

⁶ - انظر المادة 11 من المرجع نفسه.

1-ج- آجال الإخطار

لم يحدد الدستور الجزائري أجلا للإخطار الممنوح للبرلمانيين، لكن بالعودة لنص المادة 144 منه نجد أنها منحت لرئيس الجمهورية مدة 30 يوم من تاريخ استلام القانون لإصداره، وبذلك وباعتبار أنّ مجال إخطار البرلمانيين هو الرقابة القبلية وفقا لنص المادة 08 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، فإنّ أجل أعمال هذا الحق لا يجب أن يتعدى هذه المدة⁽²⁾، وبالنسبة للمعاهدات فيجب إخطار المجلس بها قبل أن يصادق عليها رئيس الجمهورية، والتنظيمات قبل أن يوقع عليها رئيس الجمهورية بالنسبة للمراسيم الرئاسية، والوزير الأول بالنسبة للمراسيم التنفيذية، كونها كذلك تدخل ضمن زمرة النصوص التي تخضع للرقابة القبلية.

2- الشروط الموضوعية للإخطار

جاءت صياغة نص المادة 187 من الدستور عامة، ولم تشترط أن يكون 50 نائبا من المجلس الشعبي الوطني و30 عضوا في مجلس الأمة من المعارضة، لذا فإنّه بإعمال هذه المادة وربطها بالمادة 114 من الدستور المتعلقة بحقوق المعارضة البرلمانية⁽³⁾، تتجلى لنا فرضيتان حول النصوص التي يمكن للبرلمانيين إخطار المجلس الدستوري بعدم دستوريته، وذلك على النحو الآتي:

¹ - انظر المادة 12 من المرجع نفسه.

² - تجدر الإشارة إلى أنّ هناك تناقض بين نص المادة 191 من الدستور الجزائري، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مرجع سابق، والمادة 08 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، مرجع سابق، حيث نصت المادة 191: " إذا ارتأى المجلس الدستوري أنّ نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس."، بينما نصت المادة 08 من النظام: " يخطر المجلس الدستوري في إطار الرقابة القبلية طبقا لأحكام المادتين 186، 187 من الدستور، برسالة توجه إلى رئيسه، ويصدر رأيا في النص موضوع الإخطار."، لذا يجب تعديل المادة 191 لإزالة التناقض بين المادتين.

³ - تنص المادة 114 من الدستور الجزائري، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، المعدل والمتمم، مرجع سابق: " تتمتع المعارضة البرلمانية بحقوق تمكنها من المشاركة الفعلية في الأشغال البرلمانية وفي الحياة السياسية، لا سيما منها: ...

6- إخطار المجلس الدستوري طبقا لأحكام المادة 187 (الفقرتان 2 و3) من الدستور بخصوص القوانين التي صوت عليها البرلمان... "

2-أ) - إخطار المجلس الدستوري بخصوص المعاهدات، القوانين، والتنظيمات

يتبين لنا من خلال تحليل نص المادتين 187، 114 من الدستور الجزائري، أنّ أول فرضية يمكن أن تتحقق من الناحية القانونية في مجال الإخطار الممنوح للبرلمانيين، هي أن يقوم بذلك نواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة من غير المعارضة، وفي هذه الحالة يحق لهم إخطار المجلس الدستوري في مجال المعاهدات والنصوص القانونية، وحتى التنظيمات، وذلك لعمومية نص المادة 187 من الدستور. لكن تجدر الإشارة أنه ورغم تحقق الفرضية قانونا، إلا أنه من الناحية العملية، ليس من المتوقع أن يتولى البرلمان توجيّه إخطار بصدد المعاهدات والقوانين الحائزة على رضا الأغلبية البرلمانية والتنظيمات الصادرة من رئيس الجمهورية، فالتجربة السياسية الجزائرية أثبتت عدم خروج الأغلبية البرلمانية عن التيار السياسي الذي تنتمي إليه السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

2-ب) - إخطار المجلس الدستوري بخصوص القوانين التي صوت عليها البرلمان

يؤدي التوسيع غير المضبوط لمجالات إخطار المجلس الدستوري، إلى التقليل من فعالية الرقابة الدستورية والمساس بمبدأ الفصل بين السلطات، كما أنّ التضيق الشديد قد يخل بالغاية المنشودة، والمتمثلة في مطابقة النصوص التشريعية على مختلف درجاتها للدستور⁽²⁾.

قيّد المؤسس الدستوري من مجالات إخطار البرلمانيين من المعارضة للمجلس الدستوري، وهو ما يظهر من نص المادة 6/114 من الدستور، التي منحت للبرلمانيين حق إخطار المجلس الدستوري في القوانين التي صوت عليها البرلمان، وهو ما يقصي التنظيمات من مجال رقابة المجلس الدستوري، مما يقلل من فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.

لكن الإشكال المطروح، يتعلق بنوع النصوص التي يمكن إخطار المجلس الدستوري بشأنها، فهل تملك المعارضة البرلمانية فقط حق إخطاره باقتراحات ومشاريع القوانين المعروضة على البرلمان للمناقشة والتصويت، باعتبارها النصوص التي تتم مناقشتها من طرف البرلمان⁽³⁾، أم يمكن له كذلك إخطاره بالمعاهدات الواردة في

¹ - للتفصيل في مسألة تأثير المناخ السياسي في تفعيل العدالة الدستورية في الجزائر، انظر: - صايش عبد المالك، " أي مناخ سياسي لتفعيل إصلاحات المجلس الدستوري "، مداخلة ختامية أقيمت بالملتقى الوطني حول " المجلس الدستوري في ضوء تعديل 06 مارس 2016 إصلاحات مقررة في انتظار الممارسة -"، يوم 27 أبريل 2017، ص.ص. 232، 243.

² - قرماش كاتية، " سبل تفعيل دور أعضاء البرلمان والمواطنين في الإخطار "، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول " المجلس الدستوري في ضوء تعديل 06 مارس 2016 - إصلاحات مقررة في انتظار الممارسة -"، يوم 27 أبريل 2017، ص. 126.

³ - للتفصيل في كيفية مناقشة مشاريع أو اقتراحات القوانين من طرف البرلمان، أنظر المادة 138 من الدستور الجزائري لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

المادة 149⁽¹⁾ من الدستور، باعتبارها تدخل ضمن النصوص القانونية التي يجب عرضها على البرلمان للموافقة عليها؟

كان المؤسس الدستوري الفرنسي حاسما في هذه المسألة، وهو ما يظهر من نص المادة 54⁽²⁾، التي أكدت أنه إذا أخطر المجلس الدستوري من طرف رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيسي إحدى غرفتي البرلمان أو 60 نائبا أو 60 عضوا في مجلس الشيوخ، وأقر أن التزاما دوليا يتضمن شرطا مخالفا للدستور، فإن المصادقة أو قبول الالتزام الدولي لا يمكن أن يتم إلا بعد مراجعة الدستور، مما يفيد أن للبرلمانيين الحق في إخطار المجلس الدستوري بالمعاهدات، أما الوضع في الجزائر يستوجب انتظار الممارسة، رغم أن المتوقع أن تحرم المعارضة من حق إخطار المجلس الدستوري في مجال المعاهدات، بسبب تغليب فرضية عدم توجه نية المؤسس نحو تمكين البرلمانيين من تحريك الرقابة حول مثل هذه النصوص.

يملك رئيس الجمهورية الجزائري كذلك مجال واسعا لإصدار التنظيم، وبذلك كان على المؤسس الدستوري التوسيع من النصوص محل الإخطار لتمكين المعارضة من مواجهة التنظيمات، لتفعيل العدالة الدستورية، ففعالية أي جهاز رقابة يقوى ويضعف تبعا لإجراءات الإخطار، وكلما كان حق الإخطار مفتوحا كلما توسعت الرقابة وصارت أكثر فعالية⁽³⁾.

ثانيا: التأثير الإيجابي لتوسيع دائرة الإخطار إلى البرلمانيين على الرقابة على دستورية القوانين

أثبتت الممارسة الجزائرية في مجال الرقابة على دستورية القوانين، ضعف حصيلة نشاط المجلس الدستوري خارج مجال الرقابة الإجبارية، وذلك لتمتع السلطات المخول لها ممارسة الإخطار من تحريك العدالة الدستورية، بحكم طبيعة النظام السياسي الجزائري، ولعلّ توسيع دائرة الإخطار إلى البرلمانيين سيؤدي إلى

¹ - تنص المادة 149 من دستور 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، المعدل والمتمم، مرجع سابق: " يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة لقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقيات الثنائية أو المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة".

² - L'article 54 de la constitution française de 1958 modifiée, stipule : « Si le conseil constitutionnel, saisi par le président de la république, par le premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la constitution. ». In www.légifrance.gouv.fr

³ - جمال بن سالم، مرجع سابق، ص. 347، نقلا عن:

- Rafea BEN ACHOUR, Le contrôle de constitutionnalité des lois, états de la question, annuaire international de justice constitutionnelle, P.U.F, Paris, 1993.

مواجهة احتكار رئيس الجمهورية لهذا الحق (1)، كما أنه سيكمل نقص التمثيل المبني على منطق الأغلبية (2).

1- إمكانية مواجهة تمنع رئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة من ممارسة الإخطار

كانت السلطات المخول لها صلاحية إخطار المجلس الدستوري قبل تعديل الدستور لسنة 2016، منحصرة في كل من رئيس الجمهورية، رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس مجلس الأمة⁽¹⁾، غير أن الممارسة أثبتت ضعف الحصيلة الرقابية للمجلس⁽²⁾، فمعظم الإخطارات التي وجهت للمجلس الدستوري كانت من طرف رئيس الجمهورية في إطار الرقابة الإجبارية، ولم يخطر المجلس سوى ثلاث مرات من قبل رئيس المجلس الشعبي الوطني⁽³⁾ ومرة واحدة من طرف رئيس مجلس الأمة⁽⁴⁾، في مجال النصوص القانونية دون المعاهدات والتنظيمات.

يبرز كل ما سبق، تدني دور رئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة في تحريك الرقابة على دستورية القوانين، فرغم الاعتراف الصريح لهما بحق الإخطار إلا أنهما اختارا التمتع عن ممارسته، فاقصر الإخطار أمام المجلس الدستوري الجزائري على رئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ورئيس الجمهورية، قد ساهم بشكل كبير في بقاء مجال المعاهدات والتنظيمات دون رقابة المجلس الدستوري⁽⁵⁾، وذلك

¹ - انظر المادة 166 من دستور 1996 قبل تعديل 2016.

² - انظر حصيلة نشاط المجلس الدستوري، على الموقع الإلكتروني: <http://www.conseil-constitutionnel.dz> ، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 10-05-2018.

³ - وقد أصدر المجلس الدستوري قرارا ورأيين، وتتمثل في :

- قرار رقم 3-ق.ن.د-م د-89، مؤرخ في 18 ديسمبر 1989، يتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر 1989، ج.ر.ج.د.ش عدد 54، صادر في 20 ديسمبر 1989.

- رأي رقم 2-ر.ق.م.د.1989، مؤرخ في 09 ديسمبر 1989، يتعلق بدستورية القانون المصادق عليه من طرف البرلمان بتاريخ 5 ديسمبر 1989، والمتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية. تم الإطلاع عليه في الموقع: <http://www.conseil-constitutionnel.dz> ، بتاريخ 20 ماي 2018.

- رأي رقم 3-ر.ق.م.د.1989، مؤرخ في 09 ديسمبر 1989، يتعلق بدستورية القانون المصادق عليه من طرف البرلمان بتاريخ 5 ديسمبر 1989، والمتضمن تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية الولائية. تم الإطلاع عليه في الموقع: <http://www.conseil-constitutionnel.dz> ، بتاريخ 20 ماي 2018.

⁴ - فأصدر المجلس الدستوري رأي رقم 04/ر.ق.98، مؤرخ في 13 جوان 1998، حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و 11، 12، 14، 15 و 23 من القانون المتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، ج.ر.ج.د.ش عدد 43، صادر في 16 جوان 1998.

⁵ - وهو ما يجعل نشاط المجلس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين، ينصب على رقابة نشاط البرلمان فقط دون سواه، وهو ما يعيق بقوة تقدم المجلس، ويقلل من سرعة تعميق الديمقراطية التعددية. انظر الأمين شريط، "مكانة البرلمان الجزائري

على اعتبار أنه لا يمكن عمليا أن يخطر رئيس الجمهورية المجلس بما نتج عنه، ولا رئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بحكم كونهما من الأغلبية البرلمانية⁽¹⁾.

يظهر بذلك أنّ توسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين، قد يحدث فارقا في مجال تحريك الرقابة على دستورية القوانين، إذ يمكن أن يشهد المجلس الدستوري حركية في مجال الرقابة الإختيارية.

2- تكملة نقص التمثيل المبني على منطوق الأغلبية

تعدّ الفكرة الأساسية التي بني عليها مبدأ الفصل بين السلطات، خاصة في منظور منتسكيو، في الصراع بين السلطات السياسية العليا (التنفيذية والتشريعية)، التي على كل واحدة منها أن توقف الأخرى في حالة تجاوزها لاختصاصاتها، غير أنّ هذه الفكرة تجاوزها الزمن بفعل انقسام الأنظمة التي تنتهج التداول على السلطة إلى أغلبية من جهة ومعارضة من جهة أخرى، مع اعتبار الحكومة (السلطة التنفيذية) في هذه الحالة هي حكومة الأغلبية البرلمانية، وهكذا انتقل مبدأ الفصل بين السلطات إلى هذا المستوى وأصبحت له مضامين جديدة⁽²⁾.

يتجلى هذا الأمر في كون الاعتراف بهذا الحق للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، يضمن عدم المخاطرة والإضرار بحقوق وحرّيات الأفراد من خلال العمل التشريعي، ويعطي فرصة للبرلمانيين في المشاركة في العمل التشريعي بلعبهم لدور المنع لا التقرير، وبذلك يكمل الإخطار نقص التمثيل المبني على منطوق الأغلبية، ويعيد بناء فلسفة الوظيفة التشريعية لسيادة الشعب، والمساهمة في تفعيل الرقابة على دستورية القوانين خروجاً عن هيمنة السلطة التنفيذية وأغلبيتها البرلمانية⁽³⁾.

يسمح حق الإخطار الممنوح للبرلمانيين بذلك للأقلية في مواجهة الأغلبية داخل البرلمان، فإذا استطاعت هذه الأخيرة حشد أصوات نوابها لصالح قانون معين تعتقد الأقلية أنه لا يعبر عن إرادة الأمة، أمكن لها تعطيله من خلال الدفع أمام المجلس الدستوري بعدم دستوريته⁽⁴⁾.

في اجتهاد المجلس الدستوري"، ص.19. <https://www.manifest.univ-ouregla.dz.droit>، نقلا عن محمد يجاوي، المجلس الدستوري صلاحيات... إنجازات... وآفاق، مجلة الفكر البرلماني، عدد 05، مجلس الأمة، أبريل 2005، ص.41.

¹ - إبراهيم بلمهدي، المجالس الدستورية في دول المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.2010، ص.117.

² - الأمين شريط، "مرجع سابق، ص.12. <https://www.manifest.univ-ouregla.dz.droit>.

³ - محمد منير حساني، "توسعة حق إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين تأمين للوظيفة التشريعية"، ص.8 و 14.

<https://www.manifest.univ-ouregla.dz.droit>

⁴ - جمال بن سالم، مرجع سابق، ص.355.

المحور الثاني: العراقيل التي تحول دون تفعيل توسيع دائرة الإخطار إلى البرلمانين للرقابة على دستورية القوانين

يعتبر منح البرلمانين الحق في إخطار المجلس الدستوري دعامة للعدالة الدستورية، إلا أن هذا الأمر مرهون بإزالة العراقيل والقيود التي تحول دون تفعيل هذا الإجراء، فرغم أن الدستور الجزائري منح للبرلمانين حق الإخطار إلا أنه أحاطه بمجموعة من القيود تحدّ من فعاليته (أولاً)، ناهيك عن العقوبات التي من المتوقع أن تصادفهم في الممارسة والتي تجعل ممارسة هذا الحق صعباً (ثانياً).

أولاً: القيود القانونية التي تحدّ من فعالية حق الإخطار الممنوح للبرلمانين

يحدّ من فعالية تحريك الرقابة على دستورية القوانين من طرف البرلمانين، مجموعة من القيود والعراقيل القانونية، والمتمثلة أساساً في تقييد مجال إخطار البرلمانين (1)، تعقيد إجراءات ممارسة الحق (2)، وأخيراً صورية استقلالية المجلس الدستوري المعلنة عنها في الدستور (3).

1- تقييد مجال إخطار البرلمانين للمجلس الدستوري

بيّنا حين دراسة الشروط الموضوعية للإخطار الممنوح للبرلمانين، وتحليل المادتين 187، 114 من الدستور، أن هذا الأخير قام بحصر مجال إمكانية تحريك الرقابة على دستورية القوانين من طرف المعارضة، في النصوص التي صوت عليها البرلمان، وهو ما جعلنا نتساءل عن إمكانية إخطار المجلس في مجال المعاهدات الدولية بحكم ضرورة موافقة البرلمان عليها.

لكن حتى وإن كانت الفرضية صحيحة، إلا أن الممارسة الجزائرية في مجال المعاهدات الدولية، والمتمثلة في أعمال التصديق الناقص⁽¹⁾، تجعل ممارسة البرلمانين لهذا الحق مستحيلاً، ناهيك عن عدم إمكانية المعارضة إخطار المجلس الدستوري في المعاهدات غير الواردة في المادة 149، والتي لا تستوجب إمرارها للبرلمان للموافقة عليها، وهو ما يقلل من فعالية توسيع دائرة الإخطار إلى البرلمانين، وهو ما يعيدنا لحقبة ثبت فيها فشل رقابة رئيس الجمهورية ورئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة لدستورية المعاهدات⁽²⁾.

¹ - نقصد بالتصديق الناقص، قيام رئيس الجمهورية بذلك دون عرض الاتفاق على البرلمان للموافقة، مما يفقد فرضية إمكانية ممارسة البرلمانين للإخطار تفقد محتواها، للتفصيل في فكرة التصديق على المعاهدات الدولية، انظر:

- قادري نسيم، الممارسة الجزائرية في مجال الآليات التشريعية الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع القانون العام، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص. 50.

² - قرماش كاتية، مرجع سابق، ص. 127.

لا تملك المعارضة البرلمانية كذلك صلاحية إخطار المجلس الدستوري حول دستورية التنظيمات، وهو ما يعتبر استمرارية لحجب مثل هذه النصوص من رقابة المجلس الدستوري، وهو ما يؤكد عدم وجود إرادة سياسية حقيقية في تفعيل العدالة الدستورية في الجزائر.

كان على المؤسس الدستوري الجزائري ولغرض تفعيل العدالة الدستورية في الجزائر، عدم تقييد دور المعارضة في إخطار المجلس الدستوري، ومنحه اختصاصا عاما يشمل النصوص القانونية والمعاهدات وكذا التنظيمات، وخصوصا أن توسيع دائرة الإخطار كان استجابة لجملة الانتقادات الموجهة لعملية تحريك الرقابة على دستورية القوانين، وخصوصا قصور نظم الإخطار التقليدية.

2- تعقيد إجراءات ممارسة البرلمانين للإخطار

نصت المادة 08 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، أن الإخطار في مجال الرقابة القبلية يكون بموجب رسالة موجهة لرئيس المجلس الدستوري مع ضرورة إرفاقها بالنص محل الإخطار، غير أنه وإن كانت بعض الشروط إذا كان المخطر هم البرلمانين ضرورية ولازمة لتفعيل الإخطار، إلا أن هناك منها⁽¹⁾ ما نراه مبالغ فيها ووسيلة للتضييق على المعارضة البرلمانية.

نصت المادة 11 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، على ضرورة إعلام رئيس الجمهورية، رئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والوزير الأول بالأحكام محل إخطار البرلمانين، مع إمكانية طلب ملاحظات من الجهات المعنية بشأن موضوع الإخطار أو الاستماع لممثليهم، فإذا كان إعلام رئيس الجمهورية والوزير الأول له ما يبرره، وهو توقيف إصدار النص محل الإخطار بالنسبة لرئيس الجمهورية، وللدور الذي يؤديه الوزير الأول في عملية التشريع، من خلال الإشراف على عملية إعداد مشاريع القوانين وكذا توليه سلطة تنفيذها، فما الجدوى من إعلام الجهات الأخرى وما ضرورة السماع لملاحظاتهم؟، ألا يمكن أن يؤثر هذا الأمر على رأي المجلس الدستوري، خصوصا أن الدستور والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس لم يبيّنا كيف تتم هذه العملية؟

3- صورية استقلالية المجلس الدستوري المعلن عنها في الدستور

يعدّ القيد الآخر لتفعيل دور البرلمانين في تحقيق العدالة الدستورية في الجزائر، في استمرارية هيمنة السلطة التنفيذية في تعيين أعضاء المجلس الدستوري، حيث تنص المادة 183 منه على: " يتكون المجلس الدستوري من اثني عشر (12) عضوا: أربعة (4) أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس

¹ - وذلك بموجب المواد 10، 11 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، مرجع سابق.

يعينهم رئيس الجمهورية، واثنان (2) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، واثنان (2) ينتخبهما مجلس الأمة، واثنان تنتخبهما المحكمة العليا، واثنان ينتخبهما مجلس الدولة.

في حالة تعادل الأصوات بين أعضاء المجلس الدستوري، يكون صوت رئيسه مرجّحا...".

وهكذا فرغم تصور إمكانية تمكن الأقلية البرلمانية من تحريك رقابة المجلس الدستوري، إلا أنّ صورية الاستقلالية المصرح بها في الدستور للمجلس الدستوري⁽¹⁾، تفرغ صلاحية البرلمانين في الإخطار من محتواها وذلك بسبب استمرارية هيمنة السلطة التنفيذية في تعيين أعضائه، وعدم وجود توازن في تمثيل السلطات في المجلس وذلك رغم استحداث ضمانات جديدة لتعزيز الاستقلالية⁽²⁾، وحتى رغم الحياد اللازم في أعضاء المجلس المنصوص عليه في النظام المحدد لقواعد عمل المجلس⁽³⁾، ففي نهاية المطاف فإنّ رئيس الجمهورية سيتحكم في قرارات وآراء المجلس، من خلال سلطته في تعيين الرئيس والنائب، خصوصا وأنه عند القيام بالرقابة وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس.

ثانيا: القيود العملية التي تحد من فعالية حق الإخطار الممنوح للبرلمانيين

يمكن إجمال العقبات التي قد تحول دون ممارسة البرلمانين لحق الإخطار الممنوح لهم دستوريا، في جملة الاعتبارات التي تؤدي إلى إضعاف المعارضة، وبالتبعية تهميش دورها في تحريك العدالة الدستورية، والمتمثلة أساسا في الانشقاقات والانقسامات التي تعاني منها (1)، وكذا التحالفات الرئاسية التي تؤدي إلى إضعاف المعارضة وعدم تمكنها من تحقيق النصاب المطلوب للإخطار (2).

1- صعوبة تحقق النصاب المطلوب للإخطار بسبب الانشقاقات والانقسامات التي تعاني منها المعارضة في الجزائر

اشتراط المؤسس الدستوري لتمكين نواب البرلمان أو أعضاء مجلس الأمة من تحريك الرقابة على دستورية القوانين، توفر نصاب 50 نائب أو 30 عضو في مجلس الأمة، وهو ما يصعب تحقيقه من الناحية العملية سواء تعلق الأمر بنواب البرلمان أو حتى لأعضاء مجلس الأمة، فبالنسبة لنواب المجلس الشعبي الوطني، أصبحت المعارضة في الجزائر ابتداء من سنة 2014 تنشط تحت لواء التنسيق الوطنية للانتقال الديمقراطي

¹ - انظر المادة 182 من مرسوم رئاسي رقم 96-438، يتضمن نص تعديل الدستور/ مرجع سابق.

² - تتمثل هذه الضمانات في تقييد العضوية بضرورة توفر جملة من الشروط، وكذا أداء اليمين، وأخيرا الحصانة القضائية، انظر المواد 184، 183، 185 من التعديل الدستوري لسنة 2016، الصادر بموجب قانون رقم 16-01، مرجع سابق.

³ - انظر المادة 76 من النظام المجدد لقواعد عمل المجلس، مرجع سابق.

والتي تضم حوالي 11 حزب⁽¹⁾، غير أنّ هذا الأمر، حتى وإن تمكن من الإنقاص من حدة العراقيل التي تعاني منها الأقلية البرلمانية في الجزائر، إلا أنّ النخب السياسية المعارضة لا تزال تشكو من حالة انقسامية ثقافية، جعلتها قبل لقاء زريدة، ترفض العمل المشترك فيما بينها حتى عندما يتعلق الأمر بنفس العائلات السياسية والفكرية، ولا يزال ذلك سائدا حتى بعد تشكيل التنسيقية، فالمعارضة ازدادت الشكوك فيما بينها وتضخمت الحزبات الشخصية التي ولّدت حالة انشقاقات شبه دائمة مست مختلف الأحزاب⁽²⁾.

تؤدي هذه الانشقاقات إلى صعوبة إجماعهم وتحقيق الحد أو العدد المطلوب دستوريا لتقديم الإخطار، وخصوصا أنّ عدد 50 نائبا لا يسمح للكتل البرلمانية المعارضة بإخطار المجلس الدستوري، لذا يستحسن لو تم الأخذ بنصاب أقل لتفعيل دور النواب⁽³⁾، ولما لا الأخذ بنصاب 20 نائب المعمول به في اقتراح القوانين⁽⁴⁾، فرغم إمكانية تحقق النصاب من الناحية القانونية مقارنة بعدد نواب المجلس الشعبي الوطني (462)، إلا أنّه من جانب الممارسة التي تبرز ضعف المعارضة البرلمانية، يصعب تحقق النصاب المطلوب.

يعاني مجلس الأمة كذلك من إكراهات تجعل تحقيق النصاب القانوني أمرا مستحيلا فهو من 144 عضو، وقد اشترط المؤسس الدستوري العدد 30 لإمكانية تحريك رقابة المجلس الدستوري من طرفهم، وبحكم وجود الثلث الرئاسي، والذي يشكل 48 عضوا، والذي لا نتصور قيامه بالإخطار في القوانين التي تتال موافقة الأغلبية البرلمانية، يبقى عدد 96، والذي يشكّل المنتخبين من بين أعضاء المجالس الشعبية المحلية والتي معظمها تكون الأغلبية فيها للأحزاب الموالية، فهل نتصور تحقق النصاب المطلوب؟ سؤال يجيب على نفسه⁽⁵⁾.

¹ - حيث اجتمعت المعارضة في الجزائر لأول مرة في تنسيقية وطنية للانتقال الديمقراطي في لقاء زريدة المنعقد في 04 جوان 2014. انظر - عبد الناصر جابي، وضع المعارضة الجزائرية ومساراتها المحتملة، تقارير مركز الجزيرة للدراسات، 03 جانفي 2016، ص.03.

² - عبد الناصر جابي، مرجع سابق، ص.04.

³ - وهو ما صرح به بعض الباحثين حين تقييمهم لتجارب الدول الأخرى في المسألة، انظر: - جمال بن سالم، مرجع سابق، ص.354.

⁴ - انظر المادة 2/136 من دستور 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁵ - وهيبه برازة، " عن فعالية توسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين والقضاء"، مداخلة ختامية أقيمت بالملتقى الوطني حول " المجلس الدستوري في ضوء تعديل 06 مارس 2016 - إصلاحات مقررة في انتظار الممارسة-"، يوم 27 أفريل 2017، ص.116.

2- إضعاف المعارضة بسبب التحالفات الرئاسية

يعتبر العامل الثاني الذي يضعف المعارضة في الجزائر، التحالفات الرئاسية التي شكّلت ولا تزال تشكّل حاجزا منيعا أمام المعارضة، والسماح لرئيس الجمهورية الانفراد بالقرار الوطني⁽¹⁾ وتهميش المعارضة، وباشتراط 50 نائب لتحريك الرقابة على دستورية القوانين، يمكن القول أنّ هذا الحق للنواب سيظل مجرد حق دستوري، تقل فرص ممارسته في الواقع بحكم العراقيل التي تحيط به⁽²⁾.

خاتمة

تبين لنا من خلال هذه الورقة البحثية، أنّه ورغم اعتبار توسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري للبرلمانيين خطوة يشكر عليها المؤسس الدستوري، إلا أنّه كان عليه أن يحيطها بالضمانات التي تجعل ممارسة نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة لهذا الحق أمرا ممكنا، وذلك لغرض تفعيل العدالة الدستورية وترقية وحماية حقوق المواطنين.

لكن موقف المؤسس الدستوري جاء عكس ما كان منتظرا، وذلك بسبب احتواء الدستور وكذا النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لجملة من العراقيل التي تجعل سلطة البرلمانين في الإخطار مفرغة من محتواها، لذا ولغرض تفعيل الرقابة على دستورية القوانين، كان لزاما على الجزائر أن تصاحب مسيرتها للمجتمع الدولي، من خلال منح البرلمانين سلطة إخطار المجلس الدستوري، إبراز وجود إرادة سياسية فعلية في الارتقاء بالعدالة الدستورية في الجزائر، وذلك من خلال:

- منح نواب البرلمان وأعضاء مجلس الأمة مجالا واسعا في مجال الرقابة، ليشمل كل من القوانين والمعاهدات وحتى التنظيمات، لأنّ المجال المسموح به لهم يعيدنا إلى حقبة عمل المجلس الدستوري قبل تعديل 2016، التي أثبت فيها فشل الرقابة على دستورية القوانين بحكم ممارسته في الإجمال للرقابة الإجبارية، باستثناء بعض الإخطارات بمجال الرقابة الإختيارية والتي لا يمكن الاعتداد بها،
- تبسيط إجراءات الإخطار، أو على الأقل إتباع نمط إجراءات موحد لجميع السلطات المخول لها صلاحية المجلس الدستوري وعدم تخصيص البرلمانين بإجراءات دون غيرهم من السلطات، مما يبرز بوضوح نية المؤسس في التضييق على نواب البرلمان وأعضاء مجلس الأمة،

¹ - محمد بوضياف، مستقبل النظام السياسي الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه بقسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر، 2008، ص.265.

² - وهيبه برازة، مرجع سابق، ص.117.

- التخفيض من النصاب القانوني المطلوب لصحة الإخطار، ذلك أنّ الوضعية التي تعيشها المعارضة في الجزائر تجعل أمر تحققه صعبا إن لم نقل مستحيلا، لذا كان على المؤسس الأخذ بالنصاب القانوني المشترك لاقتراح القوانين،
- ضمان استقلالية للمجلس الدستوري في مواجهة السلطة التنفيذية، لأنها مفتاح تفعيل السلطة الممنوحة للبرلمانيين في الإخطار.

إشكالية تحديد صفة الناقل البحري في منازعات النقل البحري في القانون الجزائري

بن الصغير شهرزاد⁽¹⁾
جامعة بجاية

الملخص:

ترتبط الدراسة بإشكالية تحديد صفة الناقل البحري في منازعات النقل البحري في القانون الجزائري، سواء تعلق الأمر بتحديد صفة هذا الأخير في النقل المتتابع البحري، أو تحديد صفته في عقد إيجار السفينة، فكثيراً ما يؤدي هذا الأخير إلى خلق نوع من الصعوبة في التمييز بين صفة الناقل البحري وبين صفة المؤجر. وعليه نتساءل عن الصعوبات التي تعترض تحديد صفة الناقل البحري في منازعات النقل البحري؟

الكلمات المفتاحية:

الناقل البحري، عقد النقل البحري، النقل المتتابع البحري، سند الشحن، عقد إيجار السفينة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/01/21، تاريخ قبول المقال: 2018/03/07، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بن الصغير شهرزاد، "إشكالية تحديد صفة الناقل البحري في منازعات النقل البحري في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 123-136.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

⁽¹⁾ أستاذة مساعدة قسم "أ"، قسم التعليم الأساسي للحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

المؤلف المراسل: ben.charazed@live.fr

The problem of determining the quality of the maritime carrier in the maritime transport disputes in Algerian law

Abstract:

This study deals with the problem of determining the quality of the maritime carrier in marine transport disputes in the Algerian law, whether it is to determine the latter's status in maritime continuing transport or to determine its status in the charter-party. Indeed, the latter often creates some difficulty in distinguishing between the quality of the maritime carrier and that of the landlord. Therefore, the researcher follows up the difficulties in determining the quality of a maritime carrier in maritime transport disputes.

Keywords:

Maritime carrier, maritime transport contract, maritime through transport, bill of lading, and charter-party.

Problématique de la détermination de la qualité du transporteur maritime dans le contentieux du transport maritime en droit algérien

Résumé:

La présente étude a pour objet de mettre l'accent sur la problématique de la détermination de la qualité du transporteur maritime en matière de contentieux maritime. Il s'agit ici de la qualité de ce dernier aussi bien dans le transport successif que dans la charte-partie. En effet, ce dernier pose, dans bien des cas, une difficulté quant à la distinction entre la qualité du transporteur maritime et celle du locataire. Ainsi, on se demande quelles sont les difficultés auxquelles se heurte la détermination de la qualité du transporteur maritime dans le contentieux en question.

Mots clés:

Le transporteur maritime, le contrat de transport maritime, le transport successif, le connaissement, et la charte-partie.

مقدمة

لقد حظى موضوع النقل البحري باهتمام واسع على المستويين الدولي¹ والداخلي²، بحيث أصبح يتسم بالعالمية نظراً لكون عقد النقل بمثابة المكمل الاقتصادي لعقد البيع الدولي³. ولقد تطلب التطور الحاصل في مجال النقل البحري وضع تشريعات جديدة أو تعديل بعض أحكام التشريعات⁴ المعمول بها لحماية أصحاب الحق في البضائع، وتأسيساً على ما تقدم، كان لزاماً على الدولة الجزائرية أن تجد لها ضماناً قانونياً فعالاً يعمل على تحريك دواليب النقل البحري ويحمي التجارة الدولية، وقد كان لها ذلك بإصدار العديد من النصوص القانونية التي تصون وتحمي النقل بصفة عامة⁵ والنقل البحري بصفة خاصة، وذلك وفق أسس قانونية دولية.

¹ - بحيث تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية بروكسل الدولية لسنة 1924 والمتعلقة بتوحيد نظام سندات الشحن، المعدلة ببروتوكولين الأول موقع بتاريخ 1968/02/23 ببروكسل ويتضمن قواعد فيسبي الذي دخل حيز التنفيذ يوم 23 جوان 1977 والثاني الموقع بتاريخ 21 ديسمبر 1979 ودخل حيز التنفيذ في 14 فيفري 1984، وانضمت الجزائر إلى اتفاقية بروكسل بموجب المرسوم 71/64 المؤرخ في 1964، ج ر عدد 28 لسنة 1964 ولم تنضم إلى البروتوكولين المعدلين لها . انظر في ذلك : جبارة نورة، نظام إعفاء الناقل البحري للبضائع، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2008/2007، ص 1 و 2.

كما تم إبرام اتفاقية هامبورغ 1978 المتعلقة بنقل البضائع بحرا الموقعة بهامبورغ في 31 مارس 1978 المسماة بقواعد هامبورغ والتي دخلت حيز التنفيذ الدولي بتاريخ 1992/01/01.

إلى جانب اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا والمعروفة بقواعد روتردام 2008.

² - لقد قامت الدولة الجزائرية باستحداث مرفق النقل البحري بموجب المرسوم رقم 489/63 المؤرخ في 1963/12/31 المتضمن إنشاء الشركة الوطنية للملاحة البحرية، ج ر عدد 6.

للتفصيل أكثر انظر: بن الصغير شهرزاد، واقع وحاضر امتياز استغلال خدمات النقل البحري في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، الصادرة عن مخبر القانون البحري والنقل، جامعة تلمسان، العدد 5، 2017، ص 92.

³ - REMONDE- GUILLOUD Martine, *Du droit de disposition*, DMF, 1990, p. 587.

⁴ - مثلا في التشريع الجزائري نجد صدور: أمر رقم 08-76، مؤرخ في 23 أكتوبر سنة 1976، المتضمن القانون البحري، ج.ر عدد 29 لسنة 1977، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-98، مؤرخ في 25 يونيو سنة 1998، ج.ر عدد 47 صادر في 27 يونيو 1998.

⁵ - مثلا بالنسبة للنقل البري، تم إصدار المرسوم رقم 82-148 المؤرخ في 17 أبريل 1982 يتضمن التدابير المتعلقة بممارسة أعمال النقل البري، ج ر عدد 16 الصادرة في 20 أبريل 1982. للتفصيل أكثر انظر :

BEN MAAROUF Abdellah, *La facilitation de transport routier en Algérie, point de vue d'un opérateur*, groupe SNTR, Atelier sur les conditions pour assurer un transport multimodal efficace en méditerranée, Casablanca, 4et5 mars 2004, p. 125. [http:// www.euromedtransport.org/fileadmin...](http://www.euromedtransport.org/fileadmin...)

فعملية النقل البحري تثير الكثير من المنازعات وهذا ما يعرف بمنازعات النقل البحري، فقد يفهم للوهلة الأولى أنّ تحديد صفة الناقل في منازعات النقل البحري يغدو بدون إشكالات أو صعوبات تحد منها، إلا أنه قد يحدث عملياً أن تتم عملية النقل وفق نقل متتابع *le transport successif* والذي يتم على عدة مراحل متتالية¹، فالنقل المتتابع البحري هو الذي يكون بحرياً في جميع مراحلها، وفي هذا النوع من النقل يتعهد الناقل البحري بتوصيل البضاعة ليس بوسائله الخاصة وحدها²، أين يتعاقد الشاحن مع عدة ناقلين سواء مع تعدد عقود النقل أو عن طريق عقد نقل واحد، بحيث يعهد الناقل المتعاقد عملية النقل لناقل آخر وهو الناقل الفعلي، وهذا الناقل الفعلي قد لا يكون مالكاً ولا مستأجراً ولا مجهزاً للسفينة.

كما أنّ منازعات النقل البحري، تثير إشكالية تحديد صفة الناقل في النقل عن طريق عقد إيجار السفينة، فكثيراً ما تختلط صفة الناقل مع صفة المؤجر السفينة.

في ضوء هذه المعطيات لنا أن نتساءل؛ عن مدى صعوبة تحديد صفة التقاضي بالنسبة للناقل البحري في منازعات النقل البحري للبضائع؟

اعتمدنا في الإجابة عن الإشكالية التي تثيرها هذه الدراسة على الوصف كلما كان ذلك ضرورياً للتحليل، فالمنهج قائم على مزاجية المنهجين الوصفي والتحليلي من أجل الوصول إلى القصد من هذه الدراسة.

ولقد قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين؛ يرتبط الأول بعرض مختلف المعوقات المتعلقة بتحديد صفة الناقل البحري في منازعات عقد النقل البحري، في حين خصصنا المبحث الثاني لعرض مختلف الصعوبات التي يثيرها تحديد صفة هذا الأخير في منازعات إيجار السفينة.

المبحث الأول: إشكالية تحديد صفة الناقل في منازعات عقد النقل البحري

إنّ منازعات عقد النقل البحري³ تثير إشكالية تحديد صفة الناقل¹ البحري إذا تعلق الأمر بالنقل المتتابع، والذي قد يقف عائقاً أمام تحديد صفة هذا الأخير، سواء تعلق الأمر بنقل بحري متتابع بعقود متعددة وناقلين متعددين (المطلب الأول)، أو بنقل بحري متتابع بعقد واحد وناقلين متعددين (المطلب الثاني).

¹ - سلطانة عائشة، تنفيذ عقد النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال المقارن، جامعة وهران، 2012، ص 143.

² - كمال حمدي، القانون البحري، المرجع السابق، ص 534.

³ - يعرف عقد النقل البحري بأنه عقد يلتزم بمقتضاه الناقل بإيصال البضائع من ميناء إلى آخر مقابل أجر يدفعه الشاحن Voir RODTÈRE René, *Traité général de droit maritime - Affrètements & transports*, T.2, - *Les contrats de transport de marchandises*-, Dalloz, Paris, 1968, p. 22.

كما وعرفه البعض الآخر بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه الناقل مالكاً أو مجهزاً أو مستأجراً للسفينة بنقل البضاعة لصالح شخص آخر هو الشاحن" انظر في ذلك: محمد كمال حمدي، عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري، الطبعة 8، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص 7.

المطلب الأول: النقل المتتابع كعائق لتحديد صفة الناقلين

في هذه الحالة نكون أمام عدة عقود نقل بحرية مستقلة عن بعضها البعض، وفي المقابل من ذلك نكون أمام عدة ناقلين، كأن يقوم الشاحن² بالتعاقد مع الناقل الأول عن طريق عقد نقل بحري ويتعاقد مع ناقل آخر لإكمال الرحلة البحرية، وذلك عن طريق إبرام عقد نقل بحري آخر مستقل عن عقد النقل البحري الأول. وعليه، نكون أمام عدة عقود نقل متعاقبة وعمليات قانونية مستقلة³. وفي مثل هذه الحالة عادة ما يستعين الشاحن بوكيل العبور من أجل تسلم البضائع من الناقل الأول وتسليمها إلى الناقل الثاني، بحيث يتصور أن السفينة الثانية غير مملوكة للناقل الأول، لذا فالشاحن يكون مضطراً إلى التعاقد مع ناقل ثاني وثالث ورابع إن وجد، وذلك بحسب عدد عقود النقل المبرمة. أما إذا كانت السفينة مملوكة لنفس الناقل فلا إشكال في ذلك⁴. وقيام الشاحن بإبرام العديد من عقود النقل البحرية يؤدي إلى خلق إشكالية تحديد فترة وقوع الضرر (الفرع الأول)، إلى جانب تقادم هذه الصعوبة في حالة الاستعانة بناقل من الباطن في حالة تعدد عقود النقل البحري مع تعدد الناقلين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إشكالية تحديد مرحلة وقوع الضرر في النقل المتتابع مع تعدد عقود النقل البحري والناقلين البحريين

وفي حالة النقل المتتابع عن طريق عدة عقود وعدة ناقلين لا تثار إشكالية تحديد صفة الناقل البحري، فصفة الناقل واضحة في كل عقد نقل بحري، ولكن الصعوبة تكمن في تحديد الفترة والوقت الذي حدث فيه ضرر للبضاعة، بمعنى أنه يصعب تحديد الناقل المسؤول عن الأضرار التي لحقت بالبضائع خاصة إذا كان النقل يتم عن طريق الحاويات، فشنح الحاوية لا يمكننا من معرفة حالة البضائع التي تحويها، إلا في حالة تفريغها.

¹ - لم يقر المشرع الجزائري بتعريف الناقل البحري تعريفاً دقيقاً، ولكن بالرجوع إلى نص المادتين 738 و 754 من القانون البحري، نستنتج أن الناقل البحري عبارة عن ذلك الشخص الذي يتعهد بموجب عقد نقل البضائع بحراً بإيصال بضاعة معينة من ميناء إلى آخر.

² - الشاحن الشخص الذي يقوم بطلب نقل البضاعة الخاصة به أو خاصة بشخص آخر من ميناء إلى آخر. انظر في ذلك: BOYE Albert, « Transports maritimes, (transport de marchandises par mer, transport sous connaissance-Nature de contrat- Formation et rupture de contrat) », Juris-classeur, commercial, Fascicule (C), p 4, n 17, A 1970 .

³ - قماز ليلي إلبياز، أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2013-2014، ص 72.

⁴ - قماز ليلي إلبياز، المرجع نفسه، ص 72.

عليه، ومن أجل تفادي هذا الإشكال، فعلى الشاحن البحري عدم الإقبال على إبرام عدة عقود نقل بحرية مع عدة ناقلين، لصعوبة تحديد الفترة التي حصلت فيها الأضرار هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ذلك من شأنه أن يهدر بوقت ومال الشاحن، بحيث يتعاقد مع عدة شاحنين، وهذا ما يترتب عليه تكاليف باهظة في سبيل إبرام كل تلك العقود.

الفرع الثاني: تفاقم إشكالية تحديد مرحلة وقوع الضرر في حالة تعدد عقود النقل وتعدد الناقلين مع الاستعانة بالناقل من الباطن

يتزايد إشكال تحديد وقت وقوع الضرر اللاحق بالبضاعة في حالة قيام أحد الناقلين بالاستعانة بالناقل من الباطن، وفي هذه الحالة نميز بين حالتين:

أولاً/ حالة وجود شرط يبيح للناقل المتعاقد إمكانية استبداله بناقل آخر

قد يتفق الناقل والشاحن على إمكانية استعانة الناقل بناقل آخر، كأن ينص سند الشحن مثلا على إمكانية نقل البضاعة من طرف الناقل الذي أصدر السند، أو من طرف ناقل آخر يعينه الناقل الأول وهذا ما أخذت به الاتفاقيات الدولية¹، في هذه الحالة يعدّ الناقل المتعاقد وكيلًا للشاحن²، فالناقل المتعاقد لا يعتبر مسؤولاً إلا إذا ارتكب خطأ شخصياً، فالمسؤولية يتحملها الناقل الفعلي أو الناقل من الباطن.

¹ - تعرضت اتفاقية هامبورغ لسنة 1978 إلى النقل المتتابع البحري من خلال المادة 11 باعتباره نقلا بحريا في جميع مراحلها، معتبرة الناقل الأول هو ناقل متعاقد والناقلين اللاحقين هم ناقلين فعليين للجزء من الرحلة الذي يعهد إليهم، كما وأجازت المادة 11 إعفاء الناقل الأول الأصلي من المسؤولية عما يحدث للبضائع أثناء وجودها في عهدة الناقل الفعلي لهذا الجزء من الرحلة وعلى الناقل عبء إثبات وقوع الضرر في مرحلة النقل التي لم يقم بها الناقل الأصلي، وهذا استثناء على نص المادة 10 من الاتفاقية التي تعتبر أنه عندما يسند الناقل تنفيذ النقل كله أو بعضه إلى ناقل فعلي، سواء أكان بموجب رخصة مقررة في عقد النقل أم لا، بحيث يظل الناقل مسؤولا عن النقل برمته .

² - قماز ليلي إلدياز، المرجع السابق، ص 73.

ثانيا/ حالة سكوت سند الشحن عن مدى جواز استبدال الناقل

إذا لم يتفق الناقل المتعاقد والشاحن حول مدى جواز استبدال الناقل، وأثناء تنفيذ عقد النقل البحري، تم استبدال الناقل المتعاقد بناقل آخر، فالمسؤولية يحملها الناقل المتعاقد وليس الناقل من الباطن، ولا وجود لأية علاقة تعاقدية بين الشاحن والناقل من الباطن، ولكن يملك الشاحن في المقابل من ذلك رفع دعوى غير مباشرة. أما في حالة وجود شرط يمنع من الاستعانة¹ بالناقل من الباطن، فالناقل المتعاقد، يتحمل مسؤولية الهلاك أو التلف الذي يلحق البضاعة. أما الناقل الفعلي فيسأل عن استلامه البضاعة رغم عدم وجود أي رابطة عقدية تربطه بالشاحن².

وعليه، تكبر وتتفاقم صعوبة تحديد فترة وقوع الضرر في حالة النقل المتتابع مع تعدد عقود النقل والناقلين، مع استعانة أحد الناقلين المتعاقدين بالناقل من الباطن، بحيث تتعدّد المسألة وتتشابك أكثر ويصعب إثبات المرحلة التي وقع فيها الضرر، وذلك لتعدّد الناقلين سواء المتعاقد معهم أو من الباطن، فعلى الشاحن تجنب اللجوء في حالة النقل البحري المتتابع إلى إبرام العديد من عقود النقل مع تعدد الناقلين، خاصة إذا سمح في وثيقة الشحن بإمكانية الاستعانة بالناقل من الباطن، بل يقتصر على إبرام عقد نقل واحد حتى ولو تعدد الناقلون البحريون.

المطلب الثاني: النقل المتتابع كعائق لتحديد صفة التقاضي: عقد نقل واحد مع تعدد الناقلين

في هذه الحالة نميز بين حالة إصدار سند شحن عادي (الفرع الأول)، وحالة إصدار سند شحن مباشر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالة إصدار وثيقة شحن عادية

الأصل أنه يجوز للناقل أن يعهد بتنفيذ عملية النقل أو بتنفيذ جزء منها إلى ناقل آخر وهو الناقل الفعلي ما لم يتفق على غير ذلك، ويبقى الناقل المتعاقد مسؤولاً قبل الشاحن عن جميع الأضرار التي تحدث أثناء تنفيذ

¹ - مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، مصر، ص 326.

² - إلا أن الشرط الذي يمنع من إمكانية استبدال الناقل يتعارض مع الالتزام الذي يفرض على الناقل مسافنة البضاعة، لأن هذه الأخيرة لا تتم بالضرورة على ظهر سفينة الناقل المتعاقد، بل ولأجل إيصال البضاعة إلى الميناء المتفق عليه، يجبر الناقل على مسافنتها على سفينة غيره مما يؤدي بالضرورة إلى استبدال الناقل. انظر في ذلك: سلطنة عائشة، المرجع السابق، ص 144.

عقد النقل، ولا يسأل الناقل الفعلي قبل الشاحن إلا عن الأضرار التي تحدث أثناء الجزء من النقل الذي يقوم بتنفيذه من عقد النقل، كما يكون مسؤولاً عن هذه الأضرار بالتضامن مع الناقل المتعاقد¹.

الفرع الثاني: حالة إصدار وثيقة شحن مباشرة le connaissance direct

يقصد بوثيقة الشحن المباشرة، تلك الوثيقة التي يتعهد الناقل بمقتضاها بأن ينقل البضائع، على أن يقوم ناقل آخر بتنفيذ الجزء الآخر، سواء عن الطريق البحري أو النهري أو الجوي أو البري²، كما يقصد به السند الذي يصدره الناقل من أجل نقل البضاعة من مكان لآخر وبمساعدة ناقلين آخرين³، وعليه نتساءل عن المسؤول عن تحمل تبعة الهلاك أو تلف البضائع فهل يتحملها الناقل الأول أو الناقل الثاني؟ بالنسبة للمشرع الجزائري، فالناقل الذي التزم بإصدار وثيقة الشحن المباشرة هو الملزم بتنفيذ عقد النقل البحري إلى غاية تسليم البضائع إلى صاحبها، وإذا حصلت أضرار للبضاعة أثناء تواجدها في حوزة الناقل الثاني (الفعلي)، أعتبر مسؤولاً بالتكافل والتضامن⁴ مع الناقل المتعاقد، فإذا قام الناقل المتعاقد بتعويض الشاحن، فيحق له الرجوع⁵ على الناقل الفعلي، أما في حالة صعوبة تحديد أو إثبات وقت حدوث الهلاك أو التلف، فيعتبر كل من الناقل المتعاقد والفعلي مسؤولين بالنظر إلى أجرة الحمولة التي قبضها كل منهم أي بالنظر إلى جزء النقل الذي قام به كل طرف.

وبالتالي فالعلاقة بين الشاحن والناقل أو الناقلين الآخرين بالنسبة لوثيقة الشحن المباشرة تربطهم علاقة تعاقدية، حتى وإن لم يقدّم الشاحن بالتعاقد مع الناقل الفعلي ولكن قبول الشاحن لسند الشحن المباشر دليل على قبوله لأن يتم النقل من طرف الناقلين الآخرين، ولذلك تكيّف العلاقة بأنها علاقة تعاقدية تحكمها وثيقة الشحن المباشرة.

هناك جانب من الفقه⁶ يرى بأن الناقل المتعاقد بمثابة عميل للنقل، فالشاحن لا يعرف سوى الناقل الذي أصدر وثيقة الشحن المباشرة، فهو المسؤول عن تنفيذ عملية النقل وكذا تنفيذ الناقلين الفعليين لغاية تسليم

¹ - انظر في ذلك: أمال أحمد كيلاني المحامية، التقاضي في عقد النقل البحري، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص 75.

² - FRAIKIN Guy et LAFAGA, Les transports maritime sous connaissance a l'heure de marche commun, L.G.D.J. Paris, 1966, p. 206.

³ - قماز ليلي إدياز، المرجع السابق، ص 73.

⁴ - مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، مصر، ص 326.

⁵ - إلا أن الشرط الذي يمنع من إمكانية استبدال الناقل يتعارض مع الالتزام الذي يفرض على الناقل مسافنة البضاعة لأن هذه الأخيرة لا تتم بالضرورة على ظهر سفينة الناقل المتعاقد، بل ولأجل إيصال البضاعة إلى الميناء المتفق عليه يجبر الناقل على مسافنتها على سفينة غيره مما يؤدي بالضرورة إلى استبدال الناقل. انظر في ذلك: سلطانة عائشة، المرجع ص 144.

⁶ - FRAIKIN Guy et LAFAGA, Ibid, p.206.

البضاعة، وفي حالة حدوث أضرار يعتبر الناقل المتعاقد هو المسؤول اتجاه الشاحن حتى ولو كانت هذه الأضرار ناتجة عن تنفيذ الناقل الفعلي، إلا أنه يحق للناقل المتعاقد الرجوع على الناقل الفعلي¹.
ويختلف سند الشحن العادي عن سند الشحن المباشر، في أنّ سند الشحن العادي قد ينص على إعطاء الناقل الحق في تغيير السفينة أثناء الطريق، إلا أنّ تغيير السفينة في حالة سند الشحن العادي يتم دائماً بواسطة سفينة يستغلها نفس الناقل، على العكس بالنسبة لسند الشحن المباشر، أين تكون السفينة مستغلة بواسطة ناقل آخر غير مصدر سند الشحن².

فبالرجوع إلى نص المادة 765 والمحددة للمسؤولية في حالة تعدد الناقلين، نجد أنّه يقرّ مسؤولية الناقل البحري مصدر وثيقة الشحن عن تنفيذ عقد النقل في كل المسافة التي تسري عليها الوثيقة، على أساس أنّ سند الشحن المباشر يضم عمليات النقل المختلفة في عقد واحد³. وبالنسبة للناقلين الآخرين فإنّهم مسؤولون عن تنفيذ عقد النقل في المسافة التي تكفلوا فيها بالبضائع وذلك بالتضامن مع الناقل المتعاقد مصدر سند الشحن⁴.

المبحث الثاني: صعوبة تحديد صفة الناقل في منازعات عقد إيجار السفينة

إنّ منازعات إيجار السفينة la charte-partie هي الأخرى تثير إشكالية تحديد صفة التقاضي بالنسبة للناقل البحري؛ سواء أكان أمام إيجار سفينة مجهزة (المطلب الأول)، أو إيجار سفينة عارية أي بهيكلها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعيين صفة الناقل في منازعات إيجار سفينة مجهزة

يقصد بإيجار سفينة مجهزة، قيام مالك السفينة بتأجير السفينة مجهزة بطاقمها، وفي هذه الحالة لا تنتقل صفة المجهز إلى المستأجر إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك⁵.
وبهذا يصبح المستأجر مجهزاً ويكون له الحق في عزل أفراد الطاقم⁶، أما في حالة غياب مثل هذا الاتفاق، فإنّ صفة المجهز تبقى لمالك السفينة الذي قام بتأجير سفينته مجهزة ولا تنتقل إلى المستأجر، بحيث

¹ - انظر في ذلك المادة 763 ق ب ج.

² - انظر في ذلك المادة 765 ق ب ج.

³ - انظر في ذلك المادة 766 ق ب ج.

⁴ - بن الصغير شهرزاد، منازعات النقل البحري بين النص والممارسة، يوم دراسي حول " النظام القانوني لحوادث النقل " يوم 16 أبريل 2017، مخبر القانون البري والنقل، جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان، ص 9 و 10.

⁵ - انظر في ذلك المادة 767 ق ب ج.

⁶ - BONASSIES Pierre, Christian Scapel, *Droit maritime*, L. G.D. J. Paris, 2006, p. 182.

يحتفظ المالك (المؤجر) بصفة المجهز ويحتفظ بالتسيير التقني للسفينة وإدارة الطاقم، أما المستأجر فيقوم بالتسيير التجاري للسفينة والمحافظة على البضائع¹.

ولكن هل منح المستأجر التسيير التجاري يجعل منه شخص يتمتع ببعض سلطات ويتحمل مسؤولية المجهز؟

بالرجوع إلى قضية (آن بيوا) Ann Bewa، صدر قرار عن مجلس أكس (Aix) الفرنسية بتاريخ 1979/02/25، نتيجة نشوب حريق على متن سفينة آن بيوا، حيث ازدادت خطورة الحريق نتيجة شحن مواد كيميائية وقارورات أوكسجين، ونتيجة لذلك أصيب عدد كبير من البحارة، إثر ذلك رفعت الإدارة البحرية دعوى ضد المالك الذي اعتبرته المسؤول الوحيد لأنه أجر سفينة مجهزة، إلا أنّ المجلس رفض الدعوى على أساس أنّ الملك لم تكن له السلطة على الرّبان بالنسبة لعمليات الشحن والتفريغ، كونها تندرج ضمن التسيير التجاري للسفينة والذي كان من اختصاص المستأجر².

وإيجار سفينة مجهزة قد يتخذ أحد الصورتين؛ إيجار سفينة لمدة زمنية، أين يصعب تحديد صفة الناقل (الفرع الأول)، أو أنها تتخذ صورة إيجار سفينة خلال رحلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صعوبة تحديد صفة الناقل في المشاركة الزمنية

في هذا النوع من عقود إيجار السفن، يلتزم المؤجر بوضع سفينة معيّنة كاملة التجهيز تحت تصرف المستأجر وذلك لمدة محددة مقابل أجرة. وهنا يحتفظ المؤجر بالتسيير الملاحي للسفينة، بينما يعود التسيير التجاري للسفينة لمستأجرها الذي تثبت له صفة الناقل³.

في حالة النقل عن طريق المشاركة الزمنية، فإنّ الصلاحية التجارية تنتقل من المؤجر إلى المستأجر، بحيث يكون المستأجر هو مجهز السفينة بالرغم من أنّه لا يعتبر مالكا للسفينة وترفع عليه دعوى المسؤولية دون المالك، بحث نجد سندات الشحن تصدر من طرف المستأجر وليس المؤجر، وعليه فسند الشحن هو الذي يحدد شخص الناقل دون أن نعتد بعقد إيجار السفينة⁴، فإذا رفعت الدعوى على المؤجر والمستأجر معا وجب استبعاد الأول لانتقال الصلاحية التجارية لشخص آخر وهو المستأجر.

¹ - BONASSIES Pierre, Christian Scapel, *opcit*, p. 184 .

² - BONASSIES Pierre , Christian Scapel, *op.cit*, p. 185 .

³ - وذلك حسب نص المادة 700 و701 من القانون البحري الجزائري.

⁴ - انظر في ذلك أمال أحمد كيلاني المحامية، المرجع السابق، ص 73.

وفي حالة صدور سند شحن من شأنه تجهيل الشاحن بحقيقة الناقل، في هذه الحالة يجوز رفع دعوى المسؤولية على المؤجر والمستأجر معا، أو أن ترفع على المؤجر فقط إذا كانت بيانات سند الشحن تدل على أنه الناقل¹.

وقد يحتاط مؤجر السفينة، فينص في عقد المشاركة الزمنية على أن مستأجر السفينة هو الذي يعتبر ناقلا بمقتضى سندات الشحن التي يصدرها، وبهذا يكون هذا الشرط حجة على حملة سند الشحن متى حصلت الإشارة إليه فيها، وإلا كان أثره محصورا في العلاقة بين مؤجر السفينة ومستأجرها طرفا عقد المشاركة.

الفرع الثاني: مدى صعوبة تحديد شخص الناقل في المشاركة بالرحلة

إن حالة المشاركة بالرحلة تختلف عن المشاركة الزمنية، ففي المشاركة بالرحلة يحتفظ فيها مؤجر السفينة بالإدارة التجارية والملاحية للسفينة، بحيث يعتبر المؤجر في هذه الحالة في مركز الناقل أمام حملة سند الشحن التي يوقعها الربان، وإذا اشترط المؤجر في سند الشحن اعتبار المستأجر هو الناقل أمام الغير، فإن الدعوى ترفع على مستأجر السفينة الذي يأخذ في هذه الحالة مركز الناقل². وفي حالة استئجار السفينة فليس للمرسل إليه إلا الرجوع إلى بيانات وثيقة الشحن³.

إن إيجار السفينة بالرحلة يكون في شكل عقد يربط بين طرفين⁴، غالبا بين شركتين ملاحين في مستوى اقتصادي واحد، يسمى الطرف المؤجر والثاني المستأجر حول محل معين المؤجرة وهي السفينة. في هذا النوع من الإيجار يحتفظ المؤجر بالتسيير الملاحي والتجاري للسفينة وهو ما نصت عليه المادة 651 من القانون البحري الجزائري .

¹ - انظر في ذلك أمال أحمد كيلاني المحامية، المرجع السابق، ص 74.

² - انظر في ذلك أمال أحمد كيلاني المحامية، المرجع السابق، ص 74.

³ - أكلي ليندة، إجراءات التقاضي في النزاعات المتعلقة بالنقل البحري دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون النشاطات البحرية والساحلية، جامعة مولود معمري، تيزي وز، 2016، ص 40.

⁴ - بوعلام خليل، إجراءات التقاضي في المنازعات البحرية في القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 0، السداسي الأول، 2008، ص 31.

المطلب الثاني : إيجار سفينة عارية (بهيكلها)

عقد إيجار سفينة عارية، هو عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بوضع السفينة تحت تصرف المستأجر لمدة معينة دون تجهيزها بمؤونة أو بحارة أو بعد تجهيزها تجهيزا غير كامل، أي إيجار السفينة بدون طاقمها. فهو عبارة عن الإتفاق الذي يتم بين المؤجر والمستأجر حول سفينة غير مجهزة، فيقوم المستأجر على حسابه بتجهيزها وتطعيمها بالشكل الذي توفي الغرض للملاحة.

لقد نصت المادة 724 من القانون البحري الجزائري على أنه: "يتعهد المؤجر بموجب عقد إيجار السفينة بهيكلها بأن يضع السفينة بدون تسليح أو تجهيز تحت تصرف المستأجر لوقت محدود...".

كما وأضافت المادة 729 من القانون البحري الجزائري على أنه: "يزود المستأجر السفينة بالطاقم ويدفع له الأجرة والمؤونة والمصاريف الملحة" ويعتبر المستأجر في حالة إيجار سفينة بهيكلها هو المسؤول عن كل ما يحصل للبضاعة من هلاك أو تلف خلال مدة الإيجار لكونه يتمتع بالتسيير التجاري للسفينة¹.

ومن ثم نطبق نفس الحكم المتعلق بحالة إيجار السفينة لمدة زمنية لاشتراكهما في تمتع المستأجر بالصلاحية التجارية². ولهذا اعتبرت المحكمة العليا المستأجر هو المسؤول وحده عن الخسائر للاحقة بالبضائع. كما أنه لا يختلف سند الشحن الذي يصدره الربان في حالة إيجار السفينة بهيكلها عن حالة إيجار السفينة لمدة زمنية باعتباره تابعا للمستأجر ويخضع لأوامره، وبالتالي يصدر سندات الشحن من النماذج التي تحمل اسم وعنوان المستأجر المتبوع، وبهذه الصيغة يعرف الشاحن بأن يتعامل مع ناقل مستأجر *transporteur* *affréteur* كما ويعتبر المستأجر المجهز *l'affréteur armateur* لأنه يقوم بتجهيز وتطعيم السفينة. كما ويعتبر ناقلا في مواجهة الشاحنين ويضمن المؤجر ويحل محله في مواجهة متطلبات الغير نزولا عند مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 730 ق ب ج .

من خلال ما سبق نستنتج أنّ صفة الناقل المسؤول عن الخسائر أو الأضرار الحاصلة للبضائع من خلال عقد إيجار السفينة، أن مسؤولية المؤجر أو المستأجر تختلف حسب باختلاف عقود إيجار السفينة، وكل دعوى أو مطالبة يجب أن يوضح فيه نوع إيجار المتعلق بها، حتى يتسنى للمحكمة العليا بسط رقابتها على الأحكام والقرارات إذا كانت مطابقة للقانون أم مخالفة له.

¹ - بوعلام خليل، المرجع السابق، ص 32.

² - الفقرة الأولى من المادة 730 من القانون البحري الجزائري .

ويتبين مما سبق أنّ تحديد نوع إيجار السفينة يكتسي أهمية بالغة في تحديد صفة الناقل و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها صادر بتاريخ 1994/11/22 قضية رقم 119766 أين اعتبرت أنّ تحديد نوع إيجار السفينة ضروري لتحديد المسؤولية¹.

خاتمة

ذهبت هذه الدراسة إلى واحدة من القضايا التي لا تقل أهمية عن موضوعات النقل البحري في الواقع، بحيث لامست مختلف الصعوبات التي تعترى تحديد صفة الناقل البحري في المنازعات البحرية، سواء أكانت في منازعات عقد النقل البحري أم منازعات عقد إيجار السفينة، وانتهت إلى مجموعة من النتائج يمكن إدراجها تباعاً:

– إنّ منازعات النقل البحري تثير إشكالية تحديد صفة الناقل البحري سواء تعلق الأمر بمنازعات عقد النقل البحري أو بمنازعات عقد إيجار السفينة.

– إنّ النقل المتتابع البحري، يثير صعوبة تحديد صفة الناقل البحري نتيجة تشابك النقل المتتابع البحري والذي يمكن أن يكون عن طريق عدة عقود نقل مع تعدد الناقلين، أو يكون أمام عقد واحد مع تعدد الناقلين، بحيث يؤدي إلى صعوبة اكتشاف المرحلة التي حدث فيها ضرر للبضائع.

– في حالة النقل المتتابع البحري عن طريق عقد نقل واحد، يجوز للناقل البحري أن يعهد بتنفيذ عملية النقل أو تنفيذ جزء منها إلى ناقل آخر وهو الناقل الفعلي ما لم يتفق على غير ذلك. ويبقى الناقل المتعاقد مسؤولاً قبل الشاحن عن جميع الأضرار التي تحدث أثناء تنفيذ عقد النقل، ولا يسأل الناقل الفعلي قبل الشاحن إلا عن الأضرار التي تحدث أثناء الجزء من النقل الذي يقوم بتنفيذه من عقد النقل، كما يكون مسؤولاً عن هذه الأضرار بالتضامن مع الناقل المتعاقد.

– تعتبر وثيقة الشحن المباشرة، تلك الوثيقة التي يتعهد الناقل بمقتضاها بأن ينقل السلع، على أن يقوم ناقل آخر بتنفيذ الجزء الآخر، سواء عن الطريق البحري أو النهري أو جوي أو بري. فالناقل الذي التزم بإصدار وثيقة الشحن المباشرة هو الملزم بتنفيذ العقد النقل البحري إلى غاية تسليم الحمولة إلى صاحبها، وإذا حصلت أضرار للبضاعة أثناء تواجدها في حوزة الناقل الثاني (الفعلي)، أعتبر مسؤولاً بالتكافل والتضامن مع الناقل المتعاقد، فإذا قام الناقل المتعاقد بتعويض الشاحن، فيحق له الرجوع على الناقل الفعلي، أما في حالة صعوبة تحديد أو إثبات وقت حدوث الهلاك أو التلف، فيعتبر كل من الناقل المتعاقد والفعلي مسؤولين بالنظر إلى أجرة الحمولة التي قبضها كل منهم أي بالنظر إلى جزء النقل الذي قام به كل طرف.

¹ - انظر في ذلك : نبيل صقر، القانون البحري نصوص وتطبيقاً (القانون البحري والنصوص التنظيمية الخاصة بالملاحة البحرية اجتهاد المحكمة العليا)، دار الهدى، الجزائر، ص 143.

– في حالة النقل عن طريق المشاركة الزمنية، فإنّ الصلاحية التجارية تنتقل من المؤجر إلى المستأجر، بحيث يكون المستأجر هو مجهزة السفينة بالرغم من أنّه لا يعتبر مالكا للسفينة وترفع عليه دعوى المسؤولية دون المالك.

– إنّ حالة المشاركة بالرحلة تختلف عن المشاركة الزمنية، ففي المشاركة بالرحلة يحتفظ فيها مؤجر السفينة بالإدارة التجارية والملاحية للسفينة، بحيث يعتبر المؤجر في هذه الحالة في مركز الناقل أمام حملة سند الشحن التي يوقعها الربان.

– إنّ صفة مستأجر السفينة تثبت للناقل البحري وذلك في حالة تأجير السفينة عارية أو في حالة تأجيرها لمدة زمنية، إلا أنّها واستثناء قد تثبت صفة مستأجر السفينة للشاحن وذلك عندما يرغب في نقل كمية هامة من البضاعة وبدلا من أن يعهد بها إلى الناقل، يقوم باستئجار سفينة قصد إيصال البضاعة إلى وجهتها، ففي هذه الحالة تكون للشاحن صفة مستأجر السفينة وصفة الناقل في آن واحد.

الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود

أوتفات يوسف (1)

جامعة البويرة

الملخص:

حدثت في زمننا المعاصر اعتداءات جسيمة و متكررة على البيئة أضرت بها، اختلفت جسامه هذا الضرر باختلاف نوع الفعل المرتكب، فبعض هذه الأضرار لا تتجاوز ممارسة النشاط، وبعضها يمتد إلى مسافات بعيدة تعبر الحدود لتتال من بيئة الدول المجاورة مثل نقل وتخزين النفايات الخطرة من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، مما يدفعنا إلى دراسة أساس قواعد المسؤولية الدولية و تطورها باعتبارها إحدى نظم القانون الدولي والركيزة التي يمكن الاستناد إليها للحكم للمضور بالتعويض اللازم. نتعرض في دراستنا لأساس المسؤولية الدولية عن تلوث البيئة نتيجة وقوع ضرر عابر للحدود، لنظرية الخطأ ونظرية العمل الدولي غير المشروع ثم نختم بنظرية المخاطر أو مايسمى بنظرية المسؤولية الموضوعية.

الكلمات المفتاحية:

الأساس القانوني، المسؤولية الدولية، النفايات الخطرة، نظرية الفعل الدولي غير المشروع، نظرية المخاطر.

تاريخ إرسال المقال: 2018/02/04، تاريخ قبول المقال: 2018/05/10، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: أوتفات يوسف، "الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 137-153.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ مساعد قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 10000، البويرة، الجزائر.

– المؤلف المراسل: outafatyoucef@gmail.com

The Legal Basis for the International Liability for Environmental Damage Cross Border

Abstract

The contemporary era has known of the serious and repeated violations of the environment. The severity of the damage caused varies according to the type of acts committed. Some of these damages do not exceed the simple exercise of activity, while others extend to large spaces, crossing the border and prejudicial to the environment of neighbouring countries, such as the transportation and storage of hazardous waste from developed countries to developing countries. Thus we studying of the rules of the international responsibility and its evolution as a system of international law as the clear drawing of governance which guarantees to the damaged part a necessary compensation. This study has for object the international responsibility related to acts of environmental pollution due to significant transboundary harm in the light of theories: the international act unlawful and risks or the theory of strict liability.

Keywords:

International responsibility; the theory of international action illegal ; the theory of strict liability.

Le fondement juridique de la responsabilité internationale pour les dommages environnementaux transfrontières

Résumé :

L'époque contemporaine a connu des atteintes graves et répétées à l'environnement. La gravité des dommages causés varie selon le type d'actes commis. Certains de ces dommages ne dépassent pas le simple exercice d'activité, tandis que d'autres s'étendent à de grands espaces, franchissant la frontière et portant atteinte à l'environnement des pays voisins, tels que le transport et le stockage de déchets dangereux des pays développés vers les pays en voie de développement. Ce qui nous amène à l'étude des règles de la responsabilité internationale et son évolution en tant que système de droit international comme soubassement s'inspirant de la gouvernance qui garantit à la partie endommagée une indemnisation nécessaire. Cette étude a pour objet la responsabilité internationale liée aux actes de pollution environnementale en raison d'un dommage transfrontière significatif à la lumière des théories : du fait international illicite et des risques ou la théorie de la responsabilité objective.

Mots clés :

Responsabilité internationale; la théorie du fait international illicite ; la théorie de la responsabilité objective.

مقدمة

أدى التطور العلمي والتكنولوجي الهائل الذي حققه الإنسان إلى تماديه في السيطرة على الطبيعة بوسائل أدت إلى نتائج لا بد من مقاومتها. كتلوث المياه نتيجة إلقاء المخلفات الصناعية فيها، تلوث الهواء نتيجة للتجارب الذرية، وتلوث البحار نتيجة إلقاء مخلفات السفن. وهذه الأضرار دفعت رجال القانون للبحث عن سبل السيطرة ومنع الأضرار الناتجة عنها، فتوصلوا إلى اعتبار المسؤولية الدولية وسيلة علاجية ووقائية لمنع والحد من الأضرار البيئية العابرة للحدود، التي يمكن أن تنتج عن أفعال أو أنشطة تقوم بها الدولة سواء كانت مشروعة، أو غير مشروعة في نظر القانون الدولي.

تعتبر المسؤولية الدولية المترتبة عن الأضرار البيئية من المواضيع المعقدة والدقيقة التي لم تستقر معالمها وتوضح حتى الآن، حيث يشوبها الكثير من الغموض وعدم التحديد، فمثلا التلوث البيئي لم يستقر الفقه الدولي على تعريف محدد له، وهي جزء أساسي في كل نظام قانوني ومدى فعالية النظام يتوقف على مدى نضوج قواعد المسؤولية فيه.

يقصد بالأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الدولية، الفعل المنشئ للمسؤولية الدولية.

تتمثل إشكالية هذه الدراسة في معرفة السبب الذي من أجله يضع القانون الدولي عبء تعويض الضرر،

الذي وقع على شخص معين من أشخاص القانون الدولي؟

كانت المسؤولية الدولية قديما مسؤولية جماعية، تقوم على أساس التضامن المفترض بين كافة الأفراد المكونين للجماعة الذي وقع الفعل الضار من أحد أعضائها، فهم مسؤولون بالتضامن عن تعويض هذا الضرر، وكانت الصورة المألوفة لتحصيل هذا التعويض أن يلجأ ضحية الضرر إلى السلطات المختصة في دولته ليحصل على ما يسمى " خطاب الضمان "، وهو وثيقة صادرة من السلطات المختصة، تخول له الحق في اقتضاء التعويض المناسب جراء ما لحق به من ضرر من أي فرد من نفس جنسية الفرد مسبب الضرر، يصادف وجوده على إقليم الدولة المصدرة لخطاب الضمان، وكذلك له الحق في الاستعانة بالسلطات العامة في هذه الدولة في سبيل الوصول إلى المبتغى.

ظل هذا الوضع سائدا خاصة في أوروبا حتى نهاية القرن السابع عشر إلى أن أبتكرت نظرية جديدة هي نظرية " الخطأ "، والتي قام بنقلها الفقيه: " جروسويوس " **Grotus** " في بداية القرن الثامن عشر وحتى نهاية القرن التاسع عشر، كان المبدأ الروماني السائد كأساس للمسؤولية الدولية هو الخطأ " **Fault** "، ومقتضاها أن الدولة لا تعتبر مسؤولة إلا إذا ارتكبت عملا أو امتناعا عن العمل يشكل خطأ من جانبها، و أن يسبب هذا الخطأ ضررا لشخص يحميه القانون مع وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر⁽¹⁾.

(1) CHRISTIANT Dominici, perspective du droit international au 21eme siècle, Martinus Nijhoff Publishers, Belgique 223.

لكن كثر الجدل فيما بعد حول نظرية الخطأ، دون الوصول إلى نتيجة مقبولة تبرر الاحتفاظ بها، وصلاحياتها كأساس لمسؤولية الدولة في القانون الدولي العام، فهي لا تحل المشكلة عندما تقوم الدولة بعمل مشروع لا يعدّ خرقاً لالتزام دولي أو لأي قاعدة من قواعد القانون الدولي، لكن رغم ذلك يترتب الضرر في حق الدول الأخرى.

إستثنينا هذه النظرية من دراستنا لاقتناعنا بأنها لا يمكن أن تكون أساساً لقيام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود، كونها لا تتماشى مع التطور العلمي والتكنولوجي المعاصر، و ما صاحبه من نشوء أضرار جسيمة دون وقوع خطأ بالمعنى الفني المعروف، نتيجة لاتخاذ الدولة للحديقة اللازمة، مما يمنع وجود الخطأ ورغم ذلك يلحق الضرر دولة أخرى.

الفعل الذي تقوم به الدولة قد يكون مشروعاً ولكنه خطر يترتب عليه وقوع ضرر، أو يكون غير مشروع دولياً ينجر عنه الإخلال بالالتزام دولي. فنحن إذن أمام حالتين لقيام المسؤولية الدولية:

الحالة الأولى: قيام الدولة بفعل غير مشروع وهي الصورة الغالبة لقيام المسؤولية.

إستقر الفقه الدولي على أنّ الشرط الهام لقيام المسؤولية الدولية هو خرق أو انتهاك التزام دولي بفعل إيجابي أو سلبي، وأياً كان مصدره سواء ورد هذا الالتزام في معاهدة دولية أو قاعدة عرفية أو مبدأ من مبادئ القانون الدولي (المبحث الأول).

الحالة الثانية: هي قيام شخص دولي بنشاط مشروع ولكنه يتسم بخطورة ما ويترتب على هذا النشاط وقوع ضرر للغير، فإنّه ينسب لهذا الشخص الدولي المسؤولية الدولية على أساس نظرية المخاطر، أو كما سمّتها لجنة القانون الدولي **الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي** (المبحث الثاني)، ويكون هذا النشاط الخطر هو الفعل المنشئ للمسؤولية⁽¹⁾.

لقيام المسؤولية الدولية لا بد أن يقع فعل يصلح في نظر القانون الدولي أساساً للمسؤولية الدولية، بشرط أن يصح نسبة هذا الفعل إلى دولة ما أو منظمة دولية، وأن يترتب عليه أضرار لشخص آخر من أشخاص القانون الدولي⁽²⁾.

(1) نعيمة عمير، النظرية العامة لمسؤولية الدولة الدولية في ضوء التقنين الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2010، ص 47.

(2) أحمد بلقاسم، المسؤولية الدولية الناشئة عن الفعل الدولي غير المشروع وعوائق تقنينها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد الأول، الجزائر، ديسمبر 2009، ص 445.

المبحث الأول: الفعل الدولي غير المشروع كأساس لقيام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود

تعددت الاتجاهات الفقهية والقضائية في مجال تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الدولية نتيجة قيامها بأعمال ونشاطات، تؤدي إلى إحداث أضرار بالدول الأخرى إن كانت هذه الأسس مختلفة ومتباينة، إلا أنها أخذت حيزا متغيرا في مجال دراسة المسؤولية الدولية⁽¹⁾.

إعتبر الفقيه "جروسيوس" أنّ المسؤولية تقوم على أساس الخطأ، بحيث أنّ الدولة لا يمكن أن تعتبر مسؤولة ما لم ترتكب خطأ، بالتالي لا تقوم المسؤولية ما لم يصدر عن الدولة فعل خاطئ يضر بغيرها من الدول⁽²⁾.

أمام الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الخطأ، إتجه جانب من الفقه الدولي إلى تبني أساس آخر لمسؤولية الدولة يتفق مع طبيعة القانون الدولي، وهو الفعل الدولي غير المشروع (الفرع الأول)، الذي يجب أن تتوفر فيه شروط معينة (الفرع الثاني) تصلح لقيام المسؤولية الدولية في نظر لجنة القانون الدولي، وأن يحدث نتيجة خرق أو انتهاك التزام دولي أيا كان مصدره (الفرع الثالث).

المطلب الأول: مضمون الفعل الدولي غير المشروع

ساد نقاش كبير بين فقهاء القانون الدولي حول مفهوم العمل غير المشروع، فيرى البعض يحدد العمل غير المشروع بأنه مجرد انتهاك دولة لواجب أو عدم تنفيذها لالتزام تفرضه قواعد القانون الدولي. بينما يشير البعض الآخر إلى أنّ: "العمل غير المشروع كعنصر في المسؤولية الدولية هو السلوك المخالف للالتزامات القانونية الدولية، بمعنى آخر هو الخروج عن قاعدة من قواعد القانون الدولي. فالعمل الدولي غير المشروع ومخالفة قاعدة قانونية دولية أيا كان مصدرها، اتفاقية دولية أو العرف أو المبادئ العامة للقانون"⁽³⁾.

رأى الفقيه "روسو" أنّه عندما نستبعد نظرية الخطأ فإنّ الأساس الوحيد المقبول للمسؤولية الدولية هو مخالفة إحدى قواعد القانون الدولي. كما اعتبر الفقيه "بول روتر" العمل غير المشروع أساسا للمسؤولية الدولية بل الشرط الأول والأهم لقيامها. أما الأستاذ "Partaczik"، فبعد أن عرف المسؤولية بقوله: "في اعتقادنا أنّ مسؤولية الدولة الدولية تتولد من طبيعة الأشخاص المكونين للقانون الدولي، والذي تربطهم الحقوق والالتزامات

⁽¹⁾ علي بن علي مراح، المسؤولية الدولية عن التلوث عبر الحدود، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006-2007، ص 152.

⁽²⁾ محسن عبد الحميد فكيرين، النظرية العامة للمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1999، ص 17.

⁽³⁾ محسن عبد الحميد فكيرين، المرجع نفسه، ص 18.

المحددة والتي تشكل العلاقات الدولية وبعدها يصل إلى نتيجة مفادها أنّ العمل المنسوب للدولة هو الذي يشكل مصدر هذه المسؤولية⁽¹⁾.

يعرّف الفقيه "آغو" "Ago" مقرر اللجنة الفرعية للقانون الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة العمل غير المشروع بأنّه: "مخالفة من جانب الدولة لالتزام قانوني مفروض عليها بمقتضى إحدى قواعد القانون الدولي". وفي الاتجاه نفسه جاء تعريف الفقيه "ديبوي" للعمل غير المشروع دولياً بأنّه: "مجرد الإخلال بقواعد القانون، بالتالي لا توجد حالة للبحث في العوامل النفسية أو البحث في نوايا الدولة الفاعلة مما يسهل مأمورية المضرور ويخفف من عبء الدليل، فيكفي إثبات الفارق الموضوعي بين السلوك الحقيقي للدولة وبين مضمون الالتزام القانوني المفروض عليها"⁽²⁾.

إلى جانب الفقه الدولي، نجد القضاء الدولي منه محكمة العدل الدولية التي استندت على الفعل غير المشروع دولياً في رأيها الاستشاري الذي أصدرته عام 1949م، بشأن تعويض موظفي منظمة الأمم المتحدة أثناء تأديتهم لوظائفهم في أعقاب حادث مقتل "الكونت برنادوت" وسيط الأمم المتحدة في فلسطين. واستندت عليه أيضاً في حكمها على قضية "برشلونة تراكشن" الصادر في 1970/02/05م، حينما ذكرت أنّه من حق الحكومة البلجيكية أن تتقدم بشكوى لو أنّها أثبتت أنّ أحد حقوقها قد جرى المساس به، وأنّ هناك انتهاكاً للالتزام دولي ناشئ عن معاهدة أو قاعدة عرفية⁽³⁾.

أثمرت الجهود الدولية عن اعتماد نظرية الفعل الدولي غير المشروع كأساس للمسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية في الدولة المعنية بحماية البيئة عن الأنشطة الخطرة، وما تحدثه من مساس بسلامة البيئة الدولية. فأصبح أي انتهاك للالتزام دولي تضمنته المعاهدات الدولية يربط المسؤولية الدولية للدولة التي نسب إليها الانتهاك. حيث ألزمت اتفاقية منظمة الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م الدول بحماية البيئة من الدمار وإقرارها بمسؤولية الدولة المنتهكة لهذا الالتزام، وإلزامها بتعويض الدول المتضررة من الدمار البيئي⁽⁴⁾.

(1) نقلاً عن معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص333.

(2) لخضر زارة، أحكام المسؤولية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 89.

(3) ميلود زين العابدين قنصو، المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية، رسالة ماجستير، في قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2012 - 2013، ص 55.

(4) أحمد بلقاسم، المرجع السابق، ص 449.

تقوم المسؤولية الدولية عند تحقق السلوك المخالف للالتزامات قانونية دولية، ذلك أنّ الالتزامات القانونية التي تفرض على الدولة أيا كان مصدرها قد تأتي في صورة الالتزام بعمل أي (التزام إيجابي)، أو امتناع عن عمل (التزام سلبي) وأنّ مخالفة الالتزام الدولي سواء كان إيجابيا أو سلبيا يعتبر عملا غير مشروع⁽¹⁾. تتخذ الدول على هذا الأساس عدة تدابير واحتياطات من أجل منع وقوع الضرر البيئي العابر للحدود. وهذا يترتب عليها ضرورة الالتزام بها لحماية البيئة الدولية. ومن المعروف في شتى نظريات القانون أنّ الالتزام صفة لازمة وواجبة لكل قاعدة قانونية وعدم الوفاء بها يشكل عملا غير مشروع دوليا، ويرتب المسؤولية الدولية التي تتضمن الجزاء.

المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية الدولية على أساس الفعل الدولي غير المشروع

يشترط لقيام المسؤولية الدولية وفقا لنظرية العمل الدولي غير مشروع، وحسب رأى لجنة القانون الدولي توافر شرطين حيث نصت المادة الثانية من المشروع النهائي المعنون بعناصر فعل الدولة غير المشروع دوليا على: "ترتكب الدولة فعلا غير مشروع دوليا إذا كان التصرف المتمثل في عمل أو إغفال:
أ- ينسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي،
ب- يشكل خرقا لالتزام دولي على الدولة"⁽²⁾.

بالنسبة لعنصر إسناد الفعل غير المشروع إلى الدولة، يقصد به نسبة الواقعة المنشئة للمسؤولية الدولية إلى أحد أشخاص القانون الدولي، ذلك أنّ العمل غير المشروع لا يعدّ عملا دوليا إلا في حالة إسناده إلى الشخص الدولي، وبه تقوم المسؤولية الدولية للدولة. حتى يكون العمل غير مشروع ذا طبيعة أو تكييف دولي كان يتوجب إسناده أو إلحاقه بالدولة أو أحد أجهزتها أو موظفيها أو ممثليها أو العاملين لديها. طالما أنّ الدولة ذاتها تتحمل المسؤولية عن تصرفات أجهزتها. لذا تناولنا مسؤولية الدولة بصفة عامة لأنّ الفعل غير مشروع تجاوز حدود الدولة إلى ضرر يقع على إقليم دولة أخرى فالمسألة إذا لم تعد داخلية وإنّما تجاوزت الحدود، في هذه الحالة يحكمها وينظمها القانون الدولي⁽³⁾.

يتمثل العنصر الثاني في خرق الالتزام الدولي، وهو عنصر جوهري لقيام المسؤولية الدولية. ومن هذه الشروط أيضا هناك شرط ثالث، وهو حدوث الضرر اختلف الفقه الدولي حول اشتراط الضرر في العمل غير المشروع، فثار التساؤل ما إذا كان الضرر يعدّ شرطا ثالثا لقيام المسؤولية الدولية عن انتهاك القانون الدولي؟

(1) تقرير لجنة القانون الدولي، إلى الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، عن أعمال دورتها 48، الوثيقة: (A/CN.4SER.A/1998).

(2) نعيمة أعمير، المرجع السابق، ص 142.

(3) يوسف معلم، المسؤولية الدولية بدون ضرر (حالة الضرر البيئي)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، فرع القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2011-2012، ص 112.

هناك اتجاه يعتبر حدوث الضرر عنصر ثالث لتحقيق العمل الدولي غير المشروع، فبدونه لا تكون المسؤولية الدولية لفقدانها أهم عنصر وهو الضرر. لذا يجب أن يثبت أن الإخلال بالالتزام الدولي المنسوب لشخص دولي، قد يسبب ضرراً لشخص دولي آخر حتى تقوم المسؤولية الدولية. أما الاتجاه الغالب من الفقه الدولي فيذهب للقول أن الضرر لا يعدّ شرطاً من شروط المسؤولية. يرى الأستاذ "عبد العزيز محمد سرحان" أن: "اشتراط الضرر في العمل غير المشروع لقيام المسؤولية الدولية يتنافى والاتجاه الذي ذهب إلى اعتبار العمل غير المشروع وحده كافياً لإثارة مسؤولية الدولة، طالما نسب لها هذا العمل المخل. وإنّ المسؤولية الدولية ما هي إلا نتيجة متولدة عن هذا الفعل أي أنّ المسؤولية هي الجزء القانوني الذي يربته القانون الدولي العام على عدم احترام أحد أشخاص القانون لالتزاماته الدولية"⁽¹⁾.

المطلب الثالث: خرق الالتزام الدولي لقيام المسؤولية على أساس الفعل غير المشروع

ترتبط المسؤولية الدولية بالالتزام، فلا معنى للالتزام دولي بغير تحمل المسؤولية من جانب الشخص القانوني الذي تخاطبه القاعدة القانونية، فكل مخالفة للالتزام دولي تفرضه قواعد القانون الدولي كقيام الدولة بفعل غير مشروع، مثل خرق الاتفاقيات الدولية التي تعنى بحماية البيئة أو عدم الالتزام بالتدابير الوقائية المتمثلة في العرف الدولي لمنع الضرر العابر للحدود مثل: (تقييم المخاطر، الإعلام والإخطار الإذن المسبق...)، أو عدم الالتزام بمبادئ عامة للقانون لحماية البيئة.

استقر الفقه الدولي على أنّ الشرط الأول لقيام المسؤولية الدولية هو خرق أو انتهاك التزام دولي أيا كان مصدره سواء كان في معاهدة دولية أو قاعدة عرفية، أو مبدأ من مبادئ القانون الدولي. بالتالي فلا بد من التمييز بين المسؤولية الدولية في حالة انتهاك التزام دولي اتفاقي وحالة انتهاك التزام دولي عرفي⁽²⁾. بالنسبة لحالة انتهاك التزام دولي اتفاقي أو تعاهدي، فالمعاهدة هي اتفاق بين شخصين أو أكثر يلزم الأطراف باحترامها وتنفيذها. ومن قصر في القيام بهذا الالتزام تترتب عليه المسؤولية الدولية، وبالتالي يلزم على الأطراف باحترام المعاهدة وتنفيذها بحسن نية. هذا ما بينته اتفاقية " فيينا لقانون المعاهدات"⁽³⁾. فإذا قامت دولة بالإخلال بالتزاماتها المقررة في معاهدة ما فإنّها ترتكب عملاً غير مشروع وتكون مسؤولة عن تعويض الأضرار التي تصيب الآخرين.

مثلاً تحريم تصدير النفايات الخطرة إلى الدول التي منعت استيراد هذه النفايات، بالتالي نقل أية كمية منها إلى دولة أعلنت عدم استيرادها يعدّ مخالفة للالتزام دولي فرضته اتفاقية دولية عالمية (بازل)، وامتناع عن

(1) عبد العزيز محمد سرحان، قواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 497.

(2) معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص 407.

(3) انظر: المادة (26) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، دخلت حيز النفاذ عام 1980، والتي تنص: "كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية"، وثيقة منظمة الأمم المتحدة: VOL 1155, I 18232

عمل(منع التصدير). كذلك نجد معاهدتي أوسلو ولندن لمنع الإغراق للنفايات والمواد الضارة في البحار عام 1972م التي حددته المواد التي يحظر حظرا مطلقا إغراقها، أو المواد التي لا يجوز إغراقها إلا بتصريح خاص من السلطات المختصة⁽¹⁾، كذلك قيام الدولة مثلا بتصدير النفايات إلى دولة أخرى بطريقة غير مشروعة وذلك دون الحصول على موافقة أو إخطار الدولة الأخرى.

الحالة الثانية هي حالة خرق إلتزام دولي عرفي، حيث تعتبر الإلتزامات الدولية في غالبيتها ذات منشأ عرفي خاصة فيما يتعلق بأحكام المسؤولية الدولية، لأنّ هذه الأحكام المنظمة للمسؤولية الدولية كانت في بدايتها وقبل تقنينها ذات أصل ومصدر عرفي، سواء من حيث تحديدها أو من حيث مساءلة أطرافها⁽²⁾. بالتالي مخالفة هذه القواعد العرفية الدولية يعدّ انتهاكا للإلتزام قانوني دولي، فهو بمثابة عمل غير مشروع يستوجب المسؤولية الدولية، وهناك العديد من القواعد العرفية التي تحكم نشاط الدول في مجال حماية البيئة الدولية من التلوث بصفة عامة⁽³⁾.

تعتبر المبادئ العامة للقانون قواعد دولية وجب احترامها لما لها من قوة إلزامية مساوية للمعاهدات والعرف الدوليين. لذلك فإنّ خرق مثل هذه المبادئ العامة يجعل الدولة مسؤولة مسؤولية دولية عن فعل غير مشروع قامت به، ونحن قد تناولنا في الفصل الأول المبادئ العامة للقانون لحماية البيئة، منها مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق ومبدأ حسن الجوار ومبدأ الملوث الدافع، وأوضحنا مدى ملاءمتها كأساس قانوني لإقرار إلتزام الدولة بحماية البيئة من الضرر البيئي العابر للحدود، عند قيامها بأي نشاط أو تصرف قانوني، ولذلك فإنّ أي انتهاك للمبادئ السابقة يترتب عليه المسؤولية الدولية على عاتق الدولة المخالفة وفقا لنظرية الفعل غير المشروع دوليا.

يتحقق الفعل غير المشروع بانتهاك الإلتزام دولي، عندما يكون سلوك الدولة مخالفا لما تتطلبه قواعد منع الضرر البيئي، سواء كان اتفاقيات دولية أو مبادئ عامة للقانون أو عدم اتخاذ تدابير وقائية. بالتالي النتيجة في جميع الحالات واحدة، وهي مخالفة الإلتزام دولي مما يوجب قيام المسؤولية. وهو ما ذهب إليه الفقيه "ديبوي" بأنّ: الإلتزام الدولي الوارد في المبدأ(21) من إعلان "استكهولم" وغيره من المبادئ العرفية الدولية، لا يفرض على الدولة مجرد الإلتزام بسيط بالمراقبة والوقاية من التلوث، بل يوجب عليها الإلتزام بتعويض كافة المضرورين من التلوث العابر للحدود"⁽⁴⁾.

(1) نقلا عن معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص، ص 408-409.

(2) نعيمة عميمر، المرجع السابق، ص 114.

(3) معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص، ص 412 - 413.

(4) DUPUY PIERRE, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, PEDONE, PARIS, 1992, PP322- 323

المبحث الثاني: نظرية المخاطر كأساس لقيام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود

لما كانت نظرية الخطأ لا تصلح لمعالجة كافة أنواع الأضرار، وقد لا تستطيع الضحية إثبات خطأ الشخص القانوني المتسبب في الضرر، بالتالي لا يحصل المضرور على التعويض المناسب. أيضا نظرية الفعل غير المشروع لم تعد صالحة لتغطية كافة الأضرار خاصة الناتجة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي. أصبح من المتعين أن يبحث الفقه والقضاء الدولي عن نظرية جديدة حديثة تتناسب مع الأضرار الناتجة عن الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي⁽¹⁾.

أدى التطور التكنولوجي والثورة العلمية وما لحقها من تقدم علمي إلى ظهور مخاطر استخدام الوسائل التقنية المتقدمة على البيئة الدولية، فظهرت نظرية المخاطر لتغطية حالات المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأنشطة المشروعة، والتي تتكون من شقين:

- أولهما الخطر إذ أنه لو لا الخطورة لما تقررت المسؤولية.
- وثانيهما الضرر الذي يعدّ الركيزة الثانية في هذه النظرية.

المطلب الأول: مضمون نظرية المخاطر (الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي)

درس الفقه الدولي نظرية المخاطر وبدأ الحديث عنها كبديل عن نظرية الخطأ والفعل غير المشروع دوليا بما يتناسب وطبيعة هذه النشاطات الخطرة، والأضرار الناجمة عنها.

جاءت نظرية المخاطر⁽²⁾، التي أطلقت عليها لجنة القانون الدولي تسمية الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي، لسد ثغرات نظرية الخطأ والفعل غير المشروع دوليا، وعدم قدرتهما على مواكبة التقدم العلمي والتكنولوجي لاسيما في مجالات الطاقة النووية، القيام بأنشطة في الفضاء الخارجي، وكذا نقل النفايات الخطرة.

(1) صالح محمد بدر الدين، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 33.

(2) ظهرت نظرية المخاطر في أواخر القرن 19 بفرنسا، ومن أبرز روادها الأستاذ "سالي" من خلال كتابه حوادث العمل والمسؤولية المدنية، والأستاذ "جرسران" في كتابه المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، اعتبروا أنّ فكرة الخطأ أثر من آثار الماضي الذي كانت المسؤولية المدنية فيه تختلط بالمسؤولية الجنائية والتعويض بالعقوبة. فالمسؤولية الخطئية ماهي إلا تحقيق لفكرة الذنب التي تقوم عليها المسؤولية الجنائية، وهذه الفكرة لم يعد لها مجال في العصر الحديث التي ترمي المسؤولية المدنية فيه إلى تحقيق غاية هامة هي تعويض الضرر الذي لحق المضرور لا إلى التوقيع العقوبة على المسؤولية. لذا يجب هجر فكرة الخطأ واستبدالها بفكرة المخاطر التي لا تشترط أن يكون الضرر ناشئا عن انحراف سلوكه محدثه حتى يلزم بالتعويض عنه، بل تكفي أن يكون الضرر قد وقع نتيجة نشاطه. يكون أساس المسؤولية الفعل الضار لا الخطأ. راجع: محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية مع مقارنة الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ط2، مصر، 2005م، ص 214.

تقوم فكرة المخاطر على أنه من يقوم بنشاطات خطيرة يجب أن يتحمل المسؤولية عن المخاطر التي تنجم عنها دون حاجة لإثبات وقوع الخطأ أو الإخلال بالتزام دولي.

ناقش الفقيه "بول فوشيل" **Poual Fouchille** فكرة المسؤولية الدولية الناتجة عن المخاطر وضرورة نقلها إلى القانون الدولي، إذ حاول أن يضع قاعدة ليحصل عليها بموجبها الأجانب الذين يتضررون من جراء الحروب الأهلية على أقاليم الدول التي يحدث فيها على التعويض المناسب⁽¹⁾. كذلك الفقيه "شارل روسو" الذي يقر بتطبيق نظرية المخاطر في مجال العلاقات الدولية باعتبارها نظرية ذات طابع موضوعي⁽²⁾.

هناك العديد من الاتفاقيات الدولية في الفقه الدولي التي أوردت نظرية مخاطر وتأكيداً نذكر منها بروتوكول تعديل اتفاقية فيينا عام 1997م بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية الذي نص على: "أن مشغل المنشأة النووية يتحمل مسؤولية الأضرار النووية التي يثبت أنها كانت بسبب حادثة نووية"⁽³⁾.

لاحظت لجنة القانون الدولي عدم كفاية الخطأ والفعل غير المشروع دولياً كإطار قانوني للمسؤولية الدولية، وذلك بسبب ازدياد النشاط الدولي التقني واستغلال مناطق كانت بعيدة كل البعد عن القانون. مثل: امتلاك الأسلحة الذرية الفتاكة، وتلويث البيئة بشتى عناصرها. لهذا أدرجت لجنة القانون الدولي المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي.

حدد المقرر الخاص للجنة "سرينيفاسا راو" ضرورة توفر عدة شروط حتى تقوم هذه المسؤولية وهي: عنصر عبور الحدود، عنصر التبعة المادية للضرر (النتيجة المادية) وعنصر الآثار على الاستخدام أو الانتفاع. والمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، لا تنشأ إلا عن نشاط مادي يتسم بالخطورة التي تنذر باحتمالات وقوع أضرار عبر الحدود⁽⁴⁾.

يعتبر الخطر أحد المبررات لإقامة المسؤولية الدولية وأحد أهم شروطها إذا ما تأسست على الفعل المحظور دولياً، فعبرت لجنة القانون الدولي عن المقصود بالخطر أنه: "الشيء المتأصل في استعمال الأشياء التي تعتبر بحكم خصائصها المادية خطيرة في حد ذاتها، ومثال ذلك المواد المشعة والمواد السامة أو القابلة للاشتعال، والتي تسبب أضرار تحدث في مناطق قريبة أو أماكن تساعد فيها على حدوث آثار ضارة عبر الحدود"⁽⁵⁾.

(1) محسن عبد الحميد فكيرين، المرجع السابق، ص 158.

(2) معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص 355.

(3) المادة (2) من بروتوكول تعديل اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية لعام 1997م. راجع الوثيقة (INFCIRC/566).

(4) راجع حولية لجنة القانون الدولي، مج1، الوثيقة: (A/CN.4/SER.A/1998)، ص157.

(5) راجع: حولية لجنة القانون الدولي، 1988م، الوثيقة، (U.N.Doc) (A/CN.4/413)، ص 13.

يقصد أيضا بالنشاطات الخطرة تلك التي تحتاج لإنجازها إلى أشياء خطيرة بسبب خصائصها الفيزيائية، مثل المواد المشعة والمواد السامة أو بسبب موقعها كوجود أنشطة في المناطق الحدودية، مثل بناء سد على الحدود يمكن أن يضر بالدولة المجاورة، أو بسبب استعمالها، مثل نقل البترول عبر البحار التي يمكن أن تضر بالبيئة البحرية⁽¹⁾.

أكد الفقه الدولي من بينهم "تابن فيلد" "Teben Fled"، و"جيسوب" "Jessup" بأن تطبيق نظرية المخاطر ترتبط بالنشاطات الخطرة بقولهما: "من يقوم بنشاط شديد الخطورة عليه أن يتحمل المسؤولية عن المخاطر التي تترتب عن هذا النشاط"⁽²⁾.

نستنتج أنّ نظرية المخاطر هي إمكانية مساءلة الشخص القانوني إذا مارس نشاطا مشروعاً من الناحية القانونية الدولية، ويتسم بالخطورة بحيث ينتج عنه ضرر للدول المجاورة. ففي هذه النظرية العبرة بحدوث الضرر، فهو وحده يترتب المسؤولية الدولية في حق الدولة المضرورة⁽³⁾.

تفترض المسؤولية الدولية المبنية على أسس تقليدية وجود خطأ ترتكبه الدول يترتب عليه ضرر. ولما كان الضرر يترتب عادة عن فعل غير مشروع (استغلال مصنع أو استخراج ثروات طبيعية)، فإنّ المسؤولية الدولية الحديثة تكون عن فعل مشروع دولياً. لذلك لا يشترط وجود الخطأ وإنما يكفي وقوع الضرر. وعلى ذلك يمكن أن تترتب المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود إما عن فعل غير مشروع دولياً، أو نتيجة الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي.

المطلب الثاني: عنصر الخطر في الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي

إتجه الفقه الدولي للبحث عن وسيلة قانونية تقرر المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأنشطة غير المحظورة دولياً، وقد وجد ضالته في الخطر الذي تتسم به هذه الأنشطة حيث اعتبره مبرراً مناسباً لإقامة المسؤولية الدولية⁽⁴⁾. و أنّ خطورة النشاط فرضت التزامات أساسية تتعلق بمنع الضرر وتحقيق الهدف الوقائي للمسؤولية الدولية بصفة عامة. بالتالي حتى تقوم المسؤولية الدولية لا بد من أن يكون النشاط الذي تقوم به الدولة خطراً.

اختلف الفقه الدولي على تحديد مفهوم موحد للخطر، إذ يرى الفقيه "هاندال" "HANDALLE" أنّ: "الخطر يعني احتمال وقوع حادث ضار دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى وقوع الآثار الضارة". بينما يرى

(1) صافية زيد المال، المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، رسالة ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق جامعة بن عكنون، الجزائر، 1995 - 1996، ص 27.

(2) صافية زيد المال، المرجع السابق، ص 26.

(3) صالح محمد بدر الدين، المرجع السابق، ص 47.

(4) معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص 392.

الفقيه "باربوزا" "BARBOZA" أن: "الخطر يتمثل في الأنشطة التي يحتمل أن ينجم عنها آثار مدمرة"⁽¹⁾. ويشترط في الخطر المميز للنشاط الغير محظور دوليا، والذي يمكن أن تبنى عليه المسؤولية الدولية أن يكون متوقعا أي قابلا للتنبؤ به، وأن يكون ملموسا أي لا تخفى جسامته.

بالنسبة للشرط الأول بأن يكون الخطر مما يمكن التنبؤ به، وأن يكون هذا التنبؤ عاما لا يتعلق بحالات محددة، وإنما بمجمل النشاط نفسه. فمثلا إن التنبؤ بخطورة نقل النفايات الخطرة عبر الحدود لا يستند إلى التنبؤ بالأخطار المحتملة لرحلة بحرية معينة، وإنما إلى نشاط نقل النفايات الخطرة بحرا، والتوقع العام يشير إلى حدوث أضرار بالغة الخطورة بالبيئة البحرية عند حدوث حادث أثناء عملية النقل⁽²⁾.

أما الشرط الثاني بأن يكون الخطر ملموسا يقصد به الخطر الذي يمكن ملاحظته وإدراكه، وذلك بإعمال معايير موضوعية بحتة لا تأخذ بعين الاعتبار شخصية الممارس للنشاط. وبصورة عامة فإن الخطر الملموس هو الخطر الذي يمكن إدراكه من خلال الطبيعة المادية للشيء أو النشاط الممارس⁽³⁾.

تناولت اتفاقية الكويت بشأن التعاون من أجل حماية البيئة البحرية من التلوث عام 1978م الخطر حيث نصت على: "أن تعمل كل دولة على إدراج تقييم الآثار المحتملة بالنسبة للبيئة في جميع أنشطة التخطيط التي تشمل على مشاريع في نطاق إقليمها وبصفة خاصة في المناطق الساحلية، والتي يمكن أن تتطوي على خطر جسيم من أخطار التلوث في المنطقة البحرية"⁽⁴⁾. كذلك التوصية الصادرة من منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بشأن التلوث العابر للحدود. أشارت إلى الخطر الجسيم، فنصت في البند (6) منها أنه: " قبل أن يبدأ بلد من البلدان أشغالا لأي أنشطة يمكن أن توجد خطرا جسيما على هيئة تلوث عابر للحدود ينبغي لهذا البلد أن يقدم معلومات مسبقة إلى سائر البلدان المتأثرة أو التي يمكن أن تتأثر"⁽⁵⁾.

(1) جعفر داودي، المسؤولية الدولية عن تلويث البيئة البحرية بأنشطة غير محرمة دوليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر 2013 - 20 ص 14، 62.

(2) يوسف معلم، المرجع السابق، ص 93.

(3) المرجع نفسه، ص 64.

(4) راجع: نص المادة 11 من اتفاقية الكويت الإقليمية الخاصة بالتعاون لحماية البيئة البحرية من التلوث لعام 1978، على الرابط الإلكتروني:

<http://www.unitar.org/cwm/publication/cbl/synergy/UNEP>

تاريخ الإطلاع: 2017/11/16، على الساعة: 18:50

(5) يوسف معلم، المرجع السابق، ص 94.

المطلب الثالث: الضرر كعنصر أساسي لقيام المسؤولية الدولية عن الفعل المشروع دولياً

يعتبر الضرر الركن الأساسي الذي ينبعث منه التفكير في مساءلة محدثه وتحريك دعوى التعويض في مواجهته. وقد استقر الرأي في النظرية العامة للمسؤولية المدنية على أنّ الضرر من الشروط الجوهرية لقبول دعوى المسؤولية⁽¹⁾ العقدية أم التقصيرية.

الضرر البيئي شرط أساسي لا تتحقق المسؤولية الدولية إلا به، سواء صدر من دولة أو منظمة أو أحد الكيانات الخاصة التابعة للدول، فلما كان الضرر بصفة عامة⁽²⁾، هو الشرط الأساسي لدعوى المسؤولية المدنية حيث لا مسؤولية مدنية بدون ضرر، ولا ضرر بدون المساس بمصلحة مشروعة يحميها القانون. فإنّ الضرر البيئي هو الأساس الجوهري في المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

يقصد بالضرر البيئي الأذى الحال أو المستقبلي الذي ينال من أي عنصر من عناصر البيئة، والمترتب على نشاط الشخص أو فعل الطبيعة والمتمثل في الإخلال بالتوازن البيئي، سواء كان صادراً من داخل البيئة الملوثة أم واردًا عليها⁽³⁾.

يختلف الضرر البيئي عن غيره من الأضرار مما يجعله منفرداً يتميز بالخصائص التالية:

- أنه ضرر غير شخصي (عام)، ويتعلق بالمساس بشيء لا يملكه شخص معين، وإنما يستعمل من قبل الجميع دون استثناء⁽⁴⁾، فالنشاط الذي ينجم عنه تلوث بيئي يسبب في أغلب الأحوال ضرراً يتسم بالعمومية، أي يصيب البيئة بعناصرها ومكوناتها⁽⁵⁾.

- أنه غير مباشر أي أنه لا يصيب الإنسان أو الحيوان أو الأشياء مباشرة، بل تتدخل وسائط من مكونات البيئة في إحداثه، حيث تساهم العديد من المسببات في إحداث الضرر كالماء والهواء، والغازات المنبعثة من المصانع التي ينجم عنها تسلسل الأضرار، وتراكمها تدريجياً وامتزاجها لتصل إلى ضرر بيئي واضح المعالم⁽⁶⁾.

(1) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004م، ص 440.

(2) لقد عرف الفقه الضرر بصفة عامة على أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك. راجع علي فيلاي، الالتزامات - العمل المستحق للتعويض - موفم للنشر، الجزائر، 2002م، ص 244.

(3) نقلاً عن: حسن حنتوش رشيد الحسنوي، دعوى التعويض عن الضرر البيئي، مجلة أهل البيت، العدد 13، المجلد، العراق، جوان 2012، ص 60.

(4) رضوان حوشين، الوسائل القانونية لحماية البيئة ودور القاضي في تطبيقها، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الفترة التكوينية 2003 - 2006، ص 60.

(5) أحمد محمود سعد، استقراء لقواعد المسؤولية الدولية في منازعات التلوث البيئي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1994 ص، ص 66-67.

(6) أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص، ص 225-226.

إضافة إلى اعتبار الضرر البيئي غير شخصي وغير مباشر، فإنه كذلك ضرر مترسخي حيث لا تتضح آثاره في غالب الأحيان والحالات إلا بعد فترة زمنية طويلة، لذلك يطلق عليه البعض تسمية الضرر التراكمي. حيث يظهر عند تراكم المواد الملوثة للبيئة وتأتي في شكل أمراض تؤثر على الكائنات الحية⁽¹⁾. وأن الضرر البيئي ذو طابع انتشاري حيث لا يعتد بالحدود الجغرافية ولا بالفترة الزمنية، فهو واسع النطاق لا يمكن التحكم فيه مما يؤدي إلى خرق أقاليم الدول الأخرى وانتشار مواد غير مرغوب فيها، كالتلوث الذي يعدّ من أهم المظاهر خاصة ذات الطابع الانتشاري والاستمراري للضرر البيئي⁽²⁾.

الضرر البيئي العابر للحدود هو أحد الشروط الجوهرية التي تتأسس عليه المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود، الناتج في غالب الأحيان عن الأنشطة المشروعة التي تقوم بها الدولة. فهو يعرف - الضرر العابر للحدود- على أنه: " التلوث العابر للحدود ذو اتجاه واحد والذي يجد مصدره في دولة وينتج آثاره في دولة أو أكثر. أو التلوث ذو اتجاهين والذي يجد مصدره في دولة وينتج آثاره في دولة أخرى وتوجد في هذه الدولة الأخرى مصادر للتلوث تنتج آثارها في الدولة الأولى"⁽³⁾. وعرفته أيضا لجنة القانون الدولي بأنه: "الضرر الذي يقع في إقليم غير الدولة المصدر أو في أماكن أخرى موضوعة تحت ولاية تلك الدولة أو تحت سيطرتها سواء وجدت حدود مشتركة بين الدولتين المعينتين أم لم توجد"⁽⁴⁾.

يفترض الضرر البيئي العابر للحدود وجود إقليمين أحدهما يمثل مكان ممارسة النشاط ويسمى بالدولة المصدر، والآخر يمثل المكان المتأثر بمخاطر النشاط ويسمى بالدولة المتأثرة، وهو ضرر عادي كإجراء نشاط نووي تترتب عليه آثار عابرة للحدود. وهي بطبيعتها أضرار تمس الأشخاص (كفقدان الحياة والإصابة الجسدية أو أضرار على الصحة)، كما تمس الأشياء كالأضرار التي تلحق الممتلكات والأموال الأمر الذي يجعلها غير قابلة للاستعمال، وكما تمس المناطق كالناقلة البترولية الإفريقية التي تسببت في تلوث أدى إلى التأثير في استخدام إسبانيا لسواحلها⁽⁵⁾.

تتمثل علاقة السببية في كون النشاط الضار هو سبب الضرر الذي حدث، فلولا النشاط الضار لما وقع الضرر؛ فتقتضي العدالة أن تقف عند السبب المنتج الملائم، و هو السبب الذي يؤدي وفقا للمجرى العادي للأمر إلى مثل الضرر الذي حدث، فيتحمل كل شخص النتائج الطبيعية لنشاطه الضار، تعدّ العلاقة السببية

(1) جميلة حميدة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011م، ص 93.

(2) جميلة حميدة، المرجع نفسه، ص، ص 90-91.

صافية زيد المال، المرجع السابق، ص، ص 36-37.

(3) أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص، ص 66-67.

(4) بشير جمعة عبد الجبار الكبيسي، الضرر العابر للحدود عن الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 28.

(5) صافية زيد المال، المرجع السابق، ص، ص 36-37.

بين الضرر الناجم عن النشاط والشخص القانوني الدولي المتسبب في الأضرار شرطا جوهريا للحصول على التعويض⁽¹⁾.

خاتمة

أضحت الأسس التقليدية للمسؤولية الدولية غير صالحة في أغلب الأحيان، لتغطية الضرر البيئي العابر للحدود، لاسيما نظرية الخطأ، نظرا للعناصر النفسية التي تقوم عليها والتي يصعب إثباتها في جانب الدولة، كما أنّ الفقه الدولي هجرها كأساس للمسؤولية الدولية بصفة عامة، مما أدى إلى تطبيق نظرية المسؤولية المطلقة كأساس لتغطية الأضرار البيئية، لقيت هذه النظرية دعما كبيرا من طرف الفقه والقضاء، وأخذت بها العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة، نظرا لكون نظام المسؤولية الموضوعية لا يحتاج من المضرور إثبات الخطأ، وإقامة علاقة سببية مباشرة بسبب تداخل مصادر نتائج الضرر البيئي، فتقطع معه علاقة السببية المباشرة.

نستطيع القول أنّ نظرية المخاطر قد تكون ملائمة للسيطرة على مخاطر التكنولوجيا الحديثة وخاصة في التأسيس للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود، فالنشاطات الإنسانية في الآونة الأخيرة أصبحت تركز على الربح السريع ومنه الإنتاج السريع لتلبية حاجيات استهلاكية كبيرة وتتطلب خصائص معينة. ولا يمكن إنتاج السلع دون أن يكون ذلك مقترنا بإنتاج النفايات التي تعدّ سببا جوهريا لقيام الضرر البيئي العابر للحدود، وعليه فإنّ مشروعية النشاط الإنساني لا تعني غياب الخطر على البيئة، لهذا نرى أنّ تأسيس المسؤولية الدولية البيئية الناتجة عن وقوع ضرر عابر للحدود، بالاعتماد على نظرية المخاطر أمر لا بد منه على اعتبار أنّه يحقق:

- التقييد إلى أقصى حد ممكن من حركة النفايات الخطرة عبر الحدود باعتبارها أهم مظهر للتلوث العابر للحدود ومنه تستفيد العديد من الدول، خصوصا الدول النامية التي لا تملك الوسائل التكنولوجية للتعامل مع الكميات المعتبرة من النفايات الخطرة التي تنتجها الدول المتقدمة.
- إعفاء المضرور من أعباء وصعوبات الإثبات ومنه الحصول على التعويض المناسب وبأيسر السبل، مباشرة بعد وقوع الضرر البيئي العابر للحدود.

نظرية المخاطر ملائمة كذلك لإثارة المسؤولية الدولية عن الضرر العابر للحدود، عندما يكون نشاط الدولة مشروعاً ولكن يتسم بخطورة ما، و تعليل ذلك أنّه ليس من العدالة والإنصاف أن تتحمل الدولة الأضرار الناتجة عن تلوث عابر للحدود نتيجة نشاط تقوم به دولة أخرى، بحجة أنّ هذه الأنشطة مشروعّة، ولا تتطوي على نسبة أي عمل غير مشروع من الدولة صاحبة النشاط (سواء كانت دولة مصدرة أو مستوردة).

(1) صالح محمد محمود بدر الدين، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 76.

إنّ التمسك بالنظرية التقليدية و هي إتصاف الفعل بعدم المشروعية على إطلاقه، لا يعتبر أساسا كافيا لمسؤولية الدولة عن الضرر البيئي العابر للحدود، بل يجب عدم الاقتصار عليه كأساس وحيد لتحمل الدولة تبعة المسؤولية في حالات التلوث، و إنّما يمكن الاعتداد على مجرد التسبب في إحداث التلوث، بصرف النظر عن الخطأ أو الإهمال، بما يعني الأخذ بفكرة المسؤولية المطلقة.

توجب نظرية المخاطر تقرير المسؤولية الدولية عند حدوث ضرر ناشئ عن فعل قامت به الدولة، دون النظر إلى نوعية ذلك الفعل، وما إذا كان مشروعاً أو محظوراً، كما أنّ إعمالها لا يتطلب البحث عن العنصر النفسي أو المعنوي لمسبب الضرر، ولكنّه يرتبط بإلزام الدولة بمنع التسبب في هذه الأضرار لأقصى حد ممكن وتنمية هذا الالتزام باستمرار حتى يتم تقويم سلوكها بالنظر إلى مصالح الدول الأخرى، فالمسؤولية الموضوعية باتت اليوم صماماً قانونياً فعالاً لضمان حقوق المتضررين وتسهيل تعويض الأضرار الناشئة عن تلوث البيئة في حالات العجز عن إثبات خطأ المسؤول.

الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري - دراسة مقارنة -

كركادن فريد⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

يتكوّن المحل التجاري من مجموعة من العناصر المختلفة منها ما هو ذو طبيعة معنوية ومنها ما هو ذو طبيعة مادية، إلا أنّ العناصر المعنوية لها قيمة أكبر من العناصر المادية، أما العنصر المعنوي والأساسي من بين هذه العناصر المعنوية يتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء، الذي يرتبط بوجود المحل التجاري من عدمه بوجود هذا العنصر، فمتى وُجد سلّمنا بوجود المحل ومتى زال حكمنا بزوال المحل، وهذا ما يظهر لنا من الفقرة الثانية من نص المادة 78 ق ت ج التي تنص على الاتصال بالعملاء عنصر إلزامي في المحل التجاري. يجب عند التعاقد على المحل التجاري ضرورة إدراج عنصر الاتصال بالعملاء في كل العقود دون استثناء، مهما اختلفت طبيعة هذه العقود طالما هي واردة على محل تجاري، لأنّه في حالة استبعاد هذا العنصر لا يعتبر العقد واردا على محل تجاري، ولا يأخذ هذا التكييف، بل يعتبر عقدا واردا على ذلك العنصر المتصرف فيه لوحده.

الكلمات المفتاحية:

الاتصال بالعملاء، الشهرة التجارية، الحق في الإيجار، المحل التجاري.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/24، تاريخ قبول المقال: 2018/06/05، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: كركادن فريد، "الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري - دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 154-179.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ مساعد قسم "أ"، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

- المؤلف المراسل: farid.kerkedene@gmail.com

Customer Element in the Business Assets - comparative study-

Abstract:

The business assets consists of a set of material and moral elements. The latter are of paramount importance, particularly that of the relationship with customers. Indeed, the existence of a business assets depends on this element. This is apparent from the provisions of article 78/02 of the trade code which provides that the business assets necessarily includes customers and renown. Therefore, in all business assets contracts, the element must be integrated and taken into account.

Keywords:

Customer basis, business assets, commercial renown, right to lease.

La clientèle élément dans le fonds de commerce - étude comparative-

Résumé:

Le fonds de commerce est constitué d'un ensemble d'éléments matériels et moraux. Ces derniers revêtent une importance capitale notamment celui de la relation avec la clientèle. En effet, l'existence d'un fonds de commerce est tributaire de cet élément. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 78/02 du code de commerce qui prévoit que le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage.

Mots clés:

La clientèle, l'achalandage, droit au bail, le fonds de commerce.

مقدمة

عددت المادة 78 ق ت ج العناصر التي يمكن أن تساهم في تكوين المحل التجاري، فبعض منها يتمثل في عناصر ذات طبيعة مادية وبعضها الآخر ذات طبيعة معنوية، فالعناصر المادية تتمثل في المعدات والآلات والبضائع، أما العناصر المعنوية فتتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، عنوان المحل والاسم التجاري، الحق في الإيجار، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية، غير أنّ المحل التجاري يمكن أن يشمل عناصر أخرى غير هذه الواردة في هذا النص كحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الرخص، ... إلخ.

تتحد هذه العناصر فيما بينها لتشكل مالا مستقلا عنها، يخضع لأحكام خاصة تختلف عن الأحكام التي تخضع لها كل واحدة منها على حده، إذ رغم هذا الاتحاد إلا أنّها لا تذوب ولا تتغير طبيعتها بل تحتفظ بذاتيتها كما هي. إلا أنّ هذه العناصر تختلف أهميتها من محل تجاري إلى آخر حسب طبيعة النشاط التجاري المزاول في المحل، فنجد مثلا عنصرا موجودا في محل تجاري معيّن ولا نجده في محل تجاري آخر وهكذا، غير أنّ العنصر الوحيد الذي لا يمكن أن يغيب في كل المحلات التجارية مهما كانت طبيعة النشاط التجاري الممارس فيها، يتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية حسب نص المادة 78 ق ت ج.

إنّ الأهمية المعطاة لهذا العنصر لها ما يبررها، إذ لم يكن يتمتع بها إلا ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر بظهور الثورة الصناعية في العالم، وما جاءت به من اختراعات في المجال الصناعي والتجاري تعدت حدود الدولة الواحدة لتشمل عدة دول أخرى، كمشروبات كوكا كولا على سبيل المثال التي نجدها في كل دول العالم، لذلك كان من اللزوم حماية هؤلاء المخترعين والتجار عن طريق حماية حقهم في الاتصال بالعملاء، سواء الموجودين أو المستقبليين، إذ لم تعد الفكرة كما كانت في السابق أين كان المكان الذي يزاول فيه التاجر تجارته يعتبر هو المحل التجاري، أي فكرة مادية بحتة، وإنما تغيرت فكرة المحل التجاري من فكرة مادية إلى فكرة معنوية جوهرها العناصر المعنوية، في مقدمتها عنصر الاتصال بالعملاء.

يظهر لنا من هنا الارتباط الوثيق بين وجود عنصر الاتصال بالعملاء ووجود المحل التجاري كمال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، والذي يتأثر بوجوده وانعدامه، وعليه إذا كان كذلك فإننا نطرح الإشكالية التالية: ما هو الدور الذي يلعبه عنصر الاتصال بالعملاء في المحل التجاري؟ للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا البحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم عنصر الاتصال بالعملاء، على أن نخصص المطلب الثاني لدراسة مدى إلزامية وجود هذا العنصر.

المطلب الأول: مفهوم عنصر الاتصال بالعملاء

سنحاول في هذا المطلب تقديم تعريف عنصر الاتصال بالعملاء والشروط التي يجب أن تتوفر فيه من أجل إعطائه هذا التكييف (الفرع الأول)، ونتطرق أيضا إلى أهميته في المحل التجاري (الفرع الثاني)، على أن نختم هذا المطلب بالتطرق إلى علاقته ببعض العناصر الأخرى للمحل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف عنصر الاتصال بالعملاء وشروطه

لم يعرف المشرع الجزائري ولا التشريعات الأخرى عنصر الاتصال بالعملاء، وإنما نص على إلزامية توفر هذا العنصر في المحل التجاري، وبالتالي ترك المجال للفقهاء لتعريفه، كما أنّ لهذا العنصر شروط يجب أن تتوفر فيه من أجل تمتعه بهذه صفة، وهذا ما سنحاول دراسته في هذا الفرع.

أولاً: تعريف عنصر الاتصال بالعملاء

يقصد بالاتصال بالعملاء مجموعة من الأشخاص الذين يقتنون حاجاتهم بصفة اعتيادية من عند تاجر معين¹، وهناك من يضيف على هذا أنّ العملاء هم أيضا أولئك الذين تجذبهم صفات شخصية في التاجر، أو بمفهوم آخر هم أولئك الذين يرتبطون بتاجر معين نظرا لصفات شخصية فيه كالثقة²، أو كتقنيات البيع (خدمة حرة، قرض، ... إلخ) أو حسن استقبال التاجر لعملائه (التوجيه، تواصل اجتماعي، تسهيل المبادلات،...)³. يختلف عنصر الاتصال بالعملاء بهذا المفهوم عن عنصر الشهرة التجارية التي يقصد بها الزبائن العرضيين، غير الدائمين المرتبطين فقط بموقع المحل التجاري⁴، فهم لا تجذبهم الصفات الخاصة بالتاجر وإنما تجذبهم عوامل مادية مرتبطة بالمحل التجاري كموقعه في حي يعبر منه الناس⁵ أو موقعه بجانب محطة الميترو مثلا ... إلخ، فهي لا يمكن أن تكون موضوع الوفاء⁶.

نشير إلى أنّه رغم هذا الاختلاف في مفهوم عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية إلا أنّه من الناحية العملية من الصعب التفريق بينهما، وليس هناك أي فائدة من ذلك باعتبار أنّ المشرع في نص المادة 2/78 ق

¹ - LEGEAIS Dominique, *Droit commercial et des affaires*, 24^{ème} éd., Sirey, Paris, 2018, p.73.

² - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011, p.225. Voir aussi DELPECH Xavier, *Fonds de commerce*, 18^{ème} éd., Delmas, Paris, 2011/2012, p.59.

³ - COLLOMB Pierre, « La clientèle du fonds de commerce », RTD. Com., 1979, n° 01, p.4.

⁴ - DELPECH Xavier, op- cit, p.59. Voir aussi, MENJUCQ Michel, *Droit commercial et des affaires*, 10^{ème} éd., Galino, Paris, 2017/2018, p.81.

⁵ - COLLOMB Pierre, op- cit, p4. Voir aussi, BERT Daniel et PLANCKEEL Frédéric, *Cours de droit commercial et des affaires*, 3^{ème} éd., Gualino, Italie, 2017/2018, pp.121-122.

⁶ - " ... Il s'agit d' une clientèle qui ne peut faire objet d' une fidélisation". BRAUD Alexandre, *Droit commercial*, 5^{ème} éd., Gualino, Paris, 2013/2014, p.127.

ت ج لم يفرق بينهما، وإتّما نص على أنّهما عنصران إلزاميان في المحل التجاري¹، فلا يجوز استبعادهما عنه، لأنّه في حالة استبعادهما أو غيابهما عنه لا يمكن القول بوجوده، فهو يتواجد بتواجده سواء عنصر الاتصال بالعملاء² أو الشهرة التجارية³، ولذلك من المستحسن استعمال مصطلح الزبائن للإشارة إلى مجموعة الأشخاص الذين يقتنون حاجاتهم سواء بصفة اعتيادية أو عرضية من تاجر معيّن⁴.

ثانياً: شروط عنصر الاتصال بالعملاء

يجب لإضفاء صفة العملاء على مجموعة الأشخاص الذين يرتادون محلاً تجارياً معينا أن تتوفر فيهم مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

أ- يجب أن يكون العملاء حقيقيين ومؤكدين

يجب من أجل القول بوجود عنصر الاتصال بالعملاء أن يكونوا حقيقيين ومؤكدين، وهذا ما نستنتجه من حكم محكمة النقض الفرنسية التي قضت أنّه لا وجود لمحل تجاري إذا لم يوجد العملاء⁵، فاكتساب الزبائن يكون عن طريق جذبهم والاحتفاظ بهم⁶، أما القول بوجود مجرد زبائن افتراضيين أو احتماليين لا يكفي لإنشاء المحل التجاري⁷.

¹ - تنص المادة 2/78 ق ت ج على أنّه (ويشمل المحل التجاري إلزامياً عملاءه وشهرته).

² - " Il n' y a pas de fonds de commerce lorsqu' il n' y a pas, ou lorsqu' il n' y a plus de clientèle qui s' y trouve attachée". Com. 31 mai 1988, n° 86-13.486, bull. Civ. IV, n° 180, p126. Voir aussi, LE GALL Jean Pierre et RUELLAN Caroline, *Droit commercial*, 17^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017, p.57.

³ - Com. 31 mai 1988, n° 86-13.486, bull. Civ. IV, n° 180, p126. Préc. Voir aussi DERRUPÉ Jean, « Condition d' existence du fonds. clientèle et l' achalandage », RTD. Com., 1988, n° 4, pp.609-610. Voir aussi Cass. Civ. 15 sep. 2010, n° 94-13.765, D., A/DA., 2010, n° 33, n° 2151. Voir aussi, bull. Civ. III, n° 155, p.146.

⁴ - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *op.cit*, p.226.

⁵ - Com. 31 mai 1988, n° 86-13.486, bull. Civ. IV, n° 180, p126. Préc. Voir aussi, JULIAN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, *Droit commercial*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., France, 2017, p.228.

قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 أبريل 1976، أنّه تمت ملاحظة عند إمضاء العقد المتنازع عليه، أنّه لا يوجد لا استغلال ولا زبائن، وبالتالي لا يوجد محل تجاري وأنّ العقد لا يشكل إيجار تسيير.

Cass. Com. 27 avr. 1976, D., 1976, IR., p.208.

⁶ - JULIAN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, *op.cit*, p.228.

⁷ - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2015, p.233. Voir aussi Cass. Civ 04 déc. 2013, n° 12-28.076, bull. Civ. I, n° 238. Voir aussi, SAINTOURENS Bernard, « La condition d' exploitation et la qualification de bien commun d' un fonds de commerce de pharmacie », RTD. Com., 2014. n° 02, pp.306-307.

إلا أننا بالرجوع إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 27 فيفري 1973، نجد أنها اعترفت بوجود العملاء قبل فتح المحل التجاري. إذ أنّ شركة بترولية قامت بتهيئة محطة خدمات من أجل التزود بالوقود، وقامت بإيجارها لمسير، وثار نزاع بينهما، فكان حكم محكمة النقض الفرنسية أنّ المستأجر المسير لمحطة الخدمات لا يمكن له الادعاء أنّه أنشأ محلا تجاريا، والتمسك بالاتفاقية التي تربطه بالشركة البترولية- كيف خطأ على أنّه إيجار تسيير- يشكّل في الحقيقة إيجارا لعقار مخصص للاستغلال التجاري، يمنح له الحق في تجديد عقد الإيجار أو في حالة عدم الإمكان تعويضا استحقاقيا.

بحيث أنّه من الثابت أنّ كل عناصر المحل بما فيها العناصر المعنوية تعود ملكيتها للشركة البترولية، والزبائن موجودون بالفعل كحقيقة حاضرة. فلا يوجد ما يبزر ادعاء المستأجرين المسيرين لمحطة الخدمات بإنشائهم لزبائن مرتبطين بالمحل الذي استأجروه فقط وأنهم لم يتحصلوا على الملكية ولن يتلقوا- في حالة نزاع الملكية- على تعويض باعتبارهم مالكي المحل¹.

يقول الأستاذان PEDAMON Michel et KENFACH Hugues أنّ السبب الذي يمكن إعطاؤه لهذا الحكم هو أنّه بمجرد أن تكون محطة الخدمات جاهزة لاستغلالها وحتى قبل اشتغالها، فإنّ محطة الخدمات تحتوي على عملاء حقيقيين ومؤكدين؛ وهؤلاء العملاء السابقين على استغلال المحل هم للشركة البترولية². وما يدعم هذا الموقف أيضا حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 01 فيفري 1984، إذ أنّ العقار الكائن في نقطة عبور إجبارية لعدد كبير من السائحين كاف لجذب زبائن، يبزر اعتبار أنّ الزبائن موجودين قبل إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري³.

ب- يجب أن يكون العملاء شخصيين

يجب أن يكون العملاء خاصين بمالك المحل التجاري متعلقين به شخصيا ومستقلين⁴. بمفهوم المخالفة يجب أن يكون العملاء مرتبطين بتاجر معيّن ومستقلين غير تابعين لمحل تجاري آخر. أدى هذا الشرط إلى رفع العديد من الدعاوى القضائية فيما يتعلق بتطبيق نظام الإيجارات التجارية، إذ من أجل مطالبة تاجر مستأجر

¹ - Cass. Com. 27 fév. 1973, JCP., G., 1973, 2, n° 17403. Voir aussi LELOUP Jean- Marie, « La place de clientèle aujourd'hui », Gaz- Pal., Mai- juin 2009, p.1802.

² - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 4^{ème} éd., op.cit, p.233. Voir aussi, BERT Daniel et PLANCKEEL Frédéric, op.cit, p.128.

" Bénéficiaire du statut des baux commerciaux la société locataire d' un terrain à usage de station-service dès lors que cette station- service constitue un fonds de commerce indépendant disposant d' un droit au bail, de bâtiment et d'installations appropriées, d' une clientèle locale et d' un achalandage important". Cass. Civ. 13 fév. 1980, n° 73-14.553, bull. Civ. III, n° 37, p.26.

³ - Cass. Com. 01 fév. 1984, n° 83-13.151, bull. Civ. IV, n° 52, p43.

⁴ - LEGEAIS Dominique, op- cit, p.74.

بهذا النظام يجب أن يكون في الواقع مالكا لمحل تجاري مستغل في الأماكن المؤجرة، بينما لا يمكنه الادعاء بهذه الصفة إلا إذا كان العملاء الذين يخدمهم خاصين به وليسوا عملاء خاصين بمحل تجاري آخر¹. يجب في الحقيقة أن يكون هؤلاء العملاء قد جذبهم المحل التجاري؛ جودة البضائع المباعة و/ أو فوائد الخدمات المقترحة، شهرة التاجر².

يثير هذا الشرط العديد من الإشكالات نلخصها فيما يلي:

1- فيما يخص المحل التجاري الذي يستغل في حرم تجارة أخرى أوسع: أي المحلات التي تستغل في حرم مؤسسة أوسع والتي لها أيضا زبائن خاصين بها؛ كمقهى، مطعم مقام في ميدان سباق الخيل، في المطار، في فناء الفندق، المساحات الكبرى، ... إلخ³. ففي بداية الأمر رفضت المحاكم عموما الاعتراف لمستغلي هذه التجارة أن يكون لديهم زبائن خاصين بهم ومستقلين⁴، لأنهم يستفيدون من زبائن المحلات التجارية الأخرى⁵.

¹ - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 4^{ème} éd., op.cit, p.233.

قضت في هذا الشأن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 جانفي 2005، أن نظام الإيجارات التجارية يطبق على إيجارات المباني المستقرة والدائمة التي يستغل فيها المحل التجاري أو المحل الحرفي، وتتميز هذه المحلات بوجود زبائن خاصين بالتاجر أو الحرفي.

Cass. Civ. 19 jan. 2005, n° 03-15.283, bull. Civ. III, n° 10, p.8.

² - DECOCQ Georges et BALLOT- LÉNA Aurélie, *Droit commercial*, 8^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2017, p.235.

³ - Voir Cass. Civ. 19 jan. 2005, n° 03-15.283, bull. Civ. III, n° 10, p.8. Préc.

⁴ - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 4^{ème} éd., op.cit, pp.233-234.

يظهر هذا من خلال ما قضت به الغرفة المجتمعة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 أفريل 1970، أن المستفيد من تنازل حصري لاستغلال بيع المشروبات على مضمار السباق، بشرط أن يكون أن يكون محصورا في حرم مضمار السباق ومقصورا فقط على الأيام التي تقام فيها السباقات، فإنه يمكن القول أن هذا المستفيد لم ينشأ زبائن خاصين به ومختلفين عن زبائن شركة السباق، فالجمهور الذي أتى إلى سباق الخيل واتصل بهذه المقهى فهو قبل كل شيء أتى من أجل حضور سباق الخيول، وبالتالي لا يمكن اعتباره أن لديه محل تجاري.

Cass. Ass. Plén. 24 avr. 1970, JCP., G., 1970, 2, n° 16489.

بالتالي أجابت الغرفة المجتمعة بمحكمة النقض الفرنسية عن السؤال المطروح هنا هل الزبائن جذبهم نشاط سباق الخيل أم نشاط مستغل في بيع المشروبات؟ بحيث اعتبرت أن الزبائن هم فقط أولئك المرتبطين بسباق الخيل وليسوا بزبائن خاصين بالتاجر: بالتالي فإن هذا الأخير لا يقوم إلا بالاستفادة من زبائن الغير.

JULIAN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, op.cit, p.230.

" Ne bénéficie pas de législation sur les baux commerciaux le commerçant exploitant un banc de poisson à proximité d' un supermarché dès lors que la clientèle de ce commerce est constituée, de manière largement prédominante, par celle du supermarché exploité par la société propriétaire du local". Cass. Civ. 27 nov. 1991, n° 90-15.177, bull. Civ. III, n° 289, p.170.

⁵ - JULIAN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, op.cit, p.231.

نشير في هذه النقطة إلى أن هذا الحكم ليس قطعي الثبوت، بحيث أنه يمكن للتاجر إثبات أنه رغم موقع محله إلا أن هناك زبائن مرتبطين شخصيا بمحله¹. فمخ شركة Grand Case Beach Club (société Grand Case) Management Association، عقد شغل مكان مؤقت لمدة 12 شهرا داخل فناء الفندق للسيدة miltich Welch على أن تتبع نظام الفندق من حيث وقت الفتح والغلق وطريقة الاستغلال. فالأصل أنّ هذه الأخيرة ليس لها الحق في المطالبة بالاستفادة من نظام الإيجارات التجارية، باعتبار أنه ليس لها زبائن خاصين بها، إلا أنها استطاعت إثبات أن لديها زبائن خاصين بها مختلفين عن أولئك التابعين للفندق، بالتالي بإمكانها الاستفادة من تطبيق نظام الإيجارات عليها².

يمكن إضافة أيضا أنّ المستأجر الذي يزاول نشاط تجاري في مبنى دائم داخل سوبر ماركت، والذي يملك زبائن شخصيين جذبهم بموقعه وبالتخصصات التي وضعها للبيع، يجب اعتباره كأنه مستغل لمحله تجاري³.

نشير إلى أنّ هناك تراجعا نوعا ما في التطبيق الصارم لهذا الشرط، بحيث أنه يمكن للزبائن أن يكونوا مستقلين نسبيا⁴، بمعنى يكون للتاجر زبائن خاصين به حتى ولو نسبيا وغير تابعين كلهم لتاجر آخر، بحيث يظهر الأخذ بهذا الحكم في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 19 مارس 2003، إذ أنّ محكمة الاستئناف التي اعتبرت أنّ مؤجري المحل التجاري يزاولون نشاط بيع "الأكل الخفيف" والمشروبات ويملكون خارج الزبائن العابرين لإدارة الأدرج الميكانيكية، زبائن خاصين مشكلين من المتزلجين والرياضيين العابرين قرب المحل المستغل، وبالتالي فالمستأجرون لديهم محل تجاري، الأمر الذي يمكنهم من الاستفادة من نظام الإيجارات التجارية⁵.

نجد أنّ القضاء توجه إلى معيار آخر يتمثل في استقلالية التسيير⁶، هل لهذا التاجر استقلالية في تسيير المحل الذي يستغله أم أنه يخضع لإرادة صاحب المحل التجاري الذي يستغل فيه محله. يظهر لنا من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 05 فيفري 2003، الذي مفاده أنه لا يمكن المطالبة بالاستفادة من نظام الإيجارات التجارية في ظل غياب استقلالية التسيير، بحيث أنّ الشركة الحائزة لمكان داخل مركز تجاري وتقوم لوحدها بتسيير مخزونها ومبيعاتها وتسوي مباشرة اشتراكاتها لدى شركة الكهرباء، ولكنها من جهة أخرى

¹ - DECOCQ Georges et BALLOT- LÉNA Aurélie, op-cit, p.235.

² - Cass. Civ. 19 jan. 2005, n° 03-15.283, bull. Civ. III, n° 10, p.09. Préc

³ - Cass. Civ. 01 déc. 1971, n° 75-14.592, bull. Civ. III, n° 436, p.331.

⁴ - HOUTCIEFF Dimitri, Droit commercial, 4^{ème} éd., Sirey, Paris, 2016, p.250.

⁵ - Cass. Civ. 19 mars 2003, n° 01-17.679, bull. Civ. III, n° 66, p60. Voir aussi D., 2003, n° 40, p.2749. Note KENFACK Hugues. Voir aussi CA. Paris 31 oct. 2001, n° 2000/05133, AJDI., 2002, p.216.

<http://www.dalloz.fr/bcujas-ezp-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDI/JURIS/2002/0060>.

⁶ - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, Droit commercial, 4^{ème} éd., op.cit, p.234. Voir aussi, HOUTCIEFF Dimitri, op.cit, p.250.

تخضع إلى أوقات فتح وغلق المركز الذي تدفع له الأعباء، وينظم الإعلانات ويحدد سياسة الأسعار¹، وبالتالي ليس لها محل تجاري لغياب استقلالية التسيير.

2- التجارة المعتمدة: وهو الإشكال الثاني الذي يثار، بحيث تدخل هذه التجارة خصوصا في شبكة التوزيع العصرية، على سبيل المثال شبكة التوزيع الحصرية المنشأة من طرف مصنع السيارات: Peugeot, Citroën, Opel, ... أو التوزيع الحر التي بموجبها يضع المانح (الصانع) في خدمة الشركات المتلقية، في مقابل دفع حق الدخول والرسوم، اسمه التجاري، عنوانه، علامته، معرفته الفنية ومجموعة من المنتجات لنشرها وفقا لتقنيات تجارية جربها من قبل بنفسه².

ظهر انقسام في الأحكام القضائية بحيث اعترفت بعضها بملكية الممّون للزبائن، على اعتبار أنّ الموزع يستقبل فقط الزبائن الموجودين مسبقا والذين جذبتهم شهرة العلامة ومنتجات الممّول³. وهي على سبيل المثال القضية التي حدثت بين شركة التموين (Essant) ESO Antilles Guyane والمستأجر السيد Deloumeaux المستغل لمحطة الخدمات تحت شعار علامة ESO، بحيث قضت محكمة النقض الفرنسية أنّ مالك المحل التجاري وحده فقط من يمكن له المطالبة بالاستعادة من أحكام مرسوم 30 سبتمبر 1950، وهذه الإمكانية لا يملكها المستغل صاحب مجرد عقد إيجار التسيير، ما لم يثبت على الأقل أنّه طوّر بشكل كبير زبائن شخصيين. بحيث أنّه قبل بداية السيد Deloumeaux استغلال المحطة سنة 1968 كان للمحطة زبائن منذ افتتاحها سنة 1965⁴.

بينما اعترفت بعضها الآخر للمستأجر بملكيته لزبائن خاصين به، وهذا ما يظهر لنا من حكم محكمة الاستئناف باريس بتاريخ 06 فيفري 1996، بحيث قضت أنّه من أجل اعتبار أنّ المستأجر أو مستغل العلامة له محل تجاري مستقل، يجب عليه تقديم دليل على أنّ لديه زبائن مرتبطين بنشاطه الشخصي بغض النظر عن جاذبيتهم بسبب علامة المانح أو المتنازل، أو أن يبيّن أنّ عنصر - الحق في الإيجار - في المحل يجذب الزبائن بالشكل الذي تقعله العلامة.

هذا ما يكون عليه الحال على وجه الخصوص بالنسبة لصاحب امتياز استغلال علامة إيجار السيارات الذي يبيّن أن موقعه فريد من نوعه، نظراً لموقعه الجغرافي المتواجد في نقطة تقاطع شبكة النقل بالسكك الحديدية

¹ - Cass. Civ. 05 fév. 2003, n° 01-16.672, bull. Civ. III, n° 25, p.25.

² - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 4^{ème} éd., op- cit, p235. Voir aussi DELPECH Xavier, *Fonds de commerce*, op.cit, p.60.

³ - DELPECH Xavier, op- cit, p60.

⁴ - Cass. Com. 21 mars 1995, n° 93-11.868, bull. Civ. IV, n° 91, pp.81-82.

السريعة لـ Massy Palaiseaux ، شريطة إثبات استعمال المسافرين لهذه المحطة (أي إثبات أن هناك ركوب ونزول للمسافرين)¹.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية فصلت في هذا الأمر في قرارها الصادر بتاريخ 27 مارس 2002، بحيث جاء فيه أن الزبائن إذا كانوا على المستوى الوطني يرتبطون بشهرة علامة المانح، فإن الزبائن المحليين لا يوجدون إلا بفعل الوسائل التي قام بها المتنازل له، من بينها العناصر المادية لمحلته التجاري والعنصر المعنوي الذي يشكله الإيجار، وأن هؤلاء الزبائن بحد ذاتهم يشكلون جزءاً من المحل التجاري للمتنازل له، لأنه حتى وإن كان هذا الأخير ليس مالكا للعلامة والعنوان الموضوعان تحت تصرفه خلال تنفيذ عقد الفرانشيز، فإنه أنشأ بنشاطه زبائن عن طريق وسائل يتعاقد بها بصفة شخصية مع مومنيه أو مقرضي هؤلاء، وينفذ على مسؤوليته الخاصة، وبالتالي يمكن للمستأجر المتنازل له المطالبة بدفع التعويض الاستحقاقي عن عدم تجديد إيجاره².

نستنتج من هذا القرار أنه إذا كان الزبائن محليين ، ففي هذه الحالة نعترف للتاجر أن له محل تجاري والزبائن تابعون له، أما إذا كانوا على المستوى الوطني فهم تابعين للمانح.

يضيف الأستاذان DECOCQ Georges et BALLOT- LÉNA Aurélie أن هناك عوائق تعاقدية يمكن أن تعترض أو تجعل من الصعب الاعتراف بوجود زبائن شخصيين، كحالة استغلال المحل التجاري لصالح الغير على سبيل المثال، والمستأجر المسير أيضا لا يمكن له المطالبة بالمحل التجاري، لأنه يستغل محل مملوك للغير، كذلك الأمر بالنسبة للشخص الذي يستغل المحل التجاري عن طريق وكالة تسيير لا يمكنه الادعاء بملكته لعملاء مستقلين³.

ج- تجارية عنصر الاتصال بالعملاء

يعتبر عملاء المحل التجاري ذوو صفة تجارية فلا يمكن أن يتكوّنوا إلا من خلال أعمال تجارية، فعملاء المهن الحرة يختلفون أساسا عن العملاء التجاريين: فهم مرتبطون بالشخص وليس بالشهرة⁴. نقول بالتالي أن المحل التجاري يجب استغلاله من طرف تاجر وموضوعه هو القيام بأعمال تجارية، كما أن الشخص الذي يطوّر نشاطا مدنيا حرّاً (الطبيب، المحامي، ... إلخ)، ليس مالكا لعملاء تجاريين، وبالتالي

¹ - CA. Paris 06 fév. 1996, D., Somm., 1997, pp.57-58. Voir aussi CA. Paris 04 oct. 2000, D., affaires, 2001, n° 04, p380. Voir aussi Cass. Com. 26 fév. 2008, D., 2008, n° 41, pp297-2908. Note FERRIER Didier. Voir aussi, Cass. Com. 29 juin 2010, D., 2010, n° 27, 1703. Note E. CHEVRIER.
² - Cass. Civ. 27 mars 2002, n° 00-20.732, bull. Civ. III, n° 77, pp.66-67. JCP. E., 2002, p1252. Voir aussi Cass. Civ. 12 juin 2007, n° 06-14.872, bull. Civ. IV, n° 160, p.178. Voir aussi JULIAN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, op.cit, p.232.
³ - DECOCQ Georges et BALLOT- LÉNA Aurélie, op- cit, p235. Voir aussi Cass. Civ. 09 juill. 2008, bull. Civ. III, n° 22.
⁴ - HOUTCIEFF Dimitri, op- cit, p249.

ليس مالكا لمحل تجاري¹، فالطبيب أو المحامي ليس له من وسائل العمل إلا عقله، إضافة إلى ذلك لا يمكن له بيع مكتبه مثلما يفعل التاجر².

د - شرعية العملاء

يجب أن يتمتع الزبائن بصفة الشرعية، التي مفادها أن النشاط المزاولة في التجارة يكون مرخص به قانونا، وبالتالي فإن مستغل بيت القمار وبيع المشروبات الكحولية دون ترخيص ليس مالكا لمحل تجاري³، ولا يعطي له ميلاد⁴ في ظل هذه المعطيات.

الفرع الثاني: أهمية عنصر الاتصال بالعملاء

يحتل عنصر الاتصال بالعملاء مكانة كبيرة في المحل التجاري، بحيث يعتبر العنصر المعنوي الإلزامي الذي لا يمكن الاستغناء عنه⁵ في كل المحلات التجارية دون استثناء مهما اختلف النشاط الذي يمارسه التاجر في هذه المحلات، فهو العنصر الأكثر أهمية الذي بدونه لا يمكن أن يوجد المحل التجاري⁶، ومن أشهر الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت أن العملاء عنصر مهم في المحل التجاري، ذلك الصادر بتاريخ 15 فيفري 1937، بحيث جاء فيه أن العملاء يمثلون العنصر الأكثر أهمية من العناصر الأخرى والذي بدونه لا يوجد المحل التجاري⁷.

تظهر أهمية العملاء أيضا أنه عند إبرام أي عقد على المحل التجاري إن لم يتضمن من بين العناصر المتفق عليها عنصر الاتصال بالعملاء، فلا يكون العقد واردا على محل تجاري، فالعقد الذي يتنازل بموجبه الشخص عن الحق في الإيجار دون التنازل عن حق الاتصال بالعملاء، يحرمه من تكييف العقد على أنه تنازل عن محل⁸. نفس الحكم أيضا يطبق في حالة توقف المحل التجاري (في شكل فندق ومطعم) عن

¹ - DECOCQ Georges et BALLOT- LÉNA Aurélie, op.cit, p.235.

² - DIDIER Paul et DIDIER Philippe, *Droit commercial*, Tome 1, Economica, Paris, 2005, p.336.

³ - DECOCQ Georges et BALLOT- LÉNA Aurélie, op.cit, p.236.

⁴ - " Ne peuvent pas donner naissance à un fonds de commerce". PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 4^{ème} éd., op.cit, p.236.

⁵ - أنظر الفقرة 2 من نص المادة 78 ق ت ج.

⁶ - RIGAUD B., « Bail commercial: La prépondérance de la clientèle n'a plus d' être démontrée », AJ., 2003, n° 281, p.06.

<http://www.dalloz.fr/bcujae-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=JA/CHRON/2003/0296>.

⁷ - Req. 15 fév. 1937, DP., 1938, p13. Voir aussi Cass. Civ. 11 déc. 2001, n° 99-15. 194, bull. Civ. I, n° 311, p.197.

⁸ - CA. d' Aix Provence 22 nov. 2016, n° 15-10.282, AJDI., 2017. P.277.

<http://www.dalloz.fr/bcujae-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDI/JURIS/2017/0318>.

الاستغلال لمدة سنة، يمكن استنباط أنّ العملاء تلاشوا، بالتالي ليس هناك إيجار تسيير وإنما إيجار من الباطن¹.

سنحاول التفصيل في هذه النقطة عندما نتناول تأثير عنصر الاتصال بالعملاء على العمليات الواردة على المحل التجاري.

أثير تساؤل حول ما إذا كان الاتصال بالعملاء هو هدف التاجر أم هو عنصر من عناصر المحل التجاري؟ ظهر اتجاهان في هذا الشأن، يرى الاتجاه الأول وعلى رأسهم RIPERT Georges² أنّ العملاء ليسوا بعنصر في المحل التجاري بحيث لا يمكن للتاجر تملكهم، إذ أنّ لهؤلاء الحرية في الاتصال بالتاجر الذي يريدونه، كما لا يمكن اعتبارهم قانوناً كمال بما أنّهم يمثلون ميزة مثل نتيجة لاتحاد مختلف العناصر المكونة للمحل التجاري في الواقع، أو على الأقل كنهاية لاتحاد هذه العناصر³.

أما الاتجاه الثاني يرى أنّ الاتصال بالعملاء هو عنصر من عناصر المحل التجاري، ولكن إلزامي لا يجوز استبعاده منه، إذ يعتبر الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 فيفري 1937 أول حكم يحسم الأمر في هذا الموضوع، بحيث اعتبر أنّ الاتصال بالعملاء عنصر أساسي في المحل التجاري ودونه لا يوجد⁴.

الفرع الثالث: علاقة عنصر الاتصال بالعملاء بالعناصر الأخرى المكونة للمحل التجاري

نجد بالرجوع إلى نص المادة 78 ق ت ج أن المشرع نص على أن المحل التجاري يتكوّن من مجموعة من العناصر منها ما هو مادي كالآلات والأثاث، ومنها ما هو معنوي كالحق في الإيجار والعنوان والاسم التجاري، الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية⁵.

¹ - SAINTOURENS Bernard, « La requalification en sous-location, relevant du statut des baux commerciaux, d' un acte de location-gérance de fonds de commerce pour disparition de la clientèle », RTD. Com., 2008. n° 03, p.499.

² - يقول الأستاذ RIPERT Georges العملاء ليسوا بعنصر فقط في المحل التجاري، وإنما هو المحل بحد ذاته

" La clientèle n' est pas un élément essentiel du fonds de commerce, c' est le fonds lui même". LE GALL Jean Pierre et RUELLAN Caroline, op.cit, p.57.

³ - DECOCQ Georges et BALLOT- LÉNA Aurélie, op.cit, p.234.

⁴ - Req. 15 fév. 1937, DP., 1938, p13. Préc. Voir aussi Cass. Com. 23 mai 1960, n° 235, bull. Civ. III, n° 192, p177. Voir aussi Cass. Com. 24 nov. 1992, n° 90-20.874, bull. Civ. IV, n° 371, p263. Voir aussi Cass. Civ. 19 jan. 2005, n° 03-15.283, bull. Civ. III, n° 10, p8. Préc. Voir aussi, JULIAN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, op.cit, pp.227-228.

⁵ - تنص المادة 78 ق ت ج على أنه (تعد جزء من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري. ويشمل المحل التجاري إلزامياً عملائه وشهرته.

كما يشمل أيضاً سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك).

يظهر لنا من خلال هذا النص أن المشرع ذكر هذه العناصر على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وذلك من خلال استعماله عبارة "تعد جزءاً" و "كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك"، بمفهوم المخالفة يمكن أن يشمل المحل التجاري عناصر أخرى غير تلك المذكورة في هذا النص، أما العنصر الوحيد الذي اعتبره المشرع إلزامياً فهو الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، أما العناصر الأخرى فهي تعمل على جذب هذا العنصر.

تختلف بالتالي العناصر المكونة للمحل التجاري من حيث طبيعتها (معنوية ومادية) وقد تتواجد بعضها فيما تغيب الأخرى حسب طبيعة النشاط التجاري المزاوول في المحل، إلا أنه رغم ذلك فإن الهدف الذي تسعى لتحقيقه من وراء اندماجها واتحادها هو واحد، يتمثل في جذب العملاء والاحتفاظ بهم¹.

يلعب في كثير من الأحيان العنوان والاسم التجاري دوراً كبيراً في جذب العملاء، إذ بهما يمكن للعملاء تمييز المحل التجاري عن باقي المحلات التجارية الأخرى المشابهة له (أي التي تقدم نفس الخدمات أو تبيع نفس المنتجات)، وذلك بوضعه على واجهة المحل التجاري وعلى الفواتير وعلى كل مراسلات التاجر المتعلقة بنشاطه التجاري من أجل إعلام الجمهور².

يعتبر الحق في الإيجار في حالة وجوده (وهي الحالة التي يكون فيها مالك المحل التجاري ومالك العقار شخصين مختلفين) ضمن عناصر المحل التجاري ذو أهمية كبيرة في جذب الزبائن إلى هذا الأخير³، وقد يكون في بعض الأحيان عنصراً أساسياً في المحل التجاري، وفي هذه الحالة فإن التنازل عن المحل التجاري يؤدي حتماً إلى التنازل عن الحق في الإيجار⁴، فكثيراً ما يكون موقع العقار الذي يستغل فيه المحل يتردد عليه جمهور كبير من الناس، كتواجد المحل بالقرب من محطة المسافرين أو في منطقة سياحية تعج بالسائحين.

ينجذب العملاء إلى محل تجاري معيّن من أجل إشباع حاجاتهم نظراً لما يبيعه من منتجات، أو لما يقدمه من خدمات تحمل علامة معيّنّة تمثل لديهم جودة عالية، أو فيها صفات لا نجدها في المنتجات الأخرى، بالتالي فهذه العلامة المميزة تلعب دوراً كبيراً في جذب الزبائن للمحل التجاري والاحتفاظ بهم، ما دام التاجر يستغل نفس العلامة، فهذه تشكل لهم ضمان جودة المنتجات والخدمات⁵، وعلى هذا الأساس لا يجوز لأي شخص استعمال

¹ - JULIAN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, op.cit, p.232.

² - Voir PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, 4^{ème} éd., op.cit, p.234-226.

³ - BARRET Olivier, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, Paris, 2001, p.08.

⁴ - REYGROBELLET Arnaud et DENIZOT Christophe, *Fonds de commerce*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011, p.126.

⁵ - Voir, LAMBERT Thierry, « La marque: garantie de qualité », D., 2015, n° 36, p. 2087.

هذه العلامة دون الحصول على ترخيص مسبق من مالكيها¹ وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة التقليد والمنافسة غير المشروعة²، معتديا بالتالي على عملاء مالك العلامة وعلى مستغليها.

ينطبق نفس الحكم بالنسبة لبراءة الاختراع التي يستخدمها التاجر خاصة إذا كان المحل التجاري يعتبر مصنعا، ففي هذه الحالة إذا وجدت فيه، فإنها تعتبر ذات أهمية كبيرة، فالكثير من العملاء يرتبطون بمصنع معين مثلا نظرا لما يمثله الاختراع المستغل في المصنع بالنسبة لهم من ثقة وجودة المنتج، كما يتمتع صاحب الاختراع باحتكار استغلال اختراعه وبالحماية المدنية والجزائية من التقليد الذي يعتبر اعتداء على حق المخترع³، والذي يمكن أن نقول من خلاله أنه في حقيقة الأمر هو حماية حقه في الاتصال بعملائه والحفاظ عليهم.

يُعجب في بعض الأحيان العملاء بالرسوم والنماذج الصناعية التي يستخدمها التاجر على منتجاته، الأمر الذي يجعلهم يترددون عليه ويشترونها من عنده، وبالتالي تبرز هنا أهمية هذين العنصرين في جذب العملاء والاحتفاظ بهم، ولمالك هذه الرسوم والنماذج حق احتكار استغلالهما وفي حماية حقه عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة ودعوى التقليد التي من ورائها حماية حقه في الاتصال بهؤلاء العملاء⁴.

يكون المحل التجاري في بعض الأحيان دارا للنشرا أو سينما على سبيل المثال فيستغل في هذه الحالة ما يسمى بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، بحيث يرتبط العملاء بهذا النوع من المحلات نظرا لطبيعة هذه الخدمة المقدمة (فهي أعمال فكرية وليست أعمال مادية كالبضائع)، فكلما كانت هذه الخدمات ذات قيمة كلما زاد عدد العملاء في التردد عليها، فتواجهه بتلك المحلات دون غيرها راجع إلى هذه العناصر المستغلة فيه، ومن أجل الحفاظ على هذا المكسب حمى المشرع صاحب هذه الحقوق بدعوى التقليد والمنافسة غير المشروعة⁵.

¹ - Voir DALEAU Jeanne, « Contrefaçon: Remise en cause de l'exception pour motif légitime », D., Actu., 2018, p.1.

<http://www.dalloz.fr/bcuja-s-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=ACTU0188871>.

² - AZÉMA Jacques, « Caractère distinctif de la marque », RTD. Com., 2017, n° 04, p.879. Voir aussi, Cass. Com. 25 nov. 2014, PIBD., 2015, n° 1019, III, p.06. Cf. également, LARRIEU Jacques, « La guerre des étoiles contre la fraude à laguiole », D., aff, 2018, n° 10, n° 1124, pp.54-55.

³ - DECOCQ Georges et BALLOT- LÉNA Aurélie, op.cit, pp.243-244. Voir aussi, CA. Paris 25 nov. 2014, PIBD., 2015, n° 1021, III, p.101.

⁴ - Voir, JULIAN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, op.cit, pp.246-247.

⁵ - Voir MENJUCQ Michel, op.cit, p.86. Voir aussi DELPECH Xavier, op- cit, p.80.

"Faisant application des principes dégagés par la jurisprudence Sife, le Conseil d'Etat juge que le droit d'utiliser le nom de domaine d'un site internet est un élément incorporel de l'actif immobilisé". CE. 07 déc. 2016, n° 369814. <https://www.eff.fr/droit/fiscal/details.html?ref>.

المطلب الثاني: مدى إلزامية وجود عنصر الاتصال بالعملاء

يعد عنصر الاتصال بالعملاء كما رأينا عنصرا أساسيا في تكوين المحل التجاري والذي بدوره لا يوجد هذا الأخير، فوجوده واستمراره في الوجود متوقف على وجود هذا العنصر من عدمه، بالتالي يمكن القول أن ميلاد المحل التجاري متوقف على ميلاد هذا العنصر، ومنه سنحاول البحث عن تاريخ نشوء هذا العنصر (الفرع الأول)، وإذا كان لهذا الأخير هذه المكانة فإنه لا مجال يؤثر في وجود المحل التجاري (الفرع الثاني)، وإذا كان يؤثر على وجود المحل التجاري فإنه يؤثر أيضا على العقود الواردة عليه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وقت نشوء العملاء

يشترط لوجود المحل التجاري وجود العملاء كما سبق وقلنا، ولمعرفة إذن تاريخ نشوئه يجب البحث عن تاريخ نشوء العملاء بما أن الصلة بينهما متصلة، فمعرفة تاريخ نشوء هذا العنصر له أهمية كبيرة بحيث يؤدي إلى ظهور مال خاص مستقل له أحكام خاصة تطبق عليه تختلف عن الأحكام المطبقة على العناصر المشككة له على حده، ولتحديد هذا التاريخ ظهرت العديد من المعايير التي قيلت في هذا الموضوع، نلخصها فيما يلي:

أولا: المعيار الذي يعتمد على تاريخ القيد

يعتبر هذا المعيار معيار شكلي، إذ أنه يعتمد على تاريخ القيد في السجل التجاري كشرط لنشوء العملاء¹، بحيث أن الشخص بمجرد قيد نفسه لدى المركز الوطني للسجل التجاري في تاريخ معين ينشأ له عملاء خاصون به من ذلك التاريخ، أما قبل هذا القيد فلا يكون له عملاء. نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن هناك محكمة اعتمدت على هذا المعيار من أجل القضاء بنشوء المحل التجاري، وهي محكمة Colmar، بحيث رفعت أمامها دعوى طلاق بين زوجين يجمعهما نظام الأموال المشتركة، أثير نزاع حول تاريخ إنشاء المحل التجاري للقول أنه يدخل في الأموال المشتركة للزوجين أم لا، بحيث أنه إذا تم إنشاؤه قبل الزواج فهو لا يدخل في الذمة المالية المشتركة، أما إذا أنشئ بعد الزواج فهو يدخل ضمنها.

نجد بالرجوع إلى مضمون الحكم أن محكمة Colmar استنتجت أن الزوجة قيّدت نفسها لدى مركز السجل التجاري قبل الزواج وليس بعده، الأمر الذي يفترض أن المحل التجاري موجود قبل إبرام عقد الزواج، فحتى وإن كان القيد يسبق عادة فتح المحل التجاري إلا أن الأمر يمكن أن يكون غير ذلك إذا اقتضت الظروف ذلك، وبالتالي فإن هذا المحل لا يدخل في الذمة المالية المشتركة للزوجين وإنما هو ملك للزوجة وحدها. بينما

¹ - GOUACHE Jean- Baptiste et BEHAR- TOUCHAIS Martine, *Fonds de commerce*, Législative éd., France, 2017, p.38.

تمسك الزوج أنّ هذا المحل يدخل في الذمة المالية المشتركة لهما باعتبار أنه تم فتحه بعد خمسة عشر يوما من تاريخ الزواج¹.

انتقد هذا الحكم بشدة على اعتبار أنه من غير الممكن الاعتراف بوجود المحل التجاري قبل الزواج وهو الذي لم يفتح أبويه للجمهور إلا بعد خمسة عشر (15) يوما بعد الزواج، فالمحل التجاري من غير الممكن أن يوجد إلا إذا وجد هناك عملاء بدؤوا في التشكل وهؤلاء لا يمكن أن يتشكلوا إلا إذا فتح المحل للجمهور². تكرر الأخذ بهذا الانتقاد في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 01 فيفري 1995، حيث اعتبرت أنّ القيد في السجل التجاري لا يعتبر من بين العناصر المكوّنة للمحل التجاري وليس شرطا لاكتسابه³. نستنتج بالتالي أنّ القيد لدى مركز السجل التجاري لا ينشئ العملاء ولا المحل التجاري.

ثانيا: المعيار الذي يعتمد على تاريخ الحصول على رخصة الاستغلال

يعتبر العملاء موجودين من تاريخ حصول الشخص على رخصة استغلال النشاط التجاري⁴ سواء باشر التاجر استغلالها أم لا، أما قبل حصوله على الرخصة فلا يوجد عملاء. ولكن لم يتم الأخذ بهذا المعيار باعتبار أنه لنشأة العملاء يجب أن يكون هناك بداية استغلال، أي الفتح الفعلي للمحل، وهذا ما يظهر من حكم محكمة النقض الفرنسية التي لم تأخذ بهذا المعيار لتحديد تاريخ نشوء العملاء، واعتبرت أنّ تاريخ وجودهم يبدأ من تاريخ فتح المحل التجاري للجمهور وليس من تاريخ الحصول على الرخصة⁵.

ثالثا: المعيار الذي يعتمد على بدء النشاط أو فتح المحل التجاري للجمهور

يعتبر هذا المعيار هو السائد، إذ أنّ المحل التجاري لا يتشكل إلا من الوقت الذي يجمع حوله عملاء. بمعنى عندما يبدأ بالاستغلال، فمجرد عملاء خياليين أو احتماليين غير كاف لتكوين المحل التجاري⁶.

¹ - Colmar 06 jan. 1967, cité par JAUFFRET Alfred, « Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce », RTD. Com., 1969, n° 06, p.40.

² - JAUFFRET Alfred, « Organisation générale du commerce, Actes de commerce, Commerçants et fonds de commerce », RTD. Com., 1969, n° 06, pp.40-41.

³ - Civ. 01 fév. 1995, n° 93-12.537, bull. Civ. III, n° 38, p.26.

⁴ - GOUACHE Jean- Baptiste et BEHAR- TOUCHAIS Martine, op.cit, p.38.

⁵ - SAINTOURENS Bernard, « La condition d' exploitation et la qualification de bien commun d' un fonds de commerce de pharmacie », op.cit, pp.306-307

⁶ - PEDAMON Michel et KENFACH Hugues, *Droit commercial*, op.cit, p.230.

قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 ماي 1952، أنّ العملاء حتى عندما يبدأون في التشكل، فإنهم يشكلون عنصر أساسي في المحل التجاري ولوجود هذا الأخير يفترض البدء في الاستغلال.

Trib. Civ. Marseille, 23 mai 1952, JCP., G., 1953, II, n° 7777.

يظهر أخذ القضاء بهذا المعيار في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 ديسمبر 2013، حيث أنه تم استنباط أن بتاريخ الحصول على الرخصة من المحافظة من أجل إنشاء محل لبيع الأدوية، فإنّ العملاء العنصر الأساسي للمحل التجاري لا يوجد إلا بصفة احتمالية، وأنّ فتحه للجمهور هو الوسيلة الوحيدة التي تؤدي إلى إنشاء عملاء حقيقيين ومؤكدين، بحيث لاحظت محكمة الاستئناف أنّ الصيدلية المنشأة من طرف الأنسة (س) فتحت في 29 ماي 1961، بعد زواج العريسين في 30 أبريل 1961، وقضاؤها بأنّ قيمة هذه الصيدلية تدمج في الذمة المالية المشتركة كان سليما.

بحيث أنّ الأنسة (س) تزوجت تحت نظام الأموال المشتركة قد تحصلت قبل الزواج على محل تجاري في شكل صيدلية، وبعد وفاة زوجها، قامت مديرية الضرائب بتقديم اقتراح إلى ورثة المرحوم مفاده إجراء تعديل على طبيعة قيمة المحل التجاري (أي الصيدلية)، الذي كان قد اعتُبر على أنه مال خاص بالزوجة ولا يدخل في الذمة المالية المشتركة. حيث أنه بتاريخ 02 أكتوبر 2012 اعترفت محكمة الاستئناف بأنّ المحل التجاري يدخل ضمن الأموال المشتركة، وتمت المنازعة حول هذا التكييف الذي فتح الطريق أمام القضاء الذي قضى بغرامة ضريبية، فقامت السيدة (س) بنقض القرار مطالبة بالطبيعة الخالصة لقيمة الصيدلية، لأنّ هذه الأخيرة تحصلت عليها قبل الزواج.

وعليه فبما أنّ العنصر الأساسي في المحل التجاري هو عنصر الاتصال بالعملاء، فإنّه لا يوجد إلا بصورة احتمالية وقت الحصول على الرخصة، بينما الوجود الحقيقي والمؤكد له لم يوجد إلا وقت فتح المحل التجاري الذي تم يوم 29 ماي 1961، وهو شهر واحد بعد الاحتفال بالزفاف الذي جرى في 28 أبريل 1961¹.

نشير هنا إلى أنّ محكمة النقض الفرنسية قضت سابقا بوجود المحل التجاري حتى قبل فتحه للجمهور، كقضية محطة الخدمات² أو المكان الذي يمر عليه زبائن كثير³.

الفرع الثاني: زوال المحل التجاري كأثر لزوال عنصر الاتصال بالعملاء

رأينا أعلاه أنّ لعنصر الاتصال بالعملاء أهمية كبيرة في وجود المحل التجاري، بحيث أنّ وجود هذا الأخير مرتبط بوجود العملاء، وبالتالي فالمحل الذي انصرف عنه العملاء ولا يتصلون به لا يحقق أرباحا وليس

¹ - ABD EL HAFIZ Alaa, « Le maintien de la distinction entre le titre et finance sous le régime légal pour l' acquisition d' un fonds de commerce », RIDAI., mai 2014, n° 1, pp.05-06. Voir aussi, SAINTOURENS Bernard, « La condition d'exploitation et la qualification de bien commun d'un fonds de commerce de pharmacie, » op.cit, Voir aussi, HILT Patrice, « Un fonds de commerce de pharmacie n' existe qu' au jour de son ouverture au public », D., fam., 2014, p.62.

² - Cass. Com. 27 fév. 1973, JCP., G., 1973, 2, n° 17403. Préc.

³ - Cass. Com. 01 fév. 1984, n° 83-13.151, bull. Civ. IV, n° 52, p43. Préc.

له رقم أعمال، الأمر الذي يؤدي إلى كساد السلع لانعدام التداول إذا كان مثلا المحل مخصصا لبيع السلع، أو عدم تقديم خدمات فندقية مثلا إذا لم يقيم الأشخاص بحجز غرف للنوم فيه، ... إلخ¹.
وقد قامت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 ماي 1978، بنقض الحكم الذي قضى بأن للمستأجر الحق في الاحتفاظ بحقه في التعويض الاستحقاقي وأن المحل التجاري لم يزل، باعتبار أنه لا يزال هناك زبائن احتماليون وبالتالي يمكن إيجار تسييره، مستبعدة طلب فسخ عقد الإيجار المؤسس على زوال المحل التجاري بسبب عدم الاستغلال، إذ أن المحل التجاري لا يمكن أن يكون في ظل غياب العملاء، الذين يشكلون العنصر الأساسي فيه².

الفرع الثالث: تأثير العملاء على العمليات الواردة على المحل التجاري

إن المحل التجاري باعتباره مالا منقولاً معنوياً يمكن أن ترد عليه مختلف العقود التي تتلاءم مع طبيعته الخاصة مثله مثل الأموال الأخرى، بحيث يعدّ عنصر الاتصال بالعملاء كما رأينا جوهر هذا المحل، الذي دونه لا يوجد، فرغم توفر العناصر الأخرى للمحل إلا أنها لا تشكل هذا المال المنقول المعنوي في ظل غياب هذا العنصر أو بمفهوم آخر بمعزل عنه. وعليه إذا كان هذا العنصر يتمتع بهذه المكانة فالأكيد أن وجوده في ضمن العناصر المشمولة بالتعاقد له ما يبرره وله قيمته القانونية، أما اتفاق الأطراف المتعاقدة على استبعاده من عناصر المحل المتصرف فيها أو التعاقد على عنصر آخر مستقل، فإن الأمر هنا لا يتعلق بتعاقد على محل تجاري وإنما تعاقد يشمل فقط تلك العناصر، وهذا ما سنحاول دراسته أدناه:

أولاً: تأثير عنصر الاتصال بالعملاء على عقد بيع المحل التجاري

يعتبر عقد البيع عقداً ناقلاً لملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي³، فالتزام المشتري يتمثل في المقابل النقدي، أما التزام البائع (المالك) فيتمثل في نقل ملكية المحل التجاري وهذا الأخير هو الذي يهمننا في دراستنا هذه.

فيما يتعلق بالعناصر المشمولة بعقد البيع، إذا كان محل التزام البائع يتمثل في نقل ملكية المحل التجاري المتفق عليه، فإنه يجب تحديد العناصر المشمولة بالبيع، باعتبار أن هذا الأخير يتكون من عناصر مختلفة،

¹ - Voir CA. 06 jan. 1989, RTD. Com., 1989, n° 04, p.646. Obs. DERRUPPE Jean. Voir aussi, Cass. Civ. 10 oct. 1979, RTD. Com., 1980, p73. Obs. DERRUPPE Jean.

إن القضاء يؤكد على أنه في حالة غياب عنصر الاتصال بالعملاء وغياب الاستغلال فإن المحل التجاري غير موجود، وبالتالي فإن عقد الإيجار يرد حتماً على الجدران ولا يمكن أن يكون إيجار تسيير.

MENJUCQ Michel, op.cit, p.83.

² - Cass. Civ. 18 mai 1978, n° 76-13.943, bull. Civ. III, n° 205, p.159.

³ - نص المادة 351 ق م ج.

والمشرع في هذه النقطة منح المتعاقدين حرية اختيار العناصر التي يرغبون شملها بالعقد، ولما كان عنصر الاتصال بالعملاء هو العنصر الأساسي فيه، فإنه لا يجوز استبعاده من عملية البيع¹، وإلا اعتبر العقد واردةً على هذا العنصر المتصرف فيه دون المحل التجاري². وعليه نقول أنّ هناك بيع لمحل تجاري كلما كان هناك تنازل عن عنصر الاتصال بالعملاء³.

إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية قضت بتاريخ 01 فيفري 1984، أنّ التنازل عن الشهرة التجارية والعنصر الجاذب له والمتمثل في الحق في الإيجار دون التنازل عن عنصر الاتصال بالعملاء، يعتبر تنازلاً عن محل تجاري، وهذا راجع لما يلعبه المكان الذي يتواجد فيه المحل التجاري باعتباره مكان إلزامي لمرور السوّاح⁴. نجد كذلك أنّ المشرع أوجب على المتعاقدين تضمين العقد قيمة شراء العناصر المعنوية⁵ ومن بينها عنصر الاتصال بالعملاء، ليس هذا فقط وإنما يرد على هذا الأخير حق امتياز البائع في حالة إخلال المشتري بالتزامه باعتباره من العناصر المبيّنة في العقد والقيّد. كما أنّ الامتياز يشمل هذا العنصر حتى وإن أهمل الطرفان عند إبرام العقد تحديد العناصر المشمولة بعقد البيع، ويوضع سعر خاص بهذا العنصر⁶. يجب أن يتضمن الجدول المرفق لعقد بيع المحل التجاري عند إجراء قيد الامتياز عنصر العملاء وسعر بيعه بدقة، وفي حالة إهمال هذا الإجراء يمكن أن يؤدي ذلك إلى بطلان القيد وليس العقد، وهذا حسب النص الفرنسي للمادة 100 ق ت ج، بينما النص العربي نص فقط على البطلان ولم يبيّن هل هذا البطلان يشمل العقد أم القيد⁷.

¹ - DOSSIER THÈMEXPRESS, Vente de fonds de commerce (Régime juridique et fiscal), Francis Lefebvre éd., France, 2017, p.24. Voir aussi, PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit commercial*, 11^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017, p.280. Voir aussi, Cass. Com. 24 nov. 1992, n° 90-20.874, bull. civ. IV, n° 371, p263. Préc.

² - Voir Cass. Com. 12 déc. 1989, Gaz.Pal., 1990, II, p413-414. Voir aussi Cass. Com. 17 déc. 1996, D., 1997, p387. Voir aussi Com. 31 mai 1988, n° 86-13.486, bull. Civ. IV, n° 180, p126. Préc. Voir aussi, LEGAIS Dominique, op.cit, p.134. Voir aussi, BRAUD Alexandre, op.cit, pp.190-191.

³ - REYGROBELLET Arnaud et DENIZOT Christophe, op.cit, p.710. Voir aussi, LE GALL Jean Pierre et RUELLAN Caroline, op.cit, p.60.

⁴ - Cass. Com. 01 fév. 1984, n° 83-13.151, bull. Civ. IV, n° 52, p.43. Préc.

لكن هناك قرار آخر لم يعترف بالتنازل عن الشهرة التجارية بأنّه تنازل عن محل تجاري دون عنصر الاتصال بالعملاء. Com. 31 mai 1988, n° 86-13.486, bull. Civ. IV, n° 180, p126. Préc. Voir aussi Cass. Civ. 18 mai 1978, n° 76-13.943, bull. Civ. III, n° 205, p.73.

⁵ - انظر نص المادة 79 ق ت ج.

⁶ - انظر نص المادة 96 ق ت ج.

BRAUD Alexandre, op.cit, p.197.

⁷ - انظر نص المادتين 98 و100 ق ت ج.

تنص المادة 100 ق ت ج على أنّه (يترتب على إهمال واحد أو أكثر من البيانات الواردة في المادة 98 بطلان إذا نشأ عنه ضرر لغير المتعاقدين).

ثانياً: تأثير عنصر الاتصال بالعملاء على عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة

يمكن حسب نص المادة 117 ق ت ج للمالك تقديم محله التجاري كحصة في الشركة، سواء على سبيل التملك (تسري عليه أحكام عقد البيع) أو على سبيل الانتفاع (تسري عليه أحكام عقد الإيجار)¹، فبما أنّ المال المقدم كحصة هو المحل التجاري، فإنّه لا شك فيه أنّ عنصر الاتصال بالعملاء يجب أن يكون موجوداً وإلا فإنّ العقد يتغير تكييفه إلى عقد آخر محله ليس المحل التجاري وإنما حسب طبيعة العناصر المقدمة²، فقد تكون آلات، أو علامة، أو براءة اختراع،... إلخ.

نشير في هذه النقطة إلى أنّ المشرع لم يفصّل في هذه المسألة كما فعل في عقد البيع أو الرهن الحيازي عندما نص صراحة على إلزامية إدراج عنصر الاتصال بالعملاء في العقد، وعليه نقول أنّ نفس الحكم يطبق على عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة، حول ضرورة تضمين العقد عنصر الاتصال بالعملاء من أجل القول أنّه وارد على محل تجاري، وإلا فلا يمكن إضفاء هذا التكييف على ذلك العقد³، ولا يختلف الحكم إن قدّم على سبيل التملك أم على سبيل الانتفاع.

ثالثاً: تأثير عنصر الاتصال بالعملاء على عقد رهن المحل التجاري حيازياً

يلجأ في كثير من الأحيان التاجر إلى رهن محله التجاري حيازياً⁴ في مقابل حصوله على ائتمان من أجل توسيع تجارته وتفعيلها أكثر، بحيث يكون هذا المحل كتأمين في حالة عدم سداد التاجر لدينه يتم التنفيذ عليه ببيعه بالمزاد العلني.

يشترط عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مثله مثل باقي العقود الأخرى أن يكون له محل، ومحل التزام المدين الرهن يتمثل في المحل التجاري، ولكي يكون هذا العقد وارداً على محل تجاري يجب أن يكون هذا الأخير موجوداً وفقاً لما تناولناه أعلاه، فإذا لم يوجد العنصر الأساسي فيه والمتمثل في الاتصال بالعملاء فلا يمكن أن نقول أنّ هناك محل تجاري وبالتالي عدم إمكانية رهنه حيازياً.

(L'omission dans les bordereaux d'une ou plusieurs des énonciation prescrites à l'article 98 n'entraînera **nullité de l'inscription** que lorsqu'il en aura résulté un préjudice au détriment des tiers).

¹ - نص المادة 422 ق م ج.

² - Voir Cass. Civ. 18 mai 1978, n° 76-13.943, bull. Civ. III, n° 205, p73. Préc.

³ - Voir LEGEAIS Dominique, op.cit, p.142.

⁴ - يتميز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بطبيعة خاصة، لأنّ الحيازة فيه لا تنتقل من المدين الرهن إلى الدائن المرتهن، فهو بهذه الخاصية يشبه الرهن الرسمي الوارد على العقار، رغم وروده على مال منقول، فالصبغة المعنوية للمحل التجاري هي التي منحت له هذه الخاصية.

Voir LEGEAIS Dominique, op- cit, p142. Voir aussi, DEKEUWER- DÉFOSSEZ Françoise et BLARY- CLÉMENT Édith, *Droit commercial*, 11^{ème} éd., LJDG., France, 2015, p.441.

ظهرت إشكالية حول مدى إمكانية رهن محل تجاري مستقبلي لم ينشأ بعد، فهناك رأي يقول أنه لا يمكن إبرام هذا العقد نظرا لغياب محل العقد، فالمحل التجاري إذا لم يفتح أبوابه للجمهور ولم يبدأ في الاستغلال الفعلي وليس له زبائن خاصين به، لا يمكن أن نقول أنه تكوّن¹ وبالتالي يكون رهنه تحت طائلة البطلان². وسار القضاء في هذا الاتجاه بحيث قضت المحكمة التجارية ل Seine بفرنسا بتاريخ 18 أبريل 1951، أنه من بين العناصر المكونة للمحل التجاري فإنّ العملاء هو الذي يمثل العنصر الأكثر أهمية، والذي بدونها لا يوجد المحل التجاري، وبما أنّ هذا العنصر غير موجود في الماضي عندما أبرم عقد الرهن، فإنّ هذا العقد لا يمكن أن يكون قد أنشئ صحيحا، وبالتالي يجب القضاء ببطلانه وببطلان آثاره³. كما رفضت محكمة النقض الفرنسية أيضا بتاريخ 01 فيفري 1984، التسليم بإمكانية رهن الزبائن الاحتماليين أو الفرضيين وأنّ الرهن الوارد على عناصر المحل في طور التكوين لا يعدّ رهنا على محل تجاري، لأنّه ليس هناك أي سبب لترخيص المدين بالاحتفاظ بالمال محل الرهن إذا كان لا يباشر أي نشاط (أو ليس هناك أي نشاط)⁴.

بينما هناك من يقول أنه يمكن رهنه حتى وإن لم ينشأ بعد، استنادا إلى إمكانية التصرف في المال المستقبلي، فليس هناك أي عائق يحول أو يمنع رهنه⁵، بحيث يؤسسون رأيهم على نص المادة 2355 ق م الفرنسي التي تجيز رهن المال المستقبلي، وقد تأثر القضاء بهذا الرأي الأمر الذي أدى بمحكمة الاستئناف لباريس بتاريخ 03 جويلية 1963، لإصدار قرار مفاده أنّ المحل التجاري الذي لم يشرع في استغلاله بعد من شأنه أن يكون موضوع عقد الرهن الحيازي بما أنّه معروف بشكل كاف⁶.

غير أنّ هذا القرار لم يسلم من الانتقاد، فرغم أنّ القانون نص على إمكانية رهن المال المستقبلي إلا أنّ هذا الحكم من غير الممكن تطبيقه على المحل التجاري، وذلك للأسباب التالية:

أ- لأنّ التأمين لا نعرف مما يتكون (أي المحل التجاري).

ب- عدم إمكانية شهر عقد الرهن الحيازي لعدم معرفة العناصر التي تدخل في وعاء الرهن⁷.

ج- غياب عنصر الاتصال بالعملاء العنصر الأساسي والفعال الذي بدونها لا يوجد المحل التجاري.

منح المشرع للأطراف المتعاقدة الحرية في تضمين العقد العناصر التي يرغبون في شملها بالرهن الحيازي، باستثناء البضائع مستبعدة بقوة القانون¹، أما العناصر الأخرى فلهم الحق في الاتفاق عليها كلها أو

¹ - REYGROBELLET Arnaud et DENIZOT Christophe, op.cit, p.928.

² - DELPECH Xavier, op.cit, p.270.

³ - Tri. Com. de la Seine, 18 avr. 1951, Gaz. Pal., 1951, 2, J., p.333.

⁴ - Cass. Com. 01 fév. 1984, GP., 1984, 2, p170. Cité par DIDIER Paul et DIDIER Philippe, op.cit, p.400. Voir aussi, Cass. Com. 06 sep. 2011, n° 10-19.623. cité par GOUACHE Jean- Baptiste et BEHAR- TOUCHAIS Martine, op- cit, p42. Voir aussi, Cass. Civ 04 déc. 2013, n° 12-28.076, bull. Civ. I, n° 238. Préc.

⁵ - GOUACHE Jean- Baptiste et BEHAR- TOUCHAIS Martine, op.cit, p.41.

⁶ - CA. Paris 03 juill. 1963, D., 1964, p.205.

⁷ - REYGROBELLET Arnaud et DENIZOT Christophe, op.cit, p.928.

الإفناص منها، على أن يكون من بين هذه العناصر المتفق عليها والتي لا يجوز استبعادها عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، باعتباره العنصر الأساسي لتكوين المحل التجاري، بحيث نجد بالرجوع إلى نص المادة 119 ق ت ج أنّ المشرع الجزائري نص على أنّ الرهن الحيازي يتضمن مجموعة من العناصر يشملها الرهن بقوة القانون، في حالة عدم اتفاق الدائن المرتهن والمدين الراهن على العناصر التي يشملها الرهن الحيازي، ومن بينها عنصر الاتصال بالعملاء².

نقول من خلال ما سبق أنّه نظرا لقيمة عنصر الاتصال بالعملاء في المحل التجاري، فإنّه لا يجوز للدائن المرتهن والمدين الراهن الاتفاق على استبعاده من العقد، لأنّه في حالة استبعاده صراحة في العقد فإنه لا يمكن أن نقول أنّ العقد وارد على محل تجاري، وإنّما رهن حيازي وارد على تلك العناصر³، ونضيف هنا أيضا أنّ طبيعة العقد تتغير من رهن حيازي ذي طبيعة خاصة⁴ إلى رهن حيازي عادي يرد على كل عنصر على حده، وكل منها يخضع للقانون الخاص به ولا يخضع للأحكام المطبقة على المحل التجاري.

يعتبر عنصر الاتصال بالعملاء من بين العناصر التي يشملها حق الدائن المرتهن المتمثل في حق الأفضلية، إذ عندما لا يوفي المدين الراهن بدينه يقوم الدائن المرتهن بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون (أي على العناصر المشمولة بعقد الرهن والتي من بينها عنصر الاتصال بالعملاء) وذلك عن طريق بيعه بالمزاد العلني، ويستوفي حقه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين التاليين له في القيد⁵، ويمارس أيضا الدائن المرتهن

¹ - انظر نص المادة 119 ق ت ج.

² - تنص المادة 119 ق ت ج على أنّه (لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإبحار والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع أو التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية والتقنية المرتبطة به.

وأنّ الشهادة الإضافية الصادرة بعد الرهن والشاملة للبراءة المنطبقة عليها، تتبع مصير هذه البراءة وتكون جزء من الرهن المنشأ. وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا إلا العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية).

يضيف الأستاذان DEKEUWER- DÉFOSSEZ Françoise et BLARY- CLÉMENT É التجاري يجب أن يشمل أيضا عنصر السند المرتبط به.

DEKEUWER- DÉFOSSEZ Françoise et BLARY- CLÉMENT Édith, op- cit, p.442.

³ - Cass. Civ. 17 juin 1918, DP., 1922, p128. Voir aussi BRAUD Alexandre, op.cit, p.200.

⁴ - لأنّه يرد على مال منقول معنوي يتكون من عناصر مادية ومعنوية ورغم ذلك فإنّ الحيازة لا تنتقل.

⁵ - انظر نص المادة 126 ق ت ج. تنص المادة 122 ق ت ج على أنّه (يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم. وتكون للدائنين المرتهنين المقيدين في يوم واحد رتبة واحدة متساوية).

تنص أيضا المادة 3/293 ق ت ج على أنّه (يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن آخر صاحب امتياز أم لا).

Voir aussi BRAUD Alexandre, op.cit, p.201. Voir aussi, DELPECH Xavier, op.cit, p.276.

حق التتبع على المحل التجاري في حالة تصرف المدين الرهن في المحل التجاري محل الرهن¹، لأنّ التصرف في المحل التجاري يعتبر تصرفا في عنصر الاتصال بالعملاء.

رابعا: تأثير عنصر الاتصال بالعملاء على عقد إيجار تسيير المحل التجاري

يكون في بعض الأحيان مالك المحل التجاري في وضعية لا تسمح له بممارسة التجارة أو الاستمرار في ممارستها فالأسباب مختلفة ومتعددة²، الأمر الذي يجعله يعهد تسيير هذا المحل لشخص آخر يسمى المستأجر المسير يسيره تحت مسؤوليته ويتحمل لوحده المخاطر الناجمة عنه³.

يعتبر عقد إيجار تسيير المحل التجاري عقدا يشترط أن يكون له محل، مثله مثل العقود الأخرى، ولكن الذي يعنينا هنا هو محل التزام المؤجر الذي يتمثل في المحل التجاري، وليس محل التزام المستأجر المسير الذي يتمثل في بدل إيجار التسيير. يشترط لكي نقول أنّ العقد وارد على محل تجاري أن يكون هذا الأخير موجودا وفقا لما تناولناه أعلاه، ففي ظل غياب عنصر الاتصال بالعملاء لا يمكن أن يوجد المحل التجاري وبالتالي عدم إمكانية إيجار تسييره⁴.

نشير هنا إلى نقطة مهمة تتمثل في أنّ المشرع الجزائري لم يتناول العناصر التي يجب أن يتضمنها عقد إيجار التسيير، عكس ما فعله في عقد البيع والرهن الحيازي، وعليه نظرا لأنّ محل العقد هو واحد (أي المحل التجاري)، فإننا نقول أنّ عقد إيجار التسيير إن لم يشمل عنصر الاتصال بالعملاء (غير موجود أو تم استبعاده) فلا يكون هناك إيجار تسيير⁵، وإنّما عقد إيجار عادي وارد على عقار أو على منقول حسب الظروف⁶. أما إن

¹ - تنص المادة 1/132 ق ت ج على أنه (يتبع امتياز البائع والدائن المرتهن المحل التجاري أينما وجد).

Voir aussi DEKEUWER- DÉFOSSEZ Françoise et BLARY- CLÉMENT Édith, op.cit, p.445. Voir aussi GOUACHE Jean- Baptiste et BEHAR- TOUCHAIS Martine, op.cit, p.211.

² - كأن يرث شخص محل تجاري وهو ممنوع من مزاوله نشاط تجاري ككونه موظف مثلا، فيلجأ إلى هذه الوسيلة للاحتفاظ بملكية هذا المحل، أو قاصرا، ... إلخ.

DELPECH Xavier, op.cit, p.262.

³ - BARRET Olivier, op.cit, p.222. Voir aussi DEKEUWER- DÉFOSSEZ Françoise et BLARY- CLÉMENT Édith, op.cit, p.425.

⁴ - DEKEUWER- DÉFOSSEZ Françoise et BLARY- CLÉMENT Édith, op.cit, p.427.

⁵ - REYGROBELLET Arnaud et DENIZOT Christophe, op.cit, p.591. Voir aussi Cass. Civ. 19 jan. 2005, n° 03-15.283, bull. Civ. III, n° 10, p.8. Préc. Voir aussi DUMENT- LEFRAND Marie- Pierre, « Bail commercial et contrat de location- gérance », AJDI., 2008, p.581.

يمكن أن نقول أيضا أنّ ما يطبق على أحكام عقد البيع والرهن الحيازي التي تناولناها أعلاه يطبق على محل عقد إيجار التسيير وهذا بالقياس.

⁶ - Civ. 05 oct. 1994, loyers et copr., janvier 1995, n° 28. Cité par DEKEUWER- DÉFOSSEZ Françoise et BLARY- CLÉMENT Édith, op.cit, pp.426-427. Voir aussi Civ. 30 jan. 2002, n° 00-

تم تعيينه صراحة في العقد فإنّه في هذه الحالة يعتبر العقد واردا على محل تجاري، كذلك في حالة عدم الاتفاق على العناصر التي يشملها عقد إيجار التسيير (حالة إهمال تعيين العناصر)، فإنّ هذا العقد لا يعتبر باطلاً وإنما يشمل بقوة القانون مجموعة من العناصر والتي من بينها عنصر الاتصال بالعملاء¹.
رغم أهمية هذا العنصر إلا أننا نجد بعض الأحكام القضائية اعترفت بوجود إيجار تسيير بوجود عنصر الشهرة التجارية رغم غياب عنصر الاتصال بالعملاء، كحالة محطة الخدمات مثلاً²، أو المكان الذي يجب أن يمر عليه السوّاح³.

خامساً: تأثير عنصر الاتصال بالعملاء على العقود الأخرى الواردة على المحل التجاري التي لم يرد في شأنها نص خاص

تمتد العقود الواردة على المحل التجاري إلى عقود أخرى غير مذكورة في القانون التجاري، إذ أنّ عدم ذكرها لا يعني بالضرورة استبعادها أو عدم إمكانية ورودها عليه، فلا ينفي عليها ذلك، فيمكن أن نقول أنّ عدم ذكرها أو تناولها في القانون التجاري قد يعود إلى عدم شيوعتها، عكس العقود الأربعة الأخرى التي تناولها المشرع⁴، وبالتالي نقول أنّه حتى وإن لم يرد في شأنها نص إلا أنّه يمكن لمالك المحل التجاري إبرام عقود أخرى غير تلك الأربعة المذكورة، متى كانت تتوافق مع الطبيعة الخاصة للمحل التجاري باعتباره مالا منقولاً معنوياً مخصصاً لمزاولة نشاط تجاري مشروع يتكون من عناصر مادية ومعنوية، ويمكن تلخيص هذه العقود في عقد الهبة، والوصية وعقد المقايضة.

يشترط للقول أنّ هذه العقود واردة على محل تجاري أن يكون هذا الأخير موجوداً، أي أن يكون لديه عملاء مستقلين وخاصين به⁵، لأنّ مجرد زبائن احتماليين لا يكفي لوجوده⁶ وبالتالي لا يمكن التعاقد عليه. رأينا سابقاً أنّ محل التزام مالك المحل التجاري في العقود الأربعة التي تناولناها يتمثل في المحل التجاري، فنفس الأمر فيما يخص هذه العقود التي لم يرد بشأنها نص خاص، فمحل التزامه هنا أيضاً يتمثل في المحل التجاري

17.342, bull. Civ. III, n° 19, pp.15-16. Voir aussi SAINTOURENS Bernard, Location-gérance de fonds de commerce ou sous-location des murs ?, RTD. Com., 2016, p.680.

<http://www.dalloz.fr/bcujaas-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=RTDCOM/CHRON/2016/0461&ctxt=>.

Voir aussi Cass. Ass. Plén. 24 avr. 1970, JCP., G., 1970, 2, n° 16489. Préc.

¹ - هذا قياساً على نص المادتين 02/96 و 03/119 ق ت ج.

² - Cass. Com. 27 fév. 1973, JCP., G., 1973, 2, n° 17403. Préc.

³ - Cass. Com. 01 fév. 1984, n° 83-13.151, bull. Civ. IV, n° 52, p43. Préc.

⁴ - البيع (المادة 79 ق ت ج)، تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة (المادة 117 ق ت ج)، الرهن الحيازي (المادة 118)، إيجار التسيير (المادة 203 ق ت ج).

⁵ - Req. 15 fév. 1937, DP., 1938, p13. Préc. Voir aussi BRAUD Alexandre, op.cit, p.126.

⁶ - Cass. Civ. 04 déc. 2013, n° 12-28.076, bull. Civ. I, n° 238.

الذي يملكه، بحيث للمتعاقدين الحرية في تضمين العقد العناصر التي يرغبون في التصرف فيها سواء بالهبة أو الوصية أو المقايضة، ولكن دائما يجب أن يدرج فيه العنصر الأساسي المتمثل في الاتصال بالعملاء، من أجل تكييف العقد على أنه عقد وارد على محل تجاري، لأنه في حالة استبعاده من العناصر المشمولة بأحد هذه العقود لا يمكن تكييف العقد على أنه وارد على محل تجاري، وإنما عقد وارد على العناصر الأخرى المتصرف فيها حسب الحالة بمعزل عن عنصر الاتصال بالعملاء، أما إذا لم يتفق (أغل) المتعاقدان (بالنسبة للعقود الملزمة للجانبية مثلا عقد المقايضة) أو لم يعدد المالك (في العقود الملزمة لجانب واحد مثلا الهبة) العناصر المشمولة بالعقد، فإن هذا الأخير يشمل بقوة القانون عنصر الاتصال بالعملاء¹.

خاتمة

نستنتج من خلال دراستنا لعنصر الاتصال بالعملاء أن هذا العنصر جوهري وإلزامي لوجود المحل التجاري، فبدونه لا يوجد، عكس العناصر الأخرى التي يتكوّن منها المحل التجاري، والتي تختلف أهميتها من محل تجاري لآخر، حسب طبيعة النشاط التجاري الذي يمارسه التاجر في محله، فلقول أن للتاجر محل تجاري يجب يكون له عملاء شخصيون وخاصون به، ويمارس نشاطا تجاريا مستقلا عن التجار الآخرين ويفتح فعليا محله ويبدأ في مباشرة الاستغلال، باعتبار أن ملكية الرخصة دون الاستغلال الفعلي لا يعد محلا تجاريا، حسب ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية.

يستمر المحل التجاري في الوجود متى استمر العملاء في الاتصال به، ويزول متى انقطع العملاء عن الاتصال به، فمن نشأته إلى زواله يرتبط بهذا العنصر الفعّال، ليس هذا فقط وإنما رقم الأعمال يرتفع كلما زادت المعاملات التي يبرمها التاجر معهم، وينخفض بقلتها، فالعبرة ليس بعدد العملاء ولكن برقم الأعمال الذي يحققه التاجر معهم، فيمكن أن يكون هناك زبون واحد (الإقامة الجامعية التي تشتري 2000 خبزة و2000 حبة من الحلويات يوميا مثلا) أحسن من 100 زبون (الذين يشترون 200 خبزة و200 حبة من الحلويات يوميا).

إنّ هذا العنصر بقوته الإلزامية لا يؤثر فقط على وجود المحل التجاري في حد ذاته، وإنما يمتد إلى العقود الواردة على هذا الأخير، بحيث أنه متى شملته هذه العقود كلما اعتبرت أنها واردة على محل تجاري، أما إذا تم استبعاده صراحة منها وتم التصرف في عنصر واحد أو أكثر من العناصر الأخرى بمعزل عنه، فلا تكون تلك العقود في هذه الحالة واردة على محل تجاري، وإنما واردة على ذلك العنصر أو تلك العناصر. أما إذا تم التعاقد على المحل التجاري ولكن لم يتم تعيين العناصر المتعاقد عليها، فإنّ العقد في هذه الحالة لا يعتبر باطلا، وإنما صحيح ويشمل في هذه الحالة بقوة القانون من بين العناصر المعنوية الأخرى عنصر الاتصال بالعملاء.

¹ - نستنتج هذا الحكم قياسا على نص المادتين 02/96 و03/119 ق ت ج.

يعاب على المشرع الجزائري عدم النص على أنّ عنصر الاتصال بالعملاء يشترط أيضا في العقود الأخرى الواردة على المحل التجاري غير عقد البيع والرهن الحيازي كالهبة والوصية مثلا، ولم يدرج لا مادة ولا عبارة مثلما فعل في عقد البيع والرهن الحيازي، علما أنّه تناول عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة في المادة 117 ق ت، وعقد إيجار التسيير في المادة 203 من نفس القانون.

كان على المشرع تخصيص مادة مفادها أنّ كل العقود الواردة على المحل التجاري دون استثناء ومهما كانت طبيعتها يجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء، وإذا لم تشملها لا تعتبر عقود واردة على محل تجاري وإنما عقود واردة فقط على العناصر الأخرى مستقلة.

الإجراءات التفاوضية: طرق بديلة لحل النزاعات في قانون المنافسة (دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري)

شيخ أمير يسمينة⁽¹⁾
جامعة بجاية

الملخص:

بعد اللجوء إلى أدوات القمع الكلاسيكي (العقوبة مثلا)، عرف قانون المنافسة تطورا معتبرا أسفر عن ميلاد ما يعرف بـ "الإجراءات التفاوضية" (عفو، مصالحة وتعهدات)، ليتحول بذلك من "قانون قمعي" إلى "قانون مفاوض".

حيث تتقاسم تلك الإجراءات فيما بينها هدفا مشتركا يتمثل في السعي إلى توطيد العلاقات بين المؤسسات المعنية و أجهزة المنافسة بغية الإسراع في دراسة الملفات.

وإذا كان المشرع الجزائري قد اهتم بإجراء التعهدات فإنه استكمالا لعصرنة قانون المنافسة سوف يأخذ بالإجراءين المتبقيين (العفو و المصالحة) بصورة تدريجية مما يستوجب وضع إطار قانوني محكم.

الكلمات المفتاحية:

الإجراءات التفاوضية، المنافسة، تسوية النزاعات، طرق بديلة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/22، تاريخ قبول المقال: 2018/06/05، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: شيخ أمير يسمينة، "الإجراءات التفاوضية: طرق بديلة لحل النزاعات في قانون المنافسة (دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري)"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 180-195.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذة مساعدة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضوة بمخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

المؤلف المراسل: chikhamer.yasmina@gmail.com

The « Negotiated procedures »: Alternatives Methods of Conflicts Settlement in Antitrust Law (Comparative Study of French and Algerian Law)

Abstract :

After having resorted to conventional repression instrument, such as punishment .The fight against anticompetitive practices has undergone a profound evolution, which will give rise to the negotiated procedures as Clemency, transaction and commitment, so that the competition law thus passes from a “repressive right” to a “negotiated right”.

The common point of these procedures is to facilitate the relations between companies and organs of competition, to accelerate the treatment of files and do without of the benefit of the negotiation and of the debate.

Otherwise, admitting the Algerian legislator is interested in the procedure of commitment, the modernization of the competition law is going to force him to implement gradually two other procedures(Clemency and transaction) ,a thing that requires a coherent a legal framework.

Keywords:

Negotiated procedures, Competition ,Conflicts settlement, Modes alternatives.

Les procédures négociées : modes alternatifs de règlement des différents en droit de la concurrence (Etude comparative entre droit Français et Algérien)

Résumé :

Après avoir eu recours à des instruments de répression classiques, le droit de la concurrence a subi une profonde évolution qui a mis en lumière des procédures négociées telles que la clémence, la transaction et les engagements, en passant d’un « droit répressif » à un « droit négocié ».

En effet, le point commun entre toutes ces procédures est de faciliter les relations entre les entreprises et les organes de concurrence afin d’accélérer le traitement des dossiers.

Par ailleurs, en admettant que le législateur algérien est intéressé par la procédure d’engagement, la modernisation du droit de la concurrence le conduira progressivement à mettre en œuvre les deux autres procédures (clémence et transaction) dont un encadrement juridique cohérent est nécessaire.

Mots clés :

Procédures négociées, concurrence, règlement des différents, modes alternatifs.

مقدمة

تعدّ تقنية التفاوض من أهم الطرق التي أثبتت نجاعتها في تنظيم العلاقات الاجتماعية المختلفة في عصرنا الحالي لتكتسح كذلك المجال القانوني، كالتفاوض في مجال تسوية النزاعات أمام القضاء أو خارجه. وقانون المنافسة بدوره ليس بمنأى عن هذه الظاهرة، كونه لا يزال في تطوره المستمر الذي يمضي قدما نحو ما يعرف "بالقانون المفاوض" «Un droit négocié» المعتمد على الحوار والمناقشة بين هيئة المنافسة والمؤسسات المعنية، مع التوجه نحو إشراك هذه الأخيرة في تطبيق أحكام هذا القانون⁽¹⁾. وهكذا اتجهت السلطات العامة في الدول الأوروبية خاصة فرنسا⁽²⁾، تحت تأثير اللجنة الأوروبية إلى تغيير سياستها في ضبط المنافسة، بالتكريس التدريجي "للإجراءات التفاوضية" «Les procédures négociées»، بدافع إيجاد حل لتسوية الكمّ الهائل من القضايا المرفوعة أمام أجهزة المنافسة في مدة زمنية قصيرة و التفرغ للقضايا العويصة التي تتطلب وقتا طويلا لحلها، إلى جانب تسهيل عملية الحصول على الدليل وتقادي إهدار الإمكانيات المادية الهائلة التي تستوجبها عملية الفصل في النزاع، إنّها إذن كل من إجراء العفو، المصالحة والتعهد التي بدأت تكتسي مكانة لا يستهان بها في قانون المنافسة الفرنسي لتنافس بذلك أدوات الردع والعقاب التقليدية المخولة لسلطة المنافسة (العقوبات الخاصة).

ولما كان المشرع الجزائري يستقي أحكامه من التشريع الفرنسي، فهل تنبّه هو الآخر إلى الدور الإيجابي الذي تتمتع به هذه التقنيات السائرة في طريق التطور؟ أم لا زال الوقت مبكرا أمامه للخوض في تلك المسألة؟ وإن رحب بها، فهل المنظومة القانونية والمؤسسية مناسبة لاستقبال تلك الإجراءات؟ وعلى أساس كل تلك التساؤلات نبحت في الإشكالية التالية: كيف تعامل المشرعان الفرنسي و الجزائري مع الإجراءات التفاوضية على ضوء قانون المنافسة؟

وعليه نجيب على هذه الإشكالية بالمرور عبر القانون الفرنسي - ملهم المشرع الجزائري - معتمدين في ذلك على المنهج المقارن وصولا إلى القانون الجزائري أين سوف نتعرض الى الموقف المتبنى من المشرع معتمدين على المنهج التحليلي وذلك تبعا لما يلي:

- I- الإجراءات التفاوضية في القانون الفرنسي : وجه جديد لدور سلطة المنافسة
- II- الإجراءات التفاوضية في القانون الجزائري : رؤية محتشمة لدور مجلس المنافسة
- III- حول فعالية الاجراءات التفاوضية؟

¹- RIEM Fabrice, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en tromp- l'œil », *R I D E*, N°1, 2008, p.86.

²- Loi n°2001- 420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, *J O R F* n°113 du 16 mai 2001.

I- الإجراءات التفاوضية في القانون الفرنسي : وجه جديد لدور سلطة المنافسة

يعدّ "التفاوض" مصطلحا ذو استعمالات شائعة، إذ يعمل به في شتى المجالات، السياسية، الاجتماعية، الاقتصادية و القانونية، لتعدد بشأنه التعاريف: "مناقشة الخيارات من أجل التوصل لاتفاق" أو إحرار تقدم نحو هدف أو غاية منشودة" أو نوع من الحوار أو تبادل الاقتراحات بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى حسم قضية نزاعية بينهم، وفي نفس الوقت الحفاظ على المصالح المشتركة فيما بينهم"⁽³⁾.
غير أنّ المفهوم الصحيح للتفاوض يقوم على اعتباره تعاونا لا مواجهة، فهو فرصة للعمل المشترك بين طرفين بوجود رضا متبادل بينهما لتحقيق هدف لا يستطيع أحدهما إنجازه بمفرده، وبذلك تعبر "الإجراءات التفاوضية" في قانون المنافسة عن "مختلف إجراءات التعاون الممنوحة للمؤسسات المعنية القائمة على الحوار وتبادل الرضا بينها وبين سلطة المنافسة"⁽⁴⁾.

وإذا كانت جلّ تلك الإجراءات تشترك فيما بينها في كونها تهدف إلى توطيد العلاقات بين كل من المؤسسات المعنية وسلطة المنافسة للإسراع في حل القضايا والتخلي عن الطابع التنازعي لفتح المجال أمام الحوار والمنافسة، إلا أنّه مع ذلك لكل إجراء خصوصيته، فإجراء العفو يتعلق فقط بإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة ألا وهي الإتفاقات (أولا)، وإجراء المصالحة لا يتم إلا في حالة عدم اعتراض المؤسسة على المخالفات المنسوبة إليها (ثانيا) وأخيرا إجراء التعهد يلجأ إليه في حالات آنية تشكّل انشغالات حول المنافسة (ثالثا).

أولا- إجراء العفو : La procédure de clémence

أخذ المشرع الفرنسي بإجراء العفو في المادة L.464-2-IV من التقنين التجاري⁽⁵⁾، الذي يقصد به إعفاء كل مؤسسة كانت طرفا في إتفاق مقيد للمنافسة من توقيع العقوبة عليها كليا أو جزئيا، إذا قامت بالتبليغ عنه أو الكشف عن فاعليه أمام سلطة المنافسة قصد مساعدة هذه الأخيرة على وضع حد لمثل تلك الممارسات حفاظا على النظام العام الاقتصادي ومصالح المستهلك⁽⁶⁾.
غير أنّه لإعمال إجراء العفو لا بد من توافر بعض الشروط (أولا) وإتباع بعض الإجراءات (ثانيا).

³ - GOGUELIN Pierre L.G, "Le concept de négociation", Revue négociation n°03, 2005, pp.149-170.

⁴ - SELINSKY Véronique, « Procédures négociées et stratégie des entreprises », In BOY Laurence, MARTY Frédéric et REIS Patrice, (s/de), Les procédures négociées en droit de la concurrence, RIDE, n° 4, 2011, p.61.

⁵ - « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou organisme (...) s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs... » ; Ordonnance n° 2008- 1161 du 13 novembre 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORF n° 143 du 14 novembre 2008.

⁶ - VIALFONT Arnaud, « Le droit de la concurrence et les procédures négociées », RIDE, n°2, 2007, p.160.

1- شروط الإستفادة من إجراء العفو :

بتحقق ما يلي :

(أ) - بالنسبة لطبيعة الممارسة المقيدة للمنافسة : لا يعمل بإجراء العفو إلا في حالة تكييف الممارسة على أنها إتفاق مقيد للمنافسة، أما فيما يخص باقي الممارسات كالتعسف في وضعية الهيمنة أو التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، فإنها تخرج من نطاق تطبيق هذا الإجراء⁽⁷⁾.

(ب) - بالنسبة لكيفية إستفادة المؤسسة من الإعفاء الكلي أو الجزئي من العقوبة : إنَّ إعفاء مؤسسة ما تبادر بالتبليغ عن اتفاق شاركت فيه، من تسليط العقوبة عليها، يكون في حالتين:

- حالة الإعفاء الكلي من العقوبة :

إذا كانت سلطة المنافسة لا تتوفر على أية معلومة تتعلق بالإتفاق المعني، فإنَّه يشترط على المؤسسة التي تقوم بالتبليغ أولاً عن الاتفاق هي الوحيدة التي تستفيد من الإعفاء الكلي من العقوبة، ويجب أن تكون المعلومات والأدلة المقدمة مناسبة لمباشرة التدابير اللازمة وفقاً لما ينص عليه قانون المنافسة كذكر إسم ومقر المؤسسة التي تطالب بإجراء العفو، أسماء وعناوين المشاركين في الإتفاق... إلخ.

أما إذا كانت سلطة المنافسة تتوفر على معلومات بشأن الإتفاق، لكنَّها غير كافية للقول بوجود مخالفة لأحكام قانون المنافسة، فيشترط كذلك على المؤسسة المستفيدة من الإعفاء الكلي أن تكون الولي التي تقوم بالتبليغ عن الإتفاق وأن لا تكون ثمة مؤسسة قد إستفادت من إمكانية العفو الكلي من العقوبة وفقاً للحالة الأولى.

- حالة الإعفاء الجزئي من العقوبة: تستفيد من هذا الإجراء كل المؤسسات التي لا تتوفر على الشروط المنصوص عليها سابقاً والخاصة بالإعفاء الكلي من العقوبة⁽⁸⁾، وتتمكن من تقديم معلومات جديدة تدعم عمل سلطات المنافسة للكشف عن وجود الإتفاق المزعوم.

⁷ - « La procédure de clémence ne joue que pour les ententes » : LASSERE Bruno, « La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premiers bilans en France », contribution de la 32^e Conférence International Antitrust law and policy à l'université de Fordham : www.autoritedelaconurrence.fr

⁸ - إنَّ مصدر هذا النوع من الإعفاء، يعود إلى تطبيق مبدأ قانوني في الولايات المتحدة الأمريكية والمعروف بـ « plea bargaining » « plaidoyer de marchandage »، إذ يمكن للمؤسسة التي تتأخر في التبليغ عن اتفاق ما، الإستفادة من تخفيض العقوبة بشرط أن تعترف بمخالفتها.

2 - الإجراءات المتبعة :

ينبغي على المؤسسة الطالبة للعفو التقدم بطلبها أمام سلطة المنافسة توجهه إلى المقرر العام بموجب رسالة موصى عليها مع الإشعار بالإستلام، أو طلب ذلك شفويا من المقرر العام الذي يتولى تحرير محضر يدون فيه تاريخ وساعة تقديم الطلب⁽⁹⁾.
ويمنح المقرر العام مهلة قانونية محددة للمؤسسة، تتمكن من خلالها جمع كل المعلومات والوثائق المتعلقة بالإتفاق والضرورة لدراسة طلب العفو من قبل سلطة المنافسة.
وبعد الإطلاع على كل ما تم تقديمه من المؤسسة، يقوم المقرر العام بتحرير تقرير يوضح فيه طبيعة العفو (كلي أم جزئي)، ويبلغه للمؤسسة في أجل ثلاثة (03) أسابيع على الأقل قبل موعد الجلسة المحددة مع سلطة المنافسة، التي تصدر قرارها إما بقبول أو رفض العفو.

ثانيا- إجراء المصالحة : La transaction

أستحدث إجراء المصالحة بموجب قانون 6 أوت 2015 المتعلق بالتنمية، النشاط والمساواة في الفرص الاقتصادية والمعروف بـ "قانون ماكرون" « loi MACRON »⁽¹⁰⁾، ليعدّل المادة III 2-464 من التقنين التجاري الفرنسي التي كانت تكرر ما يعرف بـ "إجراء عدم الاعتراض على المآخذ" « Non-contestation des griefs »⁽¹¹⁾.

ويمكّن هذا الإجراء كل مؤسسة لا تعترض على المآخذ المسجلة عليها والمبلغة لها من الحصول على اقتراح من المقرر للقيام بمصالحة، يتم بموجبها تحديد المبلغ الأقصى والأدنى للعقوبة المالية التي سوف تلحقها، في المقابل تتعهد المؤسسة بتغيير أو تعديل سلوكها المستقبلي⁽¹²⁾، فنقوم بالتفاوض على العقوبة المراد تخفيضها بكل شفافية وطمأنينة لأنها على دراية مسبقة بمقدار الغرامة التي كان بالإمكان إلحاقها بها.

⁹- Autorité de la concurrence, communiqué de procédure du 3 Avril 2015, relatif au programme de clémence français, www.autoritedelaconcurrence.fr

¹⁰- Loi n°2015- 990 du 06 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* du 07 août 2015.

¹¹- « Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiées (...) le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié... », Art 464- 2 III, non modifié du code de commerce, *op.cit.*

¹²- BOUGETTE Patrice, MONTET Christian et VENAYRE Florent, « Jeu de négociation dans les affaires antitrust : Engagement et transaction », *Revue concurrence et consommation*, 2006, p.53.

ثالثا- إجراء التعهد : La procédure d'engagement

كرس هذا الإجراء في التقنين التجاري بموجب المادة 2-464-R، المعدلة بالمادة الثانية من الأمر رقم 1161-2008 الصادر في 13 نوفمبر 2008 المتضمن تحديث المنافسة⁽¹³⁾.

ويراد به عدم توقيع العقوبة على كل مؤسسة تتعهد بوضع حد للممارسات أو الأفعال التي ترتكبها والتي قد تضر بالمنافسة⁽¹⁴⁾، إذ أنه يتعلق فقط بحالات آنية تشكل لسلطة المنافسة مجرد "انشغالات حول المنافسة" « Des préoccupations de concurrence ».

ويمكن للتعهدات أن تكون ذات طابع "هيكلي" كالتنازل عن الأسهم أو المؤسسة أو "سلوكي"، كالاتزام بعمل مثل السماح للمؤسسة في السوق بالاستفادة من منشأة قاعدية أو الامتناع عن عمل، كالتوقف عن إبرام عقود التوزيع الحصري⁽¹⁵⁾.

- الإجراءات المتبعة: حددت المادة 2-464-R من التقنين التجاري مختلف الاجراءات المتبعة أمام سلطة المنافسة لإعمال تقنية التعهد⁽¹⁶⁾، حيث لا يقبل أي تعهد إلا في مرحلة "التقييم المبدئي للممارسات المعنية" « Une évaluation préliminaire des pratiques en cause ».

- ويتعين بذلك على المؤسسة التي يتم إخطارها من سلطة المنافسة بالتقييم المبدئي، أن تتقدم أمام المصالح المخولة بالتحقيق للإعلان عن رغبتها في اللجوء إلى إجراء التعهد، عن طريق تبادل مكالمات هاتفية أو رسائل إلكترونية (لأنها تعتبر إجراءات تحضيرية فقط)، مع وجوب تأكيدها على طلبها بشكل رسمي في أجل لا يتعدى شهر، يبدأ سريانه من تاريخ إبلاغها بالتقييم المبدئي.

ويتولى المقرر إرسال طلب التعهدات إلى كل من صاحب الإخطار ومندوب الحكومة، ثم يقوم بنشر ملخص القضية مع الطلب بكل الوسائل الممكنة، ليتمكن الغير الذي يهمه الأمر من إبداء ملاحظاته في أجل لا يتعدى شهر من تاريخ نشر الملخص⁽¹⁷⁾.

وبعد السماع لملاحظات أطراف التفاوض (سلطة المنافسة، المؤسسة والغير) وكذا مندوب الحكومة، تدون الأقوال والملاحظات في ملف يسلم لهم جميعا، وهذه المرحلة تسمى "إختبار السوق" « Test de marché » من خلالها تراقب سلطة المنافسة مدى صحة ومصداقية التعهدات المقدمة من قبل المؤسسة.

¹³ - « ... Accepter des engagements proposés par les entreprises ou organisme et de nature à mettre un terme a ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L.420-1, L.420-2 et L.420-5 » ; Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORA du 14 novembre 2008.

¹⁴ - VIALFONT Arnaud, op.cit, p.164.

¹⁵ - RIEM Fabrice, op.cit, p.87.

¹⁶ - للمزيد من التفاصيل راجع هذا النص التطبيقي المكمل لأحكام المادة 2-464-R من التقنين التجاري، المرجع السابق : - L'article 42-1 du décret n°2005- 1668 du 27 décembre 2005, JORF du 29/12/2005 portant modification du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

¹⁷ - Art R.464.2 du code de commerce, op.cit.

وفي الأخير، يتم التفاوض بين كل من سلطة المنافسة (الأعضاء والمقرر) مع المؤسسة المعنية حول تلك التعهدات، وإذا ما اقتضت السلطة بما قدمته المؤسسة، تصدر قرارها بقبول التعهد، الذي يصبح حينها ملزماً، ويقفل بذلك باب الاجراءات.

II-الإجراءات التفاوضية في القانون الجزائري: رؤية محتشمة لدور مجلس المنافسة

إذا كانت مختلف الاجراءات التفاوضية في القانون الفرنسي، قد كست حقيقة سلطة المنافسة برداء الحداثة، أين أظهرتها بوجه جديد بعيد عن القمع والعقاب بل يميل إلى الحوار والنقاش، إلا أنها تبقى مع ذلك في مرحلتها التجريبية، الأمر الذي يقودنا إلى التساؤل عن مصيرها في بلد كالجزائر سائر في طريق النمو وغياب ثقافة المنافسة عند أغلب المتعاملين الاقتصاديين في السوق مع عدم فعالية جهاز المنافسة (أولاً) لنجد أنّ المشرع لم يأت إلى تكريسها جميعاً على الأقل في الوقت الحالي إلى غاية استكمال عملية عصرنة قانون المنافسة (ثانياً).

أولاً- مدى قبول فكرة استقبال قانون المنافسة للإجراءات التفاوضية

يمكن القول بداية، أنّ عقد الجزائر اتفاقيات التبادل الحر والتي يأتي في مقدمتها اتفاق الشراكة الأور-جزائري واحترامها لإلتزاماتها أمام الإتحاد الأروبي، الذي يضطرها إلى عصرنة الإطار التشريعي الداخلي بشكل عام وقواعد المنافسة بشكل خاص⁽¹⁸⁾، لربما سوف يجبرها شيئاً فشيئاً إلى تبني مختلف الاجراءات التفاوضية. غير أنّه إذا سلمنا بذلك، فهل الأرضية الاقتصادية، التشريعية والمؤسسية مهياً لتفعيل تلك الإجراءات؟

1- من حيث التطور الاقتصادي

باعتبار الجزائر تنتمي إلى فلك الدول السائرة في طريق النمو، فإنّ اقتصادها غير متطور بالنظر إلى هياكلها، فالتفاوض إذن كطريقة من طرق ضبط المنافسة يمكن أن يتحول إلى نوع من المساومة خارج إطار القانون⁽¹⁹⁾.

¹⁸- فتحينا للنصوص التشريعية المتعلقة بالمنافسة، ويهدف جعلها أكثر فعالية ومطابقة لمتطلبات السوق الوطنية، وكذا التشريعات الدولية المتعلقة بالمنافسة، تم تعديل الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003، بموجب القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36، الصادر في 2 جويلية 2008، وبموجب القانون رقم 10-05، المؤرخ في 05 أوت 2010، ج ر عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

¹⁹- أشن ليلي، الشراكة الاجنبية و المؤسسات الاقتصادية للجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 50 وما بعدها.

2- من حيث وجود ثقافة المنافسة عند الفاعلين في السوق

مما لا ريب فيه، أنه في الاقتصاديات المحررة حديثا أمام المنافسة مثلما هو الوضع عليه في الجزائر، نجد معظم المتعاملين الاقتصاديين يفتقرون إلى ثقافة المنافسة فنراهم لا يميزون بين الممارسات غير المحظورة وتلك المقيدة للمنافسة، كما نجد أغلبهم يمارسون نشاطهم في إطار ما يعرف بـ"الاقتصاد الفوضوي"، حيث لا يخضعون فيه للقواعد القانونية التي تحكم السوق، فعلى سبيل المثال من النادر -إن لم نقل من المستحيل- أن تتقدم مؤسسة ما بطلب العفو من جهاز المنافسة، تقاديا للكشف عنها من قبل السلطات ومتابعتها بموجب قوانين أخرى كتلك المتعلقة بالتهرب الضريبي أو تبييض الأموال... إلخ، وكل ذلك من شأنه أن يكبح فعالية الإجراءات التفاوضية.

3- من حيث تمتع مجلس المنافسة بسلطة إتخاذ القرار واستقلالية حقيقية

بالرجوع إلى المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم والتي تنص على أنه : "تنشأ سلطة إدارية مستقلة"⁽²⁰⁾، نستشف التكريس الصريح للطابع السلطوي لمجلس المنافسة⁽²¹⁾، إذ لا يعدّ مجرد هيئة استشارية تكتفي بتقديم الآراء والتوصيات فحسب⁽²²⁾، بل يتمتع بسلطة إتخاذ القرار لضبط المنافسة في السوق كإصدار قرارات في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة أو الترخيص بالتجمعات الاقتصادية⁽²³⁾، مما يؤدي إلى التسليم بإمكانية إدراج مثل تلك الاجراءات المرنة ضمن قانون المنافسة.

في المقابل إذا كانت المادة تنص صراحة على استقلالية المجلس لعدم خضوعه لا للسلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية، فإنها تحمل كذلك في طياتها ما يشكك في تلك الاستقلالية فعبارة "يوضع لدى الوزير المكلف بالتجارة"، تفيد أنّ المجلس ليس إلا جهازا إداريا يخضع مباشرة لوصاية وزارة التجارة كغيره من الأجهزة التابعة

²⁰ - أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، متعلق بالمنافسة، معدل و متمم، مرجع سابق.

²¹ - للمزيد من التفاصيل حول مضمون فكرة الضبط الاقتصادي راجع :

-ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, Edition Houma, Alger, 2005, pp09-33.

- BERRI Noureddine, « L'ordre réglementaire: Essai sur l'émergence d'un concept », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, Vol.11, n°1, 2015, pp26-45.

²² - راجع في ذلك:

- ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, Maison d'édition Belkeis, Alger, 2012, pp50-67.

- MENOUEUR Mustapha, *Droit de la concurrence*, Edition Berti, Alger, 2013, pp152-153.

²³ - راجع المادتين 15 و 19 من المرجع نفسه.

لها، الأمر الذي أدى إلى إثارة عدة مشاكل منذ إعادة تفعيل المجلس سنة 2013، حسب ما جاء في التقرير السنوي لمجلس المنافسة سنة 2015⁽²⁴⁾.

وعليه إن بقي الوضع كما هو عليه في الوقت الحالي، فإنّ فعالية الإجراءات التفاوضية تظل مسألة يشوبها الغموض، فمصادقيتها بحاجة ماسة إلى تمتع المجلس باستقلالية حقيقية.

ثانيا - التكريس المحتشم للإجراءات التفاوضية : الأخذ فقط بإجراء التعهد ؟

بالرجوع إلى المادة 60 من الأمر رقم 03-03 التي تنص على أنه : "يمكن لمجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها، وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر"⁽²⁵⁾.

يتجلى لنا بوضوح أن ما جاء به المشرع ليس "بإجراء العفو" لانتقاء الشروط اللازمة لإعماله (مقارنة بالقانون الفرنسي)، ولا إجراء المصالحة كذلك، بل ما تم تكريسه هما : الإجراء المتعلق بالتعهدات وإجراء عدم الاعتراض على المآخذ.

إذن المشرع أخذ بالإجراءين معا في نص واحد (المادة 60) وفي مجال الممارسات المقيدة للمنافسة، غير أنّ الملفت للنظر هو التفسير المقدم للمادة السابقة من قبل مجلس المنافسة وفق ما جاء في التقرير السنوي لأعماله سنة 2015، حيث فسر النص على أنه يتعلق فقط "بإجراء التعهد"، وما يؤكد ذلك صدور خط توجيهي عن المجلس يوضح فيه الاجراءات المتبعة لإعمال هذه التقنية، دون إشارة إلى إجراء عدم الاعتراض على المآخذ فهل هذا راجع إلى سوء تفسير المادة 60، أم تفصيل "للإجراءات التفاوضية على القياس الجزائري ؟ ولقد تم استعمال هذه التقنية فعلا من مجلس المنافسة بداية من سنة 2015 بعد إعادة تفعيله منذ 2013، حيث استقادت شركة واحدة من هذا الاجراء و المتمثلة في شركة سونطراك، حيث تعهدت بإعادة نشاط المز لفات للموزعين و اتخاذ كل الاجراءات الضرورية لاحترام قواعد المنافسة المتعلقة بسوق المز لفات.

²⁴- التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري لسنة 2015 : www.conseil-concurrence.dz

²⁵- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، معدل ومتمم، مرجع سابق.

وتبعاً لذلك قام رئيس مجلس المنافسة بتعيين مقرر لمتابعة تنفيذ التعهدات، الذي انتقل بتاريخ 2015/03/03 إلى مقر المديرية الفرعية التجارية لشركة سونطراك حيث تأكد فعلاً أنّ العقد التجاري الذي ربط الشركة بالموزعين قد تم تعديل بنوده، ليتم التوقيع على عقود جديدة بين الطرفين، ليحقق بذلك هذا الإجراء الأثر المنتظر و المتمثل في حماية قواعد المنافسة⁽²⁶⁾.

1- لماذا إجراء التعهد؟

يرمي هذا الإجراء حسب ما جاء عن مجلس المنافسة الجزائري إلى السماح للمؤسسة باقتراح تعهدات من شأنها وضع حد لمشاكل المنافسة، المكتشفة أثناء القيام بتحقيقات في قضية محل إخطار من قبل مجلس المنافسة⁽²⁷⁾.

2- شروط أعمال الإجراء

– يجب الإعلان عن التعهدات المقترحة من قبل المؤسسات بموجب قرار صادر عن أعضاء مجلس المنافسة.
– يجب أن تعترف المؤسسة المعنية بالمخالفة أثناء مرحلة التحقيقات : وهنا نلاحظ أنّ مجلس المنافسة لا يميز بين كل من "إجراء التعهد" و"إجراء عدم الاعتراض على المآخذ" فبالنسبة للأول، نطاق تطبيقه يبقى محصوراً على الأفعال المرتكبة من المؤسسة دون تكييفها بمخالفات، وهو ما عبر عنه المجلس بـ "... وضع حد لمشاكل المنافسة المكتشفة أثناء القيام بالتحقيقات"، في حين الإجراء الثاني يشترط لإعماله (حسب ما كان مكرس في القانون الفرنسي قبل استبداله بإجراء المصالحة) أن لا تعترض المؤسسة على المخالفات المنسوبة إليها.
– يتعين على المؤسسة المعنية أن تتعاون للإسراع في التحقيقات، كما تلتزم بالتعهد كتابياً بعدم اقرار مخالفات لأحكام قانون المنافسة مع عدم وجودها في حالة العود.

3- مراحل القيام بإجراء التعهد

يمر عبر عدة مراحل :

(أ) - مباشرة الإجراء :

يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء في أي وقت أثناء التحقيق في القضية إلى غاية وضع المقرر النهائي أمام مجلس المنافسة، ويعمل به سواء تعلق الأمر بإخطار في الموضوع للمجلس أو حتى فيما يخص التدابير التحفظية⁽²⁸⁾.

²⁶ - راجع التقرير السنوي لأعمال مجلس المنافسة لسنة 2015، المرجع السابق.

²⁷ - المرجع نفسه.

²⁸ - المرجع نفسه.

ويتعين على المؤسسة إعلام المقرر برغبتها من الإستفادة بهذا الإجراء بموجب طلب كتابي أمام مصالح إدارة هذا الإجراء، ومتابعة الملفات والمنازعات على مستوى مجلس المنافسة.
ولا يجب على المقرر التأكد فقط من أنّ محتوى تلك التعهدات تتناسب أو تستجيب لمشاكل المنافسة لإصلاحها فحسب، بل يستوجب أن تكون التعهدات المقترحة صحيحة ودقيقة من أجل تسهيل مراجعتها وحسن تنفيذها.

(ب) - تبليغ التعهدات للأطراف والغير المعني :

يضع المقرر تقريره مع التعهدات المقترحة من قبل المؤسسة أمام أعضاء مجلس المنافسة، ويقوم بتبليغها إلى الأطراف وكذا إلى الغير الذي لديه مصلحة، دون تمييز بين كيفية الإعلام لكل من المؤسسة والغير (النشر بالنسبة للغير)، أو ذكر للأجل القانوني الذي يقدم فيه ملاحظاته، على خلاف المشرع الفرنسي مثلما رأينا ذلك آنفا⁽²⁹⁾.

وفي حالة تغيير تلك التعهدات، يستوجب على المؤسسة المعنية أن تبين ذلك بموجب ملاحظات كتابية في أجل شهرين (02) يبدأ حسابهما من تاريخ تبليغها بالتقرير النهائي.

(ج) - جلسة أعضاء مجلس المنافسة :

يعقد أعضاء مجلس المنافسة جلسة للنظر في التعهدات المقترحة من قبل المؤسسة المعنية، بعرض أولي من قبل المقرر ثم يليه نقاش (تفاوض) بين المؤسسة الطالبة لإجراء التعهد التي يمكنها الاستعانة بمدافع ومجلس المنافسة.

ويمكن لهيئة صنع القرار (الأعضاء) قبول التعهدات المقترحة، فتصبح حينها ملزمة للمؤسسة المعنية أو طلب تعديلها أو رفضها تماما.

وهكذا يتم التوقيع على التعهدات في الجلسة، إذا لم توجد أية ملاحظة بشأنها أو ترسلها المؤسسة لأعضاء المجلس في الآجال المحددة لذلك.

(د) - متابعة تنفيذ التعهدات :

يتعين على المؤسسات المعنية أن تحرر تقريرا حول مدى تنفيذها لتلك التعهدات وتقديم كل السندات المطلوبة منها، وإذا ما تبين من الوثائق المقدمة أنّ التعهدات لم يتم احترامها، يقوم المقرر بتحرير ملاحظاته التي يقترحها على مجلس المنافسة، ليخطر هذا الأخير نفسه تلقائيا من أجل "عدم احترام التعهدات".

²⁹ - Conseil de la concurrence, « La procédure d'engagement », www.conseil-concurrence.dz

III- حول فعالية الإجراءات التفاوضية ؟

تعتبر مختلف الإجراءات التفاوضية بمثابة "طرق بديلة" لحل مشاكل المنافسة دون العودة إلى الحلول الكلاسيكية المبنية على توقيع العقوبة اللاحقة (La sanction ex post) لتسير بذلك قدما نحو "عصرنة قانون المنافسة" « La modernisation du droit de la concurrence »⁽³⁰⁾

فالبنسبة لجهاز المنافسة تساعده هذه التقنيات على الإسراع لحل القضايا البسيطة، والتفرغ للممارسات الخطيرة الضارة بالمنافسة مع اقتصاد في الموارد المالية، ومن جهة المؤسسة المعنية تستفيد هذه الأخيرة من تخفيض أو إعفاء من العقوبة المفترض تقريرها عليها مع تجنب إجراءات طويلة تكبلها مبالغ كبيرة، بالإضافة إلى الحفاظ على سمعتها بالسوق... إلخ

و مع ذلك لا بد من التنويه أن أعمال تلك الإجراءات قد تعثره بعض الصعوبات العملية كتلك المتعلقة بمدى الحفاظ على سرية المعلومات المتبادلة بين جهاز المنافسة و الهيئات القطاعية و المتعلقة بالمؤسسات المعنية، فيما يخص إجراء العفو أو النقائص التي تشوب إجراء المصالحة من حيث تخفيض العقوبة، التنازل عن حقوق الدفاع، إمكانية عدم احترام جهاز المنافسة للاتفاق الذي تم بين المؤسسة و المقرر العام⁽³¹⁾، إلى جانب احتمال تداخل إجراء المصالحة مع " الإجراء البسيط " « La procédure simplifiée » ضف إلى ذلك، لجوء جهاز المنافسة لمثل تلك التقنيات يجعله في احتكاك دائم مع المتعاملين الإقتصاديين المعنيين، مما قد يعرضه لخطر استهدافه من قبل المؤسسات و احتمال التأثير على القرارات التي سوف يتخذها، لذلك يتعين عليه التمتع بالمهارة الكافية و التحلي ببعض الأدبيات أثناء استخدام تلك الاجراءات مثلما يراه:

Chone philippe :

« Traiter une dénonciation ou négocier un engagement suppose un certain savoir faire et une certaine déontologie... »⁽³²⁾

وأيا كان الشكل الذي تتخذه تلك الإجراءات (عفو، مصالحة و تعهدات)، ينبغي على جهاز المنافسة التقيد ببعض المبادئ إزاء تطبيق تلك التقنيات، من أجل تفعيلها و جعلها تراعي الموازنة بين حاجة المؤسسات للتطور و ضبط حركة المنافسة في السوق.

³⁰- راجع في ذلك :

LASSERE Bruno, « Propos introductifs », in colloque sur la clémence et transaction en matière de concurrence : Première expérience et interrogations de la pratique, CREDA, paris, 19 janvier 2005, p.32 et sur le site: www.creda.ccip.fr/

³¹ - BOUGETTE Patrice, MONTET Christian et VENAYRE Florent, *op.cit.*, p.55.

³²- CHONE Philippe, « L'articulation des politiques de concurrence et de régulation sectorielle », in *Rapport du conseil d'analyse économique, politique de la concurrence, La documentation française*, Paris, 2006, p. 2015.

أولاً- مبدأ الحياد : Le principe de neutralité

تلتزم أجهزة المنافسة حال مباشرتها للإجراءات التفاوضية، الأخذ بعين الاعتبار الغاية المبتغاة من هذه التدابير والمتمثلة في إعادة المنافسة الفعالة للسوق واستبعاد كافة الآثار غير التنافسية الناتجة عن الصفقة، ومن ثم لا يجوز استخدامها كوسيلة لحماية المؤسسات، وهو ما يستتبع ضرورة حياد أجهزة المنافسة تجاه الأطراف المعنية والمنافسين في السوق على حد سواء⁽³³⁾.

ثانياً- مبدأ التناسب : Le principe de proportionnalité

يتعين على أجهزة المنافسة أن تكون الاجراءات التي تتخذها بالقدر الضروري للحفاظ على المنافسة، فلا يجب أن تتجاوز تلك التدابير في نطاقها ما يتعدى غرض حماية المنافسة، لكي لا يمس بمبدأ حرية المنافسة، فيجب أن يكون إذن الإجراء المتخذ متناسبا مع أغراض المنافسة ولا يتعداها لتحقيق أهداف أخرى.

ثالثاً- سرية التفاوض

لتحقيق هذه السرية، ينبغي إعادة النظر في تعدد جهات التدخل أثناء مباشرة تلك الإجراءات قبل اتخاذ قراراتها بشأن قبول التعهدات أو طلبات العفو، إذن ينبغي أن تباشر إجراءات التحقيق واتخاذ القرار من قبل جهة واحدة لتسهيل التعرف على العناصر المتواطدة، سواء داخل جهاز المنافسة أو من بين إطارات المؤسسة المعنية، دون المساس بمبدأ الحياد.

رابعاً- إحترام المصالح المشروعة للمؤسسات

تهدف المؤسسات في السوق عموماً إلى تعظيم قيمة أصولها الرأسمالية لكن بشرط عدم الإضرار بحرية المنافسة، وانطلاقاً من ذلك فإن أجهزة المنافسة حال مباشرتها لتلك الاجراءات تلتزم بمراعاة المصالح المشروعة لأطراف الصفقة، فإذا كانت مثلاً التعهدات المقدمة منهم غير كافية لإزالة المخاوف المثارة حول المنافسة، فعلى أجهزة المنافسة أن لا تلجأ إلى فرض أوامر عليها، كما أنه وإن كانت مباشرة تلك التدابير تتطلب العلانية تحقيقاً لمبدأ الشفافية مثل الإعلان عن تعهدات الأطراف، فإنه مع ذلك يمكن تقرير سرية البعض منها إذا مست

³³- حول مبدأ حياد هيئات الضبط الاقتصادي راجع:

-ZOUAÏMIA Rachid, « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes en matière économique », Revue Idara, n°28, Alger, p.143.

- عيساوي عزالدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الادارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص ص 367-374.

بالمصالح الاقتصادية للمؤسسات المعنية⁽³⁴⁾، فتوقي الحيطة و الحذر إزاء تكريس هذه الاجراءات مسألة في غاية الاهمية، إذ قد يكون اللجوء إليها ليس في مصلحة المؤسسات مثلما يراه

LASSERE Bruno :

« *Le droit de la concurrence ne peut pas et surtout ne doit pas devenir un droit entièrement négocié, cela ne serait du reste pas dans l'intérêt des entreprises elles-mêmes* »⁽³⁵⁾

خامسا- مساهمة الإجراءات التفاوضية في الحفاظ على المنافسة المهددة

يجب أن تكون تلك الإجراءات فعالة للحفاظ على المنافسة المهددة، ويتم اختيار مدى نجاعة الإجراء المتخذ طبقا لإمكانية تحقيقه فعليا في إطاره الزمني المفروض، فعلى سبيل المثال قد تطرأ ظروف معينة تصعب من إتمام إجراء التعهد المقدم لأي سبب ما، كصعوبة إيجاد مشتر لبعض أصول أو أسهم مؤسسة ملزمة بالاستغناء عنها، فينبغي إذن على الأطراف المعنية تقديم بدائل أخرى ضمن إطار زمني محدد لتنفيذه.

خاتمة

نصل إلى القول في الأخير أنّ الإجراءات التفاوضية تصطدم مع الفكرة الكلاسيكية للجزاء، إذ أنّها تهدف إلى التفاوض على العقوبات التي من المفترض تسليطها على المؤسسات المقترفة لمخالفات أو تسبب مشاكل للمنافسة، هذا إن سلمنا حقيقة بوجود التفاوض أو الحوار بين المؤسسة المعنية وجهاز المنافسة، لأنّه وحسب ما تطرقنا إليه آنفا بالنسبة للتشريعين الفرنسي والجزائري تظهر تلك الإجراءات وكأنّها عبارة عن "عقود إذعان" أين نجد طرف يستحوذ على سلطة العقاب (جهاز المنافسة) على طرف ثاني (المؤسسة) التي ليست إلا أمام خيارين إما الإذعان أو الرفض.

كما أنّ وضع حيز التنفيذ هذه الإجراءات من شأنه توليد بعض الصعوبات، خاصة فيما يتعلق باحترام حقوق الدفاع وكذا حق اللجوء إلى القضاء، صف إلى كونها ذات خطورة معتبرة بالنظر إلى إمكانية استعمالها من قبل جهاز المنافسة كأداة ضغط على المؤسسات، لإجبارها على اللجوء إلى تلك الاجراءات والمساهمة بذلك في تطوير ثقافة منافسة جديدة بعيدة بشكل تام عن رقابة القضاء عليها.

³⁴-أسامة فتحي عبادة يوسف، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الفكر والقانون، مصر، 2014، ص 357.

³⁵-LASSERE Bruno, "La non -contestation des griefs en droit Français de la concurrence", *Revue concurrence*, n° 02, 2008, p.27.

من هنا تتجلى الضرورة الملحة لتأطير تلك الإجراءات بشكل محكم من أجل ضمان الحقوق الأساسية للأطراف وللغير المعني من جهة، والحد من خطر إنحياز جهاز المنافسة لصالح إحدى المتعاملين الاقتصاديين من جهة أخرى، بالرغم من التكريس المحتشم لتلك الإجراءات في القانون الجزائري، كوننا نعتقد أنه استكمالاً لعصرنة المنظومة القانونية والتنظيمية وجعلها أكثر مطابقة مع التشريعات الدولية المتعلقة بالمنافسة، سوف يكرس تدريجياً الاجراءين المتبقين باعتبار أنّ عملية مراجعة تلك المنظومة لا زالت مستمرة على مستوى هيئات المنافسة لمنظمة "الشرق الأوسط وشمال إفريقيا" « MENA » والتي تعتبر الجزائر طرفاً فيها.

الاختصاص القضائي في عقد احتراف لاعب كرة القدم ((دراسة مقارنة))

حيدر فليح حسن⁽¹⁾

جامعة بغداد

عباس فاضل حسين⁽²⁾

ديوان الرقابة المالية بغداد

الملخص:

لم يعد لاعب كرة القدم ينظر إلى الرياضة على أنها وسيلة للتسلية والتنمية البدنية، بل أصبح ينظر إليها بمنظورها الاقتصادي وهو الحصول على مقابل للجهد الذي يبذله، من خلال إبرام عقد مع أحد الأندية الرياضية كوسيلة لتنظيم هذا النشاط والذي يسمى بعقد الاحتراف، هذا العقد شأنه شأن باقي العقود لا يخلو من المشاكل والمنازعات التي تثار أثناء تنفيذه أو بعد انتهائه، ونظراً للطابع الرياضي لهذه المنازعات وخصوصيتها كونها تخضع إلى قواعد خاصة (لوائح الاحتراف الوطنية والدولية)، اقتضى ذلك خضوعها إلى جهات قضائية خاصة تنحصر مهمتها على تسوية المنازعات الرياضية، وتتمثل هذه الجهات باللجان القانونية التابعة للاتحادات الوطنية والدولية، ومحكمة التحكيم الرياضية الدولية، والمحاكم الرياضية، ومع وجود هذه الجهات القضائية فإنه يجب على الأطراف المتنازعة في عقد الاحتراف اللجوء لها مباشرة عند حدوث أي نزاع بينها وعدم الرجوع إلى المحاكم العادية وهو ما سنبينه في هذا البحث.

الكلمات المفتاحية:

عقد احتراف لاعب كرة القدم، عقد انتقال لاعب كرة القدم، عقد إعاره لاعب كرة القدم، اللجان التابعة للاتحادات الرياضية، محكمة التحكيم الرياضية الدولية، المحاكم الرياضية.

تاريخ إرسال المقال: 2017/06/05، تاريخ قبول المقال: 2018/04/15، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: حيدر فليح حسن، عباس فاضل حسين، "الاختصاص القضائي في عقد احتراف لاعب كرة القدم ((دراسة مقارنة))"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص 196-225.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ القانون الخاص المساعد، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

(2) مدرس مساعد، ديوان الرقابة المالية، بغداد العراق.

المؤلف المراسل: haiderflayh73@gmail.com

Jurisdiction in the contract of professional football player (comparative study)

Abstract:

Is no longer a football player looks to sport as a means of entertainment and physical development. But become see as part of The economic and is getting in return for the effort of. Through a contract with a club to organize the activity which is called a contract of professional, This contract is similar to the rest of the contracts in terms of problems and dispute that arise during the implementation or after it ends because of the nature of sports to such disputes and privacy being subject to special rules (regulations, national and international professional) required that subject to judicial bodies private mission confined settle sports disputes these entities and is affiliated unions legal committees and the court of arbitration for sport international sports court, with this judicial authorities it on the conflicting parties in the contract professionalism must have direct recourse in the event of any dispute between them.

Keywords:

Professional football player contract; Hold the football player transition; A loan contract for a football player; Committees of sports federations; International Court of Arbitration for Sports; Sports Courts.

Compétence juridictionnelle en matière de contrat de Foot-Ball professionnel ((Etude comparative))

Résumé :

Un joueur de Foot-Ball professionnel ne voit plus le sport comme un moyen de divertissement et de développement physique, mais s'intéresse plus à l'aspect économique de cette activité ; il attend l'obtention d'une contrepartie de son effort dans le cadre d'un contrat professionnel avec un club.

Ce type de contrat est similaire au reste des contrats en termes de contentieux qui surviennent lors de la mise en œuvre ou après sa fin en raison de la nature sportive des litiges qui en découlent et soumis à des règles spéciales (règlements professionnels nationaux et internationaux). De tels litiges sont soumis à des juridictions spéciales comme les commissions juridiques liées aux fédérations nationales et internationales et à la cour d'arbitrage internationale et les tribunaux sportifs. Ces instances sportives constituent ce qu'il convient d'appeler les modes alternatifs de règlement des litiges en matière sportive.

Mots clés :

Joueur de Foot-Ball, contrat professionnel, Transfert du contrat, Prêt de joueur, comités des fédérations sportives, Cour d'arbitrage.

مقدمة

لا يعدّ الاحتراف الرياضي ظاهرة حديثة، فقد عرفته الحضارات منذ القدم، حيث احترف الإنسان بعض الأنشطة الرياضية منذ أقدم العصور، فقد ظهرت المسابقات الرياضية عند اليونان وكانت مقصورة على الأغنياء وكانت الهدايا الرمزية هي عامل جذب للرياضيين للمشاركة في فيها، وقد أنشئت أول رابطة في التاريخ للاعبين المحترفين عام (40) قبل الميلاد، وأطلق عليها أسم نقابة الدفاع عن حقوق السادة، ومارست اختصاص النظر في شؤون اللاعبين المحترفين كتحديد مواعيد المباريات، وسفر اللاعبين وفرض العقوبات عليهم. وفي عام (550) قبل الميلاد أنشئ أول ملعب في مدينة (كورنيث) اليونانية بعد أن زاد الإقبال على ممارسة الاحتراف نتيجة لزيادة الجوائز التي يحصل عليها اللاعبون المحترفون في مقابل نشاطهم الرياضي، وفي عام (680) عرفت أثينا السباقات التي كانت تجري بين مركبات صغيرة تجرها الخيول وكان سائق المركبة يمارس هذه الرياضة على أنها حرفة يعتمد عليها كمصدر للرزق، وقد استمر هذا النوع من السباق وما زال موجوداً في بعض الدول الأوروبية كفرنسا، وفي هذه المرحلة ظهرت في روما مسابقات الخيل كما عرفت نظام المراهنات حيث كان يسمح نظام هذه المسابقات لمحترفي هذه الرياضة بالدخول في مراهنات، وكان الفارس الذي يشترك في السباق يحصل على أجره من قيمة المراهنات التي يدفعها المشتركون في المسابقة¹. ولم يقتصر الاحتراف عند اليونان والرومان، فقد مارس الفراعنة الرياضة وعرفوا الاحتراف وذلك من خلال تنافسهم على مراكز الحكم، ففي عام 1640 قبل الميلاد تولى أمنمحات الحكم في الأسرة (18) للفراعنة بعد ما حصل على لقب سيد الرياضيين².

وفي عام 1896، مع بدء الألعاب الاولمبية الحديثة بالظهور تم فتح الباب للهواة للاشتراك في المسابقات الرياضية بعد أن رفض رئيس اللجنة الاولمبية الدولية دي كوبرتان اشتراك اللاعبين المحترفين في الدورة الأولمبية ومنع الحصول على أية أرباح مادية، واستمر هذا المبدأ وبقي المال محرماً بل وعوقب كبار اللاعبين نتيجة تجاهلهم مبدأ الهواية الذي حدده ميثاق اللجنة الاولمبية الدولية الصادر عام 1925، وشكل انتخاب الايرلندي لورد كيلانين رئيساً للجنة الأولمبية الدولية عام 1972 منعطفاً تاريخياً، حيث أقر مبدأ المكافآت المالية للاعبين³، وإزاء هذه التطورات انتشر الاحتراف الرياضي ولاسيما في كرة القدم واهتمت أغلب

¹ انظر:

Robert Crego، sport and Games of 18Th and 19 centuries Greenwood publishing، 2003، p. 34، p35.

² أنظر د. كمال درويش و د. السعدني خليل، الاحتراف في كرة القدم، ط1، القاهرة، مركز الكتاب للنشر، 2006، ص31.

³ انظر:

Brandon smith، sport the history and evolution.

متاح على الموقع الالكتروني :

<http://www.Thepeoplehistory.com/sports.html>.

الدول بتنظيمه من خلال تشريع قوانين وإصدار لوائح تنظم عقد الاحتراف كما في فرنسا وإيطاليا والسعودية ومصر والكويت، كما ذهبت بعض الدول إلى أبعد من ذلك حيث أنشأت قضاءً رياضياً متخصصاً بفض المنازعات الرياضية، كما هو الحال في مصر والجزائر والعراق، ونظراً لحدثة تشكيل المحكمة الرياضية في العراق بوصفها الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد احتراف لاعب كرة القدم، ولندرة الأبحاث القانونية في هذا المجال، ارتأينا البحث في موضوع (الاختصاص القضائي في عقد احتراف لاعب كرة القدم) في العراق على نحو مقارنة بالقانونين الفرنسي والسعودي وفي ضوء لوائح الاتحاد الدولي لكرة القدم، وذلك في مبحثين أفردنا المبحث الأول منهما لماهية عقد الاحتراف لاعب كرة القدم وخصصنا المبحث الثاني للاختصاص القضائي في عقد الاحتراف لاعب كرة القدم، ثم ختمنا بحثنا ببعض النتائج والتوصيات التي نأمل من المشرع العراقي الأخذ بها .

المبحث الأول: ماهية عقد احتراف لاعب كرة القدم

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الأول منها، لتعريف عقد الاحتراف، ونخصص المطلب الثاني، لخصائص عقد الاحتراف، ثم نتناول في المطلب الثالث تمييز عقد الاحتراف عما يشته به من عقود رياضية.

المطلب الأول: تعريف عقد احتراف لاعب كرة القدم

الإحتراف لغةً: الاكتساب أياً كان، والمحترف هو الصانع، واحتراف الرجل إذا كد على عياله، والحرفة هي الصنعة وجه الكسب وهي إسم من الاحتراف وهو الاكتساب، يقال هو يحترف لعياله ويحترف بمعنى يكسب من هنا وهناك⁴.

ويقصد بالاحتراف اصطلاحاً: توجيه النشاط بصفة معتادة ودائمة للقيام بعمل معين لتحقيق غرض معين⁵. ولكي يتحقق مفهوم الاحتراف في كرة القدم، فإنه لا بد من ممارسة اللاعب للأعمال المتعلقة بالرياضة بقصد تحقيق عائد مالي، وإلا عدّ اللاعب هاوياً للرياضة وليس محترفاً لها⁶، وهذا ما أكدته المادة الثانية من لائحة أوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الدولية الصادرة عام 2007، والتي جاء فيها (اللاعب الهاوي هو اللاعب

⁴ انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج2، القاهرة، دار الحديث، 2003، ص402 وما بعدها.

⁵ انظر: موفق حماد عبد، التزام البائع المحترف بضمان السلامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2006، ص21.

⁶ انظر د. محمد سليمان الأحمد، الوجيز في العقود الرياضية، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص19.

الذي يمارس الرياضة كنشاط غير رسمي ولا يحصل منه على أي مكسب مادي)، ويشترط في الاحتراف الرياضي بكرة القدم وجود عقد، وهنا تكمن خصوصية الاحتراف الرياضي، فاللاعب لا يعدّ محترفاً إلا بإبرامه عقداً مع النادي⁷، ويعرف جانب من الفقه⁸، الاحتراف من الناحية القانونية بأنه "ارتباط تعاقدى بين اللاعب وناديه وهو إطار شامل للعلاقات الرياضية والاجتماعية التي تنظم اللاعبين في طرف والأندية في الطرف الآخر". وعرفه جانب من الفقه الفرنسي⁹ بأنه "عقد بموجبه يتعهد اللاعب بأن يقدم للنادي المتعاقد معه كل قدراته وإمكاناته البدنية من خلال مشاركته في المباريات والمسابقات، مقابل أجر معين".

يتبين لنا أنّ التعريف الأخير أفضل من سابقه، ويكاد يكون أقرب إلى مفهوم عقد احتراف لاعب كرة القدم حيث نجده قد أشار إلى الالتزام الرئيسي الواقع على عاتق اللاعب المحترف وكذلك التزام النادي، وإن كان قد أغفل ذكر عنصر المدة في العقد، إلا أننا نميل إلى ترجيح هذا التعريف كونه أكثر شمولاً من التعريف السابق. وبالرجوع إلى موقف التشريعات¹⁰، واللوائح في هذا الشأن، نجد أنّ المادة (11) من لائحة أوضاع اللاعبين الفرنسية الصادرة عام 2014، قد عرفت عقد احتراف لاعب كرة القدم بأنه "العقد الذي يمارس به اللاعب النشاط المهني للمشاركة في المسابقات لمصلحة النادي المتعاقد معه لمدة محددة مقابل أجر معين"¹¹، وفي السعودية، لم ينص المشرع على تعريف عقد الاحتراف في لوائح الاحتراف، وكذلك الحال في العراق وبذلك فإننا نقترح على المشرع العراقي النص على تعريف عقد الاحتراف عند إصداره للائحة تنظم هذا العقد.

⁷ انظر: د. فائق حسين أبو حليلة، الحديث في الإدارة الرياضية، ط1، عمان، بدون مكان نشر، 2004، ص341.

⁸ انظر: د. أمين ساعاتي، موسوعة تاريخ الحركة الرياضية في المحكمة العربية السعودية، المجلد الأول، الكتاب الأول، ط3، الرياض، مدينة الطيبات العالمية للعلوم والمعرفة، 2000، ص97.

⁹ انظر:

Mandinfrancois، la chart du football professionnel، la nature de La relation contractuelle. Joueur – club، 1999، p. 2.

¹⁰ ومن ذلك ما نصّت عليه المادة (1) من قانون تنظيم الاحتراف بالمجال الرياضي الكويتي رقم 49 لسنة 2005، وجاء فيها (عقد احتراف لاعب كرة القدم: عقد محدد المدة يتعهد بمقتضاه اللاعب بأن يقدم للنادي المتعاقد معه كل وقته وقدراته البدنية لقاء أجر معين متفق عليه).

كما عرفته المادة (1) من لائحة شؤون اللاعبين المصرية الصادرة عام 2013، بأنه (العقد المحدد المدة والقيمة بين النادي واللاعب والموثق من الاتحاد).

¹¹ انظر:

(La ctiviteprofessionnelle de joueur de football constitue un employ i lest d'u sage de participer aux competitions pour le benfic de club specifique pour un salairespecifique). Le statue du joueur federal 2014.

المطلب الثاني: خصائص عقد احتراف لاعب كرة القدم

يتميز عقد احتراف لاعب كرة القدم بعدة خصائص، منها أنه عقد مسمى، ورضائي ومن عقود المدة وقائم على الاعتبار الشخصي، وعقد تبادلي وهو ما سنوضحه في الفروع الآتية:

الفروع الأولى: عقد مسمى

يعتبر عقد احتراف لاعب كرة القدم من العقود المسماة¹²، وذلك في الدول التي أطلقت عليه هذه التسمية وتولت تنظيمه تنظيمًا قانونياً خاصاً¹³، فهو يخضع في تكوينه وأثاره لذلك التنظيم القانوني الخاص. أما الدول التي لم تسمه ولم تنظمه فهو عقد غير مسمى كما هو الحال في العراق. ففي فرنسا تناول المشرع الفرنسي تنظيم هذا العقد في لائحة خاصة صدرت عام (1972-1973)، وأنشأت بناء على صدور هذه اللائحة أندية واتحادات رياضية خاصة باللعبين المحترفين¹⁴، ثم صدر بعد ذلك (ميثاق احتراف لاعب كرة القدم)¹⁵، عام (1993-1994) وقد ورد التنظيم القانوني الخاص بلعبة كرة القدم المحترف في الفصل الرابع من الباب الثالث من هذا الميثاق، ويعدّ النظام القانوني الخاص باللعب المحترف في هذا الميثاق بمثابة اللائحة التي تنظم العلاقة بين اللاعب المحترف وناديه وكذلك علاقته بالاتحاد الرياضي لكرة القدم¹⁶، وفي السعودية نظم المشرع السعودي أحكام عقد الاحتراف بلائحتين، اللائحة الأولى هي لائحة احتراف لاعب كرة القدم السعودي الصادرة

¹² العقد المسمى: هو ما خصّه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشبوعه بين الناس في تعاملهم. للمزيد من التفصيل. راجع د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص130. أما العقد غير المسمى: فهو العقد الذي لم يطلق عليه المشرع اسماً خاصاً يعرف به ولم يتولى تنظيمه بأحكام خاصة به، حتى ولو كان له اسم دارج بين الناس، كعقد النشر وعقد الإقامة في الفندق وغيرها من العقود التي يستطيع المتعاقدان إبرامها وفق الأحكام العامة لنظرية العقد، انظر أستاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع والإيجار)، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص19.

¹³ ومن هذه الدول مصر وكانت آخر لائحة صدرت لتنظيم هذا العقد هي لائحة شؤون اللاعبين المصرية لعام 2013 وكذلك تونس بموجب لائحة اللاعبين المحترفين في كرة القدم لعام 2004، وكذلك قطر بموجب لائحة اوضاع اللاعبين وانتقالاتهم لعام 2013، وغيرها من الدول التي نظمت هذا العقد.

¹⁴ انظر:

Le statut du football professionnel de (1973-1972)

وكان آخر تعديل طرأ على هذه اللائحة عام 2014، أصدر المشرع الفرنسي لائحة أوضاع اللاعبين الفرنسية.

¹⁵ انظر:

La chart du football professionnel season (1994-1993)

وكان هذا آخر تعديل طرأ على هذا الميثاق عام 2013.

¹⁶ انظر:

Michel L. zard، les relations de travail des sportifsprofessionnel These Aix – mavseille، 1979 – p.9.

عام 1992 وقد تضمنت (23) مادة قانونية، واللائحة الثانية هي لائحة احتراف لاعب كرة القدم غير السعودي والصادرة في نفس التاريخ أعلاه¹⁷. وقد احتوت على (21) مادة قانونية كما رافق إصدار هذه اللوائح بعض الملحقات الضرورية لأعمال نظام الاحتراف ومن هذه الملحقات نموذج عقد لاعب كرة قدم محترف، ونموذج وثيقة تسجيل لاعب متعاقد ونموذج نقل لاعب متعاقد مع نادي إلى آخر¹⁸، فضلاً عن اللائحة النموذجية للمخالفات والعقوبات لصادرة عام 2014.

أما التنظيم القانوني لهذا العقد في العراق، فلم نلمس اهتماماً من المشرع العراقي به، وخير دليل على ذلك أنه لم يخصصه بتنظيم قانوني مثلما فعل المشرع الفرنسي والسعودي وغيرها من الدول التي نظمت أحكام عقد الاحتراف، وإن كان المشرع العراقي قد أصدر لائحة للمسابقات للموسم 2012، إلا أنها لم تنظم عقد الاحتراف بصورة متكاملة وإنما وردت الإشارة لهذا العقد في بعض نصوصها، ومن هنا نقترح على المشرع العراقي إصدار لائحة أو تشريع قانون ينظم هذا العقد في العراق كما فعلت بقية الدول التي نظمت هذا العقد.

الفرع الثاني: عقد رضائي

إذ يكفي لانعقاده مجرد التراضي، أي توافق إرادة اللاعب المحترف وإرادة النادي، والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر عن ذي أهلية، فالنادي الرياضي متى كان من الأندية المرخصة رسمياً والمسجلة لدى الاتحاد الرياضي يعد أهلاً للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون أو بقرار صادر عن الاتحاد الرياضي المعني¹⁹، وبالنسبة للاعب فهو يعد أهلاً للتعاقد متى كان بالغاً السن القانونية التي تحددها لوائح الاحتراف، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون، ويفقد اللاعب أهليته فلا يكون أهلاً للتعاقد متى كان فاقداً للتمييز لجنون أو عته أو سفاهة أو غفلة²⁰، وتحدد لوائح الاحتراف غالباً السن القانونية اللازمة لإبرام عقد الاحتراف، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (253) من ميثاق احتراف لاعب كرة القدم الفرنسي

¹⁷ وكان آخر تعديل عندما أصدر لائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين وانتقالاتهم عام 2013، وشملت اللاعب السعودي وغير السعودي.

¹⁸ انظر د. أمين ساعاتي، المصدر السابق، ص 98.

¹⁹ انظر: د. عبد الحميد عثمان ألعفني، عقد احتراف لاعب كرة القدم، ط1، المنصورة، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، 2007، ص 107، نصت الفقرة (3) من المادة (3) من قانون الاتحادات الرياضية العراقية رقم (16) لسنة 1986، على أنه (لا يعتبر النادي أو المؤسسة عضواً في الاتحاد إلا بعد موافقة الاتحاد على طلب الانتماء)، أيضاً في نفس المعنى المادة (2) من قانون الأندية الرياضية العراقية رقم 18 لسنة 1986.

²⁰ انظر المواد (108، 109، 110، 107) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

عام 2013، وجاء فيها الآتي: "يجب أن يتمّ التوقيع على العقد من قبل اللاعب إذا كان بالغاً وعن طريق ممثله القانوني إذا كان قاصراً"²¹.

في السعودية، نصّت الفقرة (1) من المادة (4) من لائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الصادرة عام 2013، على "أن يكون اللاعب قد أكمل (18) سنة ميلادية عند توقيع العقد، ويجوز توقيع عقد احترافي مع من هو أقل، بموافقة ولي أمره". وبالرجوع إلى موقف المشرع العراقي نجد أنّ الفقرة (6) من المادة (17) من لائحة المسابقات الصادرة عن الاتحاد العراقي لكرة القدم للموسم 2012 قد نصّت على أنّه "لا يجوز للاعب القاصر الذي يبلغ من العمر 16 سنة أن يوقع عقداً مع أي نادي إلا بحضور ولي أمر اللاعب". وتضيف الفقرة (7) من نفس المادة أعلاه: "اللاعب الذي يبلغ من العمر (18) سنة يحقّ له توقيع العقد مع أي نادي". نستنتج من هذا النص أنّ المشرع العراقي اتفق مع المشرع السعودي في إجازة إبرام عقد الاحتراف من قبل القاصر، كما أنّه خرج عن أحكام القواعد العامة في القانون المدني عندما حدّد أهلية اللاعب ببلوغه 18 سنة، في حين أنّ سن الرشد وفقاً لنص المادة (106) من القانون المدني العراقي هي تمام (18) سنة كاملة. وبذلك يستطيع اللاعب المحترف توقيع عقد الاحتراف متى دخل في الشهر الأول من بلوغه (18) سنة، ونعتقد أنّ سبب خروج المشرع العراقي عن أحكام القواعد العامة هو للاستفادة من قدرات اللاعب في هذا السن، حيث أنّ المؤهلات البدنية والفنية التي يمتلكها اللاعب المحترف تتخفّف بسرعة مع تقدم العمر.

الفرع الثالث: من عقود المدة

يعدّ عقد الاحتراف من عقود المدة، كون الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق اللاعب المحترف يتمثل في ممارسة لعبة كرة القدم والذي يعتمد بالدرجة الأساس على قدراته وإمكانياته البدنية، فاللاعب المحترف باشتراكه في التدريبات والمسابقات إنّما يستعمل كل جهده وقدراته العضلية، وهذه القدرات بطبيعتها تكون محدّدة من حيث المدة²²، فالطبيعة المؤقتة للقدرات البدنية للاعب تُعدّ السبب الرئيسي في اعتبار عقود احتراف كرة القدم عقوداً محدّدة المدة²³، ويتمّ تحديد مدة هذا العقد في الغالب بالموسم الرياضي²⁴، فقد تكون مدة العقد موسماً واحداً أو موسمين أو أكثر حسب ما تتضمنه لوائح الاحتراف التي يخضع لها العقد.

²¹ انظر

(Le contrat doit être conclu par le joueur ou le joueur mineur mais également par son représentant legal s'il est mineur non-émancipé) charte du football professionnel 2013.

²² انظر د. ناجح محمد ذيابات و د. نايف ماضي الجبوري، كرة القدم (مهارات، تدريب، إصابات)، ط1، عمان، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، 2013، ص80.

²³ انظر د. جليل الساعدي، عقد احتراف لاعب كرة القدم في القانون العراقي مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد 15، العدد (1)، 2013، ص45.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الفرنسي، نجد المادة (260) من ميثاق احتراف لاعب كرة القدم الصادر عام 2013 تنصّ على أنه "تكون عقود اللاعبين المحترفين لمدة لا تقل من تاريخ دخولها حيز التنفيذ حتى نهاية الموسم، ويكون الحد الأقصى لمدة خمسة مواسم"²⁵.

وفي السعودية، نصّت الفقرة (5) من المادة (15) من لائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الصادرة عام 2013، على أنه "تتحدد أقلّ مدة للعقد بدءاً من تاريخه الفعلي وحتى نهاية الموسم الرياضي، وتكون أقصى مدة للعقد هي خمس سنوات".

أمّا موقف المشرع العراقي، فنجد في لائحة المسابقات الصادرة عن الاتحاد العراقي لكرة القدم للموسم 2012، حيث يفرّق بين اللاعب كامل الأهلية وناقصها في تحديده لمدة العقد فبموجب الفقرة (6) من المادة (17) من هذه اللائحة "تكون مدة عقد اللاعب القاصر لا تزيد عن ثلاثة مواسم"، وتضيف الفقرة (7) من نفس المادة أعلاه "تكون مدة عقد اللاعب الذي يبلغ من العمر 18 سنة لخمسة مواسم كحد أقصى".

وقد أكّد القضاء من جانبه على أنّ عقد الاحتراف هو عقد محدّد المدة، وهذا ما نجده في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام 1981، والذي جاء فيه "أنّ عقد احتراف لاعب كرة القدم من العقود المحدّدة المدة على الرغم من أنّ مدّته تحدّدت بعدد من المواسم الرياضية"²⁶. كما جاء في القرار الصادر عن الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية عام 1989، بأنّ "العقد الذي اتفق على سريانه لمدة موسمين رياضيين وانقضى قبل انتهاء المدة المتفق عليها يعتبر رغم ذلك عقداً محدداً المدة"²⁷.

²⁴ حيث نصت الفقرة (8) من المادة (12) من لائحة المسابقات الصادرة عن الاتحاد العراقي لكرة القدم للموسم 2012، على انه (تكون مدة العقد محددة بمواسم).

²⁵ انظر:

(Les lescontrats de joueurssontetablis pour uneduree minimal allant de la date de son entrée en rigueur jusquala fin de la saisonsoit au maximum pour uneduree de cinqsaisons). Chart du football professionnel 2013.

²⁶ انظر:

Cass – soc. janv. 1991. Bul. 50. p. 366.

مشار إليه عند د. عبد الحميد عثمان الحفني، المصدر السابق، ص 79.

²⁷ انظر:

Cass – soc – 31 mai – 1989. D. som. 1989. p. 407. Not

مشار إليه في المصدر السابق، ص 79.

الفرع الرابع: عقد تبادلي قائم على الاعتبار الشخصي

فهو من العقود الملزمة للجانبين حيث ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقيه، بحيث يكون كل من النادي واللاعب المحترف دائناً ومديناً للأخر في الوقت نفسه²⁸، فالحقوق التي تترتب عنه لأحد طرفيه هي في ذات الوقت التزامات على الطرف الآخر، وأهم الالتزامات التي يفرضها هذا العقد على عاتق اللاعب تتمثل في التزامه بأداء العمل المتفق عليه، أي المشاركة في المباريات والتدريبات التي يتم إخطاره بها من قبل النادي المتعاقد معه، والذي يتطلب من اللاعب القيام بالعمل المكلف به بنفسه فلا ينيب عنه غيره في أدائه، فضلاً عن وجود التزامات ثانوية أخرى²⁹. أما بالنسبة للنادي فأهم الالتزامات التي يفرضها العقد عليه تتمثل بالتزامه بدفع الأجر للاعب المحترف والذي يشكل الالتزام الرئيسي للنادي، فضلاً عن وجود التزامات ثانوية أخرى³⁰. كما يعد عقد الاحتراف من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي³¹، فشخصية كل من اللاعب المحترف والنادي تكون محل اعتبار عند التعاقد الآخر، فالنادي الرياضي يعول كثيراً على شخصية اللاعب، فنجده يبحث عن أشهر اللاعبين وأكثرهم كفاءة، فلا يتعاقد مع اللاعب المحترف إلا بناء على اعتبارات شخصية في هذا اللاعب ومن ذلك تمتع اللاعب بالمهارات والقدرات الرياضية الخاصة والتي يتفوق بها عن سواه، فهذا العقد ليس عقداً مالياً محضاً، بل أنه يرتبط من حيث أداء العمل بشخص اللاعب المحترف فلولاً تلك الصفات التي يتميز بها اللاعب المحترف لما أبرم النادي معه عقد الاحتراف³².

²⁸ للمزيد عن العقود الملزمة للجانبين راجع د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط1، دار النهضة العربية، 2003، ص41.

²⁹ وتتمثل التزامات اللاعب المحترف الثانوية: بالتزامه بالسرية والتزامه بعدم الارتباط بأي عمل آخر والتزامه بمتابعة تحصيله العلمي والتزامه بالحفاظ على الصحة فضلاً عن التزامه بالامتناع عن تعاطي المنشطات الرياضية، انظر د. عيسى الهادي و د. كمال رعاش، الاحتراف الرياضي في كرة القدم، ط1، القاهرة، دار الكتاب الحديث، 2012، ص33. وما بعدها.

³⁰ وتتمثل التزامات النادي الثانوية: بالتزامه بتسجيل اللاعب كأحد اللاعبين المحترفين والتزامه بالسماح للاعب بالمشاركة في منتخب بلده والتزامه بضمان سلامة اللاعب والتأمين عليه فضلاً عن التزامه بتمكين اللاعب من تنفيذ موضوع العقد. انظر د. محمد سليمان الأحمد، المصدر السابق، ص176.

³¹ يقصد بالاعتبار الشخصي في التعاقد إن شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته كانت عنصراً جوهرياً في التعاقد أو هي الباعث الدافع للتعاقد، ومن الصفات الشخصية المعترفة في العقد، السمعة، المهنة، الديانة، الكفاءة، الشهادة العلمية، الأخلاق، للمزيد حول الاعتبار الشخصي في العقد راجع د. جليل أساعدي، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة العلوم القانونية، العدد (2،1)، المجلد 13، 1998، ص151 وما بعدها.

³² انظر د. مفتي إبراهيم، المرجع الشامل في كرة القدم، ط1، القاهرة، دار الكتاب الحديث، 2011، ص31.

المطلب الثالث: تميز عقد احتراف للاعب كرة القدم عما يشته به من عقود رياضية

يمتاز عقد احتراف لاعب كرة القدم عن غيره من العقود الرياضية التي قد يشتهبها في بعض النقاط، كعقد انتقال اللاعب المحترف، وعقد إعارته، وهو ما سنبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تمييز عقد الاحتراف عن عقد انتقال اللاعب المحترف

يعدّ عقد الانتقال وثيق الصلة بعقد الاحتراف الرياضي الذي أخذت تمارسه معظم الأندية الرياضية واللاعبين، وقد عرف البعض من الفقه³³ عقد الانتقال بأنه "عقد يتفق بموجبه ناديان على نقل لاعب محترف من النادي الأول إلى الثاني بموافقة اللاعب، وذلك بعد انقضاء عقد احتراف اللاعب مع ناديه الأصلي وبمقابل يتم الاتفاق عليه بين الناديين، يلتزم النادي الجديد بدفعه للنادي الأصلي واللاعب"، كما وعرفه جانب من الفقه الفرنسي³⁴ بأنه "عملية قانونية تتصل بثلاثة أشخاص مقيّدة بقيود لائحية بمقتضاها ينتقل اللاعب المحترف من ناديه الأصلي للعب في نادي آخر وتحت إشرافه ورقابته وذلك لقاء مبلغ معين يدفعه النادي الجديد للنادي الأصلي". نستنتج من هذين التعريفين أنّ إبرام عقد الانتقال بين ناديين يستلزم موافقة اللاعب، كما أنّ عقد الانتقال لا ينشأ إلا بعد انتهاء عقد الاحتراف مع النادي الأصلي وهذا ما تؤكدته الفقرة (3) من المادة (18) من لائحة أوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الدولية الصادرة عن الاتحاد الدولي لكرة القدم عام 2007، حيث نصّت على أنّه "يكون اللاعب المحترف حرّاً في أن يتعاقد مع نادي آخر إذا كان عقده مع النادي الحالي قد انتهى أو سينتهي خلال ستة أشهر ويترتب على الإخلال بذلك خضوع اللاعب للعقوبات"³⁵.

ويتضح أيضاً أنّ عقد الانتقال يترتب عليه إبرام عقد احتراف بين اللاعب والنادي الجديد وذلك لأنّ انتقال اللاعب إلى النادي الجديد الغرض منه مشاركة اللاعب في المباريات الرسمية والاستفادة من مهارته، وبما أنّ اللاعب المنتقل هو لاعب محترف فمشاركته في المباريات تتطلب إبرام عقد احتراف مع النادي الجديد.

³³ ومنهم د. محمد سليمان الأحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، ط1، عمان، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص49. أيضاً د. كمال درويش و د. السعدني خليل، المصدر السابق، ص95.
³⁴ انظر:

Michel L. zard. Op. cit، p.106.

³⁵ وفي نفس المعنى نصت الفقرة (1) من المادة (8) من لائحة شؤون اللاعبين المصرية الصادرة عام 2013 على أن (اللاعب المحترف يكون حرّاً في التعاقد مع أي نادي في الحالات الآتية:
أ- إذا انتهت مدة تعاقدته مع ناديه.
ب- إذا تم إنهاء عقده باتفاق الطرفين.
ج- إذا تم إنهاء عقده بقرار من لجنة شؤون اللاعبين).

وبالرجوع إلى موقف لوائح احتراف كرة القدم سواء في فرنسا والسعودية والعراق لم نجد أي تعريف لعقد الانتقال وإنما أجازت هذه اللوائح انتقال اللاعبين المحترفين ونظمت إجراءاته، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (6) من لائحة أوضاع اللاعبين الفرنسية الصادرة عام 2014، والتي جاء فيها "يتم انتقال اللاعبين في نهاية موسم عقودهم وفقاً للشروط المنصوص عليها في ميثاق كرة القدم للمحترفين، ويتم إرسال ملف اللاعب للجنة القانونية في الاتحاد الفرنسي لكرة القدم لأغراض التسجيل والموافقة على نقل اللاعب واستلام الترخيص"³⁶. (23) من لائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الصادرة عام 2013، عقد الانتقال حيث نصت على أنه "يجوز انتقال اللاعب باتفاق اللاعب والنادي المتعاقد معه والنادي الذي يرغب في الانتقال إليه، على أن يوقع الأطراف الثلاثة على اتفاقية الانتقال مع ترويض لجنة الاحتراف بصورة من الخطابات المتبادلة بين الناديين، وأن يتم سداد قيمة الانتقال للنادي السابق، 3- يحق للاعب أو لوكيله التفاوض أو التعاقد مع نادي آخر إذا كان عقده انتهى أو سينتهي خلال ستة أشهر من عقده الحالي".

أما موقف المشرع العراقي، فقد أجاز انتقال اللاعبين عندما نصّ في الفقرة (6) من المادة (13) من لائحة المسابقات الصادرة للموسم 2012، على أنه "يجوز انتقال أي لاعب من نادي إلى آخر في فترة الانتقال وباستغناء رسمي من النادي وفي حالة المخالفة يعاقب اللاعب بالإيقاف لمدة لا تقل عن سنة وغرامة مالية مقدارها (1000،000) مليون دينار عراقي".

يتضح من هذا النص أن من شروط انتقال اللاعب في العراق هو أن يكون ضمن فترة الانتقال والتي لم تحدها هذه اللائحة، ونعتقد أن فترة الانتقال التي يقصدها النص هي فترة انتهاء عقد احتراف اللاعب مع ناديه الأصلي، طالما لم تحدد اللائحة فترة زمنية للانتقال، وانسجاماً مع ما حددته لائحة الاتحاد الدولي لكرة القدم فضلاً عن اللوائح الوطنية للدول المقارنة حيث اشترطت أن يكون الانتقال بعد انتهاء عقد الاحتراف أو قبل انتهائه بستة أشهر كما يشترط حصول اللاعب على استغناء رسمي أي حصوله على شهادة انتقال دولية³⁷، والتي يتطلب إصدارها بعض الإجراءات الشكلية، والتي تتمثل بقيام الاتحاد الجديد للاعب المحترف بمخاطبة الاتحاد السابق يطلب منه إصدار شهادة انتقال دولية للاعب المعني، وبعد ذلك يقوم الاتحاد السابق بمخاطبة النادي السابق للاعب وكذلك اللاعب المحترف للتأكد من انتهاء عقد الاحتراف من عدمه مع ذكر سبب

³⁶ انظر:

(les joueurs sont mutés temporairement une saison par des club des championnats; dans les conditions enoncessc aux la charte du football professionnel, les dessiers de mutation sont addresses ala commission juridique de la (LFP) l'enregistrement et homlogation de la mutation temporaire sont des conditions al qualification du joueur et a la remise de la licence par) le statut du joueur federal 2014 .

³⁷ نصت المادة (9) من لائحة أوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الدولية الصادرة عام 2007 بأنه (تصدر شهادة الانتقال الدولية من الاتحاد السابق الذي كان ينتمي له اللاعب وتتضمن إقراراً بأن حامل الشهادة له حرية اللعب داخل اتحاد وطني محدد، وتودع نسخة منها لدى الاتحاد الدولي لكرة القدم).

الانتهاء، ويجب على الاتحاد السابق وخلال سبعة أيام من استلامه طلب إصدار شهادة الانتقال أن يقوم إما بإصدار الشهادة الدولية لنقل اللاعب للاتحاد الجديد أو إخبار الإتحاد الجديد بأنه لا يمكن إصدار الشهادة الدولية مع بيان سبب ذلك³⁸.

نخلص مما تقدم أن عقد الانتقال يختلف عن عقد الاحتراف في الأمور الآتية:

- 1- إنّ أطراف عقد الانتقال هم اللاعب المحترف والنادي الجديد والنادي القديم، في حين أن أطراف عقد الاحتراف هما اللاعب المحترف والنادي الرياضي فقط.
- 2- موضوع عقد الانتقال هو نقل لاعب محترف من ناديه القديم إلى نادي جديد، في حين أن موضوع عقد الاحتراف هو أداء اللاعب للنشاط الرياضي (ممارسة لعبة كرة القدم).
- 3- يُذكر في عقد الانتقال تعويض يسمى (مقابل الانتقال)، بينما لا وجود لهذا المقابل في عقد الاحتراف.
- 4- يُعد عقد الانتقال من العقود الفورية التنفيذ، بينما عقد الاحتراف عقد مستمر التنفيذ.
- 5- لا يمكن إبرام عقد الانتقال إلا بعد انتهاء عقد الاحتراف، في حين يستطيع اللاعب إبرام عقد الاحتراف في أي وقت متى توفرت فيه شروط الاحتراف.
- 6- يُعد عقد الانتقال عقداً شكلياً إذ يتطلب إبرام العقد حصول اللاعب على شهادة انتقال دولية أما عقد الاحتراف فهو عقد رضائي.

الفرع الثاني: تمييز عقد الاحتراف عن عقد إعاره اللاعب المحترف

لقد ذهب رأي في الفقه إلى تعريف عقد إعاره اللاعب المحترف بأنه "عقد يسلم به النادي الرياضي لاعباً بموافقة إلى نادي آخر للاستفادة منه، وبمقابل يتفق عليه أطراف العقد ولمدة محدّدة والتي بانقضائها يعود اللاعب مباشرة إلى ناديه الأصلي"³⁹.

وتجيز أغلب لوائح الاحتراف إعاره اللاعبين المحترفين من نادي إلى آخر، ومن ذلك ما نصّت عليه المادة (1) من لائحة أوضاع اللاعبين الفرنسية الصادرة عام 2014، "يُسمح للأندية إعاره لاعبيها بموجب عقد محدّد المدة إلى أندية أخرى وفقاً لأحكام اللوائح العامة"⁴⁰، كما نصّت الفقرة (1) من المادة (11) من لائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين وانتقالاتهم السعودية الصادرة عام 2013، على أنه "يجوز للأندية إعاره لاعبيها

³⁸ للمزيد حول هذه الإجراءات راجع الملحق رقم (3) من لائحة أوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الدولية أعلاه.

³⁹ انظر د. محمد سليمان الأحمد، المصدر السابق، ص 74 وما بعدها.

⁴⁰ انظر:

(La divison utiliser des joueurs sous contrat federal dans lequipe premiere du club pretespeuvent selon les reglementgeneraux). Le statut du joueur federal 2014.

المحترفين باتفاقية إعاره تحدد مدتها والالتزامات المالية، ويوقع عليها الأطراف الثلاثة الناديين واللاعب⁴¹. وفي العراق نصت الفقرة (14) من المادة (13) من لائحة المسابقات الصادرة للموسم 2012 على أنه "يجوز إعاره اللاعبين بين الأندية في كافة مسابقات الاتحاد لعقد لا يقل عن ثلاثة أشهر".

يستفاد من هذه النصوص أنّ أطراف عقد الإعاره هم: النادي المعير والنادي المستعير واللاعب المحترف، كما أنّ هذا العقد لا يتمّ إلا بموافقة اللاعب موضوع العقد، حيث يقوم النادي بتسليم اللاعب بموجب عقد موقّع من الأطراف الثلاثة لمدة معيّنة ولا يحقّ للنادي المستعير أن ينقل اللاعب إلى نادي ثالث دون الحصول على موافقة النادي المعير واللاعب المعني بالأمر.

والجدير بالذكر أنّ عقد إعاره اللاعب يتطلّب شكلية معينة يجب مراعاتها وهو ما أكدته المادة (4) من ملحق لائحة أوضاع اللاعبين الدولية رقم (4) الصادرة عام 2007، حيث نصّت على أنّ "1-تطبق قواعد انتقال اللاعب على إعاره اللاعب المحترف من نادي تابع لاتحاد معين لنادي تابع لاتحاد آخر 2-يجب أن يتضمن عقد الإعاره شهادة انتقال دولية للاعب المعار"، حيث تطبق نفس الإجراءات الشكلية في عقد الانتقال على عقد الإعاره.

يتبيّن لنا ممّا تقدم أنّ الاختلاف بين عقد إعاره اللاعب وعقد الاحتراف يكمن في النقاط الآتية:

- 1- إن أطراف عقد الإعاره هم اللاعب المحترف والنادي المعير والنادي المستعير. في حين أنّ أطراف عقد الاحتراف هما اللاعب المحترف والنادي الرياضي فقط.
- 2- يُعدّ عقد إعاره اللاعب عقداً شكلياً، فنّمة شكلية معينة يجب مراعاتها ومن ذلك ضرورة حصول اللاعب على شهادة انتقال دولية⁴²، من النادي المعير ترفق مع العقد بينما عقد الاحتراف عقد رضائي.
- 3- يترتب على انتهاء عقد إعاره اللاعب عودته فور انتهاء عقده إلى ناديه الأصلي (النادي المعير)، في حين يترتب على انتهاء عقد الاحتراف انتقال اللاعب إلى نادي آخر ما لم يجدّد عقد احترافه.

⁴¹ أيضاً ما نصّت عليه الفقرة (4-أ) من المادة (8) من لائحة شؤون اللاعبين المصرية لعام 2013، وجاء فيها (تكون إعاره اللاعب بموجب نموذج عقد إعاره والصادر من الاتحاد، ويوقع عليه الأطراف الثلاثة (اللاعب - النادي الجديد - النادي القديم)).
⁴² نصّت المادة (9) من لائحة أوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الدولية الصادرة عام 2007 على ان (تصدر شهادة الانتقال الدولية من آخر نادي لعب فيه اللاعب وتتضمن إقراراً على إن حامل الشهادة له حرية اللعب ضمن اتحاد وطني محدد، وتودع نسخة منها لدى الاتحاد الدولي لكرة القدم).

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي في عقد احتراف لاعب كرة القدم

تخضع المنازعات الناشئة عن عقد الاحتراف إلى جهات قضائية خاصة تختص فقط بتسوية المنازعات الرياضية دون سواها، وتمثل هذه الجهات باللجان التابعة للاتحادات الرياضية ومحكمة التحكيم الرياضية والمحاكم الرياضية، لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نورد الأول منها للجانب التابعة للاتحادات الرياضية، ونخصص الثاني لمحكمة التحكيم الرياضية، ونبحث في المطلب الثالث المحاكم الرياضية.

المطلب الأول: اللجان التابعة للاتحادات الرياضية

تنشئ الاتحادات الرياضية الوطنية والدولية على حد سواء لجان متخصصة تحدد تشكيلها واختصاصها بموجب لوائح تصدرها هذه الاتحادات (لوائح احتراف كرة القدم)، وتختص هذه اللجان بالنظر في المنازعات الرياضية بصورة عامة والناشئة عن عقود اللاعبين بصورة خاصة ففي فرنسا⁴³، أنعد الاختصاص بالنظر في المنازعات الناشئة عن عقد الاحتراف إلى اللجنة القانونية التابعة للاتحاد الفرنسي لكرة القدم، حيث نصت المادة (271) من ميثاق احتراف لاعب كرة القدم الفرنسي لعام 2013، والتي جاءت تحت عنوان (التقاضي) على أنه "جميع المنازعات التي تحصل بين الأندية واللاعبين، ولاسيما تلك المتعلقة بمدة العقد والالتزامات المتبادلة بموجب العقد تكون من اختصاص لجنة الشؤون القانونية"⁴⁴، وتمارس هذه اللجنة اختصاصها بفض المنازعات بأسلوب التوفيق وهو ما أشارت إليه الفقرة (2) من المادة (51) من الميثاق أعلاه حيث نصت على أنه "تختص اللجنة القانونية بموجب القانون 2- التوفيق بين الطرفين في حالة الإخلال والانتهاكات بموجب العقد بين النادي واللاعب"⁴⁵. ويبدو أنّ أطراف النزاع غير ملزمين بإحالة نزاعهم إلى اللجنة القانونية، بل بإمكانهم اللجوء إلى جهة أخرى كمحكمة التحكيم الرياضية أو إحدى لجان الاتحاد الدولي لكرة القدم وهذا ما التمسناه من نص المادة (259) من ميثاق احتراف لاعب كرة القدم الفرنسي، حيث نصت على أنه "يمكن للاعب والنادي إحالة

⁴³ تعتبر نقابة اللاعبين المحترفين الفرنسية (UNFP) التي أنشأت عام 1961، أول جهة اختصت بالفصل بمنازعات اللاعبين المحترفين، وقد مارست هذه النقابة اختصاص قضائي وكانت اغلب المنازعات تحل ودياً. للمزيد راجع د. كمال درويش والسعدني خليل، المصدر السابق، ص 210.

⁴⁴ انظر:

(Tous les litiges entre clubs ET joueurs. Notamment ceux relatives a la durée et aux obligations réciproques qui découlent du contrat petenc de la commission juridique).

⁴⁵ انظر:

(La commission juridique، dans le cadre des textes législatifs et de tenter de concilia les parties' en cas de manquements aux gâtions découlant d'un contrat passe par un club avec un joueur).

قضيتهم إلى محكمة مختصة بموجب طلب يسجل لدى الاتحاد⁴⁶ وقد أكد القضاء من جانبه على أهمية احترام إرادة أطراف النزاع في اختيار الجهة القضائية التي تتولى الفصل في النزاع، وهو ما جاء بالقرار الصادر عن محكمة التحكيم الرياضية الدولية عام 2012 والذي جاء فيه "أن إرادة الأطراف يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند اتخاذ قرار بشأن الاختصاص القضائي"⁴⁷.

أما الإجراءات التي تتبناها اللجنة في فض المنازعات فقد نصت عليها المادة (52) من الميثاق أعلاه وجاء فيها (تتولى أمانة اللجنة القانونية سماع القضية المعروضة أمامها من خلال الطلبات المقدمة من قبل الأطراف ويجوز للأطراف تقديم ملاحظاتهم شفاهاً أو بصورة مكتوبة مصحوبة بتاريخ تقديم الطلب في جلسة الاستماع، ويجب تمثيل الأطراف من قبل محامي، وللمحكمة أن تمنع الأطراف من حضور جلساتها متى رأت ذلك مضر بسير الإجراءات)⁴⁸.

ويلاحظ على هذا النص أنه أشترط أن تكون إجراءات التقاضي أمام اللجنة من خلال محامي، ونعتقد أن ذلك يعتبر نتيجة طبيعية كون النادي هو شخص معنوي يمثله ممثل قانوني وكذلك أن أغلب اللاعبين المحترفين يوجد لديهم وكلاء قانونيين يتولون تنظيم عقودهم وتمثيلهم في فض المنازعات.

وتكون القرارات الصادرة عن هذه اللجنة قابلة للطعن خلال (10) أيام من تاريخ استلام القرار وتكون الجهة المختصة بالطعن وحسب ما حدتها المادة (53) من الميثاق أعلاه (مجلس الاستئناف التابع للاتحاد الفرنسي لكرة القدم) والتي اشترطت على الطاعن دفع رسم قبل تقديم الطعن.

وفي ظل لوائح الاتحاد الدولي لكرة القدم، يظهر دور الاتحاد واضحاً في تسوية المنازعات الرياضية ولاسيما تلك الناشئة عن عقود اللاعبين المحترفين، وهو ما أكدته المادة (22) من لائحة أوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الدولية الصادرة عام 2007 ونصت على أنه (يختص الاتحاد الدولي لكرة القدم بسماع:

أ- المنازعات بين الأندية واللاعبين التي لها علاقة بالحفاظ على الالتزام التعاقدية وثبات العقد وكل ما يتعلق بالعقوبات الرياضية والتعويضات المطالب بها من جراء فسخ العقد.
ب- المنازعات الخاصة بالعمل بين نادي ولاعب ذات الأبعاد الدولية.

⁴⁶ انظر:

(Le joueur peut saisir de son litige le conseil de prudhommes compétent par lettre recommandée adressée au secrétariat de ce conseil).

⁴⁷ انظر: قرار محكمة التحكيم الرياضية، رقم التحكيم (2359) A، في 3 سبتمبر 2012، متاح على الموقع الإلكتروني:

<http://jurisprudence.tas-cas.org>

⁴⁸ انظر:

(Le secrétariat de la commission juridique convoque immédiatement les parties ou leur demande de faire valoir par écrit leurs par lettre recommandée avec accusé de réception، les parties peuvent présenter leur dossier، soit verbalement، soit par écrit، que par un avocat، en cas de conflit intérêts la commission juridique pourra interdire les personnes de participer al audition en cas de conflit intérêts).

ج- المنازعات المتعلقة بالعمل بين نادي أو هيئة ومدرب ذات الأبعاد الدولية.

د- المنازعات الخاصة بمكافئات التدريب وآلية التضامن بين الأندية المنتمية لهيئات مختلفة.

هـ- المنازعات الخاصة بآلية التضامن بين الأندية التابعة لاتحاد واحد.

و- المنازعات بين الأندية المنتمية إلى اتحادات مختلفة والتي لا تتدرج بين الحالات الواردة في (أ-د - هـ). ولأجل أن يمارس الاتحاد الدولي لكرة القدم اختصاصه القضائي في تسوية المنازعات أعلاه، فقد أنشأ جهتان قضائيتان مختصتان بنظر وتسوية هذه المنازعات وهما (لجنة تقييم وضع اللاعب) و(غرفة فض النزاعات)⁴⁹ وهذا ما أكدته المادة (23) من اللائحة الدولية أعلاه عندما نصّت على اختصاص لجنة تقييم وضع اللاعب، وجاء فيها (تنظر لجنة تقييم اللاعبين القضايا المذكورة في المادة (22)، الفقرات (ج- و)، وفي حالة الشك في نطاق الاختصاص القضائي للجنة تقييم اللاعبين وغرفة فض النزاعات فإن رئيس لجنة تقييم اللاعبين سوف يقرر أي هيئة سيكون لها الاختصاص في نظر المنازعة).

تتعد لجنة تقييم اللاعبين بحضور ثلاثة من أعضائها على الأقل بما فيهم الرئيس أو نائبه، والتي عليها إصدار قرارها خلال (60) يوماً من تاريخ استلامها القضية، إلا إذا كانت القضية بطبيعتها يمكن أن تسوّى من خلال قاضي واحد، وذلك في القضايا التي لا تنشأ عنها صعوبات قانونية معقدة مثل تلك المتعلقة بإصدار شهادة انتقال دولية، أو أنّ طبيعة القضية يستدعي سرعة البت فيها، ففي هذه الحالات يكون لرئيس اللجنة أو من ينوب عنه أن يبت بالنزاع ويصدر قراره بوصفه قاضياً منفرداً والذي عليه أن يصدر قراره خلال (30) يوماً من تاريخ استلامه القضية⁵⁰.

وتكون هذه القرارات سواء التي صدرت من اللجنة أو من القاضي المنفرد قابلة للطعن فيها أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية، وذلك بموجب المادة (23)، الشق الأخير، من لائحة أوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الدولية الصادرة عام 2007، حيث نصّت على أنّه (القرارات التي تصدر من القاضي الفرد أو من لجنة تقييم اللاعبين يجوز الطعن بها أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية). ويعاب على هذا النص أنه ترك باب الطعن مفتوحاً دون أن يحدد المدة التي يجب أن يقدم القرار المطعون فيه إلى محكمة التحكيم الدولية.

أمّا الجهة القضائية الأخرى (غرفة فض النزاعات)، فقد نصّت على اختصاصاتها الفقرة (1) من المادة (24) من اللائحة الدولية أعلاه، وجاء فيها (تختص غرفة فض النزاعات بنظر القضايا المذكورة في المادة (22) الفقرات (أ، ب، د، هـ) باستثناء المنازعات التي تتعلق بمسائل شهادة الانتقال الدولية).

⁴⁹ انظر د. كمال درويش و د. السعدني خليل، المصدر السابق، ص135.

⁵⁰ انظر د. نبيه عبد الحميد العلقامي وآخرون، لوائح احتراف كرة القدم الدولية وتفسيراتها القانونية، ط1، القاهرة، مركز الكتاب للنشر، 2009، ص132.

وتتشكل هذه الغرفة من الرئيس أو نائبه واثنان من الأعضاء وعليها أن تصدر قرارها خلال (60) يوماً من تاريخ استلامها القضية، إلا إذا كانت طبيعة القضية يمكن أن تحلّ من خلال قاضي واحد من غرفة فضّ النزاعات ويكون ذلك بدعوة الأطراف المتنازعة من خلال مرافعة حضورية، وعليه إصدار قراره خلال (30) يوماً من تاريخ استلامه القضية⁵¹، وتكون القرارات الصادرة عن غرفة فضّ النزاعات قابلة للطعن أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية بموجب الفقرة (2) من المادة (24) من اللائحة الدولية أعلاه، ونصّت على أنه (القرارات التي تصدر عن غرفة فضّ النزاعات أو من القاضي يجوز الطعن بها أمام التحكيم الرياضية الدولية).

ويترتب على إحالة النزاع أمام لجنة تقييم وضع اللاعب دفع نفقات التقاضي على الطرف الذي خسر الدعوى، بعكس الحال فيما لو عرض النزاع على غرفة فضّ المنازعات والتي يكون التقاضي أمامها مجاناً، وهو ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (25) من اللائحة الدولية أعلاه وجاء فيها (الحد الأقصى لتكلفة الإجراءات والمرافعات أمام لجنة تقييم وضع اللاعبين هو (250,000) فرنك سويسري، وتدفع من الطرف الذي خسر الدعوى ويكون مكان دفع التكاليف محدداً في القرار، أما الإجراءات التي تقام أمام غرفة فضّ النزاعات فتكون مجاناً).

ومن القرارات التي صدرت عن غرفة فضّ النزاعات، القرار الصادر عام 2006 والذي أشار إلى اختصاص هذه الغرفة، وجاء فيه (تكون غرفة فضّ النزاعات الجهة المختصة بالبت في هذه القضية التي تدور حول نزاع يتعلق بعلاقة عمل تعاقدية بين نادي ولاعب من جنسيات مختلفة)⁵².

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أنّ مدة التقادم المانع من سماع الدعوى هو سنتان فإذا مرّ على موضوع النزاع أكثر من سنتين، فليس للجنة تقييم وضع اللاعب وغرفة فضّ النزاعات، النظر فيها، وهذا ما أكدته الفقرة (5) من المادة (25) من لائحة أوضاع اللاعبين وانتقالاتهم الدولية الصادرة عام 2007، حيث نصت على أنه (لا تسمع الدعوى من قبل لجنة تقييم اللاعبين أو لجنة فضّ النزاعات إذا مر عليها أكثر من سنتين منذ نشوء النزاع).

وفي السعودية، أنط المشرع تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الاحتراف إلى (لجنة الاحتراف وأوضاع اللاعبين)، وأعطاهم صلاحية النظر في كل المنازعات المتعلقة بهذا العقد، بموجب المادة (56) من لائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين وانتقالاتهم السعودية الصادرة عام 2013 حيث نصّت على أنه (1- تختص لجنة الاحتراف بتطبيق أحكام هذه اللائحة والنظر في كافة الأمور والمنازعات المتعلقة بأوضاع وانتقال اللاعبين

⁵¹ انظر د. نبيه عبد الحميد العلقامي وآخرون، المصدر السابق، ص133.

⁵² انظر قرار غرفة فضّ النزاعات، الصادر في 26 / أكتوبر 2006، رقم القضية (539). متاح على الموقع الإلكتروني: -

(www.fifa.com.document)

ووكلاء اللاعبين واتخاذ القرارات بشأنها، 6- إيقاع العقوبات ضمن صلاحيتها على الأندية واللاعبين ووكلاء اللاعبين في الحالات التي يثبت فيها مخالفتهم هذه اللائحة والقدرات والتعاميم (..). .
وتتألف هذه اللجنة من الرئيس وثلاثة أعضاء على أن يكون أحد الأعضاء حاصلًا على شهادة في القانون وأن يكون أحدهم ممن يجيدون اللغة الانكليزية، وتتخذ هذه اللجنة قراراتها بالأغلبية البسيطة وفي حال تساوي الأصوات يرجع جانب الرئيس⁵³.

وبإمكان أي طرف من أطراف النزاع الناشئ عن عقد الاحتراف عرض نزاعهم أمام لجنة الاحتراف وذلك من خلال شكوى تقدم للجنة ويجب أن تراعى الشكوية اللازمة لهذه الشكوى من حيث البيانات الإلزامية التي أوجبهها المشرع السعودي والتي تتمثل تضمينها بالوقائع والمستندات المؤيدة لها وتوقيعها من قبل المشتكي أو من يمثله قانوناً وتحديد نوع المطالبة والعنوان الكامل لطرفي الشكوى (كأرقام الهاتف والفاكس والبريد الالكتروني)⁵⁴، وهذه البيانات تشبه إلى حد ما البيانات الإلزامية في عريضة الدعوى⁵⁵، وأثناء نظر اللجنة لموضوع النزاع يحق لها استدعاء أيًا من أطراف القضية والاستماع إلى إفادته كما يجوز لها الاستعانة بالخبراء والقانونيين وذلك بحسب طبيعة المنازعة المعروضة أمامها وبعد أن تنتهي من هذه الإجراءات تصدر قرارها والذي يجب أن يصدر خلال (30) يوما من تاريخ تقديم الشكوى ويبلغ إلى أطراف النزاع⁵⁶، وبإمكان أطراف النزاع الطعن في قرار لجنة الاحتراف في حال عدم القناعة به وهذا ما نصت عليه المادة (19) من اللائحة المذكورة .

حيث نصت على أنه (يمكن لأي طرف من الأطراف المعنية بالقرارات المشار إليها في المادة (18) رفع استئناف بشأنها إلى مجلس إدارة الاتحاد خلال سبعة أيام من تاريخ إبلاغها بقرارات اللجنة، ويتخذ المجلس قراره بشأنها خلال شهر واحد من تاريخ تسلمه الاستئناف ويعتبر القرار الذي يتخذه المجلس نهائياً وملزم بالتنفيذ).
وبالنسبة للتقادم المانع من سماع الشكوى فقد حدده المشرع السعودي بستة أشهر بالنسبة للاعب السعودي وستان للاعب الأجنبي وبانقضاء هاتين المدتين تمتع لجنة الاحتراف عن نظر الشكوى وهذا ما نصت عليه الفقرة (4) من المادة (58) من لائحة الاحتراف أعلاه بقولها (لا تنظر اللجنة في الشكوى المتعلقة بالتزامات تعاقدية أو أي مطالبات مالية بعد مرور ستة أشهر بالنسبة للاعب السعودي ومرور سنتان بالنسبة للاعب غير السعودي من تاريخ الاستحقاق).

⁵³ انظر المادة (54) من لائحة الاحتراف وأوضاع اللاعبين وانتقالاتهم السعودية الصادرة عام 2013.

⁵⁴ انظر الفقرة (1) من المادة (58) من نفس اللائحة أعلاه.

⁵⁵ انظر المادة (46) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

⁵⁶ انظر الفقرات (3)، (5) من المادة (58) أعلاه.

ومع وجود جهة مختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الاحتراف في السعودية فإنه مع ذلك يجوز للأطراف المتنازعة إحالة قضيتهم إلى الاتحاد الدولي لكرة القدم للنظر فيها من خلال إحدى لجانه القضائية ويشترط في ذلك أن تكون المنازعة ذات طابع دولي أي أن يكون أحد أطرافها غير سعودي وهذا ما يفهم من نص الفقرة (3) من المادة (3) من اللائحة السعودية حيث جاء فيها (يحق لصاحب الشكوى أو وكيله أو ممثله القانوني رفع شكواه ذات الطابع الدولي إلى الاتحاد الدولي مباشرة).

وفي العراق فإن اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بعقد الاحتراف مرت بمرحلتين - المرحلة الأولى مرحلة ما قبل تأسيس المحكمة الرياضية، والمرحلة الثانية مرحلة ما بعد تأسيسها، وهذه المرحلة الأخيرة سنعالجها في الفرع الثالث من هذا المطلب. ففي المرحلة الأولى - مرحلة قبل تأسيس المحكمة الرياضية - كانت كافة المنازعات الناشئة عن عقد الاحتراف تحل من قبل الاتحاد العراقي لكرة القدم وكانت اغلب المنازعات تحل ودياً بين الأطراف وهو ما لمسناه من خلال مراجعتنا لمقر الاتحاد العراقي وعلى الرغم من سلبيات ومساوئ إخضاع منازعات عقود الاحتراف للاتحاد العراقي والتي سنوضحها في الفرع الثالث من هذا المطلب إلا أنها مع ذلك كانت هي الطريقة الوحيدة لتسوية هذه المنازعات، فلم نعثر على أية دعوى قضائية مقامة أمام محاكم البداءة تخص عقد الاحتراف كون هذه المنازعات تسوى مباشرة من الاتحاد وهذا ما تؤكدته الفقرة (5) من المادة (17) من لائحة المسابقات العراقية الصادرة للموسم 2012 حيث نصت على أن (يكون الاتحاد المركزي هو الجهة الوحيدة المختصة بفض المنازعات التي تحدث بين اللاعب وناديه فيما يخص العقود المبرمة بين الطرفين). ويلاحظ على هذا النص أنه جاء خالياً من تحديد الجهة المختصة في الاتحاد فهل هي اللجنة القانونية التابعة للاتحاد ام هي لجنة المسابقات أو أي لجنة أخرى تابعة للاتحاد، كما أنها لم تحدد آلية وإجراءات فض المنازعات وكيفية إصدار القرار وهل أن قرارات الاتحاد باتة أم أنها تقبل الطعن فهذه التساؤلات كلها لم تعالج في لائحة المسابقات والتي بدورها تشكل واحدة من نقاط القصور في هذه اللائحة.

المطلب الثاني: محكمة التحكيم الرياضية الدولية - (CAS)

تعد محكمة التحكيم مؤسسة مستقلة عن المنظمات الرياضية الدولية تعمل على حل وتسوية النزاعات الرياضية عن طريق التحكيم أو الوساطة باعتمادها على إجراءات قانونية تتلاءم مع طبيعة المنازعات الرياضية. فهي مؤسسة قضائية خاصة يمكنها الفصل في كل النزاعات القانونية المرتبطة بالنشاط الرياضي على المستوى الدولي أو المحلي. كما أن أحكامها تصدر وفق قواعد إجرائية لها نفس القوة التنفيذية التي تتمتع بها أحكام المحاكم العادية. تأسست هذه المحكمة عام 1983 عندما قامت اللجنة الاولمبية الدولية بالمصادقة رسمياً على نظامها الأساسي والذي أصبح نافذاً المفعول في 1984/6/30، ومنذ ذلك الحين مارست المحكمة اختصاصاتها

القضائية⁵⁷، ومن أجل إحاطة الموضوع من كل جوانبه يقتضي أن نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نخصص الأول منها لتشكيل المحكمة ونخصص الثاني لمهام المحكمة ونخصص الثالث للقواعد الإجرائية التي تتبعها المحكمة.

الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم الرياضية الدولية

تتألف محكمة التحكيم الرياضية من قسمين، قسم التحكيم الاعتيادي وقسم التحكيم الاستثنائي وكل قسم يدار من قبل رئيس قسم، وبذلك فإنّ القضايا التي تعرض على هذه المحكمة توزع بين القسمين حسب طبيعة المنازعة، حيث يباشر قسم التحكيم الاعتيادي عمله بواسطة هيئات واجبها تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات الرياضية، أمّا مهمة قسم التحكيم الاستثنائي فيتمثل بالنظر في صحة القرارات الصادرة عن اللجان الانضباطية والتأديبية التابعة للاتحادات الرياضية بالإضافة إلى المنازعات الخاصة بالمنشطات الرياضية⁵⁸. ويتم اختيار رؤساء أقسام المحكمة من قبل المجلس الدولي للتحكيم الرياضي⁵⁹ من بين أعضائه ولمدة أربع سنوات قابلة للتجديد.

⁵⁷ انظر:

Court of arbitration for sport، guide to arbitration without place of publish، 1991، p2.

⁵⁸ انظر محمد جمال محمد طاهر، تسوية المنازعات الرياضية بالتحكيم، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة الموصل، كلية القانون، 2005، ص 67 وما بعدها.

⁵⁹ يعد المجلس الدولي للتحكيم الرياضي أحد الهيئات التي نظمها قانون محكمة التحكيم الرياضية الدولية الصادر عام 1994، وتمّ إنشاؤه نتيجة الإصلاحات التي شهدتها محكمة التحكيم الرياضية الدولية عام 1994، إذ حلّ هذا المجلس محلّ اللجنة الاولمبية الدولية في إدارة وتمويل المحكمة، وقد نظمت عمل المجلس المادة الثالثة من قانون المحكمة ونصّت على (إنّ مهمة المجلس الدولي للتحكيم الرياضي هي تسهيل تسوية المنازعات الرياضية عن طريق التحكيم والوساطة وحماية استقلال المحكمة وحقوق الأطراف، ولتحقيق هذه الغاية فإنّه يعني بإدارة وتمويل المحكمة) كما يمارس المجلس عدّة وظائف أوردتها المادة السادسة من قانون المحكمة وتتمثل في: 1- وضع وتعديل نصوص هذا القانون 2- يختار المجلس من بين أعضائه ولمدة أربع سنوات قابلة للتجديد كلاً من أ- رئيساً للمجلس تقترحه اللجنة الاولمبية الدولية والذي يكون نفسه رئيساً للمحكمة أيضاً ب- نائبي الرئيس، الأول تقترحه الاتحادات الرياضية الدولية والثاني تقترحه اللجنة الاولمبية الدولية ويكونوا مسؤولين عن نيابة الرئيس ج- رؤساء أقسام التحكيم الاعتيادي والاستثنائي في المحكمة د- نواب لرؤساء القسمين التحكيم العادي والاستثنائي . للمزيد من التفصيل حول المجلس الدولي للتحكيم الرياضي، راجع: -

" The international council of arbitration for sport"

متاح على الموقع الالكتروني: - (www.tas-cas.org).

ويجب على رؤساء أقسام المحكمة الالتزام بالحياد والسرية، حيث يجوز لأطراف النزاع الاعتراض عليهم أمام المجلس الدولي للتحكيم متى وجد شك مشروع في حيادهم ضد أحد الأطراف، وعند ما يتم الاعتراض من قبل أحد أطراف النزاع يتولى المجلس دراسة الأسباب التي استند إليها مقدم الاعتراض والتأكد من مشروعيتها فإن كانت مشروعة يقرر المجلس سحب القضية من رئيس القسم ويحل محله في البت بالنزاع رئيس محكمة التحكيم والذي يتولى إنجاز الوظائف التي كانت ممنوحة لرئيس القسم بموجب قانون المحكمة⁶⁰.

ويرتبط برئيس محكمة التحكيم مكتب خاص يضم الأمين العام للمحكمة وعدد من المستشارين الذين ينوبون عنه ويتولى هذا المكتب إنجاز المهام والوظائف التي يحددها له قانون المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة (22) من قانون محكمة التحكيم لعام 1994، والتي جاء فيها (تشكل المحكمة مكتباً مؤلفاً من الأمين العام ومستشارين يحلون محل الأمين العام عندما يلزم الأمر وينجز هذا المكتب الوظائف التي يحددها له هذا القانون).

ومن الجدير بالذكر أنّ مقر محكمة التحكيم الرياضية وجميع الأقسام التابعة لها تقع في لوزان بسويسرا، وفي الظروف الخاصة يمكن للمحكمة أن تعقد جلساتها في مكان آخر بناء على قرار من رئيس المحكمة أو رئيس القسم المختص وبعد استشارة جميع الأطراف وهذا ما نصت عليه المادة (28) من قانون المحكمة والتي جاءت تحت عنوان (المقر) حيث جاء فيها (يكون مقر محكمة التحكيم الرياضية وكل هيئاتها في لوزان بسويسرا، وعلى أية حال إذا اقتضت الظروف وبعد استشارة جميع الأطراف قد يقرّر رئيس المحكمة أو رئيس القسم المختص عقد جلساتها في مكان آخر) .

وللمحكمة مكاتب أخرى في عدة دول منها مكتب محكمة التحكيم في سدني بأستراليا والآخر في نيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية وكان آخر مكتب أنشئ في أبو ظبي بالإمارات وتمّ افتتاحه عام 2012⁶¹.

⁶⁰ نظر: محمد جمال محمد طاهر، المصدر السابق، ص 69.

⁶¹ انظر:

Mathieu reeb (cas secretary general، the court of arbitration for sport.

متاح على الموقع الإلكتروني (www.mhoswholegal.com)

الفرع الثاني: مهام محكمة التحكيم الرياضية الدولية

تتولى محكمة التحكيم حلّ جميع المنازعات الرياضية ولاسيما تلك المتعلقة بعقود اللاعبين المحترفين⁶²، عن طريق التحكيم والوساطة، وذلك بتكليف المحكمين والوسطاء بهذا الواجب، وهذا ما أكدته المادة (3) من قانون المحكمة حيث نصّت على أن (يكون لمحكمة التحكيم قائمة محكمين تتوصل إلى تسوية النزاعات الناشئة في مجال الرياضة من خلال التحكيم وتتكون كل هيئة من هيئات التحكيم من محكم واحد أو ثلاثة محكمين، وتستطيع المحكمة أيضاً أن تتوصل إلى تسوية النزاعات الرياضية عن طريق الوساطة والتي تحكم إجراءاتها قواعد منفصلة)، ويتضح من هذا النص أنّ محكمة التحكيم مكلفة بواجب حلّ المنازعات ذات الطبيعة الرياضية عن طريق التحكيم وذلك بإصدار قرارات تحكيمية لها نفس القوة الملزمة التي تتمتع بها أحكام المحاكم العادية كما تستطيع المحكمة أيضاً مساعدة الأطراف المتنازعة بحل قضيتهم ودياً وذلك عن طريق الوساطة، فضلاً عن ذلك فإنّ للمحكمة اختصاص استشاري حيث تقدّم الآراء والاستشارات للجان والاتحادات الرياضية في مختلف المسائل القانونية والرياضية كلما طلبت ذلك وهذا ما يفهم من نصّ الفقرة (ج) من المادة (12) من قانون المحكمة والتي نصّت على أن (تقدم المحكمة آراء استشارية غير ملزمة بناء على طلب اللجنة الاولمبية الدولية أو الاتحادات الرياضية الدولية أو اللجان الاولمبية الوطنية أو الجهات التي تعترف بها اللجنة الاولمبية الدولية واللجان المنظمة للألعاب الاولمبية)، وتقسّم المنازعات المرفوعة أمام محكمة التحكيم من حيث طبيعتها إلى قسمين :

أ- المنازعات ذات الطبيعة المالية وتتمثل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود والمنازعات الخاصة بانتقال اللاعبين المحترفين والمنازعات المتعلقة بأماكن الفعاليات الرياضية وأيّ منازعات تتعلق باللاعبين ووكلائهم والأندية الرياضية، ويدخل ضمن هذا النوع من المنازعات تلك المتعلقة بالمسؤولية المدنية كالحوادث التي يتعرّض لها اللاعبون أثناء المنافسة الرياضية⁶³.

ب- المنازعات الناشئة عن القرارات الصادرة بدرجة أخيرة من محاكم رياضية معينة أو لجان قضائية تعمل ضمن إطار الاتحادات الرياضية أو هيئات رياضية أخرى وذلك عندما تنصّ الأنظمة الأساسية وتعليمات هذه الهيئات على اختصاص محكمة التحكيم بالطعن في قراراتها⁶⁴.

⁶² حيث بلغ عدد القضايا المعروضة أمام محكمة التحكيم والمتعلقة بعقود لاعبي كرة القدم المحترفين لغاية عام 2012، حوالي 200 ألف قضية وإغلب هذه المنازعات تتعلق بخرق العقد ودفع تعويضات الانتقال والية التضامن بين اللاعب والنادي في دفع التعويضات للمزيد راجع:

Matthieu Reeb, cas –mie der sport gerichtsh of mit

متاح على الموقع الإلكتروني (www.tas-cas.org).

⁶³ انظر محمد جمال طاهر، المصدر السابق، ص72.

⁶⁴ المصدر السابق، ص72.

ولكي تستطيع المحكمة أن تمارس وظيفتها التحكيمية لابد من وجود اتفاق بين أطراف النزاع، حيث يتفق الطرفان على إحالة القضية إلى محكمة التحكيم وقد يكون هذا الاتفاق سابقاً لنشوء النزاع أو لاحقاً له⁶⁵، أو يكون على شكل نص في اللوائح الصادرة عن الاتحادات الرياضية ومن ذلك ما نصت عليه المادة (19) من لائحة أوضاع اللاعبين الفرنسية الصادرة عام 2014، والتي جاء فيها (يمكن إحالة النزاع إلى محكمة التحكيم الرياضية لمحاولة التوفيق بين الطرفين)⁶⁶.

ويلاحظ على هذا النص أنه أجاز للاعب والنادي إحالة نزاعهم إلى محكمة التحكيم فهو بذلك حدّد الجهة المختصة بفض النزاع كما وحدّ طريقة تسوية النزاع عن طريق التوفيق ويترتب على ذلك أنه ليس للأطراف أن يستندوا إلى هذا النص ويطلبوا من المحكمة فض النزاع عن طريق التحكيم طالما أن النص صريح في تحديد طريقة تسوية النزاع.

وأيضاً ما نصت عليه المادة (74) من الميثاق الأولمبي الصادر عن اللجنة الأولمبية الدولية عام 2000 والذي جاء فيه (يمكن إحالة أي نزاع ينشأ بمناسبة دورة الألعاب الأولمبية أو سببها إلى محكمة التحكيم الرياضية).

الفرع الثالث: القواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم الرياضية الدولية

متى أراد أطراف عقد الاحتراف إحالة المنازعة الناشئة عن هذا العقد إلى محكمة التحكيم الرياضية فيلزم تقديم طلب بذلك إلى مكتب المحكمة في لوزان بسويسرا ويجب أن يتضمن الطلب أسماء وعناوين الأطراف فضلاً عن موضوع النزاع⁶⁷، فثمة شكلية معينة يجب مراعاتها عند تقديم الطلب لهذه المحكمة، وهو ما نصت عليه المادة (38) من قانون محكمة التحكيم الرياضي وجاءت تحت عنوان (طلب التحكيم) حيث نصت على أنه (يجب على الطرف الذي يرغب بتقديم طلب للتحكيم بموجب هذه القواعد الإجرائية أن يضمه بالآتي :- أ- اسم وعنوان المدعي عليه ب- الوقائع والحجج القانونية ج- طلب المدعي للمعونة د- نسخة من العقد تحتوي على اتفاق التحكيم أو أي وثيقة تحيل للتحكيم و- أي معلومات مناسبة حول عدد المحكمين واختيارهم) . ولا تنظر المحكمة في طلب التحكيم إلا بعد دفع الرسم المحدد بموجب المادة (64) فقرة (1) من قانون المحكمة، وبعد تقديم الطلب ودفع الرسم فإن مكتب المحكمة يقوم بدوره بإحالة النزاع إلى القسم المختص وفقاً لطبيعة المنازعة

⁶⁵ انظر:

Count of arbitration for sport, 'présentation', op. cit. p6.

⁶⁶ انظر:

(peut soumettre le différend a la cour d'arbitrage du sport de tenter de concilier les deux parties).

⁶⁷ انظر:

Court of arbitration for sport, Guide to arbitration. Op. cit. p.14.

وليس للأطراف الاعتراض على هذا الإجراء أو التمسك به كسبب للدفع بعدم المشروعية. وبعد إحالة القضية للقسم المختص يصدر رئيس الهيئة التحكيمية توجهاته بخصوص تاريخ سماع القضية بعد أن يتأكد من البيانات المقدمة من كونها موجزة بموضوع الطلبات، وعلى الأطراف المتنازعة تقديم كل الأدلة المكتوبة التي يستندون إليها مع طلباتهم التحريرية وأن يحدّدوا في هذه الطلبات أي شهود أو خبراء ليتم استدعائهم من قبل المحكمة، وأي شخص تستدعيه الهيئة التحكيمية بناء على طلب احد الأطراف، يساعده مترجم تابع للمحكمة وبمقابل يدفعه الطرف الذي طلب سماعه⁶⁸، وأثناء سير الإجراءات التحكيمية فإنّ للهيئة التحكيمية وفي أيّ مرحلة من مراحل القضية أن تطلب من الأطراف المتنازعة تسوية المنازعة بشكل ودي وهو ما نصّت عليه المادة (42) من قانون المحكمة والتي جاءت تحت عنوان (التوفيق) ونصّت على (قد يقوم رئيس القسم قبل نقل القضية إلى الهيئة للعمل على حل النزاع عن طريق التوفيق وللهيئة بعد ذلك وفي أيّ وقت السعي لحل النزاع عن طريق التوفيق، وأيّة تسوية للنزاع برضاء الأطراف يصدر بها قرار تحكيمي).

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فللأطراف الحرية في الاتفاق على تعيين قانون تطبقه المحكمة، وعند عدم وجود هذا الاتفاق تطبق المحكمة القانون السويسري وهو ما أشارت إليه المادة (45) من قانون محكمة التحكيم والتي جاءت تحت عنوان (القانون واجب التطبيق على موضوع الدعوى) حيث نصت على أنّه (يجب أن تبت الهيئة في النزاع وفق قواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار فيكون وفقاً للقانون السويسري).

وهذا ما أكدّه القرار الصادر عن محكمة التحكيم الرياضية الدولية عام 2004 والذي جاء فيه (عملاً بالمادة (58) من قانون (CAS) يطبق على النزاع المعروض أمام المحكمة قواعد القانون التي اختاره الطرفان وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار فوفقاً لقانون البلد أو الهيئة الرياضية التي أصدرت القرار المطعون فيه وفي حالة عدم ملاءمته لأيّ جانب من جوانب النزاع فيتمّ البتّ في النزاع وفقاً للقانون السويسري)⁶⁹. يتضح من هذا القرار أنّه يجوز للمحكمة أن تطبق قانون الدولة التي فيها مقر الاتحاد أو الهيئة الرياضية التي أصدرت القرار متى كانت القضية المعروضة أمامها تتعلق بالطعن بأحد القرارات الصادرة عن هذه الاتحادات.

⁶⁸ انظر محمد جمال محمد طاهر، المصدر السابق، ص 96 وما بعدها.

⁶⁹ انظر قرار محكمة التحكيم الرياضية، الصادر في 9 فبراير 2004، رقم التحكيم (5077) (A) متاح على الموقع الإلكتروني:

<http://jurisprudence.tas-cas.org>

وبعد أن تنتهي المحكمة من هذه الإجراءات تصدر حكمها بالأغلبية وفي حالة عدم وجود الأغلبية فيكون بقرار رئيس الهيئة التحكيمية وحده، ويجب أن يصدر الحكم خلال (6) أشهر من تاريخ تقديم طلب التحكيم، وهذا في التحكيم الاعتيادي، أما في القضايا التي تتعلق بالطعن في قرارات الاتحادات الرياضية أي التحكيم الاستثنائي فيجب أن يصدر الحكم خلال (4) أشهر من تاريخ تقديم الطلب⁷⁰، ويصدر الحكم مكتوباً باللغة التي تمت بها إجراءات التحكيم ويكون مسبباً ونهائياً وملزماً للأطراف منذ لحظة تبليغهم، وكقاعدة عامة لا يمكن الطعن بأحكام محكمة التحكيم الرياضية إلا في أحوال ضيقة كحالة عدم الاختصاص وتكون مدة الطعن (30) يوماً من تاريخ التبليغ بالحكم، وتكون المحكمة المختصة بذلك هي المحكمة الفدرالية السويسرية، ومتى رفض احد الأطراف تنفيذ الحكم فيمكن للطرف الآخر تنفيذه جبراً وفقاً لاتفاقية نيويورك لعام (1958) الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية⁷¹.

المطلب الثالث: المحاكم الرياضية

نظراً للتطورات التي افرزها الواقع الرياضي، وبعد أن كثرت صور التعاقدات في المجال الرياضي⁷²، والذي أدى بدوره إلى تعدد صور المنازعات الرياضية والتي يتطلب حلها وجود قضاء رياضي متخصص. الأمر الذي دفع البعض من الدول إلى تأسيس محاكم رياضية تختص بالنظر في المنازعات ذات الطابع الرياضي، وبالرجوع إلى موقف الدول محل المقارنة، في هذا الشأن، لم نجد في فرنسا، وبعد الاطلاع على ميثاق احترام لاعب كرة القدم الفرنسي الصادر عام 2013، وكذلك لائحة أوضاع اللاعبين الفرنسية الصادرة عام 2014، أية نصوص تشير إلى وجود محكمة رياضية مختصة بفض المنازعات الرياضية، وكذلك الحال في السعودية. ولكن بالمقابل هناك دول أخرى اهتمت بإنشاء قضاء رياضي مختص بالفصل في المنازعات الرياضية ولاسيما تلك الناشئة عن عقد الاحتراف، ومن هذه الدول⁷³، مصر. حيث تأسست المحكمة الرياضية المصرية في

⁷⁰ انظر:

Court of arbitration for sport, présentation, op.cit, p13.

⁷¹ انظر محمد جمال محمد طاهر، المصدر السابق، ص120.

⁷² ومن هذه العقود عقد احتراف اللاعب وعقد انتقاله وعقد إعارته فضلاً عن عقود المشاهدة الرياضية والعقود المبرمة مع شركات الدعاية والإعلان وغيرها من العقود الأخرى، للمزيد راجع د. محمد سليمان الأحمد، الوجيز في العقود الرياضية، المصدر السابق، ص7.

⁷³ وتعتبر الجزائر واحدة من الدول التي أنشأت محكمة رياضية، حيث تأسست المحكمة الرياضية الجزائرية في 12 جوي ليه / تموز 1999، وتتشكل هذه المحكمة من رئيس المحكمة وسبعة أعضاء وكاتب ضبط، كما تتألف هذه المحكمة من غرفتين الغرفة العادية وغرفة الاستئناف، وتتولى هذه المحكمة تسوية المنازعات المعروضة أمامها عن طريق التحكيم والوساطة وتكون أحكامها

12 مايو 2004 والتي أضحت الجهة المختصة بتسوية المنازعات المتعلقة بعقد الاحتراف، فضلاً عن اختصاصها في تسوية كافة المنازعات الرياضية الأخرى كتلك التي تحصل بين الأندية والاتحادات، وتتشكل هذه المحكمة من هيئة قضائية وخبراء في المجال الرياضي وتكون قراراتها قابلة للطعن أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية⁷⁴. وفي العراق، وبعد أن كثرت صور المنازعات الرياضية سواء المتعلقة بين الأندية والاتحادات أو بين الأندية واللاعبين، بضمنها منازعات عقود اللاعبين المحترفين، والتي كانت أغلبها تحلّ من قبل الاتحادات الرياضية وبعضها الآخر يتم تسويتها من قبل محكمة التحكيم الرياضية الدولية متى رغب أطراف النزاع بذلك، فإن حلّ هذه المنازعات عن طريق الاتحادات الرياضية لم يعد ملائماً في الوقت الحاضر فالقرارات الصادرة عن هذه الاتحادات تفتقد لعنصر الإلزام، فضلاً عن كون الاتحادات الرياضية غير متخصصة بالجوانب القانونية للمنازعة، رغم أنها تعرف قواعد الألعاب الرياضية والسلوك المهني في الميدان الرياضي وهذا لا يعد كافياً⁷⁵. فهناك الكثير من القضايا القانونية لا يدركها إلا المتخصصين في مجال القانون، ومن ذلك القضايا الناشئة عن عقد اللاعب المحترف، كتجديد العقد وحالات إنهائه، وانتهاك بنود العقد فضلاً عن القانون واجب التطبيق وغيرها من القضايا التي تثار بصدد هذا العقد. إنّ العقود الرياضية بصورة عامة لها أهمية وخصوصية لا تقل عن سواها من العقود، لذا فإنّ تسوية المنازعات الرياضية ومشكلات العقود الناشئة عنها يحتاج إلى قضاء متخصص ومحكمة رياضة من قضاة وخبراء متخصصين في الرياضة من جهة، ومن أجل الابتعاد عن المحاكم الدولية وحل المنازعات داخلياً⁷⁶ من جهة أخرى. ونظراً للتطور التشريعي والقضائي الذي شهده العراق ولكل هذه المبررات جاءت مبادرة مجلس القضاء الأعلى بتأسيس محكمة رياضية متخصصة فقط بتسوية المنازعات الرياضية، وجاء في البيان الصادر عن مجلس القضاء الأعلى رقم (126) في 2014/2/4، بأنه (بناء على مقتضيات المصلحة العامة وما عرضه الاتحاد العراقي لكرة القدم واستناداً إلى أحكام المادة (22) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979، بدلالة أحكام القسم السابع من الأمر رقم (12) لسنة 2004 تقرر : أولاً - تشكيل محكمة متخصصة بالنظر بالشؤون والمنازعات الرياضية بين المؤسسات الرياضية أو بين هذه المؤسسات ومنتسبيها أو من غير منتسبيها ويكون مقر المحكمة في بغداد - مجمع المحاكم في الكرخ - رئاسة محكمة استئناف بغداد / الكرخ الاتحادية، ثانياً - ينفذ هذا البيان من تاريخ 2014/2/4).

قابلة للطعن أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية. للمزيد حول هذه المحكمة راجع فريد بن بلقاسم، المحكمة الجزائرية لتسوية النزاعات الرياضية، مقال، متاح على الموقع الإلكتروني (www.vatamedz.com).

⁷⁴ انظر د. كمال درويش والسعدني خليل، المصدر السابق، ص 137.

⁷⁵ انظر د. منذر الفضل، القانون والقضاء الرياضي في العراق، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (السلطة القضائية العراقية

<http://www.iraqia.iq-viem>.

⁷⁶ انظر د. منذر الفضل، المصدر السابق.

ونظراً لحدثة تشكيل هذه المحكمة لم يصدر لحد الآن قانون أو تعليمات⁷⁷، تنظم عمل هذه المحكمة من حيث تشكيله أو اختصاصها وكيفية الطعن بأحكامها. ومنذ صدور هذا البيان أصبحت هذه المحكمة هي الجهة المختصة بالفصل في منازعات عقد الاحتراف⁷⁸، بعد إن كانت هذه المنازعات تدخل ضمن اختصاص الاتحاد العراقي لكرة القدم بموجب الفقرة (5) من المادة (17) من لائحة المسابقات العراقية الصادرة للموسم 2012، ومن هنا نقترح على المشرع العراقي حذف الفقرة (5) من المادة (12) أعلاه ليحل محلها المحكمة الرياضية في الاختصاص بنظر منازعات عقود اللاعبين المحترفين.

وأخيراً لا بدّ أن نشير إلى خصوصية عقد احتراف لاعب كرة القدم واتسامه بالطابع الرياضي اقتضت أن تكون الجهة المختصة بغض المنازعات الناشئة عنه هي محاكم خاصة فقط بتسوية هذه المنازعات ذات الطابع الرياضي أو للجان خاصة بالاتحادات، بل أكثر من ذلك إن بعض الدول لا تسمح للأطراف المتنازعة اللجوء للمحاكم المدنية فيما يتعلق بالمنازعات الرياضية، وهذا ما نجده واضحاً في نص المادة (62) من النظام الأساسي للاتحاد السعودي لكرة القدم الصادر عام 2012، وجاء فيها (يجب على الاتحاد العربي السعودي لكرة

⁷⁷ كما لم تصدر لحد الآن قرارات قضائية بمنازعات ناشئة عن عقد احتراف لاعب كرة القدم، حيث وجدنا قرارات تتعلق بانتخابات الاتحادات الرياضية ومنها القرار (رقم 2/م رياضية / 2014)، الصادر في 2014/4/6 (غير منشور)، والقرار (رقم 13/م رياضية / 2014) الصادر في 2014/6/16 (غير منشور)، وأخرى تتعلق بشمول اللاعبين بقانون منح الأبطال والرواد رقم 6 لسنة 2013، ومنها القرار (رقم 15/م رياضية / 2014) الصادر في 2014/8/24. (غير منشور).

⁷⁸ وهذا ما أكدّه القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية، رقم 201 / الهيئة الموسعة المدنية الأولى / 2014، في 2014/6/17 (غير منشور)، والذي تتلخص وقائعه في أن (محكمة بداءة المعقل كانت قد أصدرت بتاريخ 2013/12/10، وفي الدعوى رقم 641/ب/2013، حكماً غيابياً قضى بالزام المدعى عليه / رئيس نادي نفط الجنوب إضافة لوظيفته بتأدية للمدعي (عبد الكريم جاسم بدر) مبلغاً مقداره (15) مليون دينار عن بقية مستحقاته من عقد تدريب لاعبين نفط الجنوب. وبعد الاعتراض على الحكم الغيابي، أصدرت المحكمة المذكورة حكماً بتاريخ 2014/2/23 بإبطال وجرح الحكم الغيابي المعترض عليه وإحالة الدعوى إلى محكمة بداءة الكرخ المختصة بنظر الشؤون والمنازعات الرياضية، إلا أنّ المحكمة المذكورة قرّرت رفض الإحالة وإعادة الدعوى إلى محكمة بداءة المعقل. ولوجود التنازع السلبي في الاختصاص، قررت محكمة بداءة المعقل عرض الدعوى على محكمة التمييز الاتحادية لبيان المحكمة المختصة بنظر الدعوى كونها تتعلق بنزاع ناشئ عن عقد رياضي. وترى هذه المحكمة أن الدعوى المنظورة قد أقيمت بتاريخ 2013/7/15، وان بيان مجلس القضاء الأعلى الخاص بتشكيل المحكمة المختصة بنظر الشؤون والمنازعات الرياضية المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 4310 في 2014/2/17 النافذ من تاريخ 2014/2/4، وحيث إن المادة العاشرة من القانون المدني قد نصت على أن (لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وُجد نصّ في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب) وبناء على ذلك تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي محكمة بداءة المعقل، قرّرت إعادة الدعوى إليها للفصل فيها طبقاً للقانون والإشعار إلى محكمة بداءة الكرخ المتخصصة بنظر الشؤون والمنازعات الرياضية بذلك وصدر القرار بالاتفاق في 19/شعبان/1435هـ الموافق 2014/6/17م).

القدم وأعضائه واللاعبين والإداريين ووكلاء اللاعبين ووكلاء المباريات عدم إحالة أي نزاع إلى المحاكم العادية). أيضا ما نصّت عليه المادة (45) من النظام الأساسي للاتحاد المصري لكرة القدم، رقم 560 لسنة 2012 وجاء فيها (لا يجوز لأي عنصر من عناصر اللعبة والتي تخضع لقواعد الاتحاد المصري لكرة القدم ولوائحه اللجوء إلى المحاكم العادية).

وهذا يدل على أنّ عقد احتراف لاعب كرة القدم هو عقد له طبيعته الخاصة فهو يختلف عن سواه من العقود المدنية في عدم خضوعه للمحاكم العادية في تسوية المنازعات الناشئة عنه. ولا نجد مثل هذه النصوص في العراق ونقترح على المشرع العراقي النص على ذلك لأهميته.

النتائج والتوصيات:

- بعد أن انتهينا من بحث الاختصاص القضائي في عقد احتراف لاعب كرة القدم لا بد أن نسجل بعض النقاط كخاتمة سريعة لهذا الموضوع، ندون فيها خلاصة ما بحثناه وبعض ما اقترحناه بهذا الخصوص وكما يلي:
- 1- يعد عقد الاحتراف من العقود الرياضية الحديثة في العراق، تدور فكرته حول قيام اللاعب بوضع قدراته ومهاراته الفنية والبدنية لصالح النادي المتعاقد معه، مقابل أجر معين يلتزم به النادي الرياضي، ونقترح على المشرع العراقي النصّ على تعريف عقد الاحتراف عند إصداره لائحة تنظم هذا العقد وكالاتي: (عقد احتراف لاعب كرة القدم: عقد محدّد المدة يتعهد اللاعب بمقتضاه أن يقدم العمل الرياضي للنادي المتعاقد معه وتحت إشرافه وتوجيهه مقابل أجر معين).
 - 2- يتميز عقد الاحتراف بجملة خصائص منها أنّه عقد غير مسمى في العراق وعقد رضائي ومن عقود المدة وقائم على الاعتبار الشخصي فضلاً عن كونه عقداً تبادلياً.
 - 3- يختلف عقد الاحتراف عما يشته به من عقود رياضية التي وإن اقتربت منه إلاّ إنها مختلفة عنه كعقد انتقال اللاعب المحترف وعقد إعارته.
 - 4- يكون اختصاص النظر في المنازعات الناشئة عن عقد الاحتراف لجهات قضائية خاصة، وتتمثل باللجان القانونية التابعة للاتحادات الرياضية الدولية والوطنية، ومحكمة التحكيم الرياضية الدولية والمحاكم الرياضية، وذلك لخصوصية هذه المنازعات وطابعها الرياضي.
 - 5- نقترح على المشرع العراقي حذف الفقرة (5) من المادة (17) من لائحة المسابقات العراقية للموسم 2012 والتي أشارت إلى اختصاص الاتحاد العراقي لكرة القدم بتسوية المنازعات العقدية بين اللاعب والنادي، وضرورة النص على اختصاص المحكمة الرياضية العراقية في تسوية هذه المنازعات ويكون النص كالاتي: (1- تكون المحكمة الرياضية الجهة المختصة لفض المنازعات بين اللاعب والنادي فيما يخص العقود بين الطرفين. 2- يجوز لأطراف النزاع اللجوء إلى محكمة التحكيم الرياضية الدولية أو إلى إحدى لجان الاتحاد الدولي لكرة القدم لتسوية النزاع).

- 6-نقترح على المشرع العراقي عند إصداره قانون المحكمة الرياضية أو نظامها الداخلي النص على إمكانية الطعن في أحكامها أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية ويكون النص كالاتي:
(تكون أحكام المحكمة الرياضية قابلة للطعن أمام محكمة التحكيم الرياضية الدولية في لوزان بسويسرا خلال (30) يوماً من تاريخ صدور القرار).
- 7-نقترح على المشرع العراقي النص في قانون المحكمة الرياضية أو نظامها الداخلي على عدم جواز لجوء الأطراف المتنازعة في المنازعات الرياضية أياً كانت إلى المحاكم الاعتيادية، ويكون النص كالآتي: (يحظر على الأطراف المتنازعة اللجوء إلى المحاكم الاعتيادية في المنازعات الناشئة عن علاقة رياضية).

وهذا ما أكدته القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية، رقم 201 / الهيئة الموسعة المدنية الأولى / 2014، في 2014/6/17 (غير منشور)، والذي تتلخص وقائعه في أن (محكمة بداءة المعقل كانت قد أصدرت بتاريخ 2013/12/10، وفي الدعوى رقم 641/ب/2013، حكماً غيابياً قضى بإلزام المدعى عليه / رئيس نادي نفط الجنوب إضافة لوظيفته بتأدية للمدعي (عبد الكريم جاسم بدر) مبلغاً مقداره (15) مليون دينار عن بقية مستحقاته من عقد تدريب لاعبين نفط الجنوب. وبعد الاعتراض على الحكم الغيابي، أصدرت المحكمة المذكورة حكماً بتاريخ 2014/2/23 بإبطال وجرح الحكم الغيابي المعترض عليه وإحالة الدعوى إلى محكمة بداءة الكرخ المختصة بنظر الشؤون والمنازعات الرياضية، إلا أن المحكمة المذكورة قرّرت رفض الإحالة وإعادة الدعوى إلى محكمة بداءة المعقل. ولوجود التنازع السلبي في الاختصاص، قررت محكمة بداءة المعقل عرض الدعوى على محكمة التمييز الاتحادية لبيان المحكمة المختصة بنظر الدعوى كونها تتعلق بنزاع ناشئ عن عقد رياضي. وترى هذه المحكمة أن الدعوى المنظورة قد أقيمت بتاريخ 2013/7/15، وان بيان مجلس القضاء الأعلى الخاص بتشكيل المحكمة المختصة بنظر الشؤون والمنازعات الرياضية المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 4310 في 2014/2/17 النافذ من تاريخ 2014/2/4، وحيث إن المادة العاشرة من القانون المدني قد نصت على أن (لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وُجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب) وبناء على ذلك تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي محكمة بداءة المعقل، قرّر إعادة الدعوى إليها للفصل فيها طبقاً للقانون والإشعار إلى محكمة بداءة الكرخ المتخصصة بنظر الشؤون والمنازعات الرياضية بذلك وصدّر القرار بالاتفاق في 19/شعبان/1435هـ الموافق 2014/6/17م).

البنوك في مواجهة التحويل الإلكتروني للأموال

بلجودي أحلام⁽¹⁾
جامعة جيجل

الملخص:

إن فتح المشرع الجزائري المجال أمام البنوك لتقديم الخدمات المتعلقة بالدفع عن بعد، أمر فرضه واقع انتشار التعامل بالتجارة الإلكترونية وما تتطلبه من ضرورة استعمال التقنية المناسبة لتسوية مدفوعات، والذي يجب أن يتناسب وطبيعة الوسائل المستخدمة في هذا النوع من النشاط التجاري، ولكن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال تتميز بخصوصيات قانونية وتقنية، تختلف عن وسائل الدفع التقليدية، لذلك ينبغي إحاطتها بمجموعة من الضوابط التي تضمن سلامتها وأمنها، والتي يتعين بموجبها على البنوك التقيد بمجموعة من الالتزامات أثناء تنفيذ عمليات التحويل الإلكتروني، وإلا كانت مسؤولة أمام عملائها عن الأخطاء التي ترتكبها في هذا الشأن، كما يمكن أن تسأل أمام اللجنة المصرفية مسؤولية تأديبية وحتى جزائية.

الكلمات المفتاحية:

التحويل الإلكتروني للأموال، التحويل المزور، أمن العملية، مسؤولية البنوك.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/15، تاريخ قبول المقال: 2018/04/26، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بلجودي أحلام، "البنوك في مواجهة التحويل الإلكتروني للأموال"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 226-245.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذة مساعدة قسم "أ"، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 18034، جيجل، الجزائر.

المؤلف المراسل: a_beldjoudi@yahoo.fr

Banks Facing the Electronic Transfer of Funds

Abstract:

The opening of the field by the Algerian Legislator to banks to provide services related to remote payments is a fact imposed by the reality of the spread of the use of electronic commerce and by the need for the use of the appropriate technique to pay its payments, which should be compatible with the means used in this kind of commercial activity. However, electronic funds transfer transactions are characterized by their legality and their technicality distinguishing them from other conventional means of payment. Thus, it is imperative to identify them through a variety of rules that ensure their safety and security and that require banks to comply with a set of obligations during the execution of the electronic transfer operations, under penalty of their responsibility vis-à-vis their customers for the mistakes committed for this purpose, in addition to their disciplinary responsibility before the Banking Commission and even criminal.

Keywords:

Electronic funds transfer, illicit transfer, operation security's, responsibility of the banks.

Les banques face au transfert électronique de fonds

Résumé :

L'ouverture des prestations liées aux paiements à distance est un fait imposé par la réalité de la propagation du recours au commerce électronique et par la nécessité de l'usage de la technique adéquate au règlement des paiements bancaires.

Cependant les opérations de transfert électronique de fonds se caractérisent par leur juridicité et leur technicité les distinguant des autres moyens de paiements classiques. Ainsi, il est impératif de les cerner par une panoplie de règles garantissant leur sûreté et leur sécurité en vertu desquelles, les banques doivent se conformer à un ensemble d'obligations pendant l'exécution des opérations de transfert électronique, sous peine d'engager leur responsabilité vis-à-vis de leurs clients, en plus de leur responsabilité pénale et disciplinaire.

Mots clés :

Transfert électronique de fonds, transfert illicite, sécurité de l'opération, responsabilité des banques.

مقدمة

لقد استجابت البنوك للتطور الهائل في مجال استخدام التكنولوجيا وقيام مجتمع المعلوماتية، وأخذت تعيد النظر في الدور التقليدي التي كانت تؤديه، حيث أصبحت البنوك تعتمد على الرقمنة الإلكترونية في تقديم خدماتها المصرفية، وكانت تهدف من وراء ذلك إلى خفض التكلفة وزيادة عائداتها، مما سمح لها بالذهاب في علاقاتها مع الجمهور المتعامل معه إلى أبعد الحدود في جو من الثقة والخصوصية العالية⁽¹⁾، وأصبحت تتوافر بيئة مرنة تتمحور حول الزبون، بحيث يتمكن هذا الأخير من الاستفادة من خدمات البنوك في أي زمان أو مكان⁽²⁾.

وبدأت نظم الدفع الإلكترونية بالتطور والنمو منذ الستينيات من القرن العشرين حيث ظهرت بدائل متعددة عن الوفاء النقدي، ومن بين هذه البدائل وسائل الدفع الحديثة التي يتم فيها تحويل الأموال إلكترونياً، حيث يتم نقل الأموال من حساب إلى آخر على شكل معلومات بكل سرية وأمان⁽³⁾، وعلى أهمية هذه العملية، فقد سمح المشرع الجزائري باستخدام التقنيات الحديثة في وسائل الدفع الإلكترونية، من خلال نص المادة 69 من قانون النقد القرض⁽⁴⁾، غير أنه اكتفى فيما يتعلق بالتحويل الإلكتروني بالأحكام المقررة في التقنين التجاري⁽⁵⁾، فلم يفرد له أي نظام خاص، بالرغم من أهميته القانونية وأيضاً التقنية.

ويعرف التحويل الإلكتروني للأموال بأنه العملية التي يتم فيها قيد مبلغ من المال في الجانب الدائن لحساب آخر، وقد يكون قيد هذا المبلغ في حساب الشخص نفسه الأمر أو يقيد في حساب شخص آخر، وتتم هذه العملية بناء على طلب الأمر في البنك نفسه أو في بنك آخر⁽⁶⁾.

وإنّ التحويل الإلكتروني للأموال يحقق مزايا عدة بالنسبة لأطرافه وبالنسبة للاقتصاد الوطني، حيث يعدّ بالنسبة للزبون الأمر وسيلة آمنة وسريعة لوفاء الديون تجنبه السرقة وضياع الأموال، وبالنسبة للمستفيد فإنّه

(1) سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 30.

(2) أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 11.

(3) أحمد جمال الدين موسى، "النقود الإلكترونية وتأثيراتها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية"، مقال منشور في كتاب الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، الجزء الأول: الجديد في التقنيات المصرفية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 124.

(4) أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم.

(5) انظر المواد 543 مكرر 19 و 543 مكرر 20 من الأمر رقم 75-59 مؤرخ 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 101، الصادر في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

(6) سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصرفي، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2007، ص 767.

يستوفي حقه بمجرد القيد في حسابه دون عبء الإنتقال للقبض وتحمل التكاليف، ويعتبر بالنسبة للبنك وسيلة لتحصيل العمولة، كما يؤدي إلى التخفيف من آثار التضخم لأنه يقلل من استخدام العملة المتداولة، وهو ما يحقق الفائدة للاقتصاد ككل⁽¹⁾.

وعلى الأهمية التي يتمتع بها التحويل الإلكتروني فإنه يحمل مخاطر عدة تمس بالمصالح الاقتصادية للعملاء والبنوك، وأحيانا بالاقتصاد الوطني، من هذه المخاطر وقوع خطأ من البنك عند تنفيذ العملية، وأيضا مخاطر عدم مشروعية العملية، عندما تستعمل هذه الآلية كوسيلة لتنفيذ جرائم تبييض الأموال، ضف إلى ذلك المخاطر التقنية والتشغيلية وفشل خطوط الإمداد والتخزين وفقدان أو تدمير قواعد البيانات الإلكترونية من قبل المتطرفين وقراصنة الانترنت.

ومن هنا فقد بدت الحاجة ماسة إلى إيجاد منظومة قانونية لمواجهة تلك المخاطر، ولعل أول التطلعات هو إيجاد نظام قانوني لضبط المعاملات الإلكترونية بصفة عامة، بالطريقة التي تمكن من الاستفادة من منتجات التطور العلمي والتكنولوجي دون مساس بالقيم والحقوق والحريات العامة للأشخاص، وفي مرحلة أخرى تشريع بنكي أكثر دقة يحدد لنا الضوابط القانونية والتقنية التي يجب أن تحاط بها عملية التحويل الإلكتروني. وبما أن المنظومة التشريعية الجزائرية تقتصر للقوانين المنظمة للمسائل المتعلقة بالتطور التكنولوجي⁽²⁾ فإننا ارتأينا من خلال هذه الدراسة البحث في الضوابط القانونية للتحويل الإلكتروني للأموال من خلال القواعد العامة للعمل البنكي، وبعض النصوص المتفرقة في القانون البنكي، وذلك من خلال مناقشة الإشكالية التالية: ما مدى فعالية الأساليب المستعملة من قبل البنوك في التصدي لخطورة التحويل الإلكتروني عن طريق الالتزام بالقواعد القانونية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية لابد من التوقف عند مختلف الآليات المستعملة من قبل البنوك والتي تنصب على التقيد بسلامة عملية التحويل الإلكتروني للأموال (أولا) ثم التأكد من أمن عملية التحويل الإلكتروني للأموال (ثانيا).

(1) عزيز العكلي، شرح القانون التجاري، الجزء الثاني: الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2007، ص 350.

(2) باستثناء ما جاء في المواد 394 مكرر حتى 394 مكرر 07 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 49، الصادر في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم، والتي تضمنت مجموعة من الجرائم أسماها المشرع بجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، بالإضافة إلى القانون رقم 04-15 المؤرخ في 04 فيفري 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية عدد 06، الصادر في 10 فيفري 2015، والذي يعد خطوة مهمة نحو تنظيم المعاملات الإلكترونية وضبطها.

أولاً: التقيد بسلامة عملية التحويل الإلكتروني للأموال

تفرض على البنوك عند تنفيذها أوامر التحويل الإلكتروني التزامات أساسية لضمان سلامة العملية، حيث يستوجب عليها بدل العناية اللازمة للتحقق من صحة أوامر التحويل الواردة إليها من صاحب الحساب، بحيث تمتنع عن تنفيذ أي أوامر مزورة أو أوامر تثير الريبة (1)، ولا تتحقق سلامة التحويل إلا إذا كان مشروعاً، لذلك يتعين على البنوك اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالوقاية من استعمال التحويل الإلكتروني في جرائم تبييض الأموال وتمويل الإرهاب (2).

1: إلتزام البنك بالتأكد من صحة عملية التحويل الإلكتروني للأموال

يلتزم البنك لدى تلقيه أمر تحويل معين أن يبذل العناية المطلوبة في تنفيذه، ويكون ذلك بإجراء التحقيقات الضرورية التي يتأكد من خلالها من صحة الأمر الوارد إليه (أ)، وأيضاً التقيد بتعليمات العميل (ب).

أ- واجب التأكد من توافر شروط التحويل الإلكتروني للأموال

تتحمل البنوك باعتبارها مهني محترف في المجال المصرفي والمالي التزاماً عاماً بالحذر⁽¹⁾، وتزداد شدة هذا الإلتزام كلما زادت المخاطر التي تحملها العمليات التي تؤديها والخدمات التي تقدمها، ولذلك يتعين على البنوك التأكد من مدى توافر الشروط القانونية التي تستوجبها صحة العملية، وأيضاً التأكد من صحة التوقيع، لتفادي تنفيذ أمر تحويل معيب أو مزور.

أ-1: الشروط المتعلقة بالأمر بالتحويل

لم تتضمن نصوص القانون البنكي أحكاماً خاصة بالتحويل البنكي الإلكتروني للأموال، ولذلك فإنّ تحديد الشروط الخاصة بأمر التحويل ستكون استناداً لما هو مقرر في القانون التجاري.

1- يجب أن يكون أمر التحويل المصرفي مكتوباً وإسماً

لقد تضمنت المادة 543 مكرر 19 من القانون التجاري ما يفيد أنّ أمر التحويل يجب أن يكون مكتوباً، من خلال عرضها للبيانات الإلزامية التي يجب أن تتوفر في أمر التحويل، وتعدّ البنوك لذلك نماذج مطبوعة

(1) ويسمى أيضاً بالالتزام بالتبصر أو اليقظة، ويقصد به الانتباه والتقطن المفترض في البنوك أثناء ممارستها لنشاطها، بحيث تبدي العناية اللازمة والتدقيق الكافي.

-THIERRY BONNEAU, *Droit bancaire*, 10^e édition, édition LGDJ, Paris, 2013, p. 367.

تسلمها لعملائها لاستخدامها في إصدار أوامهم بالتحويل⁽¹⁾ أما التحويل الإلكتروني فيتم من خلال تبادل رسائل المعلومات الإلكترونية، إلا أنّ شرط الكتابة متوفر مادام هذه المعلومات تتوفر على الشروط التي نصت عليها المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني⁽²⁾ ، والتي تسوي من حيث الحجية بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية.

والأمر بالتحويل لا يكون إلا إسميلاً أنّ المشرع يشترط لصحة أمر التحويل أن يتضمن بيان الحساب الذي يتم إليه التحويل وصاحبه.

2- يجب أن يرد التحويل المصرفي على أموال أو قيم أو سندات محددة القيمة

جرت العادة أن ترد عملية التحويل المصرفي على نقود، غير أنّه يجوز أن يكون محل أمر التحويل قيماً أو سندات محددة، حيث ينصب الأمر في هذه الحالة الأخيرة على نقل كمية من الأوراق المالية من محفظة الأمر إلى المستفيد⁽³⁾.

3- يجب توافر حسابين مختلفين

يرى بعض الفقه أنّه لكي تصح عملية التحويل الإلكتروني للأموال، يجب أن يكون هناك حسابان مصرفيان سواء لنفس العميل أو لشخصين مختلفين، وسواء في ذات البنك أو في بنكين مختلفين، فإذا لم يكن للأمر حساب لدى البنك فلا يمكنه أن يأمر بأي تحويل، وما يقوم به يكون حوالة مصرفية وليس تحويلاً⁽⁴⁾.

4- توفر رصيد كاف في حساب الأمر

يجب أن يكون للأمر لدى البنك رصيد يساوي المبلغ المراد تحويله، غير أنّه لا يشترط توافر المبلغ بمجرد صدور الأمر كما هو الحال بالنسبة للشيك، بل يتعين أن يكون موجوداً عند تنفيذ التحويل⁽⁵⁾، ويمكن التنفيذ رغم عدم كفاية الرصيد، إذا كان هناك اتفاق بين الأمر والبنك أن يمنحه ائتماناً يعادل قيمة التحويل⁽⁶⁾.

(1) محمد عمر نوابة، أكرم ياملكي، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 94.

(2) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

(3) محمد عمر نوابة، أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص 97.

(4) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من وجهة القانونية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 135.

(5) عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص 105.

(6) com, 19 décembre 2000, Bull, civ, IV, n° 193, p. 169 : « un établissement de crédit n'est tenu d'exécuter un ordre de virement, ne serait-ce qu'en vue de la restitution des fonds indument perçus

أ-2: الشروط المتعلقة بصحة التوقيع

يقع على البنك التزام أساسي بالتأكد من نسبة هذا التوقيع للأمر، أي التأكد من عدم تزويره، ولكن الأمر يكون أكثر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بتحويل الأموال إلكترونيا، حيث يكون من الصعب على البنك مراقبتها⁽¹⁾، ومع ذلك لا يمكن إعفاء البنك تماما من المسؤولية عن تنفيذ أمر تحويل مزور، وقد ازدادت مسؤوليته شدة بعد صدور القانون رقم 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، الذي حدد آليات خاصة وشروط دقيقة لإنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه⁽²⁾، وفي هذا الإطار يتعين على البنوك أن تنشئ آلية موثوقة للتحقق من التوقيع الإلكتروني تتوافر على المتطلبات التي فرضتها المادة 13 من هذا القانون، والتي تسمح له باكتشاف أي تزوير.

وفي حالة العكس، بحيث لم يتمكن البنك من اكتشاف التزوير بالرغم من الاحتياطات والعناية التي بذلها، فقد تباينت آراء الفقهاء في تقدير مدى مسؤولية البنك، فيعتبر البعض العميل الأمر مخطئا في حالة القيام بتصرفات تؤدي إلى تسريب المعلومات الخاصة بحسابه الشخصي، أو أية معلومات أخرى كافية لأن تؤدي إلى التزوير، أو عدم إبلاغ البنك بسرقة مثل هذه المعلومات⁽³⁾، ولكنه لا يتحمل المسؤولية إلا بقدر جسامة خطئه. أما الرأي الآخر فيشدد في مسؤولية البنك، إذ يتعين عليه إجراء التحقيقات اللازمة واتخاذ حيلة أكبر قبل تنفيذه أمر تحويل إلكتروني⁽⁴⁾، لأن مخاطر التزوير تكون أشد، وعليه ألا يكتفي بالمراقبة الشكلية لأمر التحويل، ويوسع من نطاق تحقيقه، للبحث عما يسمى بالعيوب المنطقية⁽⁵⁾، وأكثر من ذلك قد يبقى البنك مسؤولا عن تنفيذ أمر تحويل مزور، بالرغم من عدم ثبوت خطأ منه، على أساس نظرية تحمل المخاطر⁽⁶⁾، لأنه ليس من المعقول أن تحصل عليه تحويل غير صحيحة ولا يسأل البنك عن الضرر الذي لحق بالعميل⁽⁷⁾.

par son client, que le date de cet ordre, il existait sur le compte des fonds disponibles, soit en raison de l'état créateur du compte, soit en raison de l'existence d'un découvert autorisé"

(1) عبد الحق قريمس، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري - قسنطينة، 2011، ص 338.

(2) انظر المواد من 07 إلى 14 من القانون رقم 04-15.

(3) سلمان بوزياب، النقل المصرفي، عمليات التحويل الداخلي والخارجي، دراسة مقارنة في التشريع اللبناني والفرنسي، (د ط)، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص 128.

(4) Nicolas KILGUS, « virement en ligne et responsabilité du banquier », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, Mars 2014, paris, p. 05.

(5) عبد الحق قريمس، المرجع السابق، ص 340.

(6) سليمان ضيف الله الزين، المرجع السابق، ص ص 183-184.

(7) FRANCI-J CREDOT et Thierry SAMIN, « fraude dite au président. Exécution d'un virement faux ou d'un virement authentifié selon une procédure sécurisée », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, Juillet 2015, Paris, p 112.

ب- تقييد البنك بتعليمات العميل الأمر بالتحويل

من الضوابط الأساسية التي يتعين على البنك احترامها عند تنفيذ الأمر بالتحويل هو مراعاة تعليمات الأمر، باعتباره وكيلا عنه، وإلا اعتبر مقصرا في تنفيذ التزام تعاقدي يفرضه عقد فتح الحساب البنكي.

ب-1: مبلغ التحويل

إذا نفذ البنك بطريق الغلط تحويلا بأرقام مغايرة غير تلك المسجلة في أمر التحويل، سواء حدث الخطأ عند التحقق من المبلغ أو حدث عند ترجمته إلكترونيا على مستوى الأجهزة الإلكترونية المعدة لذلك، فإنه يكون مسؤولا اتجاه العميل بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك⁽¹⁾.

ب-2: الحساب المعني بالتحويل

يتعين على البنك أن يكون حريصا في تنفيذه الأمر بالتحويل، لتجنب وقوع خطأ في الحساب المعني، سواء كان رقم حساب الأمر أو رقم حساب المستفيد، لأن مثل هذه الأخطاء المادية قد تلحق أضرارا كبيرة بالأمر، بحيث تؤدي إلى خسارته مبلغ التحويل، بالإضافة إلى الجزاءات المقررة عن عدم الوفاء بدينه اتجاه المستفيد⁽²⁾.

ثالثا: تاريخ التحويل

يجب على البنك عند تلقيه أمر التحويل البنكي تنفيذه في أسرع وقت ممكن دون تأخير، وهذا الالتزام تفرضه القواعد العامة المطبقة على العمليات المصرفية، حيث جاء في⁽³⁾ بحيث يكون البنك مسؤولا عن كل تأخر يحدث في تنفيذ العملية المصرفية، من خلال تعويض يدفع للزبون⁽⁴⁾. ومع ذلك يمكن أن يكون تأخر البنك في تنفيذ أمر التحويل مبررا إذا ما استند في ذلك إلى اعتبارات معينة، كوجود مانع قانوني يحول دون تنفيذ العملية، مثل الشك في صحة الأمر من الناحية الشكلية أو

(1) غير أنه البنك يمكن أن ترفع مسؤولية البنك متى أثبت أن التحويل الجزئي كان بسبب عدم كفاية الرصيد على جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 2017.

(2) عبد الحق قريمس، المرجع السابق، ص 335.

(3) المواد 06 و 07 من النظام رقم 13-01 مؤرخ في 08 أبريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية عدد 29، الصادر في 02 جوان 2013.

(4) انظر المادة 08 من النظام 13-01.

الموضوعية، أو وجود شبهة تحيط بالعملية من حيث مشروعيتها، أو إذا ما كان بسبب رجوع العميل عن هذا الأمر⁽¹⁾.

2: إلتزام البنك بالتأكد من مشروعية عملية التحويل الإلكتروني للأموال

توفر التحويلات المالية الإلكترونية إمكانيات هائلة ومتنوعة وسريعة للقيام بعمليات تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، حيث تمكن من تمرير العمليات المشبوهة مع إخفاء مصدر وحقيقة الأموال القذرة، لذلك أحاط المشرع الجزائري هذه العملية بضوابط خاصة للحيلولة دون استعمالها لارتكاب هذه الجرائم⁽²⁾، منها ما هو وقائي (أ)، ومنها ما يدخل في إطار مكافحة هذه الجرائم (ب).

أ: التزامات البنوك فيما يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال

أوجب المشرع على البنوك اتخاذ الإجراءات المناسبة قصد الوقاية من خطر استعمال التكنولوجيات الجديدة أو قيد التطوير ذات الصلة بالتعاملات التجارية، لأغراض تبييض الأموال وتمويل الإرهاب⁽³⁾، ومن أهم هذه التدابير الوقائية مايلي:

أ-1: التحقق من هوية العملاء

إنّ التزام البنوك بالتحقق من هوية العملاء يدخل في إطار ما يعرف بقاعدة "إعرف عميلك"، وهي من القواعد المصرفية التي استقر عليها العمل المصرفي، وكرسها المشرع الجزائري⁽⁴⁾، ويقضي تفعيل هذه القاعدة

(1) انظر المادة 543 مكرر 20 من الأمر رقم 75-59، المعدل والمتمم.

(2) وفي هذا الإطار أصدر بنك الجزائر خطوطا توجيهية تتعلق بالتحويلات الإلكترونية.

Linges directrices relatives aux virements électroniques, du 23 décembre 2015 : www.bank-of-algeria.dz

(3) انظر المادة 11 من النظام رقم 12-03، المؤرخ في 28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، الجريدة الرسمية عدد 12، الصادر في 17 فيفري 2013.

(4) حيث جاء الباب الأول من النظام رقم 12-03 تحت عنوان " التعرف على الزبائن والعمليات"، كما وعزز المشرع البنكي الأحكام المتعلقة بالتعرف على الزبائن والعمليات من خلال الخطوط التوجيهية حول معايير اليقظة نحو العميل، الصادرة في 08 فيفري 2015، المنشورة في الموقع الإلكتروني لبنك الجزائر:

www.bank-of-algeria.dz

التحقق من شخصية العميل⁽¹⁾، والذي يكون عن طريق الحصول على بيانات هوية العميل وعنوانه، من خلال الوثائق الرسمية المعمول بها⁽²⁾.

ويتشدد المشرع أكثر في تطبيق هذا المبدأ عندما يتعلق الأمر بالتحويل الإلكتروني للأموال، حيث يلزم البنوك بأن تولي عناية خاصة، حتى تتمكن من التحديد الدقيق لهوية الأمر بالعملية والمستفيد منها ومن عنوانيهما⁽³⁾.

وقصد التأكد من أنّ المعطيات المتوفرة لديها عن العملاء كاملة وصحيحة، يجب على البنوك القيام بتحيينها سنويا، أو عند كل معاملة مهمة أو تعديل جوهري في المعايير الخاصة بالتزود بالوثائق المتعلقة بالزبائن أو في منهج تسيير الحساب⁽⁴⁾، كما تلتزم البنوك بالاحتفاظ لمدة محددة بالوثائق والسجلات المتعلقة بالعملاء والعمليات التي تنجزها⁽⁵⁾.

وأكثر من ذلك يستوجب المنظم البنكي على البنوك العاملة في الجزائر جمع معلومات كافية حول البنوك المراد المراد التي تعمل معها، تسمح لها بمعرفة طبيعة نشاطها وسمعتها⁽⁶⁾.

أ-2: الإلتزام بمراقبة العمليات

إلى جانب التزامه بالتعرف على عملائه، يكون على البنك التعرف على العمليات التي يجريها العميل وأنشطته للتحقق من سلامتها ومشروعيتها⁽⁷⁾ ويستعين البنك في مراقبته لهذه العمليات بأنظمة إنذار تسمح بإبراز النشاطات غير الاعتيادية أو المشتبه فيها، ومتى تبين له وجود عمليات ذات طابع غير اعتيادي، كان عليه التحلي بيقظة أكثر صرامة في المراقبة، والاستعلام عن هذه العملية لمعرفة مصدر الأموال وغايتها والغرض منها، وعليه في آخر التحقيق تحرير تقرير سري بشأن المعلومات المتحصل عليها وحفظه، ويخضع البنك في ذلك لرقابة اللجنة المصرفية تحت طائلة عقوبات جزائية أو تأديبية يمكن أن توقع عليه⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ المادة 07 من القانون رقم 05-01، المؤرخ في 06 فيفري 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، الجريدة الرسمية عدد 11، الصادر في 09 فيفري 2005، المعدل والمتمم.

⁽²⁾ أنظر المواد 04 و 05 من النظام رقم 12-03.

⁽³⁾ المادة 17 من النظام رقم 12-03 السالف الذكر، وأيضا المادة 29 الفقرة (ج) من النظام رقم 11-08 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

⁽⁴⁾ انظر المادة 06 من النظام رقم 12-03.

⁽⁵⁾ انظر المادة 14 من القانون 05-01، المعدل والمتمم، والمادة 08 من النظام رقم 12-03.

⁽⁶⁾ انظر المادة 09 من النظام 12-03، والمادة 29 من النظام رقم 11-08، مؤرخ في 28 نوفمبر 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادر في 29 أوت 2012.

⁽⁷⁾ الفقرة 02 من المادة 03 من النظام رقم 12-03، والمادة 10 من النظام رقم 05-01 المعدل والمتمم.

⁽⁸⁾ أنظر المادة 12 من القانون 05-01، المعدل والمتمم.

ب: إلتزامات البنوك فيما يتعلق بمكافحة جريمة تبييض الأموال

قد يتوصل البنك عند اتخاذه للإجراءات الاعتيادية التي يفرضها عليه المشرع فيما يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، إلى معلومات أو مؤشرات تثير الشبهة حول أحد العملاء أو التحويلات، وفي هذه الحالة أوجب عليه المشرع اتخاذ إجراء آخر أكثر صرامة، يسمى الإخطار بالشبهة، يوجه حصريا إلى خلية الإستعلام المالي⁽¹⁾.

ب-1: مضمون التزام البنك بالإخطار بالشبهة حول عمليات التحويل الإلكتروني للأموال

إنّ الالتزام بالإخطار بالشبهة هو ذلك الواجب القانوني الملقى على عاتق البنوك والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر بتحرير تقرير سري عند الاشتباه بعمليات أو نشاطات ذات طابع غير اعتيادي، مشتبّه في كونها تدخل في إطار جرائم تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، ولم يحدد المشرع الجزائري معيارا دقيقا للإخطار بالشبهة، فتقدير الوقت الملائم للإخطار موكل للبنك، لأنّ الشبهة ذاتها لم توضع معايير موضوعية لتقديرها، وإنما تخضع للتقدير الشخصي للبنك⁽²⁾، ولكن هذا لا يجعل من البنك محققا، فلا يلزم بالبحث عن مدى شرعية العملية، ويتم هذا الإخطار وفق نموذج معدّ لذلك⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ القانون يقرر لخلية الاستعلام المالي صلاحيات واسعة فيما يتعلق بتحليل هذه الإخطارات ومعالجتها، بحيث يمكن أن تطلب من البنك معلومات إضافية تراها ضرورية لممارسة مهامها⁽⁴⁾، كما يكون لها أن تعترض، بصفة تحفظية، على تنفيذ عملية تحويل إلكتروني للأموال، لأي شخص طبيعي أو معنوي تقع عليه شبهات قوية بتبييض الأموال⁽⁵⁾.

(1) تم إنشاء خلية الاستعلام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-127، مؤرخ في 07 أفريل 2002، يتضمن إنشاء خلية الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية عدد 23، الصادر في 07 أفريل 2002، المعدل والمتمم.

(2) كريمة تدريست، دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال، رسالة لنيل شهادة دكتور في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، سنة 2014، ص 214.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 06-05، مؤرخ في 09 جانفي 2006، يتضمن شكل الإخطار بالشبهة ونموذجه ومحتواه ووصل استلامه، الجريدة الرسمية عدد 02، الصادر في 15 جانفي 2006.

(4) انظر المادة 02 من المادة 15 من القانون رقم 05-01 المعدل والمتمم.

(5) انظر المادة 17 من القانون رقم 05-01 المعدل والمتمم.

ب-2: مسؤولية البنوك عن إخلالها بالتزامها بالإخطار بالشبهة

نظرا لأهمية الدور التي تتأط به البنوك في مجال مكافحة تبييض الأموال تمويل الإرهاب، فقد رتب المشرع الجزائري على البنوك نوعين من المسؤولية في حالة إخلالها بإحدى الالتزامات الملقة على عاتقها في هذا المجال، هما المسؤولية التأديبية والمسؤولية الجزائية.

وتخول اللجنة المصرفية سلطة توقيع الجزاءات التأديبية ضد البنوك المخلة بواجباته المهنية في مجال مكافحة تبييض الأموال، حيث تنص المادة 12 من القانون رقم 05-01 المعدل والمتمم على أن اللجنة المصرفية تباشر فيما يخصها إجراء تأديبيا طبقا للقانون، ضد البنك أو المؤسسة التي تبث عجزا في إجراءاتها الداخلية الخاصة بالرقابة في مجال الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب⁽¹⁾ وبالرجوع لنص المادة 114 من قانون النقد والقرض، فيمكن أن نميز بين نوعين من العقوبات التأديبية:

- عقوبات غير مالية؛ ومن بينها الإنذار والتوبيخ والمنع من ممارسة بعض العمليات، والتوقيف المؤقت لمسير أو أكثر، أيضا إنهاء مهام واحد أو أكثر من المسيرين الذين تم توقيفهم مؤقتا، وقد تصل هذه العقوبات التأديبية إلى حد سحب الاعتماد من البنك المخالف.

- عقوبات مالية؛ وزيادة على العقوبات السالفة الذكر يمكن للجنة المصرفية أن تضيف إليها عقوبات أخرى مالية أو أن تقضي بها بدلا عنها، بحيث تكون هذه العقوبة المالية مساوية على الأكثر للرأسمال الأدنى الذي تلزم البنوك أو المؤسسات المالية بتوفيره.

كما يمكن أن تساءل البنوك جزائيا عن بعض الجرائم الخاصة المتعلقة بمكافحة تبييض الأموال، والتي يمكن تصنيفها إلى جرائم متعلقة بالإخلال بتدابير الوقاية من تبييض الأموال⁽²⁾، وأيضا عن جريمة الامتناع عن الإخطار⁽³⁾، في حين يعاقب مسيرو البنوك والمؤسسات المالية عن جريمة الإفشاء للعميل عن أي إجراء من إجراءات الإخطار حسب المادة 33 من القانون 05-01 المعدل والمتمم.

والملاحظة العامة فيما يتعلق بضوابط سلامة التحويل الإلكتروني، هي أن المشرع يتشدد في مراقبة مدى مشروعية العملية في جميع مراحلها، في حين يكتفي فيما يتعلق بحماية حقوق العملاء بسبب أخطاء البنك عن التنفيذ، بما هو مقرر في القواعد العامة للعمل البنكي وحتى القانون المدني، دون تقرير وسائل خاصة وفعالة تيسر له المطالبة بحقوقه في مواجهة البنك.

⁽¹⁾ وهذا ما أكدت عليه الفقرة 03 من المادة 25 من النظام رقم 12-03.

⁽²⁾ المادة 34 من القانون 05-01 المعدل والمتمم.

⁽³⁾ المادة 32 من القانون رقم 05-01 المعدل والمتمم.

ثانياً: التأكد من أمن عملية التحويل الإلكتروني للأموال

بالرغم من المزايا التي توفرها عملية التحويل الإلكتروني للأموال إلا أنها تحمل مخاطر حقيقية متعلقة بالأنظمة التقنية والتشغيلية، مثل فقدان أو تدمير البيانات الإلكترونية من قبل المتطفلين وقرصنة الأنترنت، وأيضا اتساع حالات التزوير والإحتيال، وقد تنتج عن كل هذه المخاطر خسائر حقيقية تلحق بالزبائن، لذلك فإنه يتعين على البنوك اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة للمحافظة على أمن البيانات المتعلقة بالزبائن، والحيلولة دون تعرضها لأي تشويه أو تلف أو اختراق غير مصرح به، بحيث يجب أن توفر هذه التدابير مستوى من الأمن يتلاءم مع المخاطر التي تحملها طبيعة البيانات الواجب حمايتها⁽¹⁾، وفي الإجمال يمكن أن نميز بين نوعين من هذه الضوابط، ضوابط قانونية (1)، وضوابط تقنية (2).

1: التقيد بالضوابط القانونية

والمقصود بالضوابط القانونية مجموع الالتزامات القانونية المفروضة على البنوك في سبيل تحقيق الأمن فيما يتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال، ويتم ذلك بالعمل على حفظ سرية البيانات والعمليات (أ)، وتوفير متطلبات أمن الدفع الإلكتروني (ب).

أ: التزام البنوك بحفظ السر المصرفي

يعتبر حفظ السر المصرفي من المبادئ الأساسية التي قام عليها النظام المصرفي ككل، وهو التزام أساسي يقع على جميع العاملين في البنك، بداية بالمسير وانتهاء بأقل المستخدمين رتبة⁽²⁾، وهو من الضمانات الأساسية للعملاء المتعاملين مع البنك، بالنظر إلى أهمية وخصوصية المعلومات التي قد تحصل عليها البنوك عند أدائها للنشاط المصرفي، حيث أنّ قيام البنك بتنفيذ تحويل إلكتروني للأموال يوفر له معلومات هامة لا تتعلق فقط بعملائه بل وبالغير، لذلك فقد اعتبر حفظ السر المصرفي من الالتزامات الأساسية لبعث الثقة في أمن التحويل الإلكتروني.

وبالرغم من أنّ المشرع الجزائري قد سمح للبنوك بالخروج عن هذا المبدأ في عدة حالات، إلا أنّه يحرص في كل مرة على احترام المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه العمل المصرفي هو حفظ أسرار العملاء، من خلال تقييد الجهات المخول لها الحصول على هذه المعلومات من البنوك بمبدأ السرية⁽³⁾.

(1) Georges Daladier ABI-RIZK, *L'internet au services des opération bancaires et financiers*, Thèse pour Doctorat en Droit, Faculté de droit, Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II), 2006, p. 397.

(2) انظر المادة 117 من الأمر 11-03 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(3) المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 127-02، المعدل والمتمم.

ويترتب على تجاوز البنك للحدود المقررة له قانونا في استعمال المعلومات السرية التي تحصل عليها بمناسبة مباشرته لعمليات التحويل الإلكتروني، التزامه بالتعويض لمصلحة الشخص الذي تم هذا الإفشاء ضده، على أساس قواعد المسؤولية المدنية، كما يكون للجنة المصرفية توقيع الجزاءات التأديبية المناسبة سواء ضد البنك باعتباره شخصي معنوي، أو ضد ممثلي البنك وموظفيه ومستخدميه⁽¹⁾ ويعتبر الإفشاء جريمة يعاقب عليها قانونا بموجب النص العام الوارد في قانون العقوبات والمتعلق بإفشاء السر المهني⁽²⁾.

ب: إلتزامات البنوك المتعلقة بمراعاة متطلبات أمن التحويل الإلكتروني

لم يغفل المشرع الجزائري عن المخاطر الحقيقية التي قد تحملها إدراج الدفع الإلكتروني ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، لذلك سعى إلى وضع معايير معينة تستلزمها متطلبات تحقيق الأمن في مجال أنظمة الدفع بصفة عامة، والتحويل الإلكتروني بصفة خاصة، وأولى الخطوات كانت بإصدار النظام رقم 05-07 والمتضمن أمن أنظمة الدفع⁽³⁾ والذي كرس بعض القواعد الأساسية التي تستلزمها متطلبات أمن الدفع، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- إلزام جميع الجهات المسيرة أو المشاركة في أنظمة الدفع الإلكتروني بما فيها البنوك، بوضع أجهزة أمن تكون مطابقة للمقاييس والمعايير الدولية المعمول بها، ووضع أنظمة نجدة لضمان استمرارية الاستغلال لمواجهة الكوارث الكبيرة⁽⁴⁾.
- يجب لتحقيق أمن البنية الأساسية للأنظمة الدفع توفر الأنظمة اللازمة لذلك، وأن تكون المعطيات المتبادلة صحيحة وسرية وقابلة للمراجعة، كما يجب تعيين موظفين مؤهلين وأكفاء للقيام بعمليات الدفع⁽⁵⁾.
- ويتولى بنك الجزائر مراقبة مدى التزام البنوك بمراعاة متطلبات أمن أنظمة الدفع، وتقديم التوصيات اللازمة لتدارك النقائص التي قد توجد في البنية الأساسية لهذه الأنظمة، كما يمكنه اتخاذ قرار توقيف إدخال وسيلة الدفع المعنية في النظام بعد استشارة السلطة المكلفة بالمراقبة⁽⁶⁾.

(1) انظر المادة 114 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

(2) المادة 301 والمادة 303 مكرر من الأمر 66-156، المعدل و المتمم.

(3) نظام رقم 05-07، مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن أمن أنظمة الدفع، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادر في 04 جوان 2006.

(4) المادة 06 من النظام رقم 05-07.

(5) المادة 05 من النظام رقم 05-07.

(6) المادة 12 من النظام رقم 05-07، والمادة 56 من الأمر 03-11 المعدل والمتمم.

كما وتقرر المادة 56 مكرر من قانون النقد والقرض لبنك الجزائر صلاحية الرقابة القبلية على أمن وسلامة أنظمة الدفع، من خلال اشتراط حصول البنوك على ترخيص مسبق من قبل بنك الجزائر قبل إدخال أية وسيلة دفع جديدة.

وفيما يتعلق بالالتزام البنوك بتحقيق الأمن في مجال المعلوماتية هناك نصوص تنظيمية أخرى متفرقة، منها ما جاء في نص المواد 35 و 36 من النظام رقم 08-11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية⁽¹⁾، والتي توجب على البنوك في مجال المعلوماتية التأكد من أمن أنظمة المعلومات الخاصة بها.

وفي هذا الشأن عمل المشرع الفرنسي على تعزيز الإطار التشريعي المتعلق بالدفع عن بعد، من خلال تعديل قانون النقدي والمالي بموجب القانون 1062-2001 المؤرخ في 15 نوفمبر 2001، حيث أوكل لبنك فرنسا مهمة عامة تتعلق بضمان أمن الدفع عن بعد، كما أنشأ مرصدا لأمن بطاقات الدفع⁽²⁾.

2: الضوابط التقنية لأمن التحويل الإلكتروني للأموال

يقضي تحويل الأموال إلكترونيا توفر البنية التحتية الفنية اللازمة لضمان تأمين العملية وأمن البيانات والمعلومات من كل اختراق أو قرصنة، وأيضا تكريس التقنيات اللازمة للتأكد من الهوية، (أ) كما يستدعي تحقيق الأمن في التحويل الإلكتروني للأموال وضع برامج موحدة للتعامل الإلكتروني سواء في علاقات البنوك بعملائها، أو علاقة البنوك فيما بينها (ب).

أ: الميكانيزمات التقنية لتأمين التحويل الإلكتروني للأموال

هناك مستويات معينة يجب تأمينها لضمان أمن التحويل الإلكتروني للأموال، ويتمثل المستوى الأول في وضع آليات جديرة لكشف أي تزوير أو انتحال للشخصية، تسمح بالتحقق من هوية الأطراف، والمستوى الثاني هو ضمان نقل أمن للمعلومات.

1-1: آليات التحقق من هوية الأطراف

تحتاج البنوك عند تنفيذ أوامر التحويل الإلكتروني للأموال التحقق من هوية الأطراف، وفي سبيل ذلك يتم تطبيق بعض الإجراءات التي تسمح بذلك، والتي تتمثل في التوقيع والتصديق الإلكترونيين، وتعرف المادة 02 من القانون 04-15 التوقيع الإلكتروني بأنه بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات

⁽¹⁾ نظام رقم 08-11 مؤرخ في 28 نوفمبر 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادر في 29 أوت 2012.

⁽²⁾Geoges Daladier ABI-RIZK, op.cit. p 120.

إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق، أما القانون المدني الفرنسي فيعرفه بأنه استخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية صاحبه بحيث تضمن صلته بالتصرف الذي وضع عليه⁽¹⁾ ، وللتوقيع الإلكتروني أشكال متعددة منها التوقيع الرقمي، والتوقيع بالقلم الإلكتروني وأيضا التوقيع باستخدام الخواص الذاتية، كما ويستخدم التوقيع بالرقم السري في السحب النقدي من خلال أجهزة الصراف الآلي⁽²⁾ .

وتشترط المادة 07 من القانون رقم 15-04 شروط خاصة لصحة التوقيع الإلكتروني وموثوقيته، كما ويحدد القانون المتطلبات التي يجب توافرها حتى تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة وآلية التحقق من التوقيع الإلكتروني موثوقة، على أن تتكفل الهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه، من مدى توافر هذه المتطلبات⁽³⁾ .

ويتم تأمين التوقيع الإلكتروني وحمايته عن طريق التصديق الإلكتروني، حيث يتم منح شهادة تصديق للموقع، والهدف منها هو نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين⁽⁴⁾ ، والتي تصدر من مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني⁽⁵⁾ .

أ-2: تقنيات ضمان سلامة المعلومات

هناك عدة تقنيات تستخدم لضمان سلامة المعلومات المخزنة أو المرسله، أهمها نظام التشفير، وهو منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونيا إلى رموز وأرقام وحروف غير مفهومة، للحفاظ على سرية هذه المعلومات ومنع وصولها إلى الأشخاص غير المرخص لهم⁽⁶⁾، وتستند هذه العملية إلى صيغ رياضية وخوارزميات معقدة للتشفير وفك التشفير⁽⁷⁾ .

ورغم أنّ التشفير يمنع المتطفلين من الإطلاع على محتويات الرسالة إلا أنّه لا يمنع المخربين من العبث بها، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى البصمة الإلكترونية، وهي بصمة رقمية يتم اشتقاقها وفقا لخوارزميات معينة، تدعى بدوال الترميز، إذ تطبق هذه الخوارزميات حسابات رياضية على الرسالة لتوليد بصمة، وتستطيع هذه

(1) Marie-Elisabeth M Aathieu, *Les Services et financier en ligne*, Imprimé en France, Jouve, 11, Bd De Sebastropol, 75001, Paris, p196.

(2) انظر: علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص ص 32-36.

(3) انظر المواد 11 و 13 و 14 من القانون 15-04.

(4) انظر المادة 15 من القانون 15-04.

(5) انظر المواد 33 ما بعدها من القانون 15-04.

(6) انظر: محمد أمين الرومي، التعاقد عبر الأنترنت، (د ط)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص ص 31، 32.

(7) حسن طاهر داود، الحاسب وأمن المعلومات، ط 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 1995، ص 176.

البصمة تميز الرسالة الأصلية والتعرف عليها بدقة، حتى أن أي تغيير في الرسالة يفضي إلى بصمة مختلفة تماماً⁽¹⁾.

كما وتستخدم البنوك أنظمة خاصة لحماية شبكتها الداخلية، بواسطة ما يعرف بالجدار الناري، وهو مجموعة أنظمة توفر سياسات أمنية بين الأنترنت وشبكة البنك، لتجبر جميع عمليات العبور إلى الشبكة أو الخروج منها أن تمر من خلال الجدار الناري الذي يصد أي تطفل⁽²⁾.

ب: برامج تأمين التحويلات المالية الإلكترونية

لتنفيذ عمليات التحويل الإلكتروني للأموال من قبل البنوك، يجب توافر الأنظمة الفنية والبرامج الإلكترونية التي تسمح بأداء هذه العملية بكل أمان، سواء على مستوى علاقة البنك مع عملائه، أو على مستوى علاقة البنوك فيما بينها.

ب-1: البرامج المستخدمة في علاقة البنوك بعملائها

لقد عملت الكثير من الشركات العالمية على تطوير برامج معلوماتية، الهدف منها حماية وتأمين العلاقات الناشئة عن الدفع الإلكتروني، ومن أهم هذه البرامج وأكثرها استعمالاً بروتوكول الحركات المالية الآمنة، والغاية من هذا البروتوكول ضمان الحفاظ على أمن البيانات أثناء إجراء الحركات المالية عبر شبكة مفتوحة مثل الأنترنت⁽³⁾، ولكن يعاب على هذا البروتوكول أنه معقد وضخم، بحيث يتطلب تثبيت برامج كثيرة على خادم البنك والزيون⁽⁴⁾.

أما بروتوكول الطبقات الأمنية، فهو برنامج متخصص لنقل البيانات والمعلومات المشفرة من جهازين عبر شبكة الأنترنت بطريقة آمنة، بحيث لا يمكن لأي شخص قراءتها من غير المرسل والمستقبل، وفي نفس الوقت

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي بمكافحة جرائم الكمبيوتر والأنترنت، (د ط)، دار الكاب القانونية، مصر، 2007، ص 282.

(2) إسماعيل عبد النبي شاهين: "أمن المعلومات في الأنترنت بين الشريعة والقانون"، بحث مقدم بمؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد من 01 إلى 03 ماي 2000، منشور في بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، المجلد الثاني، ط 3، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص ص 276، 277.

(3) Pierre LECLERCQ, Lionel KHALIL, « La confiance est-elle enfin possible dans les moyens de paiement en ligne ? », Revue communication commerce électronique, n°12, décembre 2004, paris, p 06.

(4) Geoges Daladier ABI-RIZK, op.cit. p 119.

يكون فيها التشفير قويا ويصعب فكّه⁽¹⁾؛ بالإضافة إلى ذلك يوجد نظام أمن الحسابات المركزية، ونظم أمن الحسابات الشخصية⁽²⁾.

ب-2: البرامج المستخدمة في العلاقة ما بين البنوك

تحتاج البنوك لتأدية خدمات التحويل الإلكتروني بين حسابين في بنكين مختلفين إلى وجود أنظمة إلكترونية تضمن وجود إتصالات إلكترونية مؤمنة على المستوى الداخلي أو الدولي، ودوليا توفر شبكة سويت (وهي شبكة إتصالات عالمية إلكترونية بين البنوك)، خدمات في غاية من الدقة بفضل البرامج المعلوماتية المعتمدة في السلامة والسرية والتعريف والتوثيق والحفظ⁽³⁾.

وداخليا قد استحدث بنك الجزائر نظامين أساسيين يقوم عليهما الدفع الإلكتروني، هما نظام التسوية الإجمالية الفورية⁽⁴⁾ (ARTS)، ونظام المقاصة الإلكترونية⁽⁵⁾ (ATCI).

بالنسبة لنظام التسوية الإجمالية الفورية فإنه يتميز بأنّ عملية تسوية أوامر الدفع يتم إنجازها في وقتها الحقيقي بصورة مستمرة، على أساس القيمة الإجمالية لها خلال فترة يوم التبادل، وللاخراط في هذا النظام يجب الحصول على موافقة بنك الجزائر، الذي يمد المنخرطين برموز سرية تمكنه من إجراء عمليات الدفع⁽⁶⁾، هذه الأخيرة قد تكون بين المشاركين في النظام، مثل التحويلات المالية من بنك إلى آخر والتحويلات إلى حسابات الزبائن وأمر إستعادة الأموال، أو مع بنك الجزائر، مثل اقتطاع الفوائد والعمولات، وتسديد فواتير بنك الجزائر⁽⁷⁾.

أما نظام المقاصة الإلكترونية فإنه حسب المادة 06 من النظام رقم 05-06 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى، لا يقبل إلا التحويلات التي تقل قيمتها الإسمية عن مليون دينار، وتشارك البنوك في هذا النظام بصفة إجبارية باعتبارها تقوم بتحويل وسائل الدفع وتسييرها.

(1) إبراهيم بختي، التجارة الإلكترونية: مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 78.

(2) المرجع نفسه، ص 79.

(3) أحمد سفر، المرجع السابق، ص 157.

(4) نظام رقم 05-04، مؤرخ في 13 أكتوبر 2005، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، جريدة رسمية عدد 02، الصادر في 15 جانفي 2006.

(5) نظام رقم 05-06، مؤرخ في 15 ديسمبر 2005، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى، جريدة رسمية عدد 26، صادر في 23 أفريل 2006.

(6) المادة 09 من النظام 05-04.

(7) المادة 25 من النظام 05-04.

وإنّ العمل بنظام المقاصة الإلكترونية بين البنوك يستدعي القيام بتجريد وسائل الدفع المستخدمة من طابعها المادي إلى الطابع الرقمي⁽¹⁾، وبعد إثبات صحتها يقوم النظام بحساب الأرصدة الصافية لأطرافها المتعددين، وبعد إجراء المقاصة المتعددة الأطراف يرسل النظام معلومة للمشاركين حول أرصدتهم، ويعلن مركز المقاصة المسبقة عن نهاية يوم التبادل، ويتم حساب الأرصدة الثنائية المدينة لكل مشترك ويتم تبليغها لكل المشاركين، فإن لم يكن الرصيد مطابقاً يمكن للطرف المعني الاعتراض، فيقوم حينئذ النظام بإجراء المراجعة الضرورية⁽²⁾.

ومما سبق يمكن القول أنّ من أهم التحديات التي يواجهها المشرع عند فتح المجال لحرية الدفع عن بعد، هو إيجاد الضوابط المناسبة لتحقيق أمن عملية الدفع، على جميع المستويات، سواء القانونية منها أو التقنية، لضمان سلامة المعاملات المصرفية واستقرار السوق المالية، وهذا ليس بالمهمة السهلة، بالرغم من الجهود الكبيرة الوطنية وحتى الدولية.

خاتمة

إنّ استخدام البنوك للتكنولوجيا في مجال تقديم الخدمات المصرفية، فرض عليها إلى جانب التزاماتها المصرفية المعروفة، التزامات أخرى إضافية، تضمن من خلالها تحقيق حماية فعالة لمختلف الأطراف، وبالنسبة للتحويل الإلكتروني للأموال فقد أحيط بمجموعة من الضوابط القانونية، جانب منها يتعلق بالتأكد من سلامة العملية، والجانب الآخر يتعلق بضمان أمن العملية.

وإن تحقيق السلامة في مجال التحويل الإلكتروني للأموال، يفرض على البنوك التزامات تتعلق بالتأكد من صحة العملية، من خلال مراقبة مدى توافر شروطها المقررة في القانون التجاري، وتنفيذها بدقة حسب التعليمات الصادرة من العميل، إلى جانب ذلك تفرض متطلبات الوقاية والتصدي لجرائم تبييض الأموال وتمويل الإرهاب أعباء إضافية على البنوك، في سبيل منع استغلال السرية والسرعة التي تميز هذا النوع من وسائل الدفع لارتكاب مثل هذه الجرائم، لذلك تلتزم البنوك بالاستعلام حول الزبون والعمليات التي يجريها، وتوجيه إخطار بالشبهة، متى تكون لديه أي شك حول مشروعية هذه العمليات.

ولا يكتفي البنك من التأكد من سلامة العملية، بل يتعين عليه توفير كل التدابير والإجراءات التي يضمن معها تحقيق أمن عمليات التحويل الإلكتروني، وإنّ مسألة الأمن في الدفع الإلكتروني بصفة عامة كانت من أولى اهتمامات الدول والمنظمات المالية العالمية عند تحرير الدفع عن بعد، حيث تتطلب تحقيق الأمن التزامات قانونية على البنوك بتوفير الوسائل التقنية اللازمة لضمان عدم وجود أي خلل في عمل أجهزتها وبرامجها

(1) تنص المادة 32 من 05-04.

(2) انظر المادة 34 من النظام رقم 05-06.

المرتبطة بالدفع الإلكتروني، واتخاذ كل الاحتياطات والتدابير للكشف عن وجود أي اختراقات وصددها، تحت طائلة عقوبات تأديبية جزائية قد توقع عليها من قبل اللجنة المصرفية.

وبالرغم من كل هذه الضوابط التي فرضها المشرع الجزائري في مجال التحويل الإلكتروني للأموال، إلا أنه يلاحظ عدم وجود نظام خاص يوطر عمليات التحويل الإلكتروني، بالرغم من أهميتها للبنك كخدمة مصرفية وللعلاء كوسيلة لتسوية المستحقات الملقاة على عاتقهم، حيث يبقى الغموض يكتنف العديد من الجوانب المرتبطة بها، خاصة فيما يتعلق بالمسؤوليات الملقاة على البنوك في حالة التحويل المزور أو المعيب، وكذا عدم تمكين العملاء من الوسائل القانونية التي تتصفهم في حالة وجود أي نزاع في مواجهة البنك، نظرا لما يملكه هذا الأخير من قوة مالية وفنية قد تسمح له من التملص من مسؤولياتها تجاه العملاء.

وفي نهاية هذه الدراسة نشير إلى أنّ وضع إطار قانوني خاص بالتحويل الإلكتروني ليس بالعمل الهين، لأنّ الإشكالات القانونية والعملية التي يثيرها هذا الموضوع متعددة ومتشابكة، ليس على المستوى الداخلي فقط، بل وعلى المستوى الدولي، ومع ذلك يبقى على المشرع الجزائري تحديد وتوضيح القواعد القانونية المتعلقة بسلامة وأمن التحويل الإلكتروني، في سبيل تعزيز الثقة لدى المتعاملين وضمان استقرار السوق المالية، مع خلق أجهزة خاصة على مستوى بنك الجزائر توكل إليها مهمة متابعة ومراقبة مدى مراعاة البنوك لهذه الضوابط، والعمل على ملاحظة أي قصور فيها ومعالجته.

التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص

ميسون علي عبد الهادي⁽¹⁾

جامعة بغداد

الملخص:

التحكيم الإداري هو طريق يتعلق بالفصل في منازعة إدارية يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وتتصل بعقد إداري، لذا نجد أنّ شروط التحكيم الإداري أن يوجد عقد إداري وأن يكون أحد أشخاصه سلطة عامة.

ونجد أنّ معظم الدول على اختلاف أنظمتها القانونية قد أخذت بالتحكيم بشكل عام والتحكيم الإداري بشكل خاص، إذ أنه أداة مهمة للفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، و يتم إسناد مهمة التحكيم إلى أفراد لا يمتون إلى القضاء بصفة يطلق عليهم لفظ (المحكمين) ويجري اختيارهم من قبل أطراف النزاع، كذلك يتميز التحكيم الإداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له بأنه ينتهي إلى قرار تحكيمي نافذ لا يخضع لرقابة أي سلطة أخرى، بينما نجد أنّ الصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، فالصلح يتم بعمل تعاقدية أما التحكيم فيتم حله بعمل قضائي.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم الإداري، المنازعة الإدارية

تاريخ إرسال المقال: 2017/05/07، تاريخ قبول المقال: 2018/06/05، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: ميسون علي عبد الهادي، "التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 246-266.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

⁽¹⁾ مركز دراسات المرأة، جامعة بغداد، العراق

المؤلف المراسل: saddam_kokez@yahoo.com

Arbitration in Disputes Arising from Management Contracts with Private Law Persons

Abstract:

Administrative arbitration is a procedure related an administrative dispute where one party is an administrative contract acts as a public authority and it is related to an administrative contract, so we find that the clauses of the administrative arbitration are an administrative contract where one party is a public authority. We find that most countries of different legal systems have adopted arbitration in general and administrative arbitration in particular and that where it is considered as an important tool for adjudication of disputes arising from administrative contracts with private law, the task of arbitration is assigned to members have nothing to do with judiciary and who are called (arbitrators) being chosen by the parties of the conflict. The administrative arbitration is distinguished from other similar systems in the fact that it ends with an effective arbitrary decision that is not subject to the control of any other authority while we find that reconciliation is a contract where a potential conflict between two parties is resolved where each party waives of part of his claim so that the reconciliation is done a contractual action whereas arbitration is resolved by a judicial action.

Keywords:

Administrative arbitration, Administrative arbitration.

Arbitrage des litiges découlant de contrats d'administration avec des personnes de droit privé

Résumé :

L'arbitrage administratif est un mode de résolution des litiges où l'administration, en tant que puissance publique, est partie d'un contrat.

La plupart des pays reconnaissent aujourd'hui le concept d'arbitrage en matière administrative en ce qu'il est le moyen le plus efficace de résolutions des litiges entre administration et personnes de droit privé. Dans ce cadre, la fonction d'arbitre est attribuée à des personnes privées choisies par les contractants. L'objet de cette étude est de cerner avec précisions la notion d'arbitrage administratif avec la référence à certaines législations comparées.

Mots clés:

Arbitrage administratif, litige administratif

مقدمة

أصبح التحكيم من أهم الظواهر التي اتسع نطاقها حتى عم الاعتراف بها في كافة دول العالم بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية، تاركة لها مكاناً متزايداً في تحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة.

ويعدّ نظام التحكيم أداة فعالة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات بدلاً من القضاء العام في الدولة الحديثة، صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات.

ويتم إسناد مهمة التحكيم إلى أفراد عاديين أو أشخاص غير قضائيين يطلق عليهم هيئة التحكيم، ويجري اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، انطلاقاً من الثقة التي يتمتعون بها في قدرتهم على حسم النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم.

وقد سلّطنا الضوء في هذا البحث عن دور التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، إذ أنّ العقد الإداري يستلزم أن يكون أحد طرفيه شخص معنوي عام يقصد منه إدارة المرفق العام أو تسييره ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، متبعاً في ذلك الأساليب المقررة في القانون العام، وبالتالي فإنّه ينطوي على الشروط غير المألوفة الاتباع في عقود القانون الخاص، والذي يهمننا هنا العقد الإداري الذي يقع بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص آخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تسيير وتنظيم مرفق عام، وتظهر فيه الإدارة بنيتي الأخذ بأحكام القانون العام وأساليبه.

ومما تقدم سنتناول في هذا البحث بيان ماهية التحكيم الإداري من حيث تعريفه وشروطه ومزاياه ومن ثم تمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له في المبحث الأول منه، أما في المبحث الثاني سنتناول التحكيم الإداري كطريق لتسوية المنازعة الناشئة عن العقد الإداري بين اتجاهين، اتجاه مؤيد للجوء للتحكيم الإداري في فض المنازعات الإدارية متمثل بمصر والعراق، واتجاه معارض للجوء للتحكيم الإداري في فض المنازعة الإدارية متمثلاً في فرنسا ولبنان.

المبحث الأول: ماهية التحكيم الإداري

لبيان ماهية التحكيم الإداري يتطلب بيان مفهوم التحكيم الإداري من حيث تعريفه وشروطه ومزاياه فضلاً عن تمييز التحكيم الإداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإداري

الفرع الأول : التعريف بالتحكيم الإداري

التحكيم لغةً : التحكيم في اللغة يأتي من المصدر ((حكم)) من باب التفعيل بشديد الكاف مع الفتح وحكمه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه (1). ويقال حكّمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا وحكّمته في الأمر فأحتكم أي جاز فيه حكمه (2).

كما يعرف لغة بأنه طلب الفصل في المنازعة سواء عن طريق قضاء الدولة أم عن طريق قضاء خاص يرتضيه أطرافها (3).

أما اصطلاحاً فهو اتفاق أطراف النزاع اتفاقاً يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلاً من القضاء المختص وقبول قراره بشأنه (4).

ويعرف أيضاً بأنه إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطاته للفصل بينهم، مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً (5).

وقد يرد التحكيم في صورة بند في أحد العقود، يتفق بمقتضاه المتعاقدان على حل المنازعات التي تنشأ عن العقد بواسطة التحكيم ويطلق على هذا الاتفاق شرط التحكيم (6)، أي قبل وقوع النزاع وقد لا يتفقان في العقد الأصلي وإنما بعد قيام النزاع بينهما ببرنامج اتفاقاً خاصاً لعرض نزاع معين على محكمين، ويسمى ذلك مشاركة التحكيم أو وثيقة التحكيم الخاصة (7). ويعدّ شرط التحكيم مستقلاً عن عقد التحكيم.

(1) المنجد في اللغة والاعلام، الكرم البستاني، عادل امبوبا، دار المشرق العربي، بيروت، الطبعة الثامنة والعشرون، 1986، ص146.

(2) لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1997، ص129.

(3) الشيخ الإمام بن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، الجزء الثالث عشر، مكتبة دار الحديث، القاهرة، تحقيق الدكتور محمد شرف الدين خطاب والدكتور سيد إبراهيم صادق، الطبعة الأولى، 1995، ص629.

(4) انظر : د. عبد الرحمن رحيم عبد الله، الدراسات القانونية، مركز أبحاث القانون المقارن تسلسل (19) العراق - أبريل، 2010، ص124؛ وانظر : د. فاطمة محمد سليم العوا، رسالة دكتوراه، تأثير مجلة الأحكام العدلية على التقنيات العربية، مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية، 1999، ص155.

(5) د. أشرف محمد خليل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2010، ص62.

(6) د. عبد الله عيسى، حكم التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص98؛ وانظر:

د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، 1980، ص926؛ أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص5.

(7) د. عبد الرحيم حاتم، التحكيم في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف الأشرف، 2010، ص81.

إذ أنّ الفرق بينهما يتمثل بالآتي :

- 1- إنّ معنى شرط التحكيم هو الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على أنّ ما قد ينشأ بينهما من نزاع من العقد يتم الفصل فيه بواسطة التحكيم، في حين أنّ مشاركة التحكيم تعني الاتفاق الذي يعقد بين الأطراف المتعاقدة بعد قيام النزاع ويكون الغرض منه عرض النزاع على التحكيم.
- 2- إنّ شروط التحكيم ومشاركة التحكيم اتفاق رضائي بين الطرفين المتعاقدين إلاّ أنّ شرط التحكيم يكون قبل وقوع النزاع، أي أنّه ليس بالضرورة اللجوء إلا في حال وقوع تنازع بين الطرفين، على خلاف مشاركة التحكيم فإنّه بعد وقوع النزاع أي أنّ اللجوء إليه لابد منه لحسم النزاع بين الطرفين⁽¹⁾.
- 3- إنّ شرط التحكيم يقع في العقد ذاته أو يرد في اتفاق لاحق قبل نشوء أي نزاع، وأحياناً قد يشترط القانون أن يكون في اتفاق خاص مستقل لما له من أثر خطير وهو حرمان المتعاقد من اللجوء إلى قضاء الدولة، أما مشاركة التحكيم فإنّه يرد في اتفاق مستقل كونه يتم بعد وقوع النزاع وإن أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية⁽²⁾.

وإذا كان ما تقدم يبيّن لنا مفهوم التحكيم ومشاركة التحكيم، لابد من تسليط الضوء على معنى التحكيم الإداري الذي يعرف بأنّه طريق الفصل في منازعة إدارية، يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وتتصل بعقد إداري، فيعدّ التحكيم إدارياً عندما يتعلق بمنازعة تنشأ بين السلطة الإدارية والمتعاقدين معها من أشخاص القانون الخاص⁽³⁾. فالتحكيم الإداري يتعلق بالفصل في منازعة إدارية يكون أحد أطرافها جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وتتصل بعقد إداري.

أي أنّ شروط التحكيم الإداري تتلخص في أن يكون هناك عقد إداري وأن يكون أحد أشخاصه سلطة عامة.

الفرع الثاني: شروط التحكيم الإداري

طالما كان التحكيم أحد الطرق لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري لابد من توافر شروط معيّنة وهي :

- 1- **وجود الإدارة كطرف في العقد:** إنّ اتفاق طرفي العلاقة القانونية على عرض ما ينشأ بصدده من منازعة على محكم أو أكثر للفصل فيها بدلاً من المحكمة المختصة والتزامها بالقرار الصادر من المحكم⁽⁴⁾.

(1) انظر د. شادية إبراهيم مصطفى المحروقي ود. أحمد محروس علي ناجي، التحكيم في العقود الادارية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، ص 66-67.

(2) انظر د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص 132.

(3) د. ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013، ص 330.

(4) د. اياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 5.

- يستلزم أن يكون أحد أطرافها الإدارة، إذ أنّ العقد الإداري هو العقد المبرم من قبل أحد أشخاص القانون العام سواء أكان (معنوياً أم إقليمياً أو مرفقياً)، فإذا ما تعاقدت الإدارة بصفة أخرى دون أن يكون لها سلطة عامة انتفت الصفة الإدارية عن العقد، وبالتالي أنّ شرط التحكيم الوارد في العقد لا يعدّ تحكيمياً إدارياً⁽¹⁾.
- 2- **تعاقد الإدارة بوصفها سلطة عامة:** إنّ تعاقد الإدارة بوصفها صاحبة السلطة العامة يتمثل باستخدامها لامتيازات السلطة العامة التي لا تتوافر في التعاقد بين أشخاص القانون الخاص، فلا يكفي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، بل لابد من استخدام امتيازات السلطة العامة التي يتم إدراجها ضمن شروط العقد، والتي لا تنطبق مع الشروط الواردة في عقود القانون الخاص⁽²⁾.
- 3- **أن يكون الطرف الآخر شخصاً من أشخاص القانون الخاص:** سواء أكان فرداً أو سلطة عامة انتفت عنها الصفة الإدارية عن العقد بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص⁽³⁾.
- 4- **المصلحة العامة المتحققة لمرفق عام:** أن يكون العقد الإداري الذي يرد فيه شرط التحكيم يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة بغض النظر عن الطرق المتبعة لتحقيق هذا الهدف، إذ أنّه لا فرق في كون العقد الإداري المبرم لإدارة المرفق العام أو ضمان استمراره لغرض إشباع الحاجات العامة، ويكون الطرف المتعاقد مسؤولاً عن حالة التقصير أو الإخلال في تحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: مزايا التحكيم الإداري

- على الرغم من أنّ التحكيم بصفة عامة يحسم النزاعات الناشئة في مختلف المسائل المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، إلا أنّ التحكيم الإداري يتميز عن غيره من أنواع التحكيم بالآتي :
- 1- **إنّ أهم ما يميز التحكيم الإداري أنّ القرار التحكيمي الصادر بين طرفي النزاع لا يخضع لرقابة أية سلطة أخرى، على خلاف الحال في القرار التحكيمي الصادر في القضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فإنّها تخضع لرقابة القضاء⁽⁵⁾.**
- 2- **إنّ اللجوء إلى التحكيم الإداري يمنح للأطراف المتنازعة ميزة سرعة حسم النزاع البعيد عن التعقيدات الإدارية، إذ أنّ الروتين الإداري والتعقيدات التي يواجهها طرفا النزاع تتلاشى أمامه، على خلاف الحال إذا ما تم اللجوء إلى القضاء إذ أنّه يتطلب وقتاً وجهداً إضافيين⁽¹⁾.**

(1) انظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010، ص 115.

(2) انظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص 115.

(3) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص 30 - 31.

(4) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص 44.

(5) انظر د. شمس مرغني علي، التحكيم في منازعات المشروع العام، عالم الكتب بالقاهرة، 1973، ص 10.

وهذا يتطابق مع غاية الإدارة التي يجسدها العقد الإداري والمتمثلة بتحقيق المصلحة العامة ودوام استمرار سير المرفق العام.

3- يتميز التحكيم الإداري عن بقية أنواع التحكيم بميزة مهمة، كونه يحافظ على شؤون الدولة عند تعاقدها وخاصة في حال كون موضوع العقد يتم بالسرية، إذ أنّ جلسات القضاء علنية ولا تكون سرية إلا في حالات معينة، فضلاً عن أنّه يمتاز بتوافر الثقة في المحكمتين، إذ أنّ طرفي النزاع يحرصون على وضع المنازعة في من يتوسمون فيه الثقة والكفاءة، كما يمتاز أيضاً بحرية اختيار القانون المطبق والقواعد الإجرائية والموضوعية⁽²⁾.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم الإداري عن غيره من الأنظمة المشابهة له

يعدّ عنصر الاتفاق بين الجهة الإدارية والمتعاقد أساس التمييز فيما بين التحكيم الإداري وغيره من النظم القانونية الأخرى، ويختلف التكييف حسب طبيعة المهمة التي يمنحها الاتفاق فإن كان يمنح سلطة القيام بعمل قضائي فإنّ الاتفاق يكون اتفاق تحكيم⁽³⁾. ويكون القرار الصادر استناداً له هو حكم تحكيم لذا سنتناول الفرق بين التحكيم الإداري والأنظمة القانونية الأخرى المشابهة له على النحو الآتي :

الفرع الأول: التحكيم الإداري والصلح

كما أسلفنا أنّ التحكيم الإداري هو طريقة لتسوية النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود الإدارية أو تفسيرها، فهو أصبح من الأساليب الحديثة التي تعتمد لغرض التوصل إلى تسوية النزاعات الناشئة بين الأطراف المتعاقدة بالطرق القانونية الاختيارية، بحيث تتوافر السرعة اللازمة والدقة المطلوبة بعيداً عن التعقيدات أو العراقيل الإدارية والتنظيمية التي يمكن أن يواجهها الأطراف، إذا ما أثرت هذه النزاعات أمام الجهات القضائية المختصة⁽⁴⁾. والميزة الأساسية للتحكيم الإداري بأنّه ينتهي إلى قرار تحكيمي نافذ لا يخضع لرقابة أي سلطة أخرى، بينما يخضع القرار الصادر في التحكيم العادي لرقابة القضاء⁽⁵⁾.

(1) انظر د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009، ص33.

(2) انظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص316 - 317.

(3) د. احمد شرف الدين، قواعد التحكيم، شركة ياس للطباعة، القاهرة، 2007، ص22.

(4) انظر : د. جعفر مشيمش، المصدر السابق، ص33.

(5) د. شمس مرغني علي، مصدر سابق، ص10.

أما الصلح هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه⁽¹⁾، فهو يقع عند حدوث نزاع بين الأطراف ويتم حل النزاع بإرادة الطرفين من بداية سلوكه وحتى نهايته، في حين أنّ التحكيم يبدأ بالاتفاق بين الطرفين ولكنه لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم، فالصلح يتم بعمل تعاقدية أما التحكيم فيتم حله بعمل قضائي يصدر من المحكم وليس من الطرفين، كما أنّ الصلح يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه أما في التحكيم فإنّ المحكم يمكن أن يحكم لطرف ما يدعيه ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح⁽²⁾.

وفي الفقه الفرنسي لم يتم اعتبار الصلح كوسيلة غير قضائية لتسوية المنازعات الإدارية بل ركّز على الوساطة والتسوية الودية والتوفيق⁽³⁾، والسبب في ذلك يعود إلى كون تلك الوسائل تتضمن في طبيعتها مفهوم الصلح، وفي فرنسا يجد الصلح الإداري مجالات تطبيقية في النزاع الناشئ عن إلغاء العقد الإداري، إذ يجد مجلس الدولة الفرنسي بأنّ الصلح الإداري سيحقق فائدة كبيرة للمرفق العام، إذ أنّه سيجنب الإدارة تأخير الفصل في المنازعات⁽⁴⁾.

أما في مصر والعراق فلم تنظم القوانين الصلح كطريقة من طرق تسوية المنازعات الإدارية بما فيها المنازعات المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية، ويتم اللجوء إلى أحكام الصلح الواردة في القانون المدني. ويرى جانب من الفقه العراقي بضرورة إيراد نص في قانون مجلس شوري الدولة العراقي فيما يتعلق بالصلح الإداري ليشمل النظر في منازعات القضاء الكامل بغية تبسيط إجراءات تسوية المنازعة الإدارية، أما ما يتعلق بمنازعات قضاء الإلغاء فلا يجوز التصالح فيها لتعلقها بالنظام العام ومن ضمنها منازعات إبرام العقود، وهي المنازعات الناشئة عن القرارات الإدارية أما المنازعات المتعلقة بالتعويض في هذه المرحلة فيمكن التصالح فيها⁽⁵⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي والقوانين الأوربية، ورقة عمل لمؤتمر القاهرة للتحكيم المنعقد بفندق النيل، يناير 1989، ص 54.

(2) د. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 187.

(3) د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2015، ص 65.

(4) د. محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، مصر، 2005، ص 71.

(5) د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات، مصدر سابق، ص 66.

الفرع الثاني: التحكيم الإداري والوساطة

الوساطة تعني لجوء المتعاقدين إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين لمساعدتهما في التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة، فالوساطة ترمي إلى التقريب من الطرفين وهذا الشخص ليس محكماً وليس له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم، وإنما هو يعرض اقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، فهو وسيط وليس محكماً⁽¹⁾.

وبذلك تختلف الوساطة عن التحكيم في أنّ الوسيط لا يطبق القانون على الوقائع ليتوصل إلى نتيجة، بل هو يساعد الأطراف المتنازعين في تطبيق قيمهم وتنفيذها على الحقائق الواقعية للوصول إلى حل النزاع، وهذه القيم يمكن أن تتضمن القانون والشعور بالنزاهة والعدالة والدين والأخلاق⁽²⁾.

وفي فرنسا نص المشرع الفرنسي في القانون الجديد للإجراءات المدنية على الوساطة القضائية لتسوية المنازعات المدنية، والتي يمكن تطبيقها أيضاً لتسوية بعض المنازعات الإدارية وأنشأ مؤسسة الوسيط التي تعمل في تسوية النزاع الإداري⁽³⁾.

أما في مصر فقد وجدت لجان التوفيق والتي تكون بمثابة وساطة إدارية.

أما عن العراق فتناول المشرع العراقي الوساطة كطريق لتسوية المنازعات المدنية إلا أنه أشار إلى الوساطة الإدارية في مجال العقود الحكومية، إذ أنه يجوز اللجوء إلى الوساطة الودية كوسيلة للتسوية البديلة للنزاع الناشئ في مرحلة إبرام وتنفيذ العقود الإدارية⁽⁴⁾. وهذا ما أشارت إليه المادة (8) أولاً من تعليمات العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) على أن ((يتم تسوية المنازعات بعد توقيع العقد بالتوافق (ودياً) ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقد معها وفق أحكام القانون والتعليمات المعنية وبنود العقد ويعدّ محضر ذلك الاتفاق بين الطرفين يصادق عليه من رئيس جهة التعاقد))⁽⁵⁾.

ونجد أنّ هذه التعليمات قد حددت نطاق سريانها بموجب أحكام الفصل الأول منها إذ نصت في المادة (1) أولاً على أحكام السريان للتعليمات والتي أشارت إلى أنها تسري على العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها وأخرجت من نطاق سريانها العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها مقاول أو مجهز أو استشاري، كذلك أخرجت العقود التي تبرمها الدولة مع الدول الأجنبية والمنعقدة استناداً إلى اتفاقيات أو بروتوكولات خاصة، كما أخرجت عقود وزارتي الدفاع والداخلية والأجهزة الأمنية فيما يتعلق بعقود التسليح من نطاق سريانها.

(1) د. عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، الطبعة الأولى، دار اشبيلية، الرياض، 1995، ص40.

(2) القاضي بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية، الوساطة القضائية، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص59.

(3) انظر : د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص67.

(4) انظر : القسم (12) من قانون العقود الحكومية رقم (87) لسنة (2008) العراقي النافذ.

(5) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) المنشورة في الوقائع العراقية رقم (4325) في (2014/6/16)، ص68.

لذا نجد أنّ هذه التعليمات قد أشارت صراحة إلى اللجوء إلى الوساطة (الودية) إذ أنّها ذكرت التوافق (ودياً) كطريق لتسوية المنازعة الإدارية وعند عدم التوصل إلى الاتفاق الودي يتم اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الثالث: التحكيم الإداري والخبرة

الخبير هو من يبدي رأياً فنياً وقد يبدي هذا الرأي بمناسبة نزاع معيّن بين الطرفين أو بناءً على طلب أحد الأشخاص دون قيام أي نزاع⁽¹⁾. فيكون رأي الخبير غير ملزم للأطراف ولا تثار مشكلة بالنسبة للتمييز بين الخبرة التي تتم بناءً على قرار القاضي أو المحكم وبين التحكيم، ولكن يظهر الفرق واضحاً في حال كون الخبرة قد اتفق عليها الطرفان خارج القضاء. إذ تتعلق مهمة الخبير بالوقائع أما مهمة المحكم تتعلق بالقانون، والخبرة تتعلق بمسألة فنية بحتة وليس بنزاع قانوني بالمعنى الصحيح.

الفرع الرابع: التحكيم الإداري وحكم القاضي

يختلف حكم المحكم الإداري عن حكم القاضي في أمرين، إذ يلزم حكم المحكم أن يصدر أمر القضاء بتنفيذه كما يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية - كما أنّ للمحكم الإداري صلاحيات تزيد عن صلاحيات القاضي، إذ أنّه غير مقيد بقواعد القانون الإجرائية فضلاً عن أنّه يعفى من التقيد بقواعد القانون الموضوعية في حال اتفاق الطرفين على ذلك⁽²⁾. فيتفق الطرفان على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، فإن لم يتفق الطرفان على ذلك كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام قانون التحكيم اختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة. كذلك تطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي يتفق عليها الطرفان، فإن لم يتفق الطرفان عليها جاز لهيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنّه الأكثر اتصالاً بالنزاع⁽³⁾.

(1) د. أحمد شرف الدين، مصدر سابق، ص 115.

(2) أحمد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2003، ص 99، وانظر: د. شادية إبراهيم مصطفى المحروقي، ود. أحمد محروس علي ناجي، مصدر سابق، ص 58.

(3) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 329.

المبحث الثاني: التحكيم الإداري كطريق لتسوية المنازعات الإدارية

انقسم الفقه في شأن التحكيم الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية إلى اتجاهين، أولهما يؤيد اللجوء إلى تلك الوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية وثانيهما يرفض ذلك لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين وكالآتي :

المطلب الأول: الاتجاه المؤيد للجوء للتحكيم الإداري لتسوية المنازعة الإدارية

الفرع الأول: التحكيم الإداري في مصر

انقسم الفقه المصري بصدد التحكيم الإداري إلى قسمين :

القسم الأول : أيد جانب من الفقه المصري قبل صدور القانون المنظم للتحكيم رقم (47) لسنة (1994) فكرة جواز الاتفاق على تسوية منازعات العقود الإدارية بواسطة التحكيم، وفقاً للقواعد الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، إذ أجاز المشرع في مصر منذ صدور القانون رقم (25) لسنة (1912) للحكومة أن تلجأ إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن عقود الأشغال العامة والتوريد والامتياز⁽¹⁾، وعندما صدر القانون رقم (74) لسنة (1954) نص على أنه ((يجوز فض المنازعات القائمة بين الدول والغير عن طريق التحكيم بمشاركة تحكيم خاصة يحدد فيها موضوع النزاع وأسماء المحكمين)) كما قد احتوت أغلب العقود المبرمة بين الدولة والشركات الخاصة لاستغلال موارد الثروة الطبيعية خاصة في مجال التنقيب عن البترول واستغلاله، ذلك بالنص على أن يحال على التحكيم كل نزاع قد نشأ بين الحكومة والمتعاقد معها يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد⁽²⁾.

ويرى هذا الجانب أن هيئات التحكيم ليست جهات إدارية ذات اختصاص قضائي، بل أنها جهات قضائية فالقانون رقم (137) لسنة (1981) جعل هيئة التحكيم في منازعات العمل تتكون من إحدى دوائر محكمة الاستئناف التي تحددها الجمعية العمومية لكل محكمة في بداية كل سنة، ويضاف إليها اتفاق مندوب عن وزارة القوى العامة ينوبه لذلك وزيرها ومندوب عن الوزارة المعنية بالنزاع ينوبه لذلك وزيرها، وتكون الرئاسة لرئيس الدائرة المذكورة وقرار هذه الهيئة يصدر بأغلبية الآراء ويكون مسبباً ويعتبر بمثابة حكم صادر من محكمة الاستئناف بعد وضع الصيغة عليه من قلم كتاب محكمة الاستئناف المختصة، وهيئات التحكيم إذن لا يمكن أن يترسب الشك في أنها هيئات قضائية وليس جهات إدارية ذات اختصاص قضائي⁽³⁾. في مجال عقود العمل. إلا أن هذا القانون واجه النقد إذ ذهب البعض إلى القول أن هذا النص لا مبرر له، ذلك أن هيئات التوفيق والتحكيم

(1) د. مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون سنة طبع، ص142.

(2) د. محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة بطنطا، 1993، ص165.

(3) انظر : د. مصطفى أبو زيد فهمي، في القضاء الإداري، مجلس الدولة، الطبعة الثالثة سنة (1966)، ص310؛ وانظر : د. إبراهيم المنجي، التعليق على قانون مجلس الدولة في ضوء آراء الفقه وأحكام وفتاوى القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص156.

في منازعات العمل تعتبر كغيرها هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي تصدر قرارات إدارية وبالتالي ضرورة إخضاعها لولاية القضاء الإداري⁽¹⁾.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدد من المبررات ومنها :

1- عدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يحظر التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية⁽²⁾.
2- أنّ أحكام قانون المرافعات قد أشارت بالمادة الثالثة من مواد إصداره إلى تطبيقها على منازعات العقود الإدارية فيما لم يرد به نص خاص بهذا القانون، وبما لا يتعارض مع روابط القانون العام التي تجيز الاتفاق على التحكيم، كما أشار القانون إلى عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح أي جعلت موضوعات التحكيم هي ذاتها موضوعات الصلح، وعليه فإنّ التحكيم شأنه شأن الصلح لا يشكل مساساً باختصاص المحكمة المختصة بنظر النزاع⁽³⁾.

3- إنّ نص المادة (10) من قانون مجلس الدولة والذي له اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية هي الحد الفاصل بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري.

القسم الثاني : أنكر فقهاء هذا القسم جواز الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية جملةً وتفصيلاً، وقد ذهب هذا الاتجاه إلى رفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى حد اعتباره مخالفاً للدستور ولفكرة النظام العام ذاتها⁽⁴⁾، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى مبررات وهي :

1- إنّ التحكيم يشكّل مساساً بسيادة الدولة، إذ أنّه يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة بما ينطوي عليه من سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهراً من مظاهر تلك السيادة، إذ أنّه بموجب اتفاق التحكيم تتجه إرادة طرفيه إلى تسوية نزاعهم بعيداً عن قضاء الدولة مما يشكل مساساً بسيادتها⁽⁵⁾.

وقد تعرض هذا المبرر إلى انتقاد ذلك أنّ بعض الفقه يرى أنّ قضاة الدولة قد يكونوا غير متخصصين في المسائل الفنية محل النزاع، الأمر الذي يدفعهم إلى الاستعانة بخبير ووقف الفصل في الدعوى انتظاراً لرأيه لذا لا يعدّ مساساً بسيادة الدولة⁽⁶⁾.

2- لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية إذ أنّه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، والعقود الإدارية تستهدف تحقيق الصالح العام وهو قوام فكرة النظام العام.

(1) د. محسن خليل، القضاء الإداري، 1991، ص306.

(2) د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص197.

(3) د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص259.

(4) د. محمود التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، دار الفكر الجامعي، 1995، ص130.

(5) د. محمود التحيوي، مصدر سابق، ص145.

(6) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص41.

كما أنّ قواعد الاختصاص تعدّ من النظام العام إذ قد نصت المادة (1) منه ((على اختصاصاته بنظر منازعات العقود الإدارية))، وفي هذا النص قصر لتسوية منازعات العقود الإدارية على القضاء الإداري دون سواه من وسائل تسوية المنازعات الإدارية ومنها التحكيم⁽¹⁾.

وهذا الخلاف الفقهي لم يحسم بصدور القانون (27) لسنة (1994) إذ أنّه لم يحسم الخلاف حول جواز أو عدم جواز التحكيم الإداري، لأنّه لم يتضمن نصاً يجيز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الإدارية. إلا أنّ هذا الموضوع قد حسم عند ورود نص صريح في القانون رقم (9) لسنة (1997) إذ أنّه أضاف فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون رقم (27) لسنة (1994) إذ أنّه نص على : ((... بالنسبة للمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية يكون بالاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتيادية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك))⁽²⁾.

فنظراً لأهمية وخطورة التحكيم في العقود الإدارية، اشترط المشرع المصري أن يتم الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي إحدى الوزارات أو بواسطة من يتولى اختصاص الوزير بالنسبة للأشخاص الاعتيادية العامة، وهو رئيس الهيئة العامة المتعاقدة بالنسبة للأشخاص المرجعية أو المحافظ بالنسبة للأشخاص المحلية، وحرص المشرع على أن يتولى هذا المسؤول الموافقة على التحكيم دون أن يكون له حق التفويض في إبرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية وإلا كان الاتفاق باطلاً لحدوثه من غير ذي صفة⁽³⁾.

الفرع الثاني : التحكيم الإداري في العراق

نص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل في المواد من (251 – 276) إلى جواز الاتفاق على التحكيم في نزاع معيّن، فضلاً عن جواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معيّن، وبذلك نجد أنّ المشرع العراقي قد أجاز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية⁽⁴⁾، فضلاً عن أنّه أورد في بعض القوانين والشروط العامة للمقاولات نصوص خاصة بالتحكيم كوسيلة لفض النزاعات، التي تكون أحد أطرافها الجهة الإدارية وهذه القوانين هي :

(1) د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية السنة (33) العدد الأول سنة (1991)، ص330؛ وانظر : د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004، ص110.

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص95.

(3) د. ماجد راغب الطلو، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص340.

(4) د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص72.

1- قانون التعاون رقم (202) لسنة (1970) إذ أشارت المادة (47) الفقرة (2) منه إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم.

2- أشارت الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية التي تطبق في مجال العقد الإداري المدني برقم (1) لسنة (2008) الملغاة، إذ نصت إلى إلزام الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم على مراعاة ما يأتي :

تضمن عقود الأشغال العامة أحكاماً تلزم تطبيق شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية وشروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية، المعتمدة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي المعمول بها داخل العراق، واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد وفي كل ما لم يرد به نص⁽¹⁾. وقد أشارت المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود رقم (1) لسنة 2008 (الملغاة) إلى آلية فض المنازعات بعد توقيع العقد وهي كالآتي :

أولاً - تفض المنازعات بعد توقيع العقود العامة بمختلف أنواعها باستخدام إحدى الأساليب الآتية :

أ- التوفيق - ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد (المتعاقد معها من مقاولين أو مجهزين أو استشاريين) لدراسة الموضوع والاتفاق على المعالجات حسب أحكام القوانين والتعليمات النافذة في شأن موضوع النزاع.

ب- التحكيم - ويكون باختيار كل طرف متنازع حكماً يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع، ويختار المحكمان حكماً ثالثاً لرئاسة لجنة التحكيم، وفي حالة تعذر ذلك تتولى محكمة الموضوع اختيار المحكم الثالث، وعند ذلك تقوم لجنة التحكيم بدراسة الموضوع المتنازع عليه بكل حيثياته، وتصدر اللجنة قرارها النهائي لحسم النزاع ويتحمل الطرف الخاسر نفقات التحكيم، ويكون ملزماً بقرار اللجنة بعد تصديقه من محكمة الموضوع وفقاً للقانون.

ج- إحالة النزاع إلى المحاكم المختصة لإصدار حكمها بموضوع النزاع، مع الأخذ بنظر الاعتبار القانون الواجب التطبيق لفض هذه النزاعات.

د- لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد، وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة، وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع⁽²⁾.

ثانياً - يلتزم طرفا العقد باختيار الأسلوب الأمثل لفض النزاعات الناجمة عن تنفيذ العقد بينهما، بإحدى الطرق المنصوص عليها في البند أولاً من هذه المادة بموجب شروط التعاقد المتفق عليه⁽³⁾.

(1) انظر المادة (20) من الشروط العامة لأعمال مقاولات الهندسة المدنية رقم (1) لسنة (2008) الملغاة.

(2) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الملغاة المنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4075 /19 ايار/2008.

(3) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الملغاة.

- 3- الشروط الخاصة بالمقاولات لأعمال الهندسة المدنية (1987) وشروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية لسنة (1987).
- 4- المنشور الصادر عن وزارة التخطيط سنة (1972) لتنظيم الإجراءات المقترضة لممارسة صلاحية الموافقة إلى اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾.
- 5- قانون عقود المقاولات العامة لسنة (2004) إذ أنه نص إلى جواز التسوية البديلة للنزاع الإداري في مجال العقود الإدارية شرط اتفاق الأطراف عليها ومن ضمنها التحكيم⁽²⁾.
- 6- أشارت الفقرة ثانياً من المادة (8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) النافذة إلى أنه ((عند عدم التوصل إلى اتفاق ودي يتم اللجوء إلى أحد الأساليب التي يجب أن ينص عليها في العقد وهي كالاتي :
- أ- التحكيم ويكون وفقاً لما يأتي :
- (1) التحكيم الوطني : ويكون وفقاً للإجراءات المحددة في شروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969).
- (2) التحكيم الدولي : لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً على أن يراعى ما يأتي⁽³⁾ :
- (أولاً) - أن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة.
- (ثانياً) - تحديد مكان ولغة التحكيم.
- (ثالثاً) - اعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق.
- (رابعاً) - أن تتوفر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب.
- ب- إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة في الموضوع لحسمه.
- كما أشارت هذه التعليمات إلى أنه يلتزم طرفا العقد باختيار الأسلوب الأمثل لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذه بينهما، وفقاً لأحد الأساليب المنصوص عليها في هذه المادة وفق شروط التعاقد المتفق عليها، والتي يجب ذكرهما ابتداءً في وثائق المناقصة⁽⁴⁾.
- ويتضح من هذه التعليمات أنّ المشرع العراقي قد أجاز اللجوء إلى التحكيم بالشروط الآتية :
- 1- عدم إمكانية تسوية النزاع ودياً بين طرفي التعاقد.

(1) انظر د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص 72.

(2) القسم (2) من قانون عقود المقاولات العامة لسنة (2004).

(3) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014) المنشورة في الجريدة الرسمية (جريدة الوقائع العراقية)، بالعدد (4325) في (2014/6/16).

(4) انظر المادة (8) الفقرة ثالثاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة (2014).

2- أن ينص العقد على اللجوء للتحكيم ويحدد وفقاً لشروط المناقصة أو بقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969).

3- يكون اللجوء إلى التحكيم الوطني لتسوية النزاعات الإدارية الناشئة عن إبرام العقود الإدارية الوطنية مع شخص من أشخاص القانون الخاص، مع الأخذ بنظر الاعتبار الاستثناءات الواردة بهذه التعليمات والمتضمنة إخراج طائفة العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها مقاول أو مجهزة أو استشاري، فضلاً عن العقود المبرمة من قبل وزارتي الدفاع والداخلية والأجهزة الأمنية الخاصة بالتسليح كما أسلفنا.

ولم يقتصر المشرع العراقي على الإحالة إلى التحكيم الوطني، بل أشار أيضاً إلى اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة في حالات الضرورة للمشاريع الكبرى والمهمة، عندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً إذ يتطلب توافر الشروط الآتية :

1- أن يكون العقد بين الدولة وجهة أجنبية لتنفيذ مشروع استراتيجي.

2- أن يتم تحديد مكان ولغة التحكيم.

3- أن يتم اللجوء إلى هيئة تحكيمية دولية معتمدة.

4- أن يكون القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق.

5- توافر المؤهلات المطلوبة لدى الجهة التعاقدية لتسوية المنازعات بأسلوب التحكيم⁽¹⁾.

كما نص المشرع في حال استكمال الإجراءات المتقدمة يتم إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة في الموضوع لحسمه، كما أزم القانون العراقي طرفي العقد بضرورة اختيار الأسلوب الأمثل لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقد وفقاً للاتفاق الودي أولاً وبعدها يتم اللجوء إلى التحكيم، ومن هنا يتضح أنّ موقف المشرع العراقي أشار إلى تسوية (المنازعات إجبارياً) باللجوء إلى الاتفاق الودي وبعدها يصار إلى التحكيم، وهنا إلزام لجهة التعاقد الإدارية بضرورة النص على ذلك في العقود المبرمة مع شخص من أشخاص القانون العام، أو العقود المبرمة مع جهة أجنبية خاصة بمشاريع استراتيجية ومهمة سواء في الشروط العامة للمقاولات الملغاة أو النافذة.

المطلب الثاني: الاتجاه المعارض للجوء للتحكيم الإداري في فض المنازعات الإدارية

الفرع الأول: التحكيم الإداري في فرنسا

يشكل التحكيم مساساً بمركز الشخص المعنوي العام في فرنسا إذ يعدّ التحكيم محرماً في مجال القانون العام الفرنسي، على أن هذا التحريم لا يكون مطلقاً إذ يوجد بعض الاستثناءات الواردة عليه.

(1) انظر : (2) من المادة (8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، (2014).

وبالرغم من إنكار القضاء الفرنسي حق أشخاص القانون العام في الرجوع إلى التحكيم وهذا الإنكار تجسد بصور قانون (5 يوليو عام 1972) الذي تم بتعديل المادة (2060) من التقنين المدني الذي حظر بموجبه التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمؤسسات العامة، بل وبجميع المسائل المتصلة بالنظام العام مع وجود استثناءات لبعض فئات المؤسسات العامة الصناعية والتجارية التي لها إمكانية الرجوع إلى التحكيم⁽¹⁾.

أولاً - الاستثناءات الواردة على منع التحكيم في فرنسا

- 1- القانون الخاص بالصفقات العامة الصادر عام 1906 إذ نص في المادتين (247 و 361) منه على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الصفقات العامة، ولكن بصفة محددة وفيما يتعلق بتصفية النفقات في مجال عقد الأشغال العامة والتوريد فقط⁽²⁾.
- 2- التحكيم الإداري بصفة استثنائية المنصوص عليه في القانون الصادر في عام 1919 الخاص بالطاقة الهيدروإليكتريكية⁽³⁾.
- 3- التصريح لبعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية بشكل محدود بالرجوع إلى التحكيم لحل منازعاتها والمنصوص عليها بموجب القانون رقم 9 لسنة 1975⁽⁴⁾.
- 4- القانون الصادر عام 1982 والذي أجاز للشركة الوطنية للسكك الحديدية اللجوء للتحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الخاصة بها⁽⁵⁾.
- 5- القانون الصادر عام 1986 الذي أجاز للدولة والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرم مع شركات أجنبية لتحقيق عمليات للمصلحة الوطنية من أجل تسوية النزاعات الناشئة عن عقودها. إذ أشار القانون ((يجوز للدولة والوحدات المحلية والمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لإنجاز عمليات تتصل بالمصلحة العامة أن تضمن عقودها شروط تحكيم لتسوية المنازعات المتصلة بتطبيق وتغيير هذه العقود))⁽⁶⁾.

(1) د. زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 325.

(2) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص 332.

(3) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص 332.

(4) انظر د. إلياس الشبخاني، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص 12.

(5) انظر د. أشرف محمد خليل حماد، التحكيم في المنازعات الإدارية وأثاره القانونية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 358.

(6) انظر إلياس الشبخاني، البنود التحكيمية في العقود، المصدر السابق، 2008، ص 12؛ وانظر د. جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 157.

6- اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في العقود المبرمة من قبل الحكومة الفرنسية تطبيقاً لاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي عام 1961، إذ أجازت المادة الثانية منها التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة وقد نصت على أنّ (الأشخاص المعنوية للقانون العام تملك القدرة على إبرام اتفاق التحكيم)، وكذلك اتفاقية (واشنطن) عام 1965 التي أجازت اللجوء ضمناً إلى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام⁽¹⁾.

ثانياً: موقف القضاء ومجلس الدولة الفرنسي من اللجوء للتحكيم الإداري

أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدداً من القرارات في المنازعات الخاصة بالدولة والمؤسسات العامة الفرنسية، اعترفت فيها بإمكانية التحكيم في منازعات العقود المتصلة بعلاقات التجارة الدولية واستندت بتلك الأحكام إلى اعتراف القانون الأجنبي بصحة شرط التحكيم، وأكدت في أحد أحكامها إلى استقلال العقد الدولي وعدم شموله مبدأ حظر التحكيم، إذ أنّ العقد الدولي لا يمكن أن يشمل بالحظر كونه ينصب على أشغال تدخل في طبيعتها في اختصاص الدولة وتحريم التحكيم يؤثر سلباً على الدولة⁽²⁾.

أما عن موقف مجلس الدولة الفرنسي من اللجوء للتحكيم الإداري.

فقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي ببطان شرط التحكيم الوارد في عقود الأشغال العامة استناداً إلى نص المادة (2061) من التقنين المدني التي تحظر شرط التحكيم، وأن توجه مجلس الدولة الفرنسي رغبة منه في جعل الهيئات العامة تظهر رضاها عن قضاء الدولة وأن لا تهمل في الدفاع عن مصالحها العامة فضلاً عن أنّ التحكيم يمس اختصاص القضاء الذي ينفرد إلى الهيئات التي تقوم به، وأنّ التمسك به يشكل مساساً بمبادئ القانون الإداري التقليدي ويظهر اجتهادات أخرى تتبثق عن التحكيم، وهذا ما تمسكت به المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي مع استثناء بعض فئات المؤسسة العامة الصناعية والتجارية إذ أجاز لها اللجوء إلى التحكيم وفقاً للفقرة المضافة للمادة المذكورة⁽³⁾.

وعلى الرغم من الموقف المذكور كان لمجلس الدولة الفرنسي دوراً تمثل بالمطالبة بتوسيع إطار التحكيم بموجب التقرير الخاص به، والذي تم تقديمه بعنوان ((تسوية المنازعات بطريقة أخرى وقد صدر عام 1993⁽⁴⁾، والذي انتهى إلى مقترحات تمثلت بالآتي :

1- تعميم التحكيم في مجال العقود الإدارية المسماة Lesmarches.

(1) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص333.

(2) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص180.

(3) انظر د. زكي محمد النجار، المصدر السابق، ص325، وانظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق،

ص330، وانظر أيضاً د. عثمان ياسين علي، المصدر السابق، ص75.

(4) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص335.

2- السماح لأي مؤسسة عامة بالرجوع إلى التحكيم شرط اعتراف الحكومة بذلك بموجب مرسوم يصدر يسمح لها بالرجوع إليه.

3- الرجوع إلى التحكيم في العقود الخاصة بالوحدات المحلية المبرمة مع الهيئات الأجنبية(1).

الفرع الثاني: التحكيم الإداري في لبنان

الموقف من اللجوء إلى التحكيم الإداري في لبنان يتوافق مع موقف القانون الفرنسي، إذ أنّ الاصل العام وفقاً للقانون اللبناني هو حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية فقد استقر مجلس شورى الدولة اللبناني على عدم صحة التحكيم في القضايا المتعلقة بالإدارة العامة، إذ أنّ التحكيم يعدّ تنازلاً مسبقاً من الإدارة عن بعض حقوقها أو أنّه يمنح الخصم حقوقاً قد لا يكون لها نصيب من الصحة وهذا ما يحظره القانون(2).
إلا أنّ القانون اللبناني أورد استثناءات على هذا الحظر كما هو الشأن في القانون الفرنسي، وتعلقت هذه الاستثناءات بجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها المؤسسات العامة الصناعية والتجارية(3).

أولاً - الاستثناءات الواردة على منع التحكيم في لبنان

أجاز القانون للمتعاقدین أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بنداً ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح، التي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه.
كما يجوز للدولة وللأشخاص القانون العام أيّاً كانت طبيعة العقد موضع النزاع اللجوء إلى التحكيم ويكون تاريخ تعديل القانون هو المعول عليه في نفاذ البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، ولا يكون نافذاً إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناءً لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين في القانون العام(4).
وهذا ما أشار القانون في المادة (762) المعدلة بموجب المادة الأولى من القانون رقم 440 الصادر في 2002/7/29 والخاصة في موضوع التحكيم في النزاعات القابلة للصلح ولجوء الدولة إلى التحكيم.

(1) انظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص335.

(2) أحمد الساقوط، مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور على موقع العلوم القانونية 11/فبراير/2013 منشور على الموقع الإلكتروني

<http://www.marocdriot.com>

(3) أحمد الساقوط، المصدر السابق.

(4) انظر المادة 762 من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدلة بموجب القانون رقم 440 الصادر في 2002/7/29.

ثانياً: موقف القضاء ومجلس الدولة اللبناني من التحكيم الإداري

بادئ الأمر استقر القضاء اللبناني على إبطال اتفاقيات التحكيم الواردة في العقود الإدارية، إذ أنّ اختصاص النظر في المنازعات الإدارية تكون للقضاء الإداري.

وقد أصدر مجلس شوري الدولة اللبناني أحكاماً تقضي ببطان اتفاقية التحكيم الموقعة من قبل الدولة اللبنانية مع شركات الهاتف النقال العاملتين في لبنان، إذ صدر الحكم الأول بتاريخ 2001/7/17 والذي أبطل بموجبه اتفاقية التحكيم من قبل مجلس شوري الدولة الواردة في عقدي الهاتف النقال مع شركتي (سيلس) و(لبنان سيل)⁽¹⁾.

أما بعد صدور قانون رقم 440 لسنة 2002 قانون تعديل المادة (762) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، توضّحت بشكل تام الحدود التي يعمل ضمنها المحكم الإداري، فاقتصاص المحكم في العقود الإدارية يكون متعلقاً بتنفيذ العقد الإداري وتفسيره، أما القضاء الإداري فله الاختصاص الحصري في الإبطال بسبب تجاوز السلطة وهذا التحديد لصلاحيات المحكم الإداري أدى إلى خلق وضع غير مستقر بين القضاء الإداري والتحكيم الإداري، إذ أنّ اللجوء إلى القضاء الإداري في حسم المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية، يعيد أطراف النزاع إلى التعقيدات الإدارية والروتين الطويل وعدم السرعة في حسم المنازعات الإدارية⁽²⁾.

خاتمة

بعد أن أكملنا بحث موضوع توصلنا إلى الاستنتاجات الآتية :

- 1- يعدّ التحكيم من أهم الظواهر القانونية التي اتسع نطاقها وتم الاعتراف بها من قبل كافة دول العالم على الرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية.
- 2- اختلاف التحكيم عن الأنظمة القانونية المشابهة له والمتمثلة بالوساطة والصلح والحكم القضائي.
- 3- يعدّ التحكيم إدارياً عندما يكون أحد أطراف التعاقد شخصاً معنوياً عاماً يسعى لتحقيق منفعة عامة فيعتمد لحل النزاعات الناشئة عن العقد المبرم مع شخص من أشخاص القانون الخاص.

(1) انظر القاضي الدكتور محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية، منتدى محامي سوريا، نقابة المحامين في 2012/7/28 منشور على الموقع الإلكتروني

www.damascusbar.org/showtheard .

(2) تنظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص330.

- 4- نص المشرع المصري والعراقي بنصوص صريحة وواضحة إلى اعتماد التحكيم كطريقة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الإدارة مع القطاع الخاص.
- 5- إنّ المشرع العراقي أشار صراحة إلى التحكيم الإلزامي سواء أكان وطنياً أم دولياً، وألزم جهات التعاقد على ضرورة النص عليه عند إبرامها للعقود.
- 6- إنّ المشرع العراقي لم يقتصر على النص على اللجوء إلى التحكيم الإلزامي بل أشار إلى التسوية (الودية) أيضاً كطريق لتسوية المنازعات الناشئة عن إبرام العقود الإدارية.
- 7- على الرغم من حظر المشرع الفرنسي في قانونه اللجوء إلى التحكيم كونه يشكل مساساً بسيادة الدولة إلا أنه وردت بعض الاستثناءات على هذا التحريم. وكذلك كان منهج المشرع اللبناني إذ أنه أجاز اللجوء إلى التحكيم إلا أنه أورد عليه استثناءات.

الجانب المادي للقانون الدولي الإنساني

ناتوري كريم⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

يُعرف القانون الدولي الإنساني تقليدياً بقانون الحرب والأشخاص، فهو مجموعة من القواعد التي تهدف إلى الحد من آثار العمليات الحربية، لا سيما فيما يتعلق بالسكان المدنيين، والمرافق المدنية والأشخاص الذين لا يشاركون في القتال، كما يعمل من أجل تقييد حق استخدام ووسائلهم القتال والأسلحة الحربية. يسمى القانون الدولي الإنساني أيضاً "قانون النزاعات المسلحة"، يضمن حماية للأعيان المادية والمدنية وهو ما يعرف بالجانب المادي للقانون الدولي الإنساني الذي يشمل جميع الأعيان التي لا تُعد أهدافاً عسكرية، والبيئة الطبيعية والمناطق الخاصة كالمراكز الطبية والمناطق المنزوعة السلاح.

الكلمات المفتاحية:

القانون الدولي الإنساني، الجانب المادي للقانون الدولي الإنساني، الأهداف العسكرية، الممتلكات الثقافية، الأعيان المادية والمدنية، حماية البيئة الطبيعية والمناطق الخاصة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/04/05، تاريخ قبول المقال: 2018/07/02، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: ناتوري كريم، "الجانب المادي للقانون الدولي الإنساني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 267-288.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

⁽¹⁾ أستاذ محاضر قسم "ب"، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر

المؤلف المرسل: natourik@gmail.com

Physical Aspect of International Humanitarian Law

Abstract:

International humanitarian law (IHL), the name of what is traditionally known as the law of war and of people, is a set of rules that tends to limit the effects of war operations, especially with regard to populations and civilian installations and people who do not participate in the fighting, or limit the objectives, means and weapons of war. IHL is also called the law of armed conflict. It ensures the protection of the material and civil objects, which is known as the physical aspect, that includes all objects that are not military targets and the environment and special areas such as medical centers and demilitarized zones.

Keywords:

International Humanitarian Law, Physical Aspect of International Humanitarian Law, Military Objectives, Cultural Properties, Physical and Civilian Objects, Protection of the Natural Environment and Special Areas.

Aspect Physique du droit international Humanitaire

Résumé :

Le droit international humanitaire (DIH), appellation de ce qui est connu traditionnellement sous le nom du droit de la guerre et des gens, est un ensemble de règles qui tend à limiter les effets des opérations de guerre, en particulier à l'égard des populations et des installations civiles et des personnes qui ne participent pas aux combats, ainsi qu'en limitant les objectifs, les moyens et les armes de guerre. Le DIH est également appelé « droit des conflits armés ». Il assure la protection des objets matériels et civils, qui est connu comme l'aspect physique du droit international humanitaire, qui comprend tous les objets qui ne sont pas des cibles militaires, l'environnement et les zones démilitarisées.

Mots clés:

Droit International Humanitaire, Aspect Physique du Droit International Humanitaire, Objectifs Militaires, Biens Culturels, Objets Matériels et Civils, Protection de L'Environnement Naturel et Zones Spéciales.

مقدمة

يشمل القانون الدولي الإنساني مجموعة من القواعد التي تهدف إلى جعل الحرب أكثر إنسانية، سواء في العلاقة بين الأطراف المتنازعة، أو بالنسبة إلى الأشخاص غير المنخرطين في النزاع المسلح، أو بخصوص الأعيان والأهداف غير العسكرية، فالقانون الدولي الإنساني يتضمن جانبين الأول شخصي أو فئات الأشخاص والكائنات المحمية بموجبه، والثاني مادي أو موضوعي يخص الأشياء أو الأعيان أو الأماكن محل الحماية، إذ وسَّع الحماية لتشمل الأعيان والأماكن المدنية، لأنَّ الحماية المقررة للأشخاص والكائنات ستكون عقيمة في غياب حماية موازية للمؤسسات والأماكن المدنية التي تأويهم، ودون توفير حماية خاصة لبنيتهم الطبيعية¹، خاصةً أنَّ الواقع أثبت أنَّ ويلات النزاعات المسلحة لم تتوقف عند حد الإضرار بالإنسان، بل شملت ممتلكاتهم الشخصية وممتلكات الدولة ومرافقها الحيوية والتراث الإنساني والثقافي للشعوب².

فضمان فعالية تطبيق التمييز بين المدنيين والمقاتلين، وتدعيم حماية السكان المدنيين، يستوجب حظر توجيه الهجمات العسكرية ضد الأهداف المدنية، باعتبارها تلك الأعيان التي لا تُعد عسكرية سواء كان بطبيعتها أم بموقعها أم بغايتها³، وحظر المساس بتوازن البيئة وسلامتها، وتستند قواعد الحماية العامة للأعيان المدنية على المبدأ الذي يعتبر الهجمات مشروعة عندما توجَّه فقط ضد الأهداف العسكرية التي يحقق تدميرها كلياً أو جزئياً فائدة عسكرية مؤكدة⁴، لكن مهما تكن الفائدة العسكرية فلا يمكنها أن تتعدى الاعتبارات الإنسانية بهدف تحقيق مغزى القانون الدولي الإنساني ألا وهو الحماية.

¹-أبو الوفا أحمد، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني (في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 03-04. راجع أيضاً:

-زربول سعدية، حماية حقوق المدنيين أثناء النزاعات المسلحة (في الشريعة الإسلامية وفي القانون الدولي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة تيزي وزو، 2003، ص 83.

²- العناني إبراهيم محمد، "الحماية القانونية للتراث الإنساني والبيئة وفق النزاعات المسلحة"، القانون الدولي الإنساني (آفاق وتحديات)، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 25.

³-المادة 52 فقرة 1 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المبرمة في 12 أوت 1949، المتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة لعام 1977، انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-68، المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر.ع 20 لسنة 1989.

-R.H.F Austin, « Le Droit des Conflits Armés Internationaux », in : BEDJAOUI Mohamed (RG), Droit International : Bilan Et Perspectives, Tome II, Edition A.Pedone, Paris, 1991, p 843.

⁴- وقد كانت الحرب التقليدية تسمح بتطبيق هذه القاعدة عندما كانت تُميز بين ما يمكن أن يطلق عليه جبهة القتال أو منطقة العمليات. أنظر:

-الشلالدة محمد فؤاد، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 261.

بناءً على ما تم تقديمه نتساءل عن المجالات التي يشملها الجانب المادي للقانون الدولي الإنساني؟ وللإجابة على هذه الإشكالية نتولى دراسة حماية الأعيان المدنية (أولاً)، ثم حماية البيئة الطبيعية والمناطق الخاصة (ثانياً).

أولاً: حماية الأعيان المدنية

نقصد بالأعيان المدنية كافة الأعيان التي ليس لها أهداف عسكرية، وهي متعددة ومتنوعة، لذلك سنركز على دراسة حماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين(1)، ثم حماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة (2)، وحماية الأشغال والمنشآت المحتوية على مخاطر "قوى أو مواد خطيرة"(3).

1-حماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين

يفرض المبدأ العام بحماية المدنيين الذي يمنع الهجمات العسكرية ضد السكان المدنيين، تمييز هذه الفئة عن المقاتلين، ومنع تجويعهم كأسلوب من أساليب الحرب، والامتناع عن توجيه الضربات العسكرية ضد الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين⁵، لكن هناك حالات محددة ومعينة تُستثنى من الحماية، وعلية نتناول هذا العنصر في نقطتين، كيفية حماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين (أ)، ثم حالات فقدان الحماية (ب).

أ-كيفية حماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين

استقر العمل في ظل النظرية التقليدية على إجازة استخدام كل وسائل القتال، فكانت الأطراف المتقاتلة تلجأ إلى استخدام أساليب التجويع الاقتصادي للمدنيين، كوسيلة للضغط على العدو وإجباره على الاستسلام فتم اللجوء إلى الحظر الجوي والبري والبحري كعمليات انتقامية وردعية للضغط على العدو⁶.

بعدها قيّدت اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907 حق المتحاربين في اختيار وسائل القتال، فأباحت ضرب المدن بهدف حملها على الاستسلام، وأشارت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 إلى حماية المرضى والجرحى، إلا أنها لم تذكر باقي المنشآت الضرورية للحياة المدنية⁷، واستقرت الأوضاع على ذلك إلى أن تم إبرام

⁵-أنظر المادة 54 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁶- الشلالدة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 272. أنظر أيضاً: =

-زربول سعديّة، المرجع السابق، ص 89.

⁷- اتفاقيات جنيف الأربعة المبرمة بتاريخ 12 أوت 1949، دخلت حيز النفاذ في 21 جوان 1950، انضمت إليها الجزائر أثناء حرب التحرير من طرف الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية. أنظر أيضاً:

-سعد الله عمر، تطور تدوين القانون الإنساني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997، ص 195.

البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1949، في مادته 54 تحت عنوان الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين⁸، وبموجب هذه المادة تم حظر تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب⁹، وتحقيقاً لهذه القاعدة تم حظر مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تقطيع الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، مثل المواد الغذائية والمناطق الزراعية التي تنتج المحاصيل والماشية ومرافق المياه الصالحة للشرب وشبكتها وأشغال الري¹⁰، وذلك مهما كان الباعث سواء تعلق الأمر بتجويع المدنيين أو حملهم على النزوح أو لأيّ باعث آخر¹¹.

ب- حالات فقدان الحماية

تعرف الحماية المقررة للأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين حدود معينة، فهي ليست مطلقة¹²، وطبقاً للفقرة الثالثة من المادة 54 تفقد هذه الحماية إذا استعملت تلك الأعيان والمواد من قبل الخصم كزاد لأفراد قواته المسلحة وحدهم، أو دعماً مباشراً لعمل عسكري شريطة أن لا يؤدي ذلك إلى تجويع المدنيين أو نزوحهم في حالة استخدامها من طرف المدنيين وللعسكريين في آن واحد¹³.

⁸-تعتبر هذه المادة ثمرة جهود اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي قدمت مشروع نصّها وتم دراسته خلال مؤتمر الخبراء الحكوميين في دورته الأولى لعام 1971، ليتم إقراره في البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1949. أنظر: زريول سعدية، المرجع السابق، ص 89. ولتفاصيل أكثر راجع:

-R.H.F Austin, op-cit, p 843.

⁹-راجع الفقرة 1 من المادة 54 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, Droit International Humanitaire, Théorie Générale Et Réalités Africaines, Editions l'Harmattan, Paris, 2000, p 95. Voir aussi :

-HAROUEL Véronique, Grands Textes du Droit Humanitaire, 1^{ère} édition, Collection « Oue sais-je » ?, P.U.F, Paris, 2001, p 99.

¹⁰-San doute l'obligation faite aux belligérants, par l'article 52, aliéna 2, de limiter leurs attaques aux objectifs militaires devraient dans de nombreux cas, suffire à protéger la population civile contre la perte de ses moyens de subsistance. Voir :

-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 95.

¹¹-راجع الفقرة 2 من المادة 54 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

-كما تضمن البروتوكول الثاني في مادته 14 حماية هذه الأعيان، أنظر المادة 14 من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف المبرمة في 12 أوت 1949، المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية لعام 1977.

¹²-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 95.

-الشالدة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 273.

¹³- راجع الفقرة 3 من المادة 54 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

كما تُفقد هذه الحماية في حالة "الضرورة العسكرية الملحة"، حيث يُسمح مراعاةً للمتطلبات الحيوية لأيّ طرف في النزاع من أجل الدفاع عن إقليمه الوطني ضد الغزو، بأن يضرب الطرف الآخر في النزاع رداً عن الخطر الوارد في الفقرة الثانية من المادة 54، في نطاق مثل هذا الإقليم الخاضع لسيطرته إذا أملت ذلك ضرورة عسكرية ملحة¹⁴، لكن مهما كانت الضرورة العسكرية فلا يمكن لها أن تتعدى الاعتبارات الإنسانية التي تهدف إلى تحقيق الحماية وأمن النزاعات المسلحة.

2- حماية الممتلكات الثقافية

تتعدى ويلات الحروب والنزاعات المسلحة الإضرار بالإنسان، لتشمل الممتلكات الشخصية للأفراد وممتلكات الدولة ومرافقها الحيوية، ثم إلى التراث الثقافي والإنساني للشعوب¹⁵، ولقد خلّفت النزاعات المسلحة على مرّ العصور التاريخية العديد من صور الدمار والسلب والنهب للممتلكات الثقافية، مع صعوبة تعويض ما تم نهبه واستحالة إعادة تهيئة ما تم تدميره من هذه الممتلكات، الأمر الذي دفع إلى ظهور جهود دولية عملت على إيجاد تنظيم قانوني دولي لحماية مثل هذه الممتلكات أثناء النزاعات المسلحة، والتي تُوجت بتبني اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المبرمة بتاريخ 14 ماي 1954¹⁶، ولتوضيح هذه المسألة سنتناول الحماية المقررة للممتلكات الثقافية : من الحماية العامة إلى الحماية المعززة (أ)، ثم حالات فقدان هذه الحماية (ب).

¹⁴- راجع الفقرة 5 من المادة 54 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

¹⁵- عمرو محمد سامح، "أحكام حماية الممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح والاحتلال"، القانون الدولي الإنساني (أفاق وتحديات)، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 221.

¹⁶- سبقت هذه الاتفاقية محاولات عديدة تهدف في معظمها إلى حماية هذه الممتلكات، وأول إشارة تمثلت في توصيات مؤتمر فيينا لعام 1815، التي أكدت أنّ المصنّفات الفنيّة لأيّ بلد لا بد أن تحترم على الدوام، ثم قانون "البيد" لعام 1863 في أمريكا الشمالية، ثم اتفاقية لاهاي لعام 1907 للحرب البرية في مادتها 27. لتفاصيل أكثر أنظر:

- مصطفى أحمد فؤاد، "حماية الأماكن الدينية والمقدسة في منظور القانون الدولي الإنساني"، القانون الدولي الإنساني (أفاق وتحديات)، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 10-11.

- الحديثي علي خليل إسماعيل، حماية الممتلكات الثقافية، دراسة تطبيقية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 54-55. أنظر أيضاً:

- DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 96.

أ- الحماية المقررة للممتلكات الثقافية: من الحماية العامة إلى الحماية المعززة

تندرج اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح ضمن ما يسمى بتدوين القانون الدولي الإنساني، الذي يعتمد على إبرام اتفاقيات خاصة بإحدى مجالات القانون الدولي الإنساني¹⁷، وأهم ما ورد في هذه الاتفاقية هو المفهوم الواسع لمصطلح الممتلكات الثقافية المحمية دولياً، الذي يشمل العقارية منها والمنقولة والمنشآت المخصصة لحفظها¹⁸، خاصة تلك التي تتمتع بحماية معززة الأمر الذي يُعطيها حصانة أقوى مقارنةً بتلك الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية العامة¹⁹.

تقرض هذه الاتفاقية توفير حماية عامة على جميع الممتلكات الثقافية، فيتعين على أطراف الاتفاقية رقابة ممتلكاتها الثقافية وقت السلم من الأضرار التي قد تنجم عن نزاع مسلح، وذلك باتخاذ التدابير التي تراها مناسبة²⁰، وقُسمت بناءً على ذلك مسؤولية هذه الحماية بين الدول الأطراف في النزاع المسلح، وذلك بإلزام الدولة التي يثور على إقليمها النزاع العسكري باتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان عدم تعرض الممتلكات الثقافية التي تقع في إقليمها للاعتداء، وإلزام القوات المسلحة للدولة أو الدول الأخرى الأطراف في النزاع المسلح باتخاذ الإجراءات الكفيلة لمنع الاعتداء على هذه الممتلكات.

فالدولة صاحبة الإقليم تلتزم حالة نشوب النزاع المسلح باتخاذ كل الإجراءات الممكنة لعدم استخدام الممتلكات الثقافية لأيّ غرض عسكري، ونقلها بعيداً عن الأهداف العسكرية، أو تجنب إقامة أهداف عسكرية على مقربة من هذه الممتلكات²¹، بينما تلتزم الدولة أو الدول الأطراف الأخرى في النزاع المسلح، بالامتناع عن سلب أو نهب أو تبيد الممتلكات الثقافية، ووقايتها من الأعمال العدائية، ومنع أيّ هجوم يكون الهدف منه تخريب هذه الممتلكات، كما تلتزم بالامتناع عن اتخاذ أيّ تدابير انتقامية تمس بها²².

¹⁷-زربول سعديّة، المرجع السابق، ص 94. أنظر أيضاً:

-سعد الله عمر، المرجع السابق، ص 233. ولتفاصيل أكثر حول تدوين قواعد القانون الدولي الإنساني، راجع:

-روشو خالد، الضرورة العسكرية في نطاق القانون الدولي الإنساني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص ص 53-60.

-Roger O'Keefe, Camille Péron, Tofig F. Musayev et Gianluca Ferrari, La Protection Des Biens Culturels, Manuel Militaire, UNESCO, L'Institut International De Droit Humanitaire, Italie/France, 2017, p 03.

¹⁸-أنظر المادة 1 في فقراتها: "أ"، "ب"، "ج"، من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، المبرمة في 14 ماي 1954.

-Roger O'Keefe, Camille Péron, Tofig F. Musayev et Gianluca Ferrari, op-cit, p 15.

¹⁹-روشو خالد، المرجع السابق، ص 355.

²⁰-راجع المادة 3 من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، المرجع السابق.=

-Roger O'Keefe, Camille Péron, Tofig F. Musayev et Gianluca Ferrari, op-cit, p 03-04.

²¹-عمرو محمد سامح، المرجع السابق، ص 225.

²²-راجع المادة 4 من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، المرجع السابق. ولتفاصيل أكثر أنظر:

لكن في حالة تحويل الممتلكات الثقافية من حيث وظيفته إلى هدف عسكري، فإنّه يجوز للطرف الآخر التذرع بالضرورة العسكرية القهرية للتخلي عن الالتزامات القاضية بحمايتها، غير أنّ اتخاذ قرار التذرع بالضرورة العسكرية القهرية ينبغي أن يُتخذ من قائد قوى عسكرية تعادل في حجمها أو تفوق حجم كتيبة أو قوة أصغر إذا لم تسمح الظروف بغير ذلك، ويجب إعطاء إنذار مسبق كلما سمحت الضرورة بذلك²³.
وقد جاء نص المادة 53 من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف²⁴، منسجماً مع أحكام هذه الاتفاقية²⁵، وكذلك الأمر بالنسبة لنص المادة 16 من البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف²⁶.

إلى جانب الحماية العامة نصت اتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح على جواز تمتع بعض الممتلكات الثقافية بحماية خاصة²⁷، متى كانت لها "أهمية كبرى"²⁸، وذلك بتوفر شرطين موضوعيين أساسيين، الأول يتمثل في أنّ الممتلك الثقافي واقفاً على مسافة كافية من أي مركز صناعي كبير أو هدف حربي مهم، يُعتبر نقطة حيوية، أما الثاني فيتمثل في عدم استعمال هذه الممتلكات لأغراض عسكرية²⁹.
إلا أنّ هذه الحماية الخاصة لا تقرر بشكل تلقائي، وإنما طبقاً لنص الفقرة السادسة من المادة الثامنة، على وجوب قيد الممتلك الثقافي الذي ترغب الدولة الطرف في الاتفاقية توفير الحماية الخاصة له في "السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة" الذي تشرف عليه منظمة "اليونيسكو"، وذلك وفقاً للإجراءات الخاصة التي تشير إليها اللائحة التنفيذية المرفقة بالاتفاقية³⁰، وتمتد الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية إلى الموظفين المكلفين بهذه الحماية، وإلى وسائل نقلها³¹.

-الحديثي علي خليل إسماعيل، المرجع السابق، ص ص 57-60.

²³-روشو خالد، المرجع السابق، ص 352.

-Roger O'Keefe, Camille Péron, Tofig F. Musayev et Gianluca Ferrari, op-cit, p 33-34

²⁴-راجع المادة 53 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

²⁵-الشلالة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 270.

²⁶-راجع المادة 16 من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

²⁷-راجع المواد: من 8 إلى 14 من اتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية، المرجع السابق.

²⁸-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 96.

²⁹-راجع المادة 8 من اتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية، المرجع السابق.

³⁰-اللائحة التنفيذية لاتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح (لاهاي 14 ماي 1954)، راجع المواد 12 و 15 منها.

-Roger O'Keefe, Camille Péron, Tofig F. Musayev et Gianluca Ferrari, op-cit, p 17.

³¹-عبد القادر ناريمان، القانون الدولي الإنساني واتفاقية لاهي لعام 1954 وبروتوكولها لحماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاع

المسلح، القانون الدولي الإنساني (آفاق وتحديات)، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 75 و 78.

وجاء البروتوكول الأول لهذه الاتفاقية³²، لتأكيد الحماية الخاصة بالممتلكات الثقافية في حالة الاحتلال، طبقاً لما نص عليه في المادة 05 من الاتفاقية، ونظراً لإحجام العديد من الدول عن قيد الممتلكات الثقافية بسجل الحماية الخاصة وفقاً لما نصت عليه المواد (08 إلى 14) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية³³، بالشكل الذي أدى إلى عدم تحقيق النتائج المتوقعة في نظام الحماية الخاصة، ثم جاء البروتوكول الثاني لعام 1999 بنظام جديد يُعرف بنظام "الحماية المعززة"³⁴، الذي يُعتبر نظام خاص بالممتلكات الثقافية التي تبلغ من الأهمية جانباً كبيراً بالنسبة للبشرية، ومضمونها إلزام أطراف النزاع المسلح بكفالة حصانة الممتلكات الثقافية المشمولة بهذه الحماية، وذلك بالامتناع عن استهدافها بالهجوم أو استخدامها المباشر في دعم عمل عسكري³⁵.

حدّدت المادة العاشرة من هذا البروتوكول الشروط الموضوعية اللازمة لوضع الممتلكات الثقافية تحت الحماية المعززة³⁶، وهي:

- أن تكون تراثاً ثقافياً ذات أهمية كبيرة بالنسبة للبشرية.
- أن تكون محمية بتدابير قانونية إدارية مناسبة على الصعيد الوطني، تعترف لها بقيمتها الثقافية والخارجية الاستثنائية، وتكفل لها أعلى مستوى من الحماية.
- أن لا تستخدم لأغراض عسكرية أو كدرع لوقاية مواقع عسكرية³⁷.
- أنشأ البروتوكول الثاني لجنة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح³⁸، تختص في إنشاء قائمة للممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة، ومراقبة تنفيذ هذا البروتوكول والإشراف عليه، والنظر في التقارير التي يقدمها الأطراف والتعليق عليها، والتماس الإيضاحات حسب الاقتضاء، وإعداد تقاريرها بشأن تنفيذ هذا البروتوكول، ونظراً لكون نظام الحماية المعززة حديث من حيث الممارسة فإنه وإلى غاية ديسمبر 2016 لم يتم جرد في السجل الدولي للممتلكات الثقافية ذات الحماية المعززة سوى 12 موقع موزعين عبر سبعة دول أطراف في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية وبروتوكولها الثاني لعام 1999³⁹.

³²-البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح (لاهاي 14 ماي 1954).

³³-أنظر المواد 05 و 08 إلى 14 من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، المرجع السابق.

³⁴-Adopté le 26 mars 1999 à La Haye, il a été ouvert à la signature le 17 mai 1999, voir : -MARCHIC Gilles, « Le protocole de 1999 additionnel à la convention de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé », in : TAVERNIER Paul et BURGORGUE-LARSEN Laurence, Un Siècle De Droit International Humanitaire : Centenaire des Conventions de La Haye, Cinquantième des Conventions de Genève, Editions Bruylant, Bruxelles, 2001, p 43.

³⁵-العناني إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص 41-42.

³⁶-« Un nouveau régime de protection renforcée », voir : -MARCHIC Gilles, op-cit, p 49.

³⁷-المادة 10 من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، (لاهاي 26 مارس 1999).

³⁸-راجع المادة 24 من المرجع نفسه.

³⁹-حول مهام لجنة حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، أنظر المادة 27 من المرجع نفسه.

ب- حالات فقدان الحماية

تضمنت اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح بعض الحالات التي تفقد فيها هذه الممتلكات الحماية، فبالنسبة للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت الحماية العامة فإنه طبقاً لنص المادة 4 فقرة 2، ونص المادة 11 فقرة 2، يمكن للأطراف المتنازعة التخلي عن التزامات الحماية، وذلك في الحالات التي تستلزمها الضرورات العسكرية الملحة، دون أن تحدد هذه المادة مفهوم وحدود الضرورة العسكرية أو الحربية الملحة⁴⁰.

وضّح البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في مادته الأولى الفقرة 4109، فكرة الضرورة العسكرية القهرية على ضوء مفهوم الهدف العسكري⁴²، ليُنص بعد ذلك في مادته السادسة عشر على أنّ التخلي عن الالتزام بالحماية العامة يستوجب تحقق شرطين مجتمعين هما:
- أن تكون هذه الممتلكات قد حُوّلت من حيث وظيفتها إلى هدف عسكري.
- ألا يوجد بديل عملي لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة للميزة التي يتيحها توجيه عمل عدائي ضد ذلك الهدف⁴³،
أما فيما يتعلق بالممتلكات الموضوعة تحت الحماية الخاصة، فتفقد تلك الحماية في حالتين:
- إذا ما تم استعمالها لأهداف ولأغراض عسكرية، ولتحديد المقصود بعبارة الأهداف العسكرية، يستعين الفقهاء بما ورد في نص المادة 52 الفقرتين 2 و 3 من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949⁴⁴.
- في حالة الضرورة العسكرية الملحة.

-Roger O'Keefe, Camille Péron, Tofig F. Musayev et Gianluca Ferrari, op-cit, p 17-18.

⁴⁰-« L'article 4 de la convention de 1954 n'envisage que l'hypothèse de l'utilisation d'un bien culturel à des fins militaires comme autorisant une dérogation aux obligations de respect de ce bien, sur le fondement de la nécessité militaire impérative. Cet article reste muet sur le cas dans lequel une partie ne remplirait pas ses obligations... », De même pour l'article 11/2. Voir :

-MARCHIC Gilles, op-cit, p 48.

⁴¹-أنظر المادة 01 فقرة 09 من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، المرجع السابق.

⁴²-عبد القادر ناريمان، المرجع السابق، ص 103-104.

⁴³-أنظر المادة 16 من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، المرجع السابق.

-وقد كان إدراج الشرط الأول الخاص بتحويل الممتلكات الثقافية من حيث وظيفتها إلى هدف عسكري، محل نقاش خلال مناقشة مشروع بروتوكول 1999، تَمَحَّورت بوجه الخصوص حول استبدال عبارة "من حيث وظيفتها" بعبارة "بحكم استخدامها"، لتفاصيل أكثر أنظر:

-عمرو محمد سامح، المرجع السابق، ص 226 و 229.

⁴⁴-أنظر المادة 53 الفقرتين 2 و 3 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

أما بخصوص الممتلكات الموضوعة تحت الحماية المعززة، فإنّ هذه الحماية تسقط إذا أصبحت هذه الممتلكات بحكم استخدامها هدفاً عسكرياً، وأن يكون الهجوم عليها هو الوسيلة الوحيدة لإنهاء استخدامها كأهداف عسكرية شريطة حصره في أضيق نطاق ممكن⁴⁵.

رغم هذه الترسنة من القواعد والنصوص القانونية، إلا أنّ الممتلكات الثقافية تعرّضت ولا تزال تتعرّض لانتهاكات عديدة، والتي نذكر منها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر:

- قيام إسرائيل خلال عدوانها على لبنان عام 1982، بنهب معظم الآثار والصور التاريخية من المتحف الوطني اللبناني، وسرقة المكتبات العامة للجامعة اللبنانية، وجامعة بيروت العربية، ومركز الأبحاث الفلسطيني⁴⁶، بما يشكل خرقاً لأحكام اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية لعام 1954، وبروتوكولها لعام (1954) و(1999).

- ما ارتكبه الولايات المتحدة الأمريكية في حربها على العراق عام 2003، ومسؤوليتها عن سرقة 170 ألف قطعة أثرية من متحف العراق، وعن تدمير المكتبة الوطنية في بغداد، وحرق المتحف الوطني العراقي، وسرقة مركز "صدام حسين" للفنون الجميلة، بما يخالف قواعد القانون الدولي الإنساني⁴⁷.

- استخدام الولايات المتحدة الأمريكية في عدوانها على العراق (2003) لقذائف اليورانيوم، والقذائف الخارقة للدروع المحتوية على اليورانيوم، بما يشكل اعتداءً صارخاً على الطبيعة، وخرقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني⁴⁸.

3- حماية الأشغال والمنشآت المحتوية على قوى خطيرة

حرصت قواعد القانون الدولي الإنساني على إقرار حماية للمنشآت والأهداف التي تحتوي على قوى خطيرة أثناء النزاعات المسلحة، وذلك من أجل حماية السكان المدنيين ضد الآثار الخطيرة المترتبة على تدمير مثل هذه المنشآت⁴⁹.

لقد جاءت اتفاقيات جنيف خالية من نص خاص بحماية مثل هذه المنشآت والأشغال⁵⁰، لذا عملت لجنة الصليب الأحمر بإعداد مشروع القواعد الرامية إلى الحد من الأخطار التي يتعرض لها السكان المدنيون في زمن

⁴⁵-أنظر المادة 13 من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، المرجع السابق.

⁴⁶-حماد كمال، " القانون الدولي الإنساني وحماية التراث والبيئة خلال النزاعات المسلحة"، القانون الدولي الإنساني (آفاق وتحديات)، المرجع السابق، ص ص 129-169.

⁴⁷-الشالدة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص ص 271-272.

⁴⁸-المرجع نفسه، ص ص 283-284.

⁴⁹-هذه الآثار لا تضر فقط بالإنسان، بل تتعدى ذلك فتضر بالبيئة الطبيعية، أنظر في هذا السياق:

-المرجع نفسه، ص 275.

الحرب سنة 1956، من خلال المادة 18 تحت عنوان "حماية المنشآت التي تضم قوى خطيرة، ثم تم إقرار نص هذه المادة بعد التعديلات التي طرأت عليها، في نص المادة 56 من البروتوكول الإضافي الأول، التي تقابلها المادة 15 من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977⁵¹، وعلى ذلك سنتناول هذا العنصر في نقطتين:

أ- تعريف الأشغال والمنشآت المحتوية على قوى خطيرة، وكيفية حمايتها

حسب المادتان 56 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، والمادة 15 من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977، تُعرف الأشغال والمنشآت المحتوية على قوى خطيرة بأنها السدود والجسور والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية⁵²، لكن هل هذه الحماية تنحصر في المنشآت التي ذكرتها المادتان أم تشمل جميع المنشآت المحتوية على قوى خطيرة؟⁵³، وحسب المادتين السابقتين لا تكون الجسور والسدود والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية محلاً للهجوم حتى ولو كانت أهدافاً عسكرية، إذا كان من شأن هذا الهجوم أن يتسبب في انطلاق قوى خطيرة ترتب خسائر فادحة بين السكان المدنيين، كما لا يجوز تعريض الأهداف العسكرية الأخرى الواقعة عند أو بالقرب من هذه الأشغال أو المنشآت لأي هجوم إذا كان من شأنه أن يتسبب في انطلاق قوى خطيرة من الأشغال أو المنشآت ترتب خسائر فادحة بين السكان المدنيين⁵⁴.

لضمان مزيد من الحماية نص البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 على عمل أطراف النزاع المسلح على إبرام اتفاقات فيما بينهم لتوفير حماية إضافية للأعيان التي تحتوي على قوى خطيرة⁵⁵، كما نصت الفقرة السابعة من ذات المادة على إمكانية وضع علامة متميزة تتكون من ثلاثة دوائر برتقالية زاهية توضع على الأشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على قوى خطيرة⁵⁶، وفق المعايير والمقاييس المحددة في المادة 17 من الملحق الأول للبروتوكول الأول لعام 1977⁵⁷، وتلتزم أطراف النزاع بتجنب إنشاء أهداف عسكرية قرب الأشغال الهندسية أو المنشآت المحتوية على قوى خطيرة، إلا إذا كان القصد منها الدفاع عنها، شرط ألا يكون محلاً

⁵⁰ - باستثناء الحماية العامة المستفادة من نص المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة 1949، والتي تمنع الاعتداء على غير القادرين عن القتال بأي شكل، ذلك أن الاعتداء على هذه المنشآت يشكل اعتداء غير مباشر على السكان المدنيين. أنظر: -المادة 03 المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، المرجع السابق.

⁵¹ - زريول سعدية، المرجع السابق، ص 98.

⁵² - المادة 56 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق، والمادة 15 من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁵³ - مثل آبار البترول أو الغاز التي وقع الاعتداء عليها في حرب الخليج من قبل قوات الحلفاء، أنظر في ذلك:

- زريول سعدية، المرجع السابق، ص 99.

⁵⁴ - الشلالدة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 275.

⁵⁵ - أنظر المادة 56 الفقرة 06 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁵⁶ - DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 96.

⁵⁷ - أنظر المادة 56 الفقرة 07 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

للهجوم أو للاستخدامات في الأعمال العدائية، إلا للرد على الهجمات الموجهة ضد الأشغال، والمنشآت التي وضعت من أجل الدفاع عنها، ويقتصر تسليح هذه الأهداف على الأسلحة القادرة على صد الأذى الذي يوجه ضد الأشغال والمنشآت المحمية⁵⁸.

ب- فقدان الأشغال والمنشآت المحتوية على قوى خطيرة للحماية في حالات معينة

تتوقف حماية الأشغال والمنشآت المحتوية على قوة خطيرة، والأهداف العسكرية القريبة منها إذا ما استخدمت في دعم العمليات العسكرية، وكان رد الهجوم عليها هو السبيل الوحيد لإنهاء هذا الدعم⁵⁹، وهذا ما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة 56 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف 1949 لعام 1977، لكن حسب هذه الفقرة تتوقف الحماية المقررة لهذه الأشغال والمنشآت في حالات:

- فيما يتعلق بالسدود أو الجسور إذا استخدمت في غير استخداماتها العادية، دعماً للعمليات العسكرية على نحو منظم وهام ومباشر، وكان مثل هذا الهجوم هو السبيل الوحيد لإنهاء هذا الدعم، ونفس الشيء فيما يتعلق بالمحطات النووية لتوليد الكهرباء، وكذلك فيما يتعلق بالأهداف العسكرية الأخرى الواقعة بالقرب منها. تضيف الفقرة الثالثة من المادة 56 دائماً أنه يبقى السكان المدنيون في جميع الأحوال متمتعين بكافة أنواع الحماية التي يكفلها لهم القانون الدولي، ويمنع اتخاذ أي من الأشغال الهندسية أو المنشآت كأهداف عسكرية في هجمات الردع⁶⁰.

قامت القوات الأمريكية أثناء حرب الخليج لعام 1991، بتدمير الشامل لمحطات توليد الكهرباء العراقية، بعد أن اعتبرتها أهداف "مشروعة ذات أولوية"، وقد أثبت تقرير اللجنة المشتركة للمنظمة العالمية للصحة ومنظمة (UNICEFF) عن ترتيبها الآثار الثانوية وتدهور الأوضاع الصحية للسكان العراقيين وارتفاع نسبة الوفاة، فمن الواضح أنّ مثل هذا التدمير متناقض مع أحكام المادة 52 فقرة 2 من البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف لعام 1949⁶¹.

⁵⁸-زربول سعيدة، المرجع السابق، ص 99-100.

⁵⁹-الشلالدة مجد فؤاد، المرجع السابق، ص 276.

⁶⁰-ال فقرات 2، 3، 4 من المادة 56 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁶¹-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 96.

-أنظر أيضاً المادة 56 فقرة 02 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

على الرغم من هذه الترسانة من القواعد والنصوص، إلا أنه وقعت العديد من الانتهاكات العديدة التي تعرّضت ولا تزال تتعرّض لها الأهداف المدنية، مثل ما ذكرناه سابقاً حول تدمير الولايات المتحدة الأمريكية خلال حرب الخليج عام 1991 لمحطات توليد الكهرباء... الخ.

ثانياً: حماية البيئة الطبيعية والمناطق الخاصة

اهتمت قواعد القانون الدولي الإنساني بحماية البيئة الطبيعية في وقت النزاعات المسلحة⁶²، إلى جانب قواعد القانون الدولي للبيئة التي تضمن هذه الحماية في وقت السلم (1)، كما اهتم القانون الدولي الإنساني بحماية بعض المناطق الخاصة (2)، كل هذا لأنّ الحفاظ على البيئة الطبيعية يعني الحفاظ على سلامة البشرية وصحة كل الكائنات الحية.

1- حماية البيئة الطبيعية

برز اهتمام قواعد القانون الدولي الإنساني بحماية البيئة الطبيعية في وقت النزاعات المسلحة بدايةً من اتفاقية لاهاي الأولى لعام 1907 المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية⁶³، واتفاقية لاهاي الثانية لعام 1907 المتعلقة بوضع الألغام التي تنفجر تلقائياً⁶⁴، ثم بروتوكول جنيف لعام 1925 بشأن تجريم الحرب الكيماوية واستخدام الغازات السامة، مروراً باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1945 والبروتوكولين الإضافيين لعام 1977، ثم العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بحظر أو تقييد استخدام وسائل وأساليب معينة أثناء النزاعات المسلحة، كاتفاقية حظر تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأي أغراض عدائية أخرى لعام 1976، واتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة لعام 1980 والبروتوكولات الثلاثة الملحقة بها⁶⁵.
يمكننا التمييز بين الصكوك الدولية التي تحمي البيئة بصفة مباشرة (أ)، وتلك التي تحمي البيئة بصفة غير مباشرة (ب).

⁶² « L'environment est perçu comme l'ensemble des conditions physico-chimiques et biologiques qui permettent et favorisent la vie des êtres vivant... », Voir :

-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 98.

⁶³ وقد سبقها إعلان "سان بترسبورغ لعام 1869" الذي يمنع استخدام المقذوفات الشديدة الانفجار، أنظر :-حماد كمال، المرجع السابق، ص 154.

⁶⁴ -زريول سعدية، المرجع السابق، ص 104-105.

⁶⁵ -الشالدة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 279-280.

أ- حماية البيئة بصفة مباشرة

نقصد بحماية البيئة بشكل مباشر تلك الحماية التي تقرها النصوص الواردة في القانون الدولي الإنساني، والتي أتت بشكل صريح ومباشر حيث أكدت على ضرورة حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة، وتتجلى هذه النصوص أساساً في المادة 35، الفقرة 03 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949⁶⁶، إذ نصت على ما يلي:

"يحظر استخدام وسائل أو أساليب للقتال، يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد"، وكذلك ما نصت عليه المادة 55 من نفس البروتوكول بعنوان حماية البيئة الطبيعية: "1- تراعى أثناء القتال حماية البيئة الطبيعية من الأضرار البالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد وتتضمن هذه الحماية حظر استخدام أساليب ووسائل القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية ومن ثم تضر بصحة أو بقاء السكان.

2- تحظر هجمات الردع التي تُشن ضد البيئة الطبيعية"⁶⁷.

كما ساهمت عدّة اتفاقيات تُقيّد وتحظر استخدام أساليب معينة في تقرير حماية البيئة وقت النزاعات المسلحة⁶⁸، ومن أهمها اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية لعام 1976⁶⁹، والتي تعني بعبارة "تقنيات التغيير في البيئة" كل استخدام لتقنيات التغيير في البيئة سواء لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى، تكون لها آثار واسعة الانتشار أو طويلة الأمد⁷⁰.

⁶⁶-أنظر المادة 35، الفقرة 03 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف...، المرجع السابق.

⁶⁷-« Sans doute, les destructions étendues de l'environnement naturel qui sont intervenues pendant la guerre d'Indochine du fait de l'emploi d'herbicides et des bulldozers et du recours à des bombardements massifs, ont justifié la codification des dispositions relatives à la protection de l'environnement par le protocole I », Voir :

-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 98.

⁶⁸-الشالدة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 281.

⁶⁹-اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى، عرضت للتوقيع في 18 ماي 1977 بجنيف، انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 91-444، مؤرخ في 28 سبتمبر 1991، جريدة رسمية، عدد 47 لسنة 1991.

⁷⁰-أنظر المادة 02 من المرجع نفسه. ولتفاصيل أكثر أنظر:-العناني إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص 52-53.

أكد المؤتمر الثاني الخاص باتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة المعقود سنة 1992 على أن استخدام مبيدات الأعشاب لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى، يدخل ضمن هذه التقنيات، خاصة إذا أدت إلى إخلال بالتوازن الإيكولوجي في أية منطقة، كما نُشير أيضاً في هذا الصدد إلى اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بقانون الاستخدامات غير الملاحية لمجاري المياه التي اعتمدها الجمعية العامة في سنة 1997، والتي تنص في مادتها 29 على أنه : «تتمتع مياه المجاري الدولية والمنشآت والتسهيلات وبقية الأعمال المتعلقة بها بالحماية التي تكفل مبادئ وقواعد القانون الدولي المطبقة في النزاعات الدولية وغير الدولية...»⁷¹.

ب- حماية البيئة بصفة غير مباشرة

نقصد بحماية البيئة بصفة أو بشكل غير مباشر، الحماية المستفادة من نصوص بعض المعاهدات التي تحظر استخدام بعض أنواع الأسلحة أو اللجوء إلى وسائل قتال معينة، ومن ذلك :

-اتفاقية لاهاي بشأن زرع ألغام التماس البحرية الأوتوماتيكية الصادرة في 18 أكتوبر 1907، التي دعت إلى تقييد وتنظيم استعمال هذه الألغام⁷².

-البروتوكول الخاص بحظر استعمال الغازات الخانقة والسامة أو ما يشابهها والوسائل الجرثومية في الحرب، الصادر في جنيف عام 1925⁷³، والذي يقرر الحظر العالمي لاستعمال الغازات الخانقة أو السامة وكل ما شابهها من مواد سائلة كجزء من القانون الدولي.

-اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949⁷⁴، والتي لم تشر صراحة إلى البيئة، إلا أن ما تضمنته من أحكام متعلقة بتدمير الممتلكات في غير ما تقتضيه العمليات العسكرية (الأهداف العسكرية)، فيه ما يوفر حماية للبيئة الطبيعية.

⁷¹-وردت هذه الاتفاقية في التوصية رقم 206-51 الصادر في 16 جانفي 1997، المتضمنة اتفاقية بشأن قانون استخدام المجاري المائية الدولية في الأغراض غير الملاحية"، الجمعية العامة، الدورة 51، أنظر في ذلك :
-موسي عتيقة، دور الأمم المتحدة في تطوير القانون الدولي الإنساني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 29.

⁷²-الشلالة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 281.

⁷³-العناني إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص 51-52.

⁷⁴-اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، المبرمة بتاريخ 12 أوت 1949، دخلت حيز النفاذ في 21 جوان 1950، انضمت إليها الجزائر وإلى اتفاقيات جنيف الأربعة أثناء حرب التحرير من طرف الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية.

-اتفاقية حظر استخدام وإنتاج الأسلحة البيولوجية والتكسينية وتدمير هذه الأسلحة التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 أبريل 1972⁷⁵.

-اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر وعشوائية الأثر، المعتمدة في جنيف بتاريخ 10 أكتوبر 1980⁷⁶، التي ألحقت بها البروتوكولات التالية:
-بروتوكول بشأن الشطايا التي لا يمكن الكشف عنها.
-بروتوكول بشأن حظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة⁷⁷.

يجب الإشارة إلى الأحكام الواردة في البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، والذي يساهم بشكل غير مباشر في حماية البيئة في وقت النزاعات المسلحة، ومن بين هذه الأحكام نص المادة 54 المتعلق بحماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، وكذلك المادة 56 من البروتوكول نفسه، التي نصت على حماية الأشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على مواد خطيرة⁷⁸.
وقد أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول مشروعية استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح سنة 1996، على أنّ الحفاظ على البيئة هو التزام دولي ينبغي على جميع الدول أن تأخذ به عند اتخاذ قرار استخدام هذه الأسلحة⁷⁹، هذا إلى جانب تحريم استخدام الأسلحة التي تصيب بدون تمييز أو العشوائية، وتسبب آلام مفرطة وأضرار طائلة بالبيئة، فحق الدول في استخدام الأسلحة مقيد من أجل تحقيق أكبر قدر من الحماية⁸⁰.

⁷⁵-اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الأسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية وتدمير هذه الأسلحة، حررت بتاريخ 10-04-1972، مجلة الأمم المتحدة 1980-1985، متوفرة على موقع منظمة الأمم المتحدة.

⁷⁶-اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحظر وتقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر، المبرمة بتاريخ 10 أكتوبر 1980.

⁷⁷-ورد في هذا البروتوكول إشارة صريحة إلى أحد عناصر البيئة الطبيعية، حيث ورد المادة الثانية منه في فقرتها الرابعة حظر جعل الغابات وغيرها من أنواع الكساء النباتي هدف لهجوم بأسلحة محرقة، إلا في حالة استخدام هذه العناصر الطبيعية في إخفاء محاربيين وأهداف عسكرية أو تكون أهداف عسكرية في حد ذاتها. أنظر:

-البروتوكول الثالث لمعاهدة حظر بعض الأسلحة التقليدية لعام 1980، متعلق بحظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة.

⁷⁸-أنظر المادتين 54 و56 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁷⁹-LANFRANCHI Marie-Pierre, CHRISTAKIS Théodore, La Licéité de L'emploi d'Armes Nucléaires devant la Cour Internationale de Justice, Analyse et documents, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires, Université d'Aix-Marseille III, ECONOMICA, France, 1997, p 57-58.

⁸⁰-موسي عتيقة، المرجع السابق، ص 73.

أما بالنسبة لحماية البيئة في النزاع المسلح غير الدولي، فإنه على الرغم من المخاطر الواضحة التي تتعرض لها البيئة في حالة النزاع المسلح غير الدولي، إلا أن قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة على هذه الحالات لا تحمي البيئة على وجه التحديد، ومع ذلك فإن حماية البيئة الطبيعية تبقى ضرورية في كل أوقات السلم أو في وقت النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، ونجد المادة 14 من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977، الملحق باتفاقيات جنيف أكدت على ضرورة حماية الأعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة، وكذا المادة 15 من البروتوكول نفسه التي أكدت على ضرورة حماية المنشآت الهندسية والمنشآت المحتوية المحتوية على قوى خطر⁸¹.

بناءً على ما قدمناه سابقاً يتجلى لنا أن أحكام القانون الدولي الإنساني العرفية منها والاتفاقية تشكل المصدر الرئيسي والفعال لتوفير الحماية القانونية للبيئة الطبيعية والحفاظ على مواردها وثرواتها في أوقات الحروب والنزاعات المسلحة⁸².

2- حماية المناطق الخاصة

بادرت اللجنة الدولية للصليب الأحمر أثناء الحرب العالمية الثانية بإقامة مناطق مخصصة لاستقبال المرضى والجرحى والضحايا المدنيين للحرب، وعلى أساس نجاح هذه المبادرة، فقد تم النص على إنشاء مناطق استشفاء ومناطق محايدة ومحمية في أحكام اتفاقيتي جنيف الأولى والرابعة⁸³، وفي مشروع الاتفاق بشأن مناطق ومواقع الاستشفاء، ليأتي بعد ذلك البروتوكول الإضافي الأول ليكمل هذا المجال بالنص على إنشاء مناطق منزوعة السلاح والمناطق المجردة من وسائل الدفاع⁸⁴، لتوضيح هذا العنصر سنتناول حماية المراكز الطبية ومناطق الاستشفاء (أ)، ثم حماية المناطق المنزوعة السلاح والمواقع المجردة من وسائل الدفاع (ب).

أ- حماية المراكز الطبية ومناطق الاستشفاء

طبقاً لنص المادة 19 من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى للقوات المسلحة في الميدان لعام 1949⁸⁵، تتمتع المنشآت الثابتة والوحدات المتحركة التابعة للخدمات الطبية بالحماية، بحيث لا يجوز بأي حال الهجوم عليها، ويقع على أطراف النزاع احترامها وحمايتها في جميع الأوقات.

⁸¹-المادتين 14 و 15 من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁸²-الشلالة محمد فؤاد، المرجع السابق، ص 282-283.

⁸³-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 93.

⁸⁴-Ibid, p 94.

⁸⁵-أنظر المادة 19 من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى للقوات المسلحة في الميدان، المبرمة بتاريخ 12 أوت 1949.

وتُضيف المادة 20 من ذات الاتفاقية أنه لا يجوز الهجوم من البرّ على السفن المهيأة كمستشفيات والتي تستوجب حمايتها بمقتضى اتفاقية جنيف الثالثة، لتحسين حال الجرحى والمرضى وغرقى القوات المسلحة لعام 1919⁸⁶، ولا يجوز وقف الحماية الواجبة للمنشآت الثابتة والوحدات الطبية المتحركة إلاّ في حالة استخدامها خروجاً على واجباتها الإنسانية في أعمال تضر بالعدو، وبعد توجيهه إنذار لها ومرور مدة زمنية معقولة دون أن تستجيب لهذا الإنذار⁸⁷.

وبعد نجاح مبادرة اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنشاء مناطق ومواقع استشفاء خلال الحرب العالمية الثانية⁸⁸، نصت المادة 23 من اتفاقية جنيف الأولى على جواز إنشاء مثل هذه المناطق والمواقع من طرف الأطراف المتعاقدة في وقت السلم، أو بعد نشوب النزاع لحماية الجرحى والمرضى من أضرار الحرب⁸⁹. ويمكن للأطراف المعنية أن تعقد اتفاقات فيما بينها عند نشوب النزاع وخلالها، وذلك للاعتراف المتبادل بهذه المناطق والمواقع المنشأة، ولها أن تستخدم لهذا الغرض مشروع الاتفاق بشأن مناطق ومواقع الاستشفاء الملحق بالاتفاقية الأولى، والذي يقرر في مادته 11 أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال الهجوم على مناطق الاستشفاء، بحيث يقع على أطراف النزاع حمايتها واحترامها في جميع الأوقات.

ب- حماية المناطق منزوعة السلاح والمواقع المجردة من وسائل الدفاع

يُقصد بها تلك المناطق الواردة في البروتوكول الإضافي الأول في فصله الخامس⁹⁰، والذي يقر لها حماية خاصة ويعتبر قصفها أو جعلها هدفاً عسكرياً، جريمة من جرائم القانون الدولي الإنساني⁹¹، وتتمثل في المواقع المجردة من وسائل الدفاع والمناطق منزوعة السلاح.

فطبقاً لنص المادة 59 من هذا البروتوكول، فإنّه يجوز لأحد أطراف النزاع أن تعلن مكاناً خالياً من وسائل الدفاع في أي مكان أهل بالسكان يقع بالقرب من منطقة تواجد القوات المسلحة أو داخلها، موقعاً مجرداً من وسائل الدفاع، ويشترط في هذه المواقع توافر الشروط التالية:

⁸⁶-المادة 20 من اتفاقية جنيف الأولى، المرجع السابق.

⁸⁷-المادة 21 من المرجع نفسه.

⁸⁸- DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 93-94.

⁸⁹-أنظر المادة 23 من اتفاقية جنيف الأولى، المرجع السابق. والتي تقابلها المادة 14 من اتفاقية جنيف الرابعة، المرجع السابق.

⁹⁰-أنظر المادتين 59 و 60 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁹¹-زريول سعدية، المرجع السابق، ص 112.

-إجلاء القوات المسلحة عنها.

-ألا ترتكب أية أعمال عدائية من قبل السلطات والسكان المتواجدين فيها، وأن لا تستخدم المنشآت أو المؤسسات العسكرية الثابتة استخداماً عسكرياً.

-ألا يجري فيها أي نشاط يدعم العمليات العسكرية⁹².

يجب التذكير أنّ هذه الشروط لا تتعارض مع وجود أشخاص في هذه المناطق مشمولين بحماية خاصة بمقتضى اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، أو مع بقاء قوات الشرطة للمحافظة على النظام والقانون⁹³، وباستيفاء هذه الشروط وبعد توجيه أحد الأطراف المتنازعة الإعلان المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 59 (من البروتوكول الإضافي الأول) إلى الطرف الآخر المتنازع معه، وإقراره له- يحظر على جميع أطراف النزاع مهاجمة وبأى وسيلة كانت المواقع المجردة من وسائل الدفاع⁹⁴.

أما بالنسبة للمناطق المنزوعة السلاح، فإنه طبقاً لنص المادة 60 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 يتم تعيينها باتفاق صريح لأطراف النزاع، يحدد حدود المنطقة سواء في زمن السلم أو بعد نشوب الأعمال العدائية، بعد أن تستوفي الشروط المحددة في الفقرة الثالثة من ذات المادة⁹⁵، وتبعاً لذلك وبموجب الفقرة الأولى من المادة السالفة يحظر على أطراف النزاع مد عملياتهم العسكرية على مثل هذه المناطق، إذا كان المد منافياً للاتفاق المبرم بينهما.

وتبقى هذه المناطق تحت الحماية المنصوص عليها في الأحكام الأخرى الواردة في البروتوكول الأول، وقواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة في النزاعات المسلحة، في حالة عدم توافر الشروط اللازمة لتقرير حمايتها⁹⁶، لأنّ الهدف من القانون الدولي الإنساني هو الحماية، إذ لا تفقد بعض الأماكن الحماية بفقدان صفتها كموقع مجرد من وسائل القتال أو كمنطقة منزوعة السلاح رغم عدم توافر الشروط المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 59 من البروتوكول الإضافي الأول، وهذا ما يفهم من الفقرة الرابعة من نفس المادة، التي مفادها أنّه "يؤجّه الإعلان المنصوص عليه في الفقرة الثانية إلى الخصم ، وتحدد فيه وتبين بالدقة الممكنة حدود الموقع المجرد من وسائل الدفاع، ويُقرّ طرف النزاع الذي يؤجّه الإعلان إليه باستلامه ويعامل الموقع على أنّه موقع مجرد من وسائل الدفاع، ما لم تكن الشروط التي تتطلبها الفقرة الثانية غير مستوفاة فعلاً، وفي هذه الحالة يقوم بإبلاغ ذلك فوراً إلى الطرف الذي أصدر الإعلان، ويظل هذا الموقع حتى في حالة عدم استيفائه

⁹²-الفقرة 02 من المادة 59 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁹³-أنظر الفقرة 03 من المادة 59 من المرجع نفسه.

⁹⁴-DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, FALL Daouda, op-cit, p 93-94.

-أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة 59 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

⁹⁵-أنظر الفقرة الرابعة من المادة 60 من المرجع نفسه.

⁹⁶-زريول سعدية، المرجع السابق، ص 113.

للشروط التي وضعتها الفقرة الثانية، متمتعاً بالحماية التي تنص عليها الأحكام الأخرى لهذا الملحق وقواعد القانون الدولي الأخرى التي تطبق على النزاعات المسلحة...".

وتضيف الفقرة 07 من المادة 59 دائماً أنه حتى وإن فقد الموقع صفته كموقع مجرد من وسائل الدفاع بسبب عدم استيفاء الشروط المطلوبة في الفقرة الثانية أو الاتفاق المشار إليه في الفقرة 05 من المادة نفسها، يظل الموقع متمتعاً بالحماية التي كفلتها الأحكام الأخرى الواردة في البروتوكول الإضافي الأول وقواعد القانون الدولي الأخرى المطبقة على النزاعات المسلحة، ونفس الأحكام تطبق على المناطق منزوعة السلاح التي تظل تحت حماية أحكام البروتوكول الإضافي الأول ومبادئ القانون الدولي الإنساني على النحو الذي أكدت عليه الفقرة السابعة من المادة 60 من البروتوكول الإضافي الأول⁹⁷.

خاتمة

يتضح لنا جلياً أنّ قواعد القانون الدولي الإنساني تهدف إلى توفير الحماية أثناء النزاعات المسلحة، وبهدف تفعيل الحماية المقررة للأشخاص المدنيين أثناء النزاعات المسلحة والحروب، وقرت حماية للأماكن والأعيان المدنية التي تشكل الجانب المادي للقانون الدولي الإنساني، سواء بموجب نصوص عامة أو باللجوء إلى تبني نصوص خاصة بأنواع معينة من هذه الأهداف، كما هو الشأن بالنسبة للممتلكات الثقافية، على الرغم من غموض بعض المفاهيم الواردة فيها (مثل الأهداف العسكرية والأهداف شبه العسكرية، الأهداف ذات الطبيعة المزدوجة عسكرية ومدنية).

فالهدف الرئيسي للقانون الدولي الإنساني هو توفير حد أدنى من الحماية من ويلات النزاعات المسلحة التي كثيراً ما يصعب حصرها، واعتباراً أنّ الحماية المقررة للفئات المكونة للجانب الشخصي للقانون الدولي الإنساني ستكون وحدها عقيمة، ضمن القانون الدولي الإنساني حماية للجانب المادي منه، إذ وقر حماية موازية للمؤسسات والأماكن المدنية التي تأويهم، ولبنيتهم الطبيعية.

رغم الترسانة القانونية الدولية التي تنص على توفير الحماية، إلا أنه يمكننا الوقوف عند الانتهاكات العديدة التي تعرضت ولا تزال تتعرض لها الأهداف المدنية، فتوجد عينة من الانتهاكات الخطيرة والتي إن كانت تدل على شيء، إنّما تدل على خرق الالتزامات الدولية مما يستوجب توقيع المسؤولية الدولية، فارتكاب الجرائم الدولية أثناء النزاعات المسلحة هي جريمة الحرب مما يستوجب أيضاً تحقق المسؤولية الجنائية الدولية طبقاً لما ورد في المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أما موضوع الحصانة الذي تدفع به

⁹⁷ -أنظر الفقرات 04 و 07 من المادة 59، والفقرة 07 من المادة 60 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق.

الشخصيات السياسية ورؤساء الدول عند ارتكابها لأبشع الجرائم الدولية لا بد من تقييده قدر المستطاع، لأنه لا يمكن لا لأية حصانة أو ضرورة مهما كانت أن تتعدى الاعتبارات الإنسانية وتوفير الحماية. وأكبر التحديات التي تواجه حماية الأعيان المادية والبيئة الطبيعية أثناء النزاعات المسلحة، التفرقة بين الأهداف المدنية والعسكرية، خاصة بالنسبة للأهداف والمنشآت ذات الاستخدامين مثل المنشآت الكهربائية والصناعية التي يكون لها استخدام مدني وآخر عسكري.

الحلول البديلة في مكافحة الإرهاب

مرين يوسف⁽¹⁾

عباسة طاهر⁽²⁾

جامعة مستغانم

الملخص:

الإرهاب ظاهرة معقدة ومتشابكة تفرزها جملة من العوامل والأسباب، حيث تتداخل العوامل الشخصية والنفسية مع الثقافية والسياسية و الإقتصادية و الإجتماعية لتشكّل الإرهاب، فاستعراض الأسباب والعوامل التي تولّد الإرهاب لا يعني محاولة تبريره وإيجاد حجج لانتشاره وتوسعه في العديد من المجتمعات، وإنّما الهدف تحدده طبيعة الظاهرة التي لم توجد من العدم وإنّما هناك دائما أسباب وآليات لأي ظاهرة من الظواهر الإجرامية. لذلك يسلم المجتمع الدولي بأهمية تعزيز تدابير العدالة الجنائية العالمية الموجهة للتصدي للإرهاب، وتوطيدا وتحسينا لهاته العدالة الجنائية، إعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب بهدف تحسين الجهود الوطنية والإقليمية والدولية في هذا المجال ، وللمرة الأولى تتفق الدول الأعضاء جميعها على نهج استراتيجي موحد لمكافحة الإرهاب واتخاذ خطوات عملية فرديا وجماعيا لمنعته والوقاية منه.

الكلمات المفتاحية:

الإرهاب، الأسباب والدوافع، الحلول البديلة، مكافحة الإرهاب.

تاريخ إرسال المقال: 2017/12/04، تاريخ قبول المقال: 2018/04/15، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: مرين يوسف، عباسة طاهر، "الحلول البديلة في مكافحة الإرهاب"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 289-312.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) باحث دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو مخبر حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 27000، الجزائر.

(2) أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدير مخبر حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 27000، مستغانم، الجزائر.

المؤلف المراسل: merine.youcef.droit@gmail.com

Alternative solutions in the fight against terrorism

Abstract:

Phenomenon of terrorism is complex and interrelated produces a set of factors and causes, where the personal and psychological factors overlap with cultural, political, economic and social form of terrorism, the perusal of the reasons and factors that generate terrorism does not mean an attempt to justify the creation and expansion of the arguments of the alarming in many societies, but the goal is determined by the nature of the phenomenon that did not exist from scratch but there is always the causes and mechanisms of any phenomenon of criminal phenomena.

Therefore, the international community recognizes the importance of strengthening the world criminal justice measures directed to deal with terrorism, and to consolidate and improve the criminal justice otherwise the United Nations General Assembly adopted the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy with a view to improving national, regional and international efforts in this area for the first time, all Member States agree on a common strategic approach to fight terrorism and take practical steps individually and collectively to prevent and prevention.

Keywords:

Terrorism, the reasons and motives, alternative solutions, the fight against terrorism.

Les solutions de substitution à la lutte contre le terrorisme

Résumé :

Le terrorisme est un phénomène complexe et peut être causé par le concours de plusieurs facteurs, personnels, psychologiques, culturels, socio-économiques et politiques. La société internationale, confrontée à ce phénomène complexe, cherche les moyens les plus efficaces de lutte en recourant à des moyens plus intelligents et à des modes inédits. L'effort d'un seul Etat dans la lutte contre ce phénomène mondial serait vain ; l'assemblée générale des Nation-Unies suggère, en plus de la nécessité d'union de l'ensemble des pays, l'adoption d'une stratégie unifiée et renforcer la justice pénale internationale.

Mots clefs :

Terrorisme, solutions de remplacement, lutte contre le terrorisme.

مقدمة

مما لا شك فيه أنّ ظاهرة الإرهاب تعدّ من الظواهر المعقدة التي يمكن ردها إلى حزمة متشابكة من الأسباب السياسية و الاقتصادية و الإجتماعية و التعليمية و الدينية، إلى جانب الأسباب التشريعية والأمنية والثقافية والإعلامية، فالإرهاب له أسبابه ومسبباته كباقي الظواهر في المجتمع، وقد بذلت جهود كبيرة لتحديدها، إلا أنّ آراء الباحثين والدارسين لم تتفق على دوافع وأسباب معينة لتحديدها، ولعلّ ذلك يرجع إلى تباين التفسير في المشاكل السياسية و الاقتصادية و الإجتماعية التي تنشأ عنها هذه الظاهرة.

وبغية الحيلولة دون نشوء الإرهاب، لا بد أن توضع سياسة عمل موحدة وإستراتيجية منظمة للحدّ من هذه الظاهرة في المجتمع وحفظه وصيانته من هذا البلاء والنشر المستطير، ولكي تكون مجدية ونافعة يجب ألا تقتصر على سنّ التشريعات العقابية الصارمة، فإنّه قد ثبت أنّ مثل هذا الحل بمفرده غير كاف لحصول المطلوب، إذ يقتصر أثره على تسكين أعراض الداء لفترة ثم لا يلبث أن يعود معكراً لصفو الأمن مخلخلاً للإقتصاد مزعزعا للمجتمع، الأمر الذي يؤكد أنّ الجريمة الإرهابية لن تقهر ما لم تتم معالجتها معالجة جذرية شاملة بالقضاء على العوامل البيئية والعوامل الشخصية الدافعة إلى ارتكاب الجريمة الإرهابية، ذلك أنّ جريمة الإرهاب شأنها شأن أي جريمة أخرى وليدة خليط من العوامل.

لذلك كان لزاماً على المجتمع الدولي إتخاذ التدابير الرامية إلى معالجة الظروف المؤدية إلى إنتشار الإرهاب، ومن بينها على سبيل المثال لا الحصر : الصراعات الطويلة الأمد التي لم تحل بعد، وتجريد ضحايا الإرهاب بجميع أشكاله ومظاهره من إنسانيتهم، والتمييز على أساس الإنتماء العرقي والوطني والديني و الإستبعاد السياسي والتهميش الاجتماعي و الاقتصادي، والافتقار إلى الحكم الرشيد، مع التسليم بأنّه لا يمكن أن تشكل أي من هذه الظروف ذريعة أو تبريراً لأعمال العنف.

تأتي ورقتنا البحثية استجابة لجملة من الحوافز التي أثارت لدينا نزعة الكتابة في هذا الموضوع، و ذلك بتسليط الضوء على هذه الجريمة التي أصبحت تمس بأمن الأفراد و استقرار الدول على حد سواء، وسنحاول من خلال هذه الدراسة أن نلتمس : كيف سعى المجتمع الدولي إلى وأد الإرهاب لما يضر بالمجتمع والفرد بأسلوب مقبول ومعقول؟، وما هي الحلول التي وضعها لوقاية المجتمع الدولي من هذه الظاهرة؟

المبحث الأول : الأسباب والدوافع المؤدية إلى إنتشار الإرهاب

تعزى الدوافع الأساسية للإرهاب إلى الرغبة في فرض رأي أو فكر أو مذهب أو دين أو موقف معين في قضية من القضايا بالقوة والأساليب العنيفة¹، فالإرهاب له أسبابه كبقية الظواهر في المجتمع كما أنّ الكشف عن جذور الإرهاب ومعرفة أسبابه هو موضوع الساعة وهو من أشد الموضوعات خطورة وأثرا وأجدرها بالدرس المتأنّي ذي النفس الطويل ، ذلك أنّ الإرهاب لم يأت إعتباطا ولم ينشأ جزافا، بل له أسبابه ودواعيه.²

المطلب الأول: الأسباب والدوافع الداخلية

لكل ظاهرة من الظواهر أسبابها ولا يخرج عن هذه القاعدة الإرهاب ، بل أنّ للإرهاب بإعتباره ظاهرة قديمة حديثة أسبابا عديدة جديدة بالبحث والدراسة ، باعتبار أنّ هذه الجريمة الظاهرة الأبرز للعقد الأخير من القرن العشرين ومطلع القرن الحادي والعشرين³ .

نقصد بالأسباب الداخلية هنا الأسباب المحلية داخل الدولة والمسببة لفعل الإرهاب، فقد أجمع المؤتمرون على أنّ الإنسان عندما يتحرك إلى الإرهاب فإنّه يكون مدفوعا إلى ذلك الأسلوب بفعل تراكمات إحساس النفس من كبت وبؤس، وفقر، ويأس، وظلم وبالتالي يمكن أن نقول أنّ الإرهاب ظاهرة مركبة أسبابها متعددة ومتنوعة.

الفرع الأول: الأسباب والدوافع الإقتصادية

من أهم أسباب إزدياد العنف والتطرف حول العالم هو الفقر والحاجة والعوز وعدم توفر فرص العمل للملايين من الناس، مما يصرفهم للتفكير بوسائل وأساليب تحقق لهم لقمة العيش حتى ولو كانت هذه الوسائل غير مشروعة ، مما يغذي العنف والتطرف ويجعل هذه البيئات مرتعا خصبا لنمو العنف والتطرف والإرهاب ، وقد أظهرت العديد من الدراسات أنّ الفقر والبطالة هما من العوامل الأساسية لنشوء السلوك الإجرامي⁴ .

ففي عصر العولمة أصبحت معظم إقتصاديات العالم الثالث تابعة للدوائر الغربية، وهذا ما عملت أدوات العولمة على تكريسه خلال العقود الماضية والمتمثلة بصندوق النقد الدولي، منظمة التجارة العالمية والبنك

¹ - هيثم فالح شهاب، جريمة الإرهاب وسبل مكافحتها في التشريعات الجزائية المقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان الأردن 2010 ص 48.

² - صالح بن غانم السدلان، أسباب الإرهاب والعنف والتطرف، محاضرة أقيمت على طلبة كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض السعودية دون سنة، ص 02.

³ - علي يوسف شكري، الإرهاب الدولي في ظل النظام العالمي الجديد، دار السلام الحديثة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر 2008، ص 60.

⁴ - هايل عبد المولى طشطوش، الإرهاب المعاصر، دار البداية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2014، ص 98.

الدولي والشركات العملاقة¹، ومع إتساع سياسات الخصخصة إزداد الفقير فقرا والغني غنى و ازدادت البطالة والأمراض الإجتماعية وغيرها من المشاكل الأخرى، إذ بالنظر إلى دور الإقتصاد في الحياة الدولية وكونه القوة الجديدة في عالم اليوم في تصنيف الدول إلى غني وفقير، قوي وضعيف، أصبح التخريب المتعمد وتدمير إقتصاديات بعض الدول دافعا من أهم دوافع الإرهاب في الفترة الحالية².

إنّ تردي الأحوال الإقتصادية يؤدي إلى الإحباط واليأس والحقد على المجتمع وكيانه ، مما يؤدي بالإنسان إلى الإنتقام منه ومحاربتة، لأنّ ما يصاحب الفقر من أوضاع إجتماعية ونفسية مزرية وعوامل خارجية أخرى تولد الإحساس بالظلم و الإضطهاد ومن ثم التورط في ارتكاب جرائم عنف³، ويمكن القول أنّ كثيرا من الإرهابيين وحسب ما أثبتته الدراسات هم من الفقراء والعاطلين عن العمل والذين يعيشون في بيئات فقيرة وأحياء شعبية مكتظة تقتقر لخدمات الكهرباء والماء، وكذلك من الأشخاص الذين يعانون من فراغ فكري وضجر وتعاسة نتيجة الجوع والحرمان والفقر عندها تتساوى لديهم قيمة الحياة مع الموت⁴.

الفرع الثاني: الأسباب والدوافع السياسية

إنّ الإرهاب السياسي هو الإرهاب الذي يتبنى أهدافا سياسية توجه إلى الدولة ومؤسساتها أو تنظيماتها أو هيئاتها، ويعتبر الدافع السياسي من أهم الدوافع المحفزة للإرهاب ، لأنّ الشعور بالإحباط والظلم من السياسات الخاطئة لدولة ما قد يكون سببا في تعرضها لهجوم إرهابي بدوافع سياسية خالصة⁵، فالإقصاء السياسي وضعف الحريات السياسية وعدم المشاركة السياسية من قبل فئات عريضة من المجتمع والناجم عن إنتشار وسيادة النظم السياسية السلطوية ، أدى إلى فجوة كبيرة جدا بين الحاكم والمحكوم وأصبح بذلك المجتمع المدني محروما من أدنى حقوقه للتعبير عن مطالب ومشاكل و إهتمامات الجماهير الإقتصادية والسياسية و الإجتماعية⁶، كما أنّ غلق قنوات التعبير والتغيير السلمي في إطاره القانوني ينتج عنه شيوع العنف السياسي ، مما يدفع في النهاية

¹ - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 50.

² - محمد سعادي، الإرهاب الدولي بين الغموض والتأويل، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 152.

³ - هيثم عبد السلام محمد، مفهوم الإرهاب في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2005 ص 84.

⁴ - هائل عبد المولى طشوش، المرجع السابق، ص 102.

⁵ - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 49.

⁶ - محمد مسعود قيراط، الإرهاب -دراسة في البرامج الوطنية وإستراتيجيات مكافحته- مقارنة إعلامية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض السعودية، الطبعة الأولى، 2011، ص 67.

إلى الإرهاب ، لذلك فإنّه من الملاحظ أنّ الدول التي تتسم بالشفافية تعتبر فيها ظاهرة الإرهاب من الظواهر المحدودة أو النادرة¹.

الفرع الثالث : الدوافع الإجتماعية والثقافية

تعتبر الأسرة نواة المجتمع ولبنته الأولى التي يقوم عليها بنيان المجتمع والحياة الإجتماعية، فإذا ما كانت تلك اللبنة سليمة كان البنيان قويا متماسكا ، أما إذا كانت ضعيفة كانت تعاني الجهل والتخلف والتفكك فإنّ ذلك يؤدي بالتأكيد إلى نشأة أشخاص غير أسوياء من السهولة إغواؤهم و استهواؤهم، ويمكن القول عموما أنّ إنهاء منظومة القيم الأصلية والقيم الفاضلة وجنوح الأفراد إلى الريح السريع أيا كان مصدره، وكذا إنهاء منظومة التربية وتفاقم ظاهرتي الأمية والبطالة و إتساع الهوة بين الطبقات الإجتماعية والتميز داخل المجتمعات على أسس حزبية، إقليمية، جهوية عرقية أو طائفية، كل ذلك يعتبر من قبيل الإنحلال الإجتماعي المشجع على إنتشار الإرهاب².

وعلى الصعيد الثقافي فإنّ شعوب دول العالم الثالث تعاني من الإنعكاسات السلبية والتي خلقتها العولمة والمتمثلة بالتبعية الثقافية وأزمة الهوية، الأمر الذي دفع إلى خلق صراعات ثقافية داخل المجتمع الواحد بعضها يؤيد الإرهاب والآخر يعارضه³.

الفرع الرابع : الأسباب والدوافع النفسية

تلعب العوامل النفسية دورا غاية في الأهمية في تحديد سلوكيات الإنسان المعادية للمجتمع ، خاصة عندما تتعرض تلك الجوانب لبعض الإضطرابات والتقلبات النفسية والمرضية والتي يمكن إرجاعها لأسباب وراثية أو مفاجئة، فمثل هذه الجوانب النفسية قد تكون الدافع الحقيقي لإقحام الفرد في عالم الإرهاب ، خاصة في ظل التحولات العالمية الجديدة والشعور بالنقص لدى الأفراد التي تتسبب فيه مثل هذه التحولات، والتي زادت من نسبة العنف والإجرام الفردي فتكون أهم شريحة وأقواها مهياًة لتحقيق أهدافها وحل مشكلاتها بأي وسيلة وتأجيج روح الإنتقام لديه⁴.

¹ - رائد قاسم، الإرهاب والتعصب عبر التاريخ، دار المحجة البيضاء للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2008، ص 30.

² - عبد العزيز عشاوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الثاني، دار هومة الجزائر، الطبعة الأولى، 2006، ص 224.

³ - نبيل أحمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1988، ص 101.

⁴ - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 52.

المطلب الثاني : الأسباب والدوافع الخارجية

تتعدد دوافع الخارجية إلى دوافع إستعمارية وإعلامية وعنصرية، ومعرفة هذه الدوافع يساهم بشكل كبير في مكافحته ولاسيما عن طريق المنع ، حيث أنّ إزالة هذه الدوافع المختلفة يقلل من نسبة حدوث الجرائم الإرهابية ، كما أنّ ذلك يجردّ الأفراد والمنظمات الإرهابية من أية أسباب أو مبررات يستندون إليها و انعدام أي تعاطف شعبي تجاههم¹ .

لذلك فإنّ العوامل الخارجية هي عوامل وثيقة الصلة بكيان المجتمع الدولي والنظم السائدة فيه والقيم و المبادئ التي يعتنقها، ولو نظرنا إلى البيئة الدولية نلاحظ إزدياد عدد العمليات الإرهابية التي تتجاوز آثارها حدود الدولة الواحدة لتمتد إلى عدة دول مكتسبة طابعا عالميا² .

الفرع الأول : الإستعمار

هو أساس الإرهاب ومنبعه بل يمكن القول لولا الإستعمار لما وجد الإرهاب بهذه الكثرة، وما زالت الأمم تضمّد جراحها من ويلات الإستعمار وآلامه، فهو لا يكتفي باحتلال الأرض بل ينتهك العرض ويستعبد الشعب وينهب خيراته ويجعله صريع الجهل والمرض والتخلف، حيث أنّ التاريخ الحديث شهد موجات إستعمارية غاشمة ولم يكن لهذه الموجات إلا أهداف إستغلالية وتسلطية هدفها نهب خيرات الشعوب وثرواتها ، وجعلها مصدرا هاما من مصادر المواد الأولية اللازمة لثرواتها الصناعية وبناء إقتصادياتها وقوتها وتحسين أوضاع مواطنيها على حساب الآخرين، ناهيك عن الهيمنة الثقافية و الإجتماعية و الإقتصادية والعسكرية³ .

لقد ورث الإستعمار الإرهاب بكل أشكاله فمن الإعدام إلى السجن إلى التعذيب إلى القتل إلى الإغتصاب إلى التشريد إلى نشر الذعر والخوف، مما وّد الحقد والكره لدى الشعوب الضعيفة والذي تطور مع الزمن ليتحول إلى بذور عنف وتطرف وبالتالي إرهاب.

الفرع الثاني : الإعتداء على الدول والتدخل في شؤونها الداخلية

أدى إنتقال العالم من مرحلة القطبية الثنائية إلى مرحلة التفرد القطبي الواحد بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية وظهور نظام عالمي جديد، صاحبه في ذلك تحول دول إشتراكية إلى رأسمالية إلى إختلال في النظام

¹ - منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي، جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي العام والفقهاء الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 139.

² - علي بن فايز الجحني، الإرهاب الفهم المفروض للإرهاب المرفوض، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2014، ص 28.

³ - هيثم عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص 81.

السياسي الدولي ، حيث تحكمت دول كبرى في مصائر الدول الصغرى، أضف إلى ذلك تركيبة مجلس الأمن الدولي وتحكم خمس دول دائمة العضوية فيه وحجر حق النقض لها دون سواها من الدول¹ .
وبالنظر لإمتلاك الو.م.أ القوة الهائلة والمريعة في ميادين الحياة المختلفة ، مكنها من إستحواذها على مجلس الأمن وجعله أداة طيعة في يدها ، إذ باتت دولة واحدة تفرض إدارتها على المجتمع الدولي بالإعتداء على الدول والتدخل في شؤونها الداخلية²، كل هذه الأسباب مجتمعة دفعت إلى بروز العنف والإرهاب في العديد من بقاع العالم، ونتيجة لهذا الخلل أصبح الإرهابيون يجدون الدعم والمساندة من بعض الدول بل قد يعملون لصالح تلك الدول من أجل مكاسب معينة³ .

الفرع الثالث : التمييز العنصري

تلجأ بعض الجماعات العرقية إلى ممارسة الإقصاء والتمييز العنصري ومحاولة القضاء نهائيا على عناصر عرقية أخرى بالإرهاب أو تضيق مجال نشاطها ، يدفع بالجماعة العرقية التي مورس عليها العنف الإرهابي للرد عليه والدفاع عن وجودها⁴، فحينما تسيطر النزعة العرقية على السلطة الحاكمة وتمارس التمييز العنصري ضد شعبها وخصوصا إذا كان متنوع الأعراق، تلجأ بعض الجماعات إلى ممارسة العنف والإرهاب ضد الجماعة الأخرى الأقل قوة بهدف إخراجهم من ديارهم⁵، كل هذه الممارسات العنصرية تسببت على مدار التاريخ بصناعة الإرهاب، ذلك أن الشعور بالتمييز يلعب دورا فعالا في بناء غريزة الإنتقام في داخل النفوس المضطهدة مما يولد العنف والتطرف والإرهاب⁶ .

الفرع الرابع : الأسباب الإعلامية

يتميز العمل الإرهابي بأنه يتمتع بأصداء إعلامية واسعة ، حيث يتخذ منفذو الجرائم الإرهابية صورا وأساليب من شأنها لفت نظر المجتمع سواء على المستوى الدولي أو الوطني ، وهو بهذا يجعل لجريمتهم واقعا

¹ - هيثم عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص 87.

² - هايل عبد المولى طشطوش، المرجع السابق، ص 106.

³ - هيثم عبد السلام، المرجع السابق، ص 88.

⁴ - نجيم حكيتين، الولايات المتحدة الأمريكية و مكافحة الإرهاب الدولي بعد 11 سبتمبر 2001 -دراسة في الأبعاد والخلفيات- مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص العلاقات الدولية، جامعة الجزائر 3 2009، 2010، ص 56.

⁵ - جمال نصار، أسباب الإرهاب ودوافعه، نشر يوم 24 فيفري 2017، (تاريخ الإطلاع 2017/07/29، على الساعة 10:05

سا) متوفر على : <http://rassd.com/201683.htm>

⁶ - هايل عبد المولى طشطوش، المرجع السابق، ص 106.

إعلامياً له صدهاء في مختلف الوسائل سواء المرئية أو المسموعة أو المقروءة ، وهو بهذا يحاول التأكيد على إيصال رسالته إلى الجهات المستهدفة من القيام بالعمل الإرهابي¹، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يمكن القول أنّ الإرهاب يعتمد في تحقيق أهدافه على عنصرين، الأول : هو إثارة الرعب والذعر و الآخر نشر القضية ونشر وترويج الأفكار التي يعمل من أجلها وطرحها أمام الرأي العام، وتوظيف العمل الإرهابي الذي يقوم به من أجل خدمة هذه القضية بالاعتماد على الجانب الإعلامي في تنفيذ عملياته².

وتتجلى صلة الإعلام بالإرهاب من خلال ما يصدر عن بعض وسائل الإعلام من مقالات صحفية أو ندوات ثقافية أو مسلسلات ومسرحيات تهزأ بالدين وأهله، وتسخر من القيم الإسلامية خاصة ومن بعض الأحكام الشرعية والمبادئ الإسلامية الثابتة، والإعلام بهذا التوجه يستثير مشاعر الناس ويؤجج بواعث الغضب في نفوسهم حماية لدينهم وانتصاراً لقيمهم الإسلامية الحقّة فيمارس الإرهاب ضد هذه الدول³.

المبحث الثاني : التدابير الرامية إلى معالجة الظروف المؤدية إلى إنتشار الإرهاب

تضمنت إستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب خطة عمل تناولت مجموعة كبيرة من التدابير الرامية إلى معالجة الظروف المساعدة على انتشار الإرهاب، ومنعه ومكافحته، وبناء قدرات الدول على التصدي له، وتعزيز دور الأمم المتحدة في هذا الصدد، وضمان احترام حقوق الإنسان، والتمسك بسيادة القانون في مكافحة الإرهاب وتدعو الإستراتيجية الدول الأعضاء إلى العمل مع منظومة الأمم المتحدة لتنفيذ أحكام خطة العمل الواردة في الإستراتيجية، كما تدعو في الوقت ذاته كيانات الأمم المتحدة إلى مساعدة الدول الأعضاء في جهودها⁴.

¹ - غسان صبري كاطع، الجهود العربية لمكافحة جريمة الإرهاب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011، ص 48.

² - برياش رتيبة، الأمن والإرهاب في المغرب العربي -مقاربة إستراتيجية- مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 3، 2011-2012، ص 84.

³ - عبد الله بن محمد عمرو، أسباب ظاهرة الإرهاب في المجتمعات الإسلامية -رؤية ثقافية- المؤتمر العالمي عن موقف الإسلام من الإرهاب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، قسم الثقافة الإسلامية، كلية الشريعة، 2004، ص 24.

⁴ - محمود داوود يعقوب، المفهوم القانوني للإرهاب -دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة- منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2011، لبنان ص 136.

المطلب الأول: التدابير غير الجنائية لمنع ومكافحة الإرهاب على الصعيد الدولي

يجب أن تكون مقارنة ظاهرة الإرهاب كما هي المقاربة لظاهرة الجريمة منطلقاً من نظرة متكاملة، تتوخى معالجتها في جذورها بدلاً من النظر إليها على أنها مجرد مادة للقمع¹، وإزاء تزايد الإرهاب الدولي و اعتباره ظاهرة حقيقية لا يمكن تجاهلها أصبح من واجب المجتمع الدولي إتخاذ الإجراءات والتدابير العملية التي ترمي إلى منعه، وذلك من خلال دراسة أسباب الإرهاب ودوافعه.

الفرع الأول : إحترام سيادة الدول

إنّ احترام سيادة الدول أو استقلالها، وعدم التدخل في شؤونها وزيادة فعالية مبدأ عدم إستخدام القوة في العلاقات الدولية، وإتسام هذه العلاقات بالود والتعاون وفقاً لمواثيق الأمم المتحدة تعدّ من الوسائل الهامة التي تجنب إرتكاب العديد من الأفعال الإرهابية²، لهذا يجب أن تتولى الجمعية العامة ومجلس الأمن اهتمامهما بمناشدة الدول بإحترام سيادة الدول والحكومات الشرعية و إتخاذ التدابير لحفظ الأمن والسلم الدوليين ، وتجنب أسباب الصراع التي تقضي إلى إستخدام القوة ، وأن يتدخلوا لإنهاء النزاعات الداخلية والدولية، والسعي إلى تحقيق المصالح الوطنية بين الجماعات المتصارعة داخل الدول وفق آلية واضحة وبأسلوب موضوعي، وعدم ترك الأمور للإعتبارات السياسية والمصالح الخاصة للدول، وتحميل الدولة المخالفة المسؤولية الدولية وفرض جزاءات عليها وفقاً لقواعد القانون الدولي³.

الفرع الثاني : تحسين الأوضاع الإقتصادية للدول الفقيرة

لا شك بأنّ مشكلة التفاوت الإقتصادي بين الدول ستبقى باعثاً على التوتر الدولي وخلق الأعمال الإرهابية ، وهذا يدعو إلى تأسيس إلتزام الدول الغنية بمساعدة الدول الفقيرة على أساس قواعد العدل والإنصاف ومساندتها على حل مشكلاتها الإقتصادية ، بمنح القروض والتغلب على أزمة ديونها بالإعفاء منها أو إعادة جدولتها⁴.

والحقيقة أنّ هذه السياسة غير كافية لمعالجة الأضرار التي تلحق الدول بسبب الفقر والأزمات الإقتصادية الناشئة عن المشكلات الإقتصادية ، التي تؤدي في الكثير من الأحيان إلى حالات العدوان مما يهدد الأمن

¹ - محمد عزيز شكري، الإرهاب الدولي -دراسة قانونية ناقدة- الطبعة الأولى، 1991، دار العلم للملايين، القاهرة، مصر، ص 10.

² - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 245.

³ - سالم محمد الأوجلي، التدابير العملية لمنع ومكافحة الإرهاب، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي "الإرهاب في العصر الرقمي" في الفترة من 10 إلى 13/07/2008، جامعة الحسين بن طلال معان، الأردن، ص 33.

⁴ - سالم محمد الأوجلي، المرجع السابق، ص 35.

والسلم الدوليين، وهنا تبرز الحاجة إلى تعاون دولي بشكل عملي وفعال لرفع المعاناة عن الشعوب الفقيرة وتقديم المساعدة إلى الدول النامية لرفع مستوى شعوبها وتحسين إقتصادها¹.

الفرع الثالث : نشر الديمقراطية و إحترام حقوق الإنسان

إزاء فرض السلام وزيادة التضامن الإنساني العالمي ، أصبح المجتمع الدولي يتجه نحو تدويل قضية الديمقراطية وحقوق الإنسان التي تشهد إنتهاكات في العديد من الدول، فلم تعد شأنا داخليا لا يجوز التدخل فيه، وهذا يفسح المجال أمام المجتمع الدولي أن يفرض إلتزامات واجبة التنفيذ على الدول لإقرار الديمقراطية و إحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، ولا يتعارض هذا الإتجاه مع مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول والسيادة الوطنية، لأنّ هذه السيادة ليست مطلقة في ظل الطلب المتزايد للشعوب وحرّياتها الأساسية².

لذلك على الأمم المتحدة أن تولي إهتماما خاصا بجميع ممارسات الدول التي تتطوي على إنكار الديمقراطية و إنتهاك صارخ لحقوق الإنسان وحرّياته الأساسية التي تولد الإرهاب وتعرض الأمن والسلم الدوليين للخطر، فممنع الإرهاب يتأتى في ظل النظام العالمي الجديد من خلال نشر الديمقراطية وحماية حقوق الإنسان وحرّياته الأساسية، ومكافحة موجات الإرهاب التي تنتمى بسبب القيود المفروضة على حريات الأفراد وإنكار حقوقهم الأساسية وإخضاعهم لأساليب الحكم الإستبدادي، في وقت تزايد فيه وعي الشعوب وتساعدت مطالبهم بالديمقراطية³.

كما يجب على المجتمع الدولي في منعه للإرهاب ضمان إحترام حقوق الإنسان ، خاصة في ظل التدخل الدولي الإنساني الذي طالما أثار الكثير من الشكوك الذي أودى بحياة الكثيرين من الأبرياء ، بسبب عدم تقيّد الحيوّش بأساليب القتال و الإبتعاد عن الأسلحة المحظورة، كما أنّ العقوبات الإقتصادية تضر بالمواطنين الأبرياء أكثر من إضرارها بالقيادة السياسية المسؤولة عن إنتهاك مبدأ الديمقراطية⁴.

¹ - عبد القادر بن صالح، المؤتمر الدولي حول دور البرلمانات في مكافحة الإرهاب، الأربعاء 2005/9/19 (أطلع عليه يوم 2017/9/20 على الساعة 16:11 سا) متوفر على

https://193.194.78.233//ma_ar/stories.php?story=05/10/19/4859971

² - سالم محمد الأوجلي، المرجع السابق، ص 25-26.

³ - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 248.

⁴ - إلياس أبو جودة، الإرهاب والجهود الدولية والإقليمية لمكافحته، مجلة الدفاع الوطني، العدد 91، كانون الثاني، لبنان، (أطلع عليه يوم 2017/9/23 على الساعة 11:55 سا) متوفر على <https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content>

الفرع الرابع : حماية حقوق الأقليات

إنّ إنتهاكات الدول لحقوق الإنسان داخل أراضيها بسبب العنصر أو اللون أو اللغة أو الدين ، أحدثت ردود فعل عنيفة تمثلت في أعمال إرهابية دامية في مواجهة الحكومات لإرغامها على تطبيق مبدأ عدم التمييز أو من أجل الإنفصال عنها، مما يهدد كيان الدولة و إستقرارها ويعرض الأمن والسلم الدوليين للخطر، وإزاء تصاعد أفعال التفرقة العنصرية ضد الأقليات في العديد من الدول و إرتفاع جرائم العنصرية والصراعات العرقية بين فئات الشعب وتنامي الإضطرابات الإجتماعية ، أدركت الجماعة الدولية بأن مشكلة الأقليات كانت من أهم الأسباب المؤدية إلى إنتشار الإرهاب والحروب الأهلية¹ .

من هنا رأّت الدول ضرورة وضع قواعد لحماية الأقليات بإعتبارها من الحقوق الأساسية للإنسان، وخشية أن يؤدي ظلم وإضطهاد بعضها إلى تعريض السلم العالمي للخطر أصبح حماية الأقليات وحرّياتها تأتي في مقدمة إهتمامات المجتمع الدولي ، حيث أنشأت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة لجنة فرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات سنة 1947 ،وتناول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 العديد من النصوص التي تهدف إلى إقامة المساواة في الحقوق والحرّيات بين الأفراد داخل الدولة بصرف النظر عن إنتمائهم إلى مجموعات، لذلك يجب على هيئة الأمم المتحدة أن تضغط على الدول التي ينسب إليها إنتهاكات حقوق الأقليات ، على ألا ترقى هذه التدابير إلى منع اللجوء إلى القوة المسلحة خاصة في ظل سيادة مبدأ حظر إستخدام القوة في العلاقات الدولية ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، كل هذه التدابير التي تتخذها هيئة الأمم المتحدة من شأنها أن تمنع حدوث الإرهاب الدولي² .

المطلب الثاني :التدابير غير الجنائية لمنع و مكافحة الإرهاب على الصعيد الوطني

يقصد بالتدابير الوطنية مجموعة الوسائل والإجراءات التي تتخذها الدولة لمنع وقوع الإرهاب أصلا ومكافحته بعدم تكرار وقوعه في المستقبل³ ،بإتخاذ التدابير التي تهدف إلى منع الجريمة، وعلى هذا النحو فإنّ هذه التدابير هي تحديث للمنظومة التشريعية بما يضمن نجاعة العمل الوقائي.

¹ - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 250-ص251.

² - أحمد محروس علي ناجي، شادية إبراهيم مصطفى المحروقي، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة، مكتبة القانون والإقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 2012، ص 33-ص34.

³ - سالم محمد الأوجلي، المرجع السابق، ص 02.

الفرع الأول : في المجال السياسي

بما أنّ الظلم و الإستبداد يعتبران أساس التردّي والسقوط وتقتشي الإرهاب فإنّ العدل هو أساس قيام الدول وبنائها و به تزدهر حياة الشعوب من جميع أوجهها، فالعدل هو المحافظة على الدماء والأموال والأعراض وإيصال الحقوق إلى أهلها، إلا أنّ مفهوم العدل إتسع في العصر الحديث لإرتفاع سقف مطالب الجماهير، إلا أنّ الأبرز هو مطلب المشاركة في القرار السياسي¹، وعليه فإنّته على السلطات القائمة داخل الدولة إذا أرادت أن تتفادى الإصطدام بالإرهاب ، أن تعلي من شأن الثقة المتبادلة بين أنظمة الحكم وشعوبها على أن تعتبر هذه الثقة عن حقائق إجتماعية ووقائع مادية مستمرة، وليس مجرد إطارات تنظيمية فارغة ومظاهر إعلامية زائفة ومن ذلك على سبيل المثال² :

- ✓ إعتداد لغة الحوار كمنهاج رئيسي وتكريس مبدأ حسن النية المتبادل بين المواطنين والحكومة على إعتبار أنّ الأصل في التصرفات هو حسن النية لا العكس.
- ✓ الإبتعاد عن الأساليب القمعية في التعامل مع المواطنين كالإعتقال والتعذيب وغيرها من طرق المعاملة التي لا تتفق مع حقوق الإنسان.
- ✓ نشر ثقافة السلم والحوار خاصة بين الأوساط السياسية ومحاربة أسباب مختلف الصراعات³ .

الفرع الثاني : في المجال الإقتصادي

لقد أصبح الإقتصاد المحرك الرئيسي للتنمية الوطنية ومن ثم للعلاقات الخارجية، فمن يستطيع التحكم في القرار الإقتصادي هو من يتحكم في القرارات الإستراتيجية الدولية، وبمفهوم المخالفة فإنّ الدولة التي لا يمكنها ضبط أوضاعها الإقتصادية ، تكون عرضة للتحكم فيها من الخارج سواء من الدول الأجنبية أو المنظمات الدولية أو من المنظمات الإجرامية ، التي تتستر تحت غطاء الشركات المتعددة الجنسيات أو الشركات السياحية أو غيرها من الشركات التي تمارس في الظاهر نشاطا مشروعاً بعائدات قذرة⁴ .

¹ - سالم محمد الأوجلي، المرجع السابق، ص 02.

² - عكسة إسعاد، تحديث المنظومة التشريعية بما يضمن نجاعة العمل الوقائي والقمعي في مواجهة الجريمة المنظمة، الملتقى الوطني الثالث حول الجريمة المنظمة وسياسة مكافحتها في الجزائر، أيام 02-03-04 مارس 2008، كلية الحقوق والعلوم الإجتماعية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط الجزائر، 2008، ص 249.

³ - ضياف زين الدين، مسعودان أحمد، الجريمة والسلوك الإنحرافي لدى الشباب الجزائري، الملتقى الوطني الثالث حول الجريمة المنظمة وسياسة مكافحتها في الجزائر، أيام 02-03-04 مارس 2008، كلية الحقوق والعلوم الإجتماعية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، الجزائر، 2008، ص 82.

⁴ - جاسم محمد زكرياء، مفهوم العالمية في التنظيم الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2001، ص 82.

لذلك يجب على الدولة أن تتبع النظام الإقتصادي المناسب لوضعها الإقتصادي بما يكفل قدرة الأفراد على توفير إحتياجاتهم، وأن يرتقي بمستوى المعيشة للأفراد ويجد من التمايز الشديد بين فئات المجتمع ويفتح الأبواب أمام الأنشطة المشروعة لتوفير فرص العمل للعاطلين، وتحسين مستويات الدخل وإزالة حالات الفقر والبطس وتحسين الأحوال الإقتصادية والمعيشية للأفراد، ومكافحة البطالة والأجر الضئيل والدعم الإقتصادي والمستمر للأسر الفقيرة¹.

ولما كان الإصلاح يبدأ بالداخل فإنّ على الدول المكافحة للإرهاب الإقتصادي أن تتخذ جملة التدابير التالية²:

- تخفيض الرسوم والضرائب على المواطنين محدودي الدخل تفاديا لاستنزاف ما لديهم من سيولة وتعويض ذلك برفعها على الأغنياء من ذوي النفوذ وذلك للإنقاص من الهوة الموجودة بين طبقتي الأغنياء و الفقراء.
- رفع المستوى المعيشي للمواطنين عن طريق العمل على إعادة توزيع فائض الثروة الوطنية توزيعا عادلا بما يساهم في محاربة ظاهرة الفقر، لإغلاق الباب أمام أي محاولة لاستغلال الوضع المعيشي المتردي للمواطنين من أجل توريثهم في جرائم منظمة من بينها الإرهاب.

الفرع الثالث : في المجال الثقافي

لقد أغفلت أغلب الدول في العقود الأربعة الماضية دور الثقافة في منع الإرهاب، وبالتالي تدهورت بشكل كبير الأمر الذي تسبب في عجزها عن صياغة الوعي الوطني، وفشلها في إقناع الرأي العام بأهمية الحفاظ على الهوية الوطنية، وهو ما شكّل أرضا خصبة لنشر الأفكار التطرفية والإرهاب، لذلك يجب محاربة الإرهاب بالفن والثقافة³.

ولمواجهة الإرهاب في هذا المجال يجب تعزيز القواعد الأخلاقية في المجتمع، لاسيما وأنّ القانون الوضعي لا ينكرها، فالأزمة التي تعيشها أمتنا في هذا العصر وكذا غيرها من الأمم في تحليلها النهائي أزمة أخلاقية قبل كل شيء، ولذلك فإنّ التهذيب بغرس القيم الأخلاقية و الإجتماعية في نفوس أفراد المجتمع وتوعيتهم نحو أنفسهم وأسرهم مجتمعة وتقوية إرادتهم على مقاومة النوازع الإجرامية، يعدّ أسلوبا ناجحا للوقاية من الإرهاب، ولذلك فإنّ على السلطات القائمة من جملة ما عليها القيام به :

¹ - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 190.

² - عكسة إسعاد، المرجع السابق، ص 250.

³ - مصطفى عبد الفتاح، دور الثقافة في محاربة الإرهاب...ندوات وتصريحات، نشر يوم الأحد 03 سبتمبر 2017، أطلع عليه يوم 03 سبتمبر 2017 على الساعة 22:00 سا، متوفر على : <https://elbadil.com/2017/08>

■ ضرورة عقد مؤتمرات وندوات وطنية ودولية، محاضرات وأيام دراسية في جميع أطوار التعليم وحلقات في المساجد لتوعية مختلف فئات الشباب بضرورة أدائهم لواجباتهم في صيانة الإستقلال السياسي و الإقتصادي للبلاد ، وبالدرجة الأولى الثقافي ضمانا لعدم تورطهم في الإشتراك في جرائم منظمة أيا كان نشاطها.

■ الإهتمام الجاد بالمتقنين والإعلاء من شأن علماء الأمة ومفكرها وأدمغتها في جميع المجالات، إذ يفترض أنهم الركن الأساسي في إزدهار الأمة وترقيتها وتوعيتها على الصعيدين المعنوي والمادي¹.

الفرع الرابع : في المجال الإجتماعي

إنّ تحقيق التماسك الإجتماعي هو أمر لا بد منه لمكافحة الإرهاب، وإنّ ثقة المجتمع في نفسه من خلال إحترام حقوقه وحرياته وقيامه بالتزاماته وواجباته كفيل بتقجير طاقاته والنهوض به إلى مستوى متقدم على جميع الأصعدة، وهذه المقومات التي تحدّد من الجريمة الإرهابية هي :

أ- الأسرة : الدور الذي تضطلع به الأسرة هو وقاية أفرادها من الانحراف والجريمة ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقوم به مؤسسة أخرى، فالأحرى بالدولة أن تزيد دعمها للأسرة لكي تتمكنها من القيام بالتربية السليمة للنشء والشباب، ويتأتى هذا الدور عن طريق العمل على تحسين الظروف الإجتماعية و رفع مستوى الحياة وإقامة العدل والمساواة و إحترام حقوق الإنسان، وما من أحد يخالف أنّ الأسرة السوية هي المناخ الصالح لنمو الطفل الصالح الذي يكون أهلا لخدمة نفسه و أسرته، وطنه وأمته.

هذا التهذيب وتوعية الفرد بواجباته يقع على عاتق الأسرة التي لا بد عليها من تهذيب أبنائها وأن تفرغ بعض الوقت لشؤون أطفالها، وعلى ذلك يجب أن تقوم بدورها بتهذيب أفرادها وتوعيتهم بالقيم و المبادئ الإنسانية وتطبيقها في حياتهم اليومية وتحويلهم من أفراد منغلقيين على ذاتهم إلى أناس ينتمون قولا و فعلا إلى المجتمع الإنساني².

ب- المدرسة : إنّ الواجب الأسري لا يلغي أهمية التربية المدرسية ودورها في إعداد الأجيال الصاعدة لتكون صاحبة قرار حر ومتحرر من الأنانية ، ومقبلة على معالجة المشكلات بجميع أشكالها وإزالة التباين بين الشعوب والتسامح والتعاون ونبذ التصرفات الإنسانية³، ويتم هذا الإعداد من خلال المناهج والكتب الدراسية والأنشطة التطبيقية و التنشئة المدنية وتوعيته بالقواعد الإنسانية الرامية إلى الحفاظ على حياة الأفراد وكرامتهم الإنسانية ، ونبذ التصرفات للإنسانية على مختلف أنواعها وأشكالها، و الإلتزام بالمسؤولية في معالجة الخلافات

¹ - جاسم محمد زكرياء، المرجع السابق، ص 583-584.

² - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 186.

³ - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 186.

بروح الحق و العدل وتحصيل العلم ، لما والتقييد بالأنظمة والقوانين و الإلتزام بها والسعي إلى تحقيقها بما يتوافق مع حاجات مجتمعه ووطنه¹.

ج- المؤسسات الدينية: يجب أن تنهض المؤسسات الدينية المختلفة (المعاهد والجامعات الإسلامية والمساجد) بتوضيح الصورة الحقيقية للإسلام، ولا شك أنّ الدين هو الأساس في توجيه الناس إلى الخير و حمايتهم من الشر، ولا سيما الشر المتمثل في الجريمة الإرهابية.

لذلك فإنّ من جملة الوظائف للمؤسسة الدينية هي الوعظ والإرشاد وميدانها الأول هو المسجد ، الذي لا ينكر أحد دوره العظيم في التأثير على الجماهير وخطب الجمعة والدروس الدينية التي تهم المصلين هي خير وسيلة لمكافحة الجريمة الإرهابية ، والمؤسسات الإسلامية مطالبة الآن أكثر من أي وقت مضى بالتعاون فيما بينها على الصعيد الإسلامي من أجل الإلتفاق والإجماع على الفتوى والقضايا المستجدة ، حتى لا يحدث التضارب أو التناقض الذي يسمح للجهاال والمارقين أن يستغلوا مثل هذه الأمور في توظيفها لمبادئهم وأفكارهم المنحرفة التي تدعو إليها².

الفرع الخامس : في المجال الأمني

لما كان الجهاز الأمني في أي دولة هو أداة تنفيذ التشريعات القائمة فإنّ له صلة وثيقة و إرتباطا مباشرا بمكافحة الإرهاب، وبذلك فإنّه على الدولة ألا تغل يده بتشريعات جامدة لا تسير ما وصلت إليه الجريمة الإرهابية عموما من تطور، ولما كان هذا الأخير يمس بأمن الدول كافة ويهدد سلامتها وسيادتها فإنّه يجب على الدولة أن تتسق العمل في مواجهته وأن توجد آليات جديدة للتعاون الدولي في إطار المنظمات الإقليمية والدولية³، كما يجب على الدولة في سياق مكافحة الإرهاب أن لا تنتهك حقوق الإنسان، ولا يتأتى هذا إلا عن طريق إحترام سيادة القانون و تعزيز حقوق الإنسان والحريات العامة⁴.

لذلك على المؤسسات الأمنية نشر الوعي الأمني في أوساط المجتمع حول خطورة الجريمة الإرهابية وهذا قبل وقوعها ، لأنّ معظم أوساط المجتمع تدرك خطورة الجريمة الإرهابية عند وقوعها فقط أو الأسباب التي دفعت

¹ - سالم محمد الأوجلي، المرجع السابق، ص 16.

² - محمد فتحي عبده، دور المؤسسات الإجتماعية والأمنية في مكافحة الإرهاب، أعمال ندوة مكافحة الإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، السعودية، 2006، ص 145.

³ - برحال مختار، الإجرام المنظم، مجلة المستقبل، مدرسة الشرطة بسيدي بلعباس، الجزائر، العدد السابع، دون سنة، ص 39.

⁴ - يامن محمد منيسي، مكافحة الإرهاب بين سيادة الدستور و إنتهاك حقوق الإنسان -دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي، مصر 2017 ص 12.

إلى إرتكابها، لذلك توجد متطلبات مهمة لترسيخ الوعي الأمني لدى أوساط المجتمع خاصة الشباب من أجل الوقاية من إرتكاب الجرائم الإرهابية ومنها¹ :

■ فرض مستوى مناسب من الرقابة الإيجابية على وسائل الإعلام والنشر، وإحكام الرقابة على كل ما ينشر عبر شبكة الإنترنت خاصة مواقع التواصل الإجتماعي، وإقامة الفعاليات الرياضية و الثقافية و الإجتماعية تحت شعار لا للإرهاب.

■ حظر إستخدام وسائل الإعلام في بث أفكار منحرفة وإشراك الأجهزة الأمنية مع وسائل الإعلام لإعداد ونشر برامج التوعية المناسبة، ومشاركة المواطنين في أسابيع التوعية الأمنية التي تنظمها أجهزة مكافحة الإرهاب.

- إنشاء إدارة إعلام أمني متخصصة في التخطيط و الإعداد والنشر لبرامج توعية أمنية متوازنة.
- تخصيص مساحة أكبر لعرض برامج التوعية الأمنية الخاصة بالوقاية من الجرائم الإرهابية.
- تضمين المقررات الدراسية في مراحل التعليم العام مقررات دراسية حديثة لأساليب التوعية الأمنية.

الفرع السادس : في المجال الإعلامي

نحن الآن نعيش في عصر الثورة المعلوماتية والبحث الإعلامي المفتوح كالتقنيات الفضائية والإنترنت، ونأمل أن تنهض المؤسسات الإعلامية في مكافحة الظواهر الغير السوية وفي مقدمتها الجريمة الإرهابية التي تجتاح كثيرا من الدول، والإعلام المطلوب من هذه المؤسسات هو الإعلام المعتدل الذي يضع الأمور في وضعها الصحيح ، ويبين من خلال مواده الإعلامية المسموعة والمقروءة ومسؤوليات الأسر نحو حماية الأجيال الناشئة من السقوط في براثن الإرهاب، وتلبية حاجات الشباب في كل الميادين و الإرتقاء بوعيهم الثقافي² .

لذلك على وسائل الإعلام المختلفة في الدولة أن تساهم في مجال التربية الخلقية للمواطنين وإذكاء وعيهم بالإرهاب وخطورته ، وتوعيتهم بأهمية منع الجرائم ومكافحتها وتعزيز إحترام حقوق الإنسان وأدميته، بالثني على تكريس القيم التي تؤيد الإرهاب وعدم تبني سياسات العدوان والعنف ضد الفئات المعرضة للخطر بصفة خاصة بسبب أصلها العرقي أو الديني ، ومكافحة إتجاهات التعصب ورفض الإرهاب بكل أشكاله وصوره³ .

كما يجب على وسائل الإعلام المحلية أن تقوم بتوعية الجماهير بدورها في تعزيز التضامن والتعاون لمواجهة مظاهر الإرهاب المتزايد في عالمنا المعاصر ، وفق منظومة من الواجبات والمسؤوليات قوامها النواحي

¹ - تركي بن عيد عواض، دور الوعي الأمني في الوقاية من الجرائم الإرهابية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، تخصص القيادة الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الشرطية، 2011-2012، ص 186.

² - هيثم عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص 186.

³ - هيثم فالح شهاب، المرجع السابق، ص 186.

الخلقية والمدنية والإنسانية ، بما يعزز عندهم روح التعاون مع الآخرين على صون حقوق الإنسان و كرامته باعتباره شرطا ضروريا لضمان تقدم المجتمعات و إستقرارها¹ .

الفرع السابع : التدابير على المستوى الوطني في الجزائر

أثبت إتباع النهج العسكري لقمع العمليات الإرهابية عدم نجاعته، حيث إعتمدت الجزائر طيلة عقد من الزمن إلى التعامل مع الظاهرة بطريقة عسكرية استئنافية مما زاد من تأزم الوضع الذي جعل البلاد قاب قوسين أو أدنى من تدخل دولي لتسوية الوضع، لكن التغير الذي حصل في الاستراتيجية الجزائرية وانتهاجها طرق اقتصادية واجتماعية سلمية في معالجة الأزمة كانت له نتائج إيجابية ، أكدت أحقية وأولوية الحلول السياسية و الإجتماعية و الإقتصادية على العسكرية²، مما جعل الجزائر اليوم تعدّ دولة رائدة في مجال مكافحة الإرهاب بشهادة دولية.

إنّ مواجهة ظاهرة الإرهاب في الجزائر ومنعه تحقق بإرساء أسس الديمقراطية الإجتماعية ، التي تقوم على العدالة في توزيع الثروة وضمان الحقوق في التعليم و التكوين و السكن و العمل و الحياة الكريمة، وإدراكا من السلطات الحكومية بأهمية ذلك شرعت في تعزيز هاته التدابير الوقائية في محاولة منها لإرساء أسس الإستقرار ووضع حد للأعمال الإرهابية نهائيا، و قد تمثلت هذه الإستراتيجية الوقائية في :

1-تبني سياسة الوئام و المصالحة الوطنية

لقد ساهمت سياسية الوئام المدني في استعادة الأمن و العودة إلى قيم التسامح والحوار العريقة لدى الشعب الجزائري، وعكفت السلطات الجزائرية في ذات السياق على تعزيز الإستقرار و توطين دولة الحق والقانون ، من خلال تبني سياسة الحكم الراشد عبر توسيع قاعدة المشاركة السياسية و تفعيل المجتمع المدني ، بفتح باب الحوار والنقاش مع مختلف مكونات الشعب الجزائري والتناوب على السلطة و إشراك الجميع في الفعل السياسي. وفي هذا الإطار تم السماح للأحزاب السياسية الإسلامية بالمشاركة السياسية مثل حركة مجتمع السلم ، إلى جانب حماية حقوق الإنسان و السماح للمواطن بالتعبير عن رأيه في اختيار ممثليه في الإنتخابات القائمة

¹ - طارق سفر الدهاس، أحكام جريمة الإرهاب في القانون الأردني والقانون السعودي -دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية 2006 ص 131.

² -حكيم غريب، من الحلول الأمنية إلى الحلول السياسية : التجربة الجزائرية الرائدة في مكافحة الإرهاب (تاريخ الإطلاع 2017/09/17 على الساعة 17:00) متوفر على:

<http://www.washingtoninstitute.org/ar/fikraforum/view/from-security-solutions-to-political-resolution-the-innovative-algerian-cou>

على قواعد شفافة و عادلة ، من شأنها السماح بالمشاركة في صنع القرار السياسي¹، وبإمكاننا اليوم أن نقول أن الجزائر قد صنعت نظاما سياسيا يستجيب لمقتضيات الحداثة والتجذر ضمن المجتمع الجزائري، وهي تعترم من ثمة المشاركة في الانطلاقة الديمقراطية العالمية والمشاركة في رد الاعتبار لقيم كرامة و احترام حقوق الإنسان ، والتي تعدّ عناصر أساسية لإرساء دولتها على أسس جديدة، بل وواجبات تتعهد السلطات باحترامها ليس إزاء الشعب الجزائري فحسب، بل وكذلك إزاء المجموعة الدولية.

2-الإصلاح السياسي

بعد المشاورات مع مختلف الأطياف السياسية و الشخصيات الوطنية باشر النظام السياسي فعليا عمليات الإصلاحات السياسية بإلغائه حالة الطوارئ و صدور القوانين الشهيرة ابتداء من سنة 2011 وهي :
أ-إلغاء حالة الطوارئ بموجب الأمر 11-01² : لعل أهم ما صرح به رئيس الجمهورية في تقديمه لمبادرة الإصلاحات السياسية، رفع حالة الطوارئ التي فرضت منذ 09 فيفري 1993 في فترة شهدت فيها البلاد انقلابا، و في ظل المتغيرات الإقليمية تم إلغاء حالة الطوارئ و تم الرجوع للعمل بقوانين الإجراءات الجزائئية نظرا لتحسن الأوضاع الأمنية، ما يفسر عودة الأمن و الإستقرار للجزائر.

ب- قانون الانتخابات 16-10³ : جاء هذا القانون لتأطير العملية الانتخابية التي تعدّ ركيزة النظام الديمقراطي، حيث بمقتضى الانتخاب يستطيع المواطن اختيار من يمثله على المستوى المركزي (البرلمان) وعلى المستوى المحلي (المجالس الشعبية المنتخبة)، وتهدف نصوص هذا القانون إلى تحقيق انتخابات حرة و نزيهة و شفافة، وقد تم تبني النظام الانتخابي الذي يتماشى و متطلبات الواقع ويكفل إدارة جيدة للمناسبات الانتخابية.

ج- قانون الأحزاب السياسية 12-01⁴ : جاء هذا القانون كمحاولة لرفع التشدد الذي طبع قانون الأحزاب السياسية السابق رقم 97-09، والذي بمقتضاه تشددت الوزارة في منح الاعتماد للتشكيلات الحزبية الجديدة ، فبعد هذا التعديل تم اعتماد الكثير من الأحزاب السياسية الجديدة في فترة وجيزة ، و يعدّ هذا القانون أكثر

¹ - محمد مسعود قيراط، المرجع السابق، ص285.

² - الأمر 01-11 المؤرخ في 23 فيفري 2011 يتضمن رفع حالة الطوارئ، جريدة رسمية عدد 12 الصادر بتاريخ 23 فيفري 2011.

³ - قانون عضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 أوت 2016 يتعلق بنظام الإنتخابات، جريدة رسمية عدد 50 الصادر بتاريخ 28 أوت 2016.

⁴ - قانون عضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بنظام الإنتخابات، جريدة رسمية العدد الأول الصادر بتاريخ 14 جانفي 2012.

انفتاحا من سابقه الصادر في فترة انتقالية، فمتطلبات الحياة السياسية منذ الحراك العربي تغير و أفرزت متطلبات تغيير جديدة.

3- إصلاح العدالة لتعزيز دولة الحق و القانون:

لقد تم قطع شوط كبير في إصلاح العدالة باعتبار أنّ المنظومة القضائية تشكل قطب روعي لدولة الحق و القانون كآتي:

- تعزيز استقلالية المنظومة القضائية و مصداقيتها.
- تسهيل الوصول إلى هذه المنظومة و تعجيل وتيرة معالجة الخلافات وتنفيذ القرارات.
- إتمام مسار التساوق التشريعي، ضمانا لمطابقته مع التزامات الجزائر و تعهداتها الدولية.
- تعزيز تكوين القضاة و مضاعفة الإمكانيات المادية للشبكة القضائية وإعادة تأهيل المسجونين¹.

4- الإصلاح الإقتصادي

من خلال الرشادة الإقتصادية و تنويع مصادر الدخل و القضاء على البطالة والتهميش و إشراك الشباب في العملية الإقتصادية، و في هذا الصدد سطرت الدولة الجزائرية عدة أهداف في سبيل تحقيق النمو الإقتصادي المرجو للنهوض بالسياسات الوطنية، ومحاولة القضاء على ظاهرة البطالة التي غزت على مر العشرية السوداء عقول الشباب و دفعتهم إلى الولوج في عالم الجريمة الإرهابية، ولعلّ الإصلاحات التي أقرتها الدولة في ما يتعلق خاصة بمجال الشغل وتشغيل الشباب لخير دليل على توفر الإرادة السياسية المعلن عنها بوضوح²، والتي تهدف أساسا إلى :

- تحسين وتعزيز آليات الوساطة في سوق العمل، من خلال عصرنة وسائل المتابعة والمراقبة والتقييم والأخذ بعين الاعتبار لطلبات الشغل الإضافية.
- القيام بالمقاربات الإقتصادية من أجل مكافحة البطالة.
- السعي إلى تكييف مخرجات التعليم والتكوين مع متطلبات سوق العمل بتغيير المناهج التعليمية وتعزيز الوسائل البيداغوجية، مما يسمح بتحسين مؤهلات اليد العاملة الوطنية لا سيما في التخصصات غير المتوفرة في السوق.
- تدعيم المشاريع الاستثمارية المولدة لمناصب الشغل، ما يسمح بتنمية ثقافة المقاول و تعزيز الإيرادات.

¹ - سي آيلند، مذكرة حول الإصلاحات في الجزائر، نشر بتاريخ: 09 يونيو 2004، (تاريخ الإطلاع 2017/09/17 على الساعة 16:30)، متوفر على:

<http://www.el-mouradia.dz/arabe/infos/actualite/actualite-memorandum.HTM>

² - سي آيلند، المرجع السابق.

و لتنفيذ هذه الأهداف تم وضع المخطط الوطني لمكافحة البطالة الذي ركز على محورين من الانشغالات وهما : المعالجة الاجتماعية للبطالة، والتي تتم عن طريق استعادة البطالين من منحة التأمين على البطالة والإحالة على التقاعد المسبق، والمعالجة الاقتصادية للبطالة التي تعتمد على الشبكة الاجتماعية من خلال إنشاء وظائف مؤقتة في إطار الأشغال ذات المنفعة العامة للاستعمال المكثف لليد العاملة، وكذا من خلال دعم تشغيل الشباب عن طريق المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وبرامج الأشغال الكبرى¹.

5- الإصلاح الاجتماعي

عمدت السلطات الجزائرية إلى جملة من الإصلاحات على مستوى المنظومة الجموعية و كذا الإعلامية، حيث جاء قانون الجمعيات 12-2006 لإعادة هيكلة الحركة الجموعية في الجزائر (المجتمع المدني) حيث جاء أكثر صرامة و شدة من القانون 90-31 حيث فصل الجمعيات عن باقي فواعل الحياة السياسية ، ودعا هذا القانون في جوهره إلى إعادة بعث العمل الجموعي حتى يكون أكثر فعالية وضابطا أخلاقيا. و صدر في نفس السنة القانون العضوي 12-2005³ المتعلق بالإعلام لتوفير حماية أفضل للصحفي على الصعيد الاجتماعي والمهني، مثلما نص أيضا على إلغاء أحكام السجن المتعلقة بجنح الصحفيين، كما يتضمن القانون إنشاء هيئة للضبط تختص بالصحافة المكتوبة، و هيئة أخرى بضبط الحقل السمعي والبصري⁴، فالمنظومة الإعلامية كانت بحاجة إلى إصلاح ليصبح الإعلام نافذا، ناقدا، فعّالا و مساهما في خلق مجتمع واع و مسؤول يساهم الجميع في تصحيح الهفوات و الأخطاء و التجاوزات ووضع الحلول الناجحة والبناءة.

6- الإصلاح التربوي

ركزت الإستراتيجية الجزائرية على القطاع التربوي من منطلق إيمانها أنّ جذور المشكلة قد تعود إلى بعض الأفكار المتطرفة التي تتضمنها بعض برامج التعليم في المدارس و الجامعات، ولم يكن إصلاح التعليم

¹ - براق محمد، بوسبعين تسعديت، أسباب انتشار البطالة وإجراءات مواجهتها في الجزائر، ورقة علمية مقدمة في ملتقى دولي تحت عنوان إستراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة يومي 15-16 نوفمبر 2011، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة محمد بوضياف المسيلة، ص6.

² - القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية العدد 02 الصادر بتاريخ 15 جانفي 2012.

³ - القانون رقم 12-05 المؤرخ في 12 جانفي 2012 يتعلق بالإعلام، جريدة رسمية العدد 02 الصادر بتاريخ 15 جانفي 2012.

⁴ - كمال تيمزار، الإصلاحات السياسية و الدستورية و بناء الحكم الراشد في الجزائر، العدد4، جوان2015، ص.ص 129،130.

في جانب البرامج فحسب، بل شمل أيضا المدرسين و المكوّنين الذين يمكن أن يؤثروا على تفكير الأطفال و الشباب.

كما شمل إصلاح المنظومة التربوية الوطنية فتح هذه الأخيرة على العلم و الثقافة العالميين و على اللغات الأجنبية و على التعاون الدولي، ويشمل في الوقت ذاته ترقية العناصر المؤسسة للهوية الوطنية ضمن منظور يندرج في إطار الحداثة و التنمية.

وانطلاقا من ذلك المفهوم فإنّ الوعي العام و التعليم يسلك مسلكين : أ- **المستوى الوطني** وذلك من خلال الجهود الوطنية لبناء و دعم أهمية الوعي العام والتعليم بالاستثمار في تربية الأبناء و تعليمهم وتزويد الأسر بالمهارات و الأدوات اللازمة لذلك المبتغى، ب- **المستوى المحلي** من خلال مشاركة المجتمع في التعليم الوقائي و دعوة الأفراد و مؤسسات المجتمع المحلي للمشاركة في الجهود الوقائية حماية للأفراد أنفسهم و للمجتمع الذي يعيشون فيه، من خلال توظيف المؤسسات المحلية و المكتبات والمراكز الاجتماعية و الترفيهية، و المدارس و الذي يثمر في مساعدة المجتمع و تلاحق الأفكار والتعلم من تجارب الآخرين والذي سيعود بالنفع على المجتمع المحلي و قاطنيه¹.

خاتمة

في العقود الأخيرة من القرن العشرين، مضت الدول الأعضاء قدما في عملها في مجال مكافحة الإرهاب، عن طريق الجمعية العامة للأمم المتحدة على كل من المسارين القانوني والتفنيدي، وقد توصلت هذه الأخيرة نتيجة جهودها إلى اعتماد العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية التي تتناول الإرهاب وتوج عملها باعتماد استراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب، في 8 سبتمبر 2006 وقد شددت الدول الأعضاء على أهمية الصكوك الدولية القائمة لمكافحة الإرهاب.

كما أنّ منع الإرهاب لا يتوقف على ما تقوم به الدولة من إجراءات لمعاقبة مرتكبها ، إنّما أيضا بما يقدمه إليها المجتمع الدولي من دعم ومساندة وتنمية قدرتها الإقتصادية وتحسين أوضاعها السياسية وتحقيق الحريات الأساسية والديمقراطية وحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية الراسخة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، ووضع إستراتيجيات إجتماعية لحماية الأقليات المعرضة لخطر الإرهاب بسبب أصلها العرقي أو العنصري أو معتقداتها الدينية، ومكافحة إتجاهات قيم التعصب وتنفيذ الدول لالتزاماتها في تطبيق الإتفاقيات الدولية لدعم سيادة القانون الدولي وزيادة فعاليتها بغية إستقرار الحكومات والدول وعدم تنصلها من إتزاماتها الدولية بالتدريج

¹ - سعداوي محمد الصغير، السياسة الجزائية لمكافحة الجريمة : دراسة مقارنة بين التشريع الجنائي الدولي و الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الأنثروبولوجيا الجنائية، كلية الآداب و العلوم الإجتماعية و العلوم الإنسانية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2010/2009، ص 295.

بأية إعتبارات أو تقاليد، إنّما يجب على جميع الدول وعلى كافة أجهزة الأمم المتحدة وهيئاتها ووكالاتها المتخصصة وضع التدابير الوقائية لمنع الإرهاب والتقليل من وقوعه.

ومن أهم النتائج التي خرجت بها هاته الدراسة :

- تعزى الدوافع الأساسية للإرهاب إلى الرغبة في رأي أو فكر أو مذهب أو دين أو موقف معين من قضية من القضايا بالقوة والأساليب العنيفة.
- تهتم السياسة الإجتماعية و غير الجنائية بالإلتجاء إلى تدابير وقائية لمنع الإرهاب قبل وقوعه تكفل حل المشكلات السياسية أو الإقتصادية أو الإجتماعية، بإتباع أساليب التهذيب والتوعية بنشر الديمقراطية وتحقيق العدالة والتخلي عن الحكم الإستبدادي والقضاء على مظاهر الظلم الإجتماعي وتحسين أوضاع الأفراد ورفع مستوى معيشتهم.
- إنّ ما يقدمه المجتمع الدولي من دعم ومساندة لتنمية قدرات الدولة الإقتصادية وتحسين أوضاعها السياسية وتحقيق الحريات الأساسية الراسخة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ووضع إستراتيجيات إجتماعية لحماية الأقليات المعرضة للخطر ومكافحة إتجاهات قيم التعصب وتنفيذ الدول لإلتزاماتها في تطبيق الإتفاقيات الدولية لدعم لسيادة القانون الدولي وكفالة لمنع وقوع الإرهاب.
- جاء إصدار المشرع الجزائري لقوانين إصلاحية لمنع الإرهاب نتيجة لظروف عالمية تمثلت في تعاظم دور الجهود الدولية الرامية إلى مكافحة الإرهاب والقضاء عليه.

أما أهم إقتراحات الدراسة

أولا : على المستوى الوطني

- نشر ثقافة السلم والحوار خاصة بين الأوساط السياسية ومحاربة أسباب مختلف الصراعات.
- توفير فرص أكثر لتشغيل الشباب من خلال إنشاء مؤسسات إقتصادية وصناعية.
- تعزيز وتدعيم النظام التربوي ببرامج تربوية تتضمن قيم السلم والحوار والتضامن وحب الوطن.
- تدعيم دور الأسرة في تربية وتنشئة الشباب من خلال القيام بحملات توعية وتحسيس للأباء والأمهات حول دورهم في مراقبة أبنائهم وتوجيه سلوكياتهم منذ الصغر، وعدم الإتكال على المدرسة.
- مراقبة برامج وسائل الإعلام ومنع تلك التي تخلق النزعة الإنحرافية لدى الشباب.
- توجيه دور الإمام في المسجد نحو القيام بمختلف الدروس وبحلقات لتوعية الشباب ومحاربة التطرف والإرهاب.

ثانيا : على المستوى الدولي

- مواصلة تعزيز قدرات الأمم المتحدة واستخدامها على أفضل وجه في مجالات من قبيل منع نشوب الصراعات والتفاوض والوساطة والتوفيق والتسوية القضائية وسيادة القانون وحفظ السلام وبناء السلام، من أجل المساهمة في الحيلولة دون نشوب الصراعات الطويلة الأمد التي يستعصى حلها بالوسائل السلمية.
- مواصلة وضع ترتيبات في ظل مبادرات الأمم المتحدة وبرامجها لتعزيز الحوار والتسامح والتفاهم بين الحضارات والثقافات والشعوب والأديان، وتعزيز الإحترام المتبادل للأديان والقيم والمعتقدات الدينية والثقافات.
- الترويج لثقافة السلام والعدالة والتنمية البشرية وللتسامح العرقي والوطني والديني عن طريق القيام حسب الإقتضاء بوضع وتشجيع برامج للتثقيف والتوعية العامة تشمل جميع قطاعات المجتمع.
- تشجيع منظومة الأمم المتحدة ككل على رفع مستوى التعاون والمساعدة اللذين تقدمهما بالفعل في مجالات سيادة القانون وحقوق الإنسان والحكم الرشيد دعما للتنمية الإقتصادية و الإجتماعية المتواصلة.

الخدمة الشاملة في قطاع الكهرباء وإشكالية المرفق العام

ميسون يسمينة⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

يعتبر قطاع الكهرباء من نشاطات المرفق العام التي ظلّت لمدة طويلة تحت احتكار الدولة إلى غاية صدور القانون رقم 01-2002، الذي أدخلها إلى المنافسة وفتح المجال للمتعاملين الخواص الاستثمار فيه إلى جانب المتعامل التاريخي.

غير أنّ هذا صادفه نقاش حول إشكالية تراجع فكرة المرفق العام نظرا لصعوبة التوازن بين مقتضيات المرفق العام وقواعد السوق، ومن أجل تجاوز هذا العائق ظهر ما يسمى بالخدمة الشاملة كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام في محيط تنافسي، يهدف إلى التوفيق بين المتناقضين: مبدأ المنافسة من جهة ومقتضيات المرفق العام من جهة أخرى، لكن بمنظور جديد لفكرة المرفق العام.

الكلمات المفتاحية:

قطاع الكهرباء، الخدمة الشاملة، المرفق العام، مهام المرفق العام، المنافسة، إعانات الدولة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/04/30، تاريخ قبول المقال: 2018/06/10، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: ميسون يسمينة، "الخدمة الشاملة في قطاع الكهرباء وإشكالية المرفق العام"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 313-326.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذة مساعدة قسم "أ"، قسم التعليم الأساسي للحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

المؤلف المراسل: missoun.yasmina@gmail.com

Universal Service in the Electricity Sector and the Problem of Public Service

Abstract:

The electricity has always been considered a public service activity, for a long time it remained under a public monopoly until it was introduced to competition, under the law 02/01 which opened the possibility for private operators beside the historical operator to invest in the sector.

However, this was accompanied by a debate on the problem of the decline of the idea of public service because of the difficulty of reconciling the requirements of the public service and the rules of the market. In order to overcome this obstacle, the so-called "universal" service has emerged as a new method of public service management in a competitive environment designed to reconcile the two contradictories: the principle of competition on the one hand and the requirements of the public service on the other hand, but with a new conception about the idea of public service.

Keywords:

Electricity sector, universal service, public service, missions of public service, competition, the state Aid.

Le service universel dans le secteur d'électricité et la problématique du service public

Résumé:

Le secteur de l'électricité a toujours été considéré comme des activités de service public, elles sont restées de ce fait pendant longtemps sous monopole public. Leur introduction à la concurrence, en vertu de la loi 02/01 a ouvert la possibilité aux opérateurs privés à coté de l'opérateur historique d'investir dans le secteur.

Cependant, cela a été accompagné d'un débat sur la problématique du recul de l'idée du service public en raison de la difficulté de concilier entre les exigences du service public et les règles du marché. Afin de surmonter cet obstacle, le service dit « universel » a émergé comme une nouvelle méthode de gestion du service public dans un environnement concurrentiel visant à concilier entre deux contradictoires: le principe de la concurrence d'une part et les exigences du service public de l'autre part, Mais avec une nouvelle conception sur l'idée du service public.

Mots clés :

Secteur d'électricité, service universel, Service public, missions de service public, la concurrence, les aides de l'Etat.

مقدمة

يعدّ قطاع الكهرباء إحدى القطاعات الإستراتيجية في الاقتصاد الوطني للدول لما له من دور في تحقيق التنمية على الصعيدين الوطني والدولي، الأمر الذي يستدعي تنظيم نشاطاته (إنتاج، نقل، توزيع) على النحو الذي يضمن تطوير وترقية الأنشطة الكهربائية، ويحسن نوعية الخدمة العمومية المقدمة. وفي سبيل تدعيم سياسة الإصلاحات التي انتهجتها السلطة العمومية في هذا القطاع صدر قانون سنة 2002، يهدف إلى فتح هذا الأخير على المنافسة والسماح للمستثمرين الخواص بالتعاون مع القطاع العام في تسيير مرفق الكهرباء عن طريق آلية التفويض، بعدما كان محتكرا من قبل السلطات العمومية.

صاحب هذا التحوّل طرح وجدال هام يتعلق بصعوبة التوفيق بين مفهومين متناقضين: متطلبات قانون السوق من جهة و مقتضيات المرفق العام من جهة أخرى، فالأول قائم على المنافسة الحرة والمبادرة الفردية والثاني مرتبط بالمصلحة العامة والترابط الاجتماعي المضمون باحترام المبادئ التي يقوم عليها، بعبارة أخرى، تسيير المرفق العام في محيط تنافسي قد يؤدي إلى تراجع مضمون فكرة المرفق في حالة تغليب مصلحة المتعاملين الخواص على حساب المصلحة العامة كأساس لوجود المرفق العام.

أمام هذا الإشكال ظهر ما يسمى بالخدمة الشاملة (service universel) كأسلوب جديدة للتسيير في القطاعات الشبكية المفتوحة على المنافسة، تهدف إلى تحقيق فعالية المكاسب المتوقعة من المنافسة بتوفير خدمة ذات نوعية وبأسعار منخفضة، دون الإخلال بمبادئ المرفق العام المتمثلة في: (الاستمرارية، العدالة، الملاءمة)، غير أنّ هذه الخاصية المزدوجة للخدمة الشاملة تجعلها مختلفة عن مفهوم المرفق العام، ما أدى بنا إلى التساؤل حول إمكانية تراجع فكرة المرفق العام في قطاع الكهرباء بسبب تجديده مضمونه في مفهوم الخدمة الشاملة؟.

لتحليل هذا الطرح، سنحاول في هذه الورقة دراسته في نقطتين: الأولى نبرز من خلالها مسألة الخدمة الشاملة كتجديد لمفهوم المرفق العام للكهرباء (أولا)، أما النقطة الثانية سنتطرق فيها إلى الكشف عن تجسيد المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام والسبل الكفيلة لضمانها في إطار الخدمة الشاملة (ثانيا).

أولاً- الخدمة الشاملة تجديد لمفهوم المرفق العام للكهرباء

تعدّ إشكالية الخدمة العامة هدف العديد من المرافق العمومية الشبكية المفتوحة على المنافسة، على غرار مرفق الكهرباء، والتي تتمحور بين رهانين، الأول سياسي مرتبط بالحفاظ على التماسك الاجتماعي الذي يضمنه المرفق العام باحترام المبادئ التي يقوم عليها، والثاني يتعلق بالمهام الموكلة للأعوان بعدم الإخلال بقواعد السوق، ما يدل على تجديد مضمون فكرة المرفق العام في مفهوم الخدمة الشاملة الذي سنوضحه من خلال تحديد تعريف لها والذي يتناسب كثيرا مع حاجيات الأفراد (1)، لكنّها بالمقابل تتميز عن مدلول المرفق العام

(2)، إلى جانب كونها مفهوم مستمد من القانون الأمريكي للاتصالات الرامي إلى حل التناقض الموجود بين المرفق العام والمرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي(3).

1- الخدمة الشاملة: تعريف يتناسب مع رغبات المنتفعين

يقصد بالخدمة الشاملة من منظور الكتاب الأخضر الصادر عن الجمعية الأوروبية على أنها مجموعة مقتضيات المصلحة العامة، تهدف إلى توفير خدمات بعض المرافق لجميع المستهلكين والمستعملين بنوعية خاصة وسعر معقول.

« Un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains service soient mis a la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un Etat membre.....au niveau de qualité spécifique....., à un prix abordable »⁽¹⁾.

من جهة أخرى عرّفها الفقيه CURIEN Nicolas من زاوية التوفيق بين متناقضين، المنافسة ومقتضيات المرفق العام بوصفها وسيلة مرتبطة بأجهزة الضبط المتوفرة في القطاعات الشبكية، تسهر على تفعيل المكاسب المتوقعة من المنافسة، مع عدم الإخلال بمبادئ المرفق العام⁽²⁾، كما ينظر إليها باعتبارها واجب يقع على عاتق المتعامل، حيث تكون التعريفات محددة ومفروضة عليهم دون أن يتمتعوا بأية سلطة في تحديدها، حسب نوعية المستهلك أو المنطقة الجغرافية⁽³⁾.

بالعودة إلى القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء يلاحظ أنه لم يقدم تعريفا صريحا وواضحا للخدمة الشاملة كما هو الحال في قطاع الاتصالات، ولم يذكر هذا المصطلح في مواده، باستثناء ورود مصطلحات عامة وقرابية تفيد البحث عن أسعار عادلة « juste prix »، حيث تنص المادة 3 منه على أنه " يهدف المرفق العام إلى ضمان التموين بالكهرباء... عبر مجموع التراب الوطني في أحسن شروط الأمن والجودة والسعر واحترام القواعد التقنية والبيئية."⁽⁴⁾، غير أنه بتحليل مضمونها هناك إشارة غير مباشرة لما يسمى بالخدمة

(1)- Livre vert du 21/05/2003, « sur les services d'intérêt générale », présenté par la commission des communautés européennes, Bruxelles, J.O.C.D n° 76 du 25 mai 2004, www.lex.europa.eu.

(2)- CURIEN Nicolas, « Service universel et concurrence : une cohabitation nécessaire », Revue sociétal n° 30, 2003, p.86.

(3)- BREMOND Ciline Célia, Le service universel dans le devenir des industries de réseau: télécommunications, électricité, services postaux, thèse pour le doctorat en sciences économiques, faculté des sciences économique, université Montpellier I, 2003, p. 54 et 55.

(4)- قانون رقم 01-02 مؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ج.ج. عدد 08 صادر في 6 فيفري 2002، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-10 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ج.ج. عدد 78 صادر 31 ديسمبر 2014..

الشاملة، لأنّ ضمان سعر معقول يكون في جو تنافسي، الذي بدوره يسمح للجميع الحصول على هذه الخدمة من دون أي تمييز وبنوعية خاصة، مع احترام مبادئ المرفق العام.

لكن هذا لا ينفي تجاهل المسألة، حيث كان من الأجدر على المشرع تدارك الموقف وتبني الفكرة، بصريح العبارة حتى لا يدع أي مجال للشك ولتأويلات أخرى بمثل الوضوح الموجود في القانون المنظم لقطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية، حيث قدّم تعريف للخدمة الشاملة على أنّها "جعل تحت تصرف الجميع القدر الأدنى من الخدمة، ذات نوعية وبأسعار متاحة، وهذا في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والعمومية والقابلية للتكيف"⁽¹⁾. يلاحظ من التعريف تدارك المشرع للخطأ الذي وقع فيه في القانون القديم الملغى باستبداله كلمة "الخدمة العامة" بمصطلح "الخدمة الشاملة" كترجمة صحيحة لمصطلح service universel والأقرب للمعنى.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي المرتبط بالتعليمات الصادرة من الجمعية الأوروبية، التي أوجبت على دول الأعضاء توفير الخدمة الشاملة الكهربائية لكافة المقيمين، واعتبرتها حقا للمرتفقين بالتموين بالكهرباء على مستوى كافة التراب الأوروبي بنوعية خاصة وسعر معقول⁽²⁾، الأمر الذي جسده تقنين الطاقة الفرنسي في المادة 1/121 من خلال توضيح المهام التي يقوم عليها مرفق الكهرباء التي تعتبر بحدّ ذاتها ضمانات للخدمة الشاملة، بأشراطه لتوفير إيصال الكهرباء عبر جميع الشبكات العمومية وربطها بخاصية الإنتاج الكهربائي الأولي الضروري الخاضع لتعريفه خاصة، مع تقديم إعانات من جانب السلطات لضمان التموين بالكهرباء⁽³⁾. من خلال هذه التعريفات المقدمة نستنتج أنّ الخدمة الشاملة تتركب من ثلاثة خصائص: أولها تتعلق بتوفر الخدمة بمعنى تزويد الجميع بنفس مستوى الخدمة مهما كان موقعهم الجغرافي أو المالي، إلى جانب توفيرها بسعر معقول حيث لا يجوز أن يكون ثمن الخدمة عائقا يحدّ من إمكانية الاستفادة منها، الذي يتحقق بعدم التمييز في المعاملة سواء من ناحية السعر أو نوعية الخدمة وكذا الموقع الجغرافي.

(1) - المادة 9/9، 10/19 من القانون رقم 18-04 مؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج.ج.ج. عدد 27 صادر في 23 ماي 2018.

(2) - (**Bénéficiaire du service universel c'est-à-dire du droit d'être approvisionné, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents**) voir selon la version rectifiée (Rectificatif, JO N° L16 du 23/01/2004, p. 74) de l'article 3/3 de la directive 2003/54 de la commission européenne, du 26 juin 2003, Concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO L176 du 15/07/2003.

(3) - Code de l'énergie France, www.légifrance.gouv.fr.

- TANSUG Cagla, La régulation des services publics de réseau en France et en Turquie, (électricité et communications électroniques), L'harmattan, Paris, 2009, p. 238.

بالتالي ومن منطلق هذه المقاربات، يتبين أنّ الخدمة الشاملة هي الخدمة الأساسية التي يستوجب توفيرها لجميع الأفراد تحت قاعدة العدالة والحياد، ما يجعلها تتمتع بشفافية كافية تزيح الجدل القائم حولها والإجماع والعمل على تبنيها في جميع المرافق العامة الشبكية.

2- أصل الخدمة الشاملة

ترجع جذور الخدمة الشاملة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، أين أستعمل هذا المصطلح لأول مرة من طرف «Théodore VALI» مدير مؤسسة تلغراف والاتصال الأمريكية (TST)، يهدف من خلالها إلى تبرير الاحتكار لسوق الاتصالات، حيث حدد في تقرير له عام 1909 على أنّ الخدمة الشاملة قادرة على ضمان الاتصال لجميع المراسلين وفي كل زمان، عبر توحيد شبكات المتعاملين المتنافسين في نظام احتكاري تتولى هي كمتعامل تاريخي تسييره. لهذا السبب إحتفظت المؤسسة باحتكارها لمدة طويلة أين كانت توفر نسبة عالية من الخدمة وبتعريفه متدنية، ولم يتلاش هذا الارتباط بين الخدمة الشاملة والاحتكار إلا بعد أن أصبح هذا المفهوم بحد ذاته سببا لتفكيك المؤسسة، و أصبح له في التشريع الأمريكي بعد اجتماعي سياسي في إطار المصلحة العامة⁽¹⁾.

بالمقابل إرتبط بروز مفهوم الخدمة الشاملة في الاتحاد الأوروبي مع ولوج حركة تحرير المرافق العمومية الشبكية، حيث سنّت اللجنة الأوروبية في هذا الشأن عدة تعليمات أهمها تلك المتعلقة بالمنافسة في أسواق الاتصالات⁽²⁾، وأخرى مرتبطة بمرفق الاتصالات التي مهدت الأرضية لتطوير هذا المفهوم⁽³⁾، وبعدها تلاها تحديد لمفهوم هذا المعنى في الكتاب الأخضر الذي استعمل لأول مرة مصطلح الخدمة الشاملة في قطاع الاتصالات⁽⁴⁾، إلى أن صدرت تعليمة الخدمة الشاملة سنة 2002⁽⁵⁾، أما بالنسبة لقطاع الكهرباء فقد تم تحديد

(1) - لأكثر تفاصيل حول ظهور الخدمة الشاملة في الو.م.أ راجع:

TOURBE Maxime, « service public versus service universel: une controverse infondée ? », Revue Critique international, n° 24, 2004, p.p. 23-24.

(2)- Directive 1988/301 de la commission européenne, du 16 mai 1988, Relative à la concurrence dans les marchés de télécommunications, JO n° L 131, du 27 mai 1988.

(3)- Directive de la commission européenne 90/388 du 28 juin 1990, Relative à la concurrence dans les marchés des services télécommunications, JO n° L 192, du 24 juillet 1990.

(4)- Livre vert du 21/05/2003, op.cit.

(5) - راجع كل من:

- Directive de la commission européenne 2002/22 du 07 mars 2002, Concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communication électronique, JO n° L 108, du 24 mars 2002.

- CAMANI Pierre, VERDIER Fabrice, « Le service universel des communications électroniques au regard des nouveaux usages technologiques: enjeux et perspectives d'évolution », La documentation française, 17 octobre 2014, p. 07.

مضمون هذا المفهوم بمقتضى التعليمات الأوربية لسنة 2003، بموجبها ألزمت دول الأعضاء على توفير الخدمة الشاملة لكافة المقيمين والمؤسسات الصغيرة بنوعية محددة وسعر معقول⁽¹⁾.

3- تمييز الخدمة الشاملة عن المرفق العام: تعارض أو تقارب؟

إذا كانت الخدمة الشاملة الوجهة الجديدة للمرفق العام هذا لا يدل على أنّ كلا من المفهومين يحتويان على نفس المعنى، حيث يعرف المرفق العام على زاويتين مقارنة عضوية قائمة على اعتباره جهاز مكلف بتسيير نشاط ذي مصلحة عامة، ومقاربة وظيفية تحدّد مدلوله بحسب الغاية، بالتالي هو كل مشروع يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، ويستوي أن يكون صاحب المشروع شخصا عاما أو خاصا⁽²⁾، يضاف إلى ذلك كونه مفهوم تقليدي ومن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري.

أما الخدمة الشاملة تمثلّ الخدمة الأساسية المضمونة للجميع، أو ما يسمى بالخدمة الأدنى التي تتحقق من وراء تقليص إستراتيجية المرفق العام والتخلي عن دور الدولة البارز والأساسي لصالح قواعد السوق، مع الاحتفاظ بالدور المكمل لها، وهي أيضا مفهوم جديد يتصل بالمرفق العام في جزء منه، والمتعلق بالمرفق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري.

يظهر الفرق أيضا في المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام المتمثلة في المساواة، الاستمرارية، والملاءمة، بالمقابل الخدمة الشاملة تتبني على ثلاث خصائص وهي توفير الخدمة الأدنى للجميع، السعر المعقول للخدمة، وإمكانية التحاق أكبر عدد ممكن من المستهلكين⁽³⁾، لكن هذا لا ينفي مراعاة الخدمة الشاملة لمبادئ المرفق العام، فانفتاح قطاع الكهرباء على المنافسة كان متزامنا مع ضرورة احترام واجبات المرفق العام، كما أنّ قانون الاتصالات قدم مضمون الخدمة الشاملة في إطار احترام مبادئ المرفق العام، هذا يعني أنّ مدلول الخدمة الشاملة يتضمن المرفق العام لكن مع إسقاطه في محيط تنافسي⁽⁴⁾.

(1)- Directive 2003/54 de la commission européenne, du 26 juin 2003, op.cit.

2- BAUBY Pierre, service public, services publics, 2^{ème} édition, La documentation française, Paris 2016, p.16.

3- TOURBE Maxime, op.cit, p. 21 et 22.

4- راجع كل من: - المادة 2/3 من القانون رقم 01/02، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق.

- المادة 9/9، 19/10 من القانون رقم 04-18، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، المرجع السابق.

- BERRI Noureddine, Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications, Thèse de doctorat en sciences, Faculté de droit et des sciences politiques, Université Mouloud MAMMERI Tizi-Ouzou, 2014, p.179.

إلى جانب هذا، تهدف الخدمة الشاملة إلى التحاق أكبر عدد ممكن بالشبكات بغض النظر عن مصادرهـم المالية، في حين المرفق العام يهدف إلى فرض تمييز في التعريفـة بين المستعملين بهدف تسوية اللأعدالة الداخلية⁽¹⁾، أو بعبارة أخرى إتباع أسلوب التمييز الايجابي في المعاملة تبعا لاختلاف ظروف مرتفقي المرفق لغرض تحقيق المساواة⁽²⁾.

من خلال هذه الفوارق، يتضح أنّ كلا من المفهومين يختلفان في عدة نقاط دون أن يصل الأمر إلى التعارض، لأنّ الهدف مشترك بينهما وهو تحقيق المصلحة العامة، فقط يتعيّن على الخدمة الشاملة أن تسعى وراء ذلك في محيط تنافسي دون الإخلال بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العام.

ثانيا - المنافسة والخدمة الشاملة: تعزيز أو تراجع لمرفق الكهرباء؟

أضحت الخدمة الشاملة الأسلوب الجديد الضروري للتخفيف من آثار المنافسة في القطاعات الشبكية على غرار مرفق الكهرباء، غير أنّ هذا أثار جدلا واسعا حول إمكانية تراجع مدلول المرفق العام نتيجة انصهاره في مضمون الخدمة الشاملة، أي هل ستعزّز فكرة المرفق العام من خلال تطوير المبادئ التي يقوم عليها، أو ستؤدي إلى تراجعها؟.

هذا الطرح يقودنا بالاستناد على مفهوم الخدمة الشاملة، إلى القول بأنّها وسيلة لتعزيز فكرة المرفق العام، من خلال النظر إلى أهدافها، منها ما هو متعلق بتوفير الخدمة للجميع وعبر كامل التراب الوطني، مع ضرورة احترام المبادئ التي يقوم عليها قطاع الكهرباء المرفقي، وأخرى مرتبطة بالتماسك الاجتماعي الذي يتحقق بضمان خدمة أدنى وبسعر معقول (1). ومن أجل ضمان أداء مهام المرفق العام في محيط تنافسي لجأت السلطات العمومية إلى سياسة الدعم عبر منح إعانات للمتعاملين المكلفين بهذه المهام، والتي لا تشكّل أي تعارض مع قانون المنافسة؟ (2).

¹- LAGET ANNAMAYER Aurore, La régulation des services publics en réseaux (télécommunications et électricité), L.G.D.J, Paris, 2002, p.247.

²- GUGLIELMI Gilles J. et KOUBI Geneviève, Droit du service public, Montchrestien, Paris, 2000, p.397.

1- الخدمة الشاملة وسيلة لتجديد مهام المرفق العام

إذا كانت الخدمة الشاملة تهدف إلى التوفيق بين قواعد المنافسة وفكرة المرفق العام، فهذا يتحقق من خلال تكريس مهام المرفق العام الكلاسيكية ، أي ضرورة توفير الخدمة للجميع بدون تمييز مهما كان موضعه المالي أو الجغرافي وبأسعار معقولة (أ)، إلى جانب تدعيم هذه الأخيرة بمبادئ جديدة (ب).

أ- تكريس المبادئ الكلاسيكية في مرفق الكهرباء

تخضع المرافق العامة على غرار مرفق الكهرباء في تسييرها لمبادئ أساسية المتمثلة في: المساواة، الاستمرارية، والملاءمة، حيث تنص المادة 2/3 من القانون المتعلق بالكهرباء على أنّ مهمة المرفق العام تهدف إلى تموين زبائنه في أحسن شروط الإنصاف في المعاملة والاستمرارية، والمعادلة في أسعار البيع. كما أكد النص التنظيمي المتعلق بإجراء امتياز توزيع الكهرباء على التزام صاحب الامتياز باحترام واجبات المرفق العام في معالجة شؤون الزبائن⁽¹⁾.

من خلال النصين نستنتج أنّ فتح قطاع الكهرباء على المنافسة تزامن معه تكريس للمبادئ التقليدية المسيرة له، حيث ألزم القانون بتوفير الكهرباء باستمرار الأمر الذي يتطلب تركيب وحدات إنتاج الإغاثة في كل موقع إنتاج، لها قدرة ملائمة تمكّنها من تأمين التزويد بالخدمة بانتظام وإطراد⁽²⁾، إلى جانب البعد الزمني للمبدأ هناك بعد جغرافي أو ما يعرف بالاستمرارية الجغرافية ، والذي يقصد منه توفير خدمة المرفق في كامل المنطقة الجغرافية المتواجدة فيه⁽³⁾، ويجد هذا المعنى تطبيقاته في قطاع الكهرباء، أين يلزم القانون صاحب الامتياز بضمان الخدمة موضوع الامتياز في أحسن شروط الاستمرارية وذلك في كل محيط الامتياز⁽⁴⁾.

¹ - راجع كل من: القانون رقم 01/02، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق. والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08-144، يحدّد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج.ر.ج. عدد 20، صادر في 13 أفريل 2008.

² - أنظر المادة 39 من المرجع نفسه.

³ - DONIER Virginie, « Les lois du service public: entre tradition et modernité », RFDA, n° 06, 2006, p.1230.

⁴ - راجع المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 08-144، يحدّد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المرجع السابق.

غير أنّ هذه الاستمرارية ليست مطلقة، حيث يمكن للموزع أن يقلص أو يقطع توفير الكهرباء لأسباب معينة، بشرط أن يضبط الانقطاع في الحدود التي تتلاءم مع مقتضيات استغلالها، وهو الأمر الذي يعززه د. حسن حوات بوجوب إخضاع المرافق العامة الصناعية والتجارية لهذا الاستثناء لضمان حقوق المتعامل معها من خلال إمكانية حجز أموال المرفق وهذا يدعمها ويؤهلها للمنافسة. راجع حوات حسن « أية استمرارية للمرافق العامة الصناعية والتجارية »، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 35، 2002، ص.95.

كما ألزم القانون المتعامل في قطاع الكهرباء باحترام مبدأ المساواة، يتجلى ذلك في إمكانية استفادة الجميع بالخدمة الكهربائية دون تمييز بسبب المركز الاجتماعي أو الاقتصادي عندما نكون أمام وضعيات متشابهة بين الزبائن، مما يعني بمفهوم المخالفة عند عدم توفر شروط متشابهة يسمح بفرض تمييزات في التعريف لتحقيق العدالة الاجتماعية⁽¹⁾، بالمقابل يبرز هذا المبدأ في إطار الخدمة الشاملة في جعل ثمن الخدمة في متناول الجميع بهدف التحاق الكل بالمرفق بغض النظر عن الحالة الاجتماعية والمالية للفرد، لذا كان من الأجدر إعادة النظر في هذا المبدأ الذي تأثر بفكرة الخدمة الشاملة القائمة على بعدين: بعد مكاني أي توفير وإيصال الخدمة للجميع بالرغم من تواجدهم في منطقة منعزلة المكّرس عبر مبدأ الاستمرارية، وبعد غير تمييزي يكون بتوفير الخدمة بسعر معقول والذي يدعم مبدأ العدالة⁽²⁾.

هذا إلى جانب إلزام المتعامل بتكييف نشاط المرفق حتى يساير حاجيات المنتفعين المتغيرة، ويستمر في تحقيق المصلحة العامة تبعاً لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية المتعلقة بالمرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري، عبر تحسين مقاييس الاستغلال على المستوى التقني، التجاري، الاقتصادي والمالي⁽³⁾.

ب- تعزيز مرفق الكهرباء بمبادئ جديدة

فتح قطاع الكهرباء لم يمس بمبادئ تسييره التقليدية، بل تمّ تدعيمها بمهام أخرى كتنوع الخدمة، التي تعدّ من بين الأبعاد اللصيقة بمفهوم الخدمة الشاملة ورهان يسعى المتعاملون المتنافسون تحقيقه لجلب أكبر عدد من الزبائن، إلى جانب مراعاة قواعد الأمن في الشبكات أثناء توصيل الكهرباء من أجل تقادي المخاطر المتعلقة باستخدامها، مع إدماج التموين في موضوع البيئة خاصة في إنتاج الكهرباء كأكبر مستهلك للطاقة النفطية المسببة للغازات السامة⁽⁴⁾. بهذا فإنّ الانفتاح على المنافسة في المرافق الشبكية عبر فكرة الخدمة الشاملة تعتبر وسيلة لتوضيح مهام المرفق العام، وكذا دور المتعاملين الاقتصاديين، باعتبارها مفهوماً مرناً يتكيف بسهولة مع التغيرات الاجتماعية والاقتصادية⁽⁵⁾.

¹ - المادة 3 و6 من المرسوم التنفيذي رقم 08-144، يحدّد كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المرجع السابق.

² - CHONE Philippe, FLOCHEL Laurent, PERROT Anne, « Obligations de service universel et concurrence dans les réseaux », Economie et prévision, n° 156, 2002, p. 97.

³ - انظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 02-194 مؤرخ في 28 ماي 2002، يتضمن دفتر الشروط المتعلق بشروط التموين بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ج.ج. عدد 39، صادر في 27 جوان 2002.

⁴ - المادة 2/3 من القانون رقم 02-01، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-428 مؤرخ في 26 نوفمبر 2006، يحدد إجراءات منح رخص استغلال المنشآت لإنتاج الكهرباء، ج.ر.ج. عدد 76، صادر في 29 نوفمبر 2006.

⁵ - FLACHER David, « Ouverture à la concurrence et service universel : avancées ou reculs du service public ? », Regards croisés sur l'économie, n° 2, 2007, p.81.

2- تدعيم مهام المرفق العام بإعانات الدولة: تعارض لمبدأ المنافسة الحرة؟

فتح قطاع الكهرباء على المنافسة يشكّل خطراً على ضمان أداء مهام المرفق العام عن طريق تغليب كفة المنافسة على حساب هذه الأخيرة، ولتفادي هذا المشكل عازمت الدولة على تقديم إعانات وتعويضات للمتعاملين بهدف التخفيف من تبعات المرفق العام، لكن بالمقابل قد يشكّل هذا الإجراء تعارضاً مع مبدأ المنافسة الحرة (أ)، لهذا تقطنّ المشرع بوضع استثناء لهذا الحظر الذي يبرره تبعات المرفق المكلفة، على أساس أنّها لا تتعلق بالنشاطات الاقتصادية الخاضعة لقواعد المنافسة (ب).

أ- إعانات الدولة للمتعاملين تعديل لمبدأ المنافسة الحرة كأصل

تشكّل مساعدات الدولة للمؤسسات العمومية الاقتصادية تعدياً على مبدأ المنافسة الحرة بتفضيلها على غيرها وجعلها تنفّلت من تطبيق قواعد السوق⁽¹⁾، في حين المبدأ يقتضي أن تكون الهيئات العامة على قدم المساواة مع المستثمرين الخواص في إطار اقتصاد السوق⁽²⁾.

حيث بعيداً عن التحليل الحرفي لقواعد المنافسة الذي يحظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة بما في ذلك تلك التي تبرمها السلطات العمومية لصالح المؤسسات العمومية بهدف استفادتها من الإعانات، نلاحظ أنّ هناك تمييز بين: القواعد المنافسة التي يتضمنها الأمر التشريعي، تعرف على أنّها مجموعة من المتطلبات المفروضة على المؤسسات تهدف إلى ضمان محيط تنافسي في السوق هذا من جهة⁽³⁾، من جهة أخرى مبدأ المنافسة الحرة المفروض على السلطات العامة أثناء قيامها بوظيفتها الإدارية، الذي يعتبر وسيلة في إطار سياسة اقتصادية تعود بالفائدة على المستهلك من خلال خلق جو تنافسي حول الأسعار.

لهذا فإنّ إعانات الدولة لصالح مؤسسات القطاع العام لا تقيد بالضرورة قواعد المنافسة بقدر ما هي تؤدي إلى تشويهاها، إنّما تتعارض مع مبدأ المنافسة الحرة بجعلها تنفّلت من التنافس مع المستثمرين الخواص الذي

¹ - يقصد بالإعانات حسب قانون الاتحاد الأوروبي: هي جميع التدخلات المختلفة الأشكال تهدف إلى تخفيف الأعباء التي تدخل في ميزانية المؤسسة، انظر لأكثر تفاصيل:

DONY- BORTHOLME Marianne, « Les aides publiques aux entreprises face au droit européen de la concurrence », Politiques et management public, n°4, 1991, p. 03.

² - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جويلية 2008، ج.ر.ج. عدد 36، صادر في 2 جويلية 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 18 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 46، صادر في 15 أوت 2010.

³ - لأكثر تفاصيل حول قانون المنافسة راجع:

ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, Belkeise Edition, Alger, 2012.

يقتضي بذل جهد أكبر لفرض نفسها عبر نوعية وسعر المنتج⁽¹⁾، كما أنّ اللاّعدالة في في الإمكانيات المتوفرة تؤدي إلى تقليص فرص المؤسسات الراغبة في الدخول إلى المنافسة⁽²⁾.

ب- استبعاد تطبيق مبدأ الحظر على الإعانات الموجهة لتبعات المرفق

إذا كان المبدأ العام يقضي بخضوع المرافق العامة لقواعد المنافسة، لكن هذا لا يعني وروده بصفة مطلقة فالمبدأ يتضمن استثناء تبرره تبعات أداء مهام المرفق العام، لأنّ المتعامل الاقتصادي المكلف بأداء هذه المهام المكلفة قد يكون بحاجة إلى تغطية تكاليفها إذا كانت تبعاتها تخل بالتوازن المالي للنشاط وكذا بمردديته، ما يدفع السلطات العامة للتدخل بصورتها المعهودة في القانون العام وتقديم إعانات للمتعامل الاقتصادي بغرض تحقيق هدف المرفق العام المفتوح على المنافسة، المتمثل في المصلحة العامة، بالتالي تطبيق قواعد المنافسة على المرفق العام يتوقف على شرط عدم عرقلة أداء مهامه⁽³⁾.

لهذا السبب أقر القانون المتعلق بقطاع الكهرباء أسلوب المساعدات من شأنها أن تؤدي إلى تقاسم عبء تحمل نفقات تمويل نشاط المرفق العام، التي لا تتعارض مع قواعد المنافسة ولا تخل بمبدأ المنافسة الحرة، أنّما لها تأثير كمي على حسابات المؤسسة التي تدفع بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تقدّم لها والتي ينتظر من ورائها تحقيق غاية اقتصادية، هذه المكافأة محل استشارة لجنة ضبط الكهرباء والغاز، حيث تتولى إعداد حسابات التكاليف والخسائر المتعلقة بتبعات المرفق العام في الوضعيات والحالات التي يترتب عنها تقديم مكافأة من قبل الدولة وهي:

- التكاليف الإضافية الناتجة عن عقود تفرضها الدولة للتمويل بالطاقة أو شرائها.
- التكاليف التي يستفيد منها الزبون النوعي.
- التكاليف الإضافية لنشاطات الإنتاج والتوزيع في المناطق الخاصة.
- التكاليف التي تصنفها لجنة الضبط⁽⁴⁾.

¹- ZOUAIMIA Rachid, « Les aides de l'Etat aux entreprises publiques économiques: une entrave au principe de libre concurrence? », Revue Académique de la recherche juridique, n° 01, 2017, p.p. 18-19.

²- DONY-BORTHOLME Marianne, op.cit, p. 7.

³- انظر المادة 3/2 من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة المرجع السابق.

⁴- راجع المواد: 4، 25/115 من القانون رقم 01-02، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع السابق.

كما أكد النص التشريعي المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية على هذه المسألة في نصه " عندما تتحمل المؤسسة العمومية الاقتصادية قيوداً من الخدمة العامة، تمنح لها وفق إجراءات الميزانية، مساعدة مالية مساوية للأعباء المترتبة عن ذلك ومقيمة طبقاً للتنظيم الجاري به العمل"⁽¹⁾.

وعليه فإنّ تقرير هذه الإعانات الممنوحة من طرف الدولة لصالح المتعاملين الاقتصاديين لا تشكل مساساً أو خرقاً لمبدأ المنافسة الحرة، إذا كانت في إطار تبعات أداء مهام المرفق العام التي لا تنتمي إلى النشاطات الاقتصادية لمؤسسة تجارية الخاضعة لقواعد الربح. من جهة أخرى هذه الإعانات تتمتع بخاصية التحفيز، فإذا كانت المؤسسة على دراية بأنّ نفقاتها على الأعباء ستكون مغطاة بالتعويض، فلن تتردد في بذل جهدها لتخفيض الأسعار.

لكن هذا لا يعني أنّ المرافق العامة لا تخضع لمبدأ المنافسة الحرة بل ملزمة بتطبيق قواعد المنافسة، وفي حالة الإخلال بها القاضي الإداري هو المختص وليس مجلس المنافسة في تقدير مدى خضوع الشخص العام لمقتضيات قانون المنافسة، لأنّ هذا الأخير يمتد نطاق رقابته على النشاطات الاقتصادية فقط (الإنتاج، التوزيع، الخدمات).

خاتمة

يتبين بناء على ما تقدم، أنّ الخدمة الشاملة بتركيباتها الجغرافية والاجتماعية ضرورة حتمية لتعزيز المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري المفتوحة على المنافسة، حتى وإن كان هذا المدلول يمتاز بخصائص تختلف عن تلك الموجودة في المرفق العام، إلا أنّه بالمقابل يعتبر وسيلة لتوضيح وتدعيم المبادئ التي يقوم عليها المرفق عبر تكريس المبادئ التقليدية وتعزيزها بمبادئ جديدة، إلى جانب توفير خدمة أدنى للجميع وبسعر معقول الذي يسمح بالتحاق أكبر عدد ممكن بالمرفق.

بالتالي تجديد مفهوم المرفق العام في فكرة الخدمة الشاملة لا يؤدي أبداً إلى تراجع مضمونه، بل تعدّ الحل الوحيد لتفكيك الإشكال الذي يتعلق بصعوبة التوفيق بين مقتضيات المرفق العام من جهة ومتطلبات قانون السوق، بيد أنّ تكريس الخدمة الشاملة في قطاع الكهرباء لم يكن بشكل صريح وواضح بمثل ما هو مجسد في قطاع الاتصالات، حيث لم تحظ باهتمام كافي من السلطات العامة باستثناء ورود عبارات عامة تفيد الإشارة إلى السعر العادل، الأمر الذي فتح مجالاً للشك حول تبني الفكرة من عدمها، بالرغم من أنّ فتح قطاع الكهرباء المرفقي على المنافسة لم يكن على حساب فكرة المرفق العام بل صاحبه تكريس وتطوير للمبادئ التي يقوم

¹ - قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج. 2 صادر في 13 جانفي 1988، (ملغى جزئياً بموجب الأمر رقم 95-25 مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولة، ج.ر.ج. عدد 55 صادر في 27 سبتمبر 1995).

عليها، مع منح مساعدات تعويضا عن تكاليف أداء هذه المهام المكلفة بغرض تحفيز وتشجيع الاستثمار في القطاع، والتي لا تشكل أي إخلال بمبدأ المنافسة الحرة. ولما كان الهدف من القانون المؤطر لقطاع الكهرباء بحسب نص المادة الأولى هو فتح المجال للمتعاملين الخواص الاستثمار في القطاع إلى جانب المتعامل العمومي، كان من الأجدر على المشرع تجسيد هذا المفهوم الحديث لتحقيق الهدف المنشود وهو الانفتاح على المنافسة دون الإخلال بمضمون المرفق العام.

الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

بن دعاس سهام⁽¹⁾
جامعة سطيف 02

الملخص:

تعدّ الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية أهم تطبيقات القضاء الإداري الاستعجالي التي استحدثها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من أجل تكريس دولة القانون، وتعزيز الاتجاه العام في الدولة بضرورة توفير جميع الآليات الضامنة لحقوق الأفراد، وحمايتهم من تجاوزات الهيئات والسلطات العامة. إذ يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي اتخاذ كل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية، المنتهكة من قبل الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها. على أن يتم الفصل في هذه الدعوى في أجل 48 ساعة من تاريخ تسجيل الطلب.

الكلمات المفتاحية:

قاضي الاستعجال، الحريات الأساسية، التدابير.

تاريخ إرسال المقال: 2018/02/16، تاريخ قبول المقال: 2018/04/21، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بن دعاس سهام، "الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 327-341.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذة محاضرة قسم "ب"، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، 19000 سطيف، الجزائر.

المؤلف المراسل: bendaas.siham@gmail.com

Urgent Administrative Action to Preserve Fundamental Freedoms Under the Code of Civil and Administrative Procedures

Summary:

The urgent administrative case for the preservation of fundamental freedoms is the most important application of the administrative law, which is created by the Civil and Administrative Procedures Law, in order to consolidate the rule of law. An emergency administrative judge may take all necessary measures to preserve fundamental freedoms, which are violated by the public moral persons or bodies that are subject to prosecution by the administrative judicial authorities while exercising their powers. Provided that such action shall be adjudicated within 48 hours from the date of registration of the application.

Keywords:

urgency judge, fundamental freedoms, measures.

Le référé administratif tendant à la préservation des libertés fondamentales en vertu du code de procédure civile et administrative

Résumé :

Le référé administratif tendant à la préservation des libertés fondamentales est l'une des actions les plus importantes en matière administrative. Une telle action, consacrée par le code de procédure civile et administrative algérien, est une garantie de protection des droits des citoyens contre l'arbitraire de l'autorité publique.

Le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des libertés fondamentales, auxquelles des personnes morales de droit public ou des organismes dont le contentieux relève des juridictions administratives, auraient porté atteinte, dans l'exercice de leurs pouvoirs. Dans ce cas, le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit (48) heures à compter de sa saisine.

Mots clés:

Le juge des référés, libertés fondamentales, mesures.

مقدمة

تعاظم دور القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية وازدادت أهميته بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، إذ خطا المشرع خطوة كبيرة بوضعه نظام قانوني خاص بالدعوى الإدارية الاستعجالية، وهذا بتخصيصه الباب الثالث من الكتاب الرابع منه لموضوع الاستعجال، محددًا قواعد خاصة بممارسة ومباشرة هذه الدعوى من قبل المتقاضين من جهة، ومن جهة أخرى حدد سلطات لقاضي الاستعجال الإداري. وهذا باعتبارها ضمانات قوية تمكن المتقاضين من الحصول على حماية سريعة في النزاعات التي يخشى عليها من فوات الوقت، والتي يتعذر فيها إصلاح الأضرار المحتملة مستقبلاً، وخصها بإجراءات مستقلة ومتميزة مناطها السرعة وبساطة التكاليف.

كما عرف القضاء الإداري الاستعجالي بموجب القانون أعلاه تطوراً ملفتاً بمقتضى جملة التطبيقات المستحدثة التي أقرها، فقد أورد تفصيلاً دقيقاً لمجالات اللجوء لهذا القضاء المتميز كمادة إثبات الحالة وتدابير التحقيق، التسبيق المالي وفي المادة الجبائية، كما عالج الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، وكذا التدابير المتخذة في مجال حماية الحريات الأساسية والمحافظة عليها .

إذ يشكّل قضاء الاستعجال للمحافظة على الحريات الأساسية أهم استعجال تضمنه القضاء الإداري الاستعجالي، وهذا من أجل توفير الحماية القضائية العاجلة واللازمة للحريات الأساسية للأفراد، ذلك أنّ الوسيلة القانونية المتاحة لمواجهة الاعتداء على الحريات الأساسية وانتهاكها هي دعوى الإلغاء أساساً، لكنها تتسم بطول الإجراءات وتعقيدها، الأمر الذي أثر على فعاليتها في الحفاظ على الحريات المنتهكة، وجعلها عاجزة عن توفير الحماية العاجلة والسريعة⁽²⁾، وهذا ما استلزم اللجوء للقضاء الإداري الاستعجالي عن طريق رفع الدعوى الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية.

وتحقيقاً لما سبق عرضه فقد نصت المادة 920 من القانون رقم 08-09 على أنه : "يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساساً خطيراً وغير مشروع بتلك الحريات .

¹ المتمثل في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21.

² ولمزيد من التوضيح في هذا الصدد راجع :

-FARIDA ABERKANE ,« LE ROLE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES DANS LE FONCTIONNEMENT DE LA DEMOCRATIE », REVUE DU CONSEIL D'ETAT , N° 4 -2003, P. 9.

- FAROUK. KESENTINI ,« LE ROLE DU JUGE ADMINISTRATIF DANS LA PROTECTION DES LIBERTES PUBLIQUES ET DES DROITS DE L'HOMME», CONFERENCE DONNEE AU SIEGE DU CONSEIL D' ETAT LE 15/9/2003 , REVUE DU CONSEIL D'ETAT , N° 4 -2003 , PP. 47-48.

يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب ".
ومنه يتضح أنّ للقاضي الإداري الاستعجالي دور هام في تكريس دولة القانون وحماية الحريات الأساسية
للأفراد، وهذا من خلال الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية، الأمر الذي دفعنا للبحث
عن مدى فعالية هذه الدعوى في سبيل حفاظها على الحريات المنتهكة .
وعليه هل تعدّ الدعوى الإدارية الاستعجالية ضمانا فعالة للمحافظة على الحريات الأساسية ؟ وهل هي
كفيلة بالتصدي للانتهاكات التي تطالها ؟

ولتوضيح ذلك وجب التعرض لها بالدراسة والتحليل للوقوف على مدى فعاليتها في حماية الحريات العامة، وهذا
على النحو التالي :

أولا / شروط الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية،
ثانيا / القواعد الإجرائية الخاصة بالدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية.

أولا / شروط الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية

الأصل أنّ الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية تستوجب توافر الشروط العامة
التي تخضع لها الدعوى الإدارية الاستعجالية إجمالا، وباستقراء نص المادة 920 من القانون رقم 08-09 يبرز
بجلاء أنّ المشرع استلزم توافر جملة من الشروط الخاصة لرفع هذه الدعوى، باعتبارها دعوى مستعجلة تهدف
إلى وضع حد لتجاوزات السلطات الإدارية بصفة سريعة .

والجدير بالإشارة في هذا الصدد وقبل الخوض في تحليل الشروط الخاصة المتعلقة بهذه الدعوى وجب
التطرق إلى ما ورد في مطلع المادة 920 أعلاه الذي ينص بأن " يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في
الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه... " . معنى ذلك أنّ المشرع الجزائري جعل الدعوى الاستعجالية لحماية
الحريات الأساسية مرتبطة وتابعة للدعوى الأصلية المتمثلة في وقف تنفيذ القرار الإداري، ومن ثم وضع شرطا
شكليا جوهريا لرفعها وقبولها يتمثل في ضرورة رفع دعوى إلغاء ضد قرار إداري غير مشروع . مخالفا بذلك ما
نص عليه المشرع الفرنسي الذي خص الحريات الأساسية دعوى مستقلة قائمة بذاتها⁽³⁾.

³ ARTICLE L.521-2 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE : « SAISI D'UNE DEMANDE EN CE SENS JUSTIFIEE PAR L'URGENCE , LE JUGE DES REFERES PEUT ORDONNER TOUTES MESURES NECESSAIRES A LA SAUVEGARDE D'UNE LIBERTE FONDAMENTALE A LAQUELLE UNE PERSONNE MORALES DE DROIT PUBLIC OU UN ORGANISME DE DROIT PRIVE CHARGE DE LA GESTION D'UN SERVICE PUBLIC AURAIT PORTE , DANS L'EXERCISE D'UN DE SES POUVOIRS , UNE ATTEINTE GRAVE ET MANIFESTEMENT ILLEGALE . LE JUGE DES REFERES SE PRONONCE DANS UN DELAI DE QUARANTE-HUIT HEURES . »

وبذلك خالف المشرع الجزائري طبيعة الدعوى الإستعجالية لحماية الحريات الأساسية، التي لا تحتل الإنتظار والقيام بتحقيق مزدوج، الأول يتعلق بشروط وقف التنفيذ، ثم إن وجد انتهاكا لحرية أساسية قام بتحقيق ثان متعلق بشروط الحماية المستعجلة، بل تحتاج لتدخل سريع من طرف القاضي في ظرف 48 ساعة⁽⁴⁾.
غير أنّ بعض الفقه الجزائري يرى بأنّ ربط الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية بدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري المنصوص عليها بموجب المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أمر غير ملائم من الناحية القانونية، وأنّ العبارة أعلاه زائدة لعدم وجود أي علاقة بين الدعويين من حيث طبيعتهما، الأمر الذي أدى إلى وجود مادتين منفصلتين⁽⁵⁾.
كما أكد معظم القانونيين على أنّ رفع الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية يستوجب توافر ثلاثة شروط أساسية⁽⁶⁾، دون الإشارة إلى وجوب رفع دعوى إلغاء ضد قرار غير مشروع، أو ضرورة توافر قرار إداري لإقامتها، خاصة وأنّ انتهاك الحريات قد لا يحصل بالضرورة عن طريق قرار إداري يجب رفع دعوى إلغاء ضده، فقد يكون مجرد عمل مادي مثل تقديم تصريحات للصحافة⁽⁷⁾.
وعليه سيتم التعرض للشروط الثلاثة الخاصة برفع هذه الدعوى على النحو التالي :

أ/ شرط الاستعجال

الإستعجال هو شرط أساسي لاختصاص القضاء الإستعجالي، وعنصر من عناصره التي تحدد الجهة القضائية المختصة، وكذا الإجراءات المتبعة أمامها. وباعتبار مفهوم الاستعجال متغير حسب الظروف والزمن، فإنّه يبعد حصره في صياغة عامة وإطار مضبوط، ذلك أنّ فكرة الاستعجال هي فكرة مرنة جدا لا تظهر في صفة عامة، بل تتصل بكل حالة أو كل وضع قانوني معين وعلى حد⁽⁸⁾. فهو صميم تدخل قضاء الاستعجال

⁴ غني أمينة ، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية ، الجزائر ، دار هومة ، 2014 ، ص 131 .

- د/ عبد القادر ، المنازعات الإدارية ، الجزائر ، دار هومة ، 2012 ، ص 267 .

⁵ د/ رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، الجزء الثالث (الخصومة الإدارية ، الاستعجال الإداري ، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية) ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، 2013 ، ص 186 وما بعدها - بتصرف - .

⁶ RACHID ZOUAIMIA , MARIE CHRISTINE ROUAULT, DROIT ADMINISTRATIF, BERTI EDITIONS, ALGER, 2009 , P. 273 .

- REMY SCHWARTZ , "LE JUGE FRANÇAIS DES REFERES ADMINISTRATIFS " , REVUE DU CONSEIL D'ÉTAT , N 4 -2003 , P 77 .

⁷ غني أمينة ، المرجع السابق ، ص 131 .

⁸ د/ الغوثي بن ملحمة ، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ، الجزائر ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الأولى ، 2000 ، ص 9 وما بعدها .

الإداري، ويتحقق كلما كان من الضروري التدخل بأكبر سرعة من اللازم لوضع حد لاعتداء على حرية أساسية أو الحيلولة دون وقوع هذا الاعتداء⁽⁹⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن الاستعجال يعدّ شرطا مفترضا في هذه الدعوى بحسب طبيعتها، والغرض من رفعها، كما يظهر من خلال المدة القصيرة الممنوحة لقاضي الاستعجال في نظرها . فقد أفادت الفقرة الأخيرة من نص المادة 920 من القانون رقم 08-09، بوجوب الفصل في دعوى المحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيلها، وهو ما يبرر حالة الاستعجال الفورية في هذا الصدد، والتي بموجبها تم إدراج هذه الدعوى ضمن الفصل المتعلق بالاستعجال الفوري من باب الاستعجال من الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية من القانون أعلاه.

وحرى بالإشارة في هذا الصدد، أنه وبالرغم مما سبق عرضه حول توافر عنصر الاستعجال المفترض في هذه الدعوى، إلا أن تبرير الطابع الإستعجالي مسألة جوهرية تلزم العارض بتبينها بصفة مفصلة بتقديم عناصر مادية ملائمة، كافية ومقنعة لتمكين قاضي الاستعجال الإداري من تقدير هذا الطابع⁽¹⁰⁾. إذ يجب على المدعي تبرير وإثبات حالة الاستعجال التي دفعته لرفع دعواه من أجل الحصول على حماية سريعة لحرياته المنتهكة، وهذا بإظهار توافر عناصر الاستعجال في عريضته، ذلك أنّ عبء تحديد الأسباب التي تجعل من النطق بالتدبير المطلوب ضروريا ومستعجلا يقع عليه، وبمفهوم المخالفة، فإنّ التسبب غير الكافي أو غير المحدد يؤدي إلى رفض الطلب⁽¹¹⁾.

ب - شرط انتهاك حرية أساسية

تستلزم المادة 920 أعلاه شرطا أساسيا آخر في الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية يتمثل في انتهاك حرية أساسية، بنصها على أنّ " ...الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لإختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها ..."، ومفاد هذا الشرط أن يكون طلب الحماية منصبا على إحدى الحريات الأساسية المكفولة بموجب القانون .

ومنه يحتوي هذا النص القانوني على مجموعة من العناصر المكونة لهذا الشرط والمتمثلة في تحديد مفهوم الحريات الأساسية، والأشخاص والهيئات المنتهكة لها، والتي سيتم التعرض لها على النحو التالي :

⁹ د/ عدو عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 267 .

¹⁰ د/ رشيد خلوفي ، المرجع السابق ، ص 167 .

¹¹ غني أمينة ، المرجع السابق ، ص 116 .

- RACHID ZOUAÏMIA, MARIE CHRISTINE ROUAULT, OP.CIT , P. 273.

1- مفهوم الحريات الأساسية

تعتبر الحقوق والحريات الأساسية من أهم المواضيع التي تهتم بها الأنظمة القانونية المعاصرة، نظرا لما تنطوي عليه من أهمية في حياة المجتمعات المتقدمة أو مجتمعات العالم الثالث، إذ تعدّ أساسا لقياس درجة التطور والرقي في هذه المجتمعات، كما أصبح احترامها وحمايتها معيارا جوهريا لقبول الدول في بعض المنظمات الدولية والإقليمية⁽¹²⁾.

وبناء عليه خصص الدستور فصلا كاملا للحقوق والحريات⁽¹³⁾، كما أكد بموجب المادة 38 منه على أنّ الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة، ونص صراحة على أنّ السلطة القضائية هي حامية الحقوق والحريات الأساسية والمخولة بمهمة الحفاظ عليها بموجب المادة 157 منه، والتي تنص صراحة على أنّه: " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

وبتصفح مواد الفصل السابق، يتضح أنّ المؤسس الدستوري أورد جملة من الحريات الأساسية، لكنه أدرجها وأخلطها مع الحقوق⁽¹⁴⁾، فنجدته مرة يستعمل مصطلح الحرية وأحيانا أخرى يستعمل مصطلح الحق، الأمر الذي أثار إشكالا هاما في صعوبة التمييز بين ما يعتبر حقا وما يعدّ حرية أساسية، وما لا يعتبر كذلك. ومن ثم على من تنصب حماية القاضي الإداري الاستعجالي في هذه الدعوى؟ هل على الحرية الأساسية بصحيح العبارة أم على الحقوق والحريات معا؟

وعليه يذهب البعض من الفقه في هذا الصدد إلى استعمال مصطلح الحريات العامة ويعتبرها جميعا حقوقا أساسية، أما البعض الآخر فيرى أنّ الحريات الأساسية هي تلك التي تتمتع بالحماية القانونية في مواجهة السلطة العامة. وعليه فمصدر الحريات الأساسية هو مصدر وضعي يتمثل في الإرادة الشعبية التي وضعت الدستور والقانون، لذا لا يمكن تصور وجود حريات عامة إلا في ظل نظام قانوني معين، إذ يمكن لقاضي الإستعجال الإداري الأمر بمختلف التدابير الضرورية لحمايتها متى طلب منه ذلك⁽¹⁵⁾.

¹² عبد الحميد بن لغويني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004، ص 3.

¹³ الفصل الرابع من الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996 والمنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج 76. والمعدل بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 المتضمن التعديل الدستوري، ج 25. وكذا بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري ج 63. وكذا بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ج 14.

¹⁴ راجع المواد من المادة 32 إلى المادة 71 من الدستور.

¹⁵ بركايل رضية، الدعوى الإستعجالية الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار النشر ريشة الصام، 2015، ص 107.

وبناء على ما سبق عرضه فإنّ مفهوم الحريات الأساسية محل الحماية بموجب الدعوى الإدارية الإستعجالية، يتضمن ويشمل الحريات التي خصها المشرع بحماية قانونية خاصة⁽¹⁶⁾.

2- الأشخاص المتسببة في انتهاك الحريات الأساسية

تشرط المادة 920 أعلاه أن يقع الاعتداء على الحريات الأساسية من قبل الأشخاص المعنوية العامة، أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لإختصاص الجهات القضائية الإدارية. بحيث يقصد بالفئة الأولى الأشخاص المعنوية العامة المتمثلة في الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية حسب ما أفادت به المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . في حين يراد بالفئة الثانية مجموع الهيئات والمؤسسات التي أخضع القانون منازعاتها لإختصاص القضاء الإداري للنظر والفصل فيها، ومنها على سبيل المثال الهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية كمنظمة المحامين ومجالس أخلاقيات الطب، والمنصوص عليهما بموجب المادة 1/9 من القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله⁽¹⁷⁾، والتي تنص على أن: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية"⁽¹⁸⁾.

هذا ويقتضي المنطق القانوني في هذه الدعوى الخاصة بحماية الحريات أن يقع الاعتداء على الحريات الأساسية من الإدارة خلال ممارسة سلطاتها، وهو الأمر الذي أكده المشرع بالنص أعلاه الذي يفيد "... أثناء ممارسة سلطاتها...". فإذا وقع الاعتداء نتيجة ممارسة الإدارة لصلاحيه لم يمنحها القانون لها فلا مجال

ولمزيد من التفصيل في هذا الصدد راجع كل من :

- د/ خضر خضر ، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان ، لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2005 ، ص 11 وما بعدها .

- LOUIS FAVOREU , DROIT DES LIBERTES FONDAMENTALES , 1^{ER} ED. DALLOZ , PARIS , 2000 , PP.75-76.

- FAROUK. KESENTINI , OP.CIT , PP. 45-47.

¹⁶ - RACHID ZOUAIMIA, MARIE CHRISTINE ROUAULT, OP.CIT , P .273.

¹⁷ القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37،

المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر 43 .

¹⁸ ولتفاصيل أكثر حول هذه الهيئات راجع كلا من :

- عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 57 .

- د/ مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثاني، نظرية الاختصاص ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية،

الطبعة الخامسة، 2009 ، ص 12 وما بعدها .

- صاش جازية ، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري ، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق ، فرع القانون العام ، كلية الحقوق ،

جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، 2007-2008 ، ص 306 وما بعدها .

- RACHID ZOUAIMIA, MARIE CHRISTINE ROUAULT, OP.CIT , PP. 252- 254 .

للحديث عن استعجال المحافظة على الحريات الأساسية، إذ يشكّل الاعتداء في هذه الحالة تعدياً، ويمكن بموجبه وقف تنفيذ القرار الإداري تطبيقاً لنص المادة 921 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁹⁾.

ج - شرط الانتهاك الخطير وغير المشروع لحرية أساسية

يشترط لتدخل قاضي الاستعجال الإداري أن يكون المساس بحرية أساسية خطيراً وغير مشروعاً، ذلك أنّ أي مساس ولو كان غير مشروع بالحريات الأساسية لا يؤدي إلى اتخاذ تدابير من طرف القاضي الإستعجالي، بل يشترط أن تكون جسامته وعدم مشروعيته ظاهرة⁽²⁰⁾.

وعليه يشترط في هذه الدعوى أن تكون عدم المشروعية واضحة وجلية، وبموجبها يستطيع قاضي الاستعجال أن يصدر أمراً خلال 48 ساعة، علماً وأنّ تقدير خطورة الاعتداء أمر يستقل به قاضي الاستعجال وفق ما يتراءى له من ظروف كل حالة على حدّا⁽²¹⁾، إذ يتم حسب معطيات وخصائص كل قضية وحسب سلطات ومكانة قاضي الاستعجال الإداري عند فصله في الدعوى التي تكون الإدارة طرفاً فيها، أي حسب درجة استقلالية القاضي الإداري⁽²²⁾.

¹⁹ بركايل رضية ، المرجع السابق ، ص 109 .

- غني أمينة ، المرجع السابق ، ص 129 وما بعدها .

- عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 269 .

²⁰ غني أمينة ، المرجع السابق ، ص 120 .

²¹ بركايل رضية ، المرجع السابق ، ص 108 .

- عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 269 .

- RÉMY SCHWARTZ , OP.CIT , P 79 .

²² د/رشيد خلوفي ، المرجع السابق ، ص 191 وما بعدها .

ثانيا/القواعد الإجرائية الخاصة بالدعوى الإدارية الإستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية

خص القانون الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية بإجراءات مميزة يسلكها المتقاضي لحماية حرياته المنتهكة، ومنح للقاضي فيها سلطة اتخاذ التدابير الضرورية التي يراها مناسبة لإصلاح الوضع في أقرب الآجال .
وعليه وجب التعرض لهذه الإجراءات الخاصة بهذه الدعوى، وإلى السلطات والتدابير المتخذة من قبل القاضي الاستعجالي على النحو التالي :

أ/ إجراءات سير الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية تتمثل الإجراءات الخاصة بهذه الدعوى الاستعجالية المميزة فيما يلي :

1- محتوى العريضة

بالإضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في جميع العرائض المذكورة في نص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد نصت المادة 925 من ذات القانون على أن: "يجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الإستعجالي للقضية".
وعليه فإنّ العريضة الرامية للحصول على تدبير ضروري من أجل حماية حرية أساسية منتهكة، يجب أن تتضمن عرضا موجزا للوقائع، وحيثيات مبررة تبين وتوضح ظروف الإستعجال وسبب اللجوء إلى طلب الحماية المستعجلة، بالإضافة إلى وجوب إبراز توافر شروط هذه الدعوى وذلك من خلال تبيان الحرية التي تحتاج للحماية، وجسامة الانتهاك وعدم مشروعيتها⁽²³⁾ .

2- التمثيل بمحام

باعتبار أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص على إعفاء طالب الحماية المستعجلة من أن يؤسس محاميا لتمثيله والدفاع عن مصالحه، وجب تطبيق القاعدة العامة الواردة بنص المادة 826 من ذات القانون والتي تنص على أنه: "تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية، تحت طائلة عدم قبول العريضة".
وعليه فإنّ التمثيل بمحامى إجراء وجوبي رفع الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية، وبخلافه لا تقبل الدعوى .

²³ غني أمينة ، المرجع السابق ، ص 133 - بتصرف - .

3- إجراءات الفصل في الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية

تتص المادة 929 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على أنه: "عندما يخطر قاضي الاستعجال بطلبات مؤسسة وفقا لأحكام المادة 919 أو المادة 920 أعلاه، يستدعي الخصوم إلى الجلسة في أقرب الآجال وبمختلف الطرق". هذا وتفيد المادة 923 من ذات القانون بأن قاضي الاستعجال يفصل وفقا لإجراءات وجاهية، كتابية وشفاهية. وباعتبار أن الفصل في طلب الحماية المستعجلة للحريات الأساسية مقترن بأجل 48 ساعة، فإنه يرجى احترام المبادئ المعددة في هذه المادة.

وعليه ومن خلال استقراء نص المادة 923 أعلاه، يتضح أنها لم تستثن أي حالة من حالات الاستعجال من احترام المبادئ المذكورة فيها مهما بلغت درجة الاستعجال، وبالتالي على القاضي الاستعجالي أن يحترم في آن واحد الوجاهية والسرعة في الفصل في الطلب. كما أن السرعة التي يقتضيها الفصل في طلب الحماية تعفي القاضي من اللجوء إلى وسائل التحقيق، المتمثلة في الخبرة وسماع الشهود، المعاينة والانتقال إلى الأماكن، مضاهاة الخطوط وباقي التدابير الأخرى اللازمة للقيام بالتحقيق⁽²⁴⁾.

4- مدة الفصل في الطلب

ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 2/920 بأن قاضي الاستعجال يفصل في هذه الدعوى في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيلها، نظرا لخصوصيتها وخطورتها على النظام العام في الدولة، لتعلقها بممارسة الحريات الأساسية للأفراد⁽²⁵⁾، إلا أنه لم يرتب أي جزاء في حالة عدم احترام هذا الأجل، الأمر الذي يؤدي إلى إمكانية تجاوزه من قبل القاضي الاستعجالي وعدم التقيد به.

ب / سلطات القاضي في الدعوى الإدارية الإستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية

أفاد المشرع في نص المادة 920 أعلاه بإمكانية إتخاذ قاضي الاستعجال كل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من قبل الأشخاص المعنوية العامة، أو الهيئات الخاضعة في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها. إلا أنه لم يحدد نوع وشكل ولا نطاق هذه التدابير الضرورية، مانحا إياه السلطة التقديرية الواسعة في اختيار الإجراء المناسب دون قيد. وأمام غياب تحديد تشريعي للتدابير المتخذة في إطار الدعوى الاستعجالية لحماية الحريات الأساسية، يعود للقاضي الاستعجالي تحديد التدبير الضروري حسب ظروف كل قضية وبدراسة كل حالة على حدة. كما

²⁴ غني أمينة، المرجع السابق، ص 135 وما بعدها - بتصرف - .

²⁵ وهو نفس الأجل الممنوح من المشرع الفرنسي لقاضي الاستعجال - حرية للفصل في الدعوى، ولمزيد من التفصيل راجع :

.- RÉMY SCHWARTZ , OP.CIT , P 79

يجب أن يؤدي التدبير المأمور به إلى الدفاع وضمان وحماية الحرية الأساسية المنتهكة، ولكن بشكل يتناسب مع جسامة الانتهاك.

لذا وجب على القاضي الاستعجالي أن يتقيد بطلبات المدعي ولا يحكم بأكثر مما طلب منه، غير أنّ له تحديد الطلبات إذا كانت عامة، كما له أن يستبعد التدابير المطلوبة ويستبدلها بتدبير أقل أو أكثر شدة منها، وله أيضاً أن يستبدل التدبير المطلوب بالتدبير المناسب في حالة ما إذا وجد أنّ التدبير المطلوب من المدعي يتجاوز إختصاصه⁽²⁶⁾.

والجدير بالإشارة في هذا الصدد أنّ المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحدد بصفة واضحة القيمة والقوة القانونية للأوامر التي يصدرها قاضي الاستعجال الإداري، وهذا بنصها على أنّ: " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال"، وهذه الضوابط وجب على القاضي الاستعجالي للمحافظة على الحريات الأساسية التقيد بها ومراعاتها، رغم أنّ القانون منحه سلطة تقديرية واسعة باتخاذ الإجراء المناسب والضروري في هذه الدعوى .
ومن بين أهم التدابير الضرورية التي يأمر بها القاضي الإستعجالي في هذه الحالة للمحافظة على الحرية محل الاعتداء ما يلي:

1- الأمر بوقف تنفيذ قرار إداري يتعلق بالدعوى

بحكم الصلاحيات الواسعة المنوطة بالقاضي الاستعجالي الناظر في الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية، يمكن له أن يأمر بوقف تنفيذ قرار إداري صادر عن الهيئات الإدارية، والمنتهكة لحرية أساسية عند ممارسة سلطاتها يتعلق بالدعوى، إذا ما تأكد أنّه التدبير المناسب لمواجهة هذا الاعتداء وحماية الحرية المنتهكة.

2- إصدار أوامر صريحة للإدارة بإلزامها بعمل أو الامتناع عن عمل من أجل المحافظة على حرية أساسية

يعتبر توجيه الأوامر إلى الإدارة من الصلاحيات المنوطة بالقاضي الإداري والمستحدثة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي ينص في المادة 978 منه على أنّه: " عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء ".

²⁶ غني أمينة ، نفس المرجع ، ص 138 وما بعدها - بتصرف - .

وعليه يمكن للقاضي الناظر في الدعوى الإدارية الاستعجالية من أجل الحفاظ على الحريات الأساسية، توجيه أمر لكل الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات الخاضعة في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، والمنتهكة لحرية أساسية أثناء ممارسة سلطاتها، من أجل القيام بعمل أو الامتناع عن إتيان تصرف معين، وذلك حماية للحرية المنتهكة ورد الاعتداء عنها، في إطار السلطات الواسعة المخولة له في هذا الصدد.

3- الأمر بغرامة تهديدية

بإمكان قاضي الاستعجال في هذه الدعوى المميزة أن يقرن التدابير والأوامر المتخذة فيها في حالة الضرورة بغرامة تهديدية، تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد، من أجل حملها على الخضوع للتدبير المتخذ، وذلك محافظة على الحريات المنتهكة .

هذا وتعتبر الغرامة التهديدية من وسائل إكراه الإدارة على تنفيذ ما يصدر ضدها من أوامر وأحكام وقرارات قضائية، والمعترف بها من قبل قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁷⁾. بحيث تظهر أهميتها في جميع الحالات التي لا تكفي فيها الوسائل الأخرى لحمل الإدارة على تنفيذ الحكم أو القرار، أو الأمر القضائي إذا لم يكن قد سبق الحكم بها، والقاضي لا يلجأ إلى هذه الوسيلة غالبا إلا في الحالات التي تظهر فيها الإدارة عدم رغبتها في تنفيذ هذا الحكم⁽²⁸⁾.

ج/ الطعن في الأمر الصادر في الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية

تنص المادة 937 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على أنه : " تخضع الأوامر الصادرة طبقا لأحكام المادة 920 أعلاه، للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة خلال خمسة عشر (15) يوما التالية للتبليغ الرسمي أو التبليغ .

في هذه الحالة، يفصل مجلس الدولة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة ."

وعلى ذلك تتمتع الأوامر الاستعجالية الصادرة في مجال الحريات الأساسية بامتياز الطعن بالاستئناف، أمام مجلس الدولة خلال 15 يوما الموالية للتبليغ الرسمي أو التبليغ للأمر بواسطة عريضة مسببة تحت طائلة الرفض. إذ يعتبر هذا الامتياز تأكيدا وضمانا لعدالة جيدة، خاصة وأن قاضي الاستئناف ملزم بالفصل في الاستئناف في نفس المدة التي يفصل فيها قاضي الدرجة الأولى وهي (48) ساعة. كما أنّ هذه الإجازة تعتبر محاولة من المشرع لتوحيد الاجتهاد القضائي في مجال الحريات نظرا لحدثته⁽²⁹⁾.

²⁷ المواد من 980 إلى 986 من القانون رقم 08-09.

²⁸ د/ عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 228.

²⁹ غني أمينة ، المرجع السابق ، ص 143 وما بعدها .

هذا ويمكن لمجلس الدولة كجهة استئناف أن يعدل التدابير التي أمر بها القضاء المستعجل التابع للمحكمة الإدارية، كما له أن يضع حدا لها . أما إذا كان الأمر لا يتعلق بتدابير معينة وإنما برفض الطلب لانعدام شرط الاستعجال، أو لعدم اختصاص الجهة القضائية الإدارية حسب ما نصت عليه المادة 924 من القانون أعلاه، فإنّ لمجلس الدولة مهلة شهر واحد للفصل في الطعن بالاستئناف طبقا لما أفادت به المادة 938 من ذات القانون، ويمكن له في هذه الحالة أن يأمر بكل تدبير ضروري للحفاظ على الحريات الأساسية⁽³⁰⁾.

خاتمة

تم التطرق في هذه الدراسة للدعوى الإدارية الاستعجالية في مجال حماية الحريات الأساسية والمحافظة عليها، باعتبارها من المسائل الهامة التي قننها المشرع الجزائري لأول مرة في القانون رقم 08-09، ورغم أنّ هذه المبادرة جاءت متأخرة نوعا ما مقارنة بباقي التشريعات، إلا أنّها تعدّ خطوة إيجابية تحسب لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي استحدثها، وهي تأكيد لإرادة المشرع الجزائري في تطوير منظومته القانونية بما يتماشى والتطورات الحاصلة في مجال حماية حقوق الإنسان والحفاظ على الحريات العامة إجمالا، وهذا مناشدة لتكريس دولة الحق والقانون .

فقد خلصنا من الدراسة السابقة لهذه الدعوى أنّها دعوى مميزة عن باقي الدعاوى الإدارية إجمالا والاستعجالية منها على وجه الخصوص، إذ أفرد المشرع جملة من الشروط الخاصة لقبولها والنظر فيها، ونظم للفصل فيها بعض الإجراءات الواجبة الإلتباع من الأطراف والقاضي لاتخاذ التدبير الملائم فيها، كما منح للقاضي الناظر فيها سلطة تقديرية واسعة للأمر بكل التدابير التي يراها ضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية وحمايتها، إلى جانب إفراد نص خاص بقانون الإجراءات المدنية والإدارية يبيّن طريق الطعن بالاستئناف ضد الأوامر الصادرة من قاضي الدرجة الأولى فيها .

وبالرغم من محاولات المشرع الجزائري لاحتواء هذه الدعوى بضبط شروطها وإجراءاتها والتدابير المتخذة فيها، حتى تكون ضمانا فعالة لحماية الحريات الأساسية للأفراد داخل الدولة، والتصدي لانتهاكات السلطات الإدارية لها عند ممارسة صلاحياتها . إلا أنّ أساسها القانوني المتمثل في نص المادة 920 من القانون أعلاه، به العديد من الثغرات ويكتنفه الغموض في بعض المواطن لذا فهو يحتاج للضبط والإيضاح، وبخاصة مسألة

- د/ مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، 141 .

- د/ رشيد خلوفي ، المرجع السابق ، ص 194 وما بعدها .

- RACHID ZOUAIMIA, MARIE CHRISTINE ROUAULT, OP.CIT , P 274 .

³⁰ د/ عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 270 - بتصرف .

مدى ارتباط هذا النص بنص المادة 919 من ذات القانون، وهل يشترط لقبول هذه الدعوى أن يكون ثمة طعن موضوعي في قرار إداري غير المشروع ودعوى إستعجالية لطلب وقف تنفيذه ؟

وعلى ذلك نقترح تعديل نص المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإعادة صياغتها، بشكل يجعل الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية دعوى قائمة بذاتها ومستقلة، ومنفصلة عن الدعوى الإدارية الاستعجالية لوقف تنفيذ قرار إداري، وهذا ضمانا لفعاليتها في حماية الحريات الأساسية من كل الانتهاكات، هذا من جهة .

ومن جهة ثانية، لا بد أن يطال التعديل أيضا التدابير المتخذة من قبل القاضي في هذه الدعوى بالنص على جملة معينة من التدابير، تتماشى وموضوع هذه الدعوى الحساس وتقييدها بمظاهر معينة، على أن تكون ذات طابع مؤقت يأخذ فيها القاضي بعين الاعتبار موضوع الانتهاك، والنتائج المترتبة عنه وخاصة إمكانية إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه . لاسيما وأنّ هذه الدعوى تضيي حماية مميزة لحريات الأفراد .

بالإضافة إلى ما سبق، فإنّ الدعوى الإدارية الاستعجالية للمحافظة على الحريات الأساسية يحتاج نصها للتفعيل أكثر بتدعيمه بالاجتهاد القضائي الإداري الشارح والمفصل لكل تراتيبها، حتى تلعب الدور المنوط بها جيدا، في التصدي لانتهاكات السلطات الإدارية لحريات الأفراد بدعوى ممارسة صلاحياتها وامتيازاتها، مع تكميل ذلك بمختلف الدراسات العلمية المتخصصة في مجال حماية الحقوق والحريات إجمالا، ودور القضاء الإداري وكذا الاستعجالي منه في ترسيخ هذه الضمانة الهامة، مناشدة لدولة القانون والحريات .

الرقابة المؤسساتية على دراسة التأثير في مجال المنشآت المصنّفة : مقارنة نقدية

بن خالد السعدي⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

رَكَزَت هذه المساهمة على تحليل الوظيفة الرقابية التي تمارسها المؤسسات الرسمية على دراسات التأثير في مجال المنشآت المصنّفة؛ إذ بعد استقراء أهمية الدور الرقابي لهذه الهيئات بالنظر إلى ما ينبغي أن تقدّمه في سبيل الحفاظ على البيئة، تم تبيان مختلف الإشكالات التي يثيرها هذا النموذج الرقابي. مثل هذه العقبات، لا تتعلّق فقط بقصور القاعدة القانونية ذات الصلة بموضوع الرقابة المؤسساتية على دراسة التأثير في مادة المنشآت المصنّفة، وإنّما تعود أيضا إلى مبررات متعدّدة أفرزها السياق العام الذي تندرج ضمنه رقابة هذه الجهات .

الكلمات المفتاحية:

الرقابة، المنشآت المصنّفة، المؤسسات الرسمية، دراسة التأثير، حماية البيئة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/05/05، تاريخ قبول المقال: 2018/06/05، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بن خالد السعدي، " الرقابة المؤسساتية على دراسة التأثير في مجال المنشآت المصنّفة : مقارنة نقدية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 354-342.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

⁽¹⁾ أستاذ مساعد قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000،

بجاية، الجزائر

المؤلف المرسل: benkhaledsaadi@hotmail.fr

Institutional Control on the Impact Studies in the Field as of Classified Installations: Critical Approach

Summary:

This contribution focuses on the analysis of the function of the control exercised by the official institutions on the impact studies in the field of the classified installations. Indeed, having put the accent on the utility of this spot with regard to what requires the protection of the environment, we lifted deferential problematic which arouses this model of control.

Such obstacles are not only justified by the failure of the legal rule concerning the institutional control of environmental studies regarding the classified installations. But they are also dependent on multiple reasons which concern the general context in which control in question is exerted.

Key words:

Control, classified installations, official institutions, impact study, environmental protection.

Le contrôle institutionnel sur l'étude d'impact dans le domaine des installations classées : approche critique

Résumé:

Cette contribution se focalise sur l'analyse de la fonction du contrôle exercé par les institutions officielles sur l'étude d'impact dans le domaine des installations classées. En effet, après avoir mis l'accent sur l'utilité de cette tâche par rapport à ce qu'exige la sauvegarde de l'environnement, on a soulevé les différentes problématiques que suscite ce modèle de contrôle.

De telles entraves, ne sont pas justifiées uniquement par l'ineffectivité de la norme juridique ayant trait au contrôle institutionnel de l'étude d'impact en matière des installations classées, mais elles sont liées également à de multiples raisons qui relèvent du contexte général dans lequel s'exerce le contrôle en question.

Mots clés :

Contrôle, installations classées, institutions officielles, étude d'impact, protection de l'environnement.

مقدمة

أصبحت حماية البيئة من المواضيع التي احتلت الصدارة في سياسات ونقاشات العصر الحديث. فبالرغم من التشكيك في حتميتها¹، إلا أنّ ما آلت إليه من تلوّث وتدهور² يبرّر بما لا يدع أدنى شك للتدخل من أجل حمايتها. هذا الأخير لا يمكن أن يُجني ثماره إلا إذا كان مندرجا ضمن مقتضيات المقاربة الوقائية، التي تركز بالأساس وفي المقام الأول على دراسة التأثير على البيئة، لاسيّما إذا تعلّق الأمر بمجال حساس مثلما هو الشأن بالنسبة للمنشآت المصنّقة³.

إذا كان نطاق تطبيق دراسة التأثير على البيئة ليس منحصرًا على المنشآت المصنّقة فحسب⁴، فإنّ تركيز دراستنا على هذا المجال بالضبط، إنّما يستند إلى اعتبار المنشآت المصنّقة من أكبر المحاور المشكّلة لقانون البيئة، والتي ينبغي مراقبتها بعناية فائقة من الناحية الأكاديمية.

هذا، وبصرف النظر عن المقصود بها⁵، وعن ضبط تسميتها التي أثارت الجدل⁶، فإنّ بلوغ الغاية المنشودة من وراء فرضها على المنشآت المصنّقة مرهون بإخضاعها لأطرٍ رقابية، تستجيب لمقتضيات الحماية الحقيقية. فلا يكفي إذن أن يتم إعداد هذه الدراسة من طرف مكاتب دراسات معتمدة، مادام ما يربط هذه الأخيرة بالمستغل

¹ - أمثال FERRY Luc المؤلف لكتاب *Le nouvel ordre écologique* و PASCALLET Yves صاحب كتاب *L'humanité disparaîtra, bon débarras*، اللذان اعتبرا فكرة حماية البيئة "كمشروع مُضاد للإنسانية" للتفصيل أكثر في المفاهيم التي يحملها هذا الاتجاه المعادي للبيئة، انظر:

BOUTAUD Aurélien, « Ecologie : les grandes controverses », *Millénaire* 3, 2010, p.02 et 03.

² - في تقريره الأخير، أكد مجمع ما بين الحكومات حول تطوّر المناخ « GIEC » الذي تحصّل بمعية نائب الرئيس الأمريكي Al Gore على جائزة النوبل لسنة 2007 استحقاقا لمجهوداتهما الجبارة في مجال مكافحة التغيّرات المناخية على أنه منذ أكثر من 1400 سنة، تعتبر الثلاث عشريات "1983-2012" الأخيرة أكثر حرارة على سطح الأرض، انظر:

GIEC, *Changements climatiques 2014: rapport de synthèse*, p. 04 .

³ - يُراد بالمنشأة المصنّقة: "كل وحدة تقنية ثابتة يمارس فيها نشاط أو عدة أنشطة من النشاطات المذكورة في قائمة المنشآت المصنّقة، المحددة في التنظيم المعمول به"، المادة الثانية ف. 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198 مؤرخ في 31 ماي 2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنّقة لحماية البيئة، ج.ر.ج.ج، عدد 37، صادر في 04 يونيو 2006.

⁴ - بل يشمل أيضا كل المشاريع المرفقة بالملحق الذي أحالتنا إليه المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 07-145 مؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج.ر.ج.ج، عدد 34، صادر في 20 ماي 2007.

⁵ - V. PRIEUR Michel, « Le respect de l'environnement et les études d'impact », RJE, n° 2, 1981, p. 103.

⁶ - « Il y a trouble quand on évoque l'étude d'impact écologique. Vertige même si l'on observe les divers noms qui l'a qualifient en droit », NAIM-GESBERT Éric, « L'étude d'impact écologique », RJE, n° 04, 2015, p. 597.

هي "علاقة تجارية"¹ غير مكرثة بالانشغالات المتعلقة بحماية البيئة. إن دراسة التأثير بهذا الشكل آلية رقابية للأنشطة التي تنطوي عليها المنشآت المصنّفة، وهي في الوقت نفسه مجالاً ممتازاً لرقابة العديد من المؤسسات، التي يمكن حصرها -على المستوى الرسمي- في أطرٍ إدارية وأخرى قضائية. مما يدفع بقوة للاستفسار عن مدى تأطير كل من المشرّع والمنظّم لهذا النموذج الرقابي على النحو الذي يستجيب من خلاله لمقتضيات حماية البيئة في مجال المنشآت المصنّفة؟

لا يمكن لنا، من منطلق هذه الاشكالية أن نقوم بدراسة قانونية في مراتب النقد إلا بإجراء الوصال بين ما كانت عليه القاعدة القانونية ذات الصلة بهذا المجال من حال، وما ينبغي أن ترتقي إليه من أفقٍ قانوني يضمن رقابة فعلية على دراسة التأثير، متجاوزين بذلك العتاب القاسي الذي عادة ما يلاحق رجال القانون². وعلى هذا المنوال، تنصّب محاولتنا في بادئ الأمر على إبراز مواطن محدودية الرقابة التي تمارسها المؤسسات الإدارية (أولاً) ثم بعد ذلك يتم خوض البحث في دراسة الدور الرقابي للمؤسسة القضائية فيما إن كان وارداً وفعلياً؟ (ثانياً).

أولاً: محدودية الرقابة التي تمارسها المؤسسات الإدارية

يُراد بالمؤسسات الإدارية في هذا المقام، تلك الهيئات العمومية التي حُوّلت لها صلاحيات الرقابة على دراسة التأثير في مجال المنشآت المصنّفة³. وهي تتحدّد في كل من الإدارة الكلاسيكية التي تمارس وظيفتها الرقابية على دراسة التأثير العادية، وفي سلطة ضبط المحروقات إذا تعلق الأمر بدراسة التأثير المتعلقة بالمنشآت المصنّفة التابعة لقطاع المحروقات. إذا كان من الصائب أن يتم اعتماد الازدواجية في التمييز بين دراسات التأثير في مجال المنشآت المصنّفة من جهة، وبين الأطر الرقابية التي تخضع لها من جهة أخرى، فإنّ تقييم الإطار العام الذي يُحيط بممارسة رقابة هاتين المؤسستين قد أثبت محدوديتهما على أكثر من صعيد. هذه الأخيرة، تُعزى بالأساس إلى تأثر الإدارة الكلاسيكية بالنزعة البيروقراطية (1) وإلى الطابع التزييني للرقابة التي تقوم بها سلطة ضبط المحروقات (2).

¹ - LECLERC Alain, « Comment le commissaire-enquêteur apprécie-t-il la qualité intrinsèque de l'étude d'impact en amont de toute procédure contentieuse ? », RJE, n° spécial 2004, p. 96.

² - « Le juriste est juriste, de toute éternité et de la tête aux pieds », BOURDIEU Pierre, « La force du droit. Pour une sociologie du champ juridique », Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, 1986, p. 6, cité par SUEUR Jean-Jacques, « Pierre Bourdieu, Le droit et les juristes. La méprise », Droit et société, n° 03, 2013, p. 727.

³ - قُدّمت هناك محاولات قيمة بخصوص ضبط مصطلح المؤسسة، لاسيما من زاوية القانون العام الذي تندرج فيه بامتياز هذه الدراسة، راجع في ذلك:

MILLARD Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », Droit et société, n° 01, 1995, pp. 381-409.

1- رقابة الإدارة الكلاسيكية، نموذج ممتاز للبيروقراطية

يستوقفنا البروفيسور PRIEUR Michel في مساهمته الممتازة حول إدارة البيئة على إحدى العبارات التي لخصت لنا الارتباط الوثيق بين الإدارة والسياسة التي تقوم عليها حماية البيئة، حيث أجزم بموجبها على أن: « *La politique de l'environnement n'a d'avenir que si elle est appuyée et suivie par une administration compétente et spécialisée* »¹. فعلا، فإقحام الإدارة وإدخالها كعنصر فاعل لمواجهة الاشكالات البيئية والأخذ بعين الاعتبار مسألتي الاختصاص والتخصّص أمر في غاية من الأهمية. وعلى غرار الصلاحيات المخوّلة لها بعنوان نشاطها الوقائي في مجال المنشآت المصنّفة²، يمكن للإدارة أن يكون لها يد في مزاوله اختصاصها الرقابي على دراسات التأثير التي تخضع لها المنشآت المصنّفة³؛ حيث تتجسد هذه الرقابة في إطار مرحلتين: الأولى تتعلّق بالفحص الأولي الممارس من طرف المصالح المكلفة بالبيئة المختصة اقليميا بعد تكليفها من طرف الوالي⁴. أما الثانية فتتمثل في الفحص النهائي الذي يقوم به الوزير المكلف بالبيئة، والذي يُتّوج في نهاية المطاف بالموافقة على الدراسة أو برفضها مع التبرير⁵.

يتّضح بعد قراءة متأنية للنصوص المؤطرة لهذه الرقابة، أنّه لم يتم تقييد المصالح المكلفة بالبيئة المختصة اقليميا بأجل محدّد لمزاوله رقابتها على دراسة التأثير على البيئة المتعلقة بالمنشآت المصنّفة، وهو ما يجعلها تتنافى ومقتضيات الإدارة الحديثة التي تقوم على النوعية، السرعة والشفافية⁶. ويفتح المجال أمامها لاستعمال سلطتها التقديرية في سبيل الموازنة بين حماية البيئة وتحقيق التنمية، خاصة وأنّ ممارسة هذه الصلاحية ليست بمنأى عن الخطر البيروقراطي الذي أشار إليه البروفيسور ردّاف في حدّ قوله:

« *Ce risque bureaucratique découle du fait que le droit de l'environnement recèle des éléments d'ineffectivité. Ce droit confère à l'administration une marge*

¹ - PRIEUR Michel, « Administration de l'environnement », RJE, n° 02, 1983, p. 105.

² - مثلما هو الشأن بالنسبة لمنح تراخيص الاستغلال، انظر في ذلك، المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنّفة لحماية البيئة، مرجع سابق.

³ - ينبغي أن نوضح في هذا المقام بأنّ المنشآت المصنّفة المعنية بضرورة اعداد دراسة التأثير هي تلك الخاضعة للرخصة الوزارية أو الولائية فقط. أما بالنسبة للمنشآت الخاضعة للرخصة التي يمنحها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو تلك الخاضعة لنظام التصريح فهي بحكم تأثيرها الضئيل على البيئة، تخضع لموجز التأثير، انظر الملحق المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 07-144 مؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد قائمة المنشآت المصنّفة لحماية البيئة، ج.ج.ج، عدد 34، صادر في 20 ماي 2007.

⁴ - انظر المادة الثامنة من المرسوم التنفيذي رقم 07-145، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، مرجع سابق.

⁵ - انظر المواد من 16 إلى 18 من المرجع نفسه.

⁶ - CHEVALLIER Jacques, « L'accélération de l'action administrative », in GERARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, (S/dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p.489.

d'appréciation importante dans la réalisation de l'équilibre entre protection de l'environnement et développement économique »¹.

ولما كانت الموافقة التي بها تُتَوَجَّح المرحلة الثانية من الرقابة اختصاص حصري للوزير المكلف بالبيئة، فإنَّ حساسية مركزه كرجل سياسي مُعرَّض للضغوطات، وانتمائه إلى وزارة حطمت الرقم القياسي في عدم الاستقرار على مستوى الحكومة:

« *Il détient probablement le record de l'instabilité au sein du gouvernement* »².

خاصة مع التعديلات الحكومية الأخيرة التي عرفت من خلالها الوزارة المكلفة بالبيئة تذبذبا مؤسساتيا عميقا،³ من شأنه أن يُعَدِّد الرؤية الواضحة تجاه البيئة وبالتالي غياب الرقابة الفعلية للإدارة على دراسة التأثير المفروضة في هذا المجال .

2- الطابع التزييني لرقابة سلطة ضبط المحروقات

بداية، يتعيَّن علينا إزالة اللبس عن التكليف الذي يكتنف سلطة ضبط المحروقات، فيما إن كانت تعتبر من قبيل السلطات الإدارية المستقلة أم أنها تدخل ضمن الإدارة الكلاسيكية؟ وأمام سكوت النص، يمكن الاستناد إلى رأي الأستاذ زوايمية الذي كَتَبَهَا "كسلطة تجارية مستقلة"⁴، مما يؤسِّس لاعتبارها فئة مؤسَّساتية متميزة عن سابقتها.

إنَّ تخويل سلطة ضبط المحروقات صلاحية الرقابة على دراسات التأثير المتعلقة بالمنشآت المصنَّفة التابعة لقطاع المحروقات، إنَّما يستند بالأساس إلى الطابع الاستراتيجي لهذا المجال، سواء كان ذلك من حيث تأثيره البالغ على البيئة أو من حيث مساهمته في الدخل القومي للبلاد.⁵ الأمر الذي يجعل الرقابة في هذا المقام

¹ - REDDAF Ahmed, « De quelques réflexions sommaires sur l'effectivité relative du droit de l'environnement en Algérie », Revue des sciences juridiques et administratives, Faculté de droit de Tlemcen, n° 01, 2003, p. 78.

² - تُنسب العبارة للبروفيسور *PRIEUR Michel* الذي كَتَبَهَا بموجبها وزارة البيئة الفرنسية عبر إحدى أعماله المنشورة في سنة 1983، وهي في لحظة إعداد هذا المقال صالحة بامتياز لوصف حالة الجزائر، انظر في هذا الصدد:

PRIEUR Michel, « Administration de l'environnement », op. cit., p. 105.

³ - في ظرف زمني قصير جدا، أوكلت الإدارة المركزية لحماية البيئة إلى عدَّة وزارات، راجع بصفة خاصة التعديلات الحكوميين الاخيرين، لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 15-125 مؤرخ في 14 مايو 2015، يتضمن تعيين أعضاء الحكومة، ج.ج.ج. عدد 25، صادر في 18 مايو 2015 (ملغى)، والمرسوم الرئاسي رقم 17-180 مؤرخ في 25 مايو 2017، يتضمن تعيين أعضاء الحكومة، ج.ج.ج. عدد 31، صادر في 28 مايو 2017 .

⁴ - ZOUAÏMIA Rachid, *Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance*, Belkeise édition, Alger, 2013, p. 57.

⁵ - تعتبر الجزائر، من الناحية الاقتصادية، بمثابة "رهينة للمحروقات"، إذ يمثل هذا القطاع لحدده فقط حوالي نصف الدخل القومي الخام ويساهم في القيمة المضافة بما يُعادل 77 مليار دولار. أما حجم الصادرات في هذا المجال، فهي تجاوزت نسبة 97% من قيمة الصادرات لسنة 2008، أنظر:

لا تقوم فقط على توفر عنصر الكفاءة والتخصص، وإنما أيضا على حياد واستقلالية الأشخاص القائمين بها. ذلك أنّ هذه الأخيرة تُعدّ من الشروط الضرورية لاتخاذ قرارات عادلة ومنصفة. يقول أحد الأكاديميين :

« *L'indépendance des contrôleurs, nécessaire pour une décision juste et sereine, (...) En effet, la complexité technique et politique des dossiers les place dans une situation où ils sont quasiment les seuls à posséder assez de compétence et d'informations pour décider de ce qui est réalisable et ce qui ne l'est pas* »¹.

يعتبر المرسوم التنفيذي رقم 08-312² كمرجعية أساسية لتنظيم كفايات الرقابة التي تمارسها سلطة ضبط المحروقات على دراسات التأثير المتعلقة بالمنشآت المصنّفة التابعة لمجال المحروقات. ومسايرة لمنطق الضبط الذي يقوم على الحياد والاستقلالية، نصّ المشرع على أن "يمارس رئيس اللجنة المديرية وأعضاؤها وأمينها العام، وأعاون وكالة المحروقات وظائفهم بكل شفافية وحياد واستقلالية"³، إلا أنّ اسقاط حرفية هذا النص على مؤشرات الاستقلالية الحقيقية قد أثبت محدوديته من مناح عدّة؛ سواء من حيث الجانب العضوي أين تبيّن أنّ تعيين أعضاء سلطة ضبط المحروقات والمدير يكون بموجب مرسوم رئاسي⁴، أو من حيث الجانب الوظيفي من خلال تقييد منح مقرّر الموافقة المسبقة بضرورة الحصول على تأشيرة الوزير المكلف بالبيئة⁵. ممّا يؤدي في نهاية المطاف إلى إفراغ الرقابة التي تمارسها سلطة ضبط المحروقات على دراسة التأثير في هذا المجال من معناها الحقيقي؛ إذ على هذا النحو: ما هي إلا امتداد للرقابة التي تمارسها الإدارة الكلاسيكية.

إلى جانب الصعوبات التقنية التي تتسم بها دراسة التأثير في مجال المنشآت المصنّفة، فإنّ ممارسة الرقابة عليها في إطار مؤسّساتي غير مضبوط بشكل واضح لا يزيد في الأمر إلا تعقيدا. يقول البروفيسور CAILOSSE Jacques في مثل هذه المقامات:

CHABANE Mohamed, « L'Algérie otage de ses hydrocarbures : obligation de réformes, urgence d'une conversion », Cahiers de la Méditerranée, n° 83, 2010, p. 02.

¹- LINVANI Parfait Euloge, *Le rôle des autorités publiques face aux atteintes à l'environnement*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2001, p. 80-81.

²- مؤرخ في 5 أكتوبر 2008، يحدد شروط الموافقة على دراسات التأثير في البيئة للنشاطات التابعة لمجال المحروقات، ج.ر.ج.ج، عدد 58، صادر في 8 أكتوبر 2008.

³- المادة 12 ف. 35 من القانون رقم 05-07 مؤرخ في 28 أبريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج، عدد 50، صادر في 19 يوليو 2005، معدّل و متمم بأمر رقم 06-10 مؤرخ في 29 يوليو 2006، ج.ر.ج.ج، عدد 48، صادر في 30 يوليو 2006، معدّل و متمم بقانون رقم 13-01، مؤرخ في 20 فبراير 2013، ج.ر.ج.ج، عدد 11، صادر في 24 فبراير 2013، معدّل و متمم بقانون رقم 15-18 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر.ج.ج، عدد 72، صادر في 31 ديسمبر 2015.

⁴- انظر المادة 12 ف. 11 من المرجع نفسه.

⁵- انظر المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 08-312، يحدد شروط الموافقة على دراسات التأثير في البيئة للنشاطات التابعة لمجال المحروقات، مرجع سابق.

«On sait combien l'illisibilité, réelle ou prétendue, du paysage institutionnel est volontiers désignée comme l'une des marques les plus spectaculaires de la complexité»¹

ومن هنا، ظهرت الحاجة بإلحاح إلى البحث عن مؤسسة رقابية أخرى عساها تستدرك، بفلسفتها ومقوماتها، النقص الذي يعتري رقابة الجهات السالفة الذكر .

ثانياً: رقابة المؤسسة القضائية: بين التكريس وغياب الفعلية

إن صياغة العنوان على النحو الوارد أعلاه ليس وليد الصدفة، فالقاضي في دولة ما بعد الحداثة ظل دائماً بحسب أحد الباحثين مؤسسة تابعة للدولة². ونظراً لاعتباره في هذا المجال "كفاعل حتمي لتحديد وتطبيق القواعد البيئية"³، فإن الدور الرقابي للقاضي، لاسيما أمام قصور رقابة المؤسسات الإدارية وتقاعسها في بعض الأحيان، يعتبر كدور الراعي اليقظ الذي قيل في شأنه:

«Du rôle de bon berger pour l'application des lois de protection de l'environnement»⁴

مبدئياً، لا يمكن إنكار مبادرة الجزائر التي حاولت بشكل ما- تكريس رقابة المؤسسة القضائية على دراسة التأثير في مجال المنشآت المصنّعة وذلك سعياً منها للانخراط ضمن هذه المفاهيم (1)، إلا أنه سرعان ما ثبت وجود العديد من الإشكالات التي جرّدت هذا الأسلوب الرقابي من فعليته (2).

¹- CAILLOSSE Jacques, « Savoir juridique et complexité : le cas de droit administratif », in DOAT Mathieu, LE GOFF Jacques et PEDROT Philippe, (S/dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007, p. 168.

²- « ... le juge demeure une institution de l'État et les représentations savantes du judiciaire restent, à ce titre, solidement arrimées à l'épistémè juridique moderne. », COLSON Renaud, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Thèse de doctorat en droit privé, Nantes, 2003, p. 244.

³- LECUQ Olivier, « Présentation », in LECUCQ Olivier et MALJEAN-DUBOIS Sandrine, (S/dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, BRUYLANT, Bruxelles, 2008, p. 16.

⁴- MALJEAN-DUBOIS Sandrine, « Juge(s) et développement du droit de l'environnement. Des juges passeurs de frontière pour un droit cosmopolite », in LECUCQ Olivier et MALJEAN-DUBOIS Sandrine, (S/dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, BRUYLANT, Bruxelles, 2008, p. 19.

1- في ضرورة التأسيس لرقابة القاضي الإداري

توقّف كبار المختصين في القانون البيئي المقارن بإسهاب على أهمية الدور الذي يلعبه القاضي الإداري كفاعل رئيسي في مجال حماية البيئة؛ فقد جعل منه الأستاذ PRIEUR Michel من "المدافعين الجُدد على البيئة"¹ وأعتبره الأستاذ PITTARD Yves بمثابة "قاضي أخضر"². وفي إطار نفس السياق، أسست الأستاذة CASADEI-JUNG Marie-Françoise بشكل رائع لاختصاص القاضي الإداري بخصوص المجال محل الدراسة، قائلة في شأنه:

« *Le juge administratif est le juge naturel des installations classées dont l'existence procède de décisions administratives soumises à son contrôle : contrôle a minima, à l'instar du juge de l'excès de pouvoir, il est conduit à contrôler la légalité de l'acte ; mais aussi contrôle a maxima à l'occasion duquel il devient en quelque sorte, administrateur* »³.

ولما كان تكييف دراسة التأثير "كوثيقة تحضيرية لقرار إداري"⁴، فإنّ رقابة القاضي الإداري عليها تكون بشكل غير مباشر، وذلك عبر جلّ القرارات المرتبطة بها مثلما سيتم ايضاحه أدناه.

بالفعل، فما دام قبول الدراسة أو رفضها يكون بموجب قرار إداري، فإنّ رقابة القاضي الإداري تستند في المقام الأول إلى الدستور الذي نص على أنّ "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"⁵. كما كرّس النص التنظيمي المؤطر لدراسة وموجز التأثير على البيئة أيضا امكانية اللجوء إلى القضاء بغرض تقديم الطعن ضد القرارات المتعلقة برفض الدراسة؛ إذ أكّدت المادة 19 منه على هذا الحق الذي يُمارس وفقا لما هو معمول به في الشريعة العامة، فنصت بذلك على أنّه: "في حالة ما إذا تم إقرار رفض دراسة أو موجز التأثير

¹ - PRIEUR Michel, « Les tribunaux administratifs nouveaux défenseurs de l'environnement », *RJE*, n° 03, 1977, pp. 237-239.

² - PITTARD Yves. « Le juge administratif : juge vert ? Le point de vue d'un avocat », *RJE*, n° spécial, 1995, p. 28.

³ - CASADEI-JUNG Marie-Françoise, « Le délicat choix des armes », *RJE*, n° spécial, 2004, p. 89.

⁴ - HEBRARD Serge, « Les études d'impact sur l'environnement devant le juge administratif », *RJE*, n°2, 1981, p. 134.

⁵ - المادة 161 من دستور 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ج.ج، عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدّل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ج.ج، عدد 25 صادر في 14 أبريل 2002، وبقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ج.ج، عدد 63 صادر في 16 أبريل 2008، وبقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ج.ج، عدد 14 صادر في 07 مارس 2016 (استدراك ج.ج.ج، عدد 46 صادر في 03 غشت 2016).

ودون المساس بالطعون القضائية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن صاحب المشروع أن يقدم للوزير المكلف بالبيئة طعنا إداريا (...)»¹.

ونظرا لتحويل صلاحية قبول الدراسة أو رفضها في هذا المجال للوزير المكلف بالبيئة²، فإنَّ أيلولة اختصاص النظر في منازعاتها، عند الاقتضاء، تعود لمجلس الدولة³.

كما ينبغي التمسك باختصاص نفس الجهة القضائية، بالنسبة للطعون التي يمكن رفعها بمناسبة ممارسة سلطة ضبط المحروقات لرقابتها على دراسات التأثير المتعلقة بالمنشآت المصنّفة التابعة لقطاع المحروقات، ذلك أنَّ هذه السلطة، وهي تمارس صلاحياتها الرقابية في هذا الصدد، قد استعملت امتيازات السلطة العامة وتصرفت باسم ولحساب الدولة، وهذا رغم طبيعتها كسلطة تجارية مستقلة⁴.

وعلى هذا الأساس، لا يتوقّف القاضي الإداري في أسلوب تقييمه لدراسة التأثير على إجراء فحص بسيط لمحتوى الملف على النحو المضبوط بموجب القانون، بل يتعداه ليقوم بالتأكد من قيمة هذا المحتوى الذي يجب أن يتضمن عناصر دقيقة، ملموسة ومفصلة بالشكل الذي يسمح من خلاله بالتنبؤ بخطورة الآثار التي يمكن أن تخلّفها المنشأة المصنّفة على البيئة⁵.

يكن للقاضي الإداري، بعد التثبت من نقص دراسة التأثير على البيئة المفروضة على المنشآت المصنّفة أو عدم جديتها، أن يقوم بإلغاء العمل الإداري الذي تتوقف صحته بسلامة ونظامية هذه الدراسة⁶.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 07-145، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، مرجع سابق.

² - انظر المادة 18 من المرجع نفسه

³ - انظر المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج. عدد 37، صادر في 1 جوان 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13 مؤرخ في 26 جويلية 2011، ج.ر.ج. عدد 43، صادر في 03 أوت 2011، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02 مؤرخ في 04 مارس سنة 2018، ج.ر.ج. عدد 15 صادر في 07 مارس سنة 2018.

⁴ - للتفصيل أكثر بخصوص اختصاص الفصل في المنازعات المتعلقة بسلطة ضبط المحروقات، أنظر:

ZOUAÏMIA Rachid, *op.cit.*, p. 80-81.

⁵ - DUPUY Roger-Christian, « Méthode de contrôle du juge administratif sur les études d'impact », *RJE*, n° spécial, 2004, p. 84.

⁶ - *Ibid.*, p.86.

2- عدم فعالية الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري

أثارت فكرة الفعالية قلق العديد من رجال القانون الذين ينادون دائما إلى الخروج بالقاعدة القانونية من العالم المجرد إلى عالم الممارسات الاجتماعية¹. فهي بهذا الشكل مرتبطة بدرجة التأثير الذي تمارسه القاعدة القانونية بالنظر إلى الغاية التي وُضعت من أجلها². وفي نفس السياق، لا يعتبر تمكين القاضي الإداري من ممارسة رقابته بموجب قواعد قانونية عامة ومجردة دليل على أنه مدافعاً فعليا على البيئة؛ ذلك أنّ الفجوة كبيرة بين ما حُوّل له من دور وما كان عليه من ممارسة.

إذا كان التعرّض لأكبر مؤسسة في القضاء الإداري بمؤاخذتها " كعدوّ للبيئة " يعود إلى الدراسة القيمة التي قدّمها البروفيسور CABALLERO Francis منذ أكثر من 33 سنة³، فإنّ مواجهة القاضي الإداري لبعض العقوبات جعلته عُرضة للعتاب والمؤاخذة أكثر من أي وقت مضى. بالفعل، يُفهم من خلال قراءة المادة 19 من التنظيم ذات الصلة بهذا المجال⁴، أنّ القاضي الإداري لا يمكن أن يمارس رقابته على دراسات التأثير في مجال المنشآت المصنّفة، إلاّ إذا كان الدافع إلى ذلك هو المساس بمصلحة اقتصادية وليس بالبيئة كموضوع جدير بالحماية. مثل هذا الاستنباط يجد تفسيره في تركيز نص المادة السالفة الذكر على منح أحقية تقديم الطعن لصاحب المشروع الذي يندرج ضمن مجال المنشآت المصنّفة، دون أي إشارة إلى امكانية تقديم الطعن من طرف الغير أو جمعيات حماية البيئة في حالة قبول الدراسة.

رغم تمكين قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة جمعيات حماية البيئة المعتمدة قانونا من رفع الدعوى أمام الجهات القضائية المختصة⁵، إلاّ أنّه ثمة إشكال جدّي يتعلّق بعدم تكريس ما يسميه أحد الباحثين بالإعلان البعدي لاتخاذ القرار⁶ « L'affichage post-décisionnel » لاسيما في حالة رفض الدراسة؛ أي تم

¹ - Sur la question, voir ZOUAÏMIA Rachid, « Déréglementation et ineffectivité des normes en droit économique algérien », Revue Idara, n° 21, 2001, pp. 129-134 ; LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », Droit et société, n°3, 2011, p.717.

² - BETAILLE Julien, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne: illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit public, Université de Limoges, 2012, p. 22.

³ - CABALLERO Francis, « Le Conseil d'Etat, ennemi de l'environnement ? », *RJE*, n° 01, 1984, p. 42.

⁴ - انظر المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، مرجع سابق.

⁵ - انظر المادتين 35 و36 من القانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج. عدد 43، صادر في 20 يوليو 2003، معدّل بالقانون رقم 07-06 مؤرخ في 13 مايو 2007، يتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها و تنميتها، ج.ر.ج. عدد 31، صادر في 13 مايو 2007، وبالقانون رقم 11-02 مؤرخ في 17 فبراير 2011، يتعلق بالمجالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج. عدد 13، صادر في 28 فبراير 2011.

⁶ - DELNOY Michel, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Thèse pour le doctorat en droit immobilier, Université de Liège, 2006, p. 334.

قصر الإعلام بقرار قبول أو رفض الدراسة على صاحب المشروع فقط وذلك عن طريق التبليغ¹. وتكرّر نفس الموقف بخصوص القرار المتعلق بمنح رخصة استغلال المنشأة المعنية، خاصة وأنها تمثل مناسبة أخرى ثمينة للقاضي الإداري لأن يمارس رقابته على دراسة التأثير في هذا المجال. وبالتالي، فإنّ مثل هذا الأمر من شأنه أن يُعيّب فرص تقديم الطعن للغير ولجمعيات حماية البيئة أمام القاضي الإداري .

أما الزاوية الثانية التي على أساسها يتم خوض البحث في أسباب عدم فعالية الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على دراسة التأثير المتعلقة بالمنشآت المصنّفة، فتتعلق بصعوبة وتقنية كل المحاور المؤطرة بموجب قانون البيئة الذي، يتّسم بتبعيته العميقة للعلوم والتكنولوجية². كما أنّ الطبيعة المتشعبة للبيئة جعلت من القاعدة القانونية التي تنظمها فضاء لتدخل العديد من فروع العلم والتقنية³، وبالنتيجة لا يمكن للقاضي الإداري أن يطبقها، إلا إذا كان ذو تكوين عالي يُساير بمقتضاه التطور الرهيب للعلوم والتقنية. وما يزيد الأمر أكثر تعقيدا اختلاف العلماء بشأن قضية علمية واحدة مما يُعقد معه قيام حوار بناء بين العلم والقانون؛ مثلما يؤكّد عليه أحد الكتاب:

« *Le dialogue permanent entre la science et le droit devient source de difficulté lorsqu'il n'y a pas d'accord entre les scientifiques* »⁴

بالإضافة إلى كل هذه الإشكالات، ينبغي أن لا يتم إغفال الجانب السياسي في هذه الدراسة؛ إذ لما كان من الطبيعي أن تُحوّل صلاحية الفصل في المنازعات للقاضي الذي يمارسها عن طريق التحكيم بين المصالح المتناقضة بموجب تطبيق القواعد القانونية، سواء كانت موجودة فعلا أو يتعيّن عليه خلقها، فإنّه في مثل هذه المقامات لا يمكن لقراره أن ينفلت من التأثيرات السياسية التي تدفعه عادة إلى الانحياز للرأي العام الغالب⁵. لذلك، فمن الصعوبة بمكان أن يمارس القاضي الإداري الجزائري، بتكوينه الضعيف ووعيه البيئي المحدود واستقلالته المشكوك فيها، دوره الرقابي بشكل فعلي على دراسة التأثير في هذا المجال.

¹ - انظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، مرجع سابق.

² - PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, 5ème édition, Dalloz, Paris, 2004, p. 06.

³ - POMADE Adélie, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », *Revue interdisciplinaire des études juridiques*, n°1, 2012, p. 85.

⁴ - MALJEAN-DUBOIS Sandrine, *Quel droit pour l'environnement ?* Hachette, Paris, 2008, p. 32.

⁵ - FEVRIER Jean-Marc, « La conciliation dans la pratique du juge », in LECUCQ Olivier et MALJEAN-DUBOIS Sandrine, (S/dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, BRUYLANT, Bruxelles, 2008, p. 235.

خاتمة

برزت جلياً، من خلال ما سلف ذكره، أهمية فرض الرقابة المؤسسية على دراسة التأثير في مجال المنشآت المصنّفة؛ وذلك لا يعود فقط إلى اعتبارها تقنية ضرورية للحفاظ على البيئة وإنما أيضاً لكونها مادة علمية شائعة للبحث وللدراسة. صحيح أنه يُشهد لهذا النموذج الرقابي بتعدّد وتوّع الأطر المتدخلة في ممارسة الوظيفة الرقابية مراعاة لخصوصية الأنشطة التي تُزاولها المنشآت المصنّفة، إلا أنّ تحليل السياق العام الذي تتدرج ضمنه رقابة هذه الجهات ، كشف عن وجود العديد من الإشكالات التي حالت دون تحقيق المقاصد المتوخاة من وراء فرضه في هذا المجال.

إنّ طرح هذه الإشكالات التي تشكو منها الرقابة المؤسسية على دراسة التأثير بما تنطوي عليه من تعقيد، إنّما يهدف بالأساس إلى البحث عن حلّها¹. لذلك، ينبغي التعجيل بإعادة النظر في كيفية تأطير هذه الآلية الرقابية على النحو الذي يتم من خلاله تجاوز الإشكالات المشار إليها أعلاه؛ إذ كُلمّا كان التدخل متأخراً كانت الحماية أقل، فما يمكن إنقاذه اليوم سيتعذر لا محالة إذا ما تم تركه إلى الغد².

¹ - كانت صياغة هذه الفكرة بالمفهوم المخالف لإحدى العبارات القيمة التي قيلت في هذا المجال؛ إذ جاء فيها :

« *Ne pas poser les problèmes dans leur complexité, c'est s'interdire de les résoudre* », LABROT Véronique, « Droit et complexité. Regard sur le droit de l'environnement », in DOAT Mathieu, LE GOFF Jacques et PEDROT Philippe, (S/dir.), Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007, p. 29.

² - « *Plus l'on tarde à intervenir, moins il y aura à sauvegarder ; ce qui ne peut être sauvé aujourd'hui ne pourra pas l'être demain* », DE SADELEER Nicolas, « Les enjeux de la temporalité dans le droit de l'environnement », in GERARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (S/dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p. 895.

الشبّاك الوحيد: آلية جديدة لتحضير عقود التعمير وتسليمها

بلول فهيمة⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

تكتسي عملية تنظيم العمران في أية دولة أهمية بالغة، باعتبارها المرآة العاكسة لمدى وعي المواطنين بأهمية هذا المجال وتأثيره على مختلف المجالات الأخرى في الدولة، ومدى تمكّن هذه الأخيرة من تحكمها في تنظيم العملية العمرانية وتحقيق النظام العام العمراني داخل إقليمها.

وقد سعى المشرع الجزائري من خلال الترسنة القانونية، إلى محاولة ضبط النشاط العمراني وإلزام المواطنين على الحصول على مختلف وثائق التعمير من أجل القيام بأيّ نشاط عمراني، ومن أهم الآليات التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتضمن كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها هو إنشاء الشبّاك الوحيد الذي يختص بتحضير هذه العقود وتسليمها لطالبيها.

تتمحور هذه الدراسة حول تبيان كيفية سير الشبّاك الوحيد ومدى فعاليته في تبسيط الإجراءات الإدارية لتحضير عقود التعمير وتسليمها، ومدى مساهمة هذا الشبّاك في التقليل من المخالفات في مجال العمران.

الكلمات المفتاحية:

عقود التعمير، التهيئة العمرانية، الشبّاك الوحيد، البلدية، الولاية، البناء بدون رخصة، البناء الفوضوي.

تاريخ إرسال المقال: 2017/05/24، تاريخ قبول المقال: 2018/03/24، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بلول فهيمة، "الشبّاك الوحيد: آلية جديدة لتحضير عقود التعمير وتسليمها"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 355-376.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذة مساعدة قسم "أ"، قسم التعليم الأساسي للحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

المؤلف المراسل: fbelloul@gmail.com

The Single Window: New Mechanism to Prepare Contracts of Urbanization

Abstract:

The process of organizing urbanization in any country is very important as a reflection of the extent of citizens' awareness of the importance of this field and its impact on various other areas in the country and the extent to which the latter is able to govern the organization of the urban process and the realization of public order within its territory.

The Algerian legislator sought through the legal arsenal to try to control the urban activity and to compel citizens to obtain various reconstruction documents for any urban activity. The most important mechanisms mentioned in Executive Decree No. 15-19, which includes how to prepare and deliver construction contracts, Specialized in the preparation of these contracts and delivery to the student.

This study will be countered on how the single networks and how effective it is in simplifying the administrative procedures for the preparation and delivery of construction contracts, and the extent of this contribution in reducing the violations in the field of urbanization.

Keywords:

Construction contracts, urbanization, single window, municipal, state, construction without license, chaotic construction.

Le guichet unique : nouveau mécanisme d'instruction et de délivrance des actes d'urbanisme

Résumé :

Dans chaque Etat, l'opération de gestion de l'urbanisme revêt une grande importance en ce qu'elle reflète aussi bien le degré de la prise de conscience des citoyens de l'importance de ce dernier et son influence sur les autres domaines que l'étendue de la capacité de l'Etat à maîtriser l'organisation de l'opération urbanistique et à assurer l'ordre public en la matière.

Ainsi, le législateur algérien a mis en place un dispositif juridique régulant et soumettant toute activité urbanistique à l'obtention des différents documents d'urbanisme. Parmi les mécanismes les plus importants, introduits par le décret exécutif n° 15-19 fixant les modalités d'instruction et de délivrance des actes d'urbanisme, on retient le guichet unique, chargé de l'instruction de ces derniers.

L'objet de notre étude est de faire le point sur les modalités de fonctionnement du guichet unique et de savoir dans quelle mesure contribue-t-il efficacement à la simplification des procédures d'instruction et de délivrance des actes en question et à la réduction des infractions en matière d'urbanisme.

Mots clé :

Actes d'urbanisme, aménagement urbain, guichet unique, commune, wilaya, construction sans autorisation, construction anarchique.

مقدمة

تعتبر عقود التعمير من أهم الوسائل الإدارية التي تستعملها جهة الإدارة لتنظيم المجال العمراني، وضمان احترام المواطنين للأحكام القانونية المنصوص عليها في قانون التهيئة والتعمير، كما تعتبر هذه العقود الوسيلة الوحيدة التي من خلالها يتم الحفاظ على النسق العمراني، باعتباره من أهم المعايير التي تبيّن مدى تحكّم أيّة دولة في فرض سلطتها داخل إقليمها، ومدى نجاحها في ترسيخ ثقافة عمرانية عن طريق توعية المواطنين بضرورة الحفاظ على النسق العمراني داخل المناطق العمرانية.

وإذا كان القانون رقم 90-29¹ المتعلق بالتهيئة والتعمير قد حدّد القواعد الأساسية لتنظيم العملية العمرانية بصفة عامة، فإنّ هذا الأخير قد أحالنا إلى المرسوم التنفيذي رقم 91-176² الذي بيّن بدقة مختلف أنواع الرخص والشهادات التي يتم تحريرها وتسليمها من طرف رئيس البلدية إلى طالبها، إلا أنّ الممارسة العملية لتسليم عقود التعمير استناداً إلى هذا المرسوم، أثبتت وجود بعض النقائص والفراغات القانونية بالإضافة إلى المعوّقات الإدارية التي قد تكون السبب في الشروع في مختلف الأشغال بصفة غير قانونية، نظراً عدم فعالية إجراءات تحرير هذه العقود وتسليمها لطالبيها.

من هذا المنطلق، كان لابد من إعادة النظر في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-176 عن طريق إصدار المرسوم التنفيذي رقم 15-19 الذي يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها³، ومن أهم الإجراءات التي جاء بها هذا المرسوم هو إنشاء الشبّاك الوحيد على مستوى كل بلدية وولاية من أجل تحضير كل عقود التعمير.

وبنظرة سطحية وعامة قد يبدو لنا بأنّ لهذا الشبّاك أهمية بالغة كإجراء جديد، لكن هل عملياً يحقق هذا الشبّاك سياسة الدولة في تبسيط الإجراءات الإدارية لتحرير عقود التعمير؟ وهل يقضي على كل سلبيات المرسوم التنفيذي رقم 91-176؟. ومن جانب آخر ألا يعتبر هذا الشبّاك الحل الأنجع لتحقيق إستراتيجية الدولة للحفاظ على النسق العمراني ومكافحة البناء الفوضوي؟

على هذا الأساس فإنّ دراستي سوف تكون تقييميّة لما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المنظم لكيفية تحرير عقود التعمير من خلال البحث عن ما مدى فعالية الشبّاك الوحيد كوسيلة جديدة لتحضير عقود التعمير؟ أم أنّه مجرد تدبير إداري يضاف إلى التدابير التي اتخذتها الدولة لإصلاح الخدمة العمومية؟

¹ قانون رقم 90-29، مؤرخ في 1990/12/01، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52، مؤرخ في 1990/12/02، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04-05، مؤرخ في 2004/08/14، ج ر عدد 51، مؤرخ في 2004/08/15.
² مرسوم تنفيذي رقم 91-176، مؤرخ في 1991/05/28، يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير رخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 26، مؤرخ في 1991/10/22، (ملغى).
³ مرسوم تنفيذي رقم 15-19، مؤرخ في 2015/01/25، يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر عدد 07، مؤرخ في 2015/02/12.

المحور الأول: تحرير وثائق التعمير في التشريع الجزائري " إجراءات قديمة في قالب جديد "

ينبغي أولاً تبيان المقصود بعقود التعمير وتحديد مدلولها القانوني، ثم حصر وتحديد أهم أنواع هذه العقود التي يكون موضوعها دائماً مرتبطاً بالنشاط العمراني، سواءً عن طريق القيام بأشغال بناء جديدة أو ترميمات لأشغال قديمة أو القيام بعمليات الهدم لأشغال منجزة، وهذه العمليات المادية تستوجب الحصول على ترخيص من طرف الجهة الإدارية المكلفة بإعداد هذه الرخص وتسليمها لطلبها.

أولاً - المقصود بوثائق التعمير

أ- تعريف التعمير

مصطلح التعمير من المصطلحات التي تستعمل كثيراً في المجالات الهندسية والتقنية لارتباطه بعملية البناء كعملية تقنية وفنية، مما يجعل تعريف هذا المصطلح من الناحية القانونية يؤثر نوعاً من الصعوبة، خاصة وأنّ المشرع الجزائري في مختلف النصوص القانونية لا يقوم بوضع تعاريف لبعض المصطلحات الهامة، مع ذلك سنحاول وضع تعريف لمصطلح التعمير استناداً إلى بعض الدراسات القانونية والفقهية مع تبيان أهميته في تحقيق النسق العمراني في أية دولة.

كلمة العمران مشتقة من كلمة (urbs) التي تعني المدينة وتم استعمال هذه المصطلح لأول مرة من طرف المهندس الإسباني « Delfonso Cedra » في سنة 1867 في كتابه النظرية العامة للعمران¹، وقد عرّف التعمير على أنّه "مجموعة من القواعد المتعلقة بتدخل الأشخاص العمومية لاستعمال الأراضي وتنظيم الفضاء"²، كما عرّف على أنّه "علم يهتم بتنظيم الفضاء ويظهر بوجه مزدوج نظري وتطبيقي"³، فالنظري يتمثل في مختلف القرارات والرخص والمخططات، أما التطبيقي فيتمثل في العمليات الميدانية التي تبين النسق العمراني داخل كل دولة.

¹ مزوزي كاهنة، مدى فاعلية قوانين العمران في مواجهة مخاطر الكوارث الطبيعية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 15.

² CHAOUISSAT Jerome, Le droit de l'urbanisme, PUF, Paris, 1991, P 21.

³ ADJA Djillali, DROBENKO Bernard, Droit d'urbanisme, édition Berti, Alger, 2007, P 21.

كما عُرّف التعمير على أنه "أداة لتحسين الشكل العمراني وعملية تخطيط وتنظيم تتدرج في هذا الإطار، وهو يرتكز على التنبؤات والتقديرية المبنية على الأساس الديموغرافي والسوسولوجي، حيث أنّ هذا الأساس مرتبط بتلبية الحاجات المتزايدة للسكان نتيجة النمو الديموغرافي هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يبنى على الأساس الاقتصادي لارتباط النشاطات الاقتصادية بالأساس الأول ولارتفاع معدل العمالة ومعالجة خطوط التوسع الجغرافي للمدينة وأشكال شغل الأراضي¹."

أما من الناحية التقنية فقد عرّف التعمير على أنه "عملية إعداد التراب وتهيئة المجال بشكل دقيق يشمل مختلف متطلبات السكان وحاجياتهم على صعيد إعداد البنايات السكنية وكذلك ما يتعلق بالمرافق الخدماتية والإدارية والرياضية والثقافية والمساحات الخضراء وكل ما يتعلق بالبنايات التحتية الحيوية من صرف وشبكات التطهير وربط الكهرباء والماء وشبكة النقل الحضري²."

بالعودة إلى نص المادة الأولى من قانون التهيئة والتعمير³، نلاحظ أنّها حددت المبادئ العامة لتطبيق أحكام هذا القانون الذي يهدف إلى تحديد القواعد العامة الرامية إلى تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير ، وتكوين وتحويل المبنى في إطار التسيير الاقتصادي والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة، ووقاية المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي ، على أساس احترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية، فمن خلال ما جاء في نص هذه المادة يتبين لنا أنّ العملية العمرانية ينبغي أن تتم في إطار احترام مجموعة من المبادئ لاسيما الاستغلال العقلاني للعقار وحماية الوسط الطبيعي والثقافي.

على هذا الأساس، فإنّ مختلف النصوص القانونية التي لها علاقة بالتهيئة والتعمير تُلح دائما على ضرورة احترام هذه المبادئ الأساسية أثناء القيام بأي نشاط عمراني، وتُقرّ بسلطات واسعة للهيئات المحلية المكلفة بممارسة الضبط الإداري في المجال العمراني (police d'urbanisme) ، عن طريق توقيع عقوبات صارمة في حالة عدم احترام هذه المبادئ⁴.

أما التهيئة العمرانية فهي نوع من أساليب التدخل المباشر بواسطة الأفكار أو القرارات، أو عن طريق وسائل الدراسات ووسائل التنفيذ والإنجاز لتنظيم وتحسين ظروف المعيشة في المستوطنات البشرية سواء أكان ذلك على المستوى المحلي الإقليمي أو الوطني⁵.

¹ عربي باي يزيد، استراتيجية البناء على ضوء قانون التهيئة والتعمير الجزائري، أطروحة لنيل رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2014-2015، ص 27 .

² مدور يحي، التعمير وآليات استهلاك العقار الحضري في المدينة الجزائرية، (حالة مدينة ورقلة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الهندسة المعمارية والعمران، كلية الهندسة المدنية والري والهندسة المعمارية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2012، ص 5 .

³ قانون رقم 90-29، المرجع السابق.

⁴ HENRI Jacquot, FRANCOIS Priet, Droit d'urbanisme, 5^{ème} édition, Dalloz, France, 2004, p 6.

⁵ مدور يحي، المرجع السابق، ص 13.

ومن الناحية القانونية يقصد بالتهيئة والتعمير مجموعة القواعد التي تنظم النشاط العمراني ككل من حيث تهيئة الفضاء واستعمال الأراضي وتنظيم عمليات البناء¹، وتعتبر هذه القواعد آمرة، جوهرية من النظام العام وتفرض عقوبات على مخالفتها باعتبارها تهدف إلى حماية المصلحة العامة².

استناداً إلى مختلف التعاريف السالفة الذكر ، يتبين لنا بأن عملية التعمير هي عملية مادية تتجسد في مختلف الأنماط العمرانية التي في بعض الحالات تتم بصفة تقنية مخططة ، وفي حالات أخرى تتم هذه العملية بصفة عشوائية وفوضوية، مما يؤثر سلباً على الانسجام العمراني داخل إقليم الدولة، فيجب على هذه الأخيرة اتخاذ التدابير اللازمة والصارمة من أجل تحقيق سياستها العامة، وأن هذه العملية العمرانية تحكمها قواعد قانونية يجب احترامها تحت طائلة اتخاذ العقوبات الصارمة من طرف الجهات الإدارية المكلفة بالحفاظ على العملية العمرانية في الدولة.

ب- أدوات التعمير

لا يمكن الحديث عن موضوع التعمير دون الإشارة إلى أدوات التعمير ، كما جاءت في قانون التهيئة والتعمير وهذه الوسائل من الميكانيزمات الأساسية لاحترام قواعد التعمير والمتمثلة في المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير ومخططات شغل الأراضي³، فهذه الأدوات هي المساعد الرئيسي لجهة الإدارة المكلفة بتسليم مختلف وثائق العمران لاتخاذ قرارات سليمة أثناء تسليم مختلف الرخص⁴، ومعاقبة كل من يخالف ما تضمنته هذه الأدوات من القواعد حفاظاً على النظام العام العمراني الذي تتبناه كل دولة، لأن تطور الدول يرتبط ارتباطاً

¹ عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 28.

² تتمثل العقوبات التي يمكن توقيعها في حالة مخالفة أحكام البناء والتعمير في عقوبات إدارية يتخذها رئيس البلدية الذي يصدر قرار هدم الأشغال المنجزة دون رخصة أو تلك المنجزة بطريقة مخالفة لرخصة البناء، وعقوبات جزائية يصدرها القضاء الجزائي ضد الشخص القائم بالأشغال بصفة غير قانونية، للمزيد حول هذه المتابعات راجع:

- بن نجاعي نوال ريمة، "المنازعات العادية في مجال العمران"، من أعمال الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، يومي 17 و 18 فيفري 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ص ص 406-414.

³ أنظر نص المادة 10 وما يليها من القانون رقم 90-29، المرجع السابق.

⁴ لقد أكد وزير السكن والعمران خلال اللقاء الجهوي للوسط المنعقد بورقلة بأن العمران لا يجب أن يفرض نفسه علينا بل يجب أن يتم تخطيطه، وركز على أهمية أدوات التعمير (PDAU – POS) ووجه نداء إلى رؤساء البلديات لاعتماد على هذه الأدوات، انظر في هذا الصدد:

- Bulletin d'information de l'Agence National de l'Urbanisme,(Ettaamir), N°01, Alger, Juin 2011, p 34.

وثيقا بمدى تحكمها في توزيع أراضيها وبسط رقابتها على أهمية العقار في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية المرجوة منه¹.

1- المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (Plan directeur d'aménagement et d'urbanisme)

على خلاف ما عودنا به المشرع الجزائري في عدم وضع تعاريف للمصطلحات القانونية الواردة في النصوص القانونية، فإنّ نص المادة 16 من قانون التهيئة والتعمير قد عزّفت هذا المخطط على أنّه أداة للتخطيط المجالي والتسيير الحضري، يحدد التوجهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية أو البلديات المعنية، آخذا بعين الاعتبار تصاميم التهيئة ومخططات التنمية ويضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي .

فهو مخطط توجيهي يتناول التجمع الحضري داخل إطاره الطبيعي والبيئي وينظم العلاقات بينه وبين باقي نقاط الأوساط الأخرى الموجودة على المستوى المحلي والإقليمي، ويراعي الانسجام والتناسق بينه وبين جميع المراكز الحضرية المجاورة². يتم إعداد هذا المخطط بموجب مداولة المجلس الشعبي البلدي التي يجب أن تتم المصادقة عليها من طرف السلطة الوصية³، بعد المصادقة على هذا المخطط يصبح ملزما لكل الجهات الإدارية ولكل المواطنين فلا يمكن مخالفة ما جاء في هذا المخطط، كما تبرز أهمية هذا المخطط في أنّه يساعد جهة الإدارة في تطبيق الجزاءات الإدارية ، لأنّه في حالة الشروع في أشغال البناء بما يخالف هذا المخطط فإنّ القائم بتلك الأشغال تطبق عليه الإجراءات القانونية اللازمة⁴.

¹ عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 8.

² تكواشت كمال، الآليات القانونية للحد من ظاهرة البناء الفوضوي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2008-2009، ص 81.

³ انظر نص المادة 27 من القانون رقم 90-29، المرجع السابق، ونص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177، مؤرخ في 1991/05/28، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-317، مؤرخ في 2005/09/10، ج ر عدد 26 .

⁴ لعويجي عبد الله، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2011-2012، ص 13.

2- مخطط شغل الأراضي (Plan d'occupation des sols) :

عبارة عن وثيقة إدارية يتم إصدارها على مستوى كل بلدية ويصادق عليها من طرف السلطة الوصية ، وتبين بصفة مفصلة القواعد العامة لاستخدام الأراضي وشروط البناء¹، وحسب نص المادة 31 من قانون التهيئة والتعمير فإنّ هذا المخطط يهدف إلى تفصيل الشّكل الحضري وتوضيح كيفية البناء والمساحات الخضراء وكل الارتفاقات، المناطق الأثرية وتلك الواجب حمايتها، ولهذا المخطط أهمية بالغة في الحفاظ على النسق العمراني في إقليم البلدية ، لذا يُشترط في كل عملية بناء أن يتم إعداد مخططات هندسية وأخرى مدنية لإعطاء الشّكل الجمالي والفني لكل بناية بما يتماشى مع هذا المخطط².

وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد ، أنّ هناك الكثير من البلديات على المستوى الوطني التي لا تقوم بإعداد هذه المخططات أو يتم إعدادها لكن لا يتم المصادقة عليها من طرف السلطة الوصية، ممّا يؤدي إلى انتشار الفوضى في المجال العمراني وتزايد المخالفات وعدم إمكانية اتّخاذ إجراءات الرقابة لصعوبة ذلك.

ثانيا- تقسيمات عقود التعمير وتكييفها القانوني

أ- تقسيمات عقود التعمير

بالعودة إلى المرسوم التنفيذي رقم 91-176 نجده استعمل مصطلح الرخص والشهادات مع ذكر كل عملية على حدى وجاء في هذا المرسوم **كيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك**، أي أنه تمت الإشارة إلى مختلف أنواع العقود باستعمال مصطلح الرخصة أو الشهادة حسب نوع الوثيقة، لكن بالعودة إلى المرسوم التنفيذي رقم 15-19 ورغم أنه تضمن تقريبا نفس الأحكام المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي لسنة 1991، لكنه استعمل مصطلح **"عقود التعمير"** للتعبير عن مختلف رخص وشهادات التعمير.

¹ راجع في هذا الصدد:

- جبري محمد، التأطير القانوني للتعمير في ولاية الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص48.

-DEVILLER Jacqueline Morond, Droit d'urbanisme, 4^{ème} édition, Dalloz, France, 1998, P47.

² راجع للمزيد:

- جبري محمد، المرجع السابق، ص 83.

- مزوزي كاهنة، المرجع السابق، ص44.

- KEHAL Kamel, Le lotissement résidentiel (Enjeux urbanismes et développement urbain durable), Mémoire de magister, Faculté des sciences de la terre, De la géographie de l'aménagement du territoire, Université Mentouri Constantine, 2006, p 15.

تتمثل مختلف هذه العقود كما وردت في كلا من المرسومين السابقين في: شهادة التعمير-رخصة التجزئة- شهادة التقسيم - شهادة المطابقة - رخصة البناء - شهادة قابلية الاستغلال-بطاقة معلومات- لوحة الورشة -رخصة الهدم، إلا أنّ دراستي سوف تنصب فقط على ثلاثة رخص التي يختص الشبّاك الوحيد في دراستها وتحضيرها نظرا لأهميتها في تنظيم النشاط العمراني وهي:

1 - رخصة التجزئة

تمّ إحداث هذه الرخصة بموجب المادتين 57 و 58 من قانون التهيئة والتعمير، الذي أحالنا إلى التنظيم من أجل تبيان مختلف إجراءات إصدار هذه الرخصة، وبالعودة إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-176 نجده فصل في إجراءات تحضير هذه الرخصة وتسليمها، وتقريبا تم الاحتفاظ بنفس الأحكام التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 15-19، مع إضافة فقط إجراءات جديدة فيما يخص تحضير هذه الرخصة بواسطة الشبّاك الموحد الذي يختص بدراسة طلبات المواطنين سواء بالقبول أو بالرفض.

تعتبر رخصة التجزئة إجراء ضروريا قبل القيام بعملية تقسيم الملكية العقارية من أجل استعمال هذه الملكية في أشغال مختلفة أو تقسيمها إلى حصص من أجل إقامة بنايات¹، وقبل إصدار هذه الشهادة يجب على طالبها تقديم ملف كامل أمام مصالح البلدية عملا بنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، يتم دراسة الطلب باجتماع أعضاء لجنة الشبّاك الوحيد على مستوى البلدية أو الولاية حسب الحالة².

2 -رخصة البناء

تعتبر هذه الرخصة من أهم الرخص الإدارية التي يكثر عليها الطلب باعتبارها أوّل إجراء يجب القيام به قبل الشروع في أية أشغال ، وهي إجراء جوهري وسابق عن عملية البناء³، وتعرف على أنّها "القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه للشخص الطبيعي أو المعنوي بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قواعد قانون العمران"⁴.

¹ راجع نص المادتين 14 و 15 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، المرجع السابق.

² جبري محمد، المرجع السابق، ص 82.

³ نصت المادة 52 من القانون رقم 90-29 على أنّه "تتشرط رخصة البناء من أجل تشييد البنائات الجديدة مهما كان استعمالها ولتمديد البنائات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييح...".

⁴ عززي الزين، "إجراءات إصدار قرارات الهدم في التشريع الجزائري"، مجلة الفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ص 12.

يُلزم قانون التهيئة والتعمير ضرورة طلب رخصة البناء أمام مصالح البلدية سواءً بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي¹، وينبغي في نفس الوقت أن يكون موقف الإدارة ايجابياً لمنح هذه الرخصة لضمان الحفاظ على تنظيم عمليات البناء والحفاظ على النظام العام العمراني².

بالعودة إلى نص المادة 41 وما يليها من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، نجدها تتضمن بالتفصيل مختلف إجراءات إصدار هذه الرخصة والملف الواجب تقديمه أمام مصالح البلدية لمكان تواجد القطعة الترابية التي سيتم البناء عليها، فيجب تقديم طلب من المعني مرفق بالوثائق اللازمة التي قسمها نفس المرسوم إلى الملف الإداري، الملف المتعلق بالهندسة المعمارية والملف التقني.

وحسب نص المادة 48 من نفس المرسوم التنفيذي المنظم لكيفيات تحضير عقود التعمير، فإنه يتم دراسة الملف من أمام الشباك الوحيد المنشأ لهذا الغرض، ويجب على أعضاء هذا الشباك دراسة الطلب والفصل فيه خلال أجل 15 يوماً سواء بالقبول أو الرفض، ففي حالة الرفض يجب تبليغ صاحب الطلب الذي يكون له الحق في رفع طعن لدى الولاية، ولهذه الأخيرة أن تمنح الرخصة خلال أجل 15 يوماً أو ترفض الطعن مع التبرير خلال نفس الآجال، كما يحق للمعني اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة.

كما ألزم نفس المرسوم التنفيذي ضرورة طلب شهادة المطابقة بعد انتهاء الأشغال، وهذه الشهادة هي الدليل بأن القائم بالأشغال قد أتم هذه الأشغال واحترم البنود والتحفظات الواردة في القرار المتضمن رخصة البناء، وفي حالة عدم إتمامها أو عدم إنجازها حسب مخطط رخصة البناء فإن مصالح البلدية المعنية لا تسلم شهادة المطابقة لعدم احترام شروط وأحكام البناء المنصوص عليها في رخصة البناء³، وينبغي عليها أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لمعاقبة صاحب المشروع باعتبارها المكلفة بالحفاظ على النظام العام العمراني داخل إقليم البلدية⁴.

¹ عزري الزين، "دور الجماعات المحلية في مجال التهيئة والتعمير"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2009، ص 33.

² المادة 63 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، المرجع السابق.

³ كمال محمد الأمين، "التزامات المرخص له ومسؤوليته في مادة البناء والتعمير"، من أعمال الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، يومي 17 و 18 فيفري 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، ص 384.

⁴ لعويجي عبد الله، المرجع السابق، ص 64.

3- رخصة الهدم

لا تختلف كثيرا هذه الرخصة عن رخصة البناء فيما يخص إجراءات طلب الرخصة وتسليمها والجهة المكلفة باتخاذ كل الإجراءات، إلا أنّ موضوع الرخصتين يختلف باعتبار أنّ طلب رخصة البناء يكون من أجل إنجاز أشغال جديدة، في حين أنّ طلب رخصة الهدم يكون من أجل هدم أشغال سبق وأن تم إنجازها. حسب نص المادة 60 من قانون التهيئة والتعمير، فإنّ عملية الهدم يجب أن تخضع لرخصة تُسلمها الهيئة الإدارية المختصة التي تقوم بدراسة الطلب عن طريق الشُّبَّاك الوحيد الذي يتأكد من مدى استيفاء الشروط القانونية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 15-19 فإذا تمّ قبول الطلب، يجب تسليم الرخصة خلال أجل شهر واحد، أما في حالة عدم قبول الطلب يمكن للمعني رفع تظلم أمام مصالح الولاية التي تلتزم بالرد خلال أجل 15 يوماً، وفي حالة عدم ردها يمكن للمعني رفع تظلم آخر لدى الوزارة المكلفة بالعمران¹. ينبغي التمييز بين رخصة الهدم وقرار الهدم الذي يعتبر جزءا إداريا يتم اتّخاذه من أجل هدم البناء مهما كان نوعه، والذي يتم إنجازه دون رخصة البناء، وحسب نص المادة 76 مكرر 4 من قانون التهيئة والتعمير فإنّه يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي اتّخاذ قرار الهدم ضد المخالف خلال أجل ثمانية أيام متزامنا مع المتابعة القضائية².

ب- التكييف القانوني لعقود التعمير

يُشير المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتعلق بعقود التعمير إشكالية فيما يخص طبيعة هذه الوثائق التي يكون موضوعها دائما مرتبطا بترخيص أو شهادة يتم تحريرها من طرف رئيس البلدية، وإذا كان المرسوم التنفيذي القديم المتعلق بتسليم مختلف رخص التعمير لسنة 1991 قد خصص لكل وثيقة المصطلح الذي يتوافق مع موضوعها عن طريق ذكر كل الرخص وشهادات التعمير، فإنّ المرسوم الجديد السابق الذكر قد استعمل

¹ راجع المادة 82 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، المرجع السابق.

² يعتبر قرار الهدم من أهم القرارات الإدارية التي لها أهمية خاصة بالنظر إلى خطورة العملية المادية التي يقوم بها المخاطب بالقرار من أشغال دون الحصول على رخصة البناء التي تسمح بإنجاز البناء وفق معايير تقنية وعمرانية دقيقة، وبالنظر أيضا إلى طريقة تدخل السلطات المعنية من أجل اتّخاذ الإجراءات الإدارية والقضائية اللازمة من أجل القضاء على مثل هذه التصرفات التي تُؤثر سلبا على العملية العمرانية داخل إقليم كل بلدية وولاية، وأيضاً يؤدي إلى المساس والتعدي على الملكية الخاصة أو العامة في الكثير من الأحيان، راجع للمزيد حول قرار الهدم:

- بزغيش بوبكر، منازل العمران، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2017.

- بلول فهيمة، " قرار الهدم: بين إجراءات الإصدار ومعوقات التنفيذ"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى- جيجل، ديسمبر 2016.

مصطلحا واحدا وهو عقود التعمير ، للإشارة إلى مختلف الرخص والشهادات التي تسلمها البلدية لطالبيها في مجال العمران¹ ، مع أنه في مضمون الأحكام التي تضمنها المرسوم التنفيذي استعمل لكل وثيقة المصطلح الذي يفيد موضوعها.

من هنا ينبغي توضيح هذه المفاهيم والتمييز بين مختلف التسميات للوصول إلى تحديد هدف المشرع من استعمال مصطلح عقود التعمير، وهل استعمال هذا المصطلح لا يثير صعوبات ميدانية أثناء تحرير مختلف وثائق التعمير؟

1- أهمية ضبط المفاهيم المستعملة أثناء تحرير وثائق التعمير

استعمل المشرع الجزائري عدّة مصطلحات لتبيان مختلف الوثائق التي تسلمها جهة الإدارة المكلفة بالعمران، رغم أنه وفي كل مرة لا يضبط هذه المصطلحات، لأنّ استعمال أيّ مصطلح في غير محله قد يؤدي إلى صعوبات ميدانية أثناء تحرير الوثيقة الإدارية.

- التمييز بين القرار والعقد: تمارس الإدارة نشاطها ضمن نمطين، أعمال مادية وتصرفات قانونية وهذه الأخيرة تنقسم إلى تصرفات انفرادية صادرة بالإرادة المنفردة للإدارية المجسدة في القرارات الإدارية، وتصرفات قانونية اتفاقية صادرة عن طريق اتفاق ثنائي بين الإدارة والمتعامل معها وتسمى هذه التصرفات العقود الإدارية.

والملاحظ أنّ المرسوم التنفيذي رقم 15-19 قد استعمل مصطلح عقود التعمير ، وهذه العقود أكيد أنّها عقود إدارية باعتبار أنّ جهة الإدارة هي التي تقوم بإصدارها، إلا أنّ استعمال هذا المصطلح ليس في محله لأنّ رئيس البلدية أو الوالي أثناء تسليمه لأية وثيقة أو رخصة لا يقوم بالتعاقد أو الاتفاق مع صاحب الطلب، وإنما تكون له السلطة التقديرية في دراسة الطلب وإصدار القرار المتضمن منح الوثيقة موضوع الطلب أو رفض الطلب كلية، مما يفيد بأنّ كل الوثائق التي يصدرها الشبّاك الوحيد هي قرارات إدارية بأتم معنى الكلمة ، ولا تعتبر عقودا إدارية لاختلاف إجراءات إصدار كلا من النمطين. وحتى بالعودة إلى الملاحق الواردة في نفس المرسوم التنفيذي السابق الذكر نجدها تستعمل مصطلح القرار وليس العقد،² حتى بالعودة إلى نفس الملاحق الواردة باللغة الفرنسية نجد أنّه تمّ استعمال مصطلح « Arrêté »³، بمعنى القرار وليس العقد.

¹ تم استعمال مصطلح عقود التعمير في المادة 98 من القانون رقم 11-10، مؤرخ في 22/06/2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، مؤرخ في 03/07/2011، كما استعمل هذا المصطلح في تعليمات وزير السكن والعمران رقم 85-13، المؤرخة في 17/01/2013، تتضمن تحديد كفاءات تسهيل عملية تسليم عقود التعمير من طرف السلطة المختصة، وقد أوحى الوزير من خلال هذه التعليمات على ضرورة تبسيط الإجراءات الإدارية فيما يخص عملية تسليم شهادة التعمير، رخصة البناء وشهادة المطابقة، مع تقليص آجال دراسة الملفات والرد على طالبي هذه الوثائق سواء بالقبول أو بالرفض المبرر.

² راجع الملاحق الواردة في المرسوم التنفيذي 15-19، المرجع السابق.

³ Voir :

- التمييز بين الرخصة والشهادة : يقصد بالرخصة تلك الوثيقة الإدارية التي تسلمها جهة الإدارة من أجل السماح للمعني بالقيام بالإجراء الذي كان موضوع طلبه، فالرخصة لا تمنح إلا عن طريق طلب يقدمه المعني والمستفيد من هذه الرخصة، كما هو الشأن بالنسبة لرخصة البناء التي تسلم بناءً على طلب من الشخص طالب الرخصة. أما الشهادة الإدارية فهي تختلف عن الرخصة لأنها تسلم بعد إتمام العملية وهي دليل على قيام المعني بما يجب عليه قانوناً من أجل تحرير شهادة من طرف الإدارة والتي تثبت فيها وجود العملية وطبيعتها، كما هو الشأن بالنسبة لشهادة المطابقة التي يتم تحريرها من طرف مصالح البلدية بعد إثبات أن المعني أنجز بنيته حسب الرخصة المسلمة له¹.

2- الآثار المترتبة على استعمال هذه المصطلحات

إذا كان استعمال مصطلح الرخصة أو الشهادة لا يطرح إشكالات عملية مهمة ، باعتبار أنه تتبع نفس الإجراءات من أجل إصدار هذه الوثائق سواء قبل بداية العملية أو بعد انتهائها وذلك أمام الشباك الموحد، فإن استعمال مصطلح عقود التعمير يثير بعض الإشكالات، لأنه حتى من الناحية العملية بعد إصدار الوثيقة المعنية يكون ذلك في نموذج "قرار إداري رقم ... يتضمن منح رخصة ..."، ولا يكون النموذج في شكل عقد إداري.

المحور الثاني : تحضير عقود التعمير بواسطة الشباك الوحيد

مما لا شك فيه أن إنشاء هذا الشباك لم يكن بالصدفة وإنما كان نتيجة سياسة اتخذتها الدولة من أجل تفعيل إجراءات تحضير مختلف رخص وشهادات التعمير للحفاظ على النظام العام العمراني، وللقضاء على التعديات التي يقوم بها الكثير من الأشخاص الذين لا يحترمون مختلف الأحكام الواردة في قانون التهيئة والتعمير .

- Décret exécutif n° 15-19 du 25 Janvier 2015 Fixant les modalités d'instruction et délivrance des actes d'urbanisme, JORA n° 07, du 12 février 2015.

¹ يقصد بشهادة المطابقة تلك الوثيقة الإدارية النهائية التي يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي حسب الحالة، تتضمن هذه الشهادة إقرار من طرف الجهة الإدارية أن الشخص الذي تحصل سابقاً على رخصة البناء من أجل إنجاز أية بناية قد احترم الإجراءات والمقاييس وكذا مخطط البناء المرفق بالرخصة، ولا تسلم شهادة المطابقة إلا بعد إتمام إنجاز الأشغال دون مخالفة ما رود في رخصة البناء، وقد تم الإشارة إلى الأحكام الخاصة بكيفية تسليم هذه الشهادة في المادة 63 وما يليها من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، المرجع السابق.

أولاً- إجراءات تحضير عقود التعمير عن طريق الشبّاك الوحيد

أ- كيفية إنشاء الشبّاك الوحيد

لقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المنشئ لهذا الشبّاك كليات تشكيل أعضائه والمهام التي يقوم بها، كما فصل هذا المرسوم بين الشبّاك الذي يتم إنشائه على مستوى البلدية وذلك الذي يتم إنشاؤه على مستوى الولاية.

1- تشكيلة الشبّاك الوحيد للبلدية

نصت المادة 58 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 على الأعضاء الذين يشكلون هذا الشبّاك وفقد فصلت هذه المادة بين الأعضاء الدائمين والمؤقتين:

- بالنسبة للأعضاء الدائمين: عددهم 7 أعضاء وهم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً، رئيس القسم الفرعي للتعمير والهندسة المعمارية والبناء أو ممثله، رئيس مفتشية أملاك الدولة أو ممثله، المحافظ العقاري المختص إقليمياً أو ممثله، مفتش التعمير، رئيس القسم الفرعي للأشغال العمومية أو ممثله، مفتش التعمير، رئيس القسم الفرعي للأشغال العمومية أو ممثله، رئيس القسم الفرعي للري أو ممثله.

- بالنسبة للأعضاء المدعويين وهم: رئيس القسم الفرعي للفلاحة أو ممثله، ممثل الحماية المدنية، ممثل مديرية البيئة للولاية، ممثل مديرية السياحة للولاية، ممثل مديرية الثقافة للولاية، ممثل الصحة والسكان، ممثل الشركة الوطنية للكهرباء والغاز.

وبتحقق هذه التشكيلة يتبين لنا بأن رئاسة هذا الشبّاك تكون لرئيس البلدية أو ممثله الذي يقوم باختياره من ضمن موظفي المصلحة التقنية للبلدية، هذا ما يبرر دور البلدية كهيئة إقليمية مكلفة بالسهر على تطبيق أحكام قانون التعمير، أما بالنسبة لهذا التقسيم إلى أعضاء دائمين ومؤقتين فمردّه أنّ الأعضاء الدائمين هم المكلفين بدراسة الملفات وتحضيرها وهم ملزمون بحضور كل الاجتماعات، وفي حالات خاصة قد يستلزم الأمر دعوة بعض الأعضاء إذا كان موضوع طلب أية رخصة يعني قطاع من القطاعات الأخرى. كما تبرز أيضاً أهمية ودور البلدية في المساهمة في تحضير رخص التعمير، في أنّ هذه الأخيرة هي المكلفة بأمانة الشبّاك والمختصة بتسلم الملفات وفتح سجل مخصص لذلك¹.

¹ راجع نص المادة 58 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، المرجع السابق.

2 - تشكيلة الشبّاك الوحيد للولاية

تم إنشاء هذا الشبّاك بموجب المادة 59 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 الذي يتم تنصيبه على مستوى مديرية التعمير للولاية، يتشكل هو الآخر من 18 عضو وهم: ممثل الوالي، المدير المكلف بالعمران رئيساً، رئيس المجلس الشعبي الولائي، عضوين من المجلس الشعبي الولائي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، مدير أملاك الدولة أو ممثله، مدير المحافظة العقارية أو ممثله، مدير المصالح الفلاحية أو ممثله، مدير الأشغال العمومية أو ممثله، مدير الموارد المائية أو ممثله، مدير الحماية المدنية أو ممثله، مدير الطاقة والمناجم أو ممثله، مدير الشركة الوطنية للكهرباء والغاز، مدير البيئة أو ممثله، مدير السياحة أو ممثله، مدير الثقافة أو ممثله، مدير الصحة والسكان أو ممثله.

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه التشكيلة، أنّ المدير الولائي للعمران هو المكلف برئاسة الشبّاك ، وهذا منطقي لأنّ هذا الأخير هو المختص في المسائل العمرانية والمكلف بتنظيم النشاط العمراني، كما أنّ هذا الشبّاك يتكون من أعضاء يمثلون مختلف القطاعات عكس الشبّاك البلدي الذي ميّز بين الأعضاء الدائمين والمدعيين.

يعتبر حضور مختلف ممثلي الإدارات شيئاً إيجابياً لضمان سير أعمال الشبّاك على أحسن وجه، إلا أنّه بالنسبة لحضور رئيس المجلس الشعبي الولائي وعضوين من نفس المجلس ربما يُثير تساؤل حول سبب إقحام هؤلاء الأعضاء، باعتبار أنّ اختصاصات الشبّاك هو دراسة طلبات عقود التعمير، وهذه المسائل ذات طبيعة إدارية وتقنية بحتة ولا تشترط لتحضيرها حضور أعضاء المجلس الشعبي الولائي، لأنّ هذا قد يؤدي إلى الدخول في حسابات سياسة وتعطيل لحقوق المواطنين.

أما بالنسبة لأمانة الشبّاك فتكون على مستوى مديرية التعمير للولاية ، عن طريق فتح سجل مخصص لاستقبال الملفات وتحضير الاجتماعات وإرسال الدعوات وتعدّد اجتماعات الشبّاك بمقر الولاية مرة واحدة كل 15 يوم.

ب- اختصاصات الشبّاك الوحيد

كلا من الشباكين البلدي والولائي يختصان بتحضير عقود التعمير وتسليمها لطالبتها حسب اختصاصهما الذي يتحدد بالنظر إلى طبيعة الوثيقة المراد تحضيرها وطبيعة الأشغال إنجازها، لأنّ الأصل أنّ تحضير عقود التعمير يكون على مستوى البلدية باعتبارها القاعدة الإقليمية الأقرب إلى المواطن، لكن إذا كانت الرخصة المطلوبة تخرج عن اختصاص الشبّاك البلدي فيكون الشبّاك الولائي هو المختص خاصة بالنسبة للمشاريع الوطنية أو الولائية، كما هو الحال بالنسبة لتسليم رخصة البناء بالنسبة لمشاريع الاستثمار في إطار عقود الامتياز ، فالوالي هو المختص بتسليم الرخصة رغم أنّ المشروع يُنجز داخل إقليم بلدية واحدة فقط ويمكن تلخيص أهم اختصاصات الشبّاك الوحيد فيما يلي:

1 - استقبال المواطنين لإيداع طلباتهم

يختص كلا الشباكين باستقبال المواطنين والإجابة عن تساؤلاتهم فيما يخص مختلف الوثائق التي يختص الشبّاك بدراستها والوثائق الواجب تقديمها، ويتلقى العون المكلف بأمانة الشبّاك طلبات المواطنين ويقوم بتسجيلها في سجل مخصص لهذا الغرض مرقم ومؤشر، كما جرت عليه العادة بالنسبة للسجلات الإدارية، وكل هذا من أجل تسهيل عملية دراسة الطلبات حسب تاريخ إيداعها.

2 -دراسة الطلبات

من المهام الأساسية التي يختص بها الشبّاك الوحيد هو دراسة طلبات المواطنين للحصول على عقود التعمير، وذلك بحضور مختلف ممثلي الهيئات الإدارية التي تبدي رأيها فيما يخص مختلف الطلبات سواء بالقبول أو الاعتراض. إلا أنّ المرسوم التنفيذي المنظم لتسليم عقود التعمير لم يلزم المواطنين بضرورة تقديم كل الطلبات أمام الشبّاك الوحيد وإنما منح فقط الاختصاص للشبّاك في دراسة الطلبات المتعلقة بشهادة التجزئة، رخصة البناء، رخصة الهدم وشهادة التقسيم، أما بالنسبة للوثائق الأخرى المتمثلة في شهادة المطابقة، شهادة التعمير، بطاقة المعلومات ولوحة الورشة فلا يختص الشبّاك الوحيد بدراسة هذه الطلبات.

3 - تبليغ أصحاب الطلبات بقرارات الشبّاك

لاشك أنّ عملية تبليغ القرارات الإدارية من الشروط الجوهرية لإحداث الآثار القانونية لهذه القرارات خاصة إذا كانت تخص حقوق الأشخاص، واشتراط عملية التبليغ يكون فقط بالنسبة للقرارات الفردية التي تخاطب الشخص بذاته، أما إذا كان القرار عاما موجها لكل أشخاص أو لفئة معينة فلا يشترط التبليغ الشخصي وإنما يتم النشر فقط في الأماكن العمومية.

وباعتبار أنّ عقود التعمير تعتبر قرارات فردية موجهة لشخص معين، فإنّه ينبغي على الهيئة الإدارية المكلفة بتحضير هذه الوثائق ضرورة اتّخاذ إجراءات تبليغها لأصحابها، وحسب نص المادة 3/58 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 فإنّ مصلحة التعمير على مستوى البلدية هي المكلفة بتبليغ القرارات أو تحفظات الشبّاك البلدي إلى أصحاب الطلبات. كما أقرت المادة 5/59 من نفس المرسوم التنفيذي باختصاص مديرية التعمير للولاية بتبليغ قرارات الشبّاك الوحيد للولاية، إلا أنّ نص هذه المادة تفيد صياغتها بأنّ تبليغ أصحاب الطلبات يكون بواسطة البلدية... تبليغ القرارات لأصحاب الطلبات من طرف البلدية المعنية...، أي أنّ مديرية التعمير ترسل قراراتها إلى البلدية مكان تواجد العقار أو البناية موضوع طلب الوثيقة المعنية ورئيس البلدية يقوم بتبليغ المعني بنتائج وقرارات الشبّاك الوحيد على مستوى الولاية.

لكن مثل هذه العملية لن تُزيد إلا في تعقيد الإجراءات وطولها، لأنّ تبليغ القرارات عن طريق البلدية لن يتم إلا بعد إجراءات مطولة باعتبار أنّ مديرية التعمير ترسل قراراتها عن طريق البريد، ومثل هذا الإجراء يثير تساؤل عن سبب إقحام البلدية في عملية التبليغ، خاصة وأنّ صاحب الطلب قام بإيداع ملفه مباشرة أمام الشباك الولائي، فلماذا لا يتم تبليغ المعني مباشرة أو الاتصال به هاتفيا لتفادي طول إجراءات التبليغ.

ثانيا- مدى فعالية عملية تحضير عقود التعمير بواسطة الشباك الوحيد

رغم أنّه من السابق لأوانه تقييم أهمية هذا الشباك كإجراء جديد تمّ إحداثه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15 - 19، إلا أننا سنحاول تبيان أهمية هذا الشباك في تحرير عقود التعمير بالنظر إلى ما جاء في أحكام هذا المرسوم وبالعودة إلى الممارسة الميدانية لتسليم هذه العقود.

أ- الدور الإيجابي للشباك الوحيد في تحضير عقود التعمير

لقد تمت إعادة النظر في كفاءات تحضير وتسليم مختلف الرخص والشهادات الإدارية في مجال العمران، نتيجة للتوجّه الجديد للدولة الجزائرية التي شرعت في اتّخاذ مجموعة من التدابير لإصلاح الخدمة العمومية داخل الإدارات العمومية، ومن المزايا التي يحققها هذا الشباك:

1- إقرار مبدأ الشفافية

يقصد بمبدأ الشفافية التزام الإدارة بالإفصاح والوضوح في ممارسة أعمالها مع خضوعها للمساءلة في جميع مستوياتها الوظيفية، وبهذا المعنى فهي تحقق الكثير من المنافع والمزايا¹، خاصة بالنسبة لدراسة الطلبات التي يقدمها المواطن أمام الجهات المعنية لتسليم الوثائق المطلوبة.

ونظرا لكون عقود التعمير يتم دراستها أمام الشباك الوحيد الذي يضم مختلف المصالح الإدارية المعنية بإيداع رأبها في الطلبات التي يقدمها المواطنين أمام الشباك، فإنّ هذه العملية تتم بكل شفافية وتعرض كل الطلبات أمام أعضاء الشباك الذين تكون لهم السلطة التقديرية في قبول الطلبات بالنظر إلى مدى توفرها على الوثائق اللازمة، والشيء الإيجابي في عملية دراسة الطلبات أمام كل الأعضاء أنّها تضيف كل الشفافية على هذه العملية، ممّا سيؤدي إلى عدم تعسف المصالح الإدارية وإبداء آرائها بكل موضوعية، كما أنّ دراسة الملفات

¹ للمزيد حول مفهوم مبدأ الشفافية راجع:

- أمزيان عزيز، أخلاقيات القوانين الضريبية الجزائرية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012-2013، ص 197.

- بن عبد العزيز خيرة، "دور الحكم الراشد في مكافحة الفساد الإداري وتحقيق متطلبات الحكم الراشد"، مجلة الفكر، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص 333.

مباشرة أمام الشبّاك يساعد على تفحص الطلبات بكل دقة وموضوعية ، وتقضي هذه الوسيلة على كل الحسابات الشخصية التي قد يستعملها بعض ممثلي المصالح الإدارية المعنية من أجل عرقلة تسليم الوثيقة المعنية.

2 - تقليص آجال دراسة الملفات

بإجراء نوع من المقارنة بين المرسوم التنفيذي رقم 91-176 الملغى وأحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-19 يتّضح أنّ هذا الأخير قد قلّص حقيقة من آجال دراسة الملفات وتسليم عقود التعمير، فبعدما كان المرسوم التنفيذي القديم يحدد مدّة تسليم أغلبية الرخص بثلاثة أشهر إلى أربعة أشهر، أقر المرسوم الجديد بضرورة تسليم هذه الرخص والشهادات خلال آجال 15 يوما¹، كما جاء ذلك في نص المادة 3/48 التي نصت على أنّه "يجب أن يفصل الشبّاك الوحيد للبلدية في طلبات رخص البناء في أجل 15 يوما التي تلي تاريخ إيداع الطلب"، فنص هذه المادة جاء على سبيل الإلزام ولم يمنح للشبّاك الوحيد سلطة تقديرية في تمديد هذه الآجال، وحتى بالنسبة للشبّاك المتواجد على مستوى الولاية تطبق عليه نفس الأحكام فيما يخص آجال الفصل في طلبات المواطنين لتسليم العقود التي يختص بها الشبّاك الولائي.

3 - إقرار حق الطعن

بالعودة إلى مختلف إجراءات تحضير رخص وشهادات التعمير نجد أنّ المرسوم التنفيذي أقر بحق الطعن ضد القرارات التي يُصدرها الشبّاك في حالة رفض الطلب، ويجب تقديم الطعن خلال آجال محددة وألزم الجهات المطعون أمامها بضرورة الرد خلال أجل 15 يوم للسماح لصاحب الملف برفع طعن ثاني لدى الهيئات المركزية أو اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة .

¹ إنّ إقرار ضرورة دراسة طلبات المواطنين فيما يخص تسليم عقود التعمير لا يعتبر إجراء خاصا بهذه العقود، وإنّما يدخل هذا ضمن السياسة التي انتهجتها الدولة الجزائرية لإصلاح الخدمات المقدمة للمواطنين وتسهيل مختلف إجراءات تسليم مختلف الوثائق الإدارية، وقبل صدور المرسوم التنفيذي رقم 15-19 أصدر وزير السكن والعمران والتعليم رقم 85 لسنة 2013 السابقة الذكر وألح فيها على ضرورة تسليم عقود التعمير أو رفضها من طرف الوالي خلال آجال سبعة أيام بالنسبة لشهادة التعمير، يوم واحد بالنسبة لرخصة البناء وخمسة عشرة يوما بالنسبة لشهادة المطابقة، لكن هل عمليا يتم التقيّد بهذه الآجال خاصة ما يتعلق برخصة البناء؟، فهل يتم دراسة الطعن من طرف مصالح الوالي خلال يوم واحد والرد بالقبول أو الرفض في نفس اليوم؟، هذا ما يفيد حقا بأنّ مثل هذه التعليمات لا يمكن تطبيقها في أرض الواقع لأنّه لا يعقل دراسة الطلب خلال أجل يوم واحد خاصة مع كثرة الملفات التي تُعرض على مصالح الوالي.

ب - الإشكالات القانونية والعملية التي تعيق سير الشبّاك الوحيد

رغم الأهمية والدور الفعّال الذي يلعبه هذا الشبّاك في تحقيق توجّه الدولة لتنظيم النشاط عمراني وقف المبادئ العامة المنصوص عليها في قانون التهيئة والتعمير، إلاّ أنّه بالعودة إلى المرسوم التنفيذي المنظم لعمل هذا الشبّاك نجده لا يخلو من بعض الفراغات القانونية التي تؤدي إلى إشكالات عملية أثناء سير اجتماعات الشبّاك، ومن أهم الإشكالات التي قد تُثار في هذا المجال:

1 - عدم وضوح كيفية تنصيب الشبّاك

أثارت عملية تنصيب الشبّاك على مستوى البلديات إشكالية فيما يخص الجهة المصدرة للقرار المتضمن إنشاء هذه الشبّاك، لأنّه بالعودة إلى نص المادة 58/6 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 نجدها تنص على أنّه "يتم إنشاء الشبّاك الوحيد للبلدية بموجب قرار ممضي من طرف رئيس الدائرة المختص إقليمياً..."، وقبل هذا نصت نفس المادة في فقرتها الأولى على أنّه " يتم فتح الشبّاك الوحيد للبلدية على مستوى البلدية..."، ممّا يجعلنا أمام إشكال فيما يخص كيفية إصدار القرار المتضمن إنشاء الشبّاك وكيفية اختيار الأعضاء المكونين له. فإذا افترضنا بأنّ رئيس الدائرة هو المكلف بإنشاء الشبّاك، فإنّ هذا يعني أنّ الشبّاك يتم فتحه على مستوى الدائرة وليس على مستوى البلدية، وفي نفس السياق فإنّ أعضاء الشبّاك يتم تعيينهم من طرف رئيس الدائرة، حتى في هذه الحالة فكيف تُفسر تدخل رئيس الدائرة لإصدار القرار المنشئ للشبّاك رغم أنّ مختلف الإجراءات تتم على مستوى البلدية، بالإضافة إلى أنّ رئيس الدائرة يمارس فقط الرقابة الوصاية نيابة عن الوالي، وهذا الأخير هو المختص بإصدار القرارات الإدارية الخاصة بمختلف المصالح الولائية عملاً بأحكام قانون الولاية الذي يحدد اختصاصات الوالي، سواء باعتباره ممثل للدولة أو الولاية.

هذا ما يثير حقيقة نوع من الغموض أثناء تنصيب الشبّاك الوحيد للبلدية ، لأنّ رئيس البلدية يجد نفسه أمام إشكال حقيقي فهل يقوم باختيار الأعضاء وإرسال القائمة إلى رئيس الدائرة الذي يحرر القرار الإداري المتضمن إنشاء الشبّاك؟، أم أنه يقوم بتحرير القرار ويوقعه ثم يرسله إلى رئيس الدائرة للمصادقة عليه كما جرت عليه العادة أثناء تحرير القرارات الإدارية .

فكل هذه الاحتمالات تؤثر سلبيًا على إنشاء الشبّاك وسير أعماله خاصة في ظل غياب تعليمات وزارية لتبيان وتوضيح ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 15-19، ومن الناحية العملية كان على المشرع أن يمنح الاختصاص لإنشاء الشبّاك إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، باعتبار أنّ المصالح التقنية للبلدية هي التي تتولى مختلف عمليات استلام طلبات المواطنين وتحضير كل الاجتماعات وتبليغ المواطنين بكل القرارات التي تخصهم، وتدخل رئيس الدائرة لإنشاء الشبّاك الوحيد ليس له ما يبرره، لأنّ المشرع وفي مختلف التشريعات

الخاصة بالتعمير منح الاختصاص لرئيس البلدية في تسليم مختلف العقود، ونفس الشيء بالنسبة لقانون البلدية الذي ألح على دور رئيس البلدية في تنظيم العملية العمرانية وإعداد مختلف الأدوات الخاصة بالتعمير¹.

2 - عدم تبيان الجهة الإدارية التي لها صلاحية اتخاذ القرار

خصص المرسوم التنفيذي رقم 15-19 مادتين فقط لتبيان كيفية تشكيل الشبّاك وإجراءات عمله، مما أدى إلى وجود فراغات فيما يخص كيفية اتخاذ القرار داخل الشبّاك ، هل يتم ذلك عن طريق التصويت أم أنّ كل مصلحة من المصالح الإدارية تبدي فقط رأيها سواء بالقبول أو الرفض، وما هي طبيعة هذه الآراء، وما هو دور رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره المكلف برئاسة الشبّاك، كل هذه التساؤلات تفيد حقيقة عدم وضوح الأحكام التي جاء بها المرسوم التنفيذي المنشئ للشبّاك الوحيد، مما سيؤدي إلى إشكالات عملية أثناء اتخاذ القرارات التي يطلبها المواطنون.

فإذا فرضنا بأنّ رئيس المجلس الشعبي البلدي ينفرد باتخاذ القرار النهائي ، فما هو دور مختلف المصالح التي تحضر اجتماعات الشبّاك؟ وإذا افترضنا بأنّ اعتراض أيّة مصلحة سيؤدي إلى عدم تحرير الوثيقة موضوع الطلب ، فكأننا نطبق نفس الإجراءات المعمول بها سابقا قبل إنشاء الشبّاك، لأنّ المصالح الإدارية المعنية كانت تبدي موقفها أثناء إرسال الملف إليها بالقبول أو الاعتراض ، وفي هذا الحالة الأخيرة فإنّ الوثيقة المعنية لا يتم إصدارها من طرف رئيس البلدية بسبب هذا الرفض ويحيل المعني إلى اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة لرفع المعارضة.

3- حصر وتقييد اختصاصات الشبّاك الوحيد في تحضير بعض عقود التعمير دون العقود الأخرى

بتفحص مختلف إجراءات تحضير عقود التعمير بالترتيب كما جاءت مفصلة في المرسوم التنفيذي 15-19، يتبين لنا بأنّ الشبّاك الوحيد لا يختص بتحضير كل العقود، إنّما تم التمييز بين بعض العقود التي يتم دراستها أمام الشبّاك، والبعض الآخر التي لا يختص الشبّاك بدرستها، كما جاء ذلك في نص المادة الثالثة من نفس المرسوم التي أقرت باختصاص مصلحة التعمير على مستوى البلدية بدراسة الطلب، وحتى بالعودة إلى نماذج القرارات المتضمنة إصدار مختلف العقود المبينة في الملاحق الواردة في نفس المرسوم التنفيذي ، نلاحظ أنّ هناك فرق بين القرارات الخاصة بالعقود التي يتم دراستها أمام الشبّاك ، وتلك التي لا يختص بها هذا الشبّاك ، مما يفيد بأنّ العقود التي لا يختص بها الشبّاك تطبق عليها نفس الأحكام والإجراءات المعمول بها في المرسوم التنفيذي رقم 91-179 مع بعض التعديلات لإجراءات إصدار هذه العقود.

¹ راجع المادتين 94 و 95 من القانون رقم 11-10، المرجع السابق.

هذا ما يفيد عدم فعالية إجراءات تحضير عقود التعمير بسبب عدم إتباع نفس الإجراءات لتحضير كل العقود، فمن جهة تم إدراجها ضمن نفس المرسوم التنفيذي وتمّ جمعها في مصطلح واحد وهو عقود التعمير، ومن جهة أخرى لا يتم اتباع نفس الإجراءات لتسليم هذه العقود، مما يثير تساؤل حول سبب عدم من حال اختصاص للشبّاك الوحيد لدراسة كل الطلبات دون التمييز بين مختلف الرخص، لأنّ ذلك سيؤدي إلى تبسيط الإجراءات الإدارية لتسليم هذه العقود، حتى بالنسبة لجهة الإدارة المختصة باستقبال الملفات التي تجد صعوبات في ترتيب وبرمجة طلبات المواطنين بين تلك التي يختص بها الشبّاك وتلك التي لا يختص بها .

خاتمة

ما يمكن استخلاصه من خلال هذه الدراسة ، أنّ إنشاء الشبّاك الوحيد لتحضير عقود التعمير وتسليمها لطالبا يعتبر من الآليات الفعّالة لتحقيق سياسة الدولة في تبسيط الإجراءات الإدارية وتحقيق المرونة في العملية العمرانية بصفة خاصة ، لتقادي الفوضى في عملية استعمال العقار والقضاء على البناء الفوضوي وغير المشروع.

إلا أنّ تحقيق هذه السياسة لن يتم فقط من خلال تعديل النصوص القانونية، وإنما يتم ذلك عن طريق تفعيل دور الهيئات المحلية في تحقيق فعالية هذه الوسائل القانونية في أرض الواقع ، من خلال اتّخاذ إجراءات الرقابة على مسؤولي هذه الهيئات أثناء اتّخاذهم لمختلف القرارات ضمانا لعدم تعسفهم في استعمال سلطتهم، لأنّ مثل هذه الممارسات ستؤدي إلى المزيد من التعديات على أملاك الدولة عن طريق الشروع في أشغال البناء على هذه الأملاك دون رخصة أو دون احترام قواعد وأدوات التعمير¹ ، بسبب عدم فعالية هذا الشبّاك في تسليم وثائق التعمير لأصحابها في الآجال المحددة تقاديا للجوئهم للبناء الفوضوي.

والملاحظ ميدانيا أنّ الشبّاك لا يجتمع خلال الآجال المحددة في المرسوم التنفيذي، وإنما يتم ذلك بالنظر إلى عدد الملفات التي تم تقديمها للمعالجة، وكما جرت العادة فلا تتعدّد اجتماعات الشبّاك إلاّ بعد توفر عدد معتبر من الملفات المقدمة من طرف طالبي وثائق التعمير، هذا ما سيؤثر سلبا على سير هذا الشبّاك ويؤدي ذلك إلى تعطيل مصالح المواطنين.

¹ صرّح وزير السكن والعمران في سنة 2008 أنّه منذ تعديل قانون التهيئة والتعمير في سنة 2004 إلى غاية مارس 2008 تمّ تسجيل 5995 حالة بناء غير مطابق للرخصة المسلمة و 65434 بناية مقامة دون رخصة البناء، وصرح بأنّه تمّ هدم فقط 1008 بناية ما يمثل حوالي 15% من هذه البنائيات الغير مشروعة، راجع للمزيد:

- Revue de l'habitat, N° 01, Ministère de l'habitat et de l'urbanisme, Alger, Juin 2008, P 14.

بالإضافة إلى عدم وضوح إجراءات تنصيب الشبّاك الوحيد وكيفية سير أعماله، وتشتمت إجراءات تحضير عقود التعمير، على أساس أنّ الشبّاك الوحيد لا يختص بتحضير كل عقود التعمير، هذا ما يؤدي إلى تعقيد الإجراءات سواءً بالنسبة للإدارة أو المواطن الذي يقدم ملفه للدراسة.

على هذا الأساس، تُناشد المشرع الجزائري بضرورة تعديل أحكام المرسوم التنفيذي 15-19 المتعلق بكيفية تحضير عقود التعمير عن طريق إقرار البديل في حالة عدم اتّخاذ الشبّاك للإجراءات اللّازمة لدراسة الملفات المقدمة أمام هذا الأخير لتفادي التماطل غير المبرر، عن طريق النص على أنّه في حالة عدم فصل الشبّاك في ملف الرخصة أو الشهادة المطلوب تسليمها خلال الآجال المحددة، يعتبر ذلك بمثابة قبول ضمني لتسليم الوثيقة، والنص أيضا على حق طالب الرخصة أو الشهادة التي رفض طلبه أن يلجأ إلى الطعن أمام الشبّاك الولائي وليس أمام نفس الجهة، لأنّ الاعتراض أمام نفس الشبّاك يكون بدون نتيجة على أساس أنّ نفس الأعضاء الذين فصلوا في طلب الوثيقة هم الذين سيفصلون في الطعن الذي يقدمه المعني.

كما ينبغي من جانب آخر إلزام مسؤولي الجماعات الإقليمية بضرورة اتّخاذ كل إجراءات الرقابة بعد تسليم الرخصة المعنية، خاصة بالنسبة لرخصة البناء أين أثبت الواقع الميداني أنّ المعني بالرخصة لا يحترم مخطط البناء كما هو محدد في الملف المقدم ويخالف هذا المخطط، مع ذلك لا يتّخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي إجراءات المتابعة، كما هو منصوص عليها في قانون التهيئة والتعمير، ممّا يؤدي إلى انتشار البناء الفوضوي والمخالف للقانون والتعدي على أملاك الغير.

الغموض المثار حول الاختصاص التنظيمي لبعض هيئات الضبط الإقتصادي: بين تقييد النص وحرية الممارسة

فتوس خدوجة⁽¹⁾
جامعة بجاية

الملخص:

تعتبر السلطة التنظيمية اختصاصا دستوريا أصيلا للسلطة التنفيذية، لكن تدخل القانون ومنح ممارسة هذا الاختصاص لبعض هيئات الضبط الإقتصادي مثل مجلس النقد والقرض ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، أما باقي الهيئات فبعضها منح لها المساهمة في هذه السلطة أثناء ممارستها من طرف السلطة التنفيذية، عن طريق إبداء اقتراحات، آراء وتوصيات لهذه الأخيرة، ما يوحي بتردد المشرع منحها هذه السلطة المهمة، وما يزيد الأمر غموضا وتعقيدا هو تدخل بعض هيئات الضبط الإقتصادي وممارستها السلطة التنظيمية من تلقاء نفسها، دون وجود أي نص قانوني يخولها ذلك مما يجعلها مشوبة بعدم المشروعية.

الكلمات المفتاحية:

السلطة التنظيمية، هيئات الضبط الإقتصادي، المساهمة في الاختصاص التنظيمي، الممارسة الذاتية للسلطة التنظيمية.

تاريخ إرسال المقال: 2018/05/24، تاريخ قبول المقال: 2018/06/10، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: فتوس خدوجة، " الغموض المثار حول الاختصاص التنظيمي لبعض هيئات الضبط الإقتصادي: بين تقييد النص وحرية الممارسة "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 377-395.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

<http://univ-bejaia.dz/Fac Droit Sciences Politiques/revues-de-la-faculte>

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذة مساعدة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضوة بمخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

- المؤلف المراسل: khe_06@hotmail.fr

Ambiguity around the Regulatory Competence of Certain Economic Regulatory Authorities: Between Legal limitations and Free Exercise

Abstract :

The regulatory power is a constitutional competence proper to the executive power. However, the law recognizes such power to certain economic regulatory authorities that are the council of money and credit and the commission of organization and supervision of stock exchange operations. Other authorities are recognized as participating, through advice, proposal and recommendation, to the exercise by the executive power of the power in question, which indicates the hesitation of the legislator to confer on the latter this important power. Such ambiguities and complexities are accentuated with the exercise by certain authorities of economic regulation of a regulatory power apart from any legal provision, or the illegality tainting the latter.

Keywords:

Regulatory power, The authorities of economic regulation (economic regulatory authorities), participation in the regulatory power, The regulatory power of fact.

Ambiguïté autour de la compétence réglementaire de certaines autorités de régulation économique: entre limitations juridiques et libre exercice.

Résumé :

Le pouvoir réglementaire est une compétence constitutionnelle propre au pouvoir exécutif. Cependant, la loi reconnaît un tel pouvoir à certaines autorités de régulation économique telles que le conseil de la monnaie et du crédit et la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse. Quant aux autres autorités, elles se voient reconnaître la participation, par le biais d'avis, de proposition et de recommandation, à l'exercice par le pouvoir exécutif du pouvoir en question, ce qui dénote l'hésitation du législateur à conférer à ces dernières cet important pouvoir. De tels ambiguïtés et complexités s'accroissent avec l'exercice par certaines autorités de régulation économique d'un pouvoir réglementaire en dehors de toute disposition juridique, d'où l'illégalité entachant ce dernier.

Mots clés :

Pouvoir réglementaire, les autorités de régulation économique, la participation au pouvoir réglementaire, le pouvoir réglementaire de fait.

مقدمة

أسندت مهمة الضبط الاقتصادي للسلطات الادارية المستقلة بعد أن أصبحت أجهزة الدولة التقليدية لا تتناسب مع نظام اقتصاد السوق واتباع الدولة لنظام الخوصصة. تعتبر الهيئات الادارية المستقلة المستوحاة من التجربة الفرنسية نموذجا جديدا حلّ محل الدولة في مهامها الرقابية للسوق والمنافسة، وذلك استجابة لطبيعة الدور الاقتصادي الجديد للدولة. وتتمتع الهيئات الادارية المستقلة أو هيئات الضبط الاقتصادي والتي لا تخضع للرقابة الرئاسية ولا للوصاية الادارية بصلاحيات واسعة ومتنوعة في المجال الاقتصادي والمالي، كونها تتمتع بسلطات ذات طابع رقابي، قمعي وتنظيمي . تعدّ السلطة التنظيمية أهم وأخطر السلطات الممنوحة لهذه الهيئات، كون أنّ المادتين 99 و143 من التعديل الدستوري لسنة 2016¹ قد منحت هذه السلطة ماديا وعضويا لرئيس الجمهورية والوزير الأول. بالعودة للقوانين المنظمة للهيئات الادارية المستقلة، نجد أنّ الاختصاص التنظيمي منحه المشرع صراحة لهيئتين فقط هما: مجلس النقد والقرض ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، أين قام بتحديد مجالات تدخلها، وأبقى هذه السلطة تحتكرها السلطة التنفيذية في بعض القطاعات دون أي تدخل أو مشاركة لهيئات الضبط مثل: المجال المنجمي، قطاع المياه...، أما بعض القطاعات الأخرى بقي موقفه غامضا ومترددا فيما يخص منحه لهذا الاختصاص ويتجلى ذلك في القوانين المنظمة لهذه السلطات، وما يزيد الأمر سوء هو عدم تحديد الجهة المختصة بالتنظيم في بعض القطاعات. لذا يثور التساؤل حول طبيعة هذا الغموض الذي يثور حول الاختصاص التنظيمي لبعض هيئات الضبط الاقتصادي؟

المبحث الأول: الاختصاص التنظيمي المقيد

نقصد بالاختصاص التنظيمي المقيد تلك الصلاحية التنظيمية المقيدة بحدود المساهمة التي تملكها بعض هيئات الضبط الاقتصادي من خلال النصوص القانونية المنشئة لها، والتي تساهم وتشارك من خلالها السلطة التنفيذية في إعداد النصوص التنظيمية (مطلب أول)، وهي من نوع آخر غير تلك التي تملكها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها ومجلس النقد والقرض، حيث لا يعاقب من يخالف تلك القواعد، كونها تفتقد لعنصر الالتزام والجزاء، لكنها تساهم في تطور الاقتصاد الوطني (مطلب ثاني).

¹ راجع المادتين 99 و143 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14، الصادر في 07/03/2016.

المطلب الأول: مساهمة بعض هيئات الضبط الاقتصادي في الاختصاص التنظيمي

نعني بمساهمتها في الاختصاص التنظيمي أنها تشترك نوعا ما مع السلطة التنفيذية في إعداد الأنظمة²، وتختلف هذه المشاركة من هيئة لأخرى كل حسب مجال اختصاصها، لأن القانون لم يمنح لها صلاحية ممارسة هذا الاختصاص.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لهيئات الضبط المساهمة في الاختصاص التنظيمي

تثير طبيعة هذه الهيئات، مدى اعتبارها سلطات إدارية مستقلة تضاف إلى باقي سلطات الضبط الاقتصادي المعروفة، وتحديد ذلك يتطلب تبيان مدى توافرها على معايير سلطات الضبط المستقلة. كيف المشرع الجزائري مثلا مجلس المنافسة صراحة بأنه سلطة³ إدارية⁴ يمارس اختصاصات ومزايا السلطة العامة المتمثلة في السلطة التنفيذية، يتمتع بالاستقلالية⁵، وذلك بموجب المادة 09 من قانون 12-08 المعدلة للمادة 23 من أمر 03-03، وبهذا يتأكد طابعه غير القضائي. حظيت بنفس التكليف الوكالة الوطنية للموارد الصيدلانية المستعملة في الطبّ البشري في المادة 173-2/1 التي تنصّ على ما يلي: "الوكالة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"، هذا إضافة لمعايير أخرى تؤكد هذا التكيف⁶.

² - ZOUAÏMIA Rachid, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, Edition Houma, Alger, 2005, p. 74.

³ - راجع المادة 23 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43، المؤرخ في 20 جويلية سنة 2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان سنة 2008، المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 36، المؤرخ في 02 جويلية سنة 2008، وبالقانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت سنة 2010، ج.ر عدد 46، مؤرخ في 18 أوت سنة 2010.

⁴ - ZOUAÏMIA Rachid, « *Remarques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence Algérien* », *Revue des Avocats de la région de Tizi-Ouzou*, n°2, 2004, p.165.

⁵ - راجع في هذا الشأن: كتو محمد الشريف، " الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري: دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي"، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع: القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص. ص. 268 . 269؛

TAIB Essaid, « *Chronique de l'organisation administrative (1995)* », *Revue Idara*, n°2, 1996, p.94

⁶ - راجع المواد 173-2/1، 173-4/13 و 19 و 173-5 من القانون رقم 13-08 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 44، المؤرخ في 03 أوت سنة 2008.

أما سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية⁷، تعتبر من الهيئات التي نص المشرع صراحة بطابعها الخاص، حيث كَتَبها في المادة 29 من القانون رقم 04-18 بأنها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري⁸، واكتفى بالنص في المادة 11 من القانون نفسه على أنها سلطة ضبط مستقلة، حيث يتجسد طابعها السلطوي في قيامها بجزء من الاختصاصات التي كانت سابقا معهودة لوزارة البريد والاتصالات، فتصدر قرارات فردية، عكس سلطة ضبط البريد والمواصلات في فرنسا التي تتمتع بممارسة السلطة التنظيمية التي تقتسمها مع الوزير المكلف بهذا القطاع، والتي نصبت في 05 جانفي 1997⁹، أما إضفاء الطابع الاستقلالي صراحة عليها في المادة 11¹⁰ إنما جاء ترجمة للخصائص التي تميزها، كخاصية التمتع بالشخصية المعنوية التي تمنح لها عدة صلاحيات كأهلية التقاضي والتعاقد، كما تتأكد استقلاليتها أكثر في إعداد نظامها الداخلي لوحدها طبقا لنص المادة 24 من قانون 04-18¹¹، إضافة لنظام التنافي الذي يفرض على الأعضاء طبقا لنص المادة 23 من القانون نفسه .

كما لم تَكَيّف لجنة ضبط الكهرباء والغاز صراحة بأنها سلطة إدارية لاستعمال المشرع مصطلح "هيئة مستقلة"، لكن يستنتج طابعها السلطوي من خلال توليها للعديد من صلاحيات وزير الطاقة¹²، وطابعها الإداري يمكن استخلاصه من عدة معايير منها جانب المنازعات، لأنه يطعن في قراراتها بنفس الكيفية التي يطعن بها ضد الأعمال الإدارية طبقا لنص المادة 139 من قانون 02-01، أما الطابع الاستقلالي لها فيظهر في الاعتراف الصريح للمشرع باستقلاليتها في نص المادة 112 التي تنص: "لجنة الضبط هيئة مستقلة...."،

⁷ سميت بموجب القانون القديم الملغى رقم 03-2000، سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وعدل المشرع بموجب القانون الحالي رقم 04-18 التسمية اقتداء بنظيره الفرنسي، ما يؤكد في كل مرة تقليده الإيمائي للقوانين الفرنسية.

⁸ تنص المادة 29 من القانون رقم 04-18 المؤرخ في 10 ماي سنة 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر عدد 27، مؤرخ في 13 ماي سنة 2018 على ما يلي: " تمنح الدولة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري "بريد الجزائر" مهمة تطوير واستغلال وتوفير خدمات البريد التي تدخل في نظام التخصيص".

⁹ جليل مونية، سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية كسلطة إدارية مستقلة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص. 80.

¹⁰ المادة 11 من القانون رقم 04-18، مرجع سابق.

¹¹ انظر المواد 10، 20 و 22 من القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 05 أوت سنة 2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 48، المؤرخ في 06 أوت سنة 2000، (ملغى).

¹² عسالي عبد الكريم، " لجنة ضبط الكهرباء والغاز"، مداخلة أُلقيت في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي جامعة بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007، ص. 156.

بالإضافة لمعايير أخرى تؤكد استقلالية اللجنة، كاستقلالها المالي المعترف به صراحة وتمتعها بالشخصية المعنوية، إضافة لنظام التناهي المطلق للأعضاء، ونظام العهدة، إعداد اللجنة لنظامها الداخلي¹³.
لم يقرّ المشرع الجزائري كذلك بتكليف لجنة الإشراف على التأمينات في المادة 209 من قانون التأمينات المعدل على أنها سلطة إدارية مستقلة، إنما اكتفى فقط بذكر اختصاصاتها، إلا أنّ هذا ليس معناه أنه لا يمكن اعتبارها سلطة إدارية مستقلة¹⁴. فيمكن استخلاص الطابع السلطوي لها في تحويلها سلطة الرقابة على نشاط التأمين، وبذلك تكون قد حلت محلّ الوزير المكلف بالمالية¹⁵، أمّا طابعها الإداري يظهر من كون قراراتها المتعلقة بتعيين متصرف مؤقت قابلة للطعن أمام مجلس الدولة¹⁶، أمّا طابع الاستقلالية لها فيستنتج بالنظر إلى عمل اللجنة دون الخضوع إلى السلطة الإدارية التقليدية أي السلطة التنفيذية، وتتجسد هذه الاستقلالية أيضا من الجانبين: العضوي¹⁷ والوظيفي¹⁸، اللذان أظهرنا بأنّ استقلالية اللجنة هي استقلالية نسبية.

الفرع الثاني: كفاءات المساهمة في الاختصاص التنظيمي

تتجسد كفاءات مساهمة هذه الهيئات في الاختصاص التنظيمي عن طريق كيفية الاستشارة (أولا)، تقديم الآراء والاقتراحات والتوصيات (ثانيا).

¹³ - راجع المواد: 112، 6/119، 121 و 122 و 123 من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 05 فيفري سنة 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر. عدد 08، المؤرخ في 06 فيفري لسنة 2002.

¹⁴ - إرزيل الكاهنة، "دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين"، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007، ص. 110.

¹⁵ - المرجع نفسه، ص. 111.

¹⁶ - راجع المادة 6/213 بعد تعديلها بموجب المادة 31 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي سنة 1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر. عدد 15، المؤرخ في 12 مارس سنة 2006، ص. 08.

¹⁷ - راجع في هذا الشأن: فارح عائشة، ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص. ص. 30-37.

¹⁸ - Voir : ZOUAÏMIA Rachid, « Le statut juridique de la commission de supervision des assurances », *Revue Idara*, n°1, 2006, p.p. 23 - 22.

أولاً: المساهمة في الاختصاص التنظيمي عن طريق كيفية الاستشارة

عرِّفَت الاستشارة بأنها إجراء سابق على صدور بعض القرارات من جانب واحد¹⁹، وتنقسم الاستشارة في مجال الضبط إلى: استشارة وجوبية (أ)، واستشارة اختيارية (ب).

أ - الاستشارة الوجوبية

سميت بالوجوبية لأن النصوص القانونية ألزمت السلطة التنفيذية اللجوء إليها، ف فيما يتعلّق بمجلس المنافسة، فباستقراء مختلف النصوص القانونية يتبيّن أنّ المشرّع حدّد مجالات الاستشارة الإلزامية، فيلزم الأمر رقم 03-03 المعدّل والمتّم بالقانون رقم 08-12 الاستشارة المسبقة لمجلس المنافسة، لذا فاستشارة المجلس إلزامية في المسائل التالية:

- حول كلّ نصّ تنظيمي يحدّد أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي²⁰.
 - في كلّ نصّ تنظيمي من شأنه أن يتضمّن اتّخاذ تدابير استثنائية للحدّ من ارتفاع الأسعار أو تحديدها، لاسيما في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطرابات السوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معيّن أو في منطقة جغرافية معيّنة أو في حالات الاحتكارات الطبيعية، فهذه التدابير تستمر لمدة أقصاها 06 أشهر، وإن استدعت الصّورة فيمكن تجديدها دائما بموجب تنظيم، بعد أخذ رأي مجلس المنافسة²¹.
 - وفي كلّ مشروع نصّ تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة، أو يدرج تدابير من شأنها لاسيما:
 - إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاط ما، أو دخول سوق ما إلى قيود من ناحية الكم،
 - وضع رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات،
 - فرض شروط خاصّة لممارسات نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات،
 - تحديد ممارسات موحّدة في ميدان شروط البيع²².
- الملاحظ أنّ الاستشارة الإلزامية للمجلس بينما كانت مقتصرة فقط على مشاريع النصوص التنظيمية، اتّسعت لتشمل أيضا مشاريع القوانين. كما لم يحدّد المشرّع في ظلّ القانون رقم 95-06²³ والأمر الملغي له

¹⁹ - عليان مالك، الدور الاستشاري لمجلس المنافسة (دراسة تطبيقية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، 2003، ص. 20.

²⁰ - راجع المادة 1/05 بعد تعديلها بموجب المادة 04 من القانون رقم 08-12، مرجع سابق.

²¹ - راجع الفقرة 02 و 03 من المادة 05 من الأمر رقم 03-03 بعد تعديلها بالمادة 04 من القانون رقم 08-12، مرجع سابق.

²² - راجع المادة 36 من الأمر رقم 03-03 بعد تعديلها بالمادة 19 من القانون رقم 08-12، مرجع نفسه.

²³ - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي سنة 1995، يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 09، مؤرخ في 22 فيفري سنة 1995 (ملغي).

رقم 03-03 الهيئات التي يمكن أن تستشير مجلس المنافسة وجوبا، وذلك لورود كلمة "الحكومة"، لكنّ المشرّع تدارك هذا الفراغ في تعديل قانون المنافسة رقم 08-12، وأكدّ بأنّه وزير التجارة²⁴.
أما الاستشارة الوجوبية لسلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية، فيقوم بها الوزير المكلف بالبريد والاتصالات الالكترونية، بحيث يستشيرها وجوبا في كلّ ما يتعلّق ب : 1- تحضير كل مشروع نص تنظيمي متعلق بقطاعي البريد والاتصالات الالكترونية،.... 4- ملاءمة أو ضرورة اعتماد نص تنظيمي يتعلّق بالبريد وبالاتصالات الالكترونية²⁵ (...). وتأكدّ لجوء الوزير المكلف بالبريد والمواصلات سابقا لاستشارة اللجنة في مشاريع النصوص التنظيمية التي عرضها عليها لإبداء رأيها فيها قبل إصدارها، كالمرسوم التنفيذي رقم 01-123 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 03-36²⁶، هذه النصوص التطبيقية للقانون رقم 03-2000 الملغى، تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المتخذة لتطبيق هذا القانون²⁷.

ب - الاستشارة الاختيارية

يبدي مجلس المنافسة رأيه في كلّ مسألة ترتبط بالمنافسة، إذا طلبت الحكومة منه ذلك، ويقصد من هذه الأخيرة كلّ من الوزير الأوّل وكلّ الوزراء، كما يمكن استشارة المجلس من طرف أشخاص آخرين في مواضيع لا تتعلّق بالسلطة التنظيمية²⁸.

يظهر كذلك الاختصاص الاستشاري للجنة ضبط الكهرباء والغاز في المادّة 2/114 التي تنصّ على: "تضطلع اللجنة بالمهام الآتية: "...مهمة استشارية لدى السلطات العمومية فيما يتعلّق بتنظيم سوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز وسيرهما"، وفي إطار هذه المهمة تقوم اللجنة بإبداء آرائها إذا طلبت منها الحكومة ذلك أثناء إعدادها للتنظيمات التطبيقية²⁹، كما أنّ لجوء الحكومة لطلب رأي اللجنة إجراء غير وجوبي.

²⁴- راجع المادة 18 من القانون رقم 08-12 المعدلة والمتممة للمادة 34 من الأمر رقم 03-03، مرجع سابق.

²⁵- راجع في هذا الشأن: نص المادة 14 فقرة 1 و4 من القانون رقم 18-04، مرجع سابق.

²⁶- مرسوم تنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 09 ماي سنة 2001، يتعلّق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها السلكية الكهربائية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر عدد 27، مؤرخ في 13 ماي سنة 2001، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي سنة 2007، ج.ر العدد 37، المؤرخ في 07 جوان سنة 2007؛ مرسوم تنفيذي رقم 03-36 مؤرخ في 13 جانفي سنة 2003، يتم المرسوم التنفيذي رقم 02-186 المؤرخ في 26 ماي سنة 2002، المتضمن الموافقة على سبيل التسوية على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية الخلوية من نوع GSM واستغلالها وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور، ج.ر العدد 04، المؤرخ في 22 جانفي سنة 2003، ص.07.

²⁷- راجع المادة 189 فقرة 2 من القانون رقم 18-04، مرجع سابق.

²⁸- راجع المادة 2/35 من الأمر رقم 03-03، مرجع سابق.

²⁹- راجع المادة 115 فقرة 2 و13 من القانون رقم 02-01، مرجع سابق.

كما تستشار الوكالة الوطنية للموارد الصيدلانية المستعملة في الطبّ البشري من طرف السّلطة التنفيذية، عند إعدادها لمشاريع نصوص تشريعية أو تنظيمية تسيّر مجال الصيدلة والمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبيّة المستعملة في الطبّ البشري³⁰، فمن منطلق المادة 173 - 17/4 من قانون 08-13، نلاحظ أنّ إجراء الاستشارة هنا غير وجوبي، لعدم ورود أمر قانوني ملزم، لكنّ الوكالة ملزمة بإبداء رأيها والرد إن استشارتها السّلطة التنفيذية في هذا المجال، لورود التّكليف القانوني الملزم في نصّ قانوني وهو المادة 173 - 17/4 التي تنصّ على ما يلي: " تكلف الوكالة، ...، بما يأتي .":

ثانيا: سلطة تقديم الاقتراحات والتوصيات

الاقتراح قانونيا أكثر قوّة وتأثيرا من الآراء. فالإقتراح لغة يعني: أنّ الأمر مُتَّحَرَجٌ، اقتراح فكرة وعرضها للمناقشة والبحث³¹، أمّا الرأي فهو ما يظنّه أو يعتقد المرء قولاً أو كتابة، مشورة، خطّة، فكرة³². لمجلس المنافسة سلطة الاقتراح بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة، أوكلّ طرف آخر معني، حسب نصّ المادة 18 من قانون 08-12 المُعَدَّلُ والمُتَمِّمُ للمادّة 34 من أمر 03-03، إذ يمكن لمجلس المنافسة أن يبدي ويقترح آراءه عند إعداد مشروع نصّ تنظيمي من طرف الحكومة له علاقة بالمنافسة، لكنّ الاختلاف هنا أنّ المجلس يتدخّل بمبادرته الخاصّة، ويمكنه اتّخاذ هذا الإجراء في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في الجريدة الرسمية للمنافسة، وحسب ما هو معروف أنّ التعليمات والمنشور لا يتمتعان بالقوّة الملزمة، فالإشكال يطرح حول مقصود المشرّع بكلمة نظام؟ هل أنّ المشرّع قد تراجع فعلا عن موقفه ومنح الاختصاص التنظيمي لمجلس المنافسة؟

عند التّدقيق في نصّ المادة 18 من قانون 08-12، يتّضح أنّ المشرّع قصد بالنظام فيها: القرار، لأنّ النّظام بالمفهوم القانوني يعني ذلك الذي يتمّ نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية وليس في النشرة الرسمية للمنافسة، كما أنّ المشرّع عودنا عند منحه الاختصاص التنظيمي لبعض سلطات الضبط الاقتصادي أن يحدّد مجال هذا الاختصاص.

³⁰ - راجع المادة 173-17/4 من القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20-07-2008، مرجع سابق، ص. 06.

³¹ - معجم منجي الطلاب، عربي عربي، دار القبس للنشر والتوزيع، سوريا، 2001، ص. 116.

³² - معجم منجي الطلاب، المرجع نفسه، ص. 470.

منح المشرع أيضا لسلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية سلطة إبداء اقتراحات وتوصيات، في نص المادة 13/ 14 التي تنصّ على ما يلي:....." إعداد ونشر تقرير سنوي يتضمن قراراتها وآراءها وتوصياتها، مع احترام واجب التحفظ....."، يمكن للجنة إبداء كذلك توصيات بناءا على استشارة وزير البريد والاتصالات الالكترونية قبل منح الرخص أو تعليقها أو سحبها أو تجديدها³³.

وهذا لا يدل إلا على إصرار الدولة على الاحتفاظ بالاختصاص التنظيمي في قطاع البريد والاتصالات الالكترونية، خاصة بعد تحويل هذا القطاع من ملكية عامة للدولة إلى ملكية خاصة لها³⁴

اعترف المشرع أيضا للجنة الإشراف على التأمينات بمساهمتها في الاختصاص التنظيمي عن طريق سلطة الاقتراح، بموجب المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 08-113 المؤرخ في 09-04-2008، الذي يوضح مهام لجنة الإشراف على التأمينات³⁵، بحيث تقترح اللجنة على وزير المالية التعديلات التي تراها ضرورية للتشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال التأمينات، كونها أقرب إلى هذا المجال.

وتقوم الوكالة الوطنية للموارد الصيدلانية المستعملة في الطبّ البشري بتقديم اقتراحات للسلطة التنفيذية عند إعدادها لمشاريع نصوص ذات طابع تشريعي أو تنظيمي، يرمي إلى تحسين الأحكام المعيارية المعمول بها في هذا المجال³⁶، لأنها أدري بهذا القطاع.

المطلب الثاني: أهمية القواعد التي تصدر في اطار المساهمة في الاختصاص التنظيمي في تقييم أداء هيئات الضبط الاقتصادي

تبرز أهمية القواعد المرنة التي تصدر في اطار مساهمة هيئات الضبط الاقتصادي في الاختصاص التنظيمي من خلال التطرق إلى طبيعتها القانونية (فرع أول)، وكذا دورها في ابراز مكانة هذه الهيئات في المساهمة في التنمية الاقتصادية(فرع الثاني).

³³ - انظر المادة 13 فقرة 14 والمادة 14 فقرة 5 من القانون 04-18، مرجع سابق.

³⁴ - راجع المواد 4 و 5 و 6 من القانون 04-18، مرجع سابق.

³⁵ - راجع: ج.ر عدد 20، المؤرخ في 13 أبريل سنة 2008، ص.05

³⁶ - راجع المادة 174-17/4 من القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، مرجع سابق، ص. 06.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لهذه القواعد

تبرز أهمية الطبيعة القانونية للقواعد الصادرة في إطار المساهمة في الاختصاص التنظيمي، من خلال تبيان مدى إلزاميتها للمخاطبين بها، وما يترتب من جزاءات في حال خرق هذه القواعد.

أولاً: الطبيعة القانونية للآراء المقدّمة في الاستشارة الجوبية

ما يتعلّق باستشارة مجلس المنافسة فيلزم بالردّ على الاستشارات التي تتقدّم بها الهيئات من أجل الاستفسار عن الوقائع القانونية التي لها علاقة بالمنافسة، كونه الخبير المختصّ في مجال المنافسة³⁷، كما أنّ الرأي الذي يقدّمه ترد عليه بعض القيود منها:

لا يمكنه فحص مشروعية أو تفسير أو تأويل أيّ نصّ تشريعي أو تنظيمي، لأنّ ذلك من اختصاص الجهات القضائية، ولا يمكن أن يبدي رأيه في الأحكام القضائية أو أيّ إجراء قضائي ساري المفعول، لأنّ ذلك من اختصاص جهات الطعن القضائية³⁸.

أمّا من حيث القوّة الإلزاميّة للاستشارة الجوبية للمجلس، نلاحظ أنّ المواد 5 و36 من الأمر 03-03 المعدّلة بالموادّ 4 و19 من قانون 08-12 لا تحتمل أكثر من تفسير، فمجلس المنافسة يمارس دور الهيئة الاستشارية، ولا تكون لآرائه القوّة الإلزاميّة للسلطة التنفيذية. فهي لا تعدو أن تكون مجرد اقتراحات ليس لها أي أثر قانوني، إذ أنّ المجلس في هذا النوع من الاستشارة يمارس دور الهيئة الاستشارية فحسب، فلا تكون لآرائه القوّة الإلزامية، وما يبقى إلزامياً على الهيئة طالبة الاستشارة هو قيامها بطلب استشارة المجلس وجوباً.

أما الطبيعة القانونية للرأي الذي تقدّمه سلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية اختياري، لعدم وجود نصّ ينفي ذلك، ممّا يدلّ على عدم إلزاميتها ليلقى إجراء الاستشارة هو الجوبي فقط. إنّ أنّ المشرّع لم يحدّد طبيعة هذه الآراء، وهل هي ملزمة للجهة التي طلبتها أم لا؟ وحسب الأستاذ رشيد زوايمية فإنّ الآراء مجردة من أيّة قوّة إلزاميّة، لكن رغم ذلك تعدّ من أساليب ممارسة السلطة التنظيمية.

³⁷ - عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص. 15 .

³⁸ - عيسوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2005، ص. 61.

ثانيا: الطبيعة القانونية للآراء المقدمة في الاستشارة الاختيارية

الاستشارة الاختيارية لمجلس المنافسة تعتبر غير ملزمة سواء من حيث الآراء المقدمة في الاستشارة أو إجراء الاستشارة بحد ذاته³⁹.

كما أنّ الآراء التي تقدمها باقي الهيئات المساهمة في الاختصاص التنظيمي السابق ذكرها في الاستشارة الاختيارية فهي غير ملزمة أيضا.

لكن تظهر أهمية الاستشارة من الشعور الأدبي بضرورة العمل بها سواء في الاستشارة الإلزامية أو الاختيارية كونها الخبرة في مجالات اختصاصها.

ثالثا: الطبيعة القانونية للإقتراحات والتوصيات

تختلف التوصيات عن الأنظمة من خلال القوة الإلزامية، إذ في حين تتمتع الأنظمة بقوة إلزامية يعاقب كلّ مخالف لها، نجد المعني بهذه التوصيات حراً في إتباعها⁴⁰. فهي ليس لها أية قوة إلزامية، فهي أداة شرح وتفسير النصوص التشريعية والتنظيمية في المجالات التي لا تتمتع بها سلطة الضبط بسطة إتخاذ القرار، فهي يمكن تشبيهها بالتوصيات التي تصدرها الهيئات والمنظمات الدولية⁴¹، كما لم يسبق للسلطات الإدارية المستقلة أن أصدرت توصيات.

أما الاقتراحات فتتضمن نصائحاً وحلولاً، وكثيراً ما تقدم سلطة الضبط في تقاريرها السنوية أو إذا طلبت ذلك السلطات المختصة، لكنّها غير ملزمة بحيث يمكن للحكومة أخذها بعين الاعتبار أو استبعادها.

³⁹ - كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2009، ص. 58.

⁴⁰ - تواتي نصيرة، المركز القانوني للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص. 120.

⁴¹ - حمليل نورة، النظام القانوني للسوق المالية الجزائرية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص. 79.

الفرع الثاني: تقييم أداء هيئات الضبط الاقتصادي

بفضل التوصيات والآراء والاقتراحات والملاحظات والتقارير.. الصادرة عن سلطات الضبط الاقتصادي، جعلها تملك وسائل تعبير أصلية غير قانونية وغير تقليدية، فهي ليست دون أهمية، فرغم افتقارها للطابع الإكراهي فهي تحتفظ بطابعها السلطوي وقوه تأثيرها، أو ما يسميه بعض الفقه بالقضاء المعنوي، حيث بواسطتها تسعى هذه الهيئات للإقناع والتوفيق بدل الإكراه بأسلوب لين، مرن ورزين⁴².

تقديم الإقتراح مثلا يتضمن التعبير عن اعتقادات متعددة وموجهة من أجل تنوير سلطة حول مبدأ أو شكل ممارسة اختصاصاتها، فدور الإقتراحات التي تقدمها لجنة الإشراف على التأمينات لا يستهان بها في تنوير الوزير المكلف بالمالية عند ممارسته لاختصاصاته التنظيمية⁴³.

تظهر إذن وظيفة الضبط كاستجابة لحاجة جماعية وخاصة، تضمن على نحو غير إكراهي فعالية القاعدة القانونية في مجالات تستجيب فيها لضرورات الوضوح، فهي بفضل طابعها المرن والضبابي، تساهم في حركة تحولات المصلحة العامة واستيعابها⁴⁴.

أنشئت إذن السلطات الادارية المستقلة للتوفيق بين منطوق السوق ومنطق المرفق العمومي⁴⁵، من خلال مساهمتها في الاختصاص التنظيمي.

المبحث الثاني: الإختصاص التنظيمي غير المقنن

يقصد بهذا النوع تلك السلطة التنظيمية التي تمارسها بعض سلطات الضبط الاقتصادي في مجال نشاطها، دون الإستناد لأي نص قانوني يخولها هذه الصلاحية، ويعود السبب في كثير من الأحيان لعدم تدخل السلطة التنفيذية لإصدار مراسيم تنفيذية تبين كيفية تطبيق بعض النصوص القانونية، وهذا ما يؤدي لتدخل سلطات الضبط لسدّ هذه الثغرات، لذا تشمل الدراسة في هذا المبحث تبيان الهيئات التي تمارس فعليا لا قانونيا السلطة التنظيمية (مطلب أول)، ثم عرض النتائج التي المترتبة عن الاختصاص التنظيمي الممارس لا المخول (مطلب ثاني).

⁴² - شيبوتي راضية، الهيئات الإدارية المستقلة في الجزائر (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، تخصص: المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم الادارية، قسم: القانون العام، 2015، ص. ص. 173-174.

⁴³ - فارح عائشة، مرجع سابق، ص. 179.

⁴⁴ - CE, Les autorités administratives indépendantes, Rapport public, n°52, la documentation française, paris, 2001, ou voir : www.conseil d'état française.fr

⁴⁵ - أزبار الشاذلي، " النظام القانوني لسلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الرابع، 2014، ص. 214.

المطلب الأول: التحويل الذاتي للإختصاص التنظيمي

رغم عدم نص القانون على الاختصاص التنظيمي لبعض هيئات الضبط الاقتصادي، فذلك لم يمنعها من منح نفسها سلطة تنظيمية فعلية نظرا لعدم تدخل القانون لسد الفراغات الموجودة في النصوص القانونية المنشئة والمنظمة لهذه الهيئات، وتحديده للجهة المختصة بالتنظيم.

الفرع الأول: اللجنة المصرفية

نص المشرع على اللجنة المصرفية في الكتاب السادس من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁴⁶، والذي يحمل عنوان مراقبة البنوك والمؤسسات المالية. ولم يعترف المشرع لها بالاختصاص التنظيمي ولا المساهمة فيه، لأنه منح هذا الاختصاص في نفس القطاع وهو القطاع المالي لمجلس النقد والقرض واكتفى بمنحها سلطة الرقابة والعقاب⁴⁷، دون السلطة التنظيمية.

منحت اللجنة لنفسها وبدون أي سند قانوني الاختصاص التنظيمي في المجال التأديبي، فيما يتعلق بكيفية سير الإجراءات التأديبية للأشخاص المتابعين أمامها، كون أن قانون النقد والقرض لم يشير إليها خاصة ما تعلق منها بحقوق الأشخاص، منها حق الدفاع والإطلاع على الملف والوجاهية، أين منحت لنفسها هذه الصلاحية في نظامها الداخلي الصادر بموجب القرار رقم 04-05⁴⁸، لكن هذا النظام أعتبر غير مؤسس من الناحية القانونية، لاحتوائه على بعض الأحكام التي تتعلق بقواعد وحقوق الأشخاص الخاضعين لرقابة اللجنة المصرفية في اطار صلاحياتها القمعية، وهذا يتعارض مع حقوق الدفاع المنصوص عليه دستوريا والذي لا يمكن تنظيمه إلا بالقانون⁴⁹، لذا أعتبر غير مشروع .

⁴⁶ - أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر. عدد 52، مؤرخ في 27 أوت سنة 2003، معدل ومتمم.

⁴⁷ - انظر: عجرود وفاء، دور اللجنة المصرفية في ضبط النشاط البنكي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: القانون الخاص، قانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2009، ص. ص. 49-110.

⁴⁸ - قرار رقم 04-05 مؤرخ في 20 أبريل سنة 2005، المتضمن قواعد تنظيم وسير اللجنة المصرفية (غير منشور)، والذي ألغى القرار رقم 93-01 مؤرخ في 06 ديسمبر سنة 1993 (غير منشور) انظر :

ZOUAÏMIA Rachid, «les pouvoirs de la commission bancaire en matière de supervision bancaire », revue idara, n°40, 2010, p.63.

⁴⁹ ZOUAÏMIA Rachid, « Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance », édition belkeise, Alger, 2013, p.p. 251-253

تدارك المشرع فيما بعد الفراغ المتعلق بهذه المسألة بتعديله للأمر 03-11 المتعلق بقانون النقد والقرض، بموجب الأمر رقم 10-04⁵⁰ في المادة 114 مكرر التي تضمنت اجراءات سير الدعوى التأديبية، وبذلك تكون هذه المادة ألغت تلك النصوص المتعلقة بهذه المسألة في النظام الداخلي، وهذا يعني أنّ اللجنة المصرفية قد جُرِدَتْ من السلطة التنظيمية التي منحها لنفسها في هذه المسألة تحت غطاء وجود فراغ قانوني.

الفرع الثاني: لجنة ضبط الكهرباء والغاز

كلفّت لجنة ضبط الكهرباء والغاز عبر القنوات بمهمة السهر على السير التنافسي لسوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز⁵¹، لذلك منح لها المشرع عدة اختصاصات ما عدا الإختصاص التنظيمي الذي بقي حكرا في يد السلطة التنفيذية.

منحت اللجنة لنفسها الإختصاص التنظيمي في مجال تطبيق القانون، وذلك لتحديدتها بموجب القرار الصادر في 2007⁵² لشروط وكيفية منح التراخيص لإنجاز واستغلال القنوات المباشرة للكهرباء والغاز، وكذا حفر قنوات الغاز المباشرة، دون أي سند قانوني يمنحها هذه الصلاحية، .

لم تستند لجنة ضبط الكهرباء والغاز في سلطتها التنظيمية هذه لنص المادتين 16 ولا 115 من قانون 02-01⁵³ لتأسيس هذه السلطة، كما أنّه عند الرجوع إلى نص هاتين المادتين نجد أنّهما لم تمنحا للجنة صلاحية إصدار قرارات تنظيمية، لأنّها بقيت من اختصاص السلطة التنفيذية وهو الوزير الأول وأنّما للجنة فقط سلطة المساهمة فيه، حيث تنص المادة 16 على: " يحدد عن طريق التنظيم إجراء منح رخص الاستغلال، ولا سيما منها شكل الطلب ودراسة الملف من طرف لجنة الضبط، ووجهة الطاقة"، أما المادة 115 فقرة 1 من قانون رقم 02-01 فتتص على: " تقوم اللجنة في إطار المهام المنصوص عليها في المادة 114 أعلاه بما يأتي:

⁵⁰ - أمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يعدل ويتمم أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 50، مؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2010، معدل ومتمم.

⁵¹ - نوبال لزهري، المركز القانوني للجنة ضبط الكهرباء والغاز في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، فرع: الإدارة العامة وإقليمية القانون، كلية الحقوق بجامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص.51.

⁵² - Décision D/04-07/CD du 24 Décembre 2007, fixant les conditions et les modalités d'octroi de l'autorisation pour la réalisation et l'exploitation de lignes directes d'électricité et de canalisations directes de gaz. www.creg.gov.dz.

⁵³ - راجع المادتين 16 و 115 من قانون 02-01، يتعلق بالكهرباء والغاز، مرجع سابق.

1-المساهمة في إعداد التنظيمات التطبيقية المنصوص عليها في هذا القانون والنصوص التطبيقية المرتبطة به". وهذا لا يعتبر إلا تقليدا لنظيرتها الفرنسية وهي لجنة ضبط الطاقة التي تتمتع بالسلطة التنظيمية بموجب المادة 37 من القانون الصادر في 10/02/2000⁵⁴.

الفرع الثالث: سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية

كلفت سلطة ضبط البريد والاتصالات بتطبيق مجمل النصوص القانونية التي تسمح لنشاطات البريد والاتصالات بالانفتاح على الاقتصاد الحر، مع ضبط المنافسة وجعلها مشروعة⁵⁵.

إن مهام سلطة ضبط البريد والاتصالات محددة من طرف المشرع -سواء في القانون رقم 03-2000 الملغى أو في القانون الجديد رقم 18-04-، وهي واضحة وتتحدد في السهر على التخفيف من حدة المنافسة في قطاع الاتصالات، وكذا التوفيق مع مختلف مصالح الأعوان الاقتصاديين، مع إتاحة كافة الإمكانيات لتحقيق هذه الأهداف، لذا تصدر قرارات ليست بالضرورة أن تكون محددة في إطار قانوني يضعه المشرع، لأنه رغم سكوت هذا الأخير بصورة واضحة عن منح سلطة ضبط البريد الاختصاص التنظيمي، إلا أنها تمارس بصفة ذاتية سلطة إصدار قرارات وأوامر ذات طابع تنظيمي تخص حقوق الأشخاص المتابعين أمام اللجنة⁵⁶، لأن القانون أغفل تنظيمها .

إذن أمام غياب النصوص المحددة لطرق وكيفيات تطبيق النص التشريعي المتعلق بالبريد والاتصالات الإلكترونية، فيما يتعلق بحقوق الأشخاص المتابعين أمام سلطة ضبط البريد والاتصالات أو أطراف النزاع الخاضعين لإجراء التحكيم أمامها، وبالخصوص ما تعلق منها بحقوق الدفاع وحق الاطلاع على الملف، قامت سلطة الضبط بمنح نفسها صلاحية إصدار قواعد تنظيمية خارج المجالات التي يسمح بها القانون وتتعلق بتحديد الإجراءات المطبقة على النزاعات في مجال التوصيل البيئي وفي حالات التحكيم⁵⁷، حيث أصدرت سلطة

⁵⁴- LEFEBRE José, «Un pouvoir réglementaire a géométrie variable », in Decoopman Nicole (sous/dir.), le désordre des autorités administratives indépendantes, l'exemple du secteur économique et financier, PUF, col. CEPRISCA, Paris, 2002, p.104.

⁵⁵- قوراري مجدوب، سلطات الضبط في المجال الاقتصادي: لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وسلطة الضبط للبريد والمواصلات نموذجين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص.117.

⁵⁶-BERRI Noureddine , *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse pour le Doctorat en Sciences, Filière : Droit ,Faculté de Droit et des Sciences Politiques , Université Mouloud Mammeri Tizi-Ouzou, 2014 , p.252.

⁵⁷-ZOUAÏMIA Rachid, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en Algérie », colloque national sur les autorités administratives indépendantes en Algérie, organisé par la Faculté de droit et sciences politiques, université 8 mai 1945, Guelma, le 13 et le 14 novembre 2012, p.14.

الضبط هذا القرار التنظيمي بتاريخ 08 جويلية 2002⁵⁸، وذلك لسد الفراغ القانوني الناتج عن إهمال المشرع في تنظيم مثل هذه المسألة رغم أهميتها.

تصدر الدولة أنظمة هي أقل مرونة من التي تصدرها سلطة الضبط، فقرارات هذه الأخيرة العامة والفرعية والتي تصدرها دون موافقة من الدولة تأتي رغم ذلك متوافقة مع الإطار القانوني أو التنظيمي القائم، فسلطة الضبط هنا تكون مناسبة أكثر لضبط القطاع بإصدار أنظمة تكون أثر ملاءمة مع السرعة والتقنية وضرورات الاقتصاد الحالي وحاجة الأعوان الاقتصاديين⁵⁹.

لم يحدد المشرع أيضا في القانون الجديد رقم 04-18 الإجراءات التحكيمية عند وجود نزاع أمام سلطة الضبط، كما أغفل ذكر حقوق الأشخاص الخاضعين للتحكيم أمامها⁶⁰، ولم يحدد من هي السلطة التي تفصل بالتنظيم في هذه المسألة.

المطلب الثاني: النتائج القانونية المترتبة عن ممارسة الاختصاص التنظيمي غير المقنن

إنّ الاختصاص التنظيمي لهيئات الضبط الإقتصادي هو الأكثر تعبيرا عن ممارسة حقيقية لوظيفة الضبط، لأنّه أصبح إنتاج القاعدة القانونية من اختصاص هذه الهيئات، بالإضافة إلى الحرص على حسن تنفيذها، إلا أنّ هذا الاختصاص يبقى مقيدا بنص القانون عليه وتحديد مجالته، وإنّ ممارسة هذا الإختصاص دون أي سند أو منح قانوني يعتبر تعديا على مبدأ المشروعية (فرع أول)، إضافة لما يسببه من ضرر للأعوان الاقتصاديين والغير بسبب غياب الضمانات القانونية عند خرقها لهذه القواعد، كونها لا تخضع لرقابة القضاء (فرع ثاني).

الفرع الأول: التعدي على مبدأ المشروعية

إنّ سلطات الضبط الإقتصادي التي تمارس السلطة التنظيمية دون أي سند قانوني يمنحها هذا الاختصاص، يعتبر تعديا على مبدأ المشروعية الذي يفرض خضوع النصوص القانونية لتدرج الهرم السلمي للنصوص القانونية، أين يعلوها الدستور ويأتي القانون تطبيقا له، ثمّ التنظيم تطبيقا لهذا الأخير، بل حتى أنّ هذا التدرج موجود داخل السلطة التنظيمية ذاتها.

بالرجوع إلى نص المادتين 99 و 143 من تعديل دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016، نجد أنّ السلطة التنظيمية من اختصاص السلطة التنفيذية متمثلة في كل من رئيس الجمهورية والوزير

⁵⁸ - Décision n° 03/SP/PC/2002 du 8 juillet 2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, www.arpt.dz

⁵⁹ --BERRI Noureddine , op.cit, p. 253.

⁶⁰ - راجع المادة 104 الفقرة الأخيرة والمادة 105 فقرة 4/2 من القانون رقم 04-18، مرجع سابق.

الأول، حيث يتمثل دور السلطة التنظيمية في تفصيل وتفسير النصوص التشريعية، أو تنظيم بعض المجالات التي لم تقم فيها السلطة التشريعية بتنظيمها.

نجد إذن أنّ الاختصاص التنظيمي الذي تمارسه بعض هيئات الضبط الإقتصادي فيه تعدي جسيم على مبدأ المشروعية، أين خولت لنفسها الاختصاص التنظيمي، والتي تعدّ صلاحية من الصلاحيات الدستورية. التحويل الذاتي للسلطة التنظيمية من طرف بعض هيئات الضبط الإقتصادي يجعلنا نتساءل عن مركز هذه القواعد في هرم تدرج القوانين؟ وكذا عن قيمتها الملزمة وما هي الجزاءات والضمانات التي تترتب في حالة خرقها؟

على المشرع إذن أن يتدخل لملء هذه الفراغات الموجودة في القوانين المنشئة لبعض هيئات الضبط الإقتصادي، وذلك بتعديل هذه القوانين، بأن يمنح هذا الاختصاص صراحة لهذه الهيئات ويحدد مجالاته، أو يمنحه للسلطة التنفيذية فيما يخص تلك القطاعات.

الفرع الثاني: غياب الضمانات القانونية للسلطة التنظيمية غير المقننة

يترتب عن الممارسة الذاتية للسلطة التنظيمية من بعض سلطات الضبط الإقتصادي، إلى إنتاج قواعد قانونية هشة وغير ثابتة وقابلة للزوال في أية لحظة، إذا ما تدخل صاحب الاختصاص الأصيل وهي السلطة التنفيذية وأصدرت أنظمة في مجالات تدخلت هذه السلطات وأنظمتها، وهذا ما يؤدي إلى إلغاء الأنظمة التي أصدرتها هذه الهيئات، وهذا يترك آثار على المتعاملين الإقتصاديين وذلك بإدخال الشك وعدم الثقة في القرارات التي تصدرها هذه الهيئات.

إنّ بقاء السلطة التنظيمية غير المقننة لهذه الهيئات دون سند قانوني يؤدي الى تخوف المستثمر الأجنبي من الاستثمار في الجزائر، لانعدام منظومة قانونية ثابتة وأيضاً الغموض الذي يشوب السلطات المختصة في مجال إصدار الأنظمة لتردد المشرع وإصداره في كثير من الأحيان نصوص قانونية غامضة.

كما أنّ تطبيق الأعوان الإقتصاديين لبعض القرارات التنظيمية التي تصدرها بعض هيئات الضبط قد يؤدي إلى الإضرار بهم في حالة وجود نزاع، كما هو الحال في قطاع البريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية سابقاً، أين حددت اللجنة كما سبقت الإشارة الإجراءات المتبعة لتسوية النزاعات أمام الغرفة التحكيمية، والتي كان على المشرع أن يحدد هو السلطة المختصة بإصدارها.

خاتمة

يتضح من خلال ما سبق أنّ السلطة التنظيمية لهيئات الضبط الاقتصادي أثارت وما تزال تثير الكثير من الجدل، نظرا للغموض الذي يكتنفها نتيجة بقاء السلطة التنفيذية مترددة حول تخليها عن هذا الإختصاص كليا لصالح الهيئات الادارية المستقلة في المجال الاقتصادي.

فمنح بعض هيئات الضبط الاقتصادي سلطة المساهمة في الاختصاص التنظيمي يبقى غير فعال، لعدم إلزام القانون السلطة التنفيذية بالأخذ بما تبديه هذه الهيئات من آراء، اقتراحات، تعليمات وتوصيات، كما أنّ احتواء القوانين المنشئة لبعض هيئات الضبط الاقتصادي على بعض الثغرات، فتح المجال واسعا أمام هذه الهيئات لإصدار قرارات تنظيمية تتعلق بالمجالات التي لم يشر القانون لتدخل السلطة التنفيذية أو هيئات الضبط لتنظيمها، وهذا دون تخويل قانوني لممارسة هذا الاختصاص وهذا يعتبر تعديا على مبدأ المشروعية وما يترتب عنه من نتائج سلبية أخرى.

على المشرع الجزائري إذن أن يحسم موقفه إزاء الاختصاص التنظيمي لهيئات الضبط الاقتصادي، وذلك بمنحها سلطة ممارسة هذا الاختصاص بشكل فعلي مثلما فعل لمجلس النقد والقرض ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها ولا يقتصر في حدود المساهمة. وإضفاء الطابع الإلزامي للآراء والاقتراحات التي تقدمها هيئات الضبط الاقتصادي للسلطة التنفيذية أثناء إعدادها للأنظمة التي تخص قطاعات نشاطها.

عليه أيضا توضيح السلطة المختصة بإصدار أنظمة تطبيق للقوانين المنشئة لهيئات الضبط، حيث أنّ ترك فراغات قانونية يولّد ثغرات واستفهامات حول السلطة المختصة، ما يجعل سلطة الضبط تتدخل دون سند قانوني.

القواعد التي تنظم فتح الأظرفة وتقييم العروض في طلب العروض المحدود والمسابقة

بوالكور عبد الغني⁽¹⁾

جامعة جيجل

الملخص:

تعتبر عملية فتح الأظرفة وتقييم العروض من أهم المراحل التي تمرّ بها إجراءات إبرام الصفقة العمومية، كونها تأتي بين إجرائي تقديم العروض و إرساء الصفقة، هذا ما يجعل من التنظيم الجيد لها يعطي نتائج مهمة للعملية التعاقدية والتي منها الحصول على أحسن عرض للتعاقد، ولأنّها عملية مهمة ومعقّدة أفرد لها المشرع كمّا معتبراً من النصوص القانونية من أجل ضبطها وتنظيمها .

وإذا كان تقييم العروض في طلب العروض تحكمه قواعد إجرائية صارمة حفاظا على شفافية العملية، فإنّ طلب العروض المحدود والمسابقة -باعتبارهما من أشكال طلب العروض- لهما إجراءات خاصة تميزهما عن تلك المتبعة في طلب العروض بشكل عام، يدفعنا هذا إلى البحث في الكيفية التي نظم من خلالها المشرع الإجراءات الخاصة بفتح وتقييم العروض لكل من طلب العروض المحدود والمسابقة.

الكلمات المفتاحية:

طلب العروض المفتوح، المسابقة، عملية الفتح، تقييم العروض، الملف المالي والتقني، ملف الخدمات، إرساء الصفقة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/01/11، تاريخ قبول المقال: 2018/05/24، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بوالكور عبد الغني، "القواعد التي تنظم فتح الأظرفة وتقييم العروض في طلب العروض المحدود والمسابقة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 396-411.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ مساعد قسم "أ"، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 18034، جيجل، الجزائر.

المؤلف المرسل: boulkourabdelghani@gmail.com

Rules for Opening the Envelopes and Evaluating the Offers in Requests of the Limited Proposal and Competition

Summary:

Offers request and the competition, as two forms of solicitation, are characterized by a kind of privacy as compared to other forms.

This is reflected in the complexity of the subject of contract, because topics need to be professional, technically efficient and financially capable in addition to the complexity of the theme. As the subject of the contract has always been distinguished, the legislator has assigned to it a special type of legal rules which differ from those governing other forms of solicitation.

Perhaps the most distinguishing and clarifying points about their characteristic are the rules established by the legislator to determine and to organize the operation of envelopes' opening and the evaluation of the special proposals for limited bidding and competition.

Keywords:

Bid evaluation; financial and technical file; services; awarding; clarification request extended evaluation committee.

Règles spécifiques applicables à l'ouverture des plis et l'évaluation des offres dans la consultation restreinte et le concours

Résumé :

L'évaluation des offres est considérée comme l'étape la plus importante dans l'accomplissement de la procédure de passation des marchés publics. Elle se situe entre deux étapes fondamentales à savoir : la présentation des offres et l'ouverture des plis et la déclaration de l'adjudicataire.

Une bonne maîtrise et une organisation parfaite de cette étape permettront d'aboutir à des résultats probants dans l'accomplissement de la relation contractuelle afin d'aboutir à l'obtention des meilleures offres.

Tenant compte de l'importance et de la complexité de cette étape, le législateur l'a entouré d'une attention toute particulière dans le but de mieux cerner la question et de s'assurer une organisation parfaite.

Si l'évaluation de l'appel d'offres ouvert est soumis à des procédures rigides conçues pour assurer la transparence totale dans l'accomplissement de l'opération, la consultation restreinte et le concours comme formes d'appel d'offres, sont des procédures particulières différentes de celles poursuivies dans l'appel d'offres en général .

Mots clés :

L'évaluation des offres, les meilleures offres, la procédure de passation, la consultation restreinte, le concours.

مقدمة

نصت المادة 42 من قانون الصفقات العمومية على أنّ طلب العروض يمكن أن يكون وطنيا أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال إما طلب عروض مفتوح، طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، وأخيرا المسابقة حيث قسّم هذا الأخير بناء على حسب نوع الخدمات أو الأعمال موضوع الصفقة، فإذا كانت المصلحة المتعاقدة بصدد موضوع تعاقد من الصنف العادي أو الخدمات التي تحتاج إلى نوع بسيط من التأهيل، فإنّها تعتمد على طلب العروض المفتوح أو طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا تماشيا حسب نوع الموضوع، لكن في وضعيات أخرى يكون التعاقد حول خدمات أو أشغال أو وسائل تحتاج إلى مؤهلات فنية وتقنية عالية، حيث تعتمد المصلحة المتعاقدة على طلب العروض المحدود أو المسابقة المصلحة في حال تعلق موضوع هذه الأخيرة بالأعمال الفنية والجمالية خاصة.

إذن اختلاف موضوع التعاقد في كل شكل من أشكال طلب العروض، حتمّ على المشرع تخصيص تنفيذ هذا النوع من طلبات العروض إلى متعاقد يتمتع بدرجة عالية من المؤهلات التقنية والفنية والاقتصادية والمالية، والوصول إلى منح الصفقة يستلزم أخذ تلك الاختلافات الجوهرية بعين الاعتبار، حيث عمد المشرع إلى تكريسها من خلال وضع إجراءات خاصة في طلب العروض المحدود وإجراء المسابقة .

يتميز كل من طلب العروض المحدود والمسابقة بنوع الخصوصية مقارنة بالأشكال الأخرى لطلب العروض، ترتبط هذه الخصوصية أساسا بموضوع التعاقد، فالأول موضوعه يخص العمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة¹، بينما موضوع المسابقة يتعلق بانجاز مخططات أو مشروع مصممة استجابة لبرنامج يعدّه صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية وحتى فنية خاصة.

ولما كان موضوع الصفقة فيهما يتميز بهذه الميزة، فالأجدر أن يكون تعامل المشرع مع تنظيم إجراءات الفتح والتقييم من خلال قواعد خاصة تراعي ذلك التميّز، هنا نطرح الإشكالية التالية: هل وُفق المشرع الجزائري في تنظيم عملية فتح وتقييم العروض في طلب العروض المحدود والمسابقة بما يضمن مراعاته لخصوصية موضوعهما؟

للإجابة على هذه الإشكالية نقسم موضوع الدراسة إلى مبحثين، نتناول في الأول الإجراءات الخاصة بفتح وتقييم طلب العروض المحدود والقسم الثاني نخصه لإجراءات الفتح والتقييم الخاصة بإجراء المسابقة.

(1) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة 45، المرسوم الرئاسي 15_247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

المبحث الأول: الإجراءات الخاصة بتنظيم فتح وتقييم طلب العروض المحدود

قبل التفصيل في إجراءات طلب العروض المحدود نشير فقط إلى نقطة مهمة مفادها أنّ طلب العروض المحدود يمكن أن يكون عبر مرحلتين، وهذا في حال أطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة تعدّ بالاعتماد على مقاييس و/أو نجاعة يستلزم من المتعامل بلوغها أو لاعتبار المتطلبات الوظيفية، أو يمكن أن يتم من خلال مرحلتين وهذا عندما يطلق هذا الإجراء بناء على برنامج وظيفي، في حالة تعذر على المصلحة المتعاقدة تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها ولو تعلق الأمر بصفقة دراسات⁽²⁾.

يمر إجراء فتح العروض وتقييمها بمرحلتين الأولى تخص تقييم العرض التقني الأولي دون المالي والمرحلة الثانية تخصص لتقديم العروض التقنية النهائية والمالية.

المطلب الأول: تقديم العرض التقني الأولي دون العرض المالي

رخص التنظيم الخاص بالصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدّها هذه الأخيرة على أساس انتقاء أولي، إذا تعلق الأمر بإنجاز عمليات دراسات أو هندسية مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات الطابع التكراري، في هذه الحالة على المصلحة المتعاقدة تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث سنوات .

وفق المشرع أولا عندما نص على أنّ قائمة المتعاملين الاقتصاديين تكون مفتوحة، بمعنى أنّه لم يغلق الباب أمام المتعاملين الجدد الذين يتوفرون على التأهيل الخاص الذي يلائم طبيعة موضوع التعاقد. كما أحسن أيضا عندما اشترط على المصلحة المتعاقدة ضرورة إجراء تجديد و تحيين هذه القائمة كل ثلاث سنوات، بما يمنع المصالح المتعاقدة من حصر موضوع الاستشارة الانتقائية في عينة من المتعاملين دون تمكين آخرين من ذلك.

الفرع الأول: تحديد أسلوب التعاقد

يعرف طلب العروض المحدود بأنه إجراء لاستشارة انتقائية، بمعنى أنّه ليس إجراء جديدا في قانون الصفقات العمومية لسنة 2015، بل كان موجودا تحت تسمية الاستشارة الانتقائية في النصوص السابقة من خلال نص المادة 28 من تنظيم 2010، وقبله المادة 25 لتنظيم 2002 والمادة 28 من تنظيم 1991، هذا الإجراء يتوفر على اعتراف ضمني للمصلحة المتعاقدة ويعطيها هامشا كبيرا من الحرية⁽³⁾، يتيح لها سلطة الانتقاء الأولي للمرشحين.

(2) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة 45، من المرسوم الرئاسي 15_247، المرجع السابق.

(3) بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسر، الجزائر، 2017، ص 204.

لا يمكن أن يشارك في الاستشارة إلا المرشحون الذين توجه لهم دعوة لتقديم تعهد والذين سبق وأن تمّ انتقاؤهم أولاً⁽⁴⁾، لا يمكن أن يتجاوز المرشحون المتنافسون في طلب العروض المحدود والمدعوون لتقديم تعهد الخمسة منهم وهو نفس العدد الذي أخذ به المشرع الفرنسي⁽⁵⁾، وهذا أمر طبيعي كون موضوع التعاقد يتعلق بالدراسات أو العمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة .

بالتالي لا يمكن أن يشارك عدد كبير في هذا النوع من التعاقدات، وهذا لتمكين المصلحة المتعاقدة من التعامل مع أفضل العروض المقدمة بشكل جيد، إنّ تحديد الحد الأقصى بخمسة مرشحين معناه أنّ هناك أحسن خمس عروض يتم انتقاؤها أولاً للمشاركة في المرحلة الثانية للمنافسة النهائية، على أن تحدد المصلحة المتعاقدة عدد المرشحين الذين سيتم انتقاؤهم أولاً في خلال دفتر الشروط⁽⁶⁾.

يمكن أن يتم طلب العروض المحدود بعد تسلّم العروض التقنية إما من خلال مرحلة واحدة، وتكون عندما يطلق هذا الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدّة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية _ هذا ما سيتم تفصيله_، وإما على مرحلتين وهذا كاستثناء عندما يطلق هذا الإجراء على أساس برنامج وظيفي، عندما تكون المصلحة المتعاقدة غير قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها ولو تعلق الأمر بصفقات الدراسات طبقاً لأحكام المادة 46 من هذا التنظيم.

ما نشير إليه أنّ المشرع أهمل تحديد المدة الخاصة بإيداع هذه العروض، ما يمكن أن يكون عاملاً تستعمله الإدارة في خرق عنصر الشفافية الخاصة بتقديم العروض، رغم أنّ مضمون القاعدة العامة الخاصة بمدة تحضير العروض تنص صراحة على أنّه يجب أن تكون مدة تحضير العروض كافية لتحضير العروض بما لا يشكّل عامل إقصاء للمتعاملين الذين يريدون المشاركة، وبالتالي ضرورة تناسب المدة مع نوعية التعاقد الذي في الحقيقة تعاقد معقد و/أو يحتاج إلى تقنية أو أعمال في غاية الدقة، ما يحتم مراعاة هذه العناصر عند وضع المدة، عكس ما هو ساري العمل به في التشريع الفرنسي، حيث حدد التشريع الفرنسي المدة بين إرسال رسالة الاستشارة إلى المرشحين واستلام العروض بـ 40 يوماً مبدئياً.

لأهمية أو حجم التعاقد وخصوصيته جعل المشرع عملية فتح الأظرفة تتم من خلال مرحلتين، مرحلة لتقديم العروض التقنية الأولية ثم مرحلة تقديم العرض التقنية النهائية والمالية، نظمت هذه العملية أحكام نص المادة 46 من تنظيم الصفقات العمومية بالشكل الآتي:

نتناول في هذا العنصر أهم الإجراءات، بداية بطريقة التعاقد في أسلوب طلب العروض المحدود ثم مختلف الضمانات المكرسة أثناء عملية الفتح والتقييم.

⁽⁴⁾ LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2014, p.82.

⁽⁵⁾ انظر نص المادة 45، المرسوم الرئاسي 15_247، المرجع السابق.

⁽⁶⁾ المادة 45، المرسوم الرئاسي 15_247، المرجع السابق.

يتم التعاقد في طلب العروض المحدود من خلال الاستشارة الانتقائية، هذه الأخيرة تتميز عن غيرها من أنواع أساليب التعاقد بخصوصية محل التعاقد، حيث تستعمل الاستشارة في حالة العمليات الخاصة والمعقدة أو ذات أهمية وهو ما ورد صراحة في مضمون نص المادة 45 من قانون الصفقات، استعمل المشرع في المرسوم الرئاسي 02-250 مصطلح "الشروط الخاصة" ⁽⁷⁾ للتعبير عن حاجة المصلحة المتعاقدة لمتعاملين مؤهلين كما استعمل في المرسوم الرئاسي 10-236 ⁽⁸⁾ عبارة "الشروط الدنيا المؤهلة" للتأكيد على ضرورة توافر عنصر التأهيل في كل مرشح للمناقصة المحدودة، بينما في التنظيم الساري العمل به لم يستعمل هذا المصطلح لكنه أورد عبارة "عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو العمليات المعقدة و/ أو ذات الأهمية الخاصة" للدلالة على حاجة المصلحة المتعاقدة لمرشحين ذوي قدرات عالية تتماشى وموضوع العقد ⁽⁹⁾.

يدعى في هذه المرحلة المرشحون الذين تم انتقاؤهم أوليا بناء على معطيات مسجلة لدى المصلحة المتعاقدة الخاصة بكل المتعاملين المتعاقدين معها ⁽¹⁰⁾، طبقا لنص المادة 45 بواسطة رسالة استشارة من طرف المصلحة المتعاقدة، لأجل تقديم عرضهم التقني الأولي دون العرض المالي، نشير فقط أن هناك عرض تقني أولي غير نهائي وعرض تقني نهائي يسلم في مرحلة لاحقة ⁽¹¹⁾، ويقصد بالتأهيل الأولي التقني التدقيق الذي تجريه المصلحة المتعاقدة في أوراق وشهادات المرشحين وبالأخص منها الذين سبق له التعاقد معهم في نفس النوع من الأشغال ⁽¹²⁾، ويمكن أن يمتد هذا التدقيق إلى وثائق الشريك الأجنبي في حال وجود شراكة ⁽¹³⁾.

يجب أن يركز التأهيل الأولي على معايير موضوعية غير تمييزية تكون وثيقة الصلة بموضوع التعاقد، ولا يتحقق أحسن انتقاء للمرشحين إلا إذا تمكنت المصلحة المتعاقدة من الاستعلام وبواسطة مختلف الطرق القانونية المتاحة لدى المصالح المتعاقدة الأخرى أو الإدارات و المؤسسات المكلفة بالخدمات العامة ⁽¹⁴⁾، أما بالنسبة للمتعاملين الأجانب يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تشترط الضمانات اللازمة والكفيلة بضمان ملاءة وقدرة

⁽⁷⁾ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 07 أكتوبر 2010، (ملغى).

⁽⁸⁾ مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 28 يوليو 2002، (ملغى).

⁽⁹⁾ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 87.

⁽¹⁰⁾ BENNADJI Cherif, « Marchés publics et corruption en Algérie », *Revue d'études et de critique social*, n°25, Alger, 2008, p.144.

⁽¹¹⁾ الفقرة الثانية من المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

⁽¹²⁾ طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 46، المرجع نفسه..

⁽¹³⁾ MATALLAH Ali, *Recueil sur la réglementation des marches publics et des Délégation de service public*, édition Houma, Alger, 2016, p.36.

⁽¹⁴⁾ Ibid, p. 36.

المتعامل الأجنبي على التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة، والتي من بينها الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تستفيد منها المؤسسات الأجنبية⁽¹⁵⁾ في نوعين من الضمانات حددتها المادة 127 من ت.ص.ع. كما يلي : استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة؛ الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات الضمان ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية، من بين المعايير المستعملة لاختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب يستفيد من الأسبقية المتعهد الذي يقدم الضمانات ذات الصبغة الحكومية.

الفرع الثاني: تمكين لجنة الفتح والتقييم من الحصول على التوضيحات

زوّدت لجنة فتح وتقييم العروض بمناسبة إجرائها للاستشارة الانتقائية بصلاحيات عدّة، تُتيح لها القيام بعملية التقييم بطريقة تتناسب تعقيدها وخصوصيتها بالشكل الأمثل، حيث أتاح لها إمكانية طلب توضيحات بشأن العروض التقنية الأولية المقدمة من قبل المتعهدين، إنّ إمعان النظر في هذه الصلاحية، نقول أنّ المشرع أحسن عندما رخص للجنة التقييم بطلب التوضيحات بما يخدم التقييم الجيد لمحل التعاقد، وهذا لأجل شرح وتبسيط ما اشتمل عليه العرض من عناصر معقدة لا يفهم مضمونها إلا أصحاب الاختصاص والخبرة، والتي غالبا ما تحتاج إلى شرح وتبسيط كما أشرنا أعلاه لأنّ موضوع طلب العروض المحدود خاص ومعقد أو ذو أهمية ما يجعل من العروض تحتاج إلى شرح وتوضيح وتفسير للأمور الغامضة منها⁽¹⁶⁾، وعلى اعتبار أنّ هذه المرحلة تخص تحليل العروض المقدمة لأجل محاولة حسم موضوع المفاضلة بين العروض⁽¹⁷⁾. أحيى إجراء طلب التوضيحات بمجموعة من الضمانات والتي من شأنها أن تحول دون استعمال هذا الإجراء في المنحى الخاطئ والمخالف للتنظيم المعمول به، إذ لا يمكن أن تُطلب التوضيحات من المرشحين الذين لا تطابق عروضهم دفتر الشروط وإنّما تُطلب ممن سبق تأهيلهم أوليا. كما جعل هذا الطلب يتم كتابة وعن طريق المصلحة المتعاقدة، ما من شأنه أن يضيف شفافية أكبر على عمل اللجنة وعلى إجراءات التعاقد بصفة عامة، لم يكتفِ المشرع بطلب التوضيحات بل وسّع من ذلك من خلال ترخيصه عقد اجتماعات موسّعة _ عند الضرورة _ لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين، يتم هذا الإجراء بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسّعة وعند الاقتضاء بحضور خبراء يتم تعيينهم خصيصا لهذا الغرض.

(15). احمداتو محمد " الضمانات البنكية المقدمة في الصفقات العمومية " ، مداخلة ضمن أشغال الملتقى الدولي حول الصفقات العمومية وتقويضات المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15_247 والتشريعات المقارنة المنعقد يومي 18 و 19 أكتوبر بجامعة محمد بوضياف، المسيلة ، 2016، ص ص 03-04.

(16) NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, 3^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 2012, p.501 .

(17) LAJOYE Christophe, *Droit des marchés publics*, 5^{ème} édition, Gualino, Paris, 2012, pp.248-250.

إجراء آخر كرس كضمانة هو إلزام اللجنة بتحرير محاضر لهذه الاجتماعات وتوقع من طرف جميع الأعضاء الحاضرين⁽¹⁸⁾، على أن تكون هذه التوضيحات والتفصيلات والمحاضر جزءاً لا يتجزأ من عرض المتعامل الصفقة، شرط ألا يؤدي طلب تقديم التفصيلات إلى تعديل العروض بصفة أساسية⁽¹⁹⁾.

نشير فقط إلى النقص الذي ميّز صياغة هذا النص على هذا الإجراء والذي تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 46، حيث نص على: "... بحضور لجنة تقييم العروض الموسعة..." الحقيقة أنه ليس لدينا لجنة عروض موسّعة وأخرى ضيقة أو ما شابه ذلك، إنّما لدينا لجنة لفتح وتقييم العروض وليس للتقييم فقط، وما الحكم الذي قدّمه المشرع "بالموسّعة" ما هو إلا تعبير على إمكانية أن يتم توسيع لجنة فتح وتقييم العروض لتشمل حضور خبراء ومختصين لهم الدراية الكافية بتعقيدات موضوع التعاقد.

إنّ طلب توضيح العروض التقنية الأولية من شأنه تسهيل عملية التقييم والترتيب الجيد للعروض التقنية الأولية، ما يمهد لإجراء آخر مضمونه إقصاء للعروض التقنية الأولية غير المقبولة التي لا تُلبي البرنامج أو المواصفات التقنية التي يتطلبها موضوع التعاقد، ويعتبر هذا الإجراء تالياً لمختلف التوضيحات والتفصيلات والمناقشات⁽²⁰⁾.

المطلب الثاني: تقديم العروض التقنية النهائية والمالية

بعد إقصاء العروض التقنية الأولية التي لا تستجيب للمواصفات والبرامج المنصوص عليها في دفتر الشروط، تأتي المرحلة الثانية والمتمثلة في دعوة العارضين الذين لم يتم إقصاء عروضهم التقنية الأولية لاستكمال عروضهم التقنية النهائية والعروض المالية.

الفرع الأول: تقديم العرض المالي والتقني منفصلين

تنص المادة 46 على: " لا يُدعى إلا المرشحون الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية، للقيام في مرحلة ثانية بتقديم عرض تقني نهائي وعرض مالي على أساس دفتر شروط معدّل عند الضرورة، ومؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة، على إثر تقديم التوضيحات المطلوبة أثناء المرحلة الأولى"

لما كان طلب العروض يتميز بنوع من الخصوصية فقد ألزم المشرع ضرورة الفصل بين العرضين التقني والعرض المالي، أي أنّ المتعهد ملزم بتقديم عرضين منفصلين، وهذا ما نصت عليه الفقرة 10 من المادة 46 على ذلك بصورة ضمنية مفادها عدم تضمين أية معلومات تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة العرض

(18) حميمي محمد الطاهر، إدارة المناقصات العمومية والخاصة: طرق مبتكرة للفوز بالمناقصات وخصوصاً المناقصات الصناعية، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 66.

(19) انظر الفقرة الثالثة من المادة 46، المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

(20) انظر الفقرة الرابعة من نص المادة 46، المرجع نفسه.

التقني، هذه الحالة لا يمكن أن نتصورها إلا إذا كان هناك عرضين منفصلين في ظرفين مختلفين لكي لا تسرب معلومات تخص المبلغ المقترح، حيث نص المادة على " يجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة العروض التقنية تحت طائلة رفض هذه العروض"
والجزء المترتب على الجمع بين العرضين هو رفض هذه العروض لمخالفته القواعد الإجرائية لتقديم العروض المالية والتقنية، والتي تعتبر قواعد تكرس شفافية الإجراءات التي نصت عليها المادة 5 من قانون الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: إمكانية الاستعانة بالخبراء والمختصين

عادة عند طلب التوضيحات والنقاشات وعند الضرورة يمكن الاستعانة بالخبراء لشرح العروض وتوضيحها، لكي تتمكن لجنة التقييم من الإحاطة بالعروض المقدم بصورة فعلية، تماشياً وخصوصية موضوع التعاقد الذي يتطلب تدخل أهل الاختصاص، في بعض الأحيان يتجه رأي الخبير إلى ضرورة تحويل و تحيين بعض الأمور في دفتر الشروط، حتى يتم ضبط العملية التعاقدية بالشكل المطلوب كونه المختص، هنا يستلزم الأمر على المصلحة المتعاقدة تحويل دفتر الشروط إلى لجنة الصفقات المختصة للتأشير عليه، بمعنى أن أي تعديل يطرأ على دفتر الشروط بعد القيام بالتوضيحات التي أُجريت في المرحلة الأولى، وبعد تقديم الخبراء والفنيين لرأيهم حول كيفية تنفيذ أو تقديم الأخير على اللجنة الصفقات المختصة للتأشير عليه تحت طائلة البطلان، وبالتالي كل من تضرر جراء هذا الإجراء يمكنه اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة من أجل طلب إبطال الإجراءات التالية له. يصنف هذا ضمن الضمانات التي حرص المشرع على تكريسها في المرحلة الثانية من إجراءات تقييم العروض في الاستشارة الانتقائية⁽²¹⁾.

يشترط المشرع عدم ذكر أية معلومات تتعلق بالعروض المالي عند فتح العروض التقنية، بمعنى أنه لا يمكن للمرشح تقديم معلومات تخص مبالغ عرضه المالي ويُحظر عليه تضمينها أو الكشف عنها في محتوى الملف التقني تحت طائلة الرفض لكلا العرضين المالي والتقني⁽²²⁾، تحقيقاً للفصل بين مختلف الملفات من جهة وشفافية الإجراءات من جهة ثانية.

تبدأ عملية التقييم للعروض التقنية النهائية ثم تليها العروض المالية⁽²³⁾، حيث يتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية⁽²⁴⁾، استناداً إلى ترجيح عدة معايير طبقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 72 من قانون الصفقات العمومية، أو كما جاء به نص المادة 27 من المرسوم رقم (15-15-

(21). انظر نص الفقرة السابعة من المادة 46 المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

(22) انظر نص الفقرة السابعة من المادة 46، المرجع نفسه.

(23) انظر الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 46، المرجع نفسه.

(24) انظر نص الفقرة الثالثة من المادة 70، المرجع نفسه.

247) بصيغة العموم ولم تفصل أو تدقق في إمكانية إدراج أهداف التنمية المستدامة على مستوى تعاقدات المصالح المتعاقدة (25).

بمعنى أنّ معيار السعر لا يُعدّ معياراً حاسماً في هذا النوع من التعاقدات (26)، بل يحتاج إلى معايير أخرى مكتملة يسميها الفقه الفرنسي بـ *Le choix des sous-critères* أي المعايير الفرعية التي تكمل المعايير الرئيسية (27)، مثل معيار نوع التقنيات المستعملة في الإنجاز ونوعية المواد وآجال التسليم ومدى احترام البيئة، ومدى تحقيقها لسلامة والأمن والتكنولوجيا المستعملة فيها (28) ومدى اعتمادها على المنتجات ذات الأصل الوطني (29)، وهذا تماثياً مع خصوصية طلب العروض المحدود التي لا يمكن لمعيار السعر أن يكون معياراً حاسماً في إرساء الصفقة (30)، واعتماد هذه المعايير يفرض على المصلحة المتعاقدة أن تدرجها في دفتر الشروط الخاص بطلب العروض (31)، تكريماً لشفافية الإجراءات التي نصت عليها المادة الخامسة من قانون الصفقات العمومية التي جعلت من مدى احترام هذه المبادئ كفيل بتحقيق نجاعة الطلب العمومي، مركزة على حرية الدخول إلى الطلبات العمومية والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، لذلك لزم وضع هذه المعايير في دفتر الشروط لأجل أن تكون معلومة مسبقاً من كل المعنيين بعملية التعاقد، سواء كانوا مرشحين أو مصلحة متعاقدة أو هيئات الرقابة التي تتأكد من سلامة الإجراءات (32).

(25) حمود صبرينة ، " إدراج المعايير البيئية في قانون الصفقات العمومية " ، مداخلة ضمن أشغال الملتقى الدولي حول الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 247_15 والتشريعات المقارنة المنعقد يومي 18 و 19 أكتوبر بجامعة محمد بوضياف ، المسيلة، 2016، ص 8.

(26) LICHERE François , *op cit*, p81.

(27) ROUX Michel, *Appels d'offres : Rédiger – répondre – Analyser*, EYROLLES édition, Quatrième tirage, Paris, 2015, pp. 121-124.

(28) MICHON Jérôme, *Les marchés publics en 100 questions : guide pratique à l'usage des acheteurs et des prestataires*, 4^{ème} édition, Le Moniteur, Paris, p.68.

(29) قرار مؤرخ في 28 مارس سنة 2011 ، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج ر عدد 24، صادر في 20 أفريل 2011.

(30) M. ALFONSI Jean, « La notion de marché public », *Revue du conseil d'Etat*, n°3, 2003, p.61.

(31) ذبيح عادل "دور دفاقر الشروط في حماية المبادئ الأساسية لنجاعة الصفقة العمومية"، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى العلمي الدولي حول الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة، المنعقد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 18-19 أكتوبر 2016، ص ص 10-11.

(32) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 61-62.

ولما كان لزاما عليها فإنّ هذه المعايير تصبح من البنود التعاقدية، ما يحتم على المصلحة المتعاقدة احترامها وإلاّ عدّت مخلة بالتزاماتها التعاقدية، ما يستوجب مساءلتها عن كل إخلال لها⁽³³⁾.
كل مخالفة للإجراءات المنصوص عليها أعلاه يعرض عملية الفتح والتقييم للبطلان عن طريق دعوى استعجالية على اعتبار أنّها مخالفات تمس قواعد الإبرام وهي مرحلة تسبق إبرام الصفقة العمومية⁽³⁴⁾، هذا طبقا لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁵⁾.

المبحث الثاني: الإجراءات الخاصة بفتح وتقييم العروض في المسابقة

قبل أن نتناول مختلف الإجراءات التي تنظم عملية فتح وتقييم العروض في المسابقة، لا بدّ أولاً من الإشارة إلى أنّ المسابقة يمكن أن تكون محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا⁽³⁶⁾، وتبعاً لشكل المسابقة تختلف الإجراءات المطبقة عليها فيما يخص الفتح والتقييم، رغم عدم إشارة المشرع إلى ذلك صراحة إلاّ أنّه يستخلص من خلال الصياغة التي وظّفها في تنظيم مختلف إجراءاتها.

المطلب الأول: القواعد تحكم على فتح الأظرفة في المسابقة مع اشتراط قدرات دنيا

تناول المشرع المسابقة المحدودة واضعاً لها إجراءات تميزها عن تلك المتبعة في طلب العروض ونظمها تنظيمياً مفصلاً، ما يؤكد أنّ قواعد طلب العروض في مجملها لا تتناسب طبيعته شكل المسابقة، الذي يكون التعاقد فيه مختلفاً من حيث نوع الخدمات والأعمال المطلوب تحقيقها، أما بخصوص المسابقة المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا لم يقدم أي تفصيلات تنظمها، بمعنى أنّ ما يسري من قواعد وأحكام على طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا يسري على هذا الشكل البسيط للمسابقة باعتباره القاعدة العامة للتعاقد، وتطبيق إجراءات طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا على المسابقة المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا منطقي، لانتفاء السبب الذي يجعل من اللجوء إلى الإجراءات المعقّدة الأخرى وللتوافق في نوعية التعاقد وبالتالي إخضاعه لنفس القواعد الإجرائية.

⁽³³⁾ عليوات ياقوتة، تطبيقات نظرية العقد الإداري على الصفقة العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009 ص ص 176-177.

⁽³⁴⁾ انظر: بروك حليمة، " دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مجلة المفكر، العدد الحادي عشر، جامعة بسكرة، ص 297.

⁽³⁵⁾ انظر القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 2008.

⁽³⁶⁾ انظر نص الفقرة الأولى من المادة 48 المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

تكون المسابقة وفقا للشكلين الذين نصت عليهما المادة 48، إلا أنه لم يبيّن متى تتبع المصلحة المتعاقدة أسلوب المسابقة المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا ومتى لا يمكنها ذلك، غير أنه قيدها في حالة كون موضوع التعاقد يتعلق بمسابقة الإشراف على الإنجاز لزاما عليها إتباع شكل المسابقة المحدودة وجوبا⁽³⁷⁾، بمعنى في غير هذه الحالات تنظر المصلحة المتعاقدة في موضوع العقد هل يحتمل شكل المسابقة المحدودة أم مجرد مسابقة مع اشتراط قدرات أدنى فقط.

إذن تتميز المسابقة المحدودة باعتبارها شكل من أشكال طلب العروض بإجراءات خاصة تميزها عن الأشكال الأخرى، الاختلاف الأول يتمثل في عدد الأظرفة المكونة للعرض في موضوع المسابقة، فإذا كانت الأشكال الأخرى لطلب العروض تتكون من ملف مالي وآخر تقني، فإن العرض في المسابقة يتشكل من ثلاث ملفات هي الملف التقني وعرض الخدمات وأخيرا العرض المالي، حيث نظم المشرع كيفية فتح الملفات بصورة تختلف عن فتح الملفات في طلب العروض ما يجعل من طريقة تقييمها تختلف عن تلك المتبعة في طلب العروض.

المطلب الثاني: سير عملية فتح الأظرفة للمسابقة المحدودة

نُظمت إجراءات طلب العروض من خلال نص الفقرة الرابعة من المادة 70 والتي ورد فيها: " ... وفي حالة إجراء المسابقة، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعرض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاث(3) مراحل...". من خلال نص المادة 70 أعلاه يتضح أنّ إجراءات المسابقة تمر عبر ثلاث مراحل هي:

أولاً: تقديم أظرفة ملفات الترشيحات

يرسل ملف الترشيح للمصلحة المتعاقدة أولاً، حيث يُدعى المرشحون إلى تقديم ملفات الترشيح فقط دون الملفات الأخرى تطبيقاً لنص المادة 70 التي تنص فقرتها الثانية على " في حالة الإجراءات المحدودة، تفتح ملفات الترشيحات بصفة منفصلة..". تطبيقاً للإحالة التي جاء بها نص الفقرة الخامسة من المادة 48 من نفس القانون، حيث تنص على " في إطار مسابقة محدودة، يدعى المرشحون في مرحلة أولى إلى تقديم أظرفة ملفات الترشيحات فقط ..."، ومادامت إجراءات المسابقة محدودة لا يمكن أن تفتح ملفات الترشيح بمعنية الملفات الأخرى، حيث يتم فتح هذه الأظرفة وتقييمها تحت مسمى " الانتقاء الأولي " على شاكلة ما هو عليه الأمر بالنسبة لطلب العروض المحدود، حيث يتم ترتيب ملفات الترشيح و إعدادها لإجراء الانتقاء الأولي الذي من خلاله يتم اختيار العروض التي تتأهل للمرحلة الثانية.

(37) انظر الفقرة الثانية من المادة 48 ، المرجع نفسه.

ثانياً: تقديم أظرفة العرض التقني النهائي و المالي وعرض الخدمات

لا يمكن أن يدعى إلى هذه المرحلة إلا المرشحون الذين جرى انتقاؤهم أولاً من أجل تقديم عرضهم التقني النهائي والعرض المالي وعرض الخدمات⁽³⁸⁾، تحدد المصلحة المتعاقدة عدد المرشحين الذين سيتم دعوتهم لتقديم تعهدٍ بعد الانتقاء الأولي _ في دفتر الشروط، على ألا يتجاوز العدد الأقصى لهم الخمسة من المرشحين⁽³⁹⁾.

عند تقديم العروض التقنية النهائية والمالية وعرض الخدمات لأجل التقييم، يقدم عرض الخدمات للتقييم بداية فقط من قبل لجنة التحكيم المختصة المنشأة، والتي تنظر فيه دون العرض المالي والتقني اللذان يبقيان مغفليين لدى لجنة الفتح والتقييم الخاصة بالمصلحة المتعاقدة

ثالثاً: تقييم عروض الخدمات في المسابقة

تقيم الخدمات في المسابقة المحدودة من خلال لجنة تنشأ لهذا الغرض، مع إمكانية حصولها على مختلف التوضيحات التي تحتاجها في عملية التقييم بالشكل الآتي:

1- استحداث لجنة للتحكيم

تقيم خدمات المسابقة من طرف لجنة تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني، لا تربطهم علاقة بالمرشحين، والتي تشكل بناء على مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني حسب الهيئة التي تتبعها هذه الصنفقة، ولما كانت اللجنة تتكون من أعضاء مختصين ويتلقون تعويضات جراء الأعمال التي يقومون بها، لا شك أنّ هذا العنصر يدعم نزاهة الإجراءات والعمل الذي تقوم به هذه الأخيرة، يضاف إلى ذلك سهر المصلحة المتعاقدة على إغفال الأظرفة التقنية والمالية قبل إرسالها إلى رئيس لجنة التحكيم التي تُنشأ خصيصاً لهذا الغرض⁽⁴⁰⁾.

تقوم لجنة التحكيم بتقييم خدمات المسابقة في جو من السرية التي تحيط بالأظرفة، والتي يجب أن تبقى مغلقة إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم، ما يخدم عملية الفتح والتقييم الموضوعي بعيداً عن التحيز الذي يمكن أن يمارس .

(38) انظر نص الفقرة الخامسة من المادة 48، المرسوم الرئاسي 15_247، المرجع السابق.

(39) انظر نص الفقرة السادسة من المادة 48، المرجع نفسه.

(40) حسب نصت الفقرة العاشرة من المادة 48 من المرسوم الرئاسي 15-247 على : تعيين لجنة التحكيم بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني .

لم يبين المشرع العديد من النقاط التي لها علاقة مباشرة بعملية الفتح لعل أهمها يتمثل في كيفية فتح هذه الأظرفة؟ ومن هي الجهة التي تقوم بإغفالها؟ ما هي مختلف الضمانات المكرسة لشفافية العملية؟ ومدّة عملية إجراء الإغفال؟، والكثير من الجزئيات التي تحيط بهذه العملية . التي يمكن أن تؤثر على نجاعة هذه الإجراءات بشكل عام.

في مقابل تلك النقاط المبهمة والتي لم تضبطها النصوص، ركز المشرع على أنّ فتح أظرفة الخدمات لا يكون في جلسة علنية وهذا ما نصت عليه المادة 70 في ختام فقرتها الرابعة حيث نصت على: ". ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية..". إنّ الغاية من سرية عملية الفتح هو إبقاء هوية العروض مجهولة ومغلفة، كي لا يمكن لأي جهة كانت أو طرفٍ ما العلم بأصحابها ولا تُسرّب هويّات المتنافسين للجنة التحكيم، يجعل هذا من عملية تقييم الخدمات تتم بشكل موضوعي بما لا يصب في مصلحة أي عارض من العارضين المتنافسين وبالتالي خلق جو من الشفافية والنزاهة في معاملة مختلف العروض.

2- إمكانية طلب التوضيحات

في حال وجود حاجة لتوضيح بعض الجوانب الغامضة في ملف الخدمات، يمكن أن يرسل رئيس اللجنة إلى المصلحة المتعاقدة محضرا بذلك مرفقا برأي معلن يبرز فيه ضرورة توضيح تلك الجوانب، وهو تقريبا نفس الإجراء المطبق على طلب العروض المحدود، هنا تقوم المصلحة المتعاقدة بإخطار الفائز أو الفائزين المعنيين كتابيا من أجل تقديم التوضيحات اللازمة التي تحتاجها لجنة التحكيم على أن تكون الأجوبة كذلك بنفس الشكل الكتابي وتعتبر جزءاً لا يتجزأ من عروضهم⁽⁴¹⁾.

يتولى رئيس لجنة التحكيم بمجرد أن تُنهي اللجنة مهمة تقييم خدمات المسابقة إرسال محضر يتضمن نتيجة تقييم الخدمات إلى المصلحة المتعاقدة.

لتوضيح كيفية فتح الأظرفة المالية بعد وصول نتيجة تقييم الخدمات إلى المصلحة المتعاقدة طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 48⁽⁴²⁾، التي أحالنا إليها نص الفقرة الخامسة من المادة 70 حيث جاء فيه: " ولا يتم فتح أظرفة العروض المالية للمساابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة التحكيم كما هو منصوص عليه في المادة 48 من هذا المرسوم..". على أساس أنّها تبين إجراءات الفتح الخاصة الأظرفة المالية، لكن بالعودة إلى هذه المادة نجد أنها لا تقدّم تفصيلا للعملية، بل تتناول الأحكام التي يمكن أن تطبق على المسابقة التي يشترط فيها قدرات دنيا فقط .

(41) انظر نص الفقرة 11 و12 من المادة 48، المرجع نفسه.

(42) انظر نص الفقرة الخامسة من المادة 70، المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

يعاب على المشرع أنه أحالنا لنص يتناول كيفية الفتح وليس التقييم، كون الفتح عملية بسيطة وسهلة تقوم بها لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض مباشرة دون طرح إشكالات فعلية، إنما الإشكال الحقيقي هنا يُطرح حول كيفية تقييم العروض المالية مادام الموضوع موضوع تقييم العرض المالي. وأمام سكوت النص ما علينا إلى تطبيق الإجراءات الخاصة بطلب العروض المفتوح _ كون المسابقة هي شكل من أشكاله _ من أجل تحديد المعايير التي نتبعها لترتيب العروض المالية، والتي غالباً ما تكون مرتكزة على معيار المدة الخاصة بالإنجاز وجمالية الموضوع و مختلف المعايير التقنية المطلوبة (43).

كذلك هناك خلل في صياغة الفقرة الخامسة حيث جاءت صياغتها " إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات" بينما كان المشرع يقصد عبارة بعد "وصول نتيجة تقييم الخدمات" وليس كما أورده معناه سقوط لفظ "وصول" من نص المادة.

ما ننهي به موضوع الفتح والتقييم أنه في حالة عدم جدوى المسابقة، يتم إعلان ذلك حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من تنظيم الصفقات العمومية، ويمكن في هذه الحالة أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة (44).

خاتمة

ما نختم به موضوع "إجراءات فتح وتقييم كل من طلب العروض المحدود والمسابقة" هو وجود اختلاف جوهري يميز إجراءاته عن باقي أشكال طلب العروض الأخرى، حتى وإن اشتركا معها في بعض الجزئيات البسيطة إلا أنّ ذلك لا يؤثر على خصوصية التعاقد وفق هذين الشكلين، يجلى هذا الاختلاف من خلال ما أقره المشرع من إجراءات خاصة لا تخضع لها باقي أشكال طلب العروض سواء طلب العروض المفتوح أو ذلك الذي تُشترط فيه قدرات دنيا، حيث يختلفان من حيث عدد الأطراف المقدمة في العرض ومن خلال توقيت فتحها وترتيب ذلك، كذلك الاختلاف في وجود ما يُعرف بإجراءات الإغفال التي تطبق على العرض المالي في المسابقة، ومن إنشاء اللجنة التحكيم التي تتولى تقييم الخدمات، كذا إمكانية الاستعارة بخبراء فيما يخص طلب العروض المحدود وتشكيل ما يُعرف باللجنة الموسّعة لتقييم العروض، كل هذه الأمور لا يمكن أن نجد لها في الأشكال الأخرى .

أحاط المشرع هذه الإجراءات الخاصة بكم لا بأس به من الضمانات، خاصة عندما جعل تقييم الخدمات يتم من طرف لجنة مختصة هي لجنة التحكيم التي تُنشأ خصيصاً لهذا الغرض، كذلك عملية إغفال عروض الخدمات إلى غاية تحرير المحضر النهائي كذلك تنظيمه لكيفية إجراء التواصل بين لجنة التحكيم والمرشحين،

(43) M. ALFONSI Jean, op cit, p 61.

(44) انظر نص الفقرة السابعة من المادة 48، المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

والذي يجب أن يكون بالكتابة والرد بنفس الطريقة أيضا وبواسطة المصلحة المتعاقدة، ونفس الشيء يقال بالنسبة
لكيفية التواصل بين لجنة التقييم الموسّعة في طلب العروض المحدود وأصحاب العروض
كذلك وقرّ المشرع ضمانات أخرى لتأمين العروض المالية وذلك بالنص على وضعها في مكان مؤمن وتحت
مسؤولية المصلحة المتعاقدة إلى غاية فتحها، كلها ضمانات تركز لشفافية الإجراءات ونزاهة إجراء التقييم
وبالتالي العملية التعاقدية ككل. ما يجعلنا نقول ورغم بعض الهفوات التي لا تؤثر في التنظيم الجيد لعمليتي الفتح
والتقييم وفق المشرع الجزائري إلى حد بعيد في تنظيم هذه الإجراءات الخاصة بما يساهم في أخلة عملية الفتح
والتقييم.

تأثير دولة المقر على أداء المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية

لوكال مريم⁽¹⁾

جامعة بومرداس

الملخص:

تختار المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية دولة تنشئ على أراضيها مقرها الأساسي تسمى بدولة المقر، ترتبط بها بموجب اتفاق المقر الذي يعتبر معاهدة دولية، تُبين حقوق وواجبات الطرفين تجاه الآخر، و تنظم نشاط المنظمة على أراضي الدولة و شخصيتها القانونية، كما تفصل في حصانات و امتيازات كل من مقر المنظمة الدولية و الموظفين و التابعين لها و الممثلين الوافدين إليها، كما تُبين طرق حل النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما، و التي عادة لا تخرج عن التفاوض أو اللجوء إلى التحكيم و القضاء الدوليين. تجدر الإشارة إلى أنه كما يمكن أن تدعم الدولة المضيفة المنظمة الدولية، فإنها يمكن أن تعرقل نشاطها إذا ما تعارضت مصالحهما، و قد عرفت الممارسة الدولية الكثير من النزاعات من هذا النوع، والتي حلت بالتفاوض من ذلك قضية السفير الإيراني في الأمم المتحدة، و منها ما حلت باللجوء إلى محكمة العدل الدولية كآخر وسيلة للحل الودي، كما هو الحال بالنسبة لقضية اتفاق المقر بين منظمة الصحة العالمية و مصر لسنة 1980 وقضية مكاتب منظمة التحرير الفلسطينية في نيويورك 1988. من جهتها الجزائر تحركت نحو البحث عن موقع في العلاقات الدولية، من خلال إبرام اتفاقات مقرر أصلية و فرعية، مؤمنة للمنظمات المعنية امتيازات و حصانات تسمح لها بأداء مهامها على أكمل وجه.

الكلمات المفتاحية:

اتفاق المقر، دولة المقر، المنظمات الدولية، أزمات، منظمات حكومية، منظمات غير حكومية.

تاريخ إرسال المقال: 2017/07/08، تاريخ قبول المقال: 2018/02/28، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: لوكال مريم، "تأثير دولة المقر على أداء المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 412-436.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر.

المؤلف المراسل: loukalmeriem@yahoo.fr

The Headquarter State Impact on the Performance of the International Organizations Governmental and Non-Governmental Summary:

International governmental and non-governmental organizations choose a State to establish in their territory their seats called the State of Headquarters, bound by a Headquarters Agreement, which is an international treaty, which sets out the rights and duties of the parties, and regulates the the activity of the organization on the territory of the State and its personality and legal status as well as the immunities and privileges of the headquarters of the international organization and its personnel. The resulting treaty also provides for the resolution of disputes that may arise between the parties: negotiations or arbitration and recourse to international justice.

The State of Headquarters can support the international organization, as it may pose obstacles to it if their interests conflict, international practice has experienced many conflicts of this kind, which have been settled through negotiations (example, case the Iranian Ambassador to the United Nations). For its part, Algeria seeks a place in the map of international relations through the conclusion of agreements of headquarters and sub-headquarters, granting these organizations privileges and immunities that optimize their activities.

Keywords:

The Headquarters country, conflict, governmental organizations, non-governmental organizations.

L'influence du pays de siège sur la performance des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales

Résumé:

Les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementale choisissent un État pour établir sur son territoire leurs sièges appelé l'État du siège, liés par un Accord de siège, qui est un traité international, qui énonce les droits et les devoirs des parties, et régularise l'activité de l'organisation sur le territoire de l'État et sa personnalité et juridique ainsi que les immunités et les privilèges du quartier général de l'organisation internationale et de son personnel. Le traité suscité prévoit également les modes de résolutions des conflits qui peuvent survenir entre les parties : négociations ou l'arbitrage et le recours à la justice internationale.

L'État du siège peut appuyer l'organisation internationale, comme il peut lui poser des obstacles si leurs intérêts s'opposent, la pratique internationale a connu de nombreux conflits de ce genre, qui ont été réglés par voie de négociations (exemple, affaire de l'ambassadeur Iranien auprès des Nations-Unies). Pour sa part, l'Algérie cherche une place dans la carte des relations internationales par la conclusion d'accords de sièges principaux et de sous-siège, en accordant à ces organisations des privilèges et des immunités qui permettent d'optimiser leurs activités.

Mots clés:

Accord de Siège, État du siège, organisations internationales, conflit, organisations gouvernementales, organisations non gouvernementales.

مقدمة

تزاحم المنظمات الدولية الدول كأشخاص للقانون الدولي، و يزداد عددها بين منظمات حكومية و غير حكومية يوما بعد يوم، بعد ثبوت فعاليتها في حل الأزمات الدولية، و تنظيم و تنسيق جهود الدول في كل المجالات الاقتصادية منها و الأمنية و خاصة التقنية.

رغم أنّ نشاط أغلب المنظمات الدولية ذو طابع عالمي أو على الأقل إقليمي، بحيث يكون لها في كل دولة مكتب أو تمثيلية، إلا أنّها ترتبط على وجه الخصوص بدولة واحدة تسمى دولة المقر، و هذا من خلال إتفاقية المقر.

تعتبر إتفاقيات المقر المبرمة بين المنظمات الدولية بأنواعها و الدول المضيفة التي تستقبل على أراضيها مكاتب المنظمة الدولية أو مقارها مكملة للإتفاقيات الدولية، و هي أكثر تحديدا في تعدادها للامتيازات و الحصانات الدولية، كما ترسم أبعادها و كيفية التمتع بها و حدود ذلك⁽¹⁾.

كما يعود إبرام أول إتفاق مقر إلى الرابع من أكتوبر من سنة 1875، عُقد بين المكتب الدولي للمقاييس و الموازين و الجمهورية الفرنسية، كما عقدت عصبة الأمم في سنتي 1921 و 1926 إتفاقيتين دوليتين تتعلقان بمقرها في سويسرا بصفة مؤقتة *Modus Vivendi*⁽²⁾.

أما اليوم فتسارع المنظمات الدولية للحصول على دولة مقر تؤمن لها الحصانات و الامتيازات الكفيلة بمساندتها لتحقيق أهدافها، إلا أنّ هذه الدولة يمكن أن تكون السبب في إعاقه تقدم المنظمة أو الحد من فعاليتها، في حال نشوء خلافات ناتجة من تعارض المصالح بين الطرفين، و في حالات أخرى تصبو دولة المقر للسيطرة على المنظمة و جعلها أداة لتحقيق سياساتها.

مما تقدم يظهر أنّه من الملائم طرح الإشكالية التالية: كيف تؤثر العلاقة بين المنظمة الدولية و دولة المقر المبنية على إتفاق المقر على أداء المنظمات الدولية الحكومية و غير الحكومية؟.

منه ستتم دراسة الموضوع من خلال ثلاثة مطالب: يُخصص الأول لدراسة مفهوم إتفاقيات المقر المبرمة مع المنظمات الدولية الحكومية و غير الحكومية مع التركيز على منظمة الأمم المتحدة و اللجنة الدولية للصليب الأحمر كنموذجين، في حين يدرس المطلب الثاني دور دولة المقر في تسهيل أداء المنظمة أو عرقلة مردوديتها، و أخيرا يبحث الثالث سياسة الجزائر تجاه المنظمات الدولية كدولة مقر أصلية و فرعية.

(1) د. الشكري علي يوسف، المنظمات الدولية و الإقليمية و المتخصصة، دار إيتراك للطباعة و النشر و التوزيع، مصر، 2003، ص 59.

(2) أزمران بهجة، إتفاقيات المقر المبرمة بين الدولة الجزائرية و المنظمات الدولية، مذكرة ماجستير فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2010-2011، ص 01.

المطلب الأول: دراسة مفهوم إتفاقيات المقر المبرمة مع المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية- الأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر أنموذجا-

لا يمكن فهم العلاقة بين المنظمة الدولية و دولة المقر إلا من خلال فهم اتفاق المقر و بيان مضمونه، لذا فإنه سيتم التعرض إلى مفهوم اتفاقات المقر في القانون الدولي العام، و من ثم دراسة مثالين عن هذا النوع من الاتفاقيات، يتعلق الأول باتفاق مقر منظمة الأمم المتحدة كمنظمة دولية حكومية، و الثاني الاتفاق الخاص باللجنة الدولية للصليب الأحمر كمنظمة دولية غير حكومية.

الفرع الأول: مفهوم إتفاقيات المقر التي تبرم بين المنظمات الدولية و الدول المضيفة

إتفاق المقر هو بمثابة الأداة القانونية للمنظمة للعلاقة التعاقدية القائمة بين المنظمة الدولية و دولة المقر، يكون الغرض منها تسوية الوضع القانوني للمنظمة و أشخاصها على إقليم تلك الدولة، و تحديد المزايا و الحصانات المقررة لهم، التي تخرجهم من دائرة اختصاص القوانين المحلية للدولة المتعاقد معه.

أ- تعريف اتفاق المقر

يعتبر تعريف اتفاق المقر قارا في القانون الدولي فهو حسب فيليب كاييه *CAHIER Philippe* « Accords conclus entre une organisation internationale et un État dans le but d'établir cette organisation dans l'État où elle est son siège et de délimiter les privilèges et les immunités qui lui sont accordés aussi qu'a ses fonctionnaires»⁽³⁾.

أما الدكتور محمد المجذوب فيعرفه بأنه: "الاتفاق المبرم بين المنظمة الدولية، و الدولة التي يقع فيها مقر المنظمة، و هو يهتم بتحديد العلاقة بين المنظمة الدولية و السلطات المحلية"⁽⁴⁾.

منه يمكن القول أنّ اتفاق المقر هو معاهدة ثنائية الأطراف تُبرم بين المنظمات على اختلافها (عالمية و إقليمية، حكومية و غير حكومية) و سلطات الدولة المضيفة للمقرات الرئيسية و الفرعية للمنظمة، تضم تحديدا للعلاقة بين الطرفين من خلال بيان واجباتهما و التزاماتهما المالية و القانونية، كما تُبيّن امتيازات و حصانات المنظمة و مقرها و موظفيها، و طرق حل النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما حول تطبيق الاتفاق أو تفسيره. يمكن نقل مقر المنظمة من دولة إلى أخرى إذا ما اقتضت الحاجة للاتفاق ليس مؤبدا⁽⁵⁾، كما يمكن تعديله خاصة أنّ اتفاقات مقر بعض المنظمات قديمة جدا، تطورت بعدها المنظمة و اختلفت احتياجاتها⁽⁶⁾.

⁽³⁾ أزمران بهجة، المرجع السابق، ص 02 في الهامش.

⁽⁴⁾ د. المجذوب محمد، التنظيم الدولي النظرية العامة و المنظمات الدولية و الإقليمية، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 130.

⁽⁵⁾ استقرت اللجنة الدولية للشرطة الجنائية بعد إنشائها بإمارة موناكو سنة 1923، ثم انتقلت إلى فيينا عاصمة النمسا، و باجتياعها من قبل ألمانيا نقل المقر إلى برلين سنة 1942، بعد الحرب العالمية الثانية أعيد بعث اللجنة كمنظمة دولية للشرطة الجنائية-

ب- أنواع اتفاقات المقر

باستقراء الممارسة الدولية للمنظمات الحكومية و غير الحكومية يمكن ملاحظة أنواع ثلاث من اتفاقات المقر كالتالي:

1- اتفاق المقر الرئيسي

الهدف منه تنظيم الوضعية القانونية للمنظمة الدولية على إقليم الدولة الذي تتواجد به المقرات الرئيسية للمنظمة (أي الأمانة العامة و الأجهزة الرئيسية الأخرى كالمجلس و الجمعية العامة)، و تزاوُل فيه نشاطاتها الرئيسية، و من أمثلة ذلك اتفاق المقر المبرم بين منظمة الأمم المتحدة و الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1947، كما تعدّ سويسرا من أكثر الدول التي عقدت اتفاقات مقر رئيسي⁽⁷⁾.

2- اتفاق المقر الفرعي

هو الاتفاق المتعلق بإنشاء مكتب للمنظمة على إقليم الدولة، بحيث تقوم المنظمة الدولية بفتح فروع لها و مكاتب خارج إقليم دولة المقر الرئيسي، بغرض ضمان تمثيلها في كل الدول الأعضاء فيها، و كذا تنفيذ برامجها محليا.

الأنتربول، و تم تحويل مقرها إلى سان كلود فرنسا سنة 1946، و منه إلى ليون سنة 1989 بعد أن انفجرت قنبلة أمام المقر القديم. لوكال مريم، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية و دورها في قمع الجريمة العالمية، مذكرة ماجستير تخصص القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2009، ص ص 7-9.

⁽⁶⁾ أبرمت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الأنتربول اتفاق المقر مع الحكومة الفرنسية سنة 1989، و تمت مراجعته سنة 2008، و الذي يمكن اعتباره اتفاق مقر جديد نظرا للتعديلات الجوهرية التي طالته.

Grosse Laurent, L'accord de siège de 2008 entre la France et INTERPOL, In Annuaire français de droit international, volume 54, 2008, p. 617.

⁽⁷⁾ تعد سويسرا من أكثر الدول التي تستقطب المنظمات الدولية كدولة مقر رئيسي نظرا لحياها الدائم، و هو ما يحد من تأثيرها السلبي على نشاط المنظمات، فإلى غاية 28 فيفري 2017 ضمت سويسرا 40 منظمة و أمانة عامة أهمها: UNESCO، منظمة العمل الدولية، منظمة التجارة العالمية، منظمة الصحة العالمية، الاتحاد الدولي للاتصالات، المنظمة الدولية للمعايير، كما أنّها تعتمد في جزء كبير من إيراداتها على انعقاد المؤتمرات الدولية.

Mission permanente de la Suisse auprès de l'Office des Nations Unies et des autres organisations internationales à Genève, Les 40 organisations et secrétariats en Suisse, confédération suisse, 28 février 2017. Disponible sur le site: https://www.eda.admin.ch/content/dam/mission-onu-omc.../Tableau-des-OI_FR.pdf

3- اتفاق المقر المؤقت

يعقد مع دول لا تتواجد بها مقرات أو مكاتب دائمة للمنظمة الدولية، و إنما تكون إقامة هذه الأخيرة بها إقامة مؤقتة، كعقد جلسة خاصة بإحدى أجهزتها الرئيسية أو الفرعية، أو عقد مؤتمر دولي تدعو إليه على أقاليم تلك الدول، و غالبا ما يأتي هذا النوع من اتفاقيات المقر في شكل تبادل للرسائل بين المنظمة و الدولة المضيفة، و من أمثلة ذلك نذكر تبادل الرسائل بين منظمة الأمم المتحدة و فرنسا، الخاص بعقد الدورة السادسة للجمعية العامة بباريس في 17 أوت 1951، و قد حددت فيه كافة التسهيلات و الحصانات المقررة من طرف فرنسا لهذه المنظمة و للمشاركين. ما يُميّز هذا النوع من اتفاقات المقر هو انتهاء أثره القانوني بانقضاء الفترة الزمنية لانعقاد الجلسة أو المؤتمر⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: دراسة إتفاق مقر منظمة الأمم المتحدة و الولايات المتحدة الأمريكية

من أهم المنظمات الدولية العاملة اليوم نجد منظمة الأمم المتحدة و التي تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية (نيويورك) دولة المقر بالنسبة لها، فقد تم التوقيع على اتفاق المقر في 26 جوان 1947 من قبل الأمين العام للمنظمة مع وزيرة خارجية الولايات المتحدة الأمريكية، عملا بالقرار رقم (1)99 الصادر من الجمعية العامة في 14 ديسمبر 1946 المتعلق بإنشاء مقر الأمم المتحدة في مدينة نيويورك، و أقرته الجمعية العامة في 31 أكتوبر 1947⁽⁹⁾.

في هذا الاتفاق تم بيان التزامات الطرفين المتعاقدين بـغية تلافى أي تعقيدات بينهما مستقبلا، و هذا من خلال 28 مادة و ملحقين: إذ رُسمت حدود منطقة المقر، و حددت الحريات التي تتمتع بها المنظمة على الأراضي الأمريكية كالقيام بترتيبات مباشرة البناء، إرسال و استقبال مرافق البث الإذاعي، إنشاء مطار، كما أن أي امتياز ترغب فيه المنظمة مستقبلا يجب أن يكون من خلال اتفاق تكميلي.

إتفاق المقر يجعل من منطقة المقر تحت السلطة الكاملة للمنظمة و لا يحق لدولة المقر انتهاك حرمة، في المفهوم ذاته للسفارة أو القنصلية، فمع بقاءه جزءا لا يتجزأ من إقليم الدولة، فلا يمكن للبلد الأجنبي أن يمتلك أراضي على إقليم دولة ذات سيادة، إلا أنه يكون على الدولة المضيفة أن تُمكن السفارة من موقع مناسب، يعد وفقا للقانون الدولي امتدادا للدولة صاحبة السفارة، و هذا ما ينطبق تماما على المقرات التابعة للمنظمات الدولية، إذ يعتبر مقر المنظمة ملكا للمنظمة لا تستطيع السلطات في الدولة انتزاعه أو تطبيق قانونها عليه، كما لا يحق لأي سلطات أمريكية إدارية أو قضائية أو عسكرية أو شرطية أن تدخل المنطقة إلا بموافقة من قبل الأمين العام

(8) أزمران بهجة، المرجع السابق، ص 03.

(9) Agreement between the United Nations and the United States regarding the headquarters of the United Nations, signed June 26, 1947, and approved by the general assembly October 31, 1947. available on: avalon.law.yale.edu/20th_century/decad036.asp

للمنظمة، و على السلطات الأمريكية تعيين عدد كاف من الشرطة لإزالة أي متظاهرين أو تهديد أو إزعاج متاخم لمقر المنظمة، و حماية المقر و تعويض المنظمة عن أية أضرار محتملة(الفصل 16)، و لا يمكن إزالة المقر إلا إذا قررت ذلك منظمة الأمم المتحدة(الفصل 23).

كما يكون على الأمين العام للمنظمة اتخاذ الإجراءات القانونية لتجنب أن يصبح المقر ملاذا للأشخاص المطلوبين في أمريكا أو غيرها(الفصل التاسع)، كما يكون على المنظمة أن تطرد من مقرها أي شخص ينتهك قوانين أمريكا(الفصل العاشر)، كما اتفق على أنه لا يمكن أن يمارس أي تمييز عنصري أو ديني داخل المقر(الفصل 19) و هو ما يعتبر تحديدا لحرية إدارة مقر المنظمة.

من جهة أخرى فإنه يكون على الولايات المتحدة الأمريكية ألا تفرض أي معوقات تخص نقل الأشخاص من و إلى منطقة المقر، على غرار مُثلي الدول الأعضاء في المنظمة و الوكالات المتخصصة أو أعضاء أسرهم، و الخبراء التابعين لهم، بالإضافة للإعلاميين المعتمدين لدى المنظمة بعد التشاور مع الولايات المتحدة، بالإضافة إلى ممثلي المنظمات غير الحكومية، كما يكون على السلطات الأمريكية تأمين الحماية لهم(الفصل 11) و هذا بغض النظر عن العلاقات بين حكومتي الولايات المتحدة و الأشخاص المعنيين(الفصل 12).

كنتيجة حتمية لما سبق، فإنه لا يجوز أن تطبق القوانين و الأنظمة الأمريكية المتعلقة بدخول الأجانب و إقامتهم فيما يخص الأشخاص أعلاه، لذا فإنه تُمنح التأشيرات لهم بدون مقابل و بأسرع وقت ممكن، إلا أنه يمكن تدخل السلطات الأمريكية في حال الاستعمال غير القانوني لهذه الامتيازات، و خاصة في حالات الحجر الصحي(الفصل 13).

أما فيما يخص الممثلين أو الموظفين الدائمين المقيمين داخل المقر أو خارجه، فإنه يجب لدى تعيينه التشاور بين الأمين العام للمنظمة و حكومة الولايات المتحدة و حكومة الدولة العضو المعنية(الفصل 15).
إلا أن أهم ما جاء في هذا الاتفاق هو أنه وضع الحلول القانونية لحالة النزاع القانوني بين الطرفين و هذا من خلال كل مواد الاتفاق، بهدف وضع الأسس القانونية التي من شأنها حل أي خلاف مستقبلي بينهما، و قد تم التركيز على نقطتين أساسيتين يمكن أن يثور الإشكال بخصوصهما:

أولاً- فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق بخصوص المسائل التي تتصل من قريب أو بعيد بالمنظمة، هل هي الاتفاقية المنشئة للمنظمة الدولية و لوائحها الداخلية أو القانون الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية، و ما هي حدود هذا الفصل؟

جاء في القسم السابع من الاتفاق أن المحاكم الأمريكية لا يكون لها اختصاص على الأعمال و المعاملات المنجزة في منطقة المقر، و في حال انعقاد الاختصاص عليها أن تأخذ بعين الاعتبار اللوائح التي سنتها المنظمة.

كما يكون على الطرفين مواءمة قوانينهما، أما في حال نشوء النزاع فقد جاء في الفصل الثامن فإنه تتم تسويته على وجه السرعة و إلى ذلك يبقى القانون الداخلي للمنظمة ساريا.

ثانيا- الخلاف حول تطبيق اتفاقية المقر أو اتفاقيات المُكملة و يتم حله:

- وديا، من خلال فتح قنوات الحوار و التفاوض بين الأمين العام و ممثل تُعيّنه وزارة خارجية الولايات الأمريكية أو أي طريق آخر متفق عليه(الفصل 20).

- يُحال النزاع لمحكمة تحكيم مُكوّنة من ثلاثة محكمين لاتخاذ قرار نهائي، الأول يُسميه الأمين العام، الثاني يُسميه وزير خارجية الولايات المتحدة، هاذان الأخيران يُسميان المحكم الثالث و يكون رئيس محكمة التحكيم، إذا فشلوا في الاتفاق على المُحكّم الثالث يعيّن من قبل رئيس محكمة العدل الدولية.

- يجوز للأمين العام أو الولايات المتحدة أن تطلب من الجمعية العامة، أن تطلب من محكمة العدل الدولية رأيا استشاريا حول أي مسألة قانونية تنشأ حتى في وجود محكمة التحكيم، و إلى حين *An Interim* تلقي رأي المحكمة الدولية، يجب على الطرفين مراعاة القرار المؤقت الصادر من محكمة التحكيم. أما بعد صدور رأي محكمة العدل الدولية، فإنه يكون على محكمة التحكيم أن تصدر حكما تحكيميا نهائيا، يُراعي الرأي الإفتائي للمحكمة الدولية(الفصل 21).

يجب تفسير اتفاق المقر في ضوء هدفه الرئيسي المُتمثل في تمكين الأمم المتحدة في مقرها في الولايات المتحدة، بشكل كامل و فعال على الاضطلاع بمسؤولياتها و تحقيق مقاصدها(الفصل 27).

تجدر الإشارة إلى أنه بعد عقد الاتفاق تعهدت الولايات المتحدة الأمريكية بتقديم قرض للمنظمة حددت قيمته بـ 65,000,000 دولار، بغرض مباشرة عملية البناء و التعاقد و التأثيث، يُسدّد بدون فوائد على دفعات.

كل هذه الترتيبات من شأنها أن تسهل عمل المنظمة انطلاقا من الولايات المتحدة الأمريكية، لكن في ظل احترام و ضمان حقوق هذه الأخيرة، إذ يجدر فهم أنه في إطار القانون الدولي يعتبر مقر المنظمة داخل الدولة، كدولة داخل دولة أخرى، تتمتع في منطقة المقر بالسيادة التامة، و هو ما يجعل ضرورة توافق عملها و اشتراطات الدولة المضيفة ضروريا، علما أنّ منظمة الأمم المتحدة من أكثر المنظمات نشاطا على الصعيد الدولي، إذ تعد اليوم 193 دولة عضو فيها تجتمع وفود منها كلما عقدت الجمعية العامة لها، و عدد أقل فيما يخص مجلس الأمن و اللجان الفرعية و الخبراء، كما تحرص كل الدول الأطراف أن يتم تعيين موظفين في المنظمة من رعاياها و هذا حتى يكون لها موطىء قدم فيها، و هذا ما يعني عدد كبير من الأجانب على الأراضي الأمريكية، بعد دوام العمل ينتشرون في كل نيويورك متمتعين بمزايا و حصانات الموظف الدولي، من حصانات شخصية كالحصانة من المتابعة القضائية و امتيازات مالية كالإعفاء الضريبي، نظرا لمصادقة الولايات المتحدة الأمريكية على كل من: اتفاقية امتيازات الأمم المتحدة و حصاناتها المبرمة في نيويورك،

بتاريخ 14 ديسمبر 1946⁽¹⁰⁾، و اتفاقية امتيازات الوكالات المتخصصة للأمم المتحدة و حصاناتها المبرمة في نيويورك، بتاريخ 21 نوفمبر 1947.

ما يُثير العديد من التساؤلات هو تفتُن الولايات المتحدة إلى ضرورة الحفاظ على أمنها القومي، فاتفق المقر يقضي باستقبال المجتمع الدولي على الأراضي الأمريكية من خلال استقبَال ممثلي الدول، هؤلاء الذين يمكن أن يمثلوا بانحراف في السلوك أو تعسف في استعمال الامتيازات و الحصانات مساسا بأمنها القومي مثل: التجسس⁽¹¹⁾، تجارة المخدرات، دعم المنظمات الإرهابية، و هو ما يستدعي أن تتعايش الضرورات الدبلوماسية مع ضرورات حفظ الأمن⁽¹²⁾، و أنها لم تُشر إلى ذلك في نص الاتفاق، فقد تمت إضافة الحفاظ على الأمن الوطني إلى الاتفاق، بحيث لم يدرج كبنء في الاتفاقية ذاتها، و إنما كتحتفظ عبرت عنه الولايات المتحدة خلال المؤتمر الذي عُني بالدخول حيز التنفيذ و الذي يجب أن يسمى تعديل.

هذا ما يستدعي التساؤل حول ما مدى التزام الدول الغير كطرف ثالث *Pacta tertiis* في اتفاقية المقر، هذا ما أجاب عنه البروفيسور بول روتور *REUTER Paul*، بحيث عبّر أنّ الدول الأعضاء تتمتع بالامتيازات بطريقة أوتوماتيكية، إلا أنّها لا تُعبر عن التزامها بالالتزامات الناشئة عنه كضرورة عدم التعسف في استعمال الامتيازات و الحصانات.

⁽¹⁰⁾ دخلت حيز النفاذ في 17 سبتمبر 1946. United Nations, *Recueil des traites*, Vol.1, No. 4, p. 15.

⁽¹¹⁾ يمكن الإشارة هنا إلى قضية قوبيتشيف، و هو موظف بالأمم المتحدة روسي الجنسية، قُبض عليه في نيويورك سنة 1949 بتهمة التجسس لصالح الاتحاد السوفيتي، و قد أوضح المدعي العام الأمريكي: "أنّ التجسس غير المشروع ليس عملا من أعمال المتهم كموظف بالأمم المتحدة، و لا يمكن القول بعدم إمكان القبض عليه بسبب هذا المسلك نتيجة تمتعه بالامتيازات و الحصانات الضرورية لممارسة أعمال وظيفته بالأمم المتحدة باستقلال"، و قد قررت المحكمة الأمريكية رفض الدفع بالحصانة القضائية لأنّ التهمة المُوجهة له ليست لها أي علاقة بأعمال وظيفته، و أنّ مثل هذه الحصانة لا يمكن أن تمتد إلى "الأعمال الخاصة" التي قام بها و التي لا "تتطلبها أعمال وظيفته الرسمية". د. مفيد شهاب، سند و نطاق حصانات و امتيازات الموظفين الدوليين، في المجلة المصرية للقانون الدولي، عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثالث و الأربعون، السنة الثالثة و الأربعون، القاهرة، 1987، ص ص 27-28.

⁽¹²⁾ ZOLLER Élisabeth, *Sécurité nationale et diplomatie multilatérale (l'expérience des États-Unis comme État hôte de l'Organisation des Nations Unies)*, In *Annuaire français de droit international*, Volume 34, 1988, pp. 110-111.

لذا تراوحت علاقة المنظمة الدولية مع الدولة المضيئة، بين التوجُّس خاصة فيما يتعلق بالموظفين الروس سابقا إذ اعتبر مقر المنظمة الدولية في خلال الحرب الباردة مهجعا للجواسيس⁽¹³⁾ و الموظفين الإيرانيين حاليا، و الحقيقة أنه في العلاقات الدولية يجب الاعتراف بأنه لا طالما استعملت الدول بعثاتها الدبلوماسية كجواسيس شرعيين، و كذا يُفعل في مقرات المنظمات الدولية، و في أحيان أخرى تقف دولة المقر إلى جانب المنظمة من حيث التمويل في البدايات و تأمين الحماية في العشريات الأخيرة، نظرا لدور المنظمة المتعاضم في توجيه العلاقات الدولية⁽¹⁴⁾.

الفرع الثالث: دراسة إتفاق مقر اللجنة الدولية للصليب الأحمر و سويسرا

تعتمد المنظمات غير الحكومية على الممارسة ذاتها، فهي تعقد اتفاقات مقر بهدف الحصول على الامتيازات و الحصانات و الاعتراف القانوني و الدعم المادي، و من أهم المنظمات غير الحكومية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بدولة المقر نجد اللجنة الدولية للصليب الأحمر⁽¹⁵⁾ و التي تعد سويسرا دولة مقرها، و هي منشئة وفقا للقانون السويسري باعتبارها جمعية خاصة سويسرية.

عقدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر و المجلس الاتحادي السويسري اتفاقية مقر في 19 مارس 1993 -رغم أنها أنشأت في سويسرا سنة 1864- تم خلاله تحديد الوضع القانوني للجنة و امتيازاتها و حصاناتها، كما وقعت 36 اتفاق مقر، كان الأول مع دولة الكامبيرون سنة 1991.

تضمّن اتفاق المقر خمس و عشرون مادة، تمحورت حول حصانات و امتيازات المنظمة و موظفيها كما تعرضت لآليات حل أي نزاع بين الطرفين، من بينها إعطاء بطاقة هوية لكل موظف حتى يتم شمله بالامتيازات و الحصانات مصادق عليها من الوزارة الاتحادية للشؤون الخارجية و الدولية السويسرية(المادة 17)، كما يُرسل إلى وزارة الخارجية كل تعيين جديد على نحو مستدام.

(13) BOITEL Michel, Situation et problèmes actuels de la fonction publique internationale, In Politique étrangère, N°1, 1953, 18e année, pp 06-07.

(14) دخلت حيز النفاذ في 02 ديسمبر 1947. United Nations, *Recueil des traites*, Vol 33, No. 521, p. 261.

(15) هي منظمة غير حكومية سويسرية إلا أن عملها ذو طابع دولي تتمتع بالشخصية القانونية و حسب المادة الثانية من النظام الأساسي للجنة(آخر تعديل 1998) التي جاء فيها أنها جمعية تخضع للمادة 60 من القانون المدني السويسري و تتمتع بالشخصية القانونية مقرها جنيف يُعين أعضائها من المواطنين السويسريين حفاظا على حيادها نظرا لحياد سويسرا الدائم، و قد حصلت اللجنة على مركز مراقب في جمعية الأمم المتحدة في 16 أكتوبر 1990، و هي أول مرة يمنح مركز المراقب لمنظمة غير حكومية، تختص في العمل الإنساني و القيام بأعمال الإغاثة و الوصول إلى الضحايا في النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية.

كما أشار الاتفاق إلى الآلية المتعلقة بفض النزاع نفسها التي جاءت بها اتفاقية مقر منظمة الأمم المتحدة(المادة 22)، و قد حصر الاتفاق النزاع بأنها المنازعات الناشئة عن العقود التي تكون اللجنة الدولية طرفا فيها و غيرها من المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص، بالإضافة إلى المنازعات التي تعني موظف لدى اللجنة الدولية، بسبب حصانة يتمتع بها لمنصبه الرسمي، إذا لم يتم التنازل عنها(المادة 19). تتعاون اللجنة الدولية و السلطات السويسرية في جميع الأوقات للعمل على تسهيل إدارة العدالة، و ضمان مراعاة قواعد الشرطة و منع أي إساءة استخدام للامتيازات و الحصانات المتفق حولها(المادة 18). إلا أنّ المادة التي تثير الانتباه في هذا الاتفاق هي المادة العشرون و التي تُخلي فيها سويسرا مسؤوليتها عن نتيجة أنشطة اللجنة الدولية على أراضيها، أي المسؤولية الدولية عن الأفعال و السهو الصادر عن اللجنة الدولية أو موظفيها(المادة 20)⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني: دور دولة المقر في تسهيل أداء المنظمة أو عرقلة نشاطها

يكمن دور دولة المقر في تسهيل وصول المنظمة الدولية إلى أهدافها، و هذا من خلال ضمان امتيازات مادية لها و حصانات لموظفيها، إلا أنه قد تواجه العلاقة بين الدولة المضيفة و المنظمة عوائق مادية أو قانونية أو مصلحة تؤدي إلى التأثير السلبي على نشاط المنظمة، يسعى الطرفان إلى العمل على حللته حفاظا على الامتيازات و المصالح المتبادلة.

الفرع الأول: دور دولة المقر في تسهيل أداء المنظمة الدولية

تسعى المنظمة الدولية من خلال اتفاق المقر إلى الحصول على عدة امتيازات على أراضي الدولة المضيفة، و هو ما يحول دون تصادم المنظمة و مقتضيات سيادة الدولة على أراضيها، كما يجعلها متحررة من تأثير دولة المقر و هو ما من شأنه الحفاظ على حيادها و بالتالي مصداقيتها.

(16) Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Comité international de la Croix-Rouge en vue de déterminer le statut juridique du Comité en Suisse, Conclu le 19 mars 1993, Entré en vigueur le 19 mars 1993, recueil officiel suisse N°1405, 1993. Disponible sur le site : https://www.admin.ch/ch/f/rs/c0_192_122_50.html

1- دور اتفاق المقر في تدليل معضلة السيادة بالنسبة للمنظمات الدولية

تتمتع كل دولة بالسيادة على إقليمها، و تتوقف سلطاتها عند حدودها الوطنية البرية منها، البحرية و الجوية، و هو ما يجعلها تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، أما فيما يخص المنظمات الدولية فإن الاعتراف لها بالشخصية القانونية الدولية لم يتأت إلا مطلع القرن العشرين، و أول منظمة حظيت به كانت المعهد الدولي للزراعة⁽¹⁷⁾، ذلك أن المنظمة الدولية كأحد أشخاص القانون الدولي تنشط بالضرورة على إقليم دولة أخرى و هذا ما يخرق سيادة الدولة، كما يمكن أن تمنع هذه الدولة المنظمة من ممارسة نشاطها أو أن تحُد منه، و هذا يدخل في سلطاتها الشرعية، و إذا امتنعت أغلب الدول عن السماح للمنظمة بالنشاط على إقليمها، لما أخذت أصلا وصف منظمة دولية.

من هنا تأتي ضرورة أن تعمل المنظمة الدولية على إيجاد مقر لها في الدول التي تتميز بنوع من الاعتدال من جهة، و الجبوحه المالية من جهة أخرى، بهدف الوصول إلى سلاسة في التعامل بين الطرفين و تعاون، كما تصبو إلى إبرام اتفاقيات فرعية لضمان حرية تنقلها و إثبات وجودها في أغلب الدول الأطراف فيها. كما تعتبر الصعوبات المالية من أهم الإشكالات التي تتعلق بالشخصية القانونية للمنظمة الدولية، فصحيح أنه للمنظمة ذمة مالية مستقلة إلا أنها لا تستطيع الوفاء بالتزاماتها بعيدا عن الدول الأطراف فيها، كما يمكن لها أن تستفيد من خلال إبرام اتفاقات المقار من مساعدات مالية مختلفة المظاهر ، من القرض إلى المساعدات المالية إلى التسهيلات المالية و الإعفاءات الضريبية و الجمركية.

2- امتيازات و حصانات المنظمة الدولية

تضمن دولة المقر الرئيسي أو الفرعي للمنظمة الدولية حصانات و امتيازات تتعلق بالمنظمة في حد ذاتها، أهمها ضمان حرمة و حصانة منطقة المقر و منع انتهاكه من السلطات المحلية، إذ لا تخضع المنطقة لأي نوع من إجراءات التفتيش أو الاستيلاء أو المصادرة أو نزع ملكية، أو لأي نوع آخر من أنواع الإجراءات الجبرية الإدارية القضائية و التشريعية أو التنفيذية، كما تلتزم الدولة المضيفة بعدم دخول أي مبنى من المباني التابعة للمنظمة إلا بإذن⁽¹⁸⁾، و تلتزم بحماية المقر من الغير كالمتظاهرين، كما يحصل عادة عندما يتجمهر عدد من المناوئين لاتجاهات المنظمة الدولية و هو ما يمكن أن يشل نشاط المنظمة، أو يتطور ليصبح انتهاكا ماديا لمقرها.

⁽¹⁷⁾ لوكال مريم، تفعيل دور القانون الدولي الإداري، رسالة دكتوراه تخصص القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق سعيد حمدين، 2015، ص 196.

⁽¹⁸⁾ يترتب على ذلك بطلان دخول المحضرين و الإجراءات الإدارية و القضائية و التنفيذية المتخذة داخلها، إلا في أحوال الدفاع الشرعي عن النفس و تطبيقا لمقتضيات السلامة كنشوب حريق، أو ارتكاب جريمة داخل المبنى.

كما تتمتع المنظمة الدولية على أراضي كل دولة عضو بالشخصية القانونية و يكون لها الأهلية في التعاقد واقتناء الأموال الثابتة والمنقولة و حق التقاضي.

على دولة المقر حماية وثائق و أرشيف المنظمة الدولية و محفوظاتها ، فباعتبار أنّ بعض المنظمات تلعب دورا هاما في العلاقات الدولية، فإنّه لا بد من حماية الأسرار و المعلومات التي تصل إليها بمناسبة تعاملها مع الأحداث الدولية ضمانا لمصداقيتها، لأجل ذلك لا يجوز للمحاكم الوطنية أن تصدر أمرا إليها بالكشف عن وثائق خاصة بالمنظمة أو إيداعها للاطلاع عليها.

يكون على دولة المقر كذلك، ضمان حرمة الاتصالات السلكية اللاسلكية للمنظمة من احتمالات التجسس أو التخريب، و تتمتع المنظمة بامتياز حرمة الرسول و الحقيبة الدبلوماسية فلا يجوز تفتيشها أو حجزها.

3- امتيازات و حصانات الموظف الدولي

تقع مسؤولية حماية الموظف الدولي على عاتق الدولة المضيفة، و هذا من خلال تأمين الحصانة له بالإضافة إلى تقديم عدد من الامتيازات ذات طابع مالي منشؤها موثيق المنظمات الدولية⁽¹⁹⁾، و كذا الاتفاقيات المتعددة الأطراف⁽²⁰⁾، إلا أنّ اتفاقيات المقر تكون أكثر تحديدا في تعدادها للامتيازات و الحصانات الدولية، كما ترسم أبعادها و كيفية التمتع بها و حدود ذلك⁽²¹⁾.

تكون الغاية من الامتيازات و حصانات رعاية مصالح المنظمة الدولية ذاتها و حماية استقلالها، لذا يدفع الفقيه ديلبيز *Delbez* بفكرة الحماية الوظيفية و ليس الحماية الشخصية⁽²²⁾.

بناء على ما تقدم ، فإنّ أي فعل يقوم به الموظف الدولي خارج نطاق الأعمال الرسمية المنوط به أدائها وفقا لمتطلبات وظيفته، لا يتمتع بصدها بأي حصانة قضائية، بل و يحاسب عليه الموظف الدولي إذا شكل إخلالا بالقوانين المحلية، و على حد قول الأستاذة باستيد *bastid* فإنّ الحصانة القضائية لا وجود لها، عندما يتعلق الأمر بتصرفات منسوبة للموظف الدولي لا علاقة لها بممارسة وظائفه الرسمية، كما أنه لا يتمتع بأية حصانة ضد القبض عليه و محاكمته⁽²³⁾.

(19) انظر المادة 105 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، و المادة 40 من ميثاق منظمة العمل الدولية، و المادة 12 من ميثاق اليونسكو، و المادة 60 من منظمة الطيران المدني.

(20) اتفاقية امتيازات و حصانات جامعة الدول العربية لسنة 1953.

(21) د. الشكري علي يوسف، المرجع السابق، ص 59.

(22) طبقا لهذا المبدأ فإنّ التصرف الذي لا يبتغي الموظف فيه مصلحة المنظمة، و إنّما يبتغي منه تحقيق مصلحته الشخصية، لا تطبق عليه الامتيازات و الحصانات، و هو ما ذهب إليه كل من الاتفاقيات الدولية و كذا الأحكام القضائية الدولية. د. شهاب مفيد، المرجع السابق، ص ص 17 - 20.

(23) د. مفيد شهاب، المرجع السابق، ص 24 في الهامش.

أما فيما يخص أفعال الموظف التي تتعلق بالوظيفة الدولية، فإنه تجدر الإشارة إلى أنّ الحصانات تنقسم إلى حصانة شخصية و قضائية عن كل قول أو كتابة أو عمل، أما الحصانات الشخصية: فنعني بها عدم جواز القبض على الموظف الدولي أو حجزه أو حجز أمتعته و كذا فيما يخص أفراد عائلته، في حين أنّ الحصانات القضائية: تعني أنّ الموظف الدولي معفى من المطالبة القانونية و القضائية المدنية منها و الجنائية بالقوانين المحلية، إلا إذا رفع الأمين العام عنه الحصانة بصفته الرسمية أو الشخصية أو تنازل هو عن حصانته⁽²⁴⁾. فبمجرد القبض على الموظف الدولي، يكون عليه أن يخطر الأمين العام للمنظمة حتى يتحرك في اتجاه الدولة المحتجزة باتخاذ الإجراءات و الاتصالات لضمان تطبيق الحصانة القضائية. إلى جانب ذلك، يتمتع الموظف الدولي بطائفة من التسهيلات، الهدف منها تسهيل وصول المنظمة لأهدافها و كسب الوقت، من أهمها: تسهيل تنقل الموظف الدولي، و لأجل ذلك يجب أن يحمل بطاقة للهوية تبين صفته الدولية⁽²⁵⁾، بالإضافة إلى تسهيل إجراءات الإقامة، عن طريق تسهيلات في قيود الهجرة و إجراءات قيد الأجانب، و يستعاد منها حتى في حال عودة الموظف إلى الوطن، كما يستفيد الموظفون الدوليون من الإعفاء من الخدمة العسكرية⁽²⁶⁾.

كما يتمتع الموظف الدولي بجملة من التسهيلات المالية و الإعفاءات الجمركية على منقولاته، التحويل المصرفي⁽²⁷⁾، الإعفاء من الضرائب المحلية كضريبة المطار و الطرق و غيرها و إعفاء راتبه من الضرائب⁽²⁸⁾.

يمكن هنا الإشارة إلى حكم المحكمة الإدارية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة (تختص بنظر دعاوى الموظفين قبل الأمانة العامة⁽²⁴⁾ "، تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ زوجة كندية لموظف *Shamsee* للمنظمة) رقم 245 الصادر في 25 ماي 1979 في قضية " بمقر الأمم المتحدة نيويورك، باكستاني الجنسية، قامت بمقاضاته أمام القضاء الأمريكي، و حكم لصالحها بحصولها على حصانة الأولاد و كذا النفقة، و هو الحكم الذي تم تبليغه إلى الأمين العام للمنظمة، و الذي بموجبه قام باستعمال سلطته التقديرية بخصم مبلغ النفقة أوتوماتيكيا من راتب الموظف كل شهر، و قد قام الموظف نتيجة رفضه لهذا الإجراء برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية للأمم المتحدة، و هنا توقفت المحكمة أمام نقطة مهمة، و هي تطبيق نص المادة 105 من ميثاق الأمم المتحدة و اتفاقية مزايا و حصانات الأمم المتحدة. توصلت هذه الأخيرة، أنّه و ما دام أنّ صندوق المعاشات أنشئ من قبل الجمعية العامة، فهو بالتالي من أجهزة الأمم المتحدة و يتمتع بحصانة المنظمة، و أنّ أموال الصندوق مودعة باسم المنظمة، لذا: "الحصانة القضائية التي يتمتع بها الصندوق يمكن أن ترفع، إلا أنه من جهة أخرى فإنّ رفع الحصانة لا يمكن أن يستعمل لإعمال الإجراءات التنفيذية". منه T.s, Tribunal administratif des nations unis, In Annuaire français de droit international, volume 27, 1979, pp. 414- 416

(25) د. الشكري علي يوسف، المرجع السابق، ص 60.

(26) د. الغنيمي محمد طلعت، الأحكام العامة في قانون الأمم: التنظيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص ص 363-364.

(27) د. الشكري علي يوسف، المرجع السابق، ص 61.

(28) د. الغنيمي محمد طلعت، المرجع السابق، ص 361.

الفرع الثاني: دور دولة المقر في عرقلة نشاط المنظمة (دراسة حالات النزاع)

ليس الهدف من هذه الدراسة بحث العوائق التي يمكن أن تشكلها الدولة باعتبارها عضواً في المنظمة، و التأثيرات السلبية لها على نشاط المنظمة خاصة عندما يتعلق الأمر بالدول الخمس الدائمة العضوية بمجلس الأمن و الدول المانحة عموماً، و ما ينجر عن ذلك من ضغوطات على سياسة المنظمة و امتيازات تطالب بها في مقابل مساهماتها الكبيرة في ميزانية المنظمة. و إنّما الهدف هو بحث كيف تؤثر دولة المقر بعيداً عن كونها عضواً في المنظمة على نشاط المنظمة، و الحقيقة أنّ كل خروج على التطبيق الحسن لاتفاقية المقر سيؤدي إلى قيام نزاع قانوني بين الطرفين، و هو ما يمكن أن يعيق نشاط المنظمة أو يضعها في حرج مع دول أعضاء أخرى.

في هذا الصدد يمكن إثارة أكثر من نزاع يُعبر عن الصدام الذي يُمكن أن يقع بين الطرفين و كيفيات حله، علماً أنّ هذا غيض من فيض، و أنّ هذه النزاعات هي تلك التي تفاقمت حديثاً بحيث خرجت للعلن، و هو ما يعني كثرة النزاعات القانونية التي تتعلق بتطبيق أو تفسير اتفاق المقر:

أولاً- أول أزمة عرفتتها الأمانة العامة لمنظمة الأمم المتحدة كانت ما بين 1950 و 1954، نتيجة للضغوطات التي مارسها الولايات المتحدة الأمريكية على الأمين العام للمنظمة تريجيفي لي، و هو ما أدى إلى إقالة أحد عشر موظفاً من جنسية أمريكية، بدعوى أنّهم اعتنقوا في وقت سابق على استخدامهم في المنظمة الحزب الاشتراكي الأمريكي⁽²⁹⁾، نظراً لحساسية الولايات المتحدة الأمريكية لكل ما هو اشتراكي نظراً لصراعها مع روسيا الاشتراكية آنذاك، الأمر الذي اضطر الموظفين إلى الالتجاء إلى المحكمة الإدارية للأمم المتحدة، طالبين إلغاء القرار الإداري غير المشروع، هذه الأخيرة، و اعتبرت أنّ الانتماء السابق لحزب ما لا يعتبر خطأ جسيماً يُبرر تسريح الموظف، و بالتالي ضرورة إلغاء قرار التسريح و إعادتهم إلى مناصبهم.

هذا الحكم أثار ضجة في الجمعية العامة و نتيجة للضغوطات، انعقدت المحكمة مرة ثانية، في سابقة خطيرة، لتستبدل الحكم بإرجاع الموظفين إلى مناصبهم بالحكم لهم بالتعويض المناسب. هذا ما أدى لصدور أحكام كثيرة لصالح الموظفين في تلك السنة، نتيجة لذلك، و لتغطية الأعباء المالية المترتبة عن أحكام التعويض، طلب الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة من الجمعية العامة في دورتها الثامنة لسنة 1953 تخصيص مبلغ مساوي لقيمة التعويضات التي حكمت بها المحكمة الإدارية. و هنا امتنعت الولايات المتحدة الأمريكية إلى جانب مجموعة من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة عن دفع المساهمات الإضافية المترتبة عليها، من جراء تنفيذ التعويضات، التي حكمت بها المحكمة الإدارية للأمم المتحدة على المنظمة لصالح المدعين المتضررين.

(29) موجز الأحكام و الفتاوى و الأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ما بين سنتي 1948 - 1991، منشورات الأمم المتحدة رقم ST/LEG/SER.F/1، ص 39.

فثار الجدل في الجمعية العامة للأمم المتحدة من جديد حول مدى التزام المنظمة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمتها الإدارية، و انتهى الرأي في الجمعية العامة إلى طلب الرأي الاستشاري في الموضوع من محكمة العدل الدولية، و التي انتهت في فتواها إلى القول بتمتع هذه الأحكام بقوة الشيء المقضي فيه، و التزام المنظمة بتنفيذها⁽³⁰⁾.

ثانيا- في إطار العداء مع الاتحاد السوفياتي سابقا، واجهت الأمم المتحدة عدة عوائق مع الدولة المضيفة، فقد طلب مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة سنة 1975 و مقره موسكو الاتحاد السوفياتي سابقا(عمل ما بين 1949 إلى 1991)، بمجرد حصوله على مركز مراقب في الأمم المتحدة، تفسيراً لمعنى الحصانات و الامتيازات التي يتمتع بها مندوبوه لدى المنظمة، و قد اقتصدت الولايات الأمريكية في تفسيرها للحد الأدنى، لعدائها المعلن و الاتحاد السوفياتي سابقا.

أما سنة 1985 فقد فرضت الولايات المتحدة الأمريكية على موظفي منظمة الأمم المتحدة تقليص لحرية التنقل على الأراضي الأمريكية من جنسية: الاتحاد السوفياتي، أفغانستان، كوبا، إيران، ليبيا، فييتنام، و هو ما اعتبره الأمين العام تمييزاً بين الموظفين غير مقبول.

في حين أنه سنة 1986 اعتمدت الولايات المتحدة الأمريكية قانوناً يقضي بأنه لا يمكن أن يتجاوز عدد المواطنين السوفيات الموجودين على الأراضي الأمريكية كبعثة لدى الأمم المتحدة عدد أعضاء البعثة الأمريكية لدى الأمم المتحدة، لدواعي الأمن القومي⁽³¹⁾.

ثالثا- يمكن أن يكون هناك عدة إشكالات تؤدي إلى نقل المقر داخل الدولة نفسها و هذا لا يثير أي إشكال، أما نقل المقر خارجها فهو ما يثير عدة حساسيات، هنا تجدر الإشارة إلى الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر في 20 ديسمبر 1980، المتعلق بتفسير اتفاق المقر المبرم بين منظمة الصحة العالمية و مصر الموقع في 25 مارس 1951⁽³²⁾، يرجع تاريخ القضية إلى إنشاء مجلس عام للصحة لغرض مكافحة الأوبئة سنة 1831 في الإسكندرية-مصر، و من ثم أدمج بإنشاء منظمة الصحة العالمية فيها سنة 1949 بوصفه جهازاً إقليمياً، اتبع هذا الإجراء بتوقيع اتفاق حول امتيازات و حصانات المنظمة في مصر سنة 1951، إلا أنّ المنظمة أوصت بنقل المقر إلى عمان الأردن بعد ذلك، و هنا طلبت جمعية الصحة العالمية إلى محكمة العدل الدولية بحث مدى ضرورة التشاور و التفاوض و الإشعار المسبق لدولة مصر، طبقاً للاتفاق في حال نقل المكتب إلى خارج مصر، و قد توصلت المحكمة إلى أنّ القاعدة الأساسية التي تحكم العلاقات بين المنظمة الدولية و دولة المقر المضيفة عبارة عن "مجموعة من الالتزامات المشتركة بالتعاون و النية الحسنة".

⁽³⁰⁾ د. الغنيمي محمد طلعت، المرجع السابق، ص 285.

⁽³¹⁾ ZOLLER Élisabeth, op. cit., pp. 116-124.

⁽³²⁾ موجز الأحكام و الفتاوى و الأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ما بين سنتي 1948 - 1991، منشورات الأمم المتحدة رقم ST/LEG/SER.F/1، ص 145-149.

رابعا- في 08 نوفمبر 1988 وُضع طلب تأشيرة لدى مكتب الأمين العام، بغرض دخول السيد ياسر عرفات رئيس اللجنة التنفيذية لحركة التحرير الفلسطينية آنذاك للولايات المتحدة الأمريكية، حيث دُعيت المنظمة في 22 نوفمبر 1974 بقرار من الجمعية العامة رقم 3237(د-29)، إلى الاشتراك في الدورات بصفقتها مُراقب، تبعا لذلك أنشئت بعثة مراقبة سنة 1974 و حُصص لها مكتب في مدينة نيويورك خارج منطقة مقر الأمم المتحدة.

حُوّل الطلب للسلطات المختصة الأمريكية، ستة عشر يوما من بعد، أشعرت هذه الأخيرة المنظمة برفض الطلب على أساس التحفظ المتعلق بالأمن القومي المضاف للاتفاق، أما الدوافع فهي تعرض مواطنين أمريكيين في الماضي لعدد من الهجمات خارج أمريكا من قبل الحركة و المجموعات التابعة لها، و أنّ عرفات باعتباره رئيسا للحركة، يُقر و يساند هذه الهجمات فهو شريك فيها⁽³³⁾.

من جهة أخرى قدم مجلس الشيوخ للولايات المتحدة مشروع قانون هدفه عدم مشروعية إنشاء أو الاحتفاظ بأي مقر أو مقر داخل الولايات المتحدة بتوجيه أو أموال منظمة التحرير الفلسطينية في ماي 1987، عندما ظهر أنّه بمجرد إقرار القانون ستتحرك السلطات إلى إغلاق المكتب، تحرك الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة و أرسل رسالة إلى الممثل الدائم للأمم المتحدة في 13 أكتوبر 1987، فحواها أنّ القانون المزمع سنه يتعارض مع الالتزامات الناتجة عن اتفاق المقر، في اليوم الموالي طرح المراقب العام عن منظمة التحرير الفلسطينية الأمر على لجنة الأمم المتحدة المعنية بالعلاقات مع البلد المضيف، مع ذلك اعتُمد قانون مكافحة الإرهاب من قبل الكونغرس بعد حرب تصريحات من كل الأطراف في 15-16 ديسمبر 1987، على أن يكون ساري المفعول بعد 90 يوما من توقيعه، و في اليوم التالي اعتمدت الجمعية العامة القرار 210/42 مطالبة تأكيدات من البلد المضيف بعدم اتخاذ أي ترتيبات تنتقص من حقوق البعثة الرسمية الفلسطينية.

بعيد عدم الحصول على التأكيدات، اقترح الأمين العام أن تبدأ المفاوضات وفقا للإجراء الوارد في الفرع 21، نظرا لوجود نزاع قانوني يتعلق بتطبيق أو تفسير اتفاق المقر منذ أن أصبح مشروع قانون مكافحة الإرهاب قانونا، و أنّها عينت محكمها و على الولايات المتحدة أن تقوم بالمثل، في 02 مارس 1988 اعتمدت الجمعية العامة قرارين، يتعلق الأول بأنّه يجب تمكين منظمة التحرير الفلسطينية من حقها في بناء المقر، و أنّ قانون مكافحة الإرهاب لا يتوافق مع اتفاق المقر و ضرورة إعمال الإجراء الخاص بتسوية المنازعات. أما القرار الثاني فطلب رأيا إفتائيا من محكمة العدل الدولية. أما الممثل الدائم للولايات المتحدة الذي امتنع عن التصويت على القرارين، فقد صرح بأنّ حكومته لم تقرر نهائيا بشأن إنفاذ القانون فيما يخص البعثة الفلسطينية، و أنّها تعمل على "إيجاد حل مناسب لهذه المشكلة في ضوء ميثاق الأمم المتحدة و اتفاق المقر و قوانين الولايات المتحدة".

⁽³³⁾ STERN Brigitte, L'affaire du Bureau de l'O.L.P devant les juridictions interne et internationale, In Annuaire français de droit international, volume 34, 1988, p. 188.

أما محكمة العدل الدولية فقد أصدرت في 26 أبريل 1988 الرأي الاستشاري المتعلق بانطباق التزام الدخول في تحكيم بموجب الفرع 21 من اتفاق مقر الأمم المتحدة المعقود في 26 جويلية 1947⁽³⁴⁾، حول بعثة المراقب الدائم عن منظمة التحرير الفلسطينية لدى الأمم المتحدة في نيويورك، و قد توصلت إلى أنّ الولايات المتحدة باعتبارها موقعة على اتفاق المقر فإنّها تعتبر ملزمة بأن تدخل في تحكيم لتسوية النزاع القائم بينها و بين الأمم المتحدة.

أثارت القضية عدة نزاعات بين القانون المحلي الأمريكي و القانون الدولي، نظرا لرفع وزير العدل دعوى على البعثة في محكمة نيويورك الجنوبية، عند اقتراب حلول تاريخ سريان مفعول القانون و عدم تحرك البعثة من المقر، و قد أصدر القاضي الأمريكي بالميري *Palmieri* قرارا بأنّ القانون متوافق مع القانون الدولي و الدستور الأمريكي، رغم أنّه كان يجب أن يقضي بعدم الاختصاص و كذا عدم الفعالية، فهذا الحكم من شأنه أن يقيم التعارض بين القانون الحكم الدولي و الوطني⁽³⁵⁾.

هنا تظهر قوة الدولة المضيفة التي إذا ما رفضت تطبيق قاعدة ما فإنّه لا يكون للمنظمة إجبارها، و إنّما البحث عن الحلول خارج حدودها الإقليمية، و هذا ما فعلته المنظمة، ففي 02 ديسمبر 1988 قررت الجمعية العامة التابعة لها الانتقال لجنيف للاستماع لخطاب عرفات بعدما رفضت أمريكا إعطائه تأشيرة دخول⁽³⁶⁾.

خامسا- القضية الأكثر حداثة و التي تتعلق بالخصم المعاصر للولايات المتحدة الأمريكية و هي الجمهورية الإسلامية الإيرانية، تتلخص في انتهاء عهدة السفير الإيراني الدائم لدى الأمم المتحدة، و رغبة ايران في تعيين شخص آخر لهذه المهمة، لذا في 08 أبريل 2014 قامت بتسمية "حميد أبو طالبي"، و هو دبلوماسي ذي خبرة، شغل عدة مناصب رسمية في ايران، إضافة إلى تعيينه سفيرا للاتحاد الأوربي، أستراليا، إيطاليا و بلجيكا من قبل.

إلا أنّ الولايات المتحدة الأمريكية سارعت إلى الإعلان بأنّها أبلغت السلطات الإيرانية أنّ اختيارها لحميد أبو طالبي سفيرا للجمهورية الإسلامية في الأمم المتحدة شيء "غير قابل للتنفيذ، و أنّ هذا التعيين ليس نهائيا بعد". سبب الرفض الأمريكي لهذا السفير هو دفعها بأنّه كان له دور في عملية احتجاز الرهائن في السفارة الأميركية بطهران في 04 نوفمبر 1979، الذي شنّه طلاب كانوا يطالبون بتسليم شاه ايران بعدما نُقل إلى الولايات المتحدة للعلاج، كما احتجت الولايات المتحدة الأمريكية بالقانون الذي وقعه باراك أوباما و أقره الكونغرس في 10 أبريل 2014 أي يومين بعد التسمية الإيرانية، الذي ينص على عدم منح تأشيرة دخول أميركية إلى سفراء في منظمة الأمم المتحدة ارتكبوا نشاطات إرهابية استهدفت الولايات المتحدة أو حلفاءها، أو

⁽³⁴⁾ موجز الأحكام و الفتاوى و الأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ما بين سنتي 1948 - 1991، منشورات الأمم المتحدة رقم ST/LEG/SER.F/1، ص ص 248-254.

⁽³⁵⁾ STERN Brigitte, op. cit., pp 188-189.

⁽³⁶⁾ القرار المتخذ في الجلسة العامة رقم 67، وثائق الأمم المتحدة رقم A/RES/43/49، الصادر في 02 ديسمبر 1988.

من الممكن أن يُشكّلوا تهديدا للأمن القومي الأميركي، وهو قانون يستهدف تحديدًا السفير الإيراني المعين لدى الأمم المتحدة.

أما إيران فأيدت تصريحات أبو طالبى بأنه لم يشارك في الهجوم على السفارة الأمريكية ، و أضاف أبو طالبى أنه اضطلع فقط بدور مترجم حين أفرج الطلاب عن 13 امرأة و إفريقي أميركي واحد، أما الرهائن 52 الآخرون فظلوا محتجزين طوال 444 يوما، و أدى احتجازهم إلى قطع العلاقات الدبلوماسية بين البلدين سنة 1980.

أكدت إيران على قرارها السيادي في اختيار سفيرها و أنه لا يحق لأحد معارضته، كما أنّ اتفاق المقر الموقع بين منظمة الأمم المتحدة و الولايات المتحدة الأمريكية ، يقضي بضرورة منح تأشيرات دخول إلى كل دبلوماسيي الأمم المتحدة دون أي مقابل و بأسرع وقت ممكن، أيا تكن العلاقات القائمة بين الحكومات التي يتبع لها هؤلاء الأشخاص و الحكومة الأمريكية، و إزالة كل العوائق المتعلقة بمغادرة و الوصول من و إلى مقر الأمم المتحدة لممثلي الدول الأعضاء أو موظفي منظمة الأمم المتحدة.

كانت سويسرا قد واجهت الموقف ذاته سنة 1984، عندما عيّنت الشيلي ممثلا لها في مكتب الأمم المتحدة في جنيف جنرالا متهما بانتهاك حقوق الإنسان، و قد عبرت سويسرا آنذاك، أنه وفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقها بموجب اتفاق المقر، فهي ملزمة بعدم الاعتراض على قدوم الممثل، و في ذلك الحين كان الاتجاه الدولي الرئيسي أنّ دولة لا تستطيع محاسبة منظمة على أساس أفعال ذات بعد دولي، كما أنّ الممارسة الدولية تُبين أنّ دولة مقر منظمة دولية لا تملك أهلية المعاقبة على انتهاكات القانون الدولي المقترفة من قبل أعضاء المنظمة أو المدعويين من قبلها⁽³⁷⁾.

هنا يجب النظر إلى هذه الحادثة مع الأخذ بعين الاعتبار حياد سويسرا الدائم على عكس الولايات المتحدة الأمريكية، ففي ظل تصريح إيران بإصرارها على "أو طالبى" كسفير لها لدى منظمة الأمم المتحدة، و تأكيد الولايات المتحدة الأمريكية بأنها ملزمة مبدئيا بمنح تأشيرات للدبلوماسيين العاملين في الأمم المتحدة، إلا أنها بينت بأنه يمكن حصول استثناءات في بعض الظروف. فقد تمت أحالت النزاع على اللجنة المسؤولة عن تنظيم العلاقات بين الأمم المتحدة و الدولة المضيفة بتاريخ 23 أبريل 2014⁽³⁸⁾، التي استمعت لدفع الطرفين بحضور قانونيين ممثلين لعدة دول، إلا أنّ اللجنة لم تتوصل لأي قرار، رغم أنه كان بإمكانها أن ترفع توصية

⁽³⁷⁾ ZOLLER Elisabeth, op. cit., pp. 117-118.

⁽³⁸⁾ هي لجنة استشارية تابعة لمنظمة الأمم المتحدة أنشئت بموجب قرار الجمعية العامة رقم 681 في دورتها رقم 26 المتعلق بأمن البعثات المعتمدة لدى الأمم المتحدة و سلامة أفرادها و إنشاء اللجنة المعنية بالعلاقات مع البلد المضيف، أنشئت على أنقاض اللجنة المشتركة غير الرسمية المعنية بالعلاقات مع البلد المضيف، على خلفية الأفعال غير المشروعة المرتكبة من أفراد و جماعات ضد بعض البعثات لدى الأمم المتحدة بما في ذلك استخدام القنابل و الأسلحة النارية و التهديدات و المظاهرات المقترنة بالعنف. وثائق الجمعية العامة رقم A/RES/26/681، الصادر في 10 ديسمبر 1972. تضم 19 دولة عضوا بينهم الأعضاء الخمسة الدائمة العضوية في مجلس الأمن و يترأسها اليوم ممثل قبرص الدائم لدى المنظمة الدولية السفير نيكولاس إميلييو.

إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة أو أن تطلب رأياً استشارياً من محكمة العدل الدولية، إلا أنها لم تفعل، و هو ما جعل القضية تراوح مكانها.

بعد تسعة أشهر من الرفض الأمريكي لتقديم تأشيرة الدخول للسفير الإيراني أبو طالب، اختارت الجمهورية الإسلامية الإيرانية سفير آخر، و هو السيد "خوشرو غلام علي" الذي تم تعيينه رسمياً في 28 جانفي 2015⁽³⁹⁾، و بالتالي انتهاء الأزمة.

تجدر الإشارة إلى أنه على كل المستويات لم تحظ الولايات المتحدة الأمريكية بأي تأييد، فطبقاً للقانون الدولي العام خاصة مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية لأشخاص القانون الدولي، فإنه لا يحق للولايات المتحدة أن تتدخل في الاختيار الإيراني باعتباره قراراً سيادياً، خاصة أنه لم يثبت أن أبو طالب تورط في أحداث السفارة الأمريكية في إيران، كما لا يحق حتى لدولة المقر أن تتدخل في الشؤون الداخلية للمنظمة الدولية باعتبارها شخص مستقل للقانون الدولي، و لا يجوز للدولة إصدار قانون يخالف التزام دولي سابق لها نظراً لسمو المعاهدات الدولية المصادق عليها على القانون الوطني، لذلك فإن الولايات المتحدة الأمريكية كدولة مقر، برفضها منح التأشيرة و منعها السفير الإيراني من دخول الولايات المتحدة للانضمام إلى عمله في منظمة الأمم المتحدة، تكون قد خالفت مبادئ الأمم المتحدة و الاتفاقية المعقودة معها، كما أنها تُخالف مبادئ العلاقات الدبلوماسية و الأصول و الأعراف المتبعة، و يعتبر عرقلة المنظمة عن أداء مهامها.

هذه الحوادث و أخرى إضافة إلى عدة تصريحات داخل منظمة الأمم المتحدة، إنما تدل على استغلال الولايات المتحدة الأمريكية لمركزها كدولة مقر و سلطاتها للتحكم في سياسة التوظيف بشكل عام، خاصة عندما يتعلق الأمر بكبار الموظفين، و تفضيلها للموظفين الموالين لسياساتها و مصالحها و الدول الحليفة لها، و هو ما يخرج عن وظيفة دولة المقر في تسهيل عمل المنظمة و عدم التدخل في شؤونها و حيادها.

كما يشير تقرير لجنة العلاقات مع دولة المقر لسنة 2016 إلى العديد من الإشكالات التي تواجهها المنظمة مع الولايات المتحدة الأمريكية خاصة فيما يتعلق بتأخر في منح التأشيرات، أو عدم منحها و المماثلة و هو ما دفع به الممثل السوري، أو عدم منح رخص عمل لزوج الموظف و هو ما يدفعه لعدم قبول المنصب من الأساس، أو الاستقالة بعدياً⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ www.lefigaro.fr/flash-actu. Consule le 18 mars 2017.

⁽⁴⁰⁾ تقرير لجنة العلاقات مع البلد المضيف التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 26، وثائق الأمم المتحدة رقم A/71/26، الصادر في نيويورك، 21 أكتوبر 2016.

المطلب الثالث: بحث سياسة الجزائر تجاه المنظمات الدولية كدولة مقر أصلية و فرعية

تعتبر الجزائر منذ التسعينيات تقريبا نشطة على الصعيد الدولي، ربما بهدف الحصول على موقع في خارطة العلاقات الدولية، هذا ما دفعها للخروج من سياسة التقوقع على الذات و العزلة و الفكر الاشتراكي، إلى الانفتاح على العالم و محاولة استقطاب أنظاره خاصة بعد العشرية السوداء، و لا أحسن من استضافة منظمة دولية على أراضيها تنظم تظاهرات و مؤتمرات يُحج إليها من كل صوب، تستدعي اهتمام الإعلام و الرأي العام الدولي، من هنا يكون من اللازم دراسة موقف الجزائر إزاء إبرام اتفاقيات المقار مع المنظمات الدولية، و هنا نلاحظ الجزائر كدولة مقر رئيسي، كما يظهر دور محتشم لها كدولة مقر فرعي، بغرض تقييم الممارسة الجزائرية ذات الصلة.

الفرع الأول: الجزائر كدولة مقر رئيسي

لم تسع الجزائر إلى استقطاب المنظمات الدولية إلا من قريب، و علما أن عالم اليوم يُعجّ بالمنظمات الدولية في مختلف الميادين فإنّ عدد ما ينشأ من منظمات اليوم قليل، أما المنظمات المنشأة قبلا فقد اختارت لها دولة مقر، و مع ذلك فقد استطاعت الجزائر استقطاب عدد من المنظمات الدولية أو بالأحرى أجهزة تابعة لها و هي:

- مجلس الشورى التابع لاتحاد المغرب العربي الذي وقع اتفاق المقر مع الجزائر في 09 جوان 1994 و صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-78 المؤرخ في 05 فيفري 1996⁽⁴¹⁾.
- الوكالة الإفريقية للبيوتكنولوجيا التي وقعت اتفاق المقر مع الجزائر في 14 أكتوبر 1997، و صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-390 المؤرخ في 28 نوفمبر 2000⁽⁴²⁾.
- معهد جامعة الأمم المتحدة للتنمية المستدامة، بعد اتفاق مقر بين جامعة الأمم المتحدة و الجزائر الموقع في 22 ديسمبر 2013، صادقت عليه هذه الأخيرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-118 المؤرخ في 13 ماي 2015⁽⁴³⁾.
- معهد الجامعة الإفريقية لعلوم المياه و الطاقة بما في ذلك تغير المناخ، بعد اتفاق مقر بين مفوضية الاتحاد الإفريقي و الجزائر الموقع بالجزائر في 29 ماي 2014، صادقت عليه هذه الأخيرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-334 المؤرخ في 27 ديسمبر 2015⁽⁴⁴⁾.

(41) الجريدة الرسمية العدد 10، الصادرة في 03 فيفري 1996.

(42) الجريدة الرسمية رقم 74، الصادرة في 06 ديسمبر 2000.

(43) الجريدة الرسمية العدد 25، الصادرة في 18 ماي 2015.

(44) الجريدة الرسمية العدد 69، الصادرة في 28 ديسمبر 2015.

ما يلاحظ على اتفاقات المقر هذه حداتها، إلى جانب تنوعها فمنها الإفريقية و العربية و الدولية، كما تضم منظمة دولية واحدة و هي الوكالة الإفريقية للبيوتكنولوجيا، و أجهزة تابعة لمنظمات دولية، و كذا جامعتين، هذه الجهود الجزائرية للتموقع المدعومة بالبحوث الاقتصادية آنذاك، يجدر تثمينها لإسهامها في كسر العزلة التي فُرضت عليها خلال العشرية السوداء.

الفرع الثاني: الجزائر كدولة مقر فرعي

تسعى المنظمات الدولية لأن تكون حاضرة في الدول الأعضاء فيها، و هو ما يتطلب إبرام اتفاقيات مقر فرعية و قد أبرمت الجزائر عددا منها كالتالي:

- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و لجنة المجموعات الأوربية(المفوضية الأوربية حاليا) على إقامة ممثلية للجنة و منحها الامتيازات و الحصانات، الموقع بمدينة الجزائر في 09 ديسمبر 1983، المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 87-53 مؤرخ في 24 فيفري 1987⁽⁴⁵⁾.
- اتفاق المقر الفرعي الموقع بين الاتحاد العربي للحديد و الصلب الموقع في 08 أفريل 1996، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-294 المؤرخ في 08 سبتمبر 1996⁽⁴⁶⁾.
- اتفاق المقر الفرعي الموقع بين منظمة الأمم المتحدة للأغذية و الزراعة و الجزائر الموقع في 31 جويلية 2001، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-239 المؤرخ في 22 أوت 2001⁽⁴⁷⁾.
- اتفاقية المقر الفرعية المبرمة مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر الموقعة في 14 أوت 2002، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-141 المؤرخ في 25 مارس 2003⁽⁴⁸⁾.
- اتفاقية المقر الفرعي المبرم مع المنظمة الدولية للهجرة الموقع في 29 أكتوبر 2002، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-204 المؤرخ في 05 ماي 2003⁽⁴⁹⁾.
- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و منظمة الأمم المتحدة للتربية و التعليم و الثقافة (اليونسكو)، الموقع بباريس في 28 فيفري 2014، بشأن إنشاء و تشغيل مركز إقليمي بالجزائر لصون التراث الثقافي غير المادي بإفريقيا، من الفئة 2، تحت رعاية اليونسكو، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-333 المؤرخ في 27 ديسمبر 2015⁽⁵⁰⁾.

(45) الجريدة الرسمية العدد 09، الصادرة في 25 فيفري 1987.

(46) الجريدة الرسمية العدد 52، الصادرة في 11 سبتمبر 1996.

(47) الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة في 26 أوت 2001.

(48) الجريدة الرسمية العدد 23، الصادرة في 02 أفريل 2003.

(49) الجريدة الرسمية العدد 32، الصادرة في 07 ماي 2003.

(50) الجريدة الرسمية العدد 69، الصادرة في 28 ديسمبر 2015.

يلاحظ أنه بعكس اتفاقات المقار الأصلية ، فإنه يمكن إبرام اتفاقات مقار فرعية عديدة، إذ يمكن لكل منظمة دولية أن تُنشئ مقرا لها بالجزائر، و مع ذلك يلاحظ العدد المحدود من الاتفاقيات المبرمة بالنظر لعدد المنظمات الدولية.

الفرع الثالث: مدى تسهيل الجزائر لعمل المنظمات الدولية الحكومية و غير الحكومية

باستقراء مضمون اتفاقات المقر الأصلية و الفرعية أعلاه، يمكن استنتاج أنّ الجزائر تسعى إلى جذب المنظمات الدولية من خلال إعطاء عدة تسهيلات لها مادية و تقنية، و حصانة لأعضاء المندوبية و ممثلي اللجنة، و كذا حصانة لمحلات و أموال و ممتلكات المنظمة و أرشيفها، بالإضافة للإعفاء الضريبي و الحقوق الجمركية و نحو ذلك.

ما تجدر الإشارة إليه هو بذل الجزائر المال للمنظمات الدولية، إذ تتحمل الجزائر لمهام بناء المقار و تأثيثها و تحمل تكلفتها، و تأمين مقار مؤقتة إلى حين استكمال أشغال البناء كما هو الحال بالنسبة للمعهد الدولي للتنمية المستدامة، بالإضافة إلى تمويل سنوي يعتبر أكبر مورد لميزانية المعهد.

كما يلاحظ على اتفاق المقر مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، و هي المنظمة غير الحكومية التي بدأت عملها في الجزائر ابتداء من 1998 بدعم اللجنة الهلال الأحمر لدعم النساء و الأطفال ضحايا العنف، و في سنة 1999 وقعت اللجنة مع وزارة العدل اتفاق يقضي بتمكينها من زيارة الموقوفين في المؤسسات العقابية، و ابتداء من 2002 في أماكن التوقيف للنظر للشرطة و الدرك، ففي 2006 قامت اللجنة بزيارة 21 مؤسسة عقابية، و هذا هو الهدف من اتفاق المقر، أي تسهيل نشاط المنظمة على أراضي دولة المقر و الحصول على اعترافها بالشخصية القانونية لها، ما يتيح لها حرية التصرف القانوني⁽⁵¹⁾.

لم تتجاوز بعض الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في منحها للمزايا و الحصانات حدود ما أقرته الاتفاقيات الدولية المماثلة، مثل اتفاق مقر المنظمة الدولية للهجرة أو لجنة المجموعات الأوروبية، في حين تضمنت اتفاقات مقار أخرى أحكاما خاصة و استثنائية تفوق تلك المقررة لغيرها من المنظمات الدولية المستقرة بالجزائر، خاصة التسهيلات المالية، فقد توسع اتفاق المقر الخاص باللجنة الدولية للصليب الأحمر في مجال الإعفاءات الضريبية و الجمركية، إذ جعل الإعفاء من أداء الضريبة غير المباشرة يشمل البضائع المقتناة بالجزائر و الموجهة للاستعمال الرسمي للجنة حتى في الخارج، كما جعل الإعفاء الجمركي يشمل الرسوم المتعلقة بالتخليق و عبور البضائع المقتناة بدولة معينة و الموجهة للمساعدات الإنسانية على إقليم دولة أخرى.

(51) لوكال مريم، المبسط في القانون الدولي الإنساني، محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثالثة ليسانس، جامعة امجد بوقرة-بومرداس، السنة الجامعية 2016-2017، ص ص 48-49.

كما منح اتفاق المقر الخاص بالاتحاد العربي للحديد و الصلب امتيازاً يخص التسهيلات النقدية، بحيث يستفيد الاتحاد في عملياته المصرفية بأنسب سعر رسمي لصرف العملة الصعبة بالجزائر.

إلى جانب اتفاقية المقر الخاصة بمنظمة الأمم المتحدة للأغذية و الزراعة التي تضمنت أحكاماً خاصة، أقرت من خلالها الجزائر تحمل كل التكاليف السنوية المترتبة عن استخدام المنظمة للمرافق العامة، مع تزويدها بكل الوسائل البشرية و المادية التي تمكنها من أداء مهامها على أكمل وجه.

في سياق متصل، لم تكثف اتفاقيات المقر الخاصة بكل من اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الوكالة الإفريقية للبيوتكنولوجيا و الاتحاد العربي للحديد و الصلب، بإعفاء مرتبات موظفي هذه المنظمات المتحصل عليها بالجزائر من الضريبة الوطنية، بل جعلت هذا الإعفاء يشمل المداخيل و التعويضات المتأتية من مصادر خارج إقليم الدولة الجزائرية.

يشار إلى أنّ اتفاق مقر مجلس شورى اتحاد المغرب العربي أقر عدم خضوع مرتبات الموظفين الجزائريين للضريبة الوطنية، كما أقر اتفاق مقر اللجنة الدولية للصليب الأحمر امتيازاً خاصاً، أعفى من خلاله الموظفين الجزائريين من الاستدعاء القضائي للإدلاء بالشهادة و هذا حتى بعد انتهاء مهامهم.

عطفاً على ما سبق، فقد تم إقرار امتداد الصفة الدبلوماسية للموظفين العاديين في اتفاقيات المقر المبرمة مع كل من لجنة المجموعات الأوروبية، الاتحاد العربي للحديد و الصلب و اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مما يفيد تمتعهم بالمزايا و الحصانات المقررة لكبار الموظفين ذاتها مع استفادة أفراد أسرهم من ذلك.

لذا نجد أنّ الجزائر أرادت من خلال دعمها للمنظمات الدولية تحقيق أغراض اقتصادية، و أخرى سياسية بحتة، أو تماشياً مع خصوصية بعض المنظمات الدولية و طبيعة نشاطها⁽⁵²⁾.

خاتمة

تحتاج المنظمات الدولية لدولة مقر تستطيع الانطلاق إلى العالم بأنشطتها من أراضيها، كما تحتاج الدول لها لعدة أسباب، أهمها الحصول على موقع في خارطة العلاقات الدولية و منافع مادية من خلال مردودية المؤتمرات التي تعقدها المنظمة، إلى جانب الاستفادة من خبرة المنظمة في المجالات التقنية و قبل كل هذا و ذاك تحقيق غاياتها السياسية، هذا التعايش الحساس يجعل اتفاقيات المقر اتفاقيات رابح رابح للطرفين.

لذا تسعى الدول من خلال اتفاقيات المقر إلى تهيئة الظروف لسير أعمال المنظمات في أحسن الأحوال، و عدم تقييد مزاياها و حصاناتها و ضمان سلامة نشاطها، منه يمكن القول أنه يوجد نواة صلبة في الامتيازات و الحصانات الدولية لا يحق للدولة التقليص منها حتى لدواعي الأمن القومي، تطبيقاً للقانون الدولي العام، و حفاظاً على صورتها أمام الرأي العام الدولي.

⁽⁵²⁾ أزميران بهجة، المرجع السابق، ص ص 107 - 109.

أما المنازعات التي يمكن أن تطرأ بين الطرفين فإنه يمكن تقسيمها إلى فئتين: أولاها المنازعات غير المعلنة، و هي تلك التي يحاول فيها كلا الطرفين الحصول على فوائد أكثر من الطرف الآخر، ما يسبب عراقيل لهذا الأخير و هذه الفئة الأكبر، و نوع آخر هي النزاعات المعلنة أو تلك التي تفاقمت إلى حد خرجت للعلن و عددها قليل، بحيث لا يكون من مصلحة الطرفين أن يتم حل الخلاف بينهما بما عدا الطرق الودية التي لا تخرج عن التفاوض، و في حالات أقل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الدوليين.

أما الجوائز فهي كدولة مقر أصلي و فرعي تحاول استقطاب المنظمات الدولية، و تقديم أحسن الامتيازات و الحصانات بُغية الاستفادة من وجودها على أراضيها من جهة، و تحسين صورتها أمام الرأي العام العالمي من جهة أخرى، و هو ما جعلها سخية فيما يخص الامتيازات المادية على وجه الخصوص الممنوحة للمنظمات الدولية.

تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

عيسات اليزيد⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

إن نظام تعدد الزوجات قديم، ومعروف عند الأمم السابقة، أين يباح بمقتضاه للرجل أن يكون في عصمته أكثر من زوجة، حيث كان لهذا النظام أشكال مختلفة من حيث وجوه تطبيقه من مجتمع لآخر، أما الشريعة الإسلامية فقد وجدت هذا النظام قائم ونظمته، فأقرت العدد بأربعة، وقيدته بشروطي العدل والقدرة علي الإنفاق. إن التشريعات العربية والإسلامية تتأرجح بين التقييد والإطلاق وتتوزع علي ثلاثة اتجاهات، منها من يمنع التعدد أصلا، ومنها من ترك الموضوع للشريعة الإسلامية، ومنها من أخذ موقفا وسطا، حيث تجيز التعدد بشروط شرعية وقانونية، وهو ذات الموقف الذي اعتنقه المشرع الجزائري، من خلال نصوص قانون الأسرة.

الكلمات المفتاحية:

تعدد الزوجات، الشريعة الإسلامية، حق الزوج في التعدد، ترخيص القاضي، المبرر الشرعي، التطلاق للضرر، قانون الأسرة الجزائري.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/22، تاريخ قبول المقال: 2018/06/03، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: عيسات اليزيد، "تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 460-437.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، قسم التعليم الأساسي للحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

المؤلف المرسل: ly.aissat@hotmail.fr

Polygamy, Between Restriction and Liberation in Islamic Doctrine and in Algerian Family Law

Abstract:

Polygamy, known since ancient times, allows the man to have more than one woman under his tutelage. The phenomenon has had several forms of application from one society to another. The sharia has framed, organized and empowered the man to have four women with certain conditions related to equity and the power to support themselves.

Its organization in the Arab-Muslim legislations varies between restriction and openness; some Arab legislations forbid it, others leave it to Islamic prescriptions; a third current allows it by posing some legal conditions, the latter current is apparent from the provisions of the code of the Algerian family.

Keywords:

Polygamy, Islamic sharia, right to polygamy, judge's authorization, divorce, Algerian family law.

La polygamie, entre restriction et libération dans la doctrine Islamique et en droit de la famille algérien

Résumé :

La polygamie, connue depuis les temps ancestraux, permet à l'homme d'avoir sous sa tutelle plus d'une femme. Le phénomène a connu plusieurs formes d'application d'une société à une autre. La Shari'a l'a encadré, organisé et a permis à l'homme d'avoir quatre femmes en lui posant certaines conditions liées à l'équité et au pouvoir de subvenir à leurs besoins.

Son organisation dans les législations arabo-musulmanes varie entre restriction et ouverture ; certaines législations arabes l'interdisent, d'autres laissent le soin aux prescriptions Islamiques ; un troisième courant le permet en posant quelques conditions juridiques, ce dernier courant ressort des dispositions du code de la famille algérien.

Mots clés:

Polygamie, Shari'a Islamique, droit à la polygamie, autorisation du juge, divorce, droit de la famille algérien.

مقدمة

يشكل تشريع الحقوق المتبادلة بين الزوجين القاعدة الصلبة لبناء صرح العلاقة الأسرية السليمة في النظام الاجتماعي الإسلامي، حيث لم يترك العلاقات الزوجية في مهب رياح العاطفة والمزاج الذاتي، أو عرضة لأموال العادات والتقاليد الراكدة أو الوافدة من الغرب، بل شرع ضوابط وحدودا واضحة للعلاقة المقدسة بين الزوجين، وحذر من التعدي عليها، ففي آيتين متتاليتين من سورة البقرة يتحدث القرآن العظيم عن هذه الضوابط تحت مسمى "حدود الله" وكرره ست مرات¹. ومن يتعدى حدود الله فهو الظالم. والظلم عظيم عند الله سبحانه وتعالى. إن الإسلام لم يجعل الحقوق الزوجية امتيازاً أو سلاحاً في يد أحد الزوجين يشهره في وجه الآخر، بل هي حقوق متبادلة متوازنة متكافئة، حيث يقول سبحانه وتعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"². والمتماثلة لا تعني المتشابهة والمطابقة في نوع الحقوق وتفاصيلها لكن هناك اختلاف بينهما نظراً لاختلاف طبيعة دور كل منهما في الحياة الزوجية، وذلك ما يستلزم حتماً نوعاً من التغيرات في الوظائف والحقوق، فالنفقة حق للمرأة على الرجل، وليس له عليها هذا الحق، وخروجها من البيت يستوجب إذن، بينما ليس لها عليه مثل هذا الحق. إن تشريع الحقوق الزوجية الإسلامية رائعة كاملة، إن توفرت والإرادة السليمة في تنفيذها والالتزام بها فعلياً، بعد الوعي الكامل بها من الطرفين مما يؤدي حتماً إلى وجود التوافق الزوجي، وبالتالي حماية الأسرة من التصدع والانحيار.

إن أهم ضمانات الالتزامات الزوجية إذن هي المعرفة الحقة بها وتنفيذها، والإرادة الصادقة في القيام بها تنفيذاً على أرض الواقع، لكن الكثير من الأزواج يجهلها، ويتصور أن له على زوجته حقوقاً لم تفرض لا شرعاً ولا تشريعاً وبالتالي تحدث الأزمات الأسرية، فمثلاً هذا زوج يغضب بشدة بسبب تصرف زوجته في أموالها الخاصة دون إذنه، اعتقاداً منه أنها تجاوزت الحدود وهذه زوجة تعتبر تفكير الزوج في الاقتران بأخرى خطأ جسيماً وذنباً لا يغتفر، وبالتالي تجد لنفسها مبرراً للتمرد على حقوق الزوج، رغم أنها لم تشتترط عليه عدم الزواج بأخرى في عقد الزواج منذ البداية، فقد تلجأ إلى طلب التطلق للضرر رغم أنها لم تلاحظ أي تقصير من الزوج في حقوقها المادية أو المعنوية، وهي تجهل أنه من حقه الشرعي والقانوني أن يعدد .

لقد كثر الحديث مؤخراً على مهاجمة الشريعة الإسلامية من باب تأديب الزوجة، وبعض قواعد الميراث، وتعدد الزوجات ومطالبة بعض الحركات النسائية والاتجاهات اللائكية بإلغاء تلك الأحكام على أساس أنها بالية مهينة للمرأة، بل هي أحكام لا تتماشى أصلاً مع الحضارة والحرية .

¹ الآيتين 229-230 من سورة البقرة.

² الآية 228 من سورة البقرة.

انطلاقاً مما تقدم فسوف أحاول التطرق إلى موضوع تعدد الزوجات باعتباره شأنًا دينيًا وقانونيًا من خلال الإجابة عن الاستفسارات التالية:

- هل وحدة الزوجة هو المبدأ الأصل، والتعدد استثناء أم العكس؟- هل تعدد الزوجات أمر جاءت به الشريعة الإسلامية فحسب؟ أم أنه قديم في الوجود؟ - هل التعدد أمر ديني بحت؟ وبالتالي لماذا يحشر القاضي أنفه بين الرجل ودينه؟ أم أنه أمر قانوني اجتماعي ينصب ضمن المصلحة العامة، وتدخل القاضي فيه ضرورة؟
- ما موقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك؟ ومع أي اتجاه يسير ضمن الاتجاهات العربية والإسلامية، منها تلك التي تسمح بالتعدد باعتباره أمرًا دينيًا بحتًا وبالتالي لا قيد ولا ضابط.

أم هو ضمن الإتجاه الذي يمنع تعدد الزوجات منعًا باتًا مما يؤدي إلى طرح تساؤل حول الفائدة الأخلاقية التي تنتج عن ذلك، خاصة الأمراض الخطيرة مثل الدعارة وانتشارها والتي أسماها الغزالي بالقبلة الجنسية¹. وارتفاع نسبة العوانس، وكذا الآلاف من الأبناء غير الشرعيين² فما الحل؟، وهناك اتجاه ثالث يسمح بالتعدد لكن بشروط وقيود منها القدرة على النفقة والعدل والمبرر الشرعي، بالإضافة إلي ترخيص القاضي مثلما عليه موقف المشرع الجزائري. ما الحكمة من التعدد وهل هو نعمة أم نقمة؟ هذه النقاط وأخرى نحاول التطرق إليها من خلال الحديث عن التعدد في الفقه الإسلامي أولاً، ثم موقف قانون الأسرة ثانياً، وبعدها إبراز الحكمة من تعدد الزوجات ومبرراته ثالثاً فيما يلي:

* **تعدد الزوجات أمر قديم:** إن تعدد الزوجات نظام قديم يباح بمقتضاه للرجل أن يكون في عصمته أكثر من زوجة واحدة، وقد أخذ بهذا النظام الكثير من المجتمعات الإنسانية في مختلف العصور ولا يزال مطبقاً لدى الكثير منها، ومن أشهر الشعوب التي أخذت به قديماً العبريون والعرب في الجاهلية، وقدماء المصريين والفرس والآشوريون واليابانيون والهندوس، كما عرفه الروس والجرمان واليونان والصينيون وسكان إفريقيا وغيرهم، لكن نظام تعدد الزوجات لم يظهر بصورة واضحة إلا في الشعوب المتقدمة في الحضارة، وهي التي وصلت إلى مرحلة الزراعة المتقدمة. ويرى الكثير من الباحثين أن نظام التعدد سيتسع نطاقه بتقدم الحضارة³.

إن لهذا النظام أشكال وأوضاع مختلفة من حيث القيود، ووجوه تطبيقه تختلف من مجتمع لآخر، ففي بعضها التعدد مباح على الإطلاق، وعند بعضها لا يباح إلا عند الضرورة كأن تكون الزوجة عقيمة أو مريضة، وبعض الأمم تبيحه لكل فرد، وأخرى تقصره على طبقات خاصة مثل الملوك والأمراء أو رجال الدين⁴، وكذلك

¹ محمد الغزالي، قضايا المرأة، دار الهناء للطبع والنشر والتوزيع الجزائر، السنة 2001، ص 45.

² مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثالثة ص 225.

³ علي عبد الواحد وافي، الأسرة والمجتمع، دار النهضة مصر، الطبعة السابعة، 1977-ص 76-77/ إيمان السيد عرفة محجوب، الزواج وحقوق المرأة في المجتمعات القديمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، ص 18.

⁴ علي عبد الواحد وافي، مرجع سابق ص 77.

-إيمان السيد عرفة، مرجع سابق، ص 18.

الأمر بخصوص العدد، ففي بعض المجتمعات العدد غير محدد، وللرجل الحق في الزواج بأي عدد شاء، وعند البعض فإن العدد مقيد، وعند بعض المجتمعات العدد تحدده طبقة الرجل الاجتماعية. فيباح للملوك والأمراء الزواج بعدد أكبر ممن هم دونهم طبقة، قد يصل العدد إلى المئات، ولكن هناك من يقتصر على الزوجة الواحدة¹.

إن التعدد كان نظاماً سائداً حتى في الأديان السابقة، بل هو سنة الكثير من الأنبياء، فالتوراة تقول أن للنبي داود عليه السلام تسعة وتسعون زوجة، ولسليمان عليه السلام سبعمائة زوجة من الحرائر، و إبراهيم عليه السلام له زوجتان، كما أن موسى عليه السلام أقر تعدد الزوجات. أما المسيحية فجعلت وحدة الزوجة المثل الأعلى للزواج، وإن لم يرد في الإنجيل نص صريح يدل على تحريم التعدد، في حين نجد التشريعات الكنيسية تحرم التعدد، بل وتعتبر ذلك من الردة. هكذا نلاحظ أن عموم المجتمعات السابقة تختلف حتى في مركز الزوجات في الأسرة الواحدة، ففي بعضها يعاملن على قدم المساواة، وبعضها الآخر يفرق بينهن في ذلك فيجعل إحداهن زوجة أصلية، وينتسب إليها جميع أولاد الرجل منها ومن ضرائرها، والباقي فهن من الدرجة الثانية، والمجتمعات التي تسير على نظام الرق تبيح للسيد أن يعاشر إماءه معاشر الأزواج أي كان عددهن دون اعتبار ذلك زواجا صحيح². إن بعض الشعوب تنظر إلى هذا التعدد على أنه واجب، والبعض يرى أنها رخصة جائزة، وبالتالي يجوز للرجل الاقتصار على واحدة. رغم أن ذلك يولد نظرة ضعف وفقر واحتقار للزوج، على عكس الذي يعدد وذاك دليل على القوة والعزة واليسر والهيبة والمكانة العالية³.

أولاً: تعدد الزوجات في الإسلام

لقد كان العرب قبل الإسلام يمارسون تعدد الزوجات من غير قيد، وكان التعدد منتشرًا بين قبائل العرب وهم يفتخرون به، ولو دون قدرة على الإعالة، والعدل مفقود بين النساء، حيث كن يتعرضن للإهانة والاضطهاد، وأبسط دليل على ذلك ما يعرف عند بعض قبائل العرب "بؤاد البنات".

¹ صوفي حسن ابو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، جامعة القاهرة 2007 ص34، محمود سلام زناتي، من أشكال التمييز ضد النساء عند العرب، مجلة حقوق الانسان، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الثاني، جانفي 1999 ص 83.

² علي عبد الواحد وافي، الاسرة والمجتمع، مرجع سابق، ص78.

³ سناء الخولي، الزواج والعلاقات الاسرية، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1979 ص 52.

إن الإسلام وجد نظام التعدد قائما، وأباحه وقيده بأربع ، مع شرط العدل والقدرة على الإعالة والإنفاق، فالإسلام لم ينشئه، بل نظمته بما تقتضيه المصلحة الاجتماعية، فلقد أسلم الكثير ولديه العديد من الزوجات خمسة وعشرة، فكان الرسول (ص) يأمر كل من أسلم بأن يمكأ أربعاً فقط ويسرح الباقي تطبيقاً لحكم القرآن الكريم.¹

فمثلاً أسلم غيلان الثقفي وعنده عشر نسوة في الجاهلية، وأسلمن معه، فقال رسول الله (ص): "اختر منهن أربعاً" وكذلك عمير الأسيدي قال: أسلمت وعندي ثمانى نسوة فذكرت للنبي (ص) ذلك ، فقال : " اختر منهن أربعاً". إن الإسلام أباح للرجل أن يجمع بين اثنتين، وثلاث وأربع، لا أكثر. على شرط ألا تكون واحدة منهن ذات رحم محرم للأخرى كالأخت وأختها، كما سوى بين الزوجات في الحقوق والواجبات، وأوجب على الرجل أن يعدل بين زوجاته في ما يستطيع العدل فيه، في المأكل والملبس والمسكن والمبيت والعلاج وما إلى ذلك، وإن غلب على ظنه عدم القدرة على ذلك فما عليه إلا الزواج بواحدة، وفي ذلك قال الله تعالى : " وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيما نكم ذلك أدنى ألا تعولوا"² وقد بين القرآن العظيم أن العدل المطلوب فيما يمكن كالنفقة ومشمولاتها، لأن الزوج إن قصر في ذلك حيال زوجة لا يحبها فمال عنها كل الميل، فإنه بذلك يتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا مطلقة، وذاك ظلم لا يقره الإسلام.

أما الميل النفسي والمحبة القلبية فذاك أمر خارج عن إرادة الزوج، و هو أمر طبيعي عادي، وقد أشار اليه القرآن الكريم أيضاً حيث يقول الله تعالى: " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفوراً رحيماً"³ فنلاحظ أن الارتباط وثيق بين الآيتين الكريمتين⁴ وقد أشار الى هذا المعنى الرسول (ص) إذ يقول: " اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تواخذني فيما تملك ولا أملك⁵، فالشرط هو العدل في النفقة والمبيت وغيره مما هو ممكن، من غير الميل النفسي والقلبي، فذلك غير مستطاع وليس بمقدور الإنسان⁶ فالإسلام يبيح التعدد بتوفر الشروط، ويبيح عدم المسؤولية في الحب، والرسول (ص) يقول: ' من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه مائل'⁷.

¹ الآية 3 من سورة النساء.

² الآية 3 من سورة النساء.

³ الآية 129 من سورة النساء.

⁴ لإمام محمد شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، دار الشروق، القاهرة، ط15/ 1988 ص 179.

⁵ علي عبد الواحد واني، الأسرة والمجتمع، مرجع سابق، ص 79-80/عبد الرحمان الجزيري، الفقه علي المذاهب الأربعة، دار الغد الجديد، المنصورة، مصر، ط2005، ص942.

⁶ وهبة الزحيلي الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق، ص 89.

⁷ أحمد عبد العزيز الحصين، المرأة و مكانتها في الإسلام، مرجع سابق، ص 164.

أ - شروط التعدد

هكذا نلاحظ أن شروط إباحة التعدد في الإسلام اثنان هما :

- 1-تحقيق العدل المأمور به شرعا بين الزوجات في النواحي المادية من نفقة وحسن المعاشرة، والمبيت ومعاملة متساوية وإلا الاقتصار على واحدة عند الخوف من الجور .
- 2-القدرة على الإنفاق فلا يحل للرجل الزواج ولو بواحدة أو بأكثر إذا كان عاجزا عن توفير المؤونة ومتطلبات الزواج كما قال الرسول (ص):'((يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء)) والباءة هي مؤن النكاح ونفقاته.

ب - أسباب التعدد

- إن وحدة الزوجة هو الأفضل الغالب وقوعه، وأما التعدد فهو الاستثناء الطارئ بسبب الضرورة أو العذر، وهو ليس أمرا واجبا وإنما هو مباح شرعا لأسباب عامة أو خاصة:
- أما الأسباب العامة فمنها قلة عدد الرجال وكثرة النساء خاصة ، بعد الحروب مثلما حدث في ألمانيا بعد الحرب العالمية الأولى، حيث صارت نسبة النساء للرجال واحدا لأربع أو ست، فطالبين بنظام التعدد لتلافي نقص الرجال، وكذلك الرغبة في زيادة النسل لرد العدوان، والحاجة إلى الطاقة البشرية لنمو الاقتصاد وخاصة الصناعة والزراعة وغيرها.
 - أما الأسباب الخاصة فهي تلك التي تتعلق بالعقم والمرض، وكراهية الرجل للزوجة، أو عدم قدرتها على إشباعه جنسيا، فالتعدد يبعده عن الحرام، وهو حل وسط شيق، فتعدد الزوجات أحسن بكثير من وحدة الزوجة وتعدد الخليلات، وما ينجر عن ذلك من الأولاد غير الشرعيين وانعكاساته الضارة على الأسرة والمجتمع ككل.
- هذه الأسباب ونحوها تجعل التعدد في روح الشريعة مقيدا بحالة الضرورة أو العذر أو المصلحة المقبولة شرعا¹ فأينما وجدت المصلحة فثمة شرع الله الصالح لكل زمان ومكان.

¹ الفقه المالكي الميسر، وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص 90، 91.

ثانيا : تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري

إن التشريعات العربية للأحوال الشخصية انقسمت في موضوع التعدد إلى ثلاث اتجاهات:

1-الاتجاه الأول

ترك الموضوع للشريعة والفقهاء وأحجم عن التدخل بنصوص منظمة كالتقنين السوري -المادة 37 والأردني- المادة 40.

2-الاتجاه الثاني

حرم تعدد الزوجات وتجاوز حدود الشروط القانونية والشرعية، ورتب على المخالفة عقوبات زجرية تقع على من يغامر بالتعدد وذلك هو اتجاه القانون العراقي والتونسي.

3-الاتجاه الثالث

أخذ موقفا وسطا، حيث أجاز التعدد بشروط قانونية بالإضافة إلى القيود الشرعية منها التقنين المغربي والمصري واليمني والصومالي وكذا الجزائري.

إن قانون الأسرة الجزائري لعام 1984 أول قانون في الجزائر قد تحدث في نص المادة 8 عن التعدد حيث سمح به متى وجد المبرر الشرعي ونية العدل، وإخبار الزوجة السابقة واللاحقة بذلك، وإلا فإنه قد ارتكب غشا ويعاقب بميلاد حق كلتا الزوجتين في طلب التطلاق، إذا لم ترض إحداها أو كلتاها، وعند التعديل الذي جاء في عام 2005 أحدث بعض الإضافات إلى النص القديم في النصوص الجديدة 8 و8 مكرر و8 مكرر 1 أضاف إلى ذلك:

1-عنصر استصدار ترخيص من القاضي، وهذا الأخير لا يرخص إلا إذا تأكد من موافقة الزوجتين أو الزوجات، وإثبات المبرر الشرعي، والقدرة على توفير العدل النفقة، وهو ما عبر عنه المشرع بالشروط الضرورية للحياة الزوجية.

2-استبدال مصطلح الغش بمصطلح التدليس والذي يجب إثباته حتى يمكن طلب التطلاق من الزوجتين، ويفهم أن عدم إعلامهما يعتبر تدليسا.

3-إذا تزوج الرجل من ثانية، ودون ترخيص من القاضي فإن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول والبناء، وهي إشارة من المشرع إلى منع الزواج العرفي الذي يتم خارج القضاء، ولكن المشرع سكت عن الحالة الثانية الممكن حدوثها والمتمثلة في الزواج دون إذن القاضي وتم الدخول فهل ينطبق نفس الحكم بحيث يفسخ أيضا؟ أو ينطبق الحكم السابق والقاضي بطلب التطلاق من ذوات الشأن الزوجتان السابقة واللاحقة، /و عادة مثل هذا الزواج يتم دون إخبارهما؟

إن المشرع الجزائري واقتداء بأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر السيد¹ قد أباح تعدد الزوجات كمبدأ عام، حسب ما يفهم من طيات نصوص المواد 8 - 8 مكرر وكذا 8 مكرر 1. حيث تنص المادة 8: يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشرع متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية - يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد: من موافقتها وإثبات الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية. أما المادة 8 مكرر فتتعلق بحالة التدليس أين يجوز لكل زوجة المطالبة بالتطليق. قضائياً. و قد أضاف المشرع نصاً مكملاً يتجسد في المادة 8 مكرر 1 يقول: يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط الواردة في المادة 8 أعلاه.

أ- شروط التعدد في قانون الأسرة الجزائري

من خلال استقراء هذه النصوص نستشف الشروط الواجب توافرها والتي يجب على القاضي التأكد من وجودها قبل الترخيص بالتعدد ويمكن إجمالها في:

- من حيث العدد أربع زوجات -- عدم وجود شرط سابق يقضي بعدم التعدد أو وجود الشرط.
- وجود المبرر الشرعي أو المسوغ المقبول -- نية العدل بينهن مع القدرة على ذلك فيما يستطيع -- النفقة ومشتملاتها -- إخبارهن أولاً وموافقتهن. -- استصدار ترخيص من القاضي أي إدخال القاضي في الأمر الذي يتأكد من وجود المبرر الشرعي وموافقتهما والقدرة على العدل والإنفاق
- و هي النقاط التي نحاول باختصار التطرق إليها من خلال ما يلي:

1- العدد هو أربع زوجات

حيث لا يجوز للزوج أن يعقد على الخامسة وفي عصمته أربع زوجات في وقت واحد ما دام مسلماً، خاضعاً لأحكام الدين الحنيف. فإذا أراد أن يتزوج الخامسة، فعليه أن يطلق إحدى زوجاته الأربعة وينتظر حتى تنقضي عدتها، ثم يتزوج بمن أراد لتحريم الجمع بين أكثر من أربع في وقت واحد، وذلك ما ورد في القرآن العظيم² بتعبير مثلى وثلاث

¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

² الآية 3 من سورة النساء .

ورباع ويكون العطف بالواو للتخيير وليس للجمع كما فهم بعض الشيعة والظاهرية حيث يجمعون في فهمهم اثنتين مع ثلاث وأربع، ليصبح المجموع تسع نسوة¹.

إن المشرع الجزائري يندرج إذن ضمن بعض التشريعات العربية والإسلامية التي تبيح التعدد، وذلك ما يستتبط من نص المادة 8 بقولها -يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، لكن بقيود وشروط منها خاصة العدل والإعالة بالنفقة ومشتملاتها المعروفة عرفاً، وبحسب استطاعة الزوج.

2- انعدام الشرط الذي يقضي بعدم لجوء الزوج إلى تعدد الزوجات أثناء العقد

فالمؤمنون عند شروطهم وبرضاهم، والرضا في العقود يعد بمثابة العصص الذي يقف عليه العمود الفقري للعقد، ويشترط فيه شرعا وتشريعيا الإرادة الصافية الحرة بأهلية كاملة، وإدراك ووعي تام، فلا إكراه ولا غش ولا تدليس ولا غبن وغير ذلك، خاصة عندما يتعلق الأمر بأقدس عقد على سطح الأرض وهو عقد الزواج.

يقول المشرع في نص المادة 4 من قانون الأسرة: الزواج عقد رضائي بين الرجل والمرأة....

و يضيف في المادة 9 من قانون الأسرة : ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجية ...

و المادة 19 تنص على: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي

يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات ."

الملاحظ من خلال هذه النصوص أن المشرع قد ركز على ركن الرضا وذاك ركن معروف ابتدائي أولي

فلا تعليق عليه، وبخصوص إدراج شرط عدم التعدد فهناك حالتان:

*الأولى: أن تشترط المرأة على الزوج في عقد الزواج منذ البداية على أنها لا تقبل بالضرورة منفردة كانت

أو تعددت، وقبل بذلك الزوج دون تردد أو تحفظ، فلا يمكن له أن يعدد الزوجات عملا بالشرط السابق الذي قبل

به، ونفس الحكم إذا حدث أن ورد شرط عدم التعدد من الزوجة في عقد رسمي ثابت لاحق وقبل بذلك الزوج،

وإذا حدث أن غير الرجل رأيه لاحقا فيجب عليه عندها إقناعها بالقبول والتنازل عن الشرط، خاصة إذا طرأ

ظرف غير متوقع أصلا كالمرض أو العقم أو تنافر الطباع ونحو ذلك، ففي مثل هذه الحالة فالتفرقة بينهما

تحدث بالتطبيق بعد طلبها، أو بأن يطلقها بإرادته المنفردة ما دامت العصمة بيده، فتصبح الزوجة بين نارين

تتمرغ، اما الفرقة وهي أبغض الحلال عند الله أو الرضا بالضرائر والقبول ، و إذا كانت ذكية تطبق قاعدة أهون

الضررين فالتعدد أحسن والطلاق أكثر ضررا². وفي هذه الحالة فإن القاضي يعمل سلطته، ويحاول إجراء

الصلح عدة مرات أملا في الحفاظ على الأسرة وذلك ما أشارت إليه المادة 49 من ق.ا.ج

¹ الفقه المالكي الميسر، وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص 87 .

² أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 2003/5 مطابع دار الجمهورية للصحافة، مصر، ص113.

*الثانية: تتمثل في إمكانية اشتراط الزوج في عقد الزواج الأصلي أو اللاحق، بأنه يعدد وقبلت المرأة بذلك عندها لا حجة لها، ولا حاجة لإذنها وقبولها وما عليها إلا أن تبحث عن الحل، كأن تخلق عذرا لتطلب التطلق، أو تلجأ الى الخلع وما إلى ذلك من الحلول القانونية، خاصة تلك الواردة في المادة 53 ق.أ.ج وفي هذه الحالة، إذا ما افترضنا جدلا أنها سكتت وبقيت، فيجب على الزوج أن يتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 8 حيث يجب عليه إخبار الزوجة التي يقبل على الزواج بها بأن له زوجة سابقة، ويلجأ إلى القاضي لاستصدار الترخيص المطلوب قانونا، حتى يكون الزواج صحيحا ورسميا، وبالتالي يغلق الباب أمام الزوجة السابقة، فلا تلجأ للقضاء لطلب التطلق بحجة الضرر أو الضرائر التي ترفضها.

3- شرط وجود مبرر شرعي

وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، وهو معيار مرن وشخصي وواسع، كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، ورغبة زوجها في الإنجاب، مع تعلق كل واحد منهما بالأخر، أو مرضها وعدم قدرتها على القيام بشؤون البيت¹، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للاختلاط الجنسي لإصابتها بمرض أو غيره، ويرى زوجها من الوفاء ألا يتركها فريسة للحياة السيئة، وأن يبقيا تحت رعايته ويشملها بالعطف والرعاية، فيكون من الحكمة ألا تمنعه من التزوج بغيرها، كما قد يستولي الحب على قلب الزوج فيهم بامرأة غير زوجته حبا، بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضهما، فيكون من المصلحة أن يباح لهذا الرجل التزوج بهذه المرأة، مع الإبقاء على زوجته حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة². وذلك ما يصنفه الكثير من الفقه بالأسباب الخاصة للتعدد³. إن القاضي بسلطته ينظر في وجود المبرر الشرعي من عدمه، فعندما يكون ذلك ظاهرا يسهل إثباته، ولكن في أحيان أخرى قد يكون معنويا ذاتيا نفسيا يصعب كثيرا التأكد منه وجودا وعدمه، فالنفوس جنود مجندة ما تعارف منها تآلف وما تنافرت منها اختلف كما يقال، وبالتالي فإن القاضي قد يكتفي بما يدلي به الزوج، وبعدها يقدر الوضع ويقيم ويقرر إن كان المسوغ مقبولا قانونا والمبرر معقولا شرعا.

¹ سعيد بويزي، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، ، تيزي وزو عام 2000، 2001، ص 9.

² بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 130 وما بعدها.

³ وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق ص 90.

4- ضرورة توفر نية العدل

ضرورة توفر شروط ونية العدل بين الزوجات في الحقوق والواجبات، حيث يقول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنَى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾¹.

أباح الله تعدد الزوجات وقصره على أربع، وأوجب العدل بينهما في النفقة، أي الطعام والسكن والكسوة والمبيت، وسائر ما هو مادي، من غير تفرقة بين غنية وفقيرة، أو عظيمة وحقيرة، فإن خاف الرجل عدم الوفاء بحقوقهن جميعاً، حرم عليه الجمع بينهما، فإن استطاع الوفاء بحق ثلاث نسوة حرم عليه العقد على الرابعة، ومن خشي الجور والظلم بزواج الثانية حرمت عليه²، ذلك ما يفهم من الآية القرآنية السابقة، وأن الرسول (ص) قال: "من كانت له امرأتان فمال إلى إحداها جاء يوم القيامة وشقه مائل"³.

فشرط العدل ضرورة للتعدد في الشريعة الإسلامية، كما يلاحظ أنه لا تعارض بين ما أوجبه الله من العدل في هذه الآية المذكورة أعلاه، وبين ما نفاه الله في الآية الأخرى من سورة النساء وهي قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّةِ﴾⁴.

فالعدل المطلوب هو العدل الظاهر الذي يقدر عليه الزوج، وليس هو العدل في المودة والمحبة، فإن ذلك لا يستطيعه أحد، بل هو أمر خارج نطاق الزوج وإرادته، والرسول (ص) كان يقسم فيعدل، ويقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"، فالميل في الحب والقلب لا يؤاخذ الإنسان على ذلك، وهذا هو المعنى الذي يشير إليه الرسول (ص)⁵ وهذه النقطة هي التي ذكرها المشرع الجزائري في ق.أ.ج في المادة 8 المذكورة أعلاه، نلاحظ أنه كرر في ذات النص ضرورة توفر العدل، والسؤال هو كيفية قيام القاضي بالتأكد من ذلك، فقد يسهل الأمر في الجوانب الظاهرية المادية ولكن المعاشرة الحسنة قد تختلف من زوجة لأخرى، وبالتالي يتبخر واقعيًا هذا العدل المعنوي بين الزوجات، ثم أين الضمان باستمرار الزوج بالعدل بينهما، فالقلوب تتقلب والطباع تتغير.

¹ جزء من الآية 3 من سورة النساء.

² الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 47/السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 110.

³ أحمد عبد العزيز الحصين، المرأة ومكانتها في الإسلام، مرجع سابق، ص 164.

⁴ جزء من الآية 129 من سورة النساء.

⁵ الإمام ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، مطبعة المعاهد، مصر، 1354، ص 51.

إن ربط المشرع التعدد بإذن القاضي كالطلاق لا يؤدي لخير ولا يحقق مصلحة والسبب في ذلك أن الزوج أعرف بأحواله وإمكاناته، فيكون أقدر على تقدير ظروفه وما تتطلبه الحياة الزوجية، وما يأمره به الشرع من عدل وإحسان في المعاشرة.

إن إطلاع القاضي على ظروف الرجل الحقيقية أمر عسير وغير مجد، بل وربما كان في ذلك مساس بأسرار حياته والحد من اختياراته الشخصية، والحيلولة ربما بينه وبين دينه.

إن التعدد ليس بالأمر المخيف، إلى درجة جعل القانون يتدخل من خلال القاضي، ولا يتمكن القانون من علاج أمر، ما لم تتوفر النية الطيبة، والوازع الديني الصافي، واتقاء الله في خلقه.

إن جعل القاضي طرفا فاعلا في تعدد الزوجات يكون ربما أنفع إن نبه الزوج إلى الزجر والردع والتعزير إن هو أذنب في حق الزوجات ... ثم لماذا يستعجل القانون ويفترض وقوع الضرر قبل حدوثه، خاصة إذا رغب الزوج في التعدد وقبلت الزوجات، فالرضا هو الأساس.

5- القدرة على الإنفاق

كشروط سيد وأساسي وهو ما عبر عنه المشرع بالشروط الضرورية للحياة الزوجية - المادة 8 فقرة 3 - ومعنى ذلك النفقة ومشتقاتها ... وهي من واجبات الزوج تجاه الزوجة نظير الاحتباس وهو الأمر المعروف (المادة 74 ق.أ.ج).

و النفقة عادة تشمل الغذاء والكساء والعلاج والسكن وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة (المادة 78 ق.أ.ج) وتكون بقدر الاستطاعة، وهي التي عبر عنها الرسول (ص) بالباءة في الحديث المشهور، وفي حال عدم قيام الزوج بهذا الواجب فإن الزوجة ترفع أمرها إلى القاضي، ليقرها، ويجبره على أدائها وإن حدث أن كان هناك تعدد للزوجات فكل واحدة لها الحق في الإنفاق.

إن النفقة من الأمور المادية الظاهرة التي يمكن للقاضي تقديرها حسب موارد الزوج ومدى استطاعته على إعالة الزوجات، و هي أيضا من الأمور البديهية المنطقية كشرط أساسي للتعدد الوارد في القرآن العظيم في آية التعدد بمصطلح الإعالة "تعولوا".

إن غياب القدرة على الإنفاق يجعل طلب ترخيص العقد مرفوضا ابتداء لأن التعدد مع الفقر، خاصة إذا كان مدقعا، يكون ظلما وضررا، وذاك غير مقبول شرعا وعقلا وتشريعا .

اللهم إلا إذا كانت الزوجية قائمة، والزوجة دخلت في حكم الناشز، ولا نفقة لناشز¹.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط1957، ص332.

فحكم النفقة هو وجوبها بالقرآن العظيم في عدة آيات منها قوله تعالى: " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"¹ ويقول في آية أخرى: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"² وكذلك في السنة قوله (ص) في حجة الوداع: << ولهن عليكم رزقهن، وكسوتهن بالمعروف >>³ والإجماع يقضي بها، فمن حبس لحق غيره، فالنفقة واجبة عليه.⁴

6- وجوب إخبارهما واستصدار ترخيص من القاضي

لقد أورد المشرع الجزائري شرطاً آخرًا واضحًا من نص المادة 2/8 وهو ضرورة إخبار الزوجة السابقة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بالثانية، كما يجب أن يحيط علماً المرأة الثانية التي ينوي العقد عليها بوجود صرة لها.

فمن واجب الزوج إخبارهما معا أو إخبارهن إن تعددن، وإذا لم يفعل ذلك فإن المشرع الجزائري قد جعل ذلك سبباً يسمح من خلاله للزوجة السابقة وكذا اللائحة بطلب التظليق من القاضي، بناءً على غش وتدليس الزوج لهما أو لإحديهما وبالتالي يفقد الزوجة الأولى إذا لم ترض بالزواج الثاني، حيث تطلب التظليق، أو أن الزوجة الثانية تصنع نفس الشيء إذا لم ترض هي الأخرى بأن يشاركها غيرها من النسوة في زوجها الجديد. المشرع بذلك يهدف إلى تقييد التعدد حتى لا تهضم حقوق الزوجات عند تعددهن.

إذن مجرد عدم إخبارهما يعد تدليسا ومراوغه، والتدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد، يفضي إلى عدم صحة رضاه، لأنه ترتب على الحيل المستعملة فلولاها لما رضى المدلس عليه بالتعاقد⁵. فالتدليس له عنصران: الأول موضوعي وهذا باستعمال الطرق الاحتمالية وعنصر نفسي وهو دفع المتعاقد على التعاقد.

إن الزوج قد يمارس هذا الأسلوب على الزوجة الأولى أو تلك التي يقبل على الزواج بها بأن يخفي أمر زواجه بالأولى أو العكس. والحل في ذلك هو طلب التظليق من إحدهما أو من كليهما معا. وواقعة التدليس يجب إثباتها بشروطها الثلاثة المتمثلة في استعمال طرق احتيالية، وأن تحمل وتدفع المتعاقد - الزوجة - إلى التعاقد، والشرط الثالث هو أن يكون التدليس قد صدر من المتعاقد الآخر - الزوج - أو عالما به⁶ وذلك ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 86 من القانون المدني بقوله: 'يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل

¹ جزء من الآية 6 سورة الطلاق .

² جزء من الآية 233، سورة البقرة.

³ أبي بكر ابن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن الكريم، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 1، ص 375.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 332.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 319.

⁶ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988، ص 46.

التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة،¹ وهذا النص ينطبق تماما على واقعة إخفاء الزواج علي احدي الزوجتين، أو كليهما.

لقد أضاف المشرع في المادة 8 مكرر 1 حلا قانونيا لحالة الزواج الخفي عادة ما يكون عرفيا، بحيث يتزوج الرجل بزوجة ثانية أو ثالثة أو رابعة دون ترخيص من القاضي المطلوب قانونيا، والحل يتمثل في فسخ عقد الزواج الجديد قبل الدخول،، فنلاحظ أن المشرع وان كان قد ذكر لهذه الحالة الأولى حلا فإنه لم يحدد ما إذا كان الفسخ يكون بطلب نوات الشأن أي الزوجات المعنيات بالأمر، أم يكون بحكم القانون، وبالتالي تدخل النيابة العامة كطرف أصلي في جميع القضايا الأسرية، حسب نص المادة 3 مكرر من ق.أ.ج.

إن الزوج الذي لم يستصدر الترخيص المطلوب قانونا يعد مخالفا بسلوكه هذا للقانون، والنص أمر متعلق بالنظام العام، بحيث أن نوع الفسخ في هذه الحالة هو فسخ قانوني، ما دام لم يتوفر شرط قانوني لحالة تعدد الزوجات، ومتعلق بالأحوال الشخصية، وهناك الفسخ الإتفاقي والقضائي طبعاً في عموم العقود الملزمة للجانبين.¹

كما يثور السؤال حول الحالة الثانية والمتمثلة في إتمام الزواج الجديد وتم الدخول والبناء فما الحل ؟ فهل يفسخ أيضا وبالتالي يترتب عليه آثاره من عدة وثبوت النسب وغير ذلك، أم يترك الأمر للزوجات بحيث يمكن لهن أيضا طلب التظيق للضرر الناتج عن التعدد، وهو ضرر معتبر شرعا ومن ضمن الأسباب المذكورة في المادة 8 مكرر و 53 من ق.أ.ج. فيجب على القاضي قبل الاستجابة لطلب التظيق .

1- التأكد من توفر الأسباب المدعمة لطلب التظيق .

2- التأكد من تمسك الزوجة بفك الرابطة الزوجية بناء على تلك الأسباب والظروف .

و يمكن للقاضي اتخاذ التدابير الملائمة، بما في ذلك الأمر بالتحقيق، والخبرة الطبية، والانتقال للمعاينة تطبيقا لما هو وارد في المادة 451 قانون الإجراءات المدنية والإدارية² التي تنص على <>أن يعاين القاضي وكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التظيق طبقا لأحكام قانون الأسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها ... يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة لا سيما الأمر بالتحقيق أو الخبرة الطبية أو الانتقال للمعاينة ...³. وتكمن أهمية هذا الحكم في التأكد من صحة دعوى الزوجة، قبل الحكم بالطلاق لأن هذا الأخير ليس بالأمر الهين، وبالتالي فلا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي (المادتين 48 و 49 من ق.أ.ج).

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 698.

² بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2/2009، منشورات بغدادية ص 339.

³ المادة 451 قانون الإجراءات المدنية والإدارية .رقم 08-09 مؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب- بعض الملاحظات حول موقف قانون الأسرة من التعدد

1- ما يمكن أخذه على ق.أ.ج في هذا المجال، هو أن المشرع افترض وجود الضرر مسبقاً لمجرد التعدد، ومنح الزوجة حق التطلاق، دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة ويتحقق الضرر في الواقع بسبب التعدد، انطلاقاً من أن الزواج دون علم إحدى الزوجتين ليس ضرراً في حد ذات¹. بل أن الله سبحانه وتعالى أباح التعدد وفي ذلك حكمة معتبرة .

2- إن منع الزوج من الزواج بثانية، قد يدفعه إلى القيام بطلاق الزوجة الأولى بإرادته المنفردة² ليتمكن من الزواج بالثانية، وبالتالي يحدث ما لم يكن في الحسبان، وذلك ما يرفع من حالات الطلاق ونسبته في المجتمع، وما ينتج عنه من انحلال الأسر وضياع الأولاد وغير ذلك.

3- إن منع الزوج من الزواج بالثانية التي وقع في حبها، قد يؤدي إلى سقوطه معها في فاحشة الزنا المحرمة شرعاً، ويتخذها خلية لا تربطه بها رابطة إلا تلك التي تربط الحيوانات³.

4- كما يمكن أن نأخذ على ق.أ.ج أنه منح المرأة حق طلب التطلاق بسبب عدم إخبارها، دون أن يحدد المشرع مهلة معينة لممارسة هذا الحق، ما بين تاريخ العلم بالزواج وما بين تاريخ طلب التطلاق، الأمر الذي يجعل من هذا الحق، وسيلة تهديد مستمرة في يد الزوجة، وسيفاً مسلطاً على رقبة الزوج تستعمله متى شاءت بعد شهر أو سنوات، والأحسن لو وضع المشرع مدة زمنية معينة معقولة لتقادم دعوى التطلاق، بحيث إذا مضت مدة معينة من تاريخ العلم بالزواج الخفي، لا يحق للزوجة أن ترفع دعوى التطلاق للحيلولة دون التعسف في استعمال هذا الحق .

و افتراض وقوع الضرر قد يصدقه الواقع أحياناً، خاصة أن الزوجة في الغالب الأعم أنانية حيث لا ترغب في أن يشاركها غيرها في زوجها، فقد تفتعل ضرراً أو قد تختبره وتطلب التطلاق مادام القانون يفتح لها هذا الباب.

لكن أحياناً أخرى التعدد مستحسن ويخدم مصلحة العائلة، ويكون التعاون على حمل أعباء الأسرة، ويسود التفاهم وتتحقق الحكمة المبتغاة من إباحة المشرع للتعدد في حدود أربع نسوة، والله سبحانه وتعالى يشرع حسب طبيعة البشر ... هذا من جهة. ومن جهة أخرى يمكن للزوجة أن تشتترط عدم التزوج عليها وذلك حق لها⁴،

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج، مرجع سابق ص 274.

² وفي ذلك تم إحصاء 68000 حالة طلاق في الجزائر عام 2017 حسب جريدة الشروق اليومية (العدد 5694 الصادرة في 11 جانفي 2018)، وأضاف ذات المصدر عدة عناوين خطيرة علي الأسرة منها : الخلع والزنا والشذوذ تدمر 200أسرةجزائرية يوميا /قانون الأسرة الجديد لعام 2005 رفع الطلاق بنسبة100بالمئة وخمس الأزواج الجدد يطلقون/ 300طفل يوميا ضحايا الطلاق وزنا المحارم فجر الأسر الجزائرية / حالة طلاق كل سبع دقائق و 300 طفل متشردكل 24ساعة ...

³ السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط7، 1985، ص 117.

⁴ السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 112.

طبقا للمادة 19 من ق.أ.ج التي تنص على "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون

و المشرع الجزائري أخذ في مضمون المادة هذه، ما هو معروف في الشريعة الإسلامية التي جعلت من حق المرأة أو وليها أن يشترط ألا يتزوج الرجل عليها، فلو اشترطت ذلك صح الشرط ولزم، وكان لها حق فسخ الزواج إذا لم يف لها بالشرط، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته أو رضيت بما يخالفه¹ والرسول (ص) يقول "إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج".

كما روي عن الرسول (ص) أنه قال "إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا ابنتهم من علي بن أبي طالب، فلا إذن، ثم لا إذن، ثم لا إذن، إلا أن يريد بن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنما ابنتي بضعة مني، يربيني ما أربها، ويؤذيها ما أذاها" فالحديث تضمن أن الرسول (ص) أخبر أن زواج علي بابنة بني هشام وهو زوج لفاطمة رضي الله عنها يؤذيها ويؤذي رسول الله (ص)²

إن حق المرأة في اشتراط عدم التزوج عليها ثابت في الشريعة الإسلامية، وذهب إلى ذلك المشرع الجزائري في المادة 19 من ق.أ.ج، وجاءت المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية بأحكام موافقة، حيث قالت في إحدى أحكامها "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً، وبشرط أن لا تتناقض روح العقد"³.

و قد جاء المشرع في المادة 32 من ق.أ.ج ليقول "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج .

و انطلاقاً من ذلك يحق لها فسخ الزواج في حالة عدم وفائه بشرطها الخاص بعدم الزواج بغيرها، فالمادة 32 مكمله للمادة 19 السابقة من نفس القانون.

من خلال ما تقدم نستنتج أن عبارة "الضرر المعتبر شرعا" الوارد في المادة 53 الفقرة 6 تشمل الضرر المتولد عن تعدد الزوجات، وإلى ذلك ذهب المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية المتعددة نذكر بعضها :
1- "حيث أن قضاة الأساس استنتجوا من وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية مطلقة، بأن بقاء الزوج مع زوجته الثانية بعيداً عن الزوجة الأولى فيه ضرر، وأن بقاء الزوجة الأولى وحدها في الواحات بينما يسكن الزوج في العاصمة مع الزوجة الثانية، مخالف لأحكام العدل المأمور بها شرعاً"⁴.

¹ السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 112.

² الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 47.

³ المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص 03-03-1971 ن ق 72 عدد 2، ص 39 .

⁴ م.ع.غ.ق.خ، 03-02-1971 ن.ق. 1972 عدد 2، ص 41.

- 2- " حيث أن الزوج لم يقدّم بواجباته الزوجية تجاه المدعية في الطعن بقضاء معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقاً للشريعة الإسلامية..."¹.
- 3- " إن المادة 8 من ق.أ تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطلاق، عندما يتزوج زوجها بثنائية دون علمها لأن هذا يعتبر ضرراً أصابها"².
- وفي نفس السياق وفي أحدث الأحكام الصادرة منها، سارت محكمة النقض المصرية في نفس الاتجاه، حيث أجازت طلب التطلاق للضرر المتولد عن التعدد نورد بعضها :
- 1- " إن زواج الطاعن بأخرى وإسكانها مع المطعون ضدها في مسكن الزوجية الخاص بها، إمعان في الكيد لها والإضرار مادياً ومعنوياً بها... والتطلاق سائغ"³.
- 2- " الحكم بالتطلاق : شريطة ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها، مما يتعذر معه دوام العشرة، وعدم اشتراط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طالّت أم قصرت"⁴.
- 3- " التطلاق شرطه إثبات الزوجة تحقق وقوع الضرر بها، لاقتران زوجها بأخرى... والبيّنة في الإثبات، شهادة أصلية من رجلين أو رجل وامرأتين عدول"⁵.

ثالثاً: الحكمة من التعدد ومبرراته

إن نظام تعدد الزوجات نظام معروف في العصور القديمة، وطبقته الكثير من الأمم والشعوب عبر التاريخ، نظراً لأن الحكمة منه عظيمة وذات نفع كبير يعود على المجتمع والأسرة والدولة ككل، ويمكن ذكر بعض مبررات التعدد فيما يلي :

1- إن التعدد رحمة من الله سبحانه ونعمة على الإنسان، حيث أباح الإسلام هذا النظام، وجعله مباحاً وليس واجباً وربطه بالقدرة على العدل والإنفاق، كما أن للإسلام رسالة إنسانية عُليا كلف المسلمون النهوض بها وتبليغها للناس، ويكون لهم ذلك إذا كانت لهم دولة قوية ولا تكون قوية إلا بتوفر مقوماتها، ولا قوة إلا بكثرة الأفراد وصدق من قال " إنما العزة للكاثر " .

¹ م.ع.غ.أ.ش، 05-05-1986 ملف رقم 41445)، بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق ص 44.

² م.ع.غ.أ.ش، 26-09-1995 ملف رقم 122443 ن.ق، العدد 55، ص 171.

³ محكمة النقض المصرية، طعن رقم : 129 لسنة 59 ق، أحوال شخصية، جلسة 05-03-1991، البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، مرجع سابق ص 843.

⁴ محكمة النقض المصرية، طعن رقم : 114 لسنة 59 ق، أحوال شخصية، جلسة 24-03-1992، البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، نفس المرجع ص 843.

⁵ محكمة النقض المصرية، طعن رقم : 107 لسنة 59 ق، أحوال شخصية، جلسة 21-04-1992، البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، مرجع سابق ص 843.

و واضح جداً أثر الكثرة في الإنتاج وسعة النفوذ في العالم، والزيادة في البشر نعمة، وطاقة هائلة عند حسن استغلالها، ويوم تنهض الصين يهتز العالم كمثل بارز في العالم حالياً.

و لقد ذكر الرحالة الألماني "بول أشميد" في كتابه الإسلام قوة الغد الذي ظهر عام 1936 قائلاً "إن مقومات القوى في الشرق الإسلامي تنحصر في قوة الإسلام كدين وفي الاعتقاد به، وفي وفرة مصادر الثروة الطبيعية، والعامل الثالث هو خصوبة النسل البشري لدى المسلمين..."، ويقول "فإذا اجتمعت هذه القوى الثلاثة فتأخى المسلمون على وحدة العقيدة، وتوحيد الله، وغطت ثروتهم الطبيعية حاجة تزايد عددهم، كان الخطر الإسلامي خطراً منذراً بفناء أوروبا، وبسيادة عالمية في منطقة هي مركز العالم كله"¹.

2- الدولة كثيراً ما تتعرض لأخطار الحروب فتفقد عدداً كبيراً من الأفراد، ولا بد من رعاية الأرمال، ولا سبيل إلى حسن رعايتهن إلا بتزويجهن، وحتى لا يسقطن في الرذائل والفواحش .

3- قد تكون زيادة عدد الإناث في أي شعب أكثر من عدد الرجال، والأمر مطرد في أكثر الأمم وللتكفل بالعدد الزائد من النساء يجب التعدد.

ولقد كتب الداعية أحمد ديدات في هذا الخصوص وتحت عنوان معضلة الفائض في النساء، قوله " يبدو أن الطبيعة في حرب مع الإنسان، فكأنها تريد الانتقام منه بسبب ذكائه، لكنه لا يريد الإصغاء إلى حلول مقترحة من رب السماوات والأرض" ويضيف " الكل يجمع على أن معدل ولادات الذكور مساوٍ لمعدل ولادات الإناث في أغلب أنحاء العالم، لكن معدل وفيات الذكور أكبر بكثير من معدل وفيات الإناث، عجباً من الجنس اللطيف. فعدد النساء الأرمال فاق دوماً عدد الرجال الأرمال، تعاني إذاً كل الدول من فائض في النساء فبريطانيا لديها 4 ملايين، ألمانيا 5 ملايين، الاتحاد السوفياتي 7 ملايين، الولايات المتحدة الأمريكية 7، 8 ملايين"².

4- حصول عدم الموازنة بين الرجال والنساء، خاصة بعد الحروب، فبعد الحرب العالمية الثانية مثلاً لوحظ زيادة النساء على الرجال بشكل واضح، فمن يستوعب تلك الزيادة غير نظام التعدد³، وفي هذا المجال وعندما انعقد مؤتمر الشباب العالمي بمدينة ميونيخ الألمانية عام 1948 وحضره بعض المسلمين من مصر، وتطرق المؤتمر إلى مشكلة زيادة عدد النساء بألمانيا أضعافاً مضاعفة عن عدد الرجال، بعد الحرب، ويبحث المشاركون عن الحل، فاقترح المصريون التعدد كحل، وخرج المؤتمر بذلك كتوصية للمؤتمر، وفيما بعد سكان بون عاصمة ألمانيا الغربية طلبوا أن ينص الدستور على إباحة تعدد الزوجات⁴.

¹ السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 115 وما بعدها.

² أحمد ديدات، كتاب محمد (ص) الخليفة الطبيعي للمسيح عليه السلام، ترجمة يوسف بو غول، دار الهدى، عين مليلة 1999 ص 75-76 .

³ سعيد بويزري، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، 2000-2001، ص 9.

⁴ السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 117.

- 5- أن استعداد الرجل للتنازل يمتد من البلوغ إلى سن متأخرة، والمرأة لا تنتهياً لذلك باستمرار بسبب مدة الحيض والنفاس، والحمل والرضاع والمرض وغير ذلك، فكيف يكون حال الرجل؟ والأفضل أن يحصن نفسه أحسن من اتخاذ خلية والزنا المحرم.
- 6- ما يطرأ على الحياة الزوجية من أمور، تجعل التعدد ضرورة لازمة مثل عمق الزوجة ورغبة الزوج في الإنجاب، أو مرضها وعدم القدرة على القيام بشؤون البيت¹، ورعاية الأولاد إن وجدوا -وهو ما يفهم من مصطلح المبرر الشرعي الوارد في المادة 8 من ق.أ.ج خاصة إذا كان الزوجان متحابان، وبالتعدد تتحقق مصلحة الزوجة في بقائها مع زوجها، ويحصل الزوج على ما يريد من الزوجة الثانية.
- 7- طبيعة بعض الرجال النفسية والبدنية تُوجدُ عندهم رغبة جنسية جامحة، إذ ربما لا تشبعه امرأة واحدة، فمن الأحسن إشباع غريزته عن طريق الحلال المشروع².
- 8- إن تطبيق نظام التعدد في العالم الإسلامي، له فضل كبير في بقائه نقياً بعيداً عن الرذائل الاجتماعية والفضائح الأخلاقية، والأمراض الجنسية المتفشية في المجتمعات التي لا تؤمن بالتعدد، حيث زاد عدد البغايا عن عدد المتزوجات في بعض الجهات، والنتيجة تدفق جيوش من الأولاد غير الشرعيين، وما ينجر على ذلك من أتعاب مالية واجتماعية وخلقية لدى بعض الدول، مثل الولايات المتحدة الأمريكية التي تستقبل أكثر من 205 ألف طفل غير شرعي كل عام³، ونفس الأمر في أوروبا الغربية. وفي روسيا حالياً هناك طفل واحد من ثلاثة هو ابن الزنا، وبذلك ضاعت الأنساب الصحيحة، وتسربت عوامل الانحلال إلى النفوس، وكذا العُقد النفسية والاضطرابات العصبية، وتفككت الأسر كل ذلك وغيره ناتج عن الدعارة المتفشية بشكل مفرغ بعد ظهور داء جديد هو عزوبة النساء.
- إن المسألة الوحيدة هي معرفة ما إذا كان الأفضل تشريع مبدأ تعدد الزوجات ويحدود وقيود، أم أن يظل نوعاً من النفاق المستتر ظاهره وحدة الزوجة وباطنه اتخاذ الخليقات؟ بحجة أن مقتضيات الحضارة الحديثة تجعل من العسير جدا وجود تعدد الزوجات في المدن الكبرى، وبالتالي لا يصلح إلا في البوادي، و هل في و زال التعدد فائدة أخلاقية؟ إن هذا الأمر مشكوك فيه فالدعارة تنذر بقتلة جنسية، وداء عزوبة النساء وآثاره مدمرة منها الأطفال غير الشرعيين.

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج، مرجع سابق، ص 150 .

² بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 130.

³ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، نفس المرجع، ص 130.

إن هذه أمراض ذات سيئات أخلاقية جمة لم تعرفها البلاد التي طبقت فيها الشريعة الإسلامية بالتمام، وإنما انتشرت فيها بعد احتكاكها بالحضارة الغربية.

- إن تعدد الزوجات قانون طبيعي وسيبقى ما بقى العالم، وتوحيد الزوجة مع إجراءات الحضارة المتبرجة توطد المفاصد الجمة المدمرة، إن الإسلام واقعي ودين اليسر حيث قدم الحلول وأقرب أنواع العلاج فلم يحكم فيه حكما قاطعا ولا يأمر به حيث:

* - أنقص عدد الزوجات وقصره في أربعة وكان عند العرب وغيرهم قبلهم دون قيد في العدد.

* - ثم أشار الى التوحيد في الزوجة بقوله تعالى: "و إن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة" وأي رجل يستطيع أن يعدل بين زوجاته؟ ولهذا كان التعدد بهذا الشرط مستحيل التنفيذ..

* - نلاحظ هنا كيف وضعه الإسلام وضعا في غاية الرقة والدقة وقمة في اللطف والحكمة.

فالتعدد ليس شرا اجتماعيا أو عقبة في طريق التطور لكنه في بعض الظروف ومراحل التطور الاجتماعي

- كالحروب - المرض، العقم، وغيره، يصبح ضرورة اجتماعية ملحة عند وجود اختلال في العدد بين الرجال والنساء فمثلا:

تشير الإحصائيات إلى أن عدد الرجال والنساء من ناحية عدد الولادات متساوي تبين الدراسات أن معدل الوفيات لدى الرجال كبيرة دون النساء في مختلف مراحل العمر بصفة عامة، هنالك عوامل عديدة لزيادة عدد النساء وانخفاض عدد الرجال مثلا:

1- قتل أكثر من 8 ملايين جندي في الحرب العالمية الأولى.

2- أصيب أكثر من 65 مليون شخص في الحرب العالمية الثانية.

3- في الحرب بين العراق وإيران (1980-1988) 82 ألف أرملة إيرانية و100 ألف عراقية فقدت زوجها.

4- النظام الصناعي الجديد زاد من معدل الحوادث بسبب الآلات. برا وجوا وبحرا حيث مات عام 1967

أكثر من 175000 شخص في خمسين دولة أغلبهم من الرجال¹.

5- الواقع العملي يشير مثلا في الو.م.أ و طبقا لإحصائيات 1978 إلى أن عدد النساء قد زاد عن

الرجال بحوالي 7.8 مليون بمعنى ذلك أن هذا العدد لن يجدن رجالا غير متزوجين للزواج بهم². وبريطانيا بلغ فيها فائض النساء 4 ملايين، وألمانيا 5 ملايين، الاتحاد السوفياتي 7 ملايين، وفي الو.م.أ 98% من المساجين

¹ السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 120.

² إيمان السيد عرفة، مرجع سابق، ص 20.

ذكور، زد على ذلك نجد في أمريكا 25 مليون منحرفين جنسيا: اللواط وهي لذة شاذة عن الفطرة¹ ما الحل لهذا الاختلال؟

* تلك هي بعض المبررات التي تستوجب التعدد، والمنافع المتولدة عند تطبيق هذا النظام.

ولكنه قد يقال أنه يجب تقييد التعدد إلى أبعد الحدود، أو تحريمه أصلا بالنظر إلى ما يؤدي إليه من أضرار على الأسر والمجتمع منها كثرة العيال والأولاد، ويثقل حمل الرجل في الإنفاق والعدل والتربية، فلا يقوم بواجباته على أتم وجه.

إن الرد على ذلك هو ضرورة نشر التعليم في المجتمع والتربية الدينية والخلقية لتفادي كل الأضرار المحتملة الوقوع من التعدد، والواقع يقول أنه قليل جدًا أن نجد متعلما يتزوج بأكثر من واحدة، حتى وإن فعل فإنه يقوم بواجباته كاملة وعلى أتم حال.

كما قد يقال أن هدف تقييد التعدد إنما هو لدفع الضرر والظلم عن الزوجة الأخرى.

و الرد يكون بسؤال هو: هل تم التحقق من حسن معاملة الزوجة الأولى ومحافظةها على حقوق زوجها وبيته، مع أنه من الصعب معرفته²؟، وربما سوء معاملتها هو الدافع الباعث للزواج بأخرى. إن المشرع فتح بابًا قانونياً للزوجة هو أن تشتترط في عقد زواجها ألا يتزوج عليها، حماية لها من الضرر الذي قد يترتب على التعدد.. فلم الخوف إذن؟

ويضيف بعض المتهمين على نظام التعدد ويطالبون بإلغائه أو تقييده، أنه يمس بكرامة المرأة وعواطفها وإنسانيتها وإهانة لها وغير ذلك. أين كرامة اللواتي يرضين أن يكن خليات؟

إن مثل هذا يدعو إلى الدهشة والتعجب، وما ذلك إلا تهجم أعمى، وتناول على أحكام الشريعة الإسلامية بشكل غير مباشر، باتخاذ شعار تحرير المرأة وكأنها أمة، أو مسجونة ومتضررة وهو نتاج تقليد غير واع للثقافة الغربية المتبرجة التي جردت المرأة من قيمتها وإنسانيتها

¹ أحمد ديدات، محمد (ص) الخليفة الطبيعي للمسيح عليه السلام، ترجمة يوسف بوغول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991، ص75.

² أحمد ديدات، مرجع سابق، ص76.

خاتمة

1-إن التعدد ليس مقصودا لذاته في الشريعة الإسلامية وإنما هو رخصة لعلاج حالات أسرية مرضية كالعقم وغيره، كما أنه علاج فعال لظاهرة فائض النساء في المجتمع، ففي الجزائر تم تداول رقم رهيب قدر بـ 11 مليون عانس، منهن حوالي 5 مليون تجاوزت أعمارهن 34 سنة فما الحل؟ أليس التعدد هو الحل الأنسب؟، مع الإشارة إلي أن العدد يتفاقم سنويا، ويضاف إليه 68000 حالة طلاق كل عام، وما ينجر عن ذلك من أولاد يصبحون ضحايا الطلاق، وهم عرضة لكل أشكال الانحراف والانحلال .

2-إخضاع التعدد لإذن القاضي لا سند له شرعا فبأي حق يجبر الراغب في التعدد علي المثل أمام القاضي ويبرهن على أنه أقوى جنسيا منها، فلم يحشر القاضي في علاقة تخصصها؟ إن تدخل القاضي يكون عند تجاوز النظام الشرعي لعقد الزواج وتظلمها، والظالم يزجر، وإذا كان هناك بعض الأزواج عديمي الضمير، ولم يحسنوا التصرف فيجب أن يعاقبوا ولا يكون سوء تصرفهم سببا في سن قانون يقيد ما احل الشارع الحكيم، فالاستثناء يذكر ولا يقاس عليه.

3-الملاحظ في ق.ا. ج أنه قال بضرورة حصول الزوج على إذن القاضي وقد كان عدم العدل متروكا لتقدير الزوج نفسه فنزع منه ووضع بيد القاضي. وفي جميع الحالات إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لا يأذن القاضي بالتعدد هذا القيد لا يرتكز على أساس شرعي سوى الخوف من أن لا يعدل الزوج، ولو جاز أن تقرض عليه الوصاية من القاضي بهذه الحجة، أو بحجة ممارسة الرقابة المسبقة، لوجب أن يحصل على إذن القاضي في زواجه بوحدة فقد يسيء معاملتها، ولا يقدر على القيام بواجباته الزوجية، ولا يأذن القاضي له بالزواج، ثم أن الزوجة الثانية لن تكون ضحية ساذجة لا علم لها بحال من وافقت على الاقتران به، وكأنها أتت من كوكب آخر، والواقع أنها لا توافق إلا بعد أن تسأل عنه.

4-لقد أضاف المشرع فرصة أخرى لطلب التطلق وكأن ما ورد في المادة 53 ق.أ.ج وغيرها غير كاف خاصة عبارة كل ضرر معتبر شرعا ' إلى درجة أننا نتصور أن الزوجة ملائكة والزوج شيطان، رغم أن كيدهن عظيم، أم أنه ينطبق علينا قول الشاعر: نرقع دنانا بتمزيق ديننا

5-لا يعلم على وجه التحديد المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في منح الزوج حق التعدد. المشرع الجزائري في المادة 8 نص على أن يكون الإذن مربوطا " بالمبرر الشرعي ". ولا يبدد هذا الوصف غموضا ولا يهدي سبيلا. فالمانع الشرعي الوحيد هو الخوف من عدم العدل المتروك لتقدير الزوج نفسه والموانع الشرعية الأخرى هي نفسها التي تمنع الرجل من الزواج ابتداء، مثل عدم القدرة على الجماع أو الإنفاق، أو أن يكون مصابا بمرض معد، وفي الحديث أن من لم يعدل بين زوجاته حشر يوم القيامة وشقه مائل. فالزوج وحده مسؤول عن الجور الذي يلحقه بزوجته، ولها أن ترفع أمرها إلى القاضي إن كان في زواجه عليها إضرار بها.

6-إن حسن العشرة والإفشاء المتبادل والميثاق الغليظ يوجب عليه أن يخبرها وذلك من مقتضيات دوام العشرة والتزام المساكنة، وذلك ما يدرك بالتوعية الدينية والتعليم .

7- إن التعدد في الزوجات ليس بالأمر المخيف، فهو قليل الحدوث ويكاد يصبح نادر، والندرة لا تستوجب إيجاد تشريعات وقوانين خاصة تمنع أو تقيد التعدد، أما ما يثور بين الضرائر من منازعات وأحقاد فممنشؤه غالبا ضعف سلطة الرجل وبعده عن ميزان العدل الشرعي، ولكن هناك الكثير من حالات التعدد ناجحة جدا، لان التفاهم موجود والإيمان معتبر والسكينة تعم

8- يمكن تقادي سلبيات التعدد بالتشبع بالإيمان، والتربية الصحيحة الدينية، وفهم مقاصد الشرع من الزواج، والإحساس بعمق وخطورة المسؤولية، وقيام الرابطة الزوجية على أساس الود والرحمة والتفاهم، وإذا ظلم أحدهم زوجته أو قصر في حقوقها، أو أهمل تربية الأولاد يعاقب ويعزر، وإن جاءت الإساءة منها وجب حينئذ تأديبها

إن الحل هو إدراج إجبارية شهادات تأهيل الزواج في عقود القران ضمن نصوص قانون الأسرة، وتخفيف شروط الزواج المادية، والنظر إلى الزواج على أنه رابطة مقدسة، وميثاق غليظ، وليس عقد بيع يعتمد على الماديات والشكليات التي لا معني لها .

*وفي الأخير أختتم ببعض الاستفسارات التي أراها في تقديري في غاية الأهمية، وتفتح الباب للمزيد من البحث القانوني والاجتماعي الجامعي منها :

-* هل في زوال تعدد الزوجات فائدة أخلاقية؟

-* ما الحل لظاهرة العنوسة، خاصة في الجزائر، (ب 11 مليون عانس)؟

-* أليس الإبقاء على الوضع على ما هو عليه يفضي إلي تفجير المجتمع بقبلة جنسية رهيبة عاقبتها

وخيمة على المجتمع؟ ولكل عاقل الحكم على الوضع والتفكير في الحل.

تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري : آلية لتفعيل العملية الاستثمارية

معيني لعزيز (1)
جامعة بجاية

الملخص:

تعتبر ملكية المشروع الاستثماري من الأمور المقدسة لدى المستثمر الأجنبي، ويظهر ذلك بوضوح عند اتخاذه لقرار الاستثمار، أين نجده يأخذ دائماً بعين الاعتبار حجم الضمانات التي توفرها الدولة المضيفة للاستثمار للملكية، على هذا الأساس، نجد أنّ معظم الدول تولي أهمية بالغة للملكية في إطار سياساتها القانونية المنتهجة في مجال تشجيع الاستثمارات الأجنبية، بحيث تؤكد على حق المستثمر الأجنبي في الحصول على تعويض عادل ومنصف نتيجة تعرض مشروعه لإجراءات نزع الملكية بمختلف صورها.

يشكل التعويض على هذا النحو، إحدى الضمانات القانونية الهامة للإستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة، هذه الأخيرة حتى وإن كان لها الحق في الاستيلاء على المشاريع الاستثمارية الأجنبية التي تمارس نشاطاً على إقليمها باستخدام أدوات قانونية مختلفة إلا أنّها بمقتضى قواعد القانون الداخلي ومبادئ القانون الدولي هي مجبرة على التعويض عن الضرر الذي يلحق المستثمر الأجنبي نتيجة تقييده من أمواله المستثمرة لديها.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار، المستثمر الأجنبي، التعويض، الملكية، مخاطر نزع الملكية، القانون الوطني، القانون الدولي.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/13، تاريخ قبول المقال: 2018/05/28، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: معيني لعزيز، "تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري : آلية لتفعيل العملية الاستثمارية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 461-475.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000، الجزائر

المؤلف المراسل: lmaifi@yahoo.fr

Investor Compensation Between International Law and Algerian Law: A Way to Ensure the Effectiveness of Investments Operation

Abstract:

Ownership of the investment project is one of the main concerns of the foreign investor. It takes in consideration and scrutinizes in detail the guarantees provided by the legislation of the recipient State. In this context, the States in need of FDI give a lot of importance to the property in order to stimulate the attractiveness of the investment, and this by guaranteeing the right to a fair compensation in case of expropriation measures against investment.

Therefore, compensation is one of the essential legal guarantees for the recognized foreign investor, both under international investment law and domestic legislation.

Keywords:

Investment, Foreign investment, Compensation, Property, Expropriation measures, National law, International law.

L'indemnisation de l'investisseur entre le droit international et le droit Algérien : un moyen d'assurer l'efficacité des investissements

Résumé :

La propriété du projet d'investissement est l'une des préoccupations principales de l'investisseur étranger. Ce dernier prend en compte et scrute en détail les garanties prévues par la législation de l'Etat récipiendaire. Dans ce cadre, les Etats ayant besoin d'IDE prêtent beaucoup d'importance à la question de la propriété en vue de stimuler l'attractivité de l'investissement et ce en garantissant le droit à une équitable indemnisation en cas de mesures d'expropriation de l'investissement.

L'indemnisation constitue de ce fait l'une des garanties juridiques essentielles pour l'investisseur étranger reconnue, tant par le droit international relatif aux investissements, que par les législations internes.

Mots clés :

Investissement, Investissement étrangère, L'indemnisation, La propriété, Les mesures d'expropriation, Droit national, Droit international.

مقدمة

تسعى غالبية الدول النامية إلى تفعيل الاستثمارات لديها لا سيما الأجنبية منها، ذلك من أجل مساهمتها في تنفيذ برامجها وسياساتها التنموية على كافة المستويات، إلا أنّ هناك العديد من العوائق التي تجعلها عاجزة عن تحقيق هذه الأهداف، ولعلّ أبرزها المخاطر غير التجارية التي تتعرض لها المشاريع الاستثمارية¹. على هذا الأساس، فقد حرصت العديد من الدول من خلال منظوماتها التشريعية - لا سيما الدولة الجزائرية منها- على توفير الحماية القانونية المطلوبة للملكية بصفة عامة، وملكية المستثمر بصفة خاصة، بل اعتبرت من الحقوق الأساسية التي لا يجوز التعدي عليها تكريساً لمبدأ قدسية الملكية الخاصة. في مقابل ذلك، نجد أنّ معظم القوانين الداخلية والدولية وحتى الاتفاقيات، بكل أنواعها، تؤكد في آنٍ واحد على مبدأ حق الدولة في نزع الملكية الخاصة بالمستثمرين، استناداً إلى مجموعة من الاعتبارات، الغالب منها تفرضها مقتضيات السيادة الاقتصادية لهذه الدول، أين يجوز لها ممارسة الرقابة والإشراف على النشاط الاقتصادي عموماً، وتنظيم أو توجيه الاستثمارات خصوصاً، خدمةً وتحقيقاً لمصالحها الاقتصادية. لكن لا بد من الأخذ بعين الاعتبار أنّ حق الدولة في نزع ملكية المستثمر ليس مطلقاً، بل ترد عليه مجموعة من الشروط التي تتمثل أساساً في الالتزام بمقتضيات المصلحة العامة، وجوب مراعاة أحكام القانون، عدم التمييز بين المستثمرين والالتزام بأداء التعويض الملائم، العادل والمنصف. ضمن هذا السياق، يمكن لنا القول أنّه إذا كان للدولة الحق في تقييد أو حرمان المستثمر من حقه في الملكية من خلال الاستيلاء على المشاريع الاستثمارية من جانب، فإنّها مقيدة ومرغمة أيضاً على تعويض المستثمر عن كل الأضرار الناتجة عن جراء ذلك من جانب آخر، وذلك بمقتضى القواعد المقررة في القانونين الدولي والداخلي. بناء على ما سبق، فإنّ إشكالية هذه الدراسة تتمحور أساساً حول مدى اعتبار تعويض المستثمر المجرد من ملكيته كضمانة أساسية لتفعيل العملية الاستثمارية؟

¹ المخاطر غير التجارية؛ يقصد بها كل الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، ويكون من شأنها حرمان المستثمر من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الإستثمار، وهي تشمل على العموم المخاطر السياسية الناتجة عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المضيفة للإستثمار (كعدم الاستقرار السياسي، الحرب الأهلية، الاضطرابات المدنية، العقوبات الدولية،... إلخ)، والإجراءات الانفرادية المباشرة وغير المباشرة التي تتخذها الدولة في إطار ممارستها لسيادتها (كالتأميم، نزع الملكية للمنفعة العمومية، خطر التحويل، خطر فسخ العقد،... إلخ)، للتفصيل أكثر في هذه المسألة راجع:

- عيوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص 104 وما بعدها.

- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 32

للإجابة عن هذه الاشكالية سنتولى تبين الأحكام المتعلقة بضمان الحق في التعويض وفقاً للمبادئ التي استقرّ عليها القانون الدولي (أولاً)، لنعرج بعد ذلك إلى إبراز موقف المشرع الجزائري من حق المستثمر في التعويض (ثانياً).

أولاً: الأحكام المتعلقة بضمان تعويض المستثمر تبعا لمبادئ القانون الدولي

على الرغم من اعتبار التعويض من المبادئ الثابتة على المستوى الدولي، إلا أنّ مسألة تحديد محتواه لا يزال محلّ خلاف بين الدول المستوردة للاستثمار والدول المصدرة له، وحتى بين هيئات التحكيم الدولية التي تنظر في المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي. هذا الخلاف لم يتجسد في مسألة أوصاف التعويض فقط (أ)، بل إمتد ليشمل مسائل أخرى، متعلقة أساساً بأسس تقديره (ب) وأساليب دفعه (ج).

أ: أوصاف التعويض

إذا كانت الدول المتقدمة ترى أنّ مضمون التعويض الذي تتطلبه قواعد القانون الدولي عن إجراء نزع ملكية المستثمر هي قاعدة التعويض التقليدي، فإنّ الدول النامية رفضت ذلك، ونادت بالتعويض المناسب والملائم فقط¹، إلا أنّ الفقه المعاصر والقضاء قد توصلا في الأخير إلى أنّ التعويض ينبغي أن يتصف عموماً بخاصية الفورية، الفعالية والملاءمة.

1: التعويض الفوري

الميزة الفورية في التعويض تقتضي أن يتم دفعه للمستثمر فور وقوع إجراءات نزع الملكية ودون مهلة، وفي حالة التأخر فإنّ التعويض سوف يكون مصحوباً بفائدة عن التأخير²، بل أكثر من ذلك نجد هناك جانب من الفقه يشترط ما يسمى بالتعويض المسبق؛ أي التعويض الذي يتم قبل اتخاذ الدولة لإجراء نزع الملكية¹.

¹ لقد نشأ هذا المفهوم في وقت كانت فيه الدول النامية تحت سيطرة الاستعمار، كما يعتبر محاولة لمنع دولة ما تحقيق استقلالها الاقتصادي إذا ما نجحت في تحقيق استقلالها السياسي، لذلك فقد كانت الدول الغربية تمنع بناتاً إنهاء اتفاقيات الاستثمار، أو تفرض دفع تعويض فوري، ملائم وفعال في حالة حدوث ذلك، راجع في هذا الإطار:

- HAROUN Mehdi, *Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes*, LITEC, Paris, 2000, p.527.

² خالد محمد الجمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)"، *مجلة الحقوق*، العدد 03، الكويت، 1999، ص 107.

في هذا السياق، نجد أن القانون العرفي الفرنسي يعتبر دفع التعويض المطلوب يجب أن يكون مقدماً وعادلاً، إلا أن هناك من انتقد ذلك على أساس أن دفع التعويض ليس عادلاً وإنما ملائماً، وليس متقدماً ولكنه فورياً وفعالاً². وبالنظر إلى كون عبارة " فوري " غير محدّدة في القانون الدولي في ظل غياب قاعدة تتضمن وجوب دفع تعويض للمستثمر في وقت محدّد، هذا ما جعل البعض يرى بأن المقصود بها هو دفع التعويض "بدون تأخير" أو "بدون مهلة"³. في حين هناك من علّق على تنفيذ الدفع الفوري للتعويض إلى المستثمر على إمكانية الدولة المضيفة للاستثمار من الناحية الاقتصادية، ذلك بالنظر إلى الصعوبات المالية التي تواجه غالبية الدول النامية في معظم الأحيان بسبب عدم توفر العملة الأجنبية لديها⁴.

2: التعويض الملائم

يرى البعض أن التعويض الملائم هو التعويض الذي يشمل الخسارة التي وقعت والكسب الفائت، بمعنى أنه يغطي الخسارة الفعلية التي تتحدّد غالباً بقيمة كافة الأموال التي انتزعت ملكيتها تبعاً للسعر السائد في السوق، بما في ذلك قيمة الأصول المادية وغير المادية، وكذا الأضرار غير المباشرة، كتلك المترتبة على إنهاء عقد متعلق بالملكية المنتزعة، بالإضافة إلى الأرباح المستقبلية أي ما فات المستثمر من كسب كالأرباح المستقبلية المحتملة، إلى جانب فوائد الرأسمال الفعلي لمبلغ التعويض في حالة ما إذا كان الدفع مؤجلاً أو لسبب آخر⁵.

عموماً، فإنّه طبقاً لقواعد وأحكام القانون الدولي، فإنّ التعويض يجب أن يغطي القيمة التجارية أو الحقيقية للاستثمار والمحدّدة بطرق موضوعية⁶.

¹ لقد أوصى المعهد الأمريكي للقانون الدولي بشرط " التعويض المسبق " (L'indemnisation préalable)، ذلك بموجب المشروع الذي أعدّه في سنة 1925، إلى جانب جمعية القانون الدولي بفيينا في عام 1926، راجع هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 69.

² CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 04^{ème} édition, LG.DJ, Paris, 1998, p. 699.

³ Voir HAROUN Mehdi, op.cit, p.517.

⁴ خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 107.

⁵ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 69.

⁶ هذا ما تمّ العمل به في قضية (LIAMCO)، كما أكّدت عليه المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE)، راجع: - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 212 و 213.

3: التعويض الفعّال

إنّ التعويض الفوري يقتضي أن يكون ذا قيمة اقتصادية مادية ومعنوية حقيقية يستطيع المستثمر استغلالها، هذا ومن خلال أداء التعويض بعملة تحقق هذا الهدف ولا تسبب للمستثمر خسارة فعلية، كما يحدث عادة في الحالات التي يؤدي فيها التعويض بالعملة المحلية للدولة التي اتخذت إجراء نزع الملكية أو بأي عملة أخرى، فيما لو كانت هذه العملة غير قابلة للتحويل إلى الخارج وهو ما تبدو فيه الخسارة الحقيقية للمستثمر واضحة، خاصة إذا كانت القوانين الداخلية في الدولة المضيفة لاستثماره تحرمه من إعادة استثمار أمواله في نفس القطر المضيف¹.

على هذا الأساس، يقصد بالتعويض الفعلي أنّ العملة التي يدفع بها التعويض إلى المستثمر يجب أن تكون ذات فائدة بالنسبة له، ويتحقّق ذلك إذا كان مبلغ التعويض مدفوعاً بعملة قابلة للتحويل أو عملة لها قيمة في السوق في تاريخ نزع الملكية².

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنّ التعويض الفعّال، الملائم والفوري الذي تبنته الدول المصنّعة قد لقي انتقادات شديدة، ليظهر التعويض المناسب الذي تتمسك به الدول النامية، التي اعتبرت أنّ تطبيق المفهوم التقليدي للتعويض يتضمن انعكاس واضح لسيطرة الدول المتقدمة دون الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي اتخذت فيها الدول النامية المضيفة للاستثمار لإجراءات نزع الملكية، من جانب، إضافة إلى استحالة وصعوبة تحقيق هذه الأوصاف في أرض الواقع، من جانب آخر.

على هذا الأساس، فهي لم تنتكر لمبدأ التعويض ولم تأخذ في الوقت نفسه بقاعدة التعويض الكامل، فقد استخلصت قاعدة دولية جديدة تتطلب التعويض المناسب.

يمكن أن نستنتج سير الدول النامية على هذه القاعدة الدولية الجديدة والالتزام بها كقاعدة قانونية، من خلال بعض القرارات الصادرة عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة (ONU)، لا سيما ما تضمنته الفقرة

¹ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 69.

² علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، تخصص القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 141.

الرابعة من القسم الأول من القرار رقم 1803 لعام 1962، بشأن السيادة على الموارد الطبيعية¹، وكذا القرار رقم 3281 لسنة 1974، بشأن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول².

من خلال مضموني القرارين السابقين، نلاحظ أنه أقام نوع من التوازن بين موقف الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال والدول النامية المستوردة له، لاعتماده على التعويض المناسب الذي يجب أن تقدره الدولة في ضوء قواعد القانون الدولي، فهو لم يأخذ بقاعدة التعويض التقليدي وفي الوقت نفسه لم تعد مسألة التعويض من المسائل الداخلة حصرا ضمن الاختصاص المانع للدول المضيفة³.

ب: أسس تقدير التعويض

أمام تعارض وتضارب المصالح بين الدول النامية والمصنّعة، فإنّه من الصعب التوصل إلى قاعدة دولية موحّدة بشأن الطريقة التي يمكن الاعتماد عليها لتقدير التعويض المستحق نتيجة إجراءات نزع ملكية المستثمر، فعلى الرغم من تعددها سوف نتعرض إلى تبيان الأهم منها.

1: طريقة القيمة السوقية العادلة

تشمل هذه الطريقة قيمة الممتلكات المتضررة على أساس تقدير سعرها في السوق أثناء اتخاذ الدولة لإجراءات نزع الملكية⁴، وهذه الطريقة تعتمد عليها الدول الغربية لأنها تأخذ في الحسبان الفوائد المحتملة، وذلك استنادا إلى معطيات السوق⁵.

¹ لقد نصّت الفقرة الرابعة من القسم الأول من القرار رقم 1803 لعام 1962، بشأن السيادة على الموارد الطبيعية على ما يلي: "أنّ التأميم، نزع الملكية أو المصادرة يجب أن تقوم على أسس أو أسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو الأمن أو الصالح الوطني، والتي تعتبر أعلى من المصالح الفردية أو الخاصة، الوطنية والأجنبية، وفي هذه الحالة يجب أن يدفع إلى المالك تعويض مناسب وفقا للقواعد المعمول بها في الدولة التي تتخذ مثل هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها ووفقا للقانون الدولي".

– Hubert Thierry, Droit et relations internationales, *Traité résolutions, jurisprudence*, édition Montchrestien, Paris, 1984, p.543.

² تضمنت المادة الثانية في فقرتها الثانية من الفصل الثاني من القرار رقم 3281 لسنة 1974، بشأن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الآتي: "الحق لكل دولة أن تؤمّن وتنزع الملكية أو تنقل ملكية الممتلكات الأجنبية وفي هذه الحالة يجب أن يدفع تعويض مناسب مع الأخذ في الاعتبار القوانين والإجراءات وجميع الظروف التي لها صلة، وتخضع المنازعات التي تثار بشأن التعويض بقوانين الدولة ذاتها، وتختص محاكمها بالفصل فيها".

– Hubert Thierry, op.cit, p.567.

³ علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص 145.

⁴ المرجع نفسه، ص 137.

⁵ راجع في هذا الاطار: - عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 207.

2: طريقة المقاصة

تعتمد طريقة المقاصة في التعويض، على مقارنة الفوائد والأرباح التي حققتها المشروع الاستثماري مع قيمة رأس مال المستثمر، وكذا الأضرار الملحقة بالاقتصاد الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بسبب عدم الوفاء بالتزاماتها أو نتيجة إعادة التحويل لرؤوس الأموال والأرباح المحققة إلى الخارج¹.

3: طريقة القيمة الحسابية الصافية

تتمسك بطريقة القيمة الحسابية الصافية الدول النامية، لأنها تخفض من قيمة التعويض المستحق، ذلك على أساس أنها تأخذ في الحسبان الفرق بين الأرباح المحققة من طرف مشروع استثماري ومعدل الأرباح التي يحققها مشروع آخر مماثل في نفس المدة وفي بلد آخر².

4: طريقة القيمة الحالية

يتمثل مضمون طريقة القيمة الحالية في كون أن التعويض لا بد أن يكون شاملاً لكافة المبالغ المالية المستثمرة وكذا الفوائد المحتملة، وهي طريقة تعتمد عليها الدول المصنعة، على أساس أنها ترفع من قيمة التعويض المستحق لأنها تأخذ في الحسبان الفوائد المتوقعة³.

ما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام، على الرغم من تعدد طرق التعويض، إلا أنه لا يمكن تطبيق طريقة معينة في كل القضايا، فالأمر يعتمد على ظروف كل حالة على حدة، وعموماً ففي كل الطرق يجب أن يكون التعويض مشتملاً على عناصر عدة؛ كالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً سواءً انصبَّ على الأموال المادية للمستثمر أو المعنوية، وأن ينصبَّ التعويض على الربح الفائت والفائدة المستحقة على مبلغ التعويض عن الضرر الأساسي وفقاً للقانون الدولي⁴.

ج: أساليب دفع التعويض

المقصود بأساليب دفع التعويض؛ تحديد أهم الأشكال التي يؤدي بها من جهة، وكذا تحديد فترة أدائه أو تسديده من جهة أخرى.

-HAROUN Mehdi, op.cit, p.528

¹ الأمين شريط، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 66.

² عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 206.

³ المرجع نفسه، ص 206.

⁴ علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص 139.

1: أشكال دفع التعويض

ليس للتعويض شكلاً معيناً لدفعه، هذا ما أكدت عليه مبادئ القانون الدولي، الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار، وحتى قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار النازعة للملكية، فيمكن أن يؤدي بعملة قابلة للتحويل، كما يمكن أن يدفع عينا.

- دفع التعويض بعملة قابلة للتحويل

إن أحكام القانون الدولي العرفي لا تفرض على الدولة النازعة للملكية أن تقوم بدفع التعويض بعملة معينة، المهم أن يدفع من طرفها بعملة قابلة للتحويل بحرية مهما كان نوع العملة المدفوع بها التعويض، إذ يمكن أن يدفع بعملتها الوطنية أو بعملة دولة المستثمر أو بعملة دولة ثالثة¹.

- دفع التعويض عينا

أمام الصعوبات المالية التي تعاني منها معظم الدول النامية من خلال عدم توفر النقد الأجنبي الكافي لديها، الأمر الذي جعل أداء التعويض نقداً مستحيلاً، فقد وجد العمل الدولي أشكالاً أخرى أمام الدول النازعة للملكية للوفاء بالتعويض المستحق، حيث يمكن لها أداء التعويض عينا، كما يمكن دفعه على شكل مواد أولية من سلع عينية وبضائع متوفرة لديها كالنفط أو الغاز أو... إلخ².

2: تاريخ أداء التعويض

يؤكد غالبية الفقه في القانون الدولي على أنه يمكن أداء التعويض ضمن فترة معقولة من الوقت للدفع بين تاريخ إجراء نزع الملكية وتاريخ استلام التعويض حالما تستكمل الإجراءات الضرورية لدفعه. وفي كل الأحوال، فإن عبارة "الفترة المعقولة" تشير ضمناً إلى أن الدولة النازعة للملكية يجب أن يكون لديها القدرة على الدفع، وأنه سوف يتم بسرعة³.

في غالب الأحيان فإن الدول النامية تفضل دفع التعويض على عدة فترات زمنية في شكل أقساط لتفادي الآثار السلبية على اقتصادها من خلال الأزمات المالية التي تتخبط فيها، ولا يمكن للمستثمر إرغامها على دفع التعويض في وقت محدد، وعموماً فهي لا تدفع التعويض المستحق إلا بعد مرور عدة سنوات⁴.

¹ المرجع نفسه، ص 141.

² هذا ما تضمنته مثلا الاتفاق المبرم بين دولة ليبيا وكل من شركة (تكساكو) وشركة (كلاستيك)، في سنة 1977، أين أكد على دفع الحكومة الليبية إلى كل شركة كمية من النفط الخام ما يعادل قيمتها 76 مليون دولار أمريكي، نتيجة الممتلكات التي أمتها الحكومة الليبية، للإطلاع أكثر، راجع خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 109.

³ علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص 140.

⁴ عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 224.

ثانياً: نظام التعويض في للقانون الجزائري

يعتبر عنصر التعويض عن إجراء نزع الملكية من بين الضمانات القانونية الهامة لتفعيل الاستثمارات، على هذا الأساس، نجد معظم الدول تلجأ إلى حماية حق المستثمر في الملكية، ذلك عن طريق تقريرها لمبدأ احترام الملكية الخاصة، حيث لا يجوز للسلطة العامة في الدولة إجراء نزع الملكية إلا بموجب قانون، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ومقابل دفع تعويض.

على هذا الأساس، فإنّ هذه الدول لم تكتف فقط بإصدار تشريعات تتضمن بصفة مباشرة مسألة نزع الملكية وتعزز مبدأ الحماية كما تتصدى بشدة للإجراءات المهددة للملكية، بل قامت معظم الدول بإبرام اتفاقيات تتضمن في مجملها حماية الملكية من خلال إقرارها لمبدأ التعويض في حالة إجراء نزعها.

سارت الدولة الجزائرية على هذا النهج، فقد عمدت على تكريس مبدأ التعويض في حالة حرمان المستثمر من ملكيته بتحديد بأوصافه (أ)، أو من حيث كيفية تقديره (ب) وأساليب أدائه (ج) ذلك سواء في تشريعاتها الداخلية أو من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدول المتعلقة بتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات¹.

أ: أوصاف التعويض في القانون الجزائري

إنّ القانون الجزائري قد نصّ على كل أوصاف التعويض المعروفة في القانون الدولي العرفي، فقد نصّ القانون الداخلي على التعويض المسبق، العادل والمنصف، في حين كرّست الاتفاقيات ما يسمى بالتعويض المناسب الفعّال.

1: التعويض المسبق، العادل والمنصف في إطار القانون الداخلي

المقصود بقاعدة التعويض المسبق هو التزام الدولة النازعة للملكية بأداء التعويض المستحق للمستثمر المنزوع ملكيته قبل المبادرة لإجراء نزع الملكية.

إنّ التعويض القبلي قد تمّ تكريسه من طرف المؤسس الدستوري الجزائري، وكان ذلك في بداية الأمر في دستور سنة 1989²، ومع وضع المشرّع للقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية تمّ النص على هذه القاعدة في القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991³، وفي ظل مرحلة الإصلاحات

¹ لقد قامت الدولة الجزائرية بإبرام ما يقارب 48 إتفاقية مع دول أجنبية، متعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الأجنبية،

أنظر الموقع الإلكتروني للوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI): www.andi.dz

² أنظر المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 89-18، مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن نشر تعديل دستور 1989 الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر. عدد 09، الصادر في 01 مارس 1989.

³ تنص المادة 01 من القانون رقم 91-11، مؤرخ في 27 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج.ر. عدد 21، الصادر في 08 ماي 1991، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04-12، مؤرخ في 29 ديسمبر 2004،

الاقتصادية التي عرفتها الدولة الجزائرية من أجل توفير الحماية اللازمة للملكية الخاصة، تمّ إعادة النص على هذه القاعدة في الدستور العام للبلاد لسنة 1996، مع العلم أنّ المؤسس الدستوري تراجع عن التعويض القبلي في التعديل الدستوري لسنة 2016¹.

في حين اكتفى المشرع الجزائري في بعض القوانين الأخرى التي تضمنت بعض الأحكام المتعلقة بنزع الملكية النص على خاصيتي "العادل والمنصف"، دون الإشارة إلى التعويض المسبق، فالإلى جانب قانون ترقية الاستثمار رقم 09-16، الذي تضمّن الخاصيتين السابقتي الذكر، ذلك بموجب المادة 21 منه التي تنصّ على أنّه: " يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف"²، نجد كذلك بعض الأحكام الواردة في الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، تضمنت نفس المعنى³.

2: في إطار القانون الاتفاقي

لم تتبنى أغلب الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات مع دول عدة موقفا واحدا بشأن أوصاف التعويض، إذ استبعدت قاعدة التعويض المسبق، العادل والمنصف، وتؤكد على خصائص أخرى كخاصيتي التعويض المناسب والفعلي، في غالب الأحيان⁴.

المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج.ر عدد 85، الصادر في 30 ديسمبر 2004، على أنه: "..... يحدد هذا القانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، وشروط تنفيذه والإجراءات المتعلقة به، وكيفية التعويض القبلي العادل والمنصف".¹ راجع المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 الصادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر عدد 25، الصادر بتاريخ 14 أبريل 2002، المعدل بالقانون رقم 08 - 19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر عدد 63، الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، المعدل بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر عدد 14، الصادر بتاريخ 07 مارس 2016 التي تنص على أنه: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".

² المادة 21 من القانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 46، الصادر في 03 أوت 2016، تقابلها المادة 16 من الأمر 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد 47، الصادر في 22 أوت 2001. (ملغى جزئياً).

³ تنص المادة 677 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر عدد 44، صادر في 26 جوان 2005 على أنه: " لا يجوز حرمان أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون ... مقابل تعويض منصف وعادل".

⁴ من بين الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية وتضمنت خاصيتي " التعويض المناسب والفعلي"، نذكر على سبيل المثال؛

كما تضمنت اتفاقيات أخرى التعويض الحقيقي والملائم، مثلما جاء مضمون الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا، ذلك في نص المادة 04 في فقرتها الأولى: "...تكون التدابير المتخذة مزودة ومصحوبة بأحكام تنص على دفع تعويض حقيقي وملائم...".

في حين هناك من الاتفاقيات التي نصت على التعويض العاجل والفعلي، وهو ما تضمنه الاتفاق المبرم بين دول اتحاد المغرب العربي، ذلك في نص المادة 05 في فقرتها الأولى التي نصت على أنه: "... تتم مرافقة تلك الاجراءات بدفع تعويض عاجل وفعلي...".¹

ب: كيفية تقدير التعويض في القانون الجزائري

يبرز أساسًا موقف المشرع الجزائري من كيفية تقدير قيمة التعويض عن الاجراءات المتبّعة في نزاع الملكية من خلال النصوص التشريعية الوطنية، وكذا النصوص الاتفاقية.

– المادة 05 في فقرتها الثانية من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقع عليه بمدينة الجزائر، بتاريخ 13 فيفري 1993، المنشور في ج.ر. عدد 01، صادر بتاريخ 02 فيفري 1994.

– المادة 06 في فقرتها الأولى من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفيدرالي السويسري، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببيزن في 30 نوفمبر 2004، المنشور في ج.ر. عدد 45، صادر بتاريخ 29 جوان 2005.

في حين هناك بعض الاتفاقيات الأخرى لا تتضمن أي تحديد لأوصاف التعويض وتكتفي فقط بتحديد طرق تقديره، راجع في هذا الإطار: المادة 04 في فقرتها الثانية من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية البرتغالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 15 سبتمبر 2004، المنشور في ج.ر. عدد 37، صادر بتاريخ 29 ماي 2005.

هناك اتفاقيات أخرى تنص على خاصية واحدة للتعويض والمتمثلة في "التعويض العادل"، راجع؛ المادة 04 في فقرتها الأولى من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في دمشق، بتاريخ 14 ديسمبر 1997، المنشور في ج.ر. عدد 97، صادر بتاريخ 27 ديسمبر 1998.

¹ اتفاقية تشجيع وضمن الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج.ر. عدد 06، الصادر بتاريخ 06 فيفري 1991.

1: في إطار التشريعات الوطنية

إنّ المشرع الجزائري لم يفصل بشأن الأحكام المتعلقة بكيفية أو طريقة تحديد التعويض في القانون الداخلي، ليكتفى فقط بالنص على خصائصه، باستثناء ما تضمنته بعض النصوص على اعتماد طرق معينة في تقديره.

وعليه فقد نصّت المادة 21 في فقرتها الأولى من القانون رقم 91 - 11 السالف الذكر، على أنّه: " يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية"، أي بمعنى أن التعويض يجب أن يشمل كل الأضرار اللاحقة بالمستثمر المنزوع ملكيته وأن يكون مساوياً للقيمة الحسابية للاستثمار المنجز.

إلى جانب ذلك، فقد نصّت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة (ANDI) وشركة (Hamma Water Desalination)، على كيفية تقييم التعويض، ذلك بالأخذ بعين الاعتبار الوضعية المالية والمادية للمشروع الاستثماري، حيث تنص المادة 07 منه على أنّه: "...ويأخذ التعويض بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع...."¹.

2: في إطار الاتفاقيات الثنائية

على عكس القواعد الواردة في التشريعات الوطنية التي لم تحدّد بدقة كيفية تقدير التعويض، فإنّ الاتفاقيات الدولية قد فصلت في ذلك، فعلى سبيل المثال هناك من الاتفاقيات التي اعتمدت على القيمة الحقيقية (الفعلية) للاستثمارات المعنية عشية اليوم الذي تحدث فيه الإجراءات أو الإعلان عنها²، واتفاقيات أخرى تبنت القيمة الفعلية للاستثمار في السوق³.

في حين اعتمدت أخرى على أنّ التعويض يدفع على أساس القيمة الاقتصادية ويشمل بذلك كل العناصر الاقتصادية المرتبطة بالاستثمار⁴.

¹ المادة 07 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واطر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination)، ج.ر. عدد 07، الصادر بتاريخ 28 جانفي 2007.

² المادة 05 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في مدريد، بتاريخ 23 ديسمبر 1994، المنشور في ج.ر. عدد 23، صادر بتاريخ 26 أفريل 1995.

³ راجع المادة 04 من الاتفاقية بين الجزائر والبرتغال، مرجع سابق الذكر.

⁴ المادة 05 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع عليه في الدوحة، بتاريخ 24 ديسمبر 1996، المنشور في ج.ر. عدد 43، لسنة 1997.

ج: أساليب أداء التعويض في القانون الجزائري

إذا كان موقف المشرع الجزائري واضحا بشأن أشكال دفع التعويض، فإنّ الأمر مختلف فيما يتعلق بتحديد وقت تسديده.

1: شكل دفع التعويض

لقد بيّن المشرع الجزائري مختلف الأشكال التي يمكن أن يؤدي بها التعويض بسبب إجراءات نزع الملكية، وتجسد ذلك في كل من القانون الداخلي والقانون الاتفاقي. على هذا الأساس، فإنّ المشرع الجزائري قد كرس نوعين من التعويض، وهما التعويض العيني والتعويض النقدي، وعليه نصّ كل من القانون رقم 91 - 11¹، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 93 - 186 المؤرخ في 27 يوليو 1993²، على إمكانية منح التعويض العيني للمستثمر. أمّا في القانون الاتفاقي، خاصة في مجال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع العديد من الدول، فقد تمّ تكريس مبدأ التعويض النقدي، بحيث أكّدت أغلب الاتفاقيات بأن التعويض يجب أن يؤدي بعملة قابلة للتحويل³.

2: أجل الوفاء بالتعويض

إذا كان موقف المشرع الجزائري غامضاً بشأن تحديد أجل الوفاء بأداء التعويض في القانون الداخلي، لا سيما قانون الاستثمار، على خلاف القوانين السابقة المؤطرة للعملية الاستثمارية في الجزائر، فالشيء نفسه ينطبق على القانون الاتفاقي، بحيث لا نجد في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر أية تفاصيل حول وقت تسديد التعويض، بحيث أوردت في هذا الشأن عبارات عامة غير محددة مثل؛ "دون تأخير" أو "دون تأخير غير مبرر" أو "بسرعة"....الخ⁴.

¹ أنظر المادة 25 من القانون رقم 91-11، المرجع السابق الذكر، تنص على أنه: "ويرفق كل ما أمكن باقتراح تعويض عيني يحل محل التعويض النقدي المنصوص عليه أعلاه".

² أنظر المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186، مؤرخ في 27 جويلية 1993، يحدّد كيفية تطبيق القانون رقم 91-11، مؤرخ في 27 أبريل 1991، الذي يحدّد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر. عدد 51، الصادر بتاريخ 01 أوت 1993.

³ المادة 04 في فقرتها الرابعة من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في الجزائر، بتاريخ 18 ماي 1991، المنشور في ج.ر. عدد 46، صادر بتاريخ 06 أكتوبر 1991.

⁴ عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 224.

خاتمة

نخلص القول أنّ الالتزام بأداء التعويض المستحق للمستثمر مهما كانت صورة نزع الملكية بمفهومها الواسع، والتي تلجأ الدولة إلى استعمالها سواء تأمين، استيلاء، نزع الملكية للمنفعة العامة، المصادرة... إلخ، يُعدّ من المبادئ الثابتة والمعترف بها في معظم الأنظمة القانونية الداخلية لمعظم الدول والمكرسة أيضًا في إطار قواعد القانون الدولي، وعلى الرغم من اختلاف المواقف فيما يخص أوصافه ومميزاته وطرق تقديره وأساليب دفعه... إلخ، إلاّ أن الدولة لا يمكن أن تتصل من هذا الالتزام باعتباره جزءا هاما من السياسة الاقتصادية الجديدة، فهو يعتبر كضمانة قانونية مهمة لتشجيع وتفعيل الاستثمارات في إطار توفير الحماية اللازمة.

لقد واكبت الدولة الجزائرية وسايرت مبادئ القانون الدولي في هذا المجال - في القانون الداخلي أو الاتفاقي- ، فإلى جانب تقريرها لحماية حق ملكية المستثمر، أيّا كانت جنسيته وطنيًا كان أو أجنبيًا من جانب، فإنها قد أكدت على حقها في نزع الملكية كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، مقابل تعويض عادل ومنصف، من جانب آخر.

وفي الختام يجب على المشرع الجزائري العمل على خلق المناخ الاستثماري الملائم والمشجع لاستقبال الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية، بشكل يضمن نية الاحاطة الجيدة بكل عناصره بصفة عامة، والتصدي للمخاطر غير التجارية التي تواجهه بتوفير الحماية القانونية اللازمة لضمان ثقة وأمان المستثمر الأجنبي وتبديد كل مخاوفه مادام أنّ القرار الاستثماري رهين الأمن القانوني الذي تتوعد الدولة المضيفة للاستثمار بتوفيره، وضمان استمرار توافره.

حرية الجماعات الإقليمية في مادة النفقات والإيرادات في القانون الجزائري

خيرالدين خوخة⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

إن تكريس لامركزية إدارية فعّالة وحقيقية، يقتضي تمتع الجماعات الإقليمية بالاستقلالية المالية. وهذه المسألة؛ أي مسألة الإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية تحددها مجموعة من المعايير والشروط من بينها حرية هذه الأخيرة في تحديد نفقاتها وإيراداتها أثناء وضعها لميزانياتها، لذلك ينبغي على المشرع الجزائري بمناسبة صياغته لمختلف النصوص القانونية المؤطرة لهذا الموضوع الحرص على ضمان هذه الحرية؛ أي حرية الجماعات الإقليمية في تحديد نفقاتها وإيراداتها من أجل ضمان الإستقلالية المالية لهذه الأخيرة، وبالتالي تكريس لامركزية إدارية فعّالة وفعلية.

الكلمات المفتاحية:

الإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية، نفقات الجماعات الإقليمية، إيرادات الجماعات الإقليمية، الموارد الجبائية للجماعات الإقليمية، ميزانية الجماعات الإقليمية.

تاريخ إرسال المقال: 2017/09/27، تاريخ قبول المقال: 2018/04/26، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: خيرالدين خوخة، "حرية الجماعات الإقليمية في مادة النفقات والإيرادات في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 476-487.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

⁽¹⁾ طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضوة مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر

المؤلف المراسل: koukalola86@hotmail.fr

Freedom of Local Authorities in Field of Expenditure and Revenue in Algerian Law

Summary:

The realization of the real decentralization is effective, requires Algerian legislature to recognize a financial autonomy for the territorial communities. The question of the financial autonomy of the territorial communities is determined by set of criteria and conditions, among these is the freedom of the territorial communities in the determination of their expenditure and revenue during the preparation of their budget, and for this connection the Algerian legislature must ensure on the guarantee of the freedom of the territorial communities during the preparation of their budget on the occasion of the elaboration of the legal texts governing this subject.

Keywords:

Financial autonomy, Expenditure of local authorities, Revenue of local authorities, Tax resources of local authorities, the budget of local authorities.

La liberté des collectivités territoriales en matière des dépenses et recettes en droit Algérien

Résumé :

La concrétisation d'une réelle et efficace décentralisation, exige de reconnaître une autonomie financière au profit des collectivités territoriales. La question de l'autonomie financière des collectivités territoriales est déterminée par un ensemble de critères, parmi lesquels on cite la liberté des collectivités territoriales dans la détermination de leurs dépenses et recettes lors de la préparation de leur budget ; une telle liberté doit être entourée d'un ensemble de garanties juridiques en vue de sa consécration réelle.

Mots clés :

Autonomie financière, collectivités territoriales, dépenses, recettes, ressources fiscales, budget.

مقدمة

يرى الأستاذ LA LUMIER، أنّ حرية الجماعات الإقليمية في تقدير نفقاتها وتحديد إيراداتها، أحد أهم عناصر ومقومات الإستقلالية المالية لهذه الأخيرة¹، ونظرا لأهمية هذا العنصر لضمان الإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية، هناك من التعاريف من يختصر الإستقلالية المالية في هذا العنصر فقط - الحرية في تقدير النفقات و تحديد الإيرادات- و هذا ما نجده في القاموس القانوني فرنسي- عربي بمناسبة تعريفه للإستقلال المالي، على أنه موقف هيئة أو منظمة تملك سلطة فعلية في إدارة إيراداتها و مصروفاتها². ومن خلال استقراء مختلف النصوص القانونية الخاصة بقانوني البلدية والولاية المتعلقة بهذا الموضوع، نجد المشرع الجزائري كرس حرية الجماعات الإقليمية في تحديد نفقاتها وإيراداتها وذلك في نصي المادتين 169 من القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية³ و152 من القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية⁴، كون هذا الأخير ينص على مسؤولية البلدية والولاية في تسيير ماليتهما، وإقرار مسؤولية أي شخص يقتضي بالضرورة تمتعه بالحرية وهذا يشكل إحدى المبادئ العامة في القانون.

تشير المعطيات السابقة إشكالية مدى نجاح المشرع الجزائري في تكريس حرية الجماعات الإقليمية في إعداد ميزانيتها في ظل المنظومة القانونية الراهنة.

وللإجابة عن الإشكالية تم تقسيم الموضوع إلى نقطتين: حرية الجماعات الإقليمية في تقدير نفقاتها (أولا) وحرية الجماعات الإقليمية في تحديد إيراداتها (ثانيا).

أولا: حرية الجماعات الإقليمية في تقدير نفقاتها

تسيّر الجماعات الإقليمية الجزائرية ماليتها بحرية؛ مما يعني أنّ هذه الأخيرة حرة في تقدير نفقاتها أثناء وضعها لميزانيتها⁵، لكن من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بهذا الشأن، يتبين أنّ هناك من النفقات مفروضة على الجماعات الإقليمية بقوة القانون وهي النفقات الوجوبية(1) ،ونفقات تتمتع بحرية مطلقة

¹ عمرانني بهية، ميزانية البلدية ومدى ضعف إيراداتها الجبائية، رسالة ماجستير في الإدارة و المالية، معهد الحقو ق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990، ص. 151.

² نجار إبراهيم بدوي، أحمد زكي، شلالا يوسف، القاموس القانوني فرنسي عربي، مكتبة لبنان، بيروت، 2000، ص.33.

³ قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج. ر. ج. ج. عدد37، صادر في 3 يونيو سنة 2011.

⁴ قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فيفري سنة 2012 يتعلق بالولاية، ج.ر. ج. عدد12 صادر في 29 فيفري سنة 2012.

⁵ عرّف المشرع الجزائري ميزانية البلدية بموجب المادة 176 من القانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 سنة 2011، يتعلق بالبلدية على أنها جدول تقديرات الإيرادات والنفقات السنوية للبلدية، وهي عقد ترخيص وإدارة يسمح بسير المصالح البلدية وتنفيذ برنامجها للتجهيز والإستثمار، ونفس التعريف أورده بمناسبة تعريفه ميزانية الولاية وذلك بموجب المادة 157 من قانون الولاية.

في تقديرها وهي النفقات الاختيارية (2)، وحتى هناك من النفقات الممنوعة على الجماعات الإقليمية (3) وتعرف بالنفقات الممنوعة.

1- النفقات الوجوبية

يعرّف الفقه النفقات الوجوبية على أنّها: "تلك النفقات التي يجب على الولاية أو البلدية تسجيلها على ميزانيتها. كما تعني ضمناً التصويت لها على إتمادات كافية، وهي تتمثل بشكل شبه كلي نفقات تسيير الجماعات الإقليمية"⁶ أما من الناحية القانونية، فمن خلال استقراء نص المادة 199 من القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية، نجد المشرع الجزائري عرّف النفقات الوجوبية على أنّها تلك النفقات الملقاة على عاتق البلدية بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما. والنفقات المتعلقة بتسديد الديون الواجبة الأداء في إطار القرض.

وتجدر الإشارة أنّه من خلال استقراء وتحليل نص المادة 199 من قانون البلدية أنّها تثير إشكاليتين: الإشكالية الأولى تخص اعتبار المشرع الجزائري كل نفقة منصوص عليها في القوانين والتنظيمات إجبارية، مع العلم أنّ هناك نفقات منصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية ومع ذلك فهي اختيارية بالنسبة للبلديات، كونها جاءت بصيغة اختيارية⁷.

أما الإشكالية الثانية التي تثيرها هذه المادة هي مسألة اعتبار المشرع الجزائري أنّ النفقات المتعلقة بتسديد الديون الناتجة عن القرض وحدها الوجوبية، أما الديون الأخرى الناتجة عن التزامات أخرى فترك الحرية للمسؤولين المحليين لتسديدها أو عدم تسديدها، وهذا مخالف للقانون والأخلاق؛ لأنّ أي دين يجب أن يشكّل نفقة وجوبية يحرص المنتخبون المحليون على تسديدها والالتزام بها.

هذا في ما يخص المادة 199 من القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية وهي مادة مستحدثة، إذ في إطار القانون رقم 90 - 08 يتعلق بالبلدية⁸ لم يقدم المشرع الجزائري تعريفاً للنفقات الوجوبية وإنّما اكتفى في نص المادة 160 فقرة أخيرة من القانون بالنص على عدم التزام البلديات إلا بالنفقات التي ترضها عليها القوانين

⁶ علي بوخالفة باديس، مالية الولاية بين التمويل الذاتي ودعم الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص.49.

⁷ لفهم الفكرة أكثر انظر المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 10-100 مؤرخ في 18 مارس سنة 2010، يحدد القانون الأساسي للمؤسسة الوطنية للتجهيزات التقنية والبيداغوجية في التكوين و التعليم المهنيين، ج.ر.ج.ج، عدد 20، الصادر في 24 مارس سنة 2010.

⁸ قانون رقم 90-08 مؤرخ في 7 أبريل سنة 1990، يتعلق بالبلدية، ج. ر. ج. ج، عدد 15، صادر في 11 أبريل سنة 1990، (ملغى).

والتنظيمات، وهذا يتعارض مع الاختصاص العام للبلدية وكذلك حرية الجماعات الإقليمية في تسيير ماليتها، أما قانون الولاية فلم يشر إلى أي تعريف للنفقات الوجوبية سواء في إطار القانون القديم أو الجديد.

وتحديد القانون والتنظيمات للنفقات الوجوبية التي يتعين على المجالس المنتخبة إدراجها في الميزانية، له ما يبرره من حرص المشرع على دفع الجماعات المحلية للتكفل بالنفقات الضرورية كأجور وتكاليف الموظفين التي تمتص النسبة الأكبر من الميزانية، وذلك من أجل ضمان دوام سيرورة المرفق العام وكذا فرض الإقتطاع من قسم التسيير لتمويل نفقات التجهيز و الإستثمار لضمان حد أدنى من التنمية⁹.

وعلى الرغم من عدم الاختلاف في ضرورة وأهمية النفقات الوجوبية إلا أنّ هذا التحديد يحدّ من حرية الجماعات الإقليمية في تحديد نفقاتها، ويؤثر على إستقلاليتها من جهتين:

من جهة نجد أنّ تحديد المشرع الجزائري للنفقات الوجوبية يحدّ من حرية الجماعات الإقليمية في تحديد نفقاتها، خاصة مع ضعف الموارد المالية التي تؤدي إلى امتصاص واستغراق لنسبة هامة من ميزانية الجماعات الإقليمية.

من جهة أخرى، تفتح النفقات الوجوبية مجالاً واسعاً لتدخل السلطات الوصية ممثلة في الوالي وبدرجة أقل رئيس الدائرة¹⁰ بالنسبة للبلديات ووزير الداخلية بالنسبة للولايات، والدولة في تسيير مالية الجماعات الإقليمية. فالسلطات الوصية تتدخل لإدراج النفقات الوجوبية في حالة رفض السلطات المحلية فعل ذلك¹¹، أما الدولة فتتدخل هي الأخرى من أجل منح الإعانات اللازمة في حالة عدم كفاية مداخل الجماعات الإقليمية لتغطية النفقات الوجوبية¹²، وهذا يؤثر على إستقلالية مالية الجماعات الإقليمية بصفة خاصة وعلى إستقلالها الإداري بصفة عامة.

لذلك ينبغي على المشرع بمناسبة تأطير سلطة الجماعات الإقليمية في تحضير الميزانية أن يحرص أن لا تكون هذه النفقات الوجوبية واسعة، ويجب أن تخضع لقواعد محددة بدقة، لأنّ أي التزام مبالغ فيه مقارنة

⁹ شيخ عبد الصديق، الاستقلال المالي للجماعات المحلية: مدها و إمكانات تطوره ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الإدارة و المالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013، ص. 52.

¹⁰ انظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 94 - 215 مؤرخ في 23 يوليو سنة 1994، يضبط أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها، ج.ر.ج.ج، العدد 48، الصادر في 27 يوليو سنة 1994.

¹¹ راجع المادتين 183/4 و 203/2 من القانون رقم 11 - 10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 سنة 2011، يتعلق بالبلدية، والمادة 163 من القانون رقم 12 - 07 مؤرخ في 21 فيفري سنة 2012، يتعلق بالولاية.

¹² راجع المادتين 172/3 و 199/2 من القانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 يونيو 2011 سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ، والمادة 154 من القانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية ، مؤرخ في 21 فيفري سنة 2012 يتعلق بالولاية.

بطبيعة الجماعة من شأنه إفراغ الإستقلالية المحلية من معناها والتخفيض من هامش نشاط السلطات الإقليمية، وأكثر من ذلك فقد تشل حرية الإدارة نفسها¹³.

2- النفقات الإختيارية

تطبيقا للمبدأ العام لصلاحيات كل من الولاية والبلدية المنصوص عليه في المادتين 75 من القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية و 111 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، يحق للمجلس الشعبي الولائي والبلدي المبادرة والترخيص لأي نفقة من شأنها العودة بالمنفعة على البلدية أو الولاية وهذه هي النفقات الإختيارية. ويعدّ دعم الجماعات الإقليمية للجمعيات المجال الأبرز لهذا النوع من النفقات، وهذا ما تنص عليه المادة 34 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات¹⁴، حيث تنص على إمكانية استفادة هذه الأخيرة من إعانات ومساعدات بشرط أن يكون نشاطها ذي صالح عام أو منعة عمومية. غير أنّ هذه الإعانات من الولاية والبلدية للجمعيات، لا تمنح إلا بعد تقديم حساب دقيق عن صرف الإعانات التي استفادت منها سابقا والتحقق من أوجه إنفاقها مع الأهداف التي منحت لأجلها. إذ تترجم النفقات الإختيارية، حرية الجماعات الإقليمية في تقدير نفقاتها، كما تكرس حرية هذه الأخيرة في اختيار إدارتها و تسييرها¹⁵، لكن استغراق النفقات الوجوبية لمعظم إيرادات الجماعات الإقليمية من شأنه إضعاف أو إعدام حق الجماعات في ممارسة هذا الحق- تقدير نفقاتها -، وبالتالي الانتقاص من الإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية.

3- النفقات الممنوعة

النفقات الممنوعة هي النفقات غير المشروعة¹⁶، ومع أنّ المشرع لم يحدد قائمة للنفقات الممنوعة إلا أنّه يمكن أن نحدّد صنفين لها:

النفقات التي تتعارض وتتناقض مع التنظيم الساري المفعول، النفقات التي تتعارض مع اختصاصات الجماعات الإقليمية¹⁷؛ أي لا تدخل في مجال الإختصاصات المشروعة للجماعات الإقليمية، بالنتيجة لا يمكن

¹³ ZIDOURI Fatima, «L'autonomie financière locale leurre ou réalité ?», REMALD, N °83, novembre- décembre, 2008, pp. 104-105.

¹⁴ القانون رقم 12 - 06 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالجمعيات، ج. ر.ج.ج، عدد 2، الصادر في 15 يناير 2012.

¹⁵ MUZELLEC Raymond, finances publiques: Etat, Collectivités locales, Union Européenne, 15^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p.146.

¹⁶ MUZELLEC Raymond, Op.cit, p. 143.

¹⁷ AMARI Razika, Contribution a l'a analyse financière des budgets communaux de la wilaya de TIZI-OUZOU : un instrument de maitrise et de rationalisation des finances locales , *mémoire de magister en sciences économiques, option : économie publique locale et gestion des collectivités*

للمنتخبين المحليين في إطار تسيير المالية المحلية الترخيص إلا على النفقات التي تعود بالفائدة على الجماعات الإقليمية¹⁸.

ولإشارة فإنه كلما كان عدد النفقات الممنوعة على الجماعات الإقليمية كبيرا، كلما كانت الإستقلالية المالية لهذه الأخيرة ضعيفة ونسبية والعكس صحيح.

ثانيا: حرية الجماعات الإقليمية في تحديد إيراداتها

تكمن حرية الجماعات الإقليمية في تحديد إيراداتها في حرية هذه الأخيرة في البحث عن الموارد اللازمة لتغطية أعبائها، وذلك من خلال عدم تحديد إيراداتها على سبيل الحصر (1)، وكذلك في سلطة الجماعات الإقليمية في تأسيس، تحصيل واستعمال مواردها (2).

1- عدم تحديد إيرادات الجماعات الإقليمية على سبيل الحصر

تعتبر مسألة تحديد إيرادات الجماعات الإقليمية مسألة ذات أهمية، كونها تساهم في تكريس وتعزيز الإستقلالية المالية لهذه الأخيرة، لكن المشرع الجزائري في ظل القانون رقم 90-08 المتعلق بالبلدية حدد إيرادات البلدية على سبيل الحصر وذلك في نص المادة 146/1 بقوله: «تعتبر البلدية مسؤولة عن تسيير المالية الخاصة والمتمثلة في: حصيلة الموارد الجبائية والرسوم، مداخيل ممتلكاتها، الإعانات، الإقتراضات.» وهو تقريبا نفس المضمون الذي جاءت به نص المادة 132 من قانون الولاية رقم 90-09¹⁹ في الباب السادس الفصل الأول تحت عنوان أحكام عامة، وهذا يعني؛ أنه لا يمكن للبلديات والولايات أن تتحصل وتبحث على إيرادات مالية خارج عن تلك الموارد المنصوص عليها صراحة في القانون، والتنظيمات السارية المفعول ولم تكن بعد ذلك مصفاة ومثبتة باصدار سند إيرادات²⁰ وهذا يحد من حرية البلدية والولاية في تحضير ميزانيتها²¹.

locales Facultés des Sciences Economiques, Gestion et Science Commerciales, université Mouloud Mammeri de TIZI-OUZOU, 2010, p. 147.

¹⁸ *ibid.* p. 147.

¹⁹ قانون رقم 90-09 مؤرخ في 1990/04/7، يتعلق بالولاية، ج. ر.ج. ج، الصادر في 11 أفريل سنة 1990. (ملغى).

²⁰ رحمانى الشريف، أموال البلديات الجزائرية: الإعتلال، العجز، والتحكم الجيد في التسيير، دار القصبية، الجزائر، 2003، ص.113.

²¹ عمراني بهية، مرجع سابق، ص. 41.

لكن المشرع الجزائري في ظل قانون البلدية والولاية حدد إيرادات البلدية والولاية على سبيل المثال لا الحصر، حيث ينص المشرع بموجب المادة 170 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية على ما: «تتكون موارد الميزانية والمالية للبلدية بصفة خاصة مما يأتي:

حصيلة الجباية، مداخيل ممتلكاتها، مداخيل أملاك البلدية، الإعانات والمخصصات، ناتج الهبات والوصايا، القروض، ناتج مقابل الخدمات الخاصة التي تؤديها البلدية، ناتج حق الامتياز للفضاءات العمومية، بما فيها الفضاءات الإشهارية، الناتج المحصل مقابل مختلف الخدمات.»

وهو تقريبا نفس المضمون الذي جاءت به المادة 151 من القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية.

إنّ عدم تحديد المشرع الجزائري لإيرادات البلدية والولاية على سبيل الحصر في ظل قانون البلدية والولاية، يعتبر نقطة إيجابية ومشجعة للمنتخبين المحليين وكذا المسيرين الإداريين، للبحث عن إيرادات جديدة وإضافية من أجل تمويل الميزانيات المحلية، وبالتالي تعزيز الإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية مع أنّ ذلك صعب التحقيق في ظل الظروف الراهنة، خاصة نقص المستوى التعليمي لدى المنتخبين المحليين كون المشرع الجزائري لم يشترط أي مستوى تعليمي لدى المترشحين للانتخابات المحلية في إطار القانون العضوي المتعلق بالانتخابات²² وذلك بالرغم من مطالبة العديد من الدارسين والباحثين والمهتمين في هذا الميدان، نظرا لأهمية هذا الجانب في تحسين ورفع من مستوى التسيير المحلي للجماعات الإقليمية، لذلك ينبغي الإصرار على إدراج المستوى العلمي كشرط للترشح للانتخابات الإقليمية في التعديلات المقبلة.

2- حرية الجماعات الإقليمية في تحديد إيراداتها - الإيرادات الجبائية نموذجا -

لقد تم اختيار الإيرادات الجبائية كمثال ونموذج لهذه الدراسة باعتبارها تشكل أهم إيرادات الجماعات الإقليمية، وهذه الدراسة تنصب على سلطة الجماعات الإقليمية في تأسيس الموارد الجبائية (أ)، وسلطة هذه الأخيرة في تحصيلها (ب) واستعمالها (ج).

²² تنص المادة 79 من القانون العضوي رقم 16 - 10 مؤرخ في 25 غشت سنة 2016، يتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر.ج.ج، العدد 50، الصادر في 25 غشت 2016 على ما يلي: " يشترط في المترشح إلى المجلس الشعبي البلدي أو الولائي ما يأتي: - أن يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 3 من هذا القانون العضوي ويكون مسجلا في الدائرة الانتخابية التي يترشح فيها،

- أن يكون بالغا ثلاثا وعشرين سنة 23 سنة على الأقل يوم الإقتراع،

- أن يكون ذا جنسية جزائرية، أن يثبت أداءه الخدمة الوطنية أو إعفاءه منها،

- أن لا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكاب جنائية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره.

أسلطة الجماعات الإقليمية في تأسيس الموارد الجبائية

على الرغم من عدم اعتراف المشرع الجزائري بالإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية- البلدية في ظل الأمر رقم 67- 24 المتعلق بالبلدية²³، لكن هذا لم يمنعه من منح الجماعات الإقليمية إمكانية وجواز تأسيس بعض الضرائب والرسوم، وذلك في القسم الثاني الخاص بالضرائب والرسوم بموجب المواد 261 و 262 و 263 منه، لكن بصياغة قانون رقم 81 -09²⁴ المعدل والمتمم للأمر رقم 67 - 24 المتضمن القانون البلدي منع البلديات من تحديد مواردها الجبائية بنفسها من أجل القيام بوظائفها الضرورية، وهذا يدل على نية المشرع في إضعاف السلطة الجبائية للجماعات الإقليمية وبالتالي الإستقلالية المالية لهذه الأخيرة.

وبعد إلغاء المشرع الجزائري إمكانية الجماعات الإقليمية في المشاركة في تأسيس الموارد الجبائية قصر هذه المهمة فقط على القانون، فوحدها السلطة التشريعية التي يمكنها تأسيس الموارد الجبائية وهذا ما تنص عليه المادة 64 / 3 من دستور 1996²⁵: «لا يجوز أن تحدث أي ضريبة إلا بمقتضى القانون». وكذلك المادة 13/122 من نفس الدستور. كما تخضع الضرائب لقواعد محددة بصفة دقيقة ومرتبطة ترتيبا صارما في إطار قانون المالية السنوي الذي يصدر ليؤكد على شرعية الرخصة، وعليه فإنه لا يجوز للبلدية تأسيس أو قبض الضرائب إلا تلك المنصوص عليها صراحة وبذلك نخلص إلى فكرة مفادها أنّ النظام الجبائي الجزائري مركزي وهذه المركزية لا تخدم على الإطلاق الإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية²⁶.

ولإشارة فإنّ السلطة الجبائية للإدارات المحلية تختلف من دولة إلى أخرى ففي فرنسا مثلا نجد أنّ المشرع فيها حدد مجموعة الضرائب المحلية، نماذج حساب أساسيات فرض الضرائب، وأعلى حجم للاقتطاع

²³ الأمر رقم 67-24 مؤرخ في 18 جانفي سنة 1967، يتضمن القانون البلدي، ج.ر.ج. عدد 6، صادر في 18 يناير 1967. (ملغى).

²⁴ قانون رقم 81-09 مؤرخ في 04-08-1980 يعدل و يتم الأمر رقم 67-24 المؤرخ في 18-10-1967 و المتضمن القانون البلدي، ج.ر.ج. عدد 27 صادر في 07-08-1981. (ملغى).

²⁵ دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، يتضمن إصدار تعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج.ر.ج. عدد 76، صادر في 8 ديسمبر 1996 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج. عدد 25، صادر في 14 أبريل سنة 2002، والمعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-19 مؤرخ في 11-15-2008 المتضمن تعديل الدستور ج.ر.ج. عدد 63، صادر في 16 نوفمبر سنة 2008، المعدل بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. عدد 14، الصادر في 7 مارس سنة 2016.

²⁶ تنص المادة 122 / 13 من الدستور نفسه على ما يلي: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، و كذلك في المجالات الآتية: 13 إحداث الضرائب و الجبايات و الرسوم و الحقوق المختلفة، و تحديد أساسها نسبها. "

الذي لا يمكن تجاوزه وترك حرية نسبية للإدارات المحلية في هذا المجال أي بين الحد الأدنى والأقصى²⁷، أما المشرع الجزائري فقد قصر مهمة المجالس الشعبية البلدية في مجرد التصويت على الرسوم والأتاوى في حدود النطاقات المنصوص عليها قانوناً²⁸

لكن استثناء ينص المشرع في قانون المالية لسنة 2012²⁹ في المادة 12 منه على إشراك المجالس الشعبية البلدية المباشر في تحديد لتعريف رسم إزالة القمامات المنزلية وهذا طبقاً لجدول أسعار محدد من طرف المشرع الوطني الجزائري، بالإضافة إلى ذلك فإنّ نفس القانون ينص على أنه في خلال أجل ثلاث سنوات ابتداء من فاتح جانفي 2002، فإنّ المجالس الشعبية البلدية هي التي تتكفل بالتصفية والتحصيل والمنازعات المتعلقة بهذا الرسم، وهذا الإجراء حادثة فريدة في تاريخ نظامنا الضريبي³⁰.

بسلطة الجماعات الإقليمية في تحصيل الإيرادات الجبائية

لا تملك الجماعات الإقليمية إدارة ذاتية وخاصة تتكفل بتغطية وتحصيل مواردها الجبائية، فالإدارة التي تتولى تغطية الموارد الجبائية للدولة هي نفسها التي تتولى تحصيل الموارد الجبائية التي تعود للجماعات الإقليمية³¹، حيث نسجل على المستوى الوطني 975 قباضة ضرائب تتكفل بهذه المهمة، ونميز نوعين من قباضات الضرائب:

قباضات التحصيل: Les recettes de recouvrement: التي لها التزام ضمان تغطية جميع الضرائب الموجودة على إقليمها باستثناء الرسم العقاري ورسم التطهير.

²⁷ بن ورزوق هشام، " البلدية بين التبعية و الإستقلالية المالية"، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، الجزائر، العدد 15، 2006، ص.14.

²⁸ BOUMOULA Samir, Décentralisation et développement local la contribution au (L'aménagement de schéma de financement des budgets publics locaux en ALGERIE : approche par l'analyse de l'économie publique locale), thèse pour l'obtention de grade de docteur en Sciences Economiques : Option de gestion de développement, université ABDE ARRAHMANE MIRA-Bejaia, 2011, p. 183 .

²⁹ قانون رقم 01 - 21 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2001، يتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج.ج.ج. عدد 79، صادر في 23 ديسمبر سنة 2001.

³⁰ بودريالة محمد عبدو، "الإصلاح الضريبي"، الفكر البرلماني، عدد 3، جوان 2003 ص.124.

³¹ BOUMUOLA Samir, Décentralisation et développement local la contribution au (L'aménagement de schéma de financement des budgets publics locaux en ALGERIE : approche par l'analyse de l'économie publique locale), Op. cit. p.180.

قباضات التسيير: les recettes de gestion: يتمثل دورها الرئيسي في التسيير المالي للبلديات التي تتكفل أيضا بضمان الرسم العقاري ورسم التطهير³². ويتولى تسيير قباضات الضرائب قباضو الضرائب (محاسبون عموميون) وهم عبارة عن موظفين يعيّنون من طرف وزير المالية فهم يتمتعون بصفة محاسبين تابعين للدولة، وبالتالي للخرينة العامة وبصفة محاسبين تابعين للبلدية³³، وهذا من شأنه أن يشكّل مساسا صارخا لمبدأ حرية إدارة الجماعات الإقليمية. يتمتع قباضو الضرائب بجميع الوسائل المشروعة لضمان تغطية الضرائب، وهم بحاجة إلى وسائل قهرية والتي قد تصل إلى حجز أموال المكلفين بدفع الضرائب³⁴.

ج. سلطة الجماعات الإقليمية في استعمال مواردها الجبائية

بالإضافة إلى عدم تمتع الجماعات الإقليمية بسلطة تأسيس الموارد الجبائية وتحصيلها، فإنّها لا تتمتع أيضا بسلطة استعمالها وتحويلها وذلك من أجل تغطية نفقاتها المختلفة، كون أنّ المشرع الجزائري ألزم الجماعات الإقليمية في استعمالها لتغطية نفقات قسم التسيير فقط³⁵. إذ تجدر الإشارة أنّ نصف نفقات قسم تسيير ميزانية الجماعات الإقليمية تتمثل في نفقات وأجور المستخدمين، وهي نفقات غير منتجة (غير مدرة للمداخيل)³⁶، وهذا يؤثر سلبا على إيرادات الجماعات الإقليمية وعلى التنمية المحلية، فالجماعات الإقليمية عاجزة عن توجيه النشاط الاقتصادي والاجتماعي منفردة، دون الاستعانة بالوحدات الإدارية الأخرى والحكومة المركزية، كون أنّ مواردها تتميز بالجمود وتعوزها المرونة، عكس الدولة التي تتمتع بسلطة جبائية مطلقة، حيث يمكن لها استعمال مواردها الجبائية بكل حرية وإيراداتها المنفردة، كأداة لتوجيه النشاط الاقتصادي والاجتماعي، وهذا لما تتمتع به مواردها الجبائية من مرونة، ففي استطاعة الحكومة المركزية أن تفرض ضرائب جديدة أو تزيد من سعر الضرائب الموجودة دون أن يحد من سلطاتها في هذا الصدد سوى ما تخشى وقوعه من أثار إقتصادية واجتماعية ضارة نتيجة ازدياد العبء الضريبي³⁷.

³² GRABA Hachmi, Les ressources fiscales des collectivités locales : nature des produits-procédés d'assiette, de recouvrement et d'affectation- perspectives d'évolution, ENAG /EDITIONS, ALGER, 2000, P. 36 .

³³ رحمانى الشريف، مرجع سابق، ص.12.

³⁴ GRABA Hachmi, Op .cit. p. 36 .

³⁵ انظر المادة 2/195 من القانون رقم 11 - 10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 سنة 2011، يتعلق بالبلدية.

³⁶ BOUMOULA Samir, « Contribution a l'identification des contraintes financières Des communes EN ALGERIE : Cas D'UN GROUPE DE COMMUNES DE LA REGION BEJAI A. », *idara, Ecole nationale d'administration, Alger, N° 02 / 2010, p. 28.*

³⁷ الشخلى عبد الرزاق إبراهيم، الإدارة المحلية دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، 2001، ص.120.

خاتمة

على الرغم من أهمية حرية الجماعات الإقليمية في تحديد نفقاتها وإيراداتها أثناء إعدادها لميزانيتها من أجل ضمان الإستقلالية المالية لها، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يجتهد و يحرص على ضمان تلك الحرية أثناء صياغته لمختلف النصوص القانونية المؤطرة لهذا المجال، وذلك يظهر في عدة مظاهر أهمها:

- تزايد عدد النفقات الوجوبية المفروضة على الجماعات الإقليمية، حيث تجد هذه الأخيرة نفسها مجبرة على تسجيلها في ميزانيتها أثناء وضعها لها دون أن يكون لهذه الأخيرة أي دور في تحديدها، خاصة في ظل محدودية الموارد المالية للجماعات الإقليمية وهذا يشكّل مساسا صارخا لمبدأ الإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية.

- غياب أي سلطة جبائية للجماعات الإقليمية، فهذه الأخيرة لا تتمتع بسلطة خلق، تحصيل واستعمال مواردها الجبائية، فأين الإستقلالية المالية للجماعات الإقليمية، خاصة مع اعتبار الإيرادات الجبائية أهم مورد لهذه الأخيرة.

مما يعني في الأخير أنّ الجماعات الإقليمية تفتقد لأحد أهم مؤشرات ومقومات الإستقلالية المالية، والقول بأنّ تمتع الجماعات الإقليمية بميزانية مستقلة عن ميزانية الدولة مظهر لإستقلاليتها صحيح لكن من الناحية الشكلية فقط، لأنّه من الناحية الموضوعية فالجماعات الإقليمية تفتقد لأي سلطة في تقدير نفقاتها وإيراداتها أثناء إعدادها لميزانيتها، لذلك فمن الضروري ترك الحرية للجماعات الإقليمية في تحديد نفقاتها بما تراه مناسبا وضروريا لإشباع حاجيات مواطنيها وتحقيق التنمية المحلية المنشودة خاصة أنّها أدري بذلك، وإشراكها في تحديد مواردها خاصة الموارد الجبائية لهذه الأخيرة باعتبارها أهم مورد لها.

حماية البيئة شرط لإنجاز الإستثمارات الأجنبية في الجزائر

حسين نواره⁽¹⁾

جامعة مولود معمري تيزي وزو

الملخص:

بعد إدراج قضية البيئة ضمن مواضيع التنمية المستدامة، أصبحت ضرورة الموازنة بين التنمية الاقتصادية وبين الحفاظ على البيئة بضبط مشكلة التلوث البيئي والصناعي، ومواجهة خطر النفايات الصناعية للاستثمارات الأجنبية من الضروريات و الأولويات .

حيث نص التعديل الدستوري لسنة 2016 على الحق في البيئة كأحد الحقوق الإنسانية المهمة، الواجب مراعاتها والحفاظ عليها، وألزم قانون الاستثمار المستثمرين الوطنيين و الأجانب قبل منحهم الموافقة على إقامة مشاريعهم الاستثمارية مراعاة البعد البيئي كقيد على حقهم في الاستثمار في الجزائر .
وقد تبنى المشرع الجزائري جملة من الآليات لضمان احترام البيئة في إطار الاستثمارات الأجنبية في الجزائر نتناولها بالتفصيل في هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية:

الإستثمار الأجنبي، حماية البيئة، التنمية المستدامة.

تاريخ إرسال المقال: 2018/05/13، تاريخ قبول المقال: 2018/06/03، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: حسين نواره، "حماية البيئة شرط لإنجاز الإستثمارات الأجنبية في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 488-509.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

أستاذة محاضرة قسم "أ"، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 15000، تيزي وزو، الجزائر .

المؤلف المراسل: nouarahocine@yahoo.fr

Environmental Protection as a Condition for the Establishment of Foreign Investment in Algeria

Abstract :

While the effect of foreign direct investment is generally seen as positive on the growth of host countries, notably through induced capital and technology transfers, it is more controversial and ambiguous about its impact on the environment.

The most important and controversial aspects of the effects of foreign direct investment on the environment relate to the technological effect, industrial waste and all sources of pollution.

This study focuses on the protection of the effects of foreign direct investment on the environment.

Keywords:

Foreign investment, Environmental protection, Sustainable development.

La protection de l'environnement condition pour l'établissement des investissements étrangers en Algérie

Résumé:

Si l'effet des investissements directs étrangers est généralement considéré comme positif sur la croissance des pays d'accueil, notamment grâce aux transferts de capitaux et de technologie industrielle, il est plus discuté et ambigu par rapport à son impact sur l'environnement, en particulier après avoir intégré la question de l'environnement dans le développement durable.

Les aspects les plus importants et les plus controversés des effets des investissements directs étrangers sur l'environnement sont relatifs à l'effet technologique, aux déchets industriels et toutes causes de pollution résultantes des investissements.

Cette étude porte sur la protection des effets de l'investissement direct étranger sur l'environnement.

Mots clé :

Investissement étranger, Protection de l'environnement, Développement durable.

مقدمة

يلزم قانون الإستثمار المستثمرين قبل منحهم الموافقة على إقامة مشاريعهم الاستثمارية مراعاة البعد البيئي كقيد على حقهم في الاستثمار، وذلك بسبب ما نتجت عن الاستثمارات السابقة الوطنية والأجنبية من آثار سلبية خطيرة على البيئة، بسبب سوء استغلال الموارد الطبيعية والمغالاة في استنزافها، وبسبب عدم مراعاة أسباب تلوث البيئة الناتجة عن الإنتاج والتصنيع في مختلف المجالات المستثمر فيها⁽¹⁾.

فأمام الرغبة المفرطة في زيادة الانتاج على حساب البيئة وبمبرر تحقيق التقدم والرفي الاقتصادي، أي التنمية الاقتصادية، تغاضت السلطات المختصة بالاستثمار⁽²⁾ من جهة، وبالبيئة من جهة أخرى، لعدة سنوات عن الإشكالات التي كانت تمس بالبيئة، بل ولم تتصدى لاعتداء الاستثمارات التي من طبيعتها تسبب التلوث البيئي⁽³⁾، أو حتى التأثير بأي شكل من الأشكال على الطبيعة أو على البيئة، بل ولم تهتم بمسألة البيئة أمام الحاجة لرؤوس الأموال للتخلص من الأزمة الاقتصادية.

تغيرت هذه الوضعية منذ إدراج قضية البيئة ضمن مواضيع التنمية المستدامة، فتصدت معظم الهيئات الدولية المتخصصة في مجال حماية البيئة للخروقات التي مست وتمس بالبيئة، ونصت على الحماية القانونية للبيئة كل القوانين ذات العلاقة، وتم دسترة مبدأ الحق في البيئة.

¹ لم يعد انتقال الإنتاج بين الدول الصناعية المتقدمة مجدياً، وذلك لأسباب تتعلق بقيود وشروط حماية البيئة، نظراً لأن القيود والتعليمات البيئية متقاربة في أغلب الدول الصناعية. أما في البلدان النامية فالوضع مختلف حيث لا تعتبر مشكلة التلوث مشكلة خطيرة بعد بالمقارنة مع المشاكل الأخرى، حيث القيود والتعليمات البيئية لا تزال غير متشددة وهذا يمكن أن يقود إلى انتقال الصناعات المثقلة والملوثة للبيئة من الدول الصناعية المتقدمة إلى هذه البلدان وذلك لتجنب تكاليف وأعباء حماية البيئة. ففي بعض البلدان النامية مثل الأرجنتين، وأندونيسيا والباكستان، تلعب القيود والتعليمات البيئية غير المتشددة دوراً مهماً في تشجيع الاستثمارات الأجنبية.

نقلا عن : د/ حسين نواره، حماية البيئة قيد على حرية الاستثمار ، يوم دراسي بعنوان البيئة و التنمية المستدامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص.1

² بعد الحرب العالمية الثانية ظهرت آثار التجارة الدولية على البيئة عقب التوسع السريع والهائل للتجارة الدولية حيث تضاعف حجم التجارة العالمية سبعة وعشرين مرة وارتفعت نسبة التجارة الدولية في إجمالي الناتج المحلي من 5,5% إلى 20,5%، أصبحت تلك الآثار محل بحث متجدد بدءاً من عام 1990، لاسيما عقب الاعتراضات التي أبدتها المختصون في علوم البيئة على إبرام اتفاقية التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية، فإذا اتفق الاقتصاديون بصفة عامة على الطابع النفعي للتجارة الدولية، فإن صافي آثار التجارة الدولية على البيئة يظل غير محدد بشكل واضح. إلى جانب الآثار السلبية، كالتلوث المباشر الناتج عن وسائل المواصلات، وتزايد المنتجات الملوثة والتي تولد عناصر تؤدي إلى استغلال الطبيعة، ومشاكل التقنين الدولي للملوثات.

³ إن عدم ارساء أسس للصناعة الثقيلة كان مصدراً للتلوث البيئي خاصة في مناطق المجمععات الصناعية، كمجمع سكيكدة لتمبيع الغاز ومجمع الحجار للحديد والصلب ومصانع الإسمنت في الرايس حميدو والشلف.

- زيد المال صافية، مقومات قانون البيئة في الجزائر، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد1، 2014، صص 221-222.

ومن شدة الاهتمام بمسائل وإشكاليات البيئة احتلت في إطار التنمية المستدامة الصدارة، فأدرجتها كل الدول ضمن أولوياتها لا سيما الجزائر، حيث نجد ضمن الإيجابيات التي تحسب للمؤسس الدستوري في تعديله الدستوري لسنة 2016 توسيعه لدائرة الحقوق والحريات، وذلك بنصه على الحق في البيئة كأحد الحقوق الإنسانية المهمة الواجب مراعاتها والحفاظ عليها، فأول مرة ينص الدستور الجزائري صراحة على حقوق الأجيال القادمة ضمن الكتلة الدستورية⁽¹⁾.

وعليه إنّ حماية البيئة حق من حقوق كل إنسان يعيش في البيئة ذاتها، وواجب عليه، أصبحت من أهم القضايا المطروحة في إطار التنمية المستدامة، وتأخذ الأولوية وتتصدّر حاليا كل القضايا حتى الاقتصادية. وقد نصت المادة 4 من القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على أنه: "مفهوم يعني التوفيق بين تنمية اجتماعية واقتصادية قابلة للاستمرار وحماية البيئة أي إدراج البعد البيئي في إطار تنمية تضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة والأجيال المستقبلية".

فالتنمية المستدامة هي: "التنمية التي تلبي احتياجات الجيل الحاضر دون أن تعرّض للخطر احتياجات جيل المستقبل"⁽²⁾. ومن هنا تجدر الإشارة الى ضرورة التوفيق بين التنمية الاقتصادية ومتطلباتها من جهة، وضرورة حماية الموارد البيئية من جهة أخرى، وبذلك فإنّ المشكل المثار اليوم هو أنّ تحقيق النمو الاقتصادي تم ولا يزال قائما على حساب الموارد البيئية كالمياه والغابات والأراضي الفلاحية والهواء... لذا قرّرت معظم القوانين والتنظيمات استحالة الفصل بين قضايا التنمية ومشكلة البيئة، بل ومنح الأولوية لهذه الأخيرة، وامتدت الى اعتبار حماية البيئة مسؤولية الجميع، بما فيهم المستثمرين الوطنيين والأجانب المهتمين بإقامة مشاريع اقتصادية صناعية وتنموية⁽³⁾.

في الجزائر مرّت قوانين الاستثمار فيما يخص النص على ضمان حماية البيئة بمرحلتين، الأولى قبل سنة 2001 حيث تم إهمال البيئة أمام الحاجة للاستثمار ولرؤوس الأموال الأجنبية لتحريك عجلة التنمية، ثم مرحلة ما بعد سنة 2001 حيث تم تكريس البعد البيئي فأصبح كقيد على حرية الاستثمار الوطني والأجنبي معا، فلا تمنح الرخصة بالاستثمار إلاّ إذا ثبت أنّ الاستثمار المرغوب إنشاؤه لا يضر بالبيئة، من خلال إلزام المعنيين بالقيام بدراسة مفصلة للبحث في مدى تأثير الاستثمار على البيئة بمعنى جدوى الاستثمار على البيئة، حتى يتم التأكد من مدى مراعاة البعد البيئي، لا سيما بعد صدور القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار

¹ - لزرقي عائشة، الحماية الدستورية للحق في البيئة على ضوء التعديل الدستوري الجزائري، مجلة دفاتر، تصدر عن جامعة ورقلة، الجزائر، عدد 2016، ص 2.

² - د. اسماعيل سراج، التنمية المستدامة، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، ديسمبر 1993 ص 7.

³ - نقلا عن : نوار حسين، الترسنة القانونية الخاصة بحماية البيئة، محاضرة ملقاة في إطار الندوة الوطنية "حق البيئة والحق فيها"، من تنظيم الفدرالية الوطنية لحماية البيئة، الجزائر، يوم 20 ماي 2017، ص 6.

التممية المستدامة، من خلال فرض مجموعة من المبادئ تهتم كلها بحماية البيئة من كل أشكال التلوث والأضرار عموماً من جهة، وبعد صدور قانون الاستثمار رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار⁽¹⁾. من خلال هذه الدراسة نتساءل عن مفهوم البيئة وعلاقة تلوثها بالاستثمار الأجنبي، ثم عن آليات حمايتها من أضرار الاستثمار ومدى اعتبار حماية البيئة شرطاً للاستثمار في الجزائر؟. للتفصيل في الموضوع نتناول مفهوم البيئة وعلاقة تلوثها بالاستثمار الأجنبي في (المبحث الأول) ثم وسائل حماية البيئة من مخاطر الاستثمار الأجنبي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم البيئة

من المسلمات في العصر الحديث أنّ الاستثمار هو المحرك الأساسي للنمو الاقتصادي، فضلاً عن دوره في تنويع مصادر الدخل وتحسين مستوى المعيشة، وأنّ البيئة من الدعامات الأساسية لكل نشاط استثماري، نظراً لما توفره من موارد طبيعية، الأمر الذي يستدعي حمايتها والعمل على ضمان استدامتها، وهذا ما أدى إلى زيادة طلب المجتمعات بضرورة دعم وتشجيع الاستثمارات النظيفة لحماية البيئة من جهة⁽²⁾، وضرورة الموازنة بين التنمية الاقتصادية والحفاظ على البيئة الطبيعية، بضبط مشكلة التلوث البيئي والصناعي بل ومواجهة خطر النفايات الصناعية للاستثمارات الأجنبية من جهة ثانية.

للتفصيل نتناول أولاً تعريف البيئة وعلاقة التلوث البيئي بالاستثمار الأجنبي في (المطلب الأول) ثم نتطرق للقوانين التي كرسها المشرع الجزائري لحماية البيئة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف البيئة وعلاقة التلوث البيئي بالاستثمار الأجنبي

إنّ مسألة التحديد الدقيق لمصطلح البيئة من الأمور المعقدة، فموضوع البيئة حالياً أصبح موضوعاً متشعباً يهم مختلف فئات المجتمع، فنظرة البيولوجي للبيئة تركز على الجانب الصحي، ونظرة الإقتصادي تركز على الجانب المالي، فيما تقتصر نظرة القانوني على الجوانب المتعلقة بحماية البيئة كحق للجميع، خاصة وقد دخل ملف حماية البيئة من المخاطر والأضرار التي تسببها العوامل البشرية والمؤثرات الخارجية والنفايات

¹ قانون رقم 09/16 مؤرخ في 08 مارس 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. عدد 46.

² بركان عبد الغاني، الحوافز الجبائية في مجال الاستثمار ودورها في حماية البيئة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15/ العدد 01/2017، ص 223.

الصناعية، ضمن أهم القضايا المطروحة في إطار التنمية المستدامة، استنادا إلى العلاقة القائمة بين البيئة من جهة والتنمية من جهة ثانية⁽¹⁾.

فقد تسببت التنمية الصناعية في السنوات الأخيرة في خطورة خلل التوازن البيئي الناتج عن التلوث الصناعي، المترتب عن إنشاء الاستثمارات الصناعية الوطنية والأجنبية، فنشأت علاقة مباشرة بين واقع التدهور البيئي ودرجة الخطورة التي وصلت إليها البيئة بالمنشآت الصناعية، مما دفع بالمشروع إلى ربط قرارات منح التراخيص بالاستثمار الصناعي بدراسات جدواها على البيئة، وآثار مخلفاتها ونفاياتها على المحيط الحالية والمستقبلية.

وللتفصيل في الموضوع يجدر بنا تعريف البيئة في (الفرع الأول) ثم أثر التلوث الصناعي الناتج عن المنشآت الاستثمارية على مستقبل الكتلة البيئية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف البيئة

تعتبر البيئة جميع العوامل الحية وغير الحية التي تؤثر على الكائن الحي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أي فترة من فترات حياته. وهي المحيط الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمل من ماء، هواء، فضاء، تربة، كائنات حية ومنشآت أقامها الإنسان لإشباع حاجاته⁽²⁾. وبالنظر إلى هذا التعريف نجده وعلى خلاف التعاريف السابقة لمرحلة الثورة الصناعية قد أضاف عنصرا جديدا إلى جانب العناصر الحية وغير الحية، يتمثل في جملة المنشآت التي أقامها الإنسان كجزء هام من مكونات الموارد البيئية حاليا، وبذلك فالبيئة: "مجموعة من العوامل الطبيعية الحية منها وغير الحية من جهة، ومجموعة من العوامل الوضعية المتمثلة في كل ما أقامه الإنسان من منشآت لسد حاجياته من جهة أخرى".

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يعرف البيئة، إلا أن القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽³⁾ في المادة 3 منه حدّد مكونات البيئة، بحيث يمكن اعتبار البيئة ذلك المحيط الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمل من ماء، هواء، تربة، كائنات حية وغير حية ومنشآت مختلفة، وبذلك فالبيئة تضم كلاً من البيئة الطبيعية والاصطناعية وبذلك تمتد مكوناتها إلى المنشآت الصناعية للاستثمارات الأجنبية.

¹ - نشير الى أنه توجد علاقة كذلك بين البيئة وعلم الاقتصاد خاصة وأنّ هذا الأخير يسمح بتسخير قواعده للاستخدام الأمثل للموارد البيئية لا سيما لتحقيق هدف تعظيم الربح وإشباع الحاجات الإنسانية بأقل تكلفة اقتصادية وبيئية معا.

² - د . ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994 ، ص 21.

³ - القانون رقم 10/03 المؤرخ في 20/07/2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، ج ر عدد 43.

الفرع الثاني : تعريف التلوث البيئي وعلاقته بالإستثمار الأجنبي

لقد أصبحت مشكلة تلوث البيئة خطراً يهدد الجنس البشري بالزوال، ويهدد حياة كل الكائنات الحية

والنباتات، حيث برزت هذه المشكلة نتيجة للتقدم التكنولوجي والصناعي والحضاري للإنسان⁽¹⁾.

إنّ حماية البيئة هي في الأصل حماية من التلوث، باعتباره مجموعة التغيرات غير المرغوبة التي تحيط بالإنسان ومحيطه بكل مكوناته وعناصره، من خلال حدوث تأثيرات مباشرة أو غير مباشرة على البيئة حسب ما ورد في نص المادة 4 من القانون رقم 10/03 السالف الذكر، ومن شأنها التغيير في المكونات الطبيعية، الكيميائية والبيولوجية للبيئة مما يؤثر على الإنسان ونوعية الحياة⁽²⁾، تمّ تعريفه على أنه: "تلويث الهواء والماء والأرض بسبب النفايات الناشئة عن ازدياد النشاط الصناعي"⁽³⁾، وبذلك تم ربط التلوث البيئي إلى حد بعيد بالنشاطات الصناعية والاستثمارات، لما ينتج عنها من مخلفات ضارة ونفايات سامة ذات آثار وخيمة على صحة وسلامة الإنسان والحيوان والنبات والهواء والممتلكات الجماعية والفردية⁽⁴⁾.

وبسبب العلاقة التي تربط الاستثمارات الأجنبية بالبيئة، قيّد المشرع الجزائري إنجازها في الجزائر بشرط احترام البيئة والمحافظة عليها، حيث نصت المادة الثالثة من قانون ترقية الاستثمار رقم 16-01 السالف الذكر على أنه: "تنجز الاستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل احترام القوانين و التنظيمات المعمول بها، لا سيما تلك المتعلقة بحماية البيئة...".

وعليه ارتبطت حماية البيئة بالحماية من مخلفات الاستثمارات ونفاياتها بمفهوم الحماية من التلوث الصناعي، الذي وصل إلى درجة من الخطورة ما يتطلب مجهودات جبارة لجبر أضراره، والناجى بسبب السماح بإنشاء الاستثمارات الوطنية والأجنبية على الأراضي الفلاحية والسماح بامتداد المباني والإسمنت من الأراضي الصالحة للبناء إلى تلك الصالحة للفلاحة بمبرر أزمة السكن، أو حتى إلى الشريط الأخضر أو المساحات الخضراء والمحميات بمبرر حل الأزمة الاقتصادية⁽⁵⁾... وأسباب كثيرة أخرى لاسيما سلوك المؤسسات الصناعية وشركات الإستثمار التي ركزت في سعيها لتعظيم المكاسب على حساب البيئة.

¹ - أمجد قاسم ، مخاطر التلوث الصناعي وطرق التغلب عليه، مقال منشور في آفاق علمية وتربوية بتاريخ 2011/09/18، مطلع عليه بتاريخ 2018/03/05، على الموقع : <http://al3loom.com>

² - د/ معوض عبد الثواب، جرائم التلوث من الناحية القانونية والفنية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1968، ص ص 9 - 1.

³ - د/ خلفي عبد الرحمان، تدخل التشريع الجنائي لردع مخاطر التلوث البيئي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد2، 2015، ص 153 .

⁴ - إنّ أغلب النفايات سامة حتى تلك المسموح بها من طرف البلدية فهي نفايات خام لا تخضع لمعايير حماية البيئة .

نقلا عن: عقون أحمد، تجربة الجزائر في حماية البيئة، تاريخ الاطلاع 2017/05/17 ، على الموقع : <http://tioutwaha1.blogspot.com/2009>

⁵ - د / حسين نواره ، حماية البيئة قيد على حرية الاستثمار، مرجع سابق، ص1 وما بعدها.

ومن هنا تجدر الإشارة إلى ضرورة التوفيق بين التنمية الاقتصادية ومتطلباتها من جهة، وضرورة حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة من جهة أخرى، و بذلك فإنّ المشكل المثار اليوم والتحدي المرفوع هو أنّ تحقيق النمو الإقتصادي لا يجدر أن يتحقق على حساب الموارد البيئية كالمياه والغابات والهواء، لذا قرّرت معظم القوانين والتنظيمات استحالة الفصل بين قضايا التنمية ومشكلة البيئة، مع ضرورة الاعتراف بالعلاقة الطردية بين خلل التوازن البيئي بدرجة خطورة النفايات الصناعية وسوء التكفل بها.

المطلب الثاني: القوانين المتعلقة بحماية البيئة

لما استفحلت ظاهرة الاعتداء على البيئة في الجزائر وتضخمت آثارها وازداد تدهور وضعية المحيط البيئي وانتشرت الجرائم البيئية، تدخل المشرع الجزائري بسن قواعد تنظم البيئة وتحميها، وتتصدى لكل الإعتداءات التي تتعرض لها، غير أنّه أمام تشعب مشاكل البيئة وكثرتها وتضخم أبعادها، اتجه المشرع إلى فكرة وضع لكل جريمة تمس بالبيئة قانونا، بمعنى تم وضع قانون خاص بحماية الأراضي الفلاحية وآخر لحماية الأراضي الغابية، ثم لحماية الغطاء النباتي، والمحميات، والتنوع البيولوجي والحيواني، والثروة السمكية، والموارد المائية، ومكافحة ظاهرة التلوث، وقانون التهيئة والتعمير لإحداث التوازن في مجال العمران وفصل وظيفة السكن عن الفلاحة والصناعة⁽¹⁾.....الخ.

فقانون البيئة هو مجموعة القواعد التشريعية والتنظيمية المهمة بتنظيم المحيط الذي يعيش فيه الكائن الحي بمختلف مشتملاته الماء، الهواء، الفضاء، التربة وكذا المنشآت التي وضعها الإنسان سواء كانت مرافق صناعية أو اجتماعية أو اقتصادية، بما فيها النص الدستوري الذي قرّر الحماية الدستورية للبيئة باعتباره أسمى القوانين، ارتبطت في الآونة الأخيرة بقوانين أخرى ذات العلاقة كقوانين الاستثمار.

الفرع الأول : الحماية الدستورية للبيئة

لم يقرّر المشرع الجزائري مسألة حماية البيئة في القانون العادي والقوانين الفرعية والنصوص التنظيمية فحسب، بل تعدى اهتمامه بالبيئة الى تكريس الحماية الدستورية البيئية، فخصها بمكانة هامة في دستور 1989، حينما كرّس الحماية القانونية للبيئة معتبرا إياها مصلحة عامة تجب حمايتها، غير أنّه مع احتلال ملف البيئة الصدارة بين مختلف المواضيع الأخرى في الآونة الأخيرة، فإنّ المؤسس الدستوري الجزائري من خلال دستور 2016، قرّر حق المواطن في العيش في بيئة سليمة تكفل له الحياة الكريمة وذلك في ديباجة الدستور التي أكدت على ضرورة : "بناء اقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة"، وقرر لها حماية

¹ - للتفصيل في تطور قانون البيئة في الجزائر انظر، زيد المال صافية، مرجع سابق، ص ص222-227.

دستورية بموجب المادة 68 التي نصت على أنه: "للمواطن الحق في بيئة سليمة. تعمل الدولة على الحفاظ على البيئة. يحدد القانون واجبات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لحماية البيئة" (1) .

الفرع الثاني: الحماية التشريعية للبيئة

تستند السياسات البيئية في الجزائر إلى ترسانة قانونية متنوعة المصادر، كرسها المشرع الجزائري للإستجابة للحاجة الاجتماعية الملحة لإيجاد قواعد قانونية تنظم سلوك المواطنين تجاه البيئة، وتضبط تصرفات المؤسسات الاستثمارية الصناعية فيما يخص مخلفاتها ونفاياتها الصناعية السامة والضارة بالمحيط البيئي، حيث بالإضافة لقانوني الولاية والبلدية اللذان ينصان على صلاحياتها في اتخاذ التدابير المناسبة لتهيئة الإقليم الولائي والبلدي، وحماية البيئة وترقيتها، وردت مجموعة معتبرة من النصوص التشريعية والتنظيمية، لاسيما منها القانون رقم 10/03 الذي يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة السالف الذكر، الذي حدد المشرع من خلاله الآفاق التي تصبو الجزائر إلى تحقيقها والمبادئ التي كرسها لاسيما تحفيز سياسة وقاية البيئة على أسلوب العقاب⁽²⁾، وقانون التهيئة والتعمير رقم 29/90 الذي يهدف إلى إحداث التوازن في تسيير الأراضي والفصل بين الأراضي السكنية والأراضي الفلاحية والعقار الصناعي⁽³⁾. ثم قوانين المالية التي تصدر كل سنة وتتضمن بنودا تتعلق بالبيئة، كقانون المالية رقم 91 / 25 لسنة 1992 الذي نصّ على فرض الرسم على التلوث لمواجهة آثار التلوث الصناعي، وقانون المالية لسنة 2002 الذي نصّ في المادة 263 مكرر 3 من على مبدأ الملوث الدافع، والذي جاء به المشرع ليجسد رفع نسب رسوم رفع النفايات، وهذا لمعالجة مشكلة النفايات الحضرية كآلية فعالة لحماية البيئة في يد الإدارة .

وكذا القانون المتعلق بتسيير النفايات رقم 19/01 الذي نص على نظام التقرير في المادة 21 التي نصت على أنه: "يلزم منتج أو حائزو النفايات الخاصة بالخطرة بالتصريح للوزير المكلف بالبيئة بالمعلومات المتعلقة بطبيعة وكمية وخصائص النفايات"، كما يتعين عليهم دوريا تقديم المعلومات الخاصة بمعالجة هذه النفايات وكذلك الإجراءات العملية المتخذة لتفادي إنتاج هذه النفايات. كذلك نص المرسوم التنفيذي رقم 160/93 المتعلق بتنظيم النفايات الصناعية السائلة في المادة 11 على أنه إذا لم يمتلك مالك التجهيزات باحترام أحكام

¹ - القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، يتضمن الدستور ، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

² - نصت المادة الثانية على جملة من الأهداف التالية: ترقية تنمية وطنية مستدامة - العمل على ضمان إطار معيشي سليم - الوقاية من كل أشكال التلوث والأضرار الملحقة بالبيئة - ضمان الحفاظ على مكونات البيئة وإصلاح الأوساط المتضررة - ترقية الإستعمال الإيكولوجي العقلاني للموارد الطبيعية - استعمال التكنولوجيات الأكثر نقاء - دعم الإعلام وتحسيس الجمهور لضمان مشاركته في تدابير حماية البيئة .

³ - القانون رقم 29/90 ، مؤرخ في 1/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52 في 01/12/1990 المعدل بالأمر 50/04 في 14/08/2004، ج ر عدد 51.

البيئة، يقرر الوالي الإيقاف المؤقت لسير التجهيزات المتسببة في التلوث إلى غاية تنفيذ الشروط المفروضة، وفي هذه الحالة يعلن الوزير المكلف بالبيئة عن سحب رخصة التصريف بناء على تقرير الوالي وذلك دون المساس بالمتابعة القضائية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، وهي أحكام نفسها وردت في المرسوم التنفيذي رقم 93/ 165 المنظم لإفراز الدخان والغاز والغبار والروائح والجسيمات الصلبة في الجو في المادة 6 التي نصت على أنه إذا كان استغلال التجهيزات يمثل خطرا أو مساوئ أو حرجا خطيرا على أمن الجوار وسلامته وملاءمته أو على الصحة العمومية، فعلى الوالي أن ينذر المستغل أو المستثمر بناء على تقرير مفتش البيئة بأن يتخذ كل التدابير اللازمة لإنهاء الخطر والمساوئ والملاحظة وإزالتها، وإذا لم يمتثل المستغل أو المسير في الآجال المحددة لهذا الإنذار يمكن إعلان التوقيف المؤقت لسير التجهيزات كليا أو جزئيا، بناء على اقتراح مفتش البيئة بقرار من الوالي المختص إقليميا دون المساس بالمتابعات القضائية، تضمن قانون المياه رقم 17/83 في مادته 108 المعدل بموجب الأمر رقم 13/96 نفس الحماية وذلك عن طريق إيقاف سير الوحدة المسببة في التلوث، إلا أن الإيقاف يأخذ هنا شكل الطابع المؤقت إلى حين زوال التلوث، وذلك عندما يشكل تلوث المياه خطرا على الصحة العمومية أو يلحق ضررا بالاقتصاد الوطني.

كما وردت قوانين كثيرة جدا في نفس السياق تجسد رغبة المشرع الجزائري في حماية البيئة، لضمان حقوق الأجيال الحاضرة والمستقبلية⁽¹⁾، فتقررت ذات الحماية في القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار من خلال المادة الثالثة المذكورة أعلاه.

المبحث الثاني: القيود الواردة على الاستثمار الأجنبي لحماية البيئة

نظم المشرع الجزائري كل المسائل المتعلقة بالتنمية الاقتصادية وجعلها من الأولويات، لا سيما وأن الجزائر تمر بمرحلة اقتصادية صعبة بسبب نقص رؤوس الأموال، فتفتح على الاستثمارات الأجنبية كحل للخروج من الأزمة كآلية لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، غير أن ذلك لم يعد على حساب الكتلة البيئية، حيث قيد إنجاز الاستثمار الأجنبي في الجزائر بشرط الالتزام بقواعد حماية البيئة.

للتفصيل في ذلك نتطرق لشرط دراسة آثار الاستثمار على البيئة وشرط تحمل الجباية التكنولوجية عن أضراره على البيئة في (المطلب الأول) ثم نتناول مدى تكريس مبادئ الاستثمار المسؤول لحماية البيئة من مخاطر وأضرار الاستثمار تحقيقا للعدالة البيئية و العقوبات المقررة للإخلال بواجب الحفاظ على البيئة في (المطلب الثاني)

¹ - أ. وناس يحي، تبلور التنمية المستدامة من خلال التجربة الجزائرية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 2003، ص ص 39-40.

المطلب الاول : شرط دراسة آثار الاستثمار على البيئة ودفع الجباية الإيكولوجية كقيد على الإستثمار

دخل ملف حماية البيئة من المخاطر و الأضرار التي تسببها الاستثمارات ضمن أهم القضايا المطروحة في إطار التنمية المستدامة، لا سيما بسبب العلاقة القائمة بين البيئة من جهة و التنمية من جهة ثانية⁽¹⁾، لذلك ألزم المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات⁽²⁾ لتوخي الآثار السلبية للاستثمارات و للمشاريع الاقتصادية الكبرى، القيام بدراسة مفصلة حول جدوى هذه الاستثمارات أو ما يصطلح عليه بدراسة " مدى تأثير المشاريع المرغوب إنشاؤها على البيئة " (الفرع الأول)، وألزم أصحاب الاستثمارات والمشاريع بدفع الضريبة الإيكولوجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : شرط دراسة آثار الاستثمار على البيئة

إن مشكلة البحث عن الآليات اللازمة للتصدي للتجاوزات التي تعاني منها البيئة في إطار الأنظمة اللامتناهية للتحفيزات المكرسة لإستقطاب الاستثمارات الأجنبية، هي محصلة علاقة غير متوازنة بين التنمية الاقتصادية والتنمية المستدامة البيئية التي دامت لفترة طويلة، لذلك تنص قوانين الإستثمار الحالية على إعادة النظر في أساليب تعاملها مع الاستثمار في الشق المتعلق بالبيئة، وآثاره التراكمية، فقررت فرض إجراء دراسات جدوى الاستثمارات على البيئة قبل إنجازها . نتناوله بالتفصيل فيما يلي:

اولا- التكريس التشريعي لشرط دراسة آثار الاستثمار

إن دراسة تأثير الاستثمار على البيئة أداة مراقبة ووقاية، لأنه اجراء اداري ذو طابع علمي و تقني مسبق⁽³⁾ لضمان حماية قبلية للبيئة من أضرار الاستثمارات ومخاطرها، هدفه تحديد مدى ملاءمة إدخال المشروع في بيئته مع تقييم آثاره المباشرة وغير المباشرة، والتحقق من مدى التكفل في إنجازها بالتعليمات المتعلقة

¹ - نشير الى أنه توجد علاقة كذلك بين البيئة وعلم الاقتصاد خاصة و أنّ هذا الأخير يسمح بتسخير قواعده للاستخدام الأمثل للموارد البيئية لا سيما لتحقيق هدف تعظيم الربح و إشباع الحاجات الإنسانية بأقل تكلفة اقتصادية و بيئية معا.

انظر : د/ فارس مسدور ، أهمية تدخل الحكومات في حماية البيئة من خلال الجباية البيئية، مجلة الباحث ، عدد07، 2010 ، ص 346.

² - رغم أهمية هذا الاجراء باعتباره آلية لحماية البيئة إلا أنه عرف تأخرا في التشريع الجزائري بالمقارنة بالدول الأخرى. للتفصيل : انظر - وناس يحيى ، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر ، مذكرة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة ، تلمسان ، 2007 ، ص 178.

³ - بن موهوب فوزي ، إجراء دراسة مدى التأثير كآلية لحماية البيئة ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع القانون العام ، تخصص تحولات الدولة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2012، ص 16 و ما بعدها.

بحماية البيئة على المدى القصير و البعيد⁽¹⁾، تبنته معظم الدول كإجراء إلزامي قبل الدخول في مرحلة الانجاز، الهدف منه هو التعرف في الوقت الملائم على التأثيرات السلبية التي تتسبب فيها عمليات الاستثمار على البيئة، وبالتالي قبول تلك الاستثمارات التي تراعي و تحترم البعد البيئي ورفض غيرها⁽²⁾.

إن فكرة فرض الإجراء قبل الترخيص بالاستثمار مستوحى من "مبدأ الحيطة" باعتباره من أهم المبادئ المكرسة لحماية البيئة، بل يعتبر آلية للترشيد العقلاني، إذ يسمح بتحقيق التوازن بين الاستثمار من جهة و حماية البيئة من جهة ثانية⁽³⁾. وقدتبني المشرع الجزائري شرط القيام بدراسة مفصلة حول جدوى الاستثمارات والمشاريع المرغوب إنشاؤها ومدى تأثيرها على البيئة بموجب المادة 131 القانون رقم 83-03 المؤرخ في 05/02/1983، المتعلق بالبيئة (الملغى)، و التي نصت على أنه: "تعتبر دراسة التأثير على البيئة وسيلة أساسية للنهوض بحماية البيئة، أنها تهدف إلى معرفة و تقدير الانعكاسات المباشرة و غير المباشرة للمشاريع على التوازن البيئي، و كذا إطار و نوعية و معيشة السكان".

و نصت كذلك المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-78 المتعلق بدراسة مدى التأثير في البيئة على أنه: " إن نظام دراسة مدى التأثير هو إجراء قبلي تخضع إليه جميع أشغال و أعمال التهيئة و المنشآت الكبرى التي يمكن بسبب أهميتها و أبعادها و آثارها أن تلحق ضرا مباشرا للبيئة و لا سيما الصحة العامة و الفلاحة و المساحات الطبيعية و الحيوان و النباتات و المحافظة على الأماكن و الآثار و حسن الجوار"⁽⁴⁾.

كما نص المشرع بصدور المرسوم التنفيذي رقم 98-339 المؤرخ في 03/11/1998 المتعلق بالمنشآت المصنفة في المادة 5 على الاحكام المطبقة على المنشآت الخاضعة للترخيص والمصنفة إلى ثلاثة أنواع حسب درجة تأثيرها على المحيط وعلى البيئة⁽⁵⁾.

وبصدور القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، صدرت بعض النصوص التنظيمية لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 07-145 المتعلق بتحديد مجال تطبيق و محتوى و كفاءات المصادقة على دراسة مدى و موجز التأثير على البيئة، تمت الإشارة إلى هذا الإجراء في المادة 02 كما يلي: " تهدف

¹ - د. بالي حمزة، د/ شاهد إلياس ، دراسات التقييم البيئي في الجزائر، دراسة تحليلية قانونية، مجلة العلوم القانونية و السياسية، عدد16، 2017، ص ص 88-89.

² - بركان عبد الغاني ، الاستثمار و حماية البيئة في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع القانون العام ، تخصص تحولات الدولة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2010، ص ص50-62.

³ - مبدأ الحيطة مكرس لأول مرة في أمريكا بموجب القانون القومي لحماية البيئة بحيث نظرا لنتائج الايجابية و الفعالة امتد تطبيقه لباقي الدول مثل فرنسا بموجب قانون البيئة المؤرخ في 13/10/1976 ، وتبنته الجزائر بموجب القانون رقم 83-03 المؤرخ في 05/02/1983 ، المتعلق بالبيئة (الملغى)، ج ر عدد 06.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 90-78 ، متعلق بدراسة مدى التأثير في البيئة، ج ر عدد 17 ملغى .

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 98-339 المؤرخ في 03/11/1998 المتعلق بالمنشآت المصنفة، ج ر عدد 82.

دراسة مدى أو موجز التأثير على البيئة إلى تحديد ملاءمة إدخال المشروع في البيئة مع تحديد و تقييم الآثار المباشرة و / أو غير المباشرة للمشروع و التحقق من التكفل بالتعليمات المتعلقة بحماية البيئة في إطار المشروع المعني⁽¹⁾.

نص كذلك المشرع الجزائري بالنسبة للمشاريع المتعلقة بالمنشآت المصنفة على نفس الإجراء في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198، الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة على أنه: "يسبق كل طلب استغلال منشأة مصنفة حسب الحالة و طبقا للقائمة المنشآت المصنفة ما يلي :
- دراسة أو موجز التأثير على البيئة يعدّان و يصادق عليهما، حسب الشروط المحددة في التنظيم المعمول به"⁽²⁾.

ضف الى ذلك أنه نصت بعض القوانين على ذات الإجراء ومنها نذكر القانون رقم 05-07 المتعلق بالحروقات الذي نص في المادة 18 على أنه: "...يعدّ و يعرض على موافقة سلطة ضبط المحروقات، دراسة التأثير البيئي..."⁽³⁾.

ثانيا- أهداف دراسة آثار المشاريع الاستثمارية على البيئة

تهدف دراسة التأثير على البيئة إلى ما يلي :

- تقييم وتطوير منهجي للنتائج المحتملة، والآثار المباشرة وغير المباشرة، المؤقتة والدائمة للمشروع على البيئة وخصوصا على الإنسان، والحيوان، والنبات، والتربة، والمياه، الهواء، والمناخ، والتوازن الطبيعي والبيولوجي، وعلى حماية الآثار الثقافية والتاريخية، وإذا اقتضى الحال السهر على راحة السكان، والنظافة، والصحة العمومية، والسلامة مع الأخذ بعين الاعتبار التفاعلات بين هذه العوامل⁽⁴⁾.
- تقادي الأثر السلبي لهذا المشروع والحد منه وتعويضه، وتعزيز وتحسين الآثار الإيجابية للمشروع على البيئة .

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 07-145 ، مؤرخ في 11/05/2007، متعلق بتحديد مجال تطبيق و محتوى و كفيات المصادقة على دراسة مدى و موجز التأثير على البيئة، ج ر عدد 34.

² - المرسوم التنفيذي رقم 06-198 ، مؤرخ في 31/05/2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة ، ج ر عدد 37.

³ - القانون رقم 05-07 ، مؤرخ في 28/04/2005 ، المتعلق بالحروقات، معدل و متمم، ج ر عدد 50.

⁴ - نفس الاجراء تبنته معظم التشريعات ، للتفصيل انظر: دراسات التأثير على البيئة على الموقع :

<http://www.environnement.gov.ma/ar/strategies-programmes-ar/prevention-risques->

• توعية السكان حول الآثار السلبية للمشروع على البيئة. وذلك من خلال تقديم وصف شامل للحالة الأولية للموقع الذي قد يتأثر بالمشروع، بما في ذلك مكوناته البيولوجية، والمادية، والإنسانية⁽¹⁾.

• وصف لأهم مكونات وخصائص ومراحل المشروع بما في ذلك عمليات التصنيع، وطبيعة وكميات المواد الخام وموارد الطاقة المستخدمة، والنفايات السائلة والغازية والصلبة، والنفايات التي يولدها بناء أو تشغيل المشروع .

• تقييم الآثار الإيجابية، والسلبية، والضارة للمشروع على الوسط البيولوجي، والمادي، والإنساني، والذي يمكن أن يتأثر خلال مراحل إنجاز المشروع، أو استغلاله، و تطويره على أساس الاختصاصات والتوجيهات المقدمة لهذا الغرض، مع تحديد مخاطر الآثار المتركمة للمشاريع بغض النظر إلى حجمها.

• التدابير المنصوص عليها في الالتماس لإزالة الآثار الضارة للمشروع على البيئة أو تقليلها أو التعويض عنها والتدابير الرامية إلى تعزيز وتحسين الآثار الإيجابية للمشروع .

• برنامج مراقبة ورصد المشاريع والتدابير في مجال الاتصالات والتدريب والإدارة لضمان التنفيذ والتشغيل والتنمية، وفقا للمتطلبات الفنية والمتطلبات البيئية المعتمدة من قبل الدراسة.

• عرض موجز عن الإطار القانوني والمؤسسي المتصل بالمشروع والمبنى، حيث سيتم تنفيذه وتشغيله وكذلك التكاليف التقديرية للمشروع.

و قد حدد المشرع مجال تطبيق المرسوم أو المشاريع الخاضعة لإجراء دراسة التأثير على البيئة في الملحق رقم 01 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145 المتعلق بتحديد مجال تطبيق و محتوى و كفاءات المصادقة على دراسة مدى و موجز التأثير على البيئة، في حين حدد المشاريع الخاضعة لموجز التأثير على البيئة في الملحق رقم 02 من المرسوم نفسه. بحيث يتم التمييز بين الحالتين بالنظر لحجم المشروع و آثاره على البيئة⁽²⁾ .

الفرع الثاني : فرض الحماية الإيكولوجية على الاستثمار الأجنبي لحماية البيئة

صنفت الأدوات الإقتصادية للحماية البيئية وفق منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية⁽³⁾ إلى خمس فئات كان أحدها الضرائب والرسوم، واعتبرتها كفة أساسية نظرا لتأثيرها وتكرار تطبيقها. حيث تصنف الضرائب والرسوم حسب مجال العمل، عنصر التطبيق، أساس الغرامة، الغرض الأساسي والذي يشمل بعض المفاهيم

¹ - انظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145 ، متعلق بتحديد مجال تطبيق و محتوى و كفاءات المصادقة على دراسة مدى و موجز التأثير على البيئة، السالف الذكر.

² - انظر الملحق رقم 01 و الملحق رقم 02.

³ - نصت على مبدأ "الملوث الدافع" منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية لأول مرة في 1972 ، تبنتها بعد ذلك الدول الأوروبية في 1973 و بعد ذلك تم تكريسه في إعلان ريو في المبدأ 16 من هذا الاعلان .

مثل تغطية النفقات، سواء كانت لغايات بيئية محددة، أو غايات بيئية عامة وضرائب التحفيز، والضرائب المالية البيئية.

وتفرض الضرائب على مستوى الإتحاد الأوروبي لتعزيز مبدأ "الملوث الدافع" (1)، ودمج تكاليف إصلاح الأضرار في سعر المنتج، وخلق الحافز لكل من المنتجين والمستهلكين بتغيير النشاطات المؤثرة سلبا على البيئة، وتحقيق سيطرة أكبر على التلوث، وزيادة العائدات التي يمكن توجيهها إلى تحسين البيئة (2).
وقد مست سياسة الجباية البيئية التي تركز على هذا المبدأ النشاطات التي معدل تلوثها مرتفع، وهذا من خلال وضع نظام جبائي عملي.

أولاً- أنواع الضرائب البيئية

تشمل الضرائب التي يتم فرضها بسبب تلويث البيئة ضرائب الطاقة (الرسوم على التلويث بالوقود والبتروول (3)، ضرائب الموارد الطبيعية كالزيت و الشحوم، ضرائب التلوث والتي تشمل الضرائب على الانبعاثات المقاسة (الغازية و السائلة) باستثناء CO2 الذي يندرج ضمن ضرائب الطاقة، وإدارة النفايات الصلبة، حيث يشمل النظام الأوروبي للضريبة البيئية كل من المنتج والمستهلك، والهدف هو خلق سلوك صديق للبيئة.

ثانياً- الضريبة البيئية في الجزائر

في الجزائر نظم المشرع الجزائري الجباية الايكولوجية أو الضريبة البيئية في 1992 بموجب المادة 117 من القانون رقم 91-25 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 والتي نصت على أنه : " يؤسس رسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة . يحدد تعريف هذه النشاطات عن طريق التنظيم" (4).
كما تبني مبدأ الملوث الدافع كأساس للجباية الإيكولوجية باعتباره من أهم الآليات الردعية المعتمدة لحماية البيئة، مفاده تحميل الملوث التكاليف و الآثار الناجمة عن التلوث الذي يتسبب فيه.
فالدولة تحمّل المستثمر الذي يتسبب في التلوث البيئي من جراء النشاط الاستثمائي والصناعي الذي يستغله تكاليف الوقاية ومكافحة التلوث، وتجعل على عاتقه كل الأعباء المالية اللازمة لذلك بصورة ضريبة أو رسم على التلويث .

¹ - تبني المشرع الجزائري مبدأ الملوث الدافع في المادة 03 في الفقرة 07 من القانون رقم 03-10 ، السالف الذكر .

² - أمجدي رشيد، الضرائب والرسوم الخضراء (الإتحاد الأوروبي) ، مجلة الحوار المتمدن، العدد 2798، 2009 .

³ - نصت المادة 28 من قانون الرسوم على رقم الاعمال على أنه: " يطبق الرسم على المنتجات البترولية و المماثلة لها، المستوردة أو المحصل عليها في الجزائر، لاسيما في مصنع تحت المراقبة الجمركية " ، انظر موقع المديرية العامة للضرائب.

⁴ - القانون رقم 91-25 المؤرخ في 16/12/1991 ، المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج ر عدد 65.

وقد نص المشرع الجزائري كذلك على مبدأ الملوث الدافع في المادة 03 في الفقرة 07 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة كما يلي: "مبدأ الملوث الدافع، الذي يتحمل بمقتضاه، كل شخص يتسبب بنشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة، نفقات كل تدبير الوقاية من التلوث و التقليل منه وإعادة الأماكن و بيئتها لحالتها الأصلية". وهذه الضريبة تدفع عن رمي النفايات في التربة أو المياه أو تلويث الهواء... الخ⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تكريس مبادئ الاستثمار المسؤول والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط حماية البيئة

الفرع الاول : تكريس مبادئ الاستثمار المسؤول

لم يعد تقييم شركات الاستثمار يعتمد على ربحيتها فحسب، ولم تعد تلك الشركات تعتمد في بناء سمعتها على مراكزها المالية فقط، فقد ظهرت مفاهيم حديثة تساعد على خلق بيئة عمل قادرة على التعامل مع التطورات المتسارعة في الجوانب الاقتصادية والتكنولوجية والإدارية عبر أنحاء العالم، ومن أبرز هذه المفاهيم مفهوم "المسؤولية الاجتماعية للشركات"، الذي نتج عنه جعل دور مؤسسات القطاع الخاص والعام محورياً في عملية التنمية، لأنها غير معزولة عن المجتمع، وملزمة عند ضرورة توسيع نشاطاتها مراعاة إشكالية البيئة، وإلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الأضلاع الثلاثة التي عرّفها مجلس الأعمال العالمي للتنمية المستدامة، وهي النمو الاقتصادي والتقدم الاجتماعي وحماية البيئة⁽²⁾.

كما أنّه من المنطق عليه أنّ الشركات التجارية والاقتصادية والمالية الوطنية والدولية، على حد سواء، ليست بشركات خيرية وأنّ هاجسها الأول تحقيق أكبر عائد من الربح على أصحابها، ومن هنا تبلورت فكرة وجوب تذكير الشركات بمسؤولياتها الاجتماعية والأخلاقية وحتى الأدبية، حتى لا يكون تحقيق الربح عائداً عن

¹ - وناس يحيى ، مرجع سابق، ص 75.

² - هناك عدة تعريفات للمسؤولية الاجتماعية للشركات، تختلف باختلاف وجهات النظر في تحديد شكل هذه المسؤولية. فالبعض يراها بمثابة تذكير للشركات بمسؤولياتها وواجباتها إزاء مجتمعها الذي تنتسب إليه، بينما يرى البعض الآخر أنّ مقتضى هذه المسؤولية لا يتجاوز مجرد مبادرات اختيارية تقوم بها الشركات صاحبة الشأن بإرادتها المنفردة تجاه المجتمع. ويرى آخرون أنّها صورة من صور الملاءمة الاجتماعية الواجبة على الشركات. إلا أنّ كل هذه الآراء تتفق من حيث مضمون هذا المفهوم. وقد عرف مجلس الأعمال العالمي للتنمية المستدامة المسؤولية الاجتماعية على أنّها "الالتزام المستمر من قبل شركات الأعمال بالتصرف أخلاقياً والمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والعمل على تحسين نوعية الظروف المعيشية للقوى العاملة وعائلاتهم، والمجتمع المحلي والمجتمع ككل".

- رقية عيران ، المسؤولية الاجتماعية للشركات بين الواجب الوطني الاجتماعي والمبادرات الطوعية، نقلا عن: د/ نورة حسين، يوم دراسي حول البيئة والتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص 17.

أمور غير مقبولة أخلاقياً أو قانونياً كاستنزاف الثروات - القضاء على الثروة الحيوانية - الإضرار بالبيئة - رمي النفايات في أماكن غير مناسبة - تلويث الهواء - تلويث البحار... إلخ .

فالدور الرئيس الذي تلعبه الشركات كونها مصدراً أساسياً للثروة والتحديث وتوليد فرص العمل، يحتم عليها القيام بواجباتها الاجتماعية وفقاً للمفاهيم الحديثة، كما أنّ التطورات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية في عصر يتسم بالتغير السريع، تحتم عليها ذلك أيضاً لا سيما من خلال تبني "مبادئ الاستثمار المسؤول" (1).

إلى وقتنا الراهن، لم يتم تعريف مفهوم المسؤولية الاجتماعية بشكل محدد وقاطع يكتسب بموجبه قوة إلزام قانونية وطنية أو دولية، ولا تزال هذه المسؤولية في جوهرها أدبية ومعنوية، أي إنّها تستمد قوتها وقبولها وانتشارها من طبيعتها الطوعية الاختيارية. ومن هنا فقد تعددت صور المبادرات والفعاليات بحسب طبيعة البيئة المحيطة، ونطاق نشاط الشركة وأشكاله، وما تتمتع به كل شركة من قدرة مالية وبشرية. وهذه المسؤولية بطبيعتها ليست جامدة، بل لها الصفة الديناميكية والواقعية وتتصف بالتطور المستمر كي تتواءم بسرعة وفق مصالحها، وبحسب المتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والتنموية.

حاليا تقوم منظمة الأمم المتحدة بدعم ونشر " مبادئ الاستثمار المسؤول" وذلك من واقع العلاقة المتنامية لقضايا المسؤولية الاجتماعية للمشروع الاقتصادي، باعتبارها وثيقة الارتباط بممارسات الاستثمار بكل أشكاله، وفي هذا الصدد نشير إلى وجود تكامل بين دور القطاعات الاقتصادية والاجتماعية لتحقيق أفضل نموذج في اتجاه التنمية المستدامة.

إنّ الأخذ بالاعتبارات البيئية عند وضع السياسات والبرامج المحددة لعمليات التنمية لم يكن مجرد فكرة طرأت، ولكنها جاءت لتؤكد ضرورة تحقيق الحد المعقول من التوازن المطلوب بين عملية التنمية الشاملة من جهة، و بين حماية البيئة من جهة ثانية .

وحاليا التنمية و البيئة محوران أساسيان و هامان في سياسة كل الدول الآخذة في النمو، و عليه يقع على عاتق الجهات المسؤولة في الدولة حتى تأتي مبادئ المسؤولية الاجتماعية للمشروع الاقتصادي آثارها أن تعتمد مفهوم "تقييم الأثر التراكمي" للمشروع من الناحيتين القانونية و البيئية، استنادا على "مبدأ العدالة البيئية" (2) بين مختلف المواقع العمرانية على مستوى الدولة كما هو متبنى في القانون الجزائري .

على العموم لا يجوز الاعتماد على قياس الأثر البيئي للمشروع الاستثماري فقط، من خلال الدراسات الآنية المنجزة قبل إنشاء الاستثمارات الوطنية والأجنبية حتى يكون شرطا للبيئة قيد للإنشاء، بل يجب النظر إلى

¹ - نقلا عن :د. نورة حسين، يوم دراسي حول البيئة والتنمية المستدامة، مرجع سابق،ص18

² - يجدر بنا الإشارة الى أنه في بودابست في ديسمبر 2003 نظمت ورشة عمل عن العدالة البيئية لدول وسط شرق أوروبا و توصلت الأبحاث إلى ضرورة إرساء ووضع قواعد و إجراءات ذلك المفهوم الانساني للعدالة بين الأقاليم و السكان في الدول الأوروبية . للتفصيل انظر: د. حمدي هاشم ، البيئة و المسؤولية الاجتماعية للمشروع الاقتصادي، على الموقع : www.feedo.net/envirenement . تاريخ الاطلاع 2016/10/07.

تقييم الأثر التراكمي للتلوث في المكان نتيجة ما يضيفه المشروع من المخلفات الغازية والسائلة و الصلبة المستمرة و المستقرة داخل عناصر المحيط الحيوي، مع تحديد دقيق لأثر ذلك على حياة الانسان و البيئة على المدى البعيد والقريب، بل ومتابعة تطورات آثار تلك الاستثمارات في الزمن ومراقبة مستجدات الإنتاج والتصنيع، وبالتالي مستجدات النفايات الصناعية والملوثات مهما كانت نوعيتها وطبيعتها حتى بعد سنوات من الإنشاء، حتى تبقى حماية البيئة قيّدا على استمرارية الاستثمارات وبذلك فعلية الشرط وفعاليتها في حماية البيئة.

ومع بداية القرن العشرين، بيّنت دراسات قامت بها منظمات المجتمع المدني المهتمة بالبيئة بأمريكا، أنّ معامل البترول ذات المخلفات البيئية الخطيرة على صحة الانسان قد تركزت في المناطق الفقيرة و قد انتشرت بهذه المناطق إصابات كثيرة جدا بالربو و السل و غيرها من الأمراض، وسبب ذلك ناتج عن قياس الأثر البيئي معتمدا على مبدأ الأثر الفردي للمشروع، أي حجم التلوث الناتج عن المشروع الاقتصادي منفردا دون ملاحظة الأثر التراكمي للتلوث في البيئة المحيطة، و رجع ذلك لإهمال القانون الأمريكي لهذه الحالة، لكن بعد سنة 1994 صدر قانون لترسيخ مبدأ العدالة البيئية بين المناطق و السكان دون أدنى تمييز.

الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط حماية البيئة

نص المشرع الجزائري على شرط حماية البيئة وقيّد إنجاز مشاريع الاستثمار الأجنبي بالتزام مراعاة البعد البيئي، واشترط أن تكون طبيعة النشاط الاقتصادي الاستثماري لا تخلق أي خلل في التوازن البيئي لا على المدى القريب ولا البعيد، وحمل المستثمر الأجنبي الذي يعتدي بنشاطه على البيئة مسؤولية جزائية وعقوبات صارمة، حيث نصت المادة 34 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه : "في حالة عدم احترام الالتزامات الناجمة عن تطبيق هذا القانون، أو تلك التي تعهد بها المستثمر، تسحب كل المزايا دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به." وعليه في حالة عدم احترام الالتزام بحماية البيئة، يتعرض المستثمر الأجنبي للعقوبات المنصوص عليها، فلا تتجسد الحماية القانونية للبيئة إلا عندما تبدأ الحماية القضائية التي تُطبّق وتُدخل حيز التنفيذ فكرة الردع، لأنّ الحماية القضائية من مقومات القانون، ولأنّ المشرّع لا يعترف بحقّ دون أن يزوّده الوسيلة القانونية اللازمة لاقتضائه⁽¹⁾.

وبالتمتع في المادة 34 المذكورة أعلاه، يحيلنا المشرع الجزائري للقوانين المتعلقة بحماية البيئة وهي كما سبقت الإشارة إليه متنوعة ومتفرقة في عدة نصوص، وردت فيها العقوبات المقررة لحماية البيئة وهي تنقسم إلى قسمين:

¹ - يستند القضاء في تطبيق العقوبة على القانون الذي يحدد مقدار العقوبات كعمل تشريعي يسبق العمل القضائي ويكون أساسا له، بحيث يكون معيار القانون في تحديد مقدار العقوبة هو جسامه الجريمة ودرجة خطورتها، مثلما هو الحال بالنسبة لجرائم البيئة.

أ- عقوبات ذات طابع إداري:

نصت كل من المادتين 25 و 18 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، على أنه يتعرض المستثمر الذي ينشئ استثماراً لعقوباتي الإعدام و الإنذار عن الأضرار التي يتسبب فيها للبيئة بحيث يتم :

- توجيه إنذار لمستغل منشأة مصنفة غير واردة في قائمة المنشآت المصنفة، التي يمكن أن يترتب عنها أضرار أو خطر على الصحة العامة و النظافة و الأمن... الخ.
- توجيه إنذار لصاحب السفينة أو الطائرة التي تتعرض لحادث أو عطب أو على متنها مواد خطيرة أو محروقات، بضرورة اتخاذ جميع التدابير و الإجراءات التي بموجبها يتم تجنب الأضرار بالبيئة، وهنا تجدر بنا الإشارة إلى إلزامية التوسع في فكرة الاستثمار وعدم حصرها في التصنيع .
- يمكن أن يوجه الإعدام من الوالي للمستغل للمؤسسة المصنفة بضرورة إيداع طلب التصريح أو الرخصة أو القيام بالمراجعة البيئية حسب الحالة.

● يمكن أن يتبع العقوبتين صدور قرار بالغلاق المؤقت للمؤسسة المسببة بالأضرار في حالة عدم التقيد بما هو موضوع الإنذار والإعدام، ويتم ذلك بموجب قرار اداري يصدر من طرف الإدارة المختصة بحماية البيئة، و قد نصت على ذلك المادة 25 من القانون السالف الذكر كما يلي: " إذا لم يمثل المستغل في الأجل المحدد، يوقف سير المنشأة إلى حين تنفيذ الشروط المفروضة، مع اتخاذ التدابير المؤقتة الضرورية بما فيها التي تضمن دفع مستحقات المستخدمين مهما كان نوعها"⁽¹⁾.

● وإذا لم يمثل المستثمر أو المستغل في الأجل المحدد، أي في حالة عدم التقيد بما هو موضوع الإنذار و الإعدام و رغم الوقف المؤقت للمنشأة إلى حين تنفيذ الشروط المفروضة، مع إلزامه باتخاذ التدابير المؤقتة الضرورية، بما فيها التي تضمن دفع مستحقات المستخدمين مهما كان نوعها فيتعرض للغلق النهائي لمؤسسته، لا سيما في حالة عدم إجرائه للمراجعة البيئية أو لدراسة الخطر في أجل لا يتجاوز سنتين من تاريخ صدور المرسوم التنفيذي رقم 06-198 المؤرخ في 31/05/2006 المتعلق بضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة⁽²⁾ .

● يتعرض كذلك المستثمر لعقوبة السحب المؤقت أو النهائي للترخيص بممارسة النشاط أو الامتياز في حالة الإدانة بتلويث البيئة و الإضرار بها مع عدم الالتزام بحمايتها أو المحافظة عليها . و قد أكدت المادة 87

¹ - هذه العقوبة نصت عليها كذلك المادة 48 من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 5 أوت 2005 المتعلق بالمياه كما يلي: " يجب على الإدارة المكلفة بالموارد البيئية أن تتخذ كل التدابير التنفيذية لتوقيف تفريغ الإفرازات أو رمي المواد الضارة عندما يهدد تلوث المياه الصحة العمومية ، يجب عليها كذلك أن تأمر بتوقيف أشغال المؤسسة المتسببة في ذلك إلى غاية زوال التلوث". ج ر عدد 60.

² - المرسوم التنفيذي رقم 06-198 ، مؤرخ في 31/05/2006 ،متعلق بضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة ، ج ر عدد 37.

من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 5 أوت 2005 المتعلق بالمياه السالف الذكر على عقوبة سحب الترخيص و الاعتماد نهائيا كما يلي: " تلغى الرخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية...."، ونصت عليها المادة 2/48 من القانون رقم 01-19 المؤرخ في 12/12/2001 المتعلق بتسيير النفايات وراقبتها وإزالتها إذا كان النشاط يشكل خطا على البيئة⁽¹⁾. وأكدت ذلك المادة 2/85 من القانون رقم 03-10 لما نصت على أنه: "...وعند الاقتضاء يمكنه الأمر بمنع استعمال المنشأة أو أي عقار أو منقول آخر يكون مصدر التلوث الجوي...".

● يتعرض المستثمر الأجنبي لعقوبة سحب كل المزايا التي منحت له في حالة عدم احترام الالتزامات الناجمة عن تطبيق القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، أو الالتزامات التي تعهد بها قبل انجاز الاستثمار تطبيقا لنص المادة 34 من القانون نفسه.

● كما وردت كذلك عقوبة إرجاع الأماكن إلى الحالة التي كانت عليها، أي إزالة الملوثات، في المواد 46-85 - 3/100 - 3/102 من القانون رقم 03-10، وكذا في المادة 86 من قانون 84-12 المتضمن قانون الغابات⁽²⁾.

ب - عقوبات جزائية

يتعرض المستثمر لعقوبات جزائية في حالة الادانة بتلويث البيئة والإضرار بها أثر استغلال مؤسسة أو مصنع يكون مصدرا للملوثات البيئية، سواء كانت نفايات سامة أو غازات أو مواد كيميائية وغيره، فأغلب الجرائم البيئية مكيفة بالجرح والمخالفات⁽³⁾، ومشمولة بأقصى العقوبات التي يتعرض لها إعمالا لنص المادة 2/34 من قانون ترقية الاستثمار التي أحالتنا للقوانين الخاصة بحماية البيئة والمعمول بها، والتي لا يسعنا إلا ذكر بعضها على سبيل المثال، وهي تشمل العقوبات التالية :

● **الحبس:** قرر المشرع الجزائري عقوبة الحبس كأشد عقوبة لجرائم الإضرار بالبيئة والإخلال بالتوازن البيئي، فنصت المادة 61 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات وراقبتها وإزالتها، تتراوح من 6 أشهر إلى سنتين إذا قام أي منتج والمستثمر منهم بخلط النفايات الخطرة مع النفايات الأخرى للتخلص منها، و إذا قام بمعالجة النفايات دون احترام الأحكام الخاصة بذلك يعاقب ب8 أشهر الى ثلاثة سنوات حسب المادة 63 من القانون نفسه.

● **الغرامة :** إنّ أغلب الجرائم البيئية جنح ومشمولة في غالبيتها بالغرامة المالية، فنصت المادة 58 من القانون رقم 01-19 المتعلق بتسيير النفايات وراقبتها وإزالتها على عقوبة الغرامة تتراوح ما بين 50.000 د ج الى

¹ - القانون رقم 01-19 المؤرخ في 12/12/2001 ، المتعلق بتسيير النفايات وراقبتها وإزالتها، ج ر عدد 77.

² - القانون رقم 84-12 المؤرخ في 23/06/1984 ، تضمن النظام العام للغابات، معدل ومتمم ، ج ر عدد 26.

³ - فيصل بوخالفة، الجريمة البيئية وسبل مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة ، 2016-2017، ص 260.

100.000 د ج وتضاعف العقوبة في حالة العود على المنتج الحائز للنفايات الخاصة الخطرة إذا أخل بالتزاماته بالمعالجة وعدم الإضرار بالبيئة .

كما وردت عقوبات مشابهة في قوانين متفرقة بحكم أنّ البيئة قضية معقدة وحمائتها وردت في نصوص متفرقة، فأى ضرر بالبيئة يؤدي إلى معاقبة فاعله لأنّ الأحكام التي ترتبط بها تمس بالنظام العام و هي أمره لا يجوز مخالفتها، وهذا ما يبرر صعوبة حصر القاضي للأساس القانوني للعقاب والتجريم.

خاتمة

من خلال ما سبق يمكن أن نقول أنّ التنمية المستدامة هي عملية تطوير الأرض و المدن والمجتمعات، وتوسيع مردودية الأعمال التجارية بشرط أن تلبى احتياجات الحاضر بدون المساس بقدرة الأجيال القادمة على تلبية حاجاتها. بحيث يواجه مع ذلك العالم خطورة التدهور البيئي الذي يجب التغلب عليه مع عدم التخلي عن حاجات التنمية الاقتصادية وكذلك المساواة والعدل الاجتماعي، أو بمفهوم آخر تتطلب التنمية المستدامة تحسين ظروف المعيشة لجميع الأفراد دون زيادة استخدام الموارد الطبيعية إلى ما يتجاوز قدرة كوكب الأرض على التحمل. فالتنمية المستدامة تظهر في ثلاثة مجالات رئيسة هي النمو الاقتصادي، وحفظ الموارد الطبيعية والبيئة، والتنمية الاجتماعية.

و بما أنّ الاستثمار مظهر من مظاهر التنمية الاقتصادية فله علاقة أو تربطه علاقة بالتنمية و بذلك علاقة بالبيئة .

فالدور الرئيس الذي تلعبه الشركات ومؤسسات الاستثمار الوطني والأجنبي، كونها المصدر الرئيس للثروة والتحديث وتوليد فرص العمل، يحتم عليها القيام بواجباتها الاجتماعية وفقاً للمفاهيم الحديثة، كما أنّ التطورات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية في عصر يتسم بالتغير السريع تحتم عليها ذلك أيضاً لا سيما من خلال تبني "مبادئ الاستثمار المسؤول"، و احترام مبادئ العدالة البيئية و بالتالي التقيد بالبعد البيئي قبل التفكير في عمليات التنمية الاقتصادية حتى لا تتحقق التنمية الاقتصادية على حساب التنمية المستدامة .

غير أنه ولمدة طويلة، أمام الرغبة المفرطة في زيادة الانتاج على حساب البيئة وبمبرر تحقيق التقدم و الرقي الاقتصادي، تغاضت السلطات المختصة بالاستثمار من جهة و بالبيئة من جهة أخرى عن الانتهاكات الصارخة التي تعرضت لها البيئة و لسنوات عديدة، و لم تتصدى لاعتداء الاستثمارات التي من طبيعتها تسبب التلوث أو حتى التأثير بأي شكل من الأشكال على الطبيعة أو على البيئة، بل ولم تهتم بمسألة البيئة أمام الحاجة لرؤوس الأموال للتخلص من الأزمة الاقتصادية.

لكن هذه الوضعية تغيرت منذ صدور قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، حيث أصبح يجعل من البعد البيئي من المسائل الهامة والمقدسة التي يجب مراعاتها، بحيث أيدت ذلك قوانين الاستثمار الأجنبي وكرست الحق في حماية البيئة كشرط قبل الموافقة على الاستثمار.

على هذا الأساس لم يعد تقييم شركات الاستثمار يعتمد على ربحيتها فحسب، ولم تعد تلك الشركات تعتمد في بناء سمعتها على مراكزها المالية فقط، فقد ظهرت مفاهيم حديثة تساعد على خلق بيئة عمل قادرة على التعامل مع التطورات المتسارعة في الجوانب الاقتصادية والتكنولوجية والإدارية عبر أنحاء العالم. وكان من أبرز هذه المفاهيم مفهوم "المسؤولية الاجتماعية للشركات". وقد أصبح دور مؤسسات القطاع الخاص و شركات الاستثمار محورياً في عملية التنمية لا سيما بتبنيها مفهوم الاقتصاد الأخضر.

وعليه، وفي نفس السياق يلزم قانون الاستثمار المستثمرين قبل منحهم الموافقة على إقامة مشاريعهم الاستثمارية مراعاة البعد البيئي كقيد على حقهم في الاستثمار، وبذلك أصبح مبدأ حرية الاستثمار المكرس في التشريع الجزائري مبدأ نسبياً وليس مطلقاً أمام إعمال مبدأ الحق في البيئة أو مبدأ العدالة البيئية، و من ثمة فالمشرع ورغم أهمية الاستثمارات في تحريك عجلة التنمية إلا أنه وضع قيوداً عليها يتمثل في ضرورة مراعاة البعد البيئي بشكل يجعل من شرط حماية البيئة قيدا على حرية الاستثمار في مرحلة إنجاز النشاطات الاستثمارية وحتى قيوداً على استمراريتها .

أخيراً إن أهمية حماية البيئة لضمان الحق في التوارث بين الأجيال في إطار ما يعرف بالتنمية المستدامة من جهة، وأهمية التنمية الاقتصادية من جهة ثانية، حق دستوري كرسه المؤسس الجزائري لما جعل الحق في البيئة من الحقوق الدستورية حتى لا يغلب الحق في خلق الموارد المالية فيكون سبباً في الاعتداء على الموارد الطبيعية التي تتواجد في البيئة، وفعلها لما قرر عقوبات صارمة متدرجة في شدتها لتحقيق التناسب مع المصالح الاجتماعية محل الحماية، فالموازنة بين الحاجة لرؤوس الأموال والحاجة لبيئة سليمة تتطلب استحداث نظام قانوني يكرس سياسة عقابية متلائمة مع الخصوصية الموضوعية لجرائم البيئة، لأنها تنصّر الأولوية في إطار التنمية المستدامة.

سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد

نسير رفيق⁽¹⁾

جامعة مولود معمري تيزي وزو

الملخص:

يقضي مبدأ القوة الملزمة للعقد أنه لا يجوز لأحد الأطراف تعديل التزاماته التعاقدية بإرادته المنفردة، فهل ينطبق هذا المبدأ على القاضي بالمفهوم ذاته؟
الجواب بصورة عامة هو نعم، غير أنه يحتاج إلى بعض التدقيق، فالقاضي لا يتمتع بسلطة تعديل العقود على العموم، غير أن هنالك عدد من الفرضيات أين يمكنه تعديل مضمون العقد، إما عن طريق إضافة التزامات لم يشترطها الأطراف أو بتر بعض البنود غير المشروعة.

الكلمات المفتاحية:

سلطة القاضي، القوة الملزمة للعقد، تعديل العقد.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/06، تاريخ قبول المقال: 2018/03/14، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: نسير رفيق، "سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 510-530.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 15000، تيزي وزو، الجزائر.

المؤلف المراسل: rafiknessir@gmail.com

Le pouvoir du juge de modifier le contenu du contrat

Résumé:

En vertu du principe de la force obligatoire des contrats, les parties ne peuvent modifier leurs engagements, que de leur consentement mutuel. Mais est-ce que ce principe s'impose de manière identique au juge ?

La réponse, affirmative en générale, doit être nuancée. En effet, le juge ne dispose pas d'un pouvoir général de modification des contrats, mais il y a un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles il peut modifier le contenu du contrat en introduisant des obligations non stipulées par les parties, ou en retranchant certaines clauses illicites.

Mots clés :

Le pouvoir du juge, la force obligatoire du contrat, modification du contrat.

The Authority of the Judge to Amend the Contract Content

Abstract:

Under the principle of the binding force of contracts, the parties can only modify their undertaking by mutual consent. But does the principle apply in the same way to the judge

The answer, affirmative in its general line, must be nuanced. Indeed, the judge does not have a general power to modify contracts, but there are hypotheses in which I may modify the content of the contract by introducing obligations not stipulated by the parties, or by removing certain unlawful clauses.

Key words:

The authority of the judge; the binding force of the contract; amendment of the contract

مقدمة

سيطرت الإرادة على فلسفة نظرية العقد خلال القرن العشرين، حيث سادت فكرة أنّ الشخص حرّ في تكوين العقد وتحديد مضمونه، ولا يحد من هذه الحرية سوى مقتضيات النظام العام والآداب⁽¹⁾، فالشخص لا يكون ملزماً إلا إذا أراد ذلك، وأتته لا يكتسب حقوقاً ولا التزامات إلا بالقدر الذي أراده. فلا يجوز للقاضي إضافة التزامات جديدة أو الإنقاص من تلك التي نص عليها العقد.

تم تأكيد هذه الفكرة في المادة 1135 من تقنين نابليون والتي أرست مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي لم ير مفسرو التقنين أي إشكال في قبوله، بل واعتبروه من البديهيات⁽²⁾، حيث كانوا يرون أنّ العقد ملزم لمجرد أنّه عقد⁽³⁾.

وهكذا، ساد مبدأ سلطان الإرادة على نظرية العقد، وجعل من إرادة الأطراف المقياس الوحيد في إنشاء العقود و تحديد مضمونها. غير أنّه مع بداية القرن العشرين بدأ الفقه يلاحظ بعض نقائص هذا المبدأ، فالإرادة الحرة لا تنشئ في كل الأحوال علاقات عادلة، لأنّ الإرادة القوية ستفرض لا محال منطقتها على الإرادة الضعيفة، وكذلك، قد تحدث أثناء التنفيذ أحداث تجعل من الالتزامات المتكافئة عند النشأة غير متكافئة عند التنفيذ، كما يحدث في حالة الظروف الطارئة. فهل يتدخل القاضي في هذه الحالات ليعدّل من العقد حتى يحقق العدالة أو يبقى متمسكاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد؟

عرفت نظرية العقد تحولاً كبيراً من حيث فلسفتها؛ فبعدما كان ينظر إلى العقد على أنّه تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية، أصبح ينظر إليه على أنّه ظاهرة إجتماعية⁽⁴⁾، ومن أهم نتائج هذا التحول أنّه لم تعد إرادة الأطراف وحدها هي التي تحدد آثار العقد، وإنّما تشاركها في ذلك إرادة المجتمع والتي تتمثل في التشريع و القضاء⁽⁵⁾.

وهكذا، أصبحت النظم القانونية لا تدع الإرادة حرة طليقة من كل قيد، بل تفرض عليها قيوداً، يترتب على مخالفتها انعدام أي أثر لها، كما تلزمها بالتزامات ولو لم ترضاها؛ بمعنى أنّ المشرع أصبح يسهر على مرافقة إرادة الأطراف حتى تحقق الهدف الذي تسعى إليه.

¹ - M. PLANIOL, *TRAITE ELEMENTAIRE DE DROIT CIVIL*, CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTES DE DROIT, T. II, 9E ED., L.G.D.J., PARIS, 1923, E. GOUNOT, *LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE EN DROIT PRIVE, ETUDE CRITIQUE DE L'INDIVIDUALISME JURIDIQUE*, THESE DIJON, 1912.,

² - V. RANOUIL, *L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE, NAISSANCE ET EVOLUTION D'UN CONCEPT*, PUF, PARIS, 1980, p. 71

³ - E. GOUNOT, *OP. CIT.*, p. 129.

⁴ - R. SALEILLES, *DE LA DECLARATION DE LA VOLONTE, CONTRIBUTION A L'ETUDE DE L'ACTE JURIDIQUE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND*, PICHON, PARIS, 1901, p. 11 ET S.

⁵ - P. DURAND, « LA CONTRAINTE DANS LA FORMATION DU CONTRAT », *RTD. CIV.*, 1944, p. 73 ET S.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري عندما نص في المادة 107 من التقنين المدني على أنه يجوز تعديل العقد ونقضه للأسباب التي يقررها القانون، فبعد أن أقر مبدأ القوة الملزمة للعقد، منح القاضي سلطة تعديل مضمون العقد لتحقيق التوازن في علاقات الأطراف و الهدف الذي يسعون إلى تحقيقه، وذلك سواء بإنقاص العقد (مبحث أول) أو بإكماله (مبحث ثاني)، لأنه ليس من الحكمة أن يبقى المشرع ساكنا أمام حالات يهضم فيها مبدأ العدالة باسم تطبيق مطلق لمبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الأول: تعديل مضمون العقد بالإنقاص

يتدخل القاضي لإنقاص مضمون العقد إذا كان هذا الأخير باطلا في شق منه فقط (مطلب أول)، أو إذا كان مختلا في توازنه الاقتصادي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: إنقاص مضمون العقد للبطلان الجزئي

يهدف الإنقاص بوصفه نظاما قانونيا إلى تصحيح العقود المعيبة جزئيا، غير أنه يستلزم لتطبيقه توافر شرطين نصت عليهما المادة 104 من التقنين المدني الجزائري يتمثلان في : أن يكون العقد معيبا في جزء منه فقط : وبذلك يتحدد مجال الإنقاص بمعيار العيب الجزئي (الفرع الأول)، وأن يكون العقد قابلا للانقسام والتجزئة (الفرع الثاني)، كما لا يجب أن يكون الشق المعيب جوهريا في العملية المراد إبرامها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أن يكون العقد معيبا في جزء منه فقط

يلاحظ من استقراء المادة 104 من التقنين المدني الجزائري أنّ العيب الذي يجيز للقاضي إنقاص العقد هو البطلان بنوعيه : المطلق و النسبي بعد تقريرهما⁽¹⁾ ، بشرط أن لا يطل هذا البطلان إلا شقا منه فقط؛ فلا يجوز للقاضي أن ينقص من نطاق العقد الصحيح كليا و لا من نطاق العقد الباطل كليا⁽²⁾. و لكن، هل هذه هي الحالات الوحيدة التي تجيز إنقاص نطاق العقد؟

بالرجوع إلى نصوص التقنين المدني، نجد أنّ هنالك حالات أخرى غير حالات البطلان الجزئي تجيز للقاضي إنقاص نطاق العقد، و تتمثل هذه الحالات في عدم النفاذ الجزئي، و الذي من أمثله ما نصت عليه المادة 467 مكرر من التقنين المدني من أنّ صاحب الحق بأعمال الإدارة لا يجوز له عقد إيجارات تزيد مدتها عن ثلاث سنوات. وأنّ الإيجارات التي يعقدها لمدة أطول من ذلك تخفض إلى هذه المدة. فالإنقاص هنا، ليس

¹ - لأن العقد قبل الإبطال عقد صحيح.

² - العقود الباطلة و القابلة للإبطال كليا مجالها التحول المنصوص عليه في المادة 105 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم متى توافرت شروطه.

بسبب البطلان الجزئي وإنما بسبب عدم النفاذ الجزئي. كما تشكل أيضا، حالة استحالة التنفيذ سببا من الأسباب التي تسمح للقاضي بإنقاص نطاق العقد، فطبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 119 من التقنين المدني الجزائري، يجوز للقاضي أن يفرض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات، بمعنى أنه يجوز للقاضي الإنقاص من نطاق العقد في حالة عدم التنفيذ الجزئي غير المؤثر على مجمل الالتزامات. يظهر من نص المادة 104 من التقنين المدني الجزائري، أن الهدف من الإنقاص هو تصحيح العقد عن طريق بتر واستبعاد الشق المعيب و استبقاء الشق الصحيح منه. غير أن ما يثير البحث هو استعمال المشرع لعبارة « في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال » ، فهل يقصد المشرع من ذلك الشروط التي يحتويها العقد فقط أو كذلك الشروط الإنشائية له كالرضى والمحل و السبب و الشكل وشروط صحة الرضى؟ يقصد بكلمة شرط الأمر المستقبل غير محقق الوقوع، الذي يعلق المتعاقد رضاه عليه⁽¹⁾، وقد استعملها المشرع الجزائري للتعبير عن عدة معاني: فقد استعملها للتعبير عن العنصر الجوهري الذي يتطلبه القانون لقيام العقد قياما صحيحا مرتبا لآثاره ، وذلك في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني، إذ عنونه ب: « شروط العقد » قاصدا بذلك الرضى و المحل والسبب⁽²⁾. واستعملها للدلالة على البنود التي يدرجها المتعاقدون لتحديد مضمون العقد وهي ما تعرف بالبنود⁽³⁾، فسمى البنود التعسفية شروطا تعسفية⁽⁴⁾ ، كما استعملها أيضا للدلالة على شروط التعليق (الشرط الواقف والشرط الفاسخ) في المواد من 203 إلى 208 من التقنين المدني، وهو الاستعمال الفني الصحيح للمصطلح. لذلك سنقسم كلامنا في إنقاص العقد لبطلان أو قابلية إبطال جزء منه إلى : الإنقاص لبطلان أو قابلية بطلان الشروط الإنشائية للعقد (أولا) و الإنقاص لبطلان أو قابلية بطلان الشروط التي يحتويها العقد والمتمثلة في البنود و شروط التعليق (ثانيا).

أولا- الإنقاص لبطلان أو قابلية إبطال الشروط الإنشائية للعقد

يمكن أن يتحقق الإنقاص عن طريق البطلان الجزئي لشرط إنشائي، إذا كان العيب الذي لحق به يمس شقا منه فقط دون أن يعيبه كله، بشرط أن يكون للجزء المتبقي من الشرط وجوده الذاتي المستقل. وبذلك يمكن أن يتحقق الإنقاص عن طريق البطلان الجزئي للرضى⁽¹⁾ وللمحل⁽²⁾ و للسبب⁽³⁾ والشكل في العقود الشكلية⁽⁴⁾ .

¹ - A. BENABENT, *DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS*, 12E ED., MONTCHRESTIEN, PARIS, 2010, P. 250.

²- وهي الشروط الإنشائية

³ - A. BENABENT, *OP.CIT.* P. 12.

⁴ - انظر المادة 110 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

1- الإنقاص لعيب جزئي في الرضى

قد يحدث أن تتعيب الإرادة في جزء منها فقط، كما لو باع شخص شيئين أو أكثر لشخص آخر ووقع الغلط في أحدهما دون الآخر، فإن التصرف يكون قابلا للإبطال بالنسبة للشيء الذي وقع فيه الغلط دون الآخر، أما فيما يتعلق بالبيع ككل فنميز ما إذا كان البيع قابلا للانقسام أم لا، فإذا كان قابلا للانقسام فإن البيع سيكون صحيحا فيما يتعلق بالشيء الذي لم يقع فيه غلط. فيتم إنقاص العقد لعيب في الرضى فيما يتعلق بالشيء الذي وقع فيه الغلط، ليشمل فقط الشيء الذي لم يقع فيه المتعاقد في غلط. و ما يسري بالنسبة للغلط يسري بالنسبة للعيوب الأخرى من تدليس و إكراه واستغلال.

2- الإنقاص لعيب جزئي في المحل

قد يحدث أن يكون المحل معيبا في شق منه فقط، مع بقاء الشق الآخر صحيحا، فحينئذ يمكن بتر الشق المعيب و إبقاء الشق الصحيح إذا كان من الممكن فصل الشق المعيب من التصرف دون أن يؤثر ذلك عليه، فنكون أمام حالة إنقاص العقد للبطلان الجزئي للمحل. و مثاله أن يبيع شخص أرضا يملكها مناصفة مع شخص آخر، فيكون العقد باطلا فيما يتعلق بملك الغير لانعدام المحل، و صحيحا فيما يتعلق بملك البائع. فإذا كان المبيع قابلا للانقسام والتجزئة من الناحية القانونية والمادية و الشخصية، وقع البيع صحيحا فيما يتعلق بالجزء المملوك للبائع، و باطلا في الجزء المملوك للغير.

3- الإنقاص لعيب جزئي في السبب

إذا انعدم السبب أو كان غير مشروع بطل العقد في مجموعه. غير أنه يوجد سبب غير كاف للعقد؛ أي يكفي شقا منه فقط دون الآخر، كما قد يكون السبب مشروعاً بالنسبة لشق دون الآخر، كما لو اشترى شخص شقتين، إحداها ليسكنها و الأخرى لاستغلالها في نشاطات غير مشروعة. فهنا يكون العقد بالنسبة للشقة المقتناة لغرض السكن صحيح و باطل بالنسبة للشقة المقتناة لغرض ممارسة النشاطات غير المشروعة. فيحدث الإنقاص بالنسبة للشق الباطل.

4- الإنقاص لعيب في الشكل

يشترط المشرع في بعض العقود شكلا خاصا للتعبير عن الإرادة، ويرتب على تخلفه بطلان التصرف ككل. غير أنه إذا تخلف الشكل بالنسبة لشق منه فقط، فإن هذا الجزء وحده هو الذي يبطل؛ أي ينتقص من التصرف.

فإذا وهب شخص منقولين لأحد أقربائه، وتسلم هذا الأخير أحدهما دون الآخر، كانت الهبة صحيحة بالنسبة للمنقول الذي تسلمه، أما بالنسبة للشيء الذي لم يتسلمه فإنَّ الهبة باطلة لعدم إستيفائها ركن الشكل المتمثل في تسليم محل الهبة⁽¹⁾.

ثانيا- الإنقاص لبطلان شروط التعليق

وهي تلك الشروط التي تعرف بأنَّها وصف للالتزام، وقد تناولها المشرع الجزائري في المادة 203 من التقنين المدني كآآتي: « يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلي و ممكن وقوعه». والشروط كوصف في الالتزام ما هو سوى شرط إضافي -سواء كان فاسخا أو واقفا- تضيفه الإرادة إلى الشروط التي يتطلبها القانون لصحة العقد⁽²⁾.

وحتى تصح شروط التعليق يجب ألا يكون أمر تحققها متوقفا على محض إرادة المدين (1) وألا يكون مستحيلا (2) أو مخالفا للنظام العام و الآداب العامة (3).

1-ألا يتوقف الشرط على الإرادة المحضة للمدين

تقسم الشروط من حيث تعلقها بإرادة المتعاقدين إلى: شروط احتمالية لا دخل لإرادة المتعاقدين فيها، كما لو علق شخص تأجير سيارته على صحو الجو، و إرادية لا دخل للصدفة فيها، كأن يعلق المؤجر الإيجار على حقه في فسحه متى شاء، و مختلطة تتوقف على إرادة أحد المتعاقدين و عامل خارجي في آن واحد كأن يعلق الأب هبته لإبنه على شرط زواجه من ابنة عمه، فهنا لا يتوقف الزواج على إرادته فقط وإنما على إرادة ابنة عمه أيضا⁽³⁾.

ولا تكون أهمية لهذا التقسيم إلا بالنسبة للشرط الواقف؛ لأنَّ الشرط الفاسخ يكون صحيحا، سواء كان احتماليا أو إراديا أو مختلطا، بينما لا يكون الشرط الواقف صحيحا إذا توقف على الإرادة المحضة للمدين⁽⁴⁾. غير أنه يصح إذا كان متوقفا على الإرادة المحضة للدائن.

2-ألا يكون الشرط مستحيلا

يكون الشرط المستحيل باطلا سواء كانت الاستحالة مادية أو قانونية ، أما حكم العقد الذي يحتويه،

¹ - المادة 206 من تقنين الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

² - إسماعيل غانم، أحكام الالتزام و الإثبات، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1956، ص. 276.

³ - (H. ET L.) MAZEAUD, J. MAZEAUD ET F. CHABAS, LEÇONS DE DROIT CIVIL, T 2, OBLIGATIONS, THEORIES GENERALE, 9E ED., MONTCHRESTIEN, PARIS, 1998, P. 1093.

⁴ - المادة 250 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

فيتوقف على نوع الشرط: فإذا كان الشرط المستحيل شرطا واقفا بطل الشرط (المستحيل) والعقد معا، لامتناع تحقق الشرط الذي علق عليه وجوده. أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخا، فيبطل الشرط و يبقى العقد صحيحا⁽¹⁾.

3- ألا يكون الشرط مخالفا للنظام العام و الآداب العامة

يقصد بالنظام العام تلك المجموعة من المبادئ التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية، والتي يكون جزاء العقد المخالف لها البطلان المطلق⁽²⁾. أما الآداب في تلك القواعد التي يؤمن المجتمع بإتباعها، ومعيارها غير محدد يختلف من زمان إلى زمان ومن مجتمع لآخر⁽³⁾. ويكون حكم العقد المقترن بشرط مخالف للنظام العام و الآداب متوقف على نوع الشرط: فإذا كان واقفا كان باطلا مبطلا للعقد، أما إذا كان فاسخا فإنه باطل غير مبطل للعقد إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أن يكون العقد قابلا للانقسام و التجزئة

لا يكفي لإعمال الإنقاص، أن يكون العقد معيبا في شق منه فقط، بل يجب أن يكون أيضا، قابلا للانقسام و التجزئة؛ لأنّ الهدف من الإنقاص، يكمن في إسقاط الجزء المعيب من العقد والإبقاء على الشق الصحيح.

ونقصد بقابلية انقسام العقد و تجزئته، بقاءه قادرا على إنتاج نفس الآثار القانونية التي كان سيرتبتها العقد الأصلي وإن اختلفت من حيث الكم بقدر ما نقص من العقد؛ لأنه لا يجب أن يترتب على الإنقاص تغيير في تكييف العقد.

ولا يكون الالتزام قابلا للانقسام، كما تدل عليه المادة 236 من التقنين المدني الجزائري، إذا كان واردا على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته (أولا) أو إذا تبين من نية الطرفين أنّ تنفيذ الالتزام لا يقبل التجزئة (ثانيا).

أولا - قابلية المحل للانقسام و التجزئة

يجب أن لا يترتب على إسقاط الشق المعيب اختلال بتوازن العقد ووجوده، حتى نقول أنّ محله قابل

¹ - المادة 204 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

² - V. J. FLOUR ET J.-L. AUBERT, DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS, L'ACTE JURIDIQUE, 7E ED., ARMAND COLIN, PARIS, 1996, P.P. 195- 213.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 536.

⁴ - المادة 204 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

للانقسام، وهنا نميز بين العقود البسيطة و العقود المركبة⁽¹⁾ ، ففي العقد البسيط، إذا كان المحل غير مشروع بطل العقد كلية. أما إذا كان الشق المعيب منه متعلقا بالمسائل الثانوية التي تقتن بال عقد بعد أن يكون قد استوفى شروط انعقاده وصحته، سقط الشق المعيب و بقي العقد صحيحا. أما في العقود المركبة، فقد يقع البطلان على إحدى العمليات التي تشكل المحل، فتبطل دون أن تبطل العمليات الأخرى إذا كانت هذه العملية ثانوية بالنسبة لها⁽²⁾. كما لو اشترى شخص مجموعة شركات وتبين أنّ إحداها تنشط في مجال محظور، فإنّ العقد صحيح فيما يتعلق بالشركات الأخرى ويسقط الشق المتعلق بالشركة ذات النشاط المعيب.

ثانيا - اتجاه نية الأطراف إلى قابلية تنفيذ الالتزام إلى التجزئة

يرى الأستاذ SIMLER أنّ إشكالية قابلية المحل للانقسام و التجزئة من الناحية الموضوعية لا تشكل سوى المرحلة الأولى من التحليل؛ إذ يجب، وفي كل الحالات، طرح إشكال قابلية التجزئة من الناحية الشخصية والتي تتأسس على نية الأطراف⁽³⁾.

فإذا أخذنا بعين الاعتبار الدور الذي تلعبه الإرادة في العقود، لن يكون من المنطق الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد الذي يكون الأطراف قد اتفقوا على تنفيذه كلية. هذا ما يجعل التحليل الشخصي لقابلية الانقسام يركز على مدى اتجاه نية الأطراف إلى قابلية الانقسام أم لا. وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في عدة قرارات⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: إنقاص مضمون العقد لرد الاختلال في التوازن الاقتصادي

لا يجوز نقض مضمون العقد و لا تعديله، من حيث الأصل، إلا من قبل أطرافه و باتفاق بينهم⁽⁵⁾. غير أنّه، و بالرجوع إلى الواقع العملي، نلاحظ أنّ هنالك حالات تستوجب تدخل القاضي لتحقيق العدالة في الأداءات التي تنتج عن العقد المبرم بين طرفين غير متكافئين اقتصاديا (الفرع الثاني) أو تلك التي تنتج عن ظرف طارئ (الفرع الأول).

¹ - في شرح العقد البسيط و المركب، انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 169.

² - J. GHESTIN, G. LOISEAU ET (Y.-M.) SERINET, OP CIT., P. 1277.

³ - PH. SIMLER, LA NULLITE PARTIELLE DES ACTES JURIDIQUES, L.G.D.J., PARIS, 1969, P.220.

⁴ - CASS. CIV. 2 JUILLET 1958, BULL. CIV. I, N° 352 ; CASS. SOC., 5 MARS 1959, BULL. CIV. IV, N° 333 ; CASS. CIV. 27 NOVEMBRE 1963, BULL. CIV. I, N° 520.

⁵ - المادة 106 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

الفرع الأول: إنقاص العقد لرد الاختلال الاقتصادي الناتج عن حادث خارج عن إرادة الأطراف: الظرف الطارئ

تناول المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني، أين حدد شروط تطبيقها (أولا) و سلطة القاضي في الحد من أثرها (ثانيا).

أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يمكن تصنيف شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى : شروط تتعلق بالحادث في حد ذاته (1) و شروط تتعلق بالعقد محل تطبيق النظرية (2) وأخيرا شروط تتعلق بالمدين (3).

1- الشروط المتعلقة بالحادث

يشترط في الحادث أن يكون استثنائيا وعماما؛ بمعنى أن يكون غير مألوف وأن يشمل مجموعة من الناس، فلا يتعلق بالمدين وحده. وأن يكون لاحقا لانقضاء العقد وغير متوقع، وأن لا يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا، وإنما مرهقا فقط، وإلا أصبح قوة قاهرة لا ظرفا طارئا. كما يشترط أيضا في الحادث، أن يكون أثره جسيما من الناحية المادية على المدين، بحيث يجعله مهددا بخسارة فادحة في حالة تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.

2- الشروط المتعلقة بالعقد

يشترط في العقد، الذي يكون محل تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن تكون الالتزامات الناشئة عنه قابلة للتقييم النقدي، كالالتزام بدفع الثمن في عقد البيع والالتزام بدفع بدل الإيجار في عقد الإيجار ودفع المقابل في عقد الفندقية. وأن يكون كذلك، متراخي التنفيذ، بمعنى أن يكون فيه عنصر الزمن جوهريا ومقياسا للأداء المستحق.

3- الشرط المتعلق بالمدين

يشترط في المدين أن لا يكون سبب الإرهاق راجعا إليه، وهو شرط مستمد من المبادئ العامة التي تقضي بعدم جواز استفادة الملوث من الأحكام التي يقرها القانون⁽¹⁾.

¹ - P. VOIRIN, *DE L'IMPREVISION DANS LES RAPPORTS DE DROIT PRIVE*, THESE NANCY, 1922, P.P. 196-212.

ثانيا - سلطة القاضي في الحد من أثر الظروف الطارئة

تنص الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني الجزائري على أنه : «... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...».

يظهر من هذه الفقرة أن المشرع أجاز للقاضي في حالة الظروف الطارئة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مع مراعاة الظروف المحيطة بتنفيذه و مصلحة الأطراف. وهو بذلك، لا يحدد طريقة معينة يلتزم بها القاضي، مما يضع بين يديه عدة تدابير يمكنه اتخاذها⁽¹⁾.

ومن بين هذه التدابير، الزيادة في التزامات الدائن حتى يقلل من خسارة المدين ووقف تنفيذ التصرف إلى غاية انقضاء الظروف الطارئة. غير أن التدبير الأكثر شيوعا، هو الإنقاص من قيمة التزام المدين.

يلجأ القاضي عادة، بهدف التقليل من الخسارة التي قد تلحق المدين من جراء تنفيذه لالتزاماته في حالة الظروف الطارئة، إلى الإنقاص منها كما أو كيفاً⁽²⁾، فلو اتفق مثلا، مفاوض مع مورد مواد البناء على توريد كميات تفوق ما تحتويه مخازن هذا الأخير، ثم حدث حادث طارئ نتج عنه قلة كمية مواد البناء في السوق فارتفع ثمنها، جاز للقاضي، في هذه الحالة، الإنقاص من التزام المدين كما، بجعله يورد الكميات الموجودة في مخازنه فقط، أو الإنقاص منه كيفاً، وذلك بجعله يورد الكميات التي تحتويها مخازنه، ويكمل الكمية المتبقية بمواد أقل جودة بحيث تتفق مع الثمن المتفق عليه.

الفرع الثاني: رد الاختلال الاقتصادي الناتج عن إرادة الأطراف

لقد رأينا سلفا، أن الشروط التي يحتويها العقد تنقسم إلى بنود و شروط التعليق، وهي لا تؤثر في وجود العقد وقيامه، إذ يكون هذا الأخير مستوفيا لشروطه الإنشائية، بل تؤثر على آثار العقد وأحكامه.

وتتميز البنود عن شروط التعليق في أن اقترانها بالعقد لا تجعله موصوفا أو معلقا، لأنها تعتبر جزءا منه، وهي جزء من أصل⁽³⁾، بينما شروط التعليق تجعل منه عقدا موصوفا بشرط واقف أو فاسخ.

ويتحقق الإنقاص لبطان أو قابلية إبطال بنود العقد في حالة البنود التعسفية (أولا) و البنود الجزائية (ثانيا).

¹ - IBID, P. 196.

² - بن شنيبي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996، ص. 63.

³ - إبراهيم الدسوقي، إنقاص التصرفات القانونية المعيبة جزئيا كوسيلة لتصحيحها، جامعة الكويت، الكويت، 1988، ص. 109.

أولاً- البنود التعسفية

يربط المشرع الجزائري بين مفهومي التعسف و الإذعان⁽¹⁾، فلا يعترف بوجود بنود تعسفية إلا في إطار عقود الإذعان، أين يجيز للقاضي أن يعدل هذه البنود أو يعفي الطرف المذعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة⁽²⁾.

و البند التعسفي هو كل بند من شأنه أن يخل بالتوازن بين حقوق و واجبات الأطراف، سواء بالنظر إلى البند بمفرده، أو مشتركا مع بنود أخرى. وقد وسّع المشرع الجزائري في مجال حماية الطرف الضعيف من خلال إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد زمن تقدير الاختلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات ؛ لأنه قد يكون الاختلال غير ظاهر عند إبرام العقد، و يصبح كذلك عند التنفيذ لظهور معطيات لم يكن يعلمها الطرف الضعيف⁽³⁾.

ثانيا: البند الجزائي

البند الجزائي، هو ذلك البند الذي يدرج عادة بالعقود ككفالة احترامها و ضمان تنفيذها؛ إذ يقدر الأطراف بمقتضاه مقدار التعويض الذي يلتزم المدين بدفعه في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه⁽⁴⁾. وهو عادة ما يدرج في صلب العقد الأصلي، كما قد يتضمنه اتفاق لاحق⁽⁵⁾.

ويجوز للقاضي أن ينقص من البند الجزائي في حالتين: حالة كونه مفرطا (1) وحالة تنفيذ المدين جزئيا لالتزامه (2).

1- حالة كون الشرط الجزائي مفرطا

ويظهر من مصطلح الإفراط أنه يجب أن يكون تقدير الأضرار مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، فلا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض المقدر يفوق الضرر، وإنما يجب عليه أن يثبت أنه يفوقه إلى حد الإفراط. ومعيار الإفراط خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمجلس الأعلى عليه في ذلك⁽⁶⁾.

¹ - المادة 03 من القانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع. 41، مؤرخ في 27 جوان 2004.

² - المادة 110 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

³ - نسير رفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص. 310.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو ليل، الشرط الجزائي في العقود و التصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص. 11.

⁵ - المادة 183 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

⁶ - بن شنيته حميد، رسالة سابقة، ص. 83.

2- حالة التنفيذ الجزئي للالتزام

إذا قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام، ولم يتمكن من تنفيذ الجزء المتبقي، فإنّه يجوز له - في حالة ما إذا طالبه الدائن بدفع الشرط الجزائي- أن يطلب من القاضي تخفيض قيمته⁽¹⁾، لأنّ التعويض يقابل الضرر، و الضرر قد قل بفعل التنفيذ الجزئي.

المبحث الثاني: تعديل مضمون العقد بالإكمال

إضافة إلى سلطة تكييف العقد و تفسيره ، منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة إكمال العقد وسد النقص الذي يعتريه وفق معايير محددة، ويأتي ذلك في إطار تعزيز الدور الايجابي الذي يجب أن يلعبه القاضي ، وإخراجه من دائرة السكون المتمثلة في التطبيق الحرفي للنصوص إلى دائرة الفعالية والتأثير في ظروف تطبيقها. من استقراء نصوص التقنين المدني الجزائري، نلاحظ أنّ المشرع قد حدد صورتين يستطيع من خلالهما القاضي إكمال نطاق العقد: تتمثل الصورة الأولى فيما نصت عليه المادة 65 (المطلب الأول) والثانية ما نصت عليه المادة 107 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إكمال العقد على أساس المادة 65 من التقنين المدني

حتى ينعقد العقد، يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في جميع المسائل التي يحتويها هذا الأخير، سواء أكانت جوهرية أو ثانوية، فرفض أي مسألة من المسائل التي يحتويها الإيجاب سيؤدي إلى عدم انعقاد العقد؛ لأنّ التطابق لن يتحقق⁽²⁾. غير أنّه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أنّ إبرام العقد يستلزم الاتفاق على جميع المسائل دفعة واحدة، لأنّه يكفي الاتفاق على المسائل الجوهرية وترك المسائل الثانوية لاتفاق لاحق⁽³⁾. غير أنّه قد يحدث ألا يتفق الطرفان على المسائل الثانوية التي تركاها إلى وقت لاحق، فما هو مصير العقد في هذه الحالة؟ لقد عالجت المادة 65 من التقنين المدني الجزائري هذه المسألة، واعتبرت أنّ العقد قد تم إذا تحققت فيه الشروط التي نصت عليها(الفرع الأول)، وأنّ القاضي سيكمل العقد فيما يتعلق بالمسائل التفصيلية (الفرع الثاني).

¹ - المادة 2/184 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

² - المادة 59 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

³ - المادة 65 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

الفرع الأول: شروط تمام العقد في ضوء المادة 65 من التقنين المدني

تنص المادة 65 من التقنين المدني الجزائري على أنه: « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما...». يستنتج من هذا النص أن هناك ثلاثة شروط يجب توافرها للقول بأن العقد قد أبرم، وهي: أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية (أولا) و أن يتم الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية (ثانيا) و ألا يتفقا على تعليق انعقاد العقد عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية (ثالثا).

أولا - الاتفاق على المسائل الجوهرية

يستلزم انعقاد العقد الاتفاق على المسائل الجوهرية؛ لأنها هي التي تحدد ماهية العقد، فلا يمكن عقد بيع دون الاتفاق على الشيء المبيع و الثمن. ولكن كيف يتم تمييز المسائل الجوهرية عن المسائل التفصيلية؟ نشب خلاف في الفقه بشأن تحديد المعيار الذي يتم بواسطته تمييز المسائل الجوهرية عن المسائل التفصيلية، فانقسموا قسمين: قسم يعتمد معيارا شخصيا يستند إلى الإرادة وآخر معيارا موضوعيا يستند إلى طبيعة المعاملة.

1- المعيار الشخصي

يتم تمييز المسائل الجوهرية عن الثانوية وفقا لهذا المعيار بالاستناد إلى إرادة أحد المتعاقدين أو إلى إرادتهما معا، بحيث تعد المسألة جوهرية إذا كانت الإرادة قد أضفت عليها هذه الصفة، ومن هنا يمكن لكل طرف أن يعتبر مسألة ذات صفة ثانوية من المسائل الجوهرية بالنسبة له، بحيث يتعلق رضاه بالعقد عليها، ونفس الشيء بالنسبة للطرف الآخر، وعليه، أي مسألة ثانوية يمكن أن تتحول إلى جوهرية عن طريق إرادة الأطراف⁽¹⁾.

وقد اختلف أنصار هذا المعيار من حيث إطلاقه أو تقييده، فمنهم من يطلق منه إلى حد جعل إرادة أحد الأطراف فقط كافية لجعل المسألة الثانوية جوهرية⁽²⁾، ومنهم من يقيد من نطاقه ليجعل الإرادة المشتركة فقط للأطراف هي التي يمكنها جعل المسألة الثانوية جوهرية⁽³⁾.

¹ - حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص. 70.

² - صالح ناصر العتبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، د.م.ن.، 2001، ص.ص. 70-71.

³ - محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002، ص. 24.

2- المعيار الموضوعي

يستند هذا المعيار في تمييزه للعناصر الجوهرية عن المسائل التفصيلية إلى فكرة اقتصاد العقد⁽¹⁾ (l'économie du contrat)، أي ما يميز هذا العقد عن باقي العقود، فمثلاً، يتمثل اقتصاد عقد البيع في التنازل عن ملكية شيء مقابل ثمن نقدي، وعليه تعتبر من المسائل الجوهرية كل الالتزامات التي تحقق هذا الهدف⁽²⁾، والتي تتمثل في الالتزام بنقل ملكية الشيء و الالتزام بدفع الثمن، أما المسائل الأخرى كمكان التسليم وزمانه فتعتبر من المسائل الثانوية.

فالمسائل الجوهرية للعقد هي التي تمثل الهدف من الاتفاق؛ بمعنى أنها تلك التي تشكّل محل التعاقد⁽³⁾، ففي البيع يشكّل المبيع و الثمن المسائل الجوهرية وفي الإيجار تكون العين المؤجرة و الأجرة والمدة هي المسائل الجوهرية و في المقابلة تكون الخدمة والأجر هما المسائل الجوهرية⁽⁴⁾.

مما سلف، يمكن القول أنّ القاضي يستطيع تحديد المسائل الجوهرية من خلال النظر إلى الهدف الاقتصادي الذي كان يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه، وإلى طبيعة العقد وماهيته و الظروف المصاحبة لإبرامه. يرى بعض الشراح ، وعلى الرغم من تأييدهم للمعيار الموضوعي، وجوب تكملته بالمعيار الشخصي، مؤسسين رأيهم على العبارة المماثلة في تقنينهم للعبارة التالية من المادة 65 من تقنيننا المدني و التي تنص: «... ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها...». حيث يستنتجون منها إمكانية تحول المسألة الثانوية إلى مسألة جوهرية استناداً إلى إرادة الأطراف⁽⁵⁾.

¹ - ARSAC-RIBEYROLLES AUDREY, *ESSAI SUR LA NOTION D'ECONOMIE DU CONTRAT*, THESE CLERMONT I, 2005.

² - محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبوعات الإدارة العامة للبحوث، الرياض، 1995، ص.24.

³ - CASS. CIV. 3E, 28 OCTOBRE 2009, BULL. CIV. III, N° 237 : «... LE CONTRAT DOIT ETRE REPUTE FORME DES L'INSTANT OU L'ACCEPTATION REJOINT L'OFFRE SUR LES SEULS ELEMENTS ESSENTIELS A LA REALISATION DE SONT OBJET.».

⁴ - مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص. 133.

⁵ - سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص. ص. 50-51، صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق، ص. 74، ياسر الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 14.

غير أننا لا نساند هذا التأسيس، لأنّ ما يفهم من هذه العبارة، في تقديرنا، هو أنّ الطرفين لم يجعلوا من الاتفاق على المسائل الثانوية شرط تعليق، فلم يعلقا انعقاد العقد على وجوب الاتفاق على هذه المسائل الثانوية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، القول بأنّ الإرادة هي التي تحدد المسائل الجوهرية يجعل تكييف العقد متوقفا على إرادة الأطراف لا إرادة القانون، فيجعلون من تحديد الثمن مسألة تفصيلية ومكان التسليم مسألة جوهرية، وبذلك يغيرون من تكييف البيع المنصوص عليه في المادة 351 من التقنين المدني، وهو ما يتنافى مع منطق القانون⁽¹⁾.

ثانيا : الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية

بمفهوم إقصائي، يقصد بالمسائل التفصيلية كل المسائل التي لا تعد جوهرية وفقا للمعيار الموضوعي، وهي بذلك، تشمل كل المسائل التي لا تتصل بالغاية الأساسية للعقد، كزمن التسليم ومكانه في البيع. ويفهم أيضا من نص المادة 65 من التقنين المدني الجزائري التي تنص: «...واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها...»، أنّ المسائل التفصيلية المقصودة في هذا المقام هي تلك التي تم التفاوض بشأنها ولم يحدث اتفاق، فتم الاحتفاظ بها إلى وقت لاحق. أما تلك التي لم يتم التفاوض بشأنها فهي غير مشمولة بأحكام هذه المادة.

ثالثا : أن لا يكون المتعاقدان قد اتفقا على تعليق انعقاد العقد على حدوث اتفاق بشأن المسائل التفصيلية

قد يعلق الطرفان نشأة آثار العقد على اتفاقهما على المسائل التفصيلية، فيكون عقدهما متوقفا على شرط واقف، أما إذا لم يشترطا ذلك، فإنّ العقد سينتج آثاره وإذا حدث خلاف فيما يتعلق بهذه المسائل التفصيلية فصل فيها القاضي.

وهذا الشرط يجب أن يشار إليه صراحة في العقد، لأنّه يفهم من عدم النص عليه صراحة أنّهم قد أرادوا إبرام العقد بصرف النظر عن ضرورة الوصول إلى اتفاق بشأن المسائل التفصيلية⁽²⁾.

¹ - حتى مناصري تدعيم المعيار الموضوعي بالمعيار الشخصي يرون أنّه لا يجوز للأطراف جعل مسألة جوهرية مسألة ثانوية، لأكثر تفاصيل انظر: صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق، ص. 77.

² - صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق، ص. 81.

الفرع الثاني: قيام القاضي بإكمال العقد

إذا تم العقد عن طريق الاتفاق على المسائل الجوهرية والاحتفاظ بالمسائل التفصيلية للاتفاق عليها في وقت لاحق، فهذا يعني أنه يقع على عاتق الطرفين التزام بالتفاوض حول هذه المسائل التفصيلية (أول) وفي حالة عدم حدوث اتفاق يتم اللجوء إلى القاضي (ثانيا).

أولاً: الالتزام بالتفاوض حول المسائل التفصيلية

إذا تم التعاقد وفقاً لأحكام المادة 65 من التقنين المدني الجزائري، يقع على عاتق المتعاقدين التزام بالتفاوض حول المسائل التفصيلية التي تم تركها لوقت لاحق، يكون مضمونه بذل كل منهم جهداً معقولاً يتماشى مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود⁽¹⁾، ويتجسد ذلك باتخاذ كل ما من شأنه تدليل العقبات و تقريب وجهات النظر للوصول إلى اتفاق بشأن هذه المسائل التفصيلية⁽²⁾. ولا نغفل الإشارة إلى أنّ هذا الالتزام لا يعني ضرورة التوصل إلى اتفاق حول المسائل التي يتم التفاوض بشأنها، غير أنّ كل واحد منهم يكون ملزماً بمناقشة جميع البنود المتعلقة بمحل التفاوض وبذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات، وإلا قامت في حقه مسؤولية عقدية لأنّ الالتزام بالتفاوض التزام عقدي⁽³⁾. وفي حالة فشل التفاوض بعد إستيفائه لجميع الشروط المذكورة آنفاً يتدخل القاضي لحسم الخلاف.

ثانياً: تدخل القاضي لحسم الخلاف

لا يتدخل القاضي لحسم الخلاف بشأن المسائل التفصيلية إلا إذا تقدم أحد الأطراف أو كليهما بطلب ذلك، كما يتعين على القاضي قبل البدء في تنظيم المسائل المختلف عنها، أن يحدد نوعها مسترشداً في ذلك بطبيعة المعاملة وأحكام القانون و العرف و العدالة. قد انتقد جانب من الفقه هذا الدور الذي يلعبه القاضي في إكمال العقد، بحجة أنّ المشرع قد أعطى للقاضي بموجب هذا النص دوراً في تكوين العقد مخالفاً بذلك المبادئ العامة، لا سيما مبدأ سلطان الإرادة الذي يحصر دور القاضي في التفسير⁽⁴⁾.

بينما يرى الرأي الغالب أنّ السلطة الممنوحة للقاضي بموجب هذه المادة سلطة تتجاوز سلطة التفسير وتمتد لاستكمال ما نقص في العقد. غير أنّ هذا لا يعني أنه يبرم العقد؛ لأنّ تدخله لاحق على انعقاده، كما أنه

¹ - تنص المادة 107 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم على: « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية... ».

² - صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق، ص. 82.

³ - مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 186.

⁴ - انظر عبد الرحمان سعودي، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، د.س.ن.، ص.ص. 20-

لا يمس بالمسائل الجوهرية وإنما يستكمل إرادة الأطراف فيما يتعلق المسائل الثانوية فقط. ولا ضرر في ذلك، فالقاضي سيفصل في ذلك بناء على إرادة الأطراف التي لجأت إليه لما يتمتع به من خبرات و مؤهلات تعزز دوره الإيجابي في تحديد مضمون العقد، وهو بذلك لا يعارض إرادتهم.

المطلب الثاني: إكمال العقد على أساس المادة 107 من التقنين المدني

من نتائج مبدأ سلطان الإرادة عدم جواز شمول العقد لحقوق والتزامات لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين. غير أنه يصعب الأخذ بهذه النتيجة بسبب وجود التزامات تبعية لا يتحقق الغرض من العقد إلا بها، و قد لا تنصرف إرادة الأطراف إليها سهواً أو عمداً⁽¹⁾. هذا ما جعل المشرع يعطي للقاضي سلطة إكمال العقد بإضافة الالتزامات التي تقتضيها طبيعته⁽²⁾.

وحتى لا تتحول سلطة القاضي إلى سلطة تحكمية، حرص المشرع على جعل إضافة الالتزامات للعقد مشروطاً بأن تكون من مستلزماته بحسب طبيعة الالتزام (الفرع الأول) ولم يكتف بهذا فقط، بل وضع للقاضي توجيهات تساعد في تحديد ما هو من مستلزمات العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معنى مستلزمات العقد بحسب طبيعة الالتزام

ورد مصطلح مستلزمات العقد في الفقرة الثانية من المادة 107 من التقنين المدني الجزائري التي تنص : «... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...».

لم يحدد الفقه معنى مستلزمات العقد بشكل دقيق، وقد ذهب أحد الشراح بوصفها بأنها غامضة بحد ذاتها⁽³⁾، وآخرون حاولوا تعريفها عن طريق أمثلة⁽⁴⁾، على الرغم من أن التعريف بالمثال من أضعف صور التعريف.

ويظهر لنا أنّ غموض الفكرة راجع إلى مصطلح مستلزمات (exigences) ، الذي يوحي إلى ضرورة توافر بعض الشروط حتى ينفذ العقد، بدلاً من مصطلح تبعات (accessoires). غير أنه، وبالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية يتسنى لنا فهم أنّ ما يقصد بهذه الفقرة هو ضرورة إلزام المتعاقد بما تم التعبير عنه ، وكذلك بما

¹ - سلام عبد الله الفتلاوي، مرجع سابق، ص. 60.

² - المادة 107 / 2 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

³ - حسام الأهواني، مرجع سابق، ص. 204.

⁴ - علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2002، ص. 277، محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص. 322، سلام عبد الله الفتلاوي، مرجع سابق، ص. 85.

يعتبره القانون والعرف و العدالة من التبعات الضرورية للعقد وفقا لطبيعة الالتزام⁽¹⁾. من هنا، نفهم أنّ ما يقصد من مصطلح مستلزمات العقد هو كل ما يعتبره القانون و العرف و العدالة من تبعات الالتزام الأصلي المتفرع عن العقد بحسب طبيعته. بمعنى الالتزامات التبعية للالتزام الأصلي. وعليه، فإنّ المتعاقد يلتزم بما عبر عنه في العقد وكذلك بما سيمليه عليه القاضي باسم القانون و العدالة والعرف. ومن أهم أمثلة مستلزمات العقد التي أنشأها القضاء بالالتزام بالسلامة (أولا) والالتزام بتقديم المعلومات و الاستشارة (ثانيا) و الالتزام بالمراقبة (ثالثا).

أولا : الالتزام بالسلامة

نشأ هذا الالتزام في مجال النقل عن طريق السكك الحديدية ليعمم على جميع عقود النقل في مرحلة أولى، ثم ليشمل العديد من التصرفات في مرحلة ثانية⁽²⁾، ويتلخص مضمونه في وجوب نقل المسافرين سالما إلى غاية وصوله إلى وجهته.

ثانيا : الالتزام بتقديم المعلومات و الاستشارة

ألزم القضاء أصحاب الوكالات العقارية و المهندسين المعماريين و المقاولين وكذا الجراحين بتقديم كل المعلومات والاستشارات للزبائن عند الطلب، كما ألزم كذلك، الموثقين بإعلام الأطراف بكل معطيات التصرف الذين هم بصدد إبرامه و البائع المحترف بإعلام المشتري بكيفية استعمال العتاد وطريقة تقادي أخطاره⁽³⁾، غير أنّ هذا الالتزام لا يصل إلى حد إفشاء البائع أو المنتج عن أسرار الصنع⁽⁴⁾.

ثالثا : الالتزام بالمراقبة

يلتزم البنك الذي يقوم بتأجير خزنته الحديدية بالمراقبة و التأكد من هوية الشخص الذي يتقدم لفتحها، كما يلتزم من يستثمر مخيما صيفيا بمراقبة الأطفال حتى لا يصيبوا أنفسهم بأضرار⁽⁵⁾، ويلتزم أيضا، صانع السيارات بمراقبة جودة قطع الغيار التي تصنع له من قبل شركات أخرى⁽⁶⁾. فالالتزام بالمراقبة يضع على عاتق الأطراف

¹ - «... IL OBLIGE LE CONTRACTANT, NON SEULEMENT A CE QUI Y EST EXPRIME, MAIS ENCORE A TOUT CE QUE LA LOI, L'USAGE ET L'EQUITE CONSIDERENT COMME SUITE NECESSAIRE DE CE CONTRAT D'APRES LA NATURE DE L'OBLIGATION...».

² - للاطلاع على أكبر من أمثلة العقود التي يضيف فيها القضاء الالتزام بالسلامة، انظر:

J. BORE , LA CASSATION EN MATIERE CIVIL, SIREY, PARIS, 1980, P. 271 ET S.

³ - J. GHESTIN, CH. JAMIN ET M. BILLIAU, TRAITE DE DROIT CIVIL, LES EFFETS DU CONTRAT, 2E ED., L.G.D.J., PARIS, 1994, P. 56.

⁴ - CASS. COM., 12 NOVEMBRE 1992, BULL. CIV. 4, N° 352, P. 251.

⁵ - J. GHESTIN, CH. JAMIN ET M. BILLIAU, OP. CIT., P. 58.

⁶ - B. TEYSSIE, LES GROUPES DE CONTRATS, L.G.D.J., PARIS, 1975, P. 240.

مهمة الحرص على عدم تضرر المتعاقد معهم.

الفرع الثاني : توجيهات المشرع في تحديد مستلزمات العقد

بالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة 107 من التقنين المدني نجد أنّ المشرع قد وجه القاضي في تحديد مستلزمات العقد، وهو في ذلك، خاضع لرقابة المجلس الأعلى. وتتمثل هذه التوجيهات في ضرورة البحث عن مستلزمات العقد في التشريع (أولا) و العرف (ثانيا) والعدالة (ثالثا).

أولا : التشريع

يساهم التشريع في إكمال النظام القانوني للعقد بما يضعه من قواعد قانونية، سواء كانت آمرة أو مكملة لتسد النقص الذي قد يشوب تنظيم الأطراف للعقد. تعرف القواعد الآمرة بقواعد النظام العام، وهي قواعد لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وإن حدث نزاع بشأن مسألة لم يتفق عليها الأطراف، وتوجد قاعدة آمرة تعالجها، فإنّ القاضي لا يفسر التصرف بحثا عن النية المشتركة للأطراف حتى يعالج النزاع، وإنّما يطبق القاعدة الآمرة وإلا كان حكمه مستوجبا للنقض⁽¹⁾. أما القواعد المكملة فتعرف بقواعد النظام الخاص، وهي لا تكون ملزمة إلا إذا لم يتفق الأطراف على مخالفتها. وفي حالة تحقق الشرط تصبح ملزمة شأنها شأن القاعدة الآمرة⁽²⁾.

ثانيا : العرف

استعمل المشرع الجزائري في المادة 107 من التقنين المدني باللغة الفرنسية مصطلح (usage) وباللغة العربية مصطلح (عرف) ، وكان من الأصح أن يستعمل مصطلح العادة؛ لأنّ مرادف مصطلح عرف باللغة الفرنسية هو (coutume)، وتختلف العادة عن العرف في كون أنّ العادة هي العنصر المادي للعرف، وحتى تتحول إلى عرف تحتاج إلى عنصر معنوي يتمثل في الاقتناع بالزاميتها⁽³⁾.

¹ - J. BORE, OP. CIT., P. 233.

² - F. TERRE, PH. SIMLER ET Y. LEQUETTE, DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS, 6E ED., DALLOZ, PARIS, 1996. P. 359.

³ - F. GENY, METHODES D'INTERPRETATION ET SOURCES DE DROIT PRIVE POSITIF, L.G.D.J., PARIS , 1899, P.P. 345-356.

العرف هو ما جرى به العمل في الأوساط التجارية و المهنية وحتى في بعض المعاملات الاجتماعية⁽¹⁾، وهو يعدّ من بين أحد الموجهات التي يستعين بها القاضي لتحديد الالتزامات التبعية التي تدخل ضمن دائرة مستلزمات العقد.

ثالثاً: العدالة

تعرف العدالة على أنّها: شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم و يوحي به الضمير المستنير و يهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه دون الجور على حقوق الآخرين⁽²⁾. يظهر من هذا التعريف أنّ مفهوم العدالة مفهوم غير دقيق يختلف مدلوله من شخص لآخر، فلكل قاض تصور الخاص لمفهوم العدالة، هذا ما جعل أنصار مبدأ سلطان الإرادة يتخوفون منه؛ لأنّ القاضي سيكمل العقد وفقاً لإرادته هو باسم مبادئ العدالة.

خاتمة

مما سلف، يمكن القول أنّ منح المشرع القاضي سلطة تعديل العقد، جاء بمثابة تحمل تبعة الحرية التي أعطاها للأفراد في تنظيم علاقاتهم التعاقدية. هذه الحرية التي قد تحرم الضعفاء من بعض حقوقهم، ولا يتجسد الضعف في المركز الاقتصادي فحسب، كما في عقود الإذعان، بل يتعداه ليطال الضعف النفسي كما في عيوب الإرادة، و الضعف المعرفي كما في عقود الاستهلاك. إنّ منح القاضي سلطة تعديل مضمون العقد لا يعدّ تقييداً لإرادة الأفراد وإنّما ضمان لهذه الحرية، لأنّ الحرية المطلقة فوضى قد تؤدي إلى هضم حرية وحقوق العديد من أفراد المجتمع الضعفاء، فما بين القوي و الضعيف، حسب المفكر LACORDAIRE، الحرية هي التي تخضع والقانون هو الذي يحرر⁽³⁾. كما أنّه وبالرجوع إلى الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل مضمون العقد، نلاحظ أنّ تدخله يسعى دائماً إلى حماية الطرف الضعيف، سواء كان ذلك في حالة إنقاص العقد أو إكماله.

¹ - F. TERRE, PH. SIMLER ET Y. LEQUETTE, OP. CIT., P. 359.

² - محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية و القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص. 157.

³ - نسير رفيق، محاولة من أجل : نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص. 297.

شرط مارتنز في مواجهة السلاح النووي

جعفور إسلام⁽¹⁾

جامعة مولود معمري، تيزي وزو

الملخص:

يعتبر استخدام السلاح النووي أو التهديد باستخدامه خطرا على الإنسانية جمعاء نظرا لقوته التدميرية، خاصة في ظلّ عدم وجود نص قانوني اتفاقي خاص بحظره. وإنّ الدول الحائزة لذلك السلاح تستند إلى هذا الفراغ القانوني لجعل استخدامه فعلا مشروعاً. وتعتبر النتيجة التي توصلت إليها محكمة العدل الدولية تعبيرا عن رأي تلك الدول. وفي المقابل أكدت المحكمة ذاتها قابلية تطبيق شرط مارتنز على الأسلحة النووية، وهو الشرط الذي اعتبرته وسيلة فعّالة لمواجهة التطورات التقنية التي تعرفها الأسلحة.

الكلمات المفتاحية:

شرط مارتنز، متطلبات الضمير العام، السلاح النووي.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/16، تاريخ قبول المقال: 2018/03/22، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: جعفر إسلام، "شرط مارتنز في مواجهة السلاح النووي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 531-547.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 15000، تيزي وزو، الجزائر.

المؤلف المراسل: iisslaamm84@outlook.fr

Martens Clause on Nuclear Weapons

Abstract:

The use or threat of use of a nuclear weapon is a threat to all humanity because of its destructive power, especially in the absence of a specific legal provision prohibiting it. States that possess such weapons rely on this legal vacuum to legitimize their use.

The conclusion of the International Court of Justice is the expression of the opinion of those States. On the other hand, the Court itself has confirmed the applicability of the Martens clause to nuclear weapons as an effective means of countering technical developments defined by weapons.

Key words:

Martens clause, the requirements of public conscience, nuclear weapons.

La clause de Martens face aux armes nucléaires

Résumé:

L'utilisation ou la menace d'utilisation d'une arme nucléaire est une menace pour toute l'humanité en raison de son pouvoir destructeur, en particulier en l'absence d'une disposition légale spécifique l'interdisant. Les États qui possèdent de telles armes s'appuient sur ce vide juridique pour légitimer leur utilisation.

La conclusion de la Cour internationale de Justice est l'expression de l'opinion de ces États. En revanche, la Cour elle-même a confirmé l'applicabilité de la clause Martens aux armes nucléaires, qu'elle considérait comme un moyen efficace de contrer les développements techniques des armes.

Mots clés:

Clause de Martens, les exigences de la conscience publique, les armes nucléaires.

مقدمة

تنص كل من اتفاقية لاهاي الثانية لسنة 1899⁽¹⁾ واتفاقية لاهاي الرابعة لسنة 1907⁽²⁾، المتعلقتين بقوانين وأعراف الحرب البرية، على ما يلي: « يرى الأطراف السامون المتعاقدون أنه من المناسب أن يقرروا أنه في الحالات غير الواردة في النصوص التي تم تبنيها يبقى السكان والمحاربون تحت حماية سلطان ومبادئ قانون الشعوب، بالشكل الذي وصلت إليه في أساليب التعامل المستقرة بين الدول المتمدنة وفي قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام⁽³⁾ ».

يُعرف هذا النص باسم شرط مارتنز⁽⁴⁾، الذي يُعتبر جوهر القانون الدولي الإنساني لشموله كل مبادئ هذا القانون. ويجد رجال القانون أنفسهم عاجزين عن تقديم تفسير محدد له، وذلك راجع إلى تغطيته مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان. ولعل أقرب تفسير ممكن، هو أن شرط مارتنز يعني أن الأفعال غير المحظورة بموجب الاتفاقيات الدولية، ليست بالضرورة أفعالاً مباحة⁽⁵⁾.

خلصت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري لسنة 1996، المتعلق بمشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها⁽⁶⁾، إلى ما يلي: « بالنظر إلى حالة القانون الدولي الراهنة والعناصر الوقائية التي هي تحت تصرفها، ليس في وسعها أن تخلص إلى نتيجة حاسمة بشأن ما إذا كان التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مشروعاً أو غير مشروع في ظرف أقصى من ظروف الدفاع عن النفس، يكون فيه بقاء الدولة

¹ - CONVENTION 2 SUR LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE, LA HAYE, 29/7/1899.

راجع النص الكامل للاتفاقية على الرابط التالي:

<https://www.admin.ch/ch/f/rs/i5/0.515.111.fr.pdf>

² - CONVENTION 4 SUR LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE, LA HAYE, 18 OCTOBRE 1907, IN, *REGLES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET AUTRES REGLES CONNEXES REGISSANT LA CONDUITE DES HOSTILITES*, C.I.C.R., DOC. N° 2-88145-023-7, GENÈVE, 2006, P.13.

³ - تنص الفقرة 8 من ديباجة اتفاقية لاهاي الثانية لسنة 1899 والفقرة 11 من ديباجة اتفاقية لاهاي الرابعة المتعلقتين بقوانين وأعراف الحرب البرية على ما يأتي:

« EN ATTENDANT QU'UN CODE PLUS COMPLET DES LOIS DE LA GUERRE PUISSE ETRE EDICTE, LES HAUTE PARTIES CONTRACTANTES JUGENT OPPORTUN DE CONSTATER QUE, DANS LES CAS NON COMPRIS DANS LES DISPOSITIONS REGLEMENTAIRES ADOPTÉES PAR ELLES, LES POPULATIONS ET LES BELLIGERANTS RESTENT SOUS LA SAUVEGARDE ET SOUS L'EMPIRE DES PRINCIPES DU DROIT DES GENS, TELS QU'ILS RESULTENT DES USAGES ETABLIS ENTRE NATIONS CIVILISEES, DES LOIS DE L'HUMANITE ET DES EXIGENCES DE LA CONSCIENCE PUBLIQUE ».

⁴ - سمي بشرط مارتنز نسبة إلى إسم واضعه، وهو رجل القانون الروسي فيودور فييدوروفيتش مارتنز، انظر في ذلك:

POUSTGAROUV VLADIMIR, « UN HUMANISTE DES TEMPS MODERNES: FIODOR FIODOROVITCH MARTENS », IN, R.I.C.R., N° 819, 1996, PP. 322-338.

⁵ - RUPERT TICEHURST: « LA CLAUSE DE MARTENS ET LE DROIT DES CONFLITS ARMES », IN, R.I.C.R., N° 824, 1997, P.133

⁶ - C.I.J. : LICEITE DE LA MENACE OU DE L'EMPLOI D'ARMES NUCLEAIRE, AVIS CONSULTATIF DU 08/7/1996 RECUEIL DES ARRETS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES, DOC N° 0074-4441, 1996, P. 220.

ذاته معرضاً للخطر»⁽⁷⁾.

بالرغم من هذه النتيجة الجدلية التي توصلت إليها المحكمة، فإنها أكدت أمرين أساسيين، هما: قابلية تطبيق شرط مارتنز على الأسلحة النووية، وخضوع الأسلحة النووية لمبادئ القانون الدولي الإنساني الأساسية النابعة من الشرط ذاته. إن مثل هذا الطرح، خاصة أمام تنامي ظاهرة النزاعات المسلّحة في الوقت الراهن، من جهة، وأمام تطور وسائل القتال، من جهة أخرى، يقودنا إلى البحث في إمكانية حظر استعمال السلاح النووي بموجب "شرط مارتنز" نظراً للخطر والتهديد القائم من استعماله على الإنسانية جمعاء.

أولاً- عن قابلية تطبيق شرط مارتنز على الأسلحة النووية

تم تكريس شرط مارتنز لأول مرة في القانون الوضعي بموجب اتفاقيات جنيف الأربع⁽⁸⁾، التي لا تمنح الدول إمكانية التنصل من التزاماتها الدولية بحجة عدم مصادقتها عليها. فعدم المصادقة عليها لا يعني وجود فراغ قانوني، لأنّ الدول في هذه الحالة تبقى ملزمة بمضمونها بمقتضى القانون الدولي الإنساني العرفي، الذي يجد مصدره في قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام⁽⁹⁾.

وقد أعلنت محكمة العدل الدولية صراحة عن قابلية تطبيق "شرط مارتنز" على استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية⁽¹⁰⁾، وذلك نظراً لتتافئها مع قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام. لكن على الرغم من ذلك، عجزت المحكمة عن تحديد موقفها حيال مسألة مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، ولعلّ ذلك يرجع إلى اعتبارات خارجة عن إرادتها فيما يتعلق بتحليلها للمسألة⁽¹¹⁾.

⁷ - انظر الفقرة رقم 97 من الرأي الاستشاري المتعلق بمشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها.

⁸ - تتمثل اتفاقيات جنيف الأربع فيما يلي:

- CONVENTION DE GENEVE POUR L'AMELIORATION DU SORT DES BLESSES ET DES MALADES DANS LES FORCES ARMEES EN CAMPAGNE, ADOPTEE LE 12/8/1949, ENTREE EN VIGUEUR LE 21/10/1950.
- CONVENTION DE GENEVE POUR L'AMELIORATION DU SORT DES BLESSES ET DES MALADES ET DES NAUFRAGES ET DES FORCES ARMEES SUR MER, ADOPTEE LE 12/8/1949, ENTREE EN VIGUEUR LE 21/10/1950.
- CONVENTION DE GENEVE RELATIVE AU TRAITEMENT DES PRISONNIERS DE GUERRE, ADOPTEE LE 12/8/1949, ENTREE EN VIGUEUR LE 21/10/1950.
- CONVENTION DE GENEVE RELATIVE A LA PROTECTION DES PERSONNES CIVILES EN TEMPS DE GUERRE, ADOPTEE LE 12/8/1949, ENTREE EN VIGUEUR LE 21/10/1950.

⁹ - HAYIM DELPHINE, *LE CONCEPT D' DIRIGEABILITE EN DROIT INTERNATIONAL: UNE ANALYSE FONCTIONNELLE*, THESE DE DOCTORAT, INSTITUT DE HAUTES ETUDES INTERNATIONALES ET DU DEVELOPPEMENT, GENEVE, 2012, P. 404.

¹⁰ - ورد في الفقرة 87 من الرأي الاستشاري ما يلي:

« ENFIN, LA COUR VOIT DANS LA CLAUSE DE MARTENS, QUI CONTINUE INDUBITABLEMENT D' EXISTER ET D' ETRE APPLICABLE, LA CONFIRMATION QUE LES PRINCIPES ET REGLES DU DROIT HUMANITAIRE S' APPLIQUENT AUX ARMES NUCLEAIRES ».

1- تنافي قوانين الإنسانية مع استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية

تقتضي قوانين الإنسانية احترام الإنسان بصفته إنساناً دون الاستناد إلى أي اعتبار آخر⁽¹²⁾، وبالتالي، فالهدف من إدراج قوانين الإنسانية في شرط مارتنز هو إلزام المتحاربين، أثناء سير العمليات الحربية، بتغليب النزعة الإنسانية على الضرورة العسكرية في جميع الحالات⁽¹³⁾.

أ- كرامة الإنسان مصدر قوانين الإنسانية

يتطلب فهم المقصود بقوانين الإنسانية الواردة في "شرط مارتنز" إبراز مفهوم الإنسانية، وهو ما ليس بالأمر الهين. وقد تعرضت محكمة العدل الدولية لذلك في حكمها الصادر في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، حيث صرحت بأن الإنسانية تعني « تخفيف المعاناة على الأفراد، حماية حياتهم وحفظ صحتهم، واحترام شخص الإنسان »⁽¹⁴⁾.

ويرى ماكس هوبز أن الإنسانية تعني الاعتراف غير المشروط بقيمة كل إنسان، وخاصة أولئك الذين هم في خطر. وذهب الأستاذ برشيش عبد الحميد إلى القول بأن الإنسانية هي منح الاعتبار لشخص الإنسان من أجل حمايته وذلك بغض النظر إلى الاعتبارات السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الدينية والعسكرية⁽¹⁵⁾.

تختلف مقاربات الإنسانية المقدّمة، وتتحد في جوهرها المتمثل في احترام شخص الإنسان، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة للمشاعر الإنسانية المستمدة منها قوانين الإنسانية الواردة في شرط مارتنز، البعيدة عن الأفكار العقلانية والموضوعية.

فقوانين الإنسانية هي المرجع العالمي التي تهدف إلى وضع حدّ لمعاناة الإنسان من أجل حماية الإنسانية جمعاء من مختلف الأخطار⁽¹⁶⁾.

¹¹ - ناتوري كريم، استخدام الأسلحة النووية في القانون الدولي العام، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009، ص 63.

¹² - VALERIE PARENT, *L'HUMANITE ET LE DROIT INTERNATIONAL*, MEMOIRE DE MAITRISE EN DROIT, UNIVERSITE DE MONTREAL, FACULTE DE DROIT, p.9.

¹³ - SAIHI MAJOUBA, *LE CONTROLE DU CONSEIL DE SECURITE EN MATIERE D'OCCUPATION, IMPLIQUANT SES MEMBRES PERMANANT*, THESE DE DOCTORAT EN DROIT, FACULTE DES ETUDES SUPERIEURES, UNIVERSITE DE MONTREAL, 2009, p. 41.

¹⁴ - C.I.J: AFFAIRES DES ACTIVITES MILITAIRES ET PARAMILITAIRES AU NICARAGUA ET CONTRE CELUI-CI (NICARAGUA C. ETATS-UNIS D'AMERIQUE), FOND, ARRET DU 27/6/1986, *RECUEIL DES ARRETS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES*, 1986, p.14.

¹⁵ - BERCHICHE ABDELHAMID: « LES FORCES ARMEES A L'EPREUVE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE », *R.A.S.J.E.P.*, VOL. 41, N° 2, 2004, p.5.

¹⁶ - BUI ALEXANDRA, *CONTRIBUTION A L'ETUDE DES FACTEURS DE NON-RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE*, THESES DE DOCTORAT EN DROIT, FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES, UNIVERSITE AIX-MARSEILLE, 2016, p.42.

ب- قوانين الإنسانية أساس لحظر استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية

يعتبر استخدام الأسلحة النووية خرقاً لقوانين الإنسانية نظراً لقوتها التدميرية التي تسبب المعاناة للإنسان وللإنسانية⁽¹⁷⁾. فاستعمال هذا السلاح في النزاعات المسلحة، مهما يكن نوعها، يؤدي إلى تحقيق فائدة عسكرية غير ضرورية على حساب الإنسانية.

تحظر قوانين الإنسانية استعمال وسائل وأساليب القتال غير الضرورية لتحقيق المزايا العسكرية⁽¹⁸⁾، ويرى الأستاذ "جان بكتيه" في هذا الشأن أنّ قوانين الإنسانية الواردة في شرط مارتنز تقتضي تفضيل الأسر على الجرح، وتفضيل الجرح على الموت، والإبقاء قدر الإمكان على حياة غير المتحاربين، والعمل على أن تكون الجروح أقل خطورة وألماً قدر المستطاع من أجل التمكن من معالجتها، وأن يكون الأسر متحملاً قدر الإمكان⁽¹⁹⁾.

يعتبر استعمال الأسلحة النووية وسيلة قتال غير ضرورية تنكرها قوانين الإنسانية، نظراً لخطورة النتائج التي تسببها، وقد عبّرت محكمة العدل الدولية على ذلك بالقول بأنّه لا يمكن احتواء القوة التدميرية للأسلحة النووية⁽²⁰⁾.

لقد كان ينبغي أن تحظر المحكمة استعمال الأسلحة النووية في جميع الظروف، ولكنّها اكتفت باعتبار تلك القوانين مجرد أداة نظرية يمكن بموجبها منع استعمال تلك الأسلحة.

وعلى الرغم من ذلك، فإنّه مما لا شك فيه أنّ قوانين الإنسانية تقتضي أن يعامل كل شخص معاملة إنسانية، لا أن يعامل كحيوان أو شيء، وأن تكون المعاملة الإنسانية هي الغاية وليست الوسيلة⁽²¹⁾، وأنّ استعمال السلاح النووي بناء على ذلك يعتبر معاملة غير إنسانية.

2- تنافي متطلبات الضمير العام مع استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية

يقصد بمتطلبات الضمير العام القانون الطبيعي الملزم للكافة، وهو قانون عالمي غير رضائي، تعبّر عنه مختلف اللوائح الصادرة عن المجتمع الدولي⁽²²⁾.

¹⁷ - لمزيد من التفصيل حول الآثار التدميرية للأسلحة النووية انظر: عبد المجيد محمود الصلاحيين، « أسلحة الدمار الشامل وأحكامها في الفقه الإسلامي »، مجلة الشريعة والقانون، عدد رقم 23، 2005، ص 118 وما بعدها.

¹⁸ - RUPERT TICEHURST, *OP. CIT.*, p. 136.

¹⁹ - PICTET JEAN, *DEVELOPPEMENT ET PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE*, INSTITUT HENRY-DUNANT, PEDONE, PARIS, 1983, p. 77.

²⁰ - C.I.C.R.: LE POUVOIR DE L'HUMANITE, 32EME CONFERENCE INTERNATIONALE DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT ROUGE, 08-10 DECEMBRE 2015, DOC. N°. 32IC/15/11, GENEVE, 2015, p. 67.

²¹ - DANLOS JULIEN, *DE L'IDEE DE CRIMES CONTRE L'HUMANITE EN DROIT INTERNATIONAL*, THESE DE DOCTORAT EN PHILOSOPHIE, UNIVERSITE DE CAEN BASSE-NORMANDIE, 2006, p. 119.

²² - RUPERT TICEHURST, *OP. CIT.*, p. 137.

أ- الأخلاق مصدر متطلبات الضمير العام

يرجع منبع متطلبات الضمير العام إلى الأخلاق، التي تكونت وتطورت لدى الإنسانية في مختلف الحضارات التي عرفت البشرية على مرّ العصور. وبالتالي، يمكن القول بأنّ متطلبات الضمير العام هي جزء من الوجود الإنساني التي يُفترض أن يتحلى بها كل فرد. وقد ازدادت هذه المتطلبات اتساعاً مع تقدم الحضارة، ولكن جوهرها لا يزال نفسه، فهو ثابت ولا يتغير⁽²³⁾.

وبناء على ذلك، فإنّ متطلبات الضمير العام تعدّ بمثابة مدونة أخلاقية نابعة من القانون الطبيعي، تساهم في تطوير قانون النزاعات المسلحة.

وذلك هو الأمر الذي يفتح المجال، خاصة بالنسبة إلى الدول غير الحائزة على الأسلحة النووية، لتطوير ذلك القانون ليشتمل مع متطلبات الضمير العام التي لا تقبل استعمال تلك الأسلحة، إذ أنه يجب العمل على أن لا يعكس قانون النزاعات المسلحة آراء الدول الحائزة للأسلحة النووية⁽²⁴⁾.

وتعتبر اللائحة رقم 75/38⁽²⁵⁾ الصادرة عن الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة من أهم الصكوك القانونية التي أعلنت صراحة عن تنافي متطلبات الضمير العام، المشار إليها في شرط مارتنز، مع استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية، إذ أدانت اللائحة، بحزم وبدون قيد أو شرط وإلى الأبد، الحرب النووية لتنافيها مع ضمير الإنسان وحكمته.

كما أنه، بموجب تلك اللائحة، يعدّ استعمال السلاح النووي أشنع جريمة يمكن أن ترتكب ضد الشعوب، وانتهاكاً صارخاً لأهم حق من حقوق الإنسان، ألا وهو الحق في الحياة⁽²⁶⁾.

ونرى في هذه اللائحة تعبيراً صادقاً عن المعنى العميق لمتطلبات الضمير العام الواردة في شرط مارتنز، إذ جازمت صراحة بتنافي تلك المتطلبات مع استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية.

²³- K.OBRADOVIC, « LA PROTECTION DE LA POPULATION CIVILE DANS LES CONFLITS ARMES INTERNATIONAUX », IN, *R.B.D.I.*, N° 1, 1976, P. 123.

²⁴- ناتوري كريم، مشروعية استخدام الأسلحة النووية في ضوء تحولات القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص 260.

²⁵- O.N.U: CONDAMNATION DE LA GUERRE NUCLEAIRE, RESOLUTION N° 38/75 ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE AU COURS DE SA 38ÈME SESSION, 97ÈME SEANCE PLENIÈRE, 15 DÉCEMBRE 1983.

²⁶- تنص الفقرة 1 من اللائحة رقم 75/38 على ما يلي:

« CONDAMNE RESOLUMENT, SANS RESERVE ET A JAMAIS LA GUERRE NUCLEAIRE COMME CONTRAIRE A LA CONSCIENCE ET A LA RAISON HUMAINES, COMME LE CRIME LE PLUS MONSTRUEUX CONTRE LES PEUPLES, COMME UNE ATTEINTE AU DROIT PRIMORDIAL DE L'HOMME, LE DROIT A LA VIE ».

ب- متطلبات الضمير العام أساس لحظر استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية
أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري، المتعلق بمشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، أنّ الضمير العام للإنسانية لا يقبل استخدام هذه الأسلحة، وإنّ حظرها يمكن أن يجد أساسه في متطلبات الضمير العام.
بيد أنه مع ذلك، فإنّ المحكمة لم تكن جريئة بما فيه الكفاية لتحريم تلك الأسلحة، بل اكتفت بتأكيد إمكانية أن تكون متطلبات الضمير العام، بمفهوم شرط مارتنز، الأساس النظري الذي بموجبه يمكن حظر تلك الأسلحة دون الجزم بتحريمها، وذلك راجع إلى وزن السياسة الثقيل في العلاقات الدولية التي لا يمكن فصلها عن القانون الدولي⁽²⁷⁾.

وعلى الأقل، فإنّ هناك إجماعاً عالمياً، ولو ضمناً، على التعارض الموجود بين استخدام الأسلحة النووية وبين متطلبات الضمير العام، وعلى أنه يجب على المجتمع الدولي العمل على ترسيخ وتكريس متطلبات الضمير العام في إطار قانوني ملزم للكافة على نحو لا يدع أي مجال للشك⁽²⁸⁾.
إنّ المراد من شرط مارتنز هو أن لا يقيّد سير العمليات الحربية بمقتضى المعاهدات الدولية والعرف فحسب، بل بمقتضى متطلبات الضمير العام أيضاً.
ويجب العمل على فرض مفهوم موسّع لمتطلبات الضمير العام من أجل التغلب على مواقف الدول الحائزة على الأسلحة النووية، التي أثّرت على محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري، مما جعلها تضيق من مفهومها.

3- تبنّي قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام في مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحظر الأسلحة النووية

نجحت منظمة الأمم المتحدة في الوصول إلى اعتماد مشروع نص اتفاقية دولية بشأن حظر الأسلحة النووية بتاريخ 2017/7/06⁽²⁹⁾، تبنّي قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام.

²⁷- COLETTE-BASECQZ NATHALIE, « LE CHOIX DES MOYENS ET METHODES DE GUERRE: LES LIMITES IMPOSEES PAR LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE », IN, R.Q.S., N° 1, 2015, P. 217.

²⁸- ناتوري كريم، مشروع استخدام الأسلحة النووية في ضوء تحولات القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 261.

²⁹- O.N.U: PROJET DE TRAITE SUR L'INTERDICTION DES ARMES NUCLEAIRES, RESOLUTION N° A/CONF.229/2017/L.3/REV.1, ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLEE GENERALE, LE 06/7/2017.

أ- تأكيد مشروع الاتفاقية تنافي قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام مع السلاح النووي لم يغفل مشروع الاتفاقية تأكيد شرط مارتنز نظرا لأهميته القصوى، إذ ورد فيه صراحة أن استعمال السلاح النووي غير مقبول في نظر قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام⁽³⁰⁾. وما يلاحظ أيضا، هو إبراز مشروع الاتفاقية الدور الأساسي لمتطلبات الضمير العام في تطوير قوانين الإنسانية، المنادية إلى ضرورة القضاء النهائي على الأسلحة النووية⁽³¹⁾. إن تأكيد شرط مارتنز في مشروع الاتفاقية يعد، في نظرنا، بمثابة اعتراف من المجتمع الدولي بوجوب العمل على تمجيد احترام شخص الإنسان، من جهة، ووجوب إنكار كل ما من شأنه أن ينتهك الكرامة الإنسانية.

ب- قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام أساس لحظر الأسلحة النووية بمقتضى مشروع الاتفاقية

نرى أن هذا المشروع من شأنه أن يقنن حظر استعمال الأسلحة النووية نظرا للأهمية البالغة لنصوصه التي تمجد حقوق الإنسان من جهة، ومبادئ القانون الدولي الإنساني الأساسية من جهة أخرى. غير أن تحقيق ذلك يتوقف على مصادقة الدول الحائزة على الأسلحة النووية على الاتفاقية. وتجدر الإشارة إلى أن عدم المصادقة عليها لا ينفي الالتزام الذي يقع على الكافة بموجب شرط مارتنز، الذي وضع قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام فوق أي اعتبار. وعلى عكس محكمة العدل الدولية، تبني مشروع الاتفاقية متطلبات الضمير العام وقوانين الإنسانية الواردة في شرط مارتنز، من جهة، وأعلن عن تنافياها مع الأسلحة النووية، من جهة أخرى، ليحظر على أساس ذلك، جزما وقطعا، استعمال أو التهديد باستعمال هذا السلاح.

³⁰- تنص الفقرة 12 من ديباجة مشروع الاتفاقية على ما يلي:

« REAFFIRMANT QUE TOUT EMPLOI D'ARMES NUCLEAIRES SERAIT EGALEMENT INACCEPTABLE AU REGARD DE PRINCIPES DE L'HUMANITE ET DES EXIGENCES DE LA CONSCIENCE PUBLIQUE »

³¹- تنص الفقرة 24 من ديباجة مشروع الاتفاقية على ما يأتي:

« SOULIGNANT LE ROLE DE LA CONSCIENCE PUBLIQUE DANS L'AVANCEMENT DES PRINCIPES DE L'HUMANITE, COMME EN ATTESTE L'APPEL A L'ELIMINATION COMPLETE DES ARMES NUCLEAIRES... ».

ثانياً- عن تطابق حظر الأسلحة النووية مع مبادئ القانون الدولي الإنساني الأساسية النابعة من شرط مارتنز

أكدت محكمة العدل الدولية، في رأيها الاستشاري المتعلق بمشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها، مبدئين أساسيين نابعين من شرط مارتنز، وقننا بموجب نصوص القانون الدولي الإنساني، وهما مبدأ التمييز ومبدأ تقييد حرية الأطراف في اختيار وسائل القتال⁽³²⁾، اللذين تم تأكيدهما بموجب مشروع اتفاقية منظمة الأمم المتحدة لحظر الأسلحة النووية.

1- مخالفة استعمال الأسلحة النووية مبدأ التمييز

تم إدراج شرط مارتنز في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي⁽³³⁾. وأكدت لجنة القانون الدولي هذا الشرط، وضرورة أن يبقى السكان المدنيون والمحاربون تحت حماية قانون الشعوب في كل الحالات، التي لم يتم تنظيمها بموجب القانون الاتفاقي⁽³⁴⁾.

³²- تنص الفقرة 78 بند 1 من الرأي الاستشاري على ما يلي:

« LES PRINCIPES CARDIAUX CONTENUS DANS LES TEXTES FORMANT LE TISSU DU DROIT HUMANITAIRE SONT LES SUIVANTS. LE PREMIER PRINCIPE EST DESTINE A PROTEGER LA POPULATION CIVILE ET LES BIENS A CARACTERE CIVIL, ET ETABLIT LA DISTINCTION ENTRE COMBATTANTS ET NON-COMBATTANTS; LES ETATS NE DOIVENT JAMAIS PRENDRE POUR CIBLE DES CIVILS, NI EN CONSEQUENCE UTILISER DES ARMES QUI SONT DANS L'INCAPACITE DE DISTINGUER ENTRE CIBLES CIVILES ET CIBLES MILITAIRES. SELON LE SECOND PRINCIPE, IL NE FAUT PAS CAUSER DES MAUX SUPERFLUS AUX COMBATTANTS; IL EST DONC INTERDIT D'UTILISER DES ARMES LEUR CAUSANT DE TELS MAUX OU AGGRAVANT INUTILEMENT LEURS SOUFFRANCES; EN APPLICATION DE CE SECOND PRINCIPE, LES ETATS N'ONT PAS UN CHOIX ILLIMITE QUANT AUX ARMES QU'ILS EMPLOIENT ».

³³- PROTOCOLE ADDITIONNEL AUX CONVENTIONS DE GENEVE DU 12/8/1949 RELATIF A LA PROTECTION DES VICTIMES DES CONFLITS ARMES INTERNATIONAUX (PROTOCOLE 1), ADOPTE LE 08/6/1977 PAR LA CONFERENCE DIPLOMATIQUE SUR LA REAFFIRMATION ET LE DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE APPLICABLE DANS LES CONFLITS ARMES, ENTRE EN VIGUEUR LE 07/12/1977.

انظر نص المادة 1 فقرة 2 من البروتوكول؛ انظر أيضا:

GAROMPOLO DEVIDAL MELINDA, *DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET ACTION HUMANITAIRE: DEUX « ACTEURS » DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT*, THESE DE DOCTORAT EN DROIT, FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES UNIVERSITE DE BOURGOGNE, 2014, p. 41.

³⁴- C.D.I: RAPPORT SUR LES TRAVAUX DE SA 46EME SESSION, 02 MAI-22 JUILLET 1994, DOC. N°. A/49/10, O.N.U, NEW YORCK, 1994, p.343.

وأشارت محكمة العدل الدولية إلى شمول شرط مارتنز المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني، ومن بينها مبدأ التمييز، الذي اعتبرته المحكمة وسيلة فعالة لمواجهة التطورات التقنية والعسكرية التي تنسم بها الأسلحة⁽³⁵⁾.

وتم تقنين مبدأ التمييز في مختلف النصوص القانونية، ومن بينها لائحة لاهاي المرفقة بالاتفاقية الرابعة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة 1907⁽³⁶⁾، التي تقضي بحماية غير المقاتلين ممن ألقوا أسلحتهم أو أصبحوا عاجزين عن القتال، من جانب، وبحظر الهجوم على الأهداف المدنية، من جانب آخر⁽³⁷⁾.
وقد تم تقنين مبدأ التمييز بصيغته الحديثة بموجب نص المادة 48 من البروتوكول الإضافي الأول، المذكور أعلاه، وبموجب نص المادة 13 من البروتوكول الإضافي الثاني⁽³⁸⁾.
ويقضي مبدأ التمييز، بأن يلتزم أطراف النزاع المسلح بعدم توجيه عملياتهم الحربية ضد الأهداف المدنية، من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية⁽³⁹⁾.
بناء على ذلك، يعتبر استعمال السلاح النووي انتهاكاً لمبدأ التمييز، وذلك استناداً إلى ما يأتي:

أ- السلاح النووي سلاح غير تمييزي

تعتبر الأسلحة النووية أسلحة ذات طبيعة خاصة، نظراً لأن آثارها لا يمكن أن تصيب الأهداف العسكرية فحسب، بل تصيب الأهداف المدنية أيضاً، ولو كانت الغاية منها، في حال استعمالها، ضرب الأهداف العسكرية فقط⁽⁴⁰⁾.

إنّ استعمال السلاح النووي يؤدي إلى الإضرار بالمدنيين والمقاتلين، وهو ما يتنافى تماماً مع روح مبدأ التمييز. وقد أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري، المتعلق بمشروعية التهديد بالسلاح النووي أو استخدامه، هذا الأمر⁽⁴¹⁾.

35- راجع الفقرة 78 بند 2 من الرأي الاستشاري المتعلق بمشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها.

36- REGLEMENT CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE, LA HAYE, 18 OCTOBRE 1907, IN: REGLES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET AUTRES REGLES CONNEXES REGISSANT LA CONDUITE DES HOSTILITES, C.I.C.R., DOC. N° 2-88145-023-7, GENÈVE, 2006, P.17.

37- انظر نص المادة 23 فقرة 1 من اللائحة؛ العقون ساعد، مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين وتحديات النزعات المسلحة المعاصرة، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر - باتنة، كلية الحقوق، 2009، ص 18.

38-PROTOCOLE ADDITIONNEL AUX CONVENTIONS DE GENEVE DU 12/8/1949 RELATIF A LA PROTECTION DES VICTIMES DES CONFLITS ARMES NON INTERNATIONAUX (PROTOCOLE 2), ADOPTE LE 08/6/1977 PAR LA CONFERENCE DIPLOMATIQUE SUR LA REAFFIRMATION ET LE DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE APPLICABLE DANS LES CONFLITS ARMES, ENTRE EN VIGUEUR LE 07/12/1977.

39- HAYIM DELPHINE, *OP.CIT*, P.360.

40-VERHAEGEN JAQUES, « L'ACTIVITE MILITAIRE EN PERIODE DE CRISE », IN, *R.B.D.I.*, N° 1, 1985, P.331.

ب- مخالفة مبدأ التمييز تؤدي إلى انتهاك الاعتبارات الأصلية للإنسانية

كان حكم محكمة العدل الدولية الصادر في قضية مضيق كورفو⁽⁴²⁾ أول مظهر من مظاهر تدخلها في مجال القانون الدولي الإنساني، الذي أكدت فيه، لأول مرة، وجود مبادئ عامة معترف بها وملزمة للكافة، سواء في زمن السلم أو في زمن الحرب، كما هو الشأن بالنسبة إلى الاعتبارات الأصلية للإنسانية⁽⁴³⁾، التي يقصد بها مجموعة من المعايير الرامية إلى تحديد حقوق الإنسان الأساسية الواجب حمايتها، كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية. ويمكن أن تؤثر تلك الاعتبارات في تطبيق وتفسير مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني⁽⁴⁴⁾. ويعتبر نص المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف بمثابة ترجمة للاعتبارات الأصلية للإنسانية إلى الواقع. فمحكمة العدل الدولية، في حكمها الصادر في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية في نيكارغوا، صرحت بوجود مجموعة من القواعد، تضمنها نص تلك المادة، واجبة التطبيق زمن النزاعات المسلحة مهما يكن نوعها، وعبرت عن تلك القواعد بمصطلح الاعتبارات الأصلية للإنسانية⁽⁴⁵⁾.

بناء على ذلك، تمثل الاعتبارات الأصلية للإنسانية، بمفهوم نص المادة الثالثة المشتركة، مجموعة القواعد التي يُقدَّر على أساسها الحد الأدنى من المعاملة الإنسانية الواجب على أطراف النزاع المسلح التقيد بها. ويعدّ معاملة غير إنسانية كل فعل يتناقض مع شرط مارتنز⁽⁴⁶⁾.

وقد أكد الاجتهاد القضائي للمحكمة الدولية الجنائية الخاصة برواندا، في حكمها الصادر في قضية أوكايسو، أنّ الالتزام بالمعاملة الإنسانية هو التزام متفرع عن شرط مارتنز⁽⁴⁷⁾.

⁴¹- ورد في الفقرة 79 بند 3 من الرأي الاستشاري ما يلي:

« CONFORMEMENT AUX PRINCIPES SUSMENTIONNES, LE DROIT HUMANITAIRE A TRES TOT BANNI CERTAINES ARMES, SOIT PARCE QU'ELLES FRAPPAIENT DE FAÇON INDISCRIMINEE LES COMBATTANTS ET LES POPULATIONS CIVILES... »

⁴²- C.I.J. : AFFAIRE DU DETROIT DE CORFOU (ROYAUME-UNI DE GRANDE BRETAGNE-ALBANIE), FOND, ARRET DU 09/4/1949, RECUEIL 1949.

⁴³- ورد في الحكم الصادر في قضية مضيق كورفو ما يلي:

« ... L'EXISTENCE DE CERTAINS PRINCIPES GENERAUX ET BIEN RECONNUS, TELS QUE LES CONSIDERATIONS ELEMENTAIRES D'HUMANITE, PLUS ABSOLUES ENCORE EN TEMPS DE PAIX QU'EN TEMPS DE GUERRE ».

⁴⁴- OUMBA PARFAIT, ESSAI SUR LA CONTRIBUTION DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (C.I.J.) EN MATIERE DES DROITS DE L'HOMME, PRESSES DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE D'AFRIQUE CENTRALE, YAOUNDE-CAMEROUN, 2016, p. 67.

⁴⁵- OUMBA PARFAIT, OP.CIT, p. 68.

راجع الفقرة 218 من الحكم.

⁴⁶- ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, « L'HUMANITE COMME SUJET DU DROIT INTERNATIONAL: NOUVELLES REFLEXIONS », IN, REVUE DE LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE FEDERALE DU MINAS GERAIS, BELO HORIZONTE, BRESIL, N° 61, 2012, p. 66.

⁴⁷- T.P.I.R.: LE PROCUREUR C/J.P AKAYESU, AFF. N° ICTR-96-4-T, JUGEMENT DU 02/9/1998.

راجع الفقرتين 565 و566 من حكم المحكمة الدولية الجنائية الخاصة برواندا الصادر في قضية أوكايسو.

إن استعمال السلاح النووي يدخل في صميم المعاملة غير الإنسانية التي تتنافى تماما مع الاعتبارات الأصلية للإنسانية، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بمشروعية التهديد بالسلاح النووي أو استخدامه، الذي قررت فيه التزام جميع الدول بمضمون النصوص القانونية التي تبنت مبدأ التمييز بغض النظر عما إذا صادقت على تلك النصوص أم لا⁽⁴⁸⁾.
وتعتبر مخالفة مبدأ التمييز خرقا لشرط مارتنز نظرا للعلاقة الوثيقة التي تربطهما، فشرط مارتنز هو مصدر مبادئ القانون الدولي الإنساني الأساسية، ولا يمكن تصور احترام هذا الشرط دون احترام المبادئ النابعة منه⁽⁴⁹⁾.

2- مخالفة استعمال الأسلحة النووية مبدأ تقييد حرية المتحاربين في اختيار وسائل القتال

فُتِن مبدأ تقييد حرية أطراف النزاع المسلح في اختيار وسائل القتال لأول مرة في إعلان سان بيترسبورغ⁽⁵⁰⁾، ثم بموجب لائحة لاهاي المرفقة بالاتفاقية الرابعة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لسنة 1907⁽⁵¹⁾، وأخيرا بموجب نص المادة 1/35 من البروتوكول الإضافي الأول⁽⁵²⁾. ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني، إذ وضع لغايات إنسانية مستمدة من شرط مارتنز. ويمثل استخدام السلاح النووي مخالفة للمبدأ يترتب عليها خرق شرط مارتنز، وذلك نظرا لتعارضه مع القاعدتين الآتيتين:

⁴⁸ - PARFAIT OUMBA, « LA PRISE EN COMPTE DE LA REGLE DE DROIT HUMANITAIRE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE », IN, R.A, N° 2, 2008, P. 70.

انظر الفقرة 79 من الرأي الاستشاري.

⁴⁹-BIAD ABDELWAHAB, *LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE ET LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE*, BRUYLANT, BRUXELLES, 2011, P. 33.

⁵⁰- DECLARATION A L'EFFET D'INTERDIRE L'USAGE DE CERTAINS PROJECTILES EN TEMPS DE GUERRE, SAINT PETERSBURG, 11/12/1868.

راجع الفقرتين 7 و 8 من الإعلان.

⁵¹- تنص المادة 22 من لائحة لاهاي على ما يأتي:

« LES BELLIGERANTS N'ONT PAS UN DROIT ILLIMITE QUANT AU CHOIX DES MOYENS DE NUIRE A L'ENNEMI ».

⁵²- راجع الفقرات 75، 76 و 77 من الرأي الاستشاري.

أ- استخدام السلاح النووي يخالف قاعدة الالتزام بعدم تسبب معاناة لا موجب لها

تعبّر هذه القاعدة عن إنكار الإنسانية المعاناة التي تسببها النزاعات المسلحة للأفراد. ولذلك أكدت محكمة العدل الدولية أنها قاعدة أساسية مستمدة من شرط مارتنز⁽⁵³⁾. وبالتالي فإنه يمنع على المتحاربين استخدام أسلحة تسبب معاناة لا موجب لها⁽⁵⁴⁾. وأكدت محكمة العدل الدولية أنّ استعمال أي سلاح يتنافى مع هذه القاعدة، يعتبر خرقاً لمبادئ القانون الدولي الإنساني الأساسية⁽⁵⁵⁾. ونرى أنّ هذه القاعدة تنطبق على السلاح النووي، نظراً لقوته التدميرية التي تسبب معاناة لا موجب لها، سواء للمقاتلين أو غير المقاتلين.

ب- استخدام السلاح النووي مخالفةً لقاعدة تغليب مقتضيات الإنسانية على الضرورة العسكرية

ذُكرت محكمة العدل الدولية بأهمية هذه القاعدة المستمدة من شرط مارتنز والمقننة في إطار مبدأ تقييد حرية المتحاربين في اختيار وسائل القتال⁽⁵⁶⁾. وتقضي هذه القاعدة بأن تكون الأولوية لمقتضيات الإنسانية مهما تكن الميزة العسكرية التي قد يحققها استعمال السلاح النووي. وتتحقق مخالفة هذه القاعدة في حالة ما إذا كانت المعاناة التي يتسبب فيها سلاح معين أكبر بكثير من الميزة العسكرية المحققة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة. غير أنّ مسألة الموازنة بين مقتضيات الإنسانية والضرورة العسكرية أمر يخضع لإرادة الدول التي قد تستعمل السلاح النووي. ومن أجل تقييد إرادة الدول فيما يخص مسألة الموازنة بين مقتضيات الإنسانية والضرورة العسكرية، يجب وضع معيار يحدّد كلا من مقتضيات الإنسانية والضرورة العسكرية. وهو ما نادى به "شاهابودان" القاضي بمحكمة العدل الدولية، الذي وضع معيار متطلبات الضمير العام الوارد في شرط مارتنز، ومفاده أنّ متطلبات الضمير العام تتنافى مع استعمال السلاح النووي مهما تكن الميزة العسكرية التي يحققها، لأنه سلاح يسبب معاناة لا موجب لها ينكرها الضمير العام⁽⁵⁷⁾.

⁵³- راجع الفقرة 78 بند 1 من الرأي الاستشاري.

⁵⁴- ورد في الفقرة 79 بند 3 من الرأي الاستشاري ما يلي:

« CONFORMEMENT AUX PRINCIPES SUSMENTIONNES, LE DROIT HUMANITAIRE A TRES TOT BANNI CERTAINES ARMES, SOIT PARCE QU'ELLES...SOIT PARCE QU'ELLES CAUSAIENT AUX COMBATTANTS DES SOUFFRANCES INUTILES... »; HENCKAERTS JEAN-MARIE, DOSWALD-BECK LOUISE, DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE COUTUMIER, VOL. 1, REGLES, BRUYLANT, BRUXELLES, 2006, P. 315.

⁵⁵- BIAD ABDELWAHAB, *OP. CIT*, P. 69.

⁵⁶- BUGNION FRANÇOIS, « LE COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE ET LES ARMES NUCLEAIRES: D'HIROSHIMA A L'AUBE DU XXI^E SIECLE », IN, *R.I.C.R*, SELECTION FRANÇAISE, VOL. 87, P. 213.

⁵⁷- BIAD ABDELWAHAB, *OP. CIT*, P. 70.

وبناء على ما سبق ذكره، تبرز العلاقة الوطيدة بين قاعدة عدم استعمال أسلحة تسبب معاناة لا موجب لها وبين قاعدة تغليب مقتضيات الإنسانية على الضرورة العسكرية، إذ لا يمكن تصور احترام القاعدة الثانية دون احترام القاعدة الأولى⁽⁵⁸⁾.

3- تأكيد مبدأ التمييز ومبدأ تقييد حرية المتحاربين في اختيار وسائل القتال في مشروع اتفاقية حظر الأسلحة النووية

يعتبر مشروع نص هذه الاتفاقية بمثابة ترجمة لقلق المجتمع الدولي من النتائج الكارثية على الإنسانية، التي قد تترتب عن استعمال السلاح النووي، وهو ما أدى بالجمعية العامة إلى بذل كل الجهود الممكنة من أجل التوصل إلى عقد اتفاقية دولية بهذا الشأن⁽⁵⁹⁾.

وقد أسس مشروع الاتفاقية ذلك الحظر على تنافي استعمال السلاح النووي مع مبادئ القانون الدولي الإنساني النابعة من شرط مارتنز، وذلك نظرا لما يلي⁽⁶⁰⁾:

أ- استعمال الأسلحة النووية خرق لمبدأ التمييز بمقتضى نص مشروع الاتفاقية

تضمن نص المشروع حظرا شاملا وقاطعا يمنع استعمال الأسلحة النووية تحت أي ظرف يكن لتجنب تكرار كارثتي هيروشيما وناكازاكي⁽⁶¹⁾.

ونظرا لذلك، أدرج المشروع مبدأ التمييز لكونه من المبادئ الأساسية، ولأنه من المستحيل أن يراعي السلاح النووي، في حالة استعماله، كل القواعد المنبثقة عنه كقاعدة حظر الهجمات العشوائية.

⁵⁸-HENCKAERTS JEAN-MARIE, DOSWALD-BECK LOUISE, *OP.CIT*, P. 322 ; BIAD ABDELWAHAB, *OP.CIT*, P. 69.

⁵⁹- تنص الفقرة 3 من ديباجة مشروع الاتفاقية على الآتي:

« PROFONDEMENT PREOCCUPES PAR LES CONSEQUENCES CATASTROPHIQUES SUR LE PLAN HUMANITAIRE QU'AURAIT TOUT RECOURS AUX ARMES NUCLEAIRES... ».

⁶⁰- تنص الفقرة 11 من ديباجة مشروع الاتفاقية على ما يلي:

« CONSIDERANT QUE TOUT EMPLOI D'ARMES NUCLEAIRES SERAIT CONTRAIRE AUX REGLES DU DROIT INTERNATIONAL APPLICABLE DANS LES CONFLITS ARMES, TOUT PARTICULIEREMENT AUX PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ».

⁶¹- تنص المادة 1 فقرة 4 من مشروع الاتفاقية على ما يأتي:

« CHAQUE ETAT PARTIE S'ENGAGE A NE JAMAIS, EN AUCUNE CIRCONSTANCE:...EMPLOYER NI MENACER D'EMPLOYER DES ARMES NUCLEAIRES... »

ب- استعمال الأسلحة النووية خرق لمبدأ تقييد حرية الأطراف في اختيار وسائل القتال بمقتضى نص مشروع الاتفاقية

وُجد هذا المبدأ أساساً من أجل وضع حدٍّ لإرادة المتحاربين في اختيار الأسلحة الموجهة للاستعمال في العمليات الحربية، وأكدّه مشروع الاتفاقية الذي يقضي بأن استعمال السلاح النووي إنكار للمبدأ المذكور وخرق لقاعدة الالتزام بعدم استعمال أسلحة تسبب معاناة لا موجب لها المتفرعة منه⁽⁶²⁾.

تبنى مشروع الاتفاقية المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني مؤكداً تعارضها مع الأسلحة النووية، من جهة، وحظر تلك الأسلحة صراحة بناءً على ذلك، من جهة أخرى.

في حين أنّ محكمة العدل الدولية اعتبرت شرط مارتنز بمثابة تأكيد قابلية تطبيق القانون الدولي الإنساني على الأسلحة النووية، وبالأخص مبادئه الأساسية، ولاسيما منها مبدأ التمييز ومبدأ تقييد حرية الأطراف في اختيار وسائل القتال، ولكنها توصلت إلى نتيجة لم تكن منتظرة بحجة عدم وجود نص يحظر تلك الأسلحة⁽⁶³⁾.

خاتمة

يواجه القانون الدولي الإنساني تحديات كبرى في الوقت الراهن، لعل أهمها هو حماية الإنسانية من المخاطر التي تصيب المدنيين والمقاتلين في مختلف أنحاء العالم التي تعيش حالات الحرب. ويستحيل تحديد كل الحالات التي من شأنها أن تشكل خطراً على الإنسان أثناء سير العمليات الحربية، مما يجعل تقنين كل قواعد القانون الدولي الإنساني أمراً مستحيلاً.

وتقدياً لمنع المتحاربين من محاولة التصل من الالتزامات الملقاة على كل طرف بموجب القانون الدولي الإنساني، فإنّه كان لزاماً على الاتجاهات المنادية إلى أسنة الحرب أن تضع آلية قانونية فعالة، ثابتة ولا تخضع لعوامل الزمان والمكان.

تظهر عبقرية شرط مارتنز في هذا المقام، فالنزاعات المسلحة باختلاف أماكن نشوبها، من جهة، وباختلاف أزمنة اندلاعها ونهايتها، من جهة أخرى، هي التي تخضع لشرط مارتنز.

⁶² - تنص الفقرة 10 من ديباجة مشروع الاتفاقية على ما يلي:

« SE FONDANT SUR LES PRINCIPES ET LES REGLES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, EN PARTICULIER LE PRINCIPE SELON LEQUEL LE DROIT DES PARTIES A UN CONFLIT ARME DE CHOISIR DES METHODES OU MOYENS DE GUERRE N'EST PAS ILLIMITE, LE PRINCIPE DE DISTINCTION, L'INTERDICTION DES ATTAQUES MENEES SANS DISCRIMINATION, LES REGLES RELATIVES A LA PROPORTIONALITE ET PRECAUTION DANS L'ATTAQUE, L'INTERDICTION DE L'EMPLOI D'ARMES DE NATURE A CAUSER DES MAUX SUPERFLUS OU DES SOUFFRANCES INUTILES ET LES REGLES RELATIVES A LA PROTECTION DU MILIEU NATUREL ».

⁶³ - DEYRA MICHEL, *LE DROIT DANS LA GUERRE*, LEXTENSO EDITION, PARIS 2009, p. 86.

لم يكن المجتمع الدولي يعرف السلاح النووي حين وُضع شرط مارتنز في سنة 1899، ولكن مع ذلك، فإنّ هذا الشرط يقف بالمرصاد لمواجهة أيّ طرف يكُن يحاول استعمال هذا السلاح حتى في حالة عدم وجود نص قانوني خاص بحظره.

ويعتبر تأكيد محكمة العدل الدولية أمر قابلية تطبيق شرط مارتنز على الأسلحة النووية دليلاً قوياً وجدياً على عدم مشروعية استعمال السلاح النووي. وما النتيجة التي وصلت إليها المحكمة إلا انعكاساً لرأي المجموعة المحدودة للدول المتفوقة عسكرياً، وهي نتيجة لا تتماشى أبداً مع ما تقتضيه قوانين الإنسانية ومتطلبات الضمير العام.

إنّ مبادئ القانون الدولي الإنساني الأساسية، المستمدة من شرط مارتنز والمقتننة بموجب كل من قانون لاهاي وقانون جنيف، التي أصبحت من صميم القانون العرفي كما أكدته المحكمة، تتناقض مع الأسلحة النووية في أي ظرف يكن.

نرى أنّ استخدام السلاح النووي أو التهديد باستخدامه فعل محظور، ويجد الحظر أساسه القانوني في شرط مارتنز الذي يتجاوز القانون العرفي والقانون المكتوب.

صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية كآلية للتضامن المالي محليا: وجه للتمويل المركزي

قادري نسيمة⁽¹⁾
جامعة بجاية

الملخص:

تفتقد الجماعات الإقليمية لتنوع الموارد المالية المحلية الذاتية المرخص لها تحصيلها، مما يعكس عدم كفايتها لتغطية حاجاتها وممارسة دورها التنموي، لذا تركز إجمالاً في إعداد ميزانياتها وتغطية نفقاتها، على الإعانات المباشرة والتخصيصات المقدمة لها من قبل الدولة. أقر المشرع آلية أخرى لتغطية عجزها، تتمثل في التضامن المالي بين البلديات والولايات، وذلك بإنشاء صناديق الضمان والتضامن، طبقاً لما نص عليه القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية، ورقم 07-12 المتعلق بالولاية في نص المادة 211 و176 على التوالي. يتولى صندوق منشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 14-116، تسيير صناديق التضامن والضمان للجماعات المحلية، والذي بعد الإطلاع على الأحكام المتعلقة بالأهداف المرجوة منه، يتبين أنه يتضمن أحكاماً من شأنها إحداث توازن في تنفيذ الميزانية المحلية، غير أنّ تنظيمه الإداري والمالي وكذا آليات تنفيذه لمهامه تجعله لا يوحى بأنه آلية للتضامن بين البلديات والولايات، بل لا يعدو أن يكون آلية أخرى للتمويل المركزي بأسلوب غير مباشر.

الكلمات المفتاحية:

الجماعات الإقليمية، صناديق الضمان، صناديق التضامن، المالية المحلية.

تاريخ إرسال المقال: 2018/05/22، تاريخ قبول المقال: 2018/06/10، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: قادري نسيمة، "صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية كآلية للتضامن المالي محليا: وجه للتمويل المركزي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 548-566.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذة محاضرة قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضوة بمخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

المؤلف المراسل: kadri.nassi-univ@hotmail.fr

The Local Communities Solidarity and Guarantee Fund as a Mechanism for Local Financial Solidarity: an Image of Central Funding

Abstract:

Local communities lack the diversity of their own local financial resources, reflecting their inability to meet their needs and development role, so that their budgets and expenditures are based on direct grants and allowances by the state. The legislator also approved another mechanism to cover its deficit, namely the financial solidarity between the municipalities and the states, through the creation of solidarity and guarantee funds in accordance with the law n^o 10-11 relative to the municipality and 12-07 relating to the state in the text of Articles 211 and 176 respectively.

A fund established under Executive Decree n^o 14-116 administers solidarity and guarantee funds for local authorities, after having examined the provisions relating to its objectives, which indicate that it contains provisions for balancing implementation the local budget. Suggests that it is a solidarity mechanism between municipalities and states, but is simply another central funding mechanism indirectly.

Keywords:

Local communities, the solidarity fund, the guarantee fund, local finance.

Le fonds de solidarité et de garantie des collectivités territoriales en tant que mécanisme local de solidarité financière : une image du financement central

Résumé :

Les collectivités territoriales manquent de diversité dans leurs ressources financières locales, ce qui mène à l'incapacité de répondre à leurs besoins et à exercer leur mission de développement, de sorte que leurs budgets et leurs dépenses sont constitués de subventions directes allouées par l'Etat.

Le législateur leur a reconnu un autre mécanisme de subvention, celui de la solidarité intercommunal et entre wilaya concrétisé par l'institution d'un fond de garantie et de solidarité crée par la loi n^o 11-10 relative à la commune et la loi n^o 12-07 relative à la wilaya.

Un fond institué en vertu du décret exécutif n^o 14-116 administre et gère les fonds de garantie et de solidarité des collectivités locales, mais ce fond n'est plus qu'au autre mode de financement central.

Mots clés :

Collectivités locales, le fonds de solidarité, le fonds de garantie, finance locale.

مقدمة

يحظى موضوع تمويل الجماعات الإقليمية في الجزائر باهتمام كبير من قبل المنتخبين، المواطنين وكذا الباحثين في المجالات ذات الصلة، نظرا لتأثيره المباشر في ممارسة البلدية والولاية لاختصاصاتهما المتشعبة والكثيرة، التي كلفهما بها المشرع بموجب مختلف النصوص القانونية.

نص المشرع على تمكين الجماعات الإقليمية من موارد مالية قصد تغطية احتياجاتها، ضمن القسم الرابع والخامس من القانون رقم 10-11¹، ورقم 07-12² على التوالي، حيث يمكن تقسيمها إلى موارد ذاتية وأخرى خارجية³.

يكون صرف الموارد المحلية وفق ميزانية⁴ يتم إعدادها⁵، ضبطها⁶ وصرفها⁷ من قبل المرخص لهم قانونا، فيما أكد المشرع أنّ البلدية والولاية تتحملان مسؤولية تسيير مواردهما وتعبئتها⁸.

¹ - قانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 جويلية 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.د.ش عدد 37 صادر في 23 جويلية 2011.

² - قانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.د.ش عدد 12 صادر في 29 فيفري 2012.

³ - عدد المشرع إيرادات البلدية والولاية في نص المواد 170 من القانون رقم 10-11، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق، و151 من القانون رقم 07-12، يتعلق بالولاية، مرجع سابق، وتتمثل خصوصا في: - حصيلة الجباية، - مداخيل ممتلكات وأملاك البلدية أو الولاية، - الإعانات والمخصصات، - ناتج الهبات والوصايا، - القروض، - ناتج أو جزء من ناتج حق الإمتياز للفضاءات العمومية، الناتج المحصل مقابل مختلف الخدمات.

⁴ - عرف المشرع ميزانية البلدية في نص المادة 176 من القانون رقم 10-11، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق، كما يلي: "ميزانية البلدية هي جدول تقديرات الإيرادات والنفقات السنوية للبلدية. وهي عقد يسمح بسير المصالح البلدية وتنفيذ برامجها للتجهيز والاستثمار..."، بينما عرف ميزانية الولاية في نص المادة 157 من القانون رقم 07-12، يتعلق بالولاية، مرجع سابق، كما يلي: "ميزانية الولاية هي جدول تقديرات الإيرادات والنفقات السنوية الخاصة بالولاية. وكما هي عقد ترخيص وإدارة يسمح بسير مصالح الولاية وتنفيذ برنامجها للتجهيز والاستثمار".

⁵ - يتم إعداد ميزانية البلدية من قبل الأمين العام للبلدية، بينما يقوم الوالي بإعداد ميزانية الولاية، للتفصيل حول مبادئ وقواعد تحضيرها، راجع المواد 177 و180 من القانون رقم 10-11، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق، و158 و160 من القانون رقم 07-12 يتعلق بالولاية، مرجع سابق، وللتفصيل راجع: - قادري نسيم، الرقابة على الجماعات الإقليمية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، هامش 327، ص 107.

⁶ - للإطلاع على مراحل ضبط ميزانية البلدية والولاية راجع المواد 181 و182 من القانون رقم 10-11، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق، والمواد 160 إلى 162 من القانون رقم 07-12، يتعلق بالولاية، مرجع سابق.

⁷ - للتعرف على مراحل صرف الميزانية المحلية راجع المواد من 15 إلى 18 من القانون رقم 90-21 مؤرخ في 15 أوت 1991، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر.ج.د.ش عدد 35 صادر في 15 أوت 1990. وللتفصيل راجع: - قادري نسيم، مرجع سابق، هامش 342، ص 111. - متلو طيب، "مبدأ الشفافية في التسيير"، الفكر البرلماني، عدد 07، 2004، ص 91 و92.

تعاني الجماعات الإقليمية من عدم تنوع الموارد المالية المحلية الذاتية المرخص لها تحصيلها نظرياً، مما يعكس عدم كفايتها واقعياً، كون أن غالبية البلديات والولايات تعاني نقصاً فادحاً في تغطية احتياجاتها من مواردها الذاتية، لذا تركز معظم الأحيان في إعداد ميزانياتها وتغطية نفقاتها، على الإعانات والتخصيصات المقدمة لها من قبل الدولة.

أقر المشرع آلية أخرى للجماعات الإقليمية لتغطية عجزها، غير الإعانات المباشرة من قبل الدولة، تتمثل في التضامن المالي بين البلديات والولايات، طبقاً لما نص عليه القانون رقم 11-10 في نص المادة 211: "تتوفر البلديات قصد تجسيد التضامن المالي ما بين البلديات وضمان المداخل الجبائية، على صندوقين:

- الصندوق البلدي للتضامن.

- صندوق الجماعات المحلية للضمان..."، في حين نصت المادة 176 من قانون الولاية على: "تتوفر الولايات قصد تجسيد التضامن المالي بينهما وضمان المداخل الجبائية، على صندوقين:

- صندوق تضامن الجماعات المحلية،

- صندوق ضمان الجماعات المحلية...".

أحال المشرع أحكام تطبيق نص المادتين إلى تنظيم يبين كيفية تنظيمها وتسييرها، هذا الأخير صدر في شكل المرسوم التنفيذي رقم 14-116⁹، يتضمن إنشاء صندوق يسيّر صناديق التضامن والضمان للجماعات المحلية، الذي ألغى أحكام المرسوم رقم 86-266 الخاص بصندوق الجماعات المحلية المشترك¹⁰، وبعد الإطلاع على بنوده تبين أنه يتضمن أحكاماً من شأنها إحداث توازن في تنفيذ الميزانية المحلية، غير أن تنظيمه الإداري والمالي وكذا آليات تنفيذه لمهامه دفع بنا للتشكيك حول فعالية وحقيقة كونه آلية لتجسيد التضامن بين البلديات والولايات، ولما كان الرد بالنفي هو المفترض، فما هي المظاهر التي توحى بكونه آلية أخرى للتمويل المركزي بأسلوب غير مباشر؟

⁸ - هذا ما تؤكدته المادة 169 من القانون رقم 11-10، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق، والمادة 152 من القانون رقم 12-07، يتعلق بالولاية، مرجع سابق.

⁹ - مرسوم تنفيذي رقم 14-116 مؤرخ في 24 مارس 2014، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية ويحدد مهامه وتنظيمه وسيره، ج.ر.ج.د.ش عدد 19 صادر في 02 أبريل 2014.

¹⁰ - مرسوم رقم 86-266 مؤرخ في 04 نوفمبر 1986، يتضمن صندوق الجماعات المحلية المشترك وعمله، ج.ر.ج.د.ش عدد 45 صادر في 05 نوفمبر 1986 (ملغى). هذا الأخير بدوره ألغى أحكام المرسوم رقم 73-134 مؤرخ في 09 أوت 1973، يتضمن تطبيق المادة 27 من قانون المالية لسنة 1973، وإحداث مصلحة صناديق الجماعات المحلية المشتركة، ج.ر.ج.د.ش عدد 67 صادر في 21 أوت 1973.

تبيّن من خلال الإطلاع على أحكام المرسوم التنفيذي رقم 14-16 أنه لا يعكس روح المواد 211 و 176 من قانون البلدية والولاية، بكونها آلية للتضامن بين الجماعات المحلية، بل هو أقرب إلى صورة أخرى من صور التمويل المركزي، وذلك يتجلى من خلال تبعيته الإدارية والمالية للسلطة المركزية (محور أول) و آليات تكليفه بتسيير المالية المحلية وتعبئتها (محور ثان).

المحور الأول:تبعية صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية للسلطة المركزية

يكن دور صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في تسيير الصناديق التي نصت عليها المادة 211 من قانون البلدية والمادة 176 من قانون الولاية ، والملاحظة المبدئية التي تثير الإنتباه هو عدم توحيد تسمية الصناديق بين نص المادة 211 والمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116 ، حيث استعمل المشرع في المادة 211 مصطلح الصندوق البلدي للتضامن ، بينما استعمل مصطلح صندوق تضامن الجماعات المحلية في نص المادة 176 من قانون الولاية و 04 من المرسوم أعلاه.

تجدر الإشارة كذلك إلى أنّ الفقرات الأخيرة من نص المادتين 211 و 176 أعلاه قد نصتا على أنّ تحديد شروط تنظيم هذه الصناديق وتسييرها يكون عن طريق التنظيم، غير أنّ ما يستتبط من خلال الإطلاع على أحكام المرسوم التنفيذي رقم 14-116 أنه قد نظم أحكام الصندوق المسير للصناديق المكرسة في نص المادتين 211 و 176، وليس تنظيم تلك الصناديق بحدّ ذاتها، لأنّ هذه الأخيرة قد تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 09-09 المتضمن قانون المالية لسنة 2009¹¹، والقانون رقم 15-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 المعدل والمتم للقانون رقم 88-33 المتضمن قانون المالية لسنة 1989¹²، التي يتبيّن من خلالها أنّ صناديق الضمان والتضامن للجماعات المحلية هي عبارة عن حسابات مالية، وليست هيئات.

تضمن المرسوم التنفيذي رقم 14-116 أحكاما توضح تركيبته الإدارية ومصادر تمويله لتمكينه من ممارسة مهامه، يتبيّن من خلال استقراءها أنه هيئة بعيدة كل البعد عن تكريس صفة التضامن بين البلديات، لكونه يحمل مظاهر التبعية الإدارية (أولا) والمالية (ثانيا) للسلطة المركزية.

¹¹ - تنص المادة 62 من القانون رقم 09-09 مؤرخ في 30 ديسمبر 2009، يتضمن قانون المالية لسنة 2010، ج.ر.ج.د.ش عدد 78 صادر في 31 ديسمبر 2009، على: " يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقمه 130-302 وعنوانه "صندوق الضمان للجماعات المحلية"...".

¹² - تنص المادة 11 من الأمر رقم 15-01 مؤرخ في 23 جويلية 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج.ر.ج.د.ش عدد 40 صادر في 23 جويلية 2015 ، على: " يدمج الحسابان الخاصان...رقم 020-302 الذي عنوانه "صندوق التضامن للجماعات المحلية"...".

أولاً: التبعية الإدارية لصندوق التضامن والضمان للسلطة المركزية

كَيْفَ المشرع صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116 بأنه مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي¹³. وقصد قيام هذه المؤسسة بمهامها، أي تسيير صناديق الضمان والتضامن، خصّها المرسوم التنفيذي أعلاه بتنظيم إداري في الفصل الثالث منه، يتبين من خلال الإطلاع على أحكامه بأنه يغلب على تركيبته التسيير المركزي (أ) ناهيك عن خضوعه لوصاية وزير الداخلية (ب).

أ/ مركزية البناء الهيكلي لصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية:

طبقاً لنص المادة 23 و 35 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتألف صندوق التضامن والضمان، المتواجد مقره في العاصمة¹⁴، من مجلس توجيه، لجنة تقنية، مدير عام، إلى جانب هياكل إدارية¹⁵.

1- مجلس التوجيه: تشكيلة متنوعة بإدارة مركزية:

تتجلى التبعية الإدارية لصندوق التضامن والضمان للسلطة المركزية من خلال هيمنة هذه الأخيرة على أحد أجهزة الصندوق، المتمثل في مجلس التوجيه، وذلك من خلال الملاحظات التالية:

- **رئاسة وزير الداخلية لمجلس التوجيه:** رغم تنوع تشكيلة مجلس التوجيه واحتوائها على عدد معتبر من المنتخبين المحليين، إلا أنّ المسؤول عن إدارته هو وزير الداخلية، في حين يتولى أمانته المدير العام للصندوق، طبقاً لما تنص عليه الفقرة 01 و 02 من المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116 كما يلي: "يضم مجلس التوجيه الذي يرأسه الوزير المكلف بالداخلية أو ممثله:

- سبعة (7) رؤساء مجالس شعبية بلدية ينتخبهم زملاؤهم مدة عضويتهم،
- ثلاثة (3) رؤساء مجالس شعبية ولائية ينتخبهم زملاؤهم مدة عضويتهم،
- واليين (02)،
- أربعة (4) ممثلين عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية،

¹³ - راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان...، مرجع سابق. نلاحظ أنّ المشرع قد حافظ على نفس التكييف القانوني لهذا الصندوق، إسوة بصندوق الجماعات المحلية المشترك وعمله، حسب ما يظهر من خلال نص الفقرة 02 من المادة 01 من المرسوم رقم 86-266 يتضمن تنظيم صندوق الجماعات المحلية المشترك وعمله، مرجع سابق.

¹⁴ - راجع الفقرة 02 من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان...، مرجع سابق.

¹⁵ - راجع المادة 23 و 35 من المرجع نفسه.

- ثلاث (3) ممثلين عن وزارة المالية،

- ممثلا (1) عن الوزارة المكلفة بالتهيئة العمرانية.

يشارك المدير العام للصندوق في اجتماعات مجلس التوجيه بصوت استشاري ويتولى أمانة مجلس التوجيه،...".

• **نظام اتخاذ القرارات يرحح كفة السلطة المركزية:** يتخذ مجلس التوجيه قراراته في دورة عادية مرتين في السنة، بشأن المهام المكلف بها¹⁶ بموجب مداولة¹⁷، بالأغلبية البسيطة لأصوات الأعضاء الحاضرين، وفي حالة التساوي يكون صوت الرئيس مرجحاً¹⁸، وبعد الإطلاع على تشكيلة مجلس التوجيه، يظهر للعلن أنه بالرغم من تنوعها إلا أنه بعد عملية جمع بسيطة لعدد الأعضاء الممثلين للمنتخبين المحليين البالغ عددهم 10 (سبعة (07) وثلاثة (03) رؤساء مجالس شعبية بلدية وولائية) مقابل 10 أعضاء معينين تابعين وظيفيا للسلطة المركزية، غلبة كفة اتخاذ القرارات في مجلس التوجيه للسلطة المركزية، لأنه في حالة تساوي الأصوات يرحح صوت الرئيس المتمثل في صوت وزير الداخلية، الذي سيرجح في الغالب قرار الأعضاء المعينين، مما يثبت تبعيته وتبعية الصندوق ككل لها إداريا.

¹⁶ - وردت مهام مجلس التوجيه في نص المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان...، مرجع سابق، كما يلي: - الموافقة على مشروع النظام الداخلي، - البرامج السنوية والمتعددة السنوات للصندوق، - مشاريع الميزانيات التقديرية، - مشاريع اقتناء الأملاك المنقولة والعقارية والتنازل عنها، - الهبات والوصايا، - تقرير النشاط السنوي والحسابات الإدارية.

¹⁷ - لا تصح مداولات المجلس إلا بعد حضور ثلثي 3/2 من أعضائه على الأقل، للتفصيل راجع المادة 26 والفقرة 01 و02 من المادة 27 من المرجع نفسه.

¹⁸ - وردت الفقرة الأخيرة من المادة 27 من المرجع نفسه، كما يلي: "...تتخذ مداولات مجلس التوجيه بالأغلبية البسيطة لأصوات الحاضرين، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً..".

أ-2- اللجنة التقنية: تشكيلة محلية بمهمة رقابية: تعتبر هذه اللجنة جهازا مستحدثا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 14-116، حيث لم يكن لها وجود في المرسوم رقم 86-266 المتضمن تنظيم صندوق الجماعات المحلية المشترك. تتكون اللجنة التقنية للصندوق من خمسة (5) ممثلين عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية والولائية، وأربعة (4) أعضاء معينين من بينهم الرئيس تابعين للسلطة المركزية¹⁹، يظهر من خلال هذه التشكيلة غلبة عدد الأعضاء المنتخبين الممثلين للجماعات الإقليمية على المعينين، لكن هذا الأمر لا يعكس عدم تبعيتها إداريا للسلطة المركزية للأسباب التالية:

- تولى المدير العام رئاسة اللجنة التقنية.
 - تغييب أي سلطة لها في اتخاذ القرار، حيث يتمحور دورها فقط في الرقابة اللاحقة على تنفيذ برامج ومشاريع الصندوق لحساب مجلس التوجيه²⁰،
 - خلاصة مداولاتها تكون عبارة عن ملاحظات أو توصيات أو آراء²¹.
- أ-3- المدير العام: تابع وظيفيا لسلطة التعيين: يتولى تسيير صندوق الضمان والتضامن للجماعات المحلية مدير عام، معين بموجب مرسوم²²، بناء على اقتراح من قبل وزير الداخلية، يساعده في أداء مهامه أربع رؤساء أقسام²³. يضطلع المدير العام للصندوق بعدة مهام من بينها²⁴:
- إعداد مشروع النظام الداخلي للمجلس واللجنة التقنية وعرضه على مجلس التوجيه للموافقة، كما يسهر على تنفيذه،
 - حضور وترأس اجتماعات مجلس التوجيه واللجنة التقنية،
 - تنفيذ مداولات مجلس التوجيه،
 - إعداد تقديرات الميزانية وحسابات الصندوق،
 - الالتزام بالنفقات والأمر بصرفها،

¹⁹- راجع المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان...، مرجع سابق.

²⁰- راجع الفقرة 01 من المادة 30 من المرجع نفسه.

²¹- تنص الفقرة 03 و04 من المادة 30 من المرجع نفسه، على: "...تقدم اللجنة لمجلس التوجيه كل رأي أو ملاحظة أو توصية تهم تنفيذ برامج الصندوق ومشاريعه.

وتبدي رأيها في التقارير الدورية للمتابعة والتنفيذ والتقييم التي يعدها المدير العام...".

²²- لم تحدد المادة 32 من المرجع نفسه، نوع المرسوم الذي يعين بموجبه مدير الصندوق، أي هل هو رئاسي أم تنفيذي، غير أنه بعد الإطلاع على أحكام المرسوم الرئاسي رقم 99-240 المؤرخ في 27 أكتوبر 1999، المتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية، ج.ر.ج.د.ش عدد 76 صادر في 31 أكتوبر 1999، لم يرد شاغل هذا المنصب ضمن لائحة الموظفين الذين يعينهم رئيس الجمهورية، بالتالي يكون تعيينه بموجب مرسوم تنفيذي.

²³- راجع المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان...، مرجع سابق.

²⁴- راجع المادة 34 من المرجع نفسه.

- إعداد سندات الإيرادات،
 - إبرام صفقات واتفاقات وعقود تتصل بأهداف ومهام الصندوق،
 - إعداد تقارير دورية عن نشاطات الصندوق،...
- أ-4- هياكل إدارية: تتمثل الهياكل الإدارية لصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في²⁵:
- قسم الإدارة العامة: مهمته تسيير الصندوق،
 - قسم برامج التسيير: دوره يتمثل في توزيع التخصيص الإجمالي للتسيير ومخصصات الدولة لصالح الجماعات المحلية.
 - قسم برامج التجهيز والاستثمار: يقوم بمهمة توزيع التخصيص الإجمالي للتجهيز والاستثمار وضمان نقص الموارد الجبائية الناقص قيمتها.
 - قسم الإحصاء والإعلام الآلي: يكلف بالبرمجة وإحصاء المعطيات.

ب/ وصاية مركزية على صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية:

يعتبر إخضاع أي هيئة إدارية لوصاية السلطة المركزية بنص قانوني معيارا هاما على مستوى تبعيتها إداريا للسلطة الوصية، وتتجلى التبعية الإدارية لصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية للسلطة المركزية، من خلال:

- **وصاية وزير الداخلية على صندوق التضامن والضمان** : رغم تأكيد نص الماد 02 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، على تمتع الصندوق بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، إلا أنه أخضعه بالمقابل إلى وصاية الوزير المكلف بالداخلية بموجب نص المادة 03 كما يلي: "يوضع الصندوق تحت وصاية الوزير المكلف بالداخلية..."، هذا بالإضافة إلى سلطاته في ترأس مجلس التوجيه، وتعيين أعضائه أو اقتراح تعيينهم.
- **نفاذ مداورات مجلس التوجيه رهن بموافقة الوزير**: يتخذ مجلس التوجيه قراراته كما أسلفنا بموجب مداولة، يتبع في تحريرها إجراءات محددة²⁶، ولا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد موافقة السلطة الوصية، وهذه الأخيرة تعبر عن موافقتها ضمنا بسكوته أو ردها بالموافقة في أجل ثلاثين (30) يوما، كما يحق لها

²⁵ راجع المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان...، مرجع سابق،

²⁶ يجب طبقا للفقرة 02 من المادة 28 من المرجع نفسه، أن تدون في محاضر يوقع عليها رئيس المجلس وكاتب الجلسة وتسجل في دفتر خاص مرقم ومؤشر عليها.

الاعتراض في نفس الآجال²⁷، ومن بين المداوات الخاضعة للموافقة مشاريع النظام الداخلي وميزانية الصندوق²⁸.

ثانيا: التبعية المالية لصندوق التضامن والضمان للسلطة المركزية

تشتمل ميزانية صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية طبقا لنص المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116 على: الإعانات السنوية الممنوحة من الدولة لتسييره، الهبات والوصايا، وكل مورد آخر مرتبط بنشاط الصندوق، من خلال محتوى هذه المادة يمكن لنا تقسيم موارده إلى قسمين، الأول خاص بتسيير الصندوق بحد ذاته، والقسم الآخر خاص بتنفيذ الصندوق لمهامه المتمثلة أساسا في تسيير صندوقي التضامن والضمان للجماعات المحلية قصد إرساء التضامن بين الجماعات المحلية، وهذه الموارد تتمثل في الموارد الجبائية التي يستفيد بها بموجب القانون، وكذا الموارد الخاصة بصندوقي التضامن والضمان²⁹.
إستقلالية الصندوق المالية المكّسة في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي أعلاه، يفترض أن تترجم في صورة إستقلاليته في التحكم في تسيير مالية صندوقي التضامن والضمان، غير أنّ الواقع هو عكس المفترض (أ)، ضف إلى ذلك استقاداته من عائدات جبائية محددة بنص قانوني، تضخ في حسابه بصفة مباشرة، يتم تسييرها وفق ما يقرره مجلس التوجيه (ب).

أ/التحكم المركزي في تسيير مالية صناديق الضمان والتضامن

سبق و أن أسلفنا أنّ صندوقي التضامن والضمان للجماعات المحلية هما عبارة عن حسابات تخصيص تم إنشاؤها بموجب القوانين الخاصة بالمالية لسنتي 2010 و 2015. أما فيما يخص مصادرها المالية فقد أحالنا المشرع في نص المادة 179 من قانون الولاية إلى القانون³⁰، بينما نص في المادة 214 من قانون البلدية على ما يلي: "يمول صندوق الجماعات المحلية للضمان المنصوص عليه في المادة 211 أعلاه بالمساهمات الإجبارية للجماعات المحلية التي تحدد نسبتها عن طريق التنظيم

²⁷ وردت الفقرة 03 من المادة 28 من المرجع نفسه، كما يلي: "...تكون مداوات مجلس التوجيه نافذة بعد ثلاثين (30) يوما من تاريخ إرسال المحاضر إلى السلطة الوصية ما عدا في حالة إعتراض صريح يبلغ في الآجال".

²⁸ راجع المادة 37 من المرجع نفسه.

²⁹ يامة ابراهيم، "مدى مساهمة صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في إنعاش التنمية المحلية" دراسة نظرية تقييمية"، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، عدد 05، جوان 2017، ص610، منشورة على الموقع الإلكتروني:

www.asjp.cerist.dz

³⁰ تنص المادة 179 من القانون رقم 07-12، يتعلق بالولاية، مرجع سابق، على: "تحدد موارد الصندوقين المذكورين في المادة 176 أعلاه بموجب القانون"

يدفع الرصيد الدائن لصندوق الجماعات المحلية للضمان المستخلص من كل سنة مالية إلى الصندوق البلدي للتضامن".³¹

إجمالاً تتمثل مصادر صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في³¹: - عائدات الضرائب التي يقرها التشريع، - متبقي مبالغ الإعانات المسترجعة، - الرصيد الناتج عن تصفية الضرائب والرسوم التي تعود لصندوق الضمان للجماعات المحلية، الهبات والوصايا، - كل الموارد التي تخصص له بموجب قانون، هذا إلى جانب المساهمات التي تقرض على البلديات والولايات لتمويل صندوق الضمان، حيث تحدّد نسبتها عن طريق التنظيم.

رغم عدم التحديد الدقيق لموارد صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، إلا أنّها ورغم قلتها، كان المشرع واضحاً في جعل الوزير المكلف بالجماعات المحلية الأمر بالصرف الرئيسي لهذه الصناديق³²، إلى جانب إسناده تسييره إلى صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية. هذا ما بدفع بنا للقول أنّ تسييرها مركزي، فرغم أنّها تمولّ بمساهمات من البلديات والولايات، كوسيلة للتضامن بينها، إلا أنّ الوزير هو الأمر بصرفها.

ب/ الوصاية المركزية على صرف مالية صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية

تم إنشاء هذا الصندوق قصد تسيير صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، المنصوص عليها بموجب قانوني البلدية والولاية كآلية للتضامن بينها، فكان من الأخرى على المشرع أن يكون دقيقاً في إقراره للموارد المالية التي يستفيد منها صندوقا التضامن والضمان، حيث كان عليه أن يفصلها عن مصادر تمويل الصندوق المسير لها، لكن موقف المشرع جاء مغايراً، بحيث لم يميز بينها إنّما اعتبر مصادر تمويل الصندوقين نفسها مصادر تمويل الصندوق المسير لهما.

فمن بين المصادر المالية التي يستفيد منها نذكر³³: الهبات والوصايا، إعانات الدولة، والمصادر الجبائية التي تؤول إليها بموجب قوانين، فبعضها من فئة الضرائب والرسوم المباشرة كالرسوم على النشاط المهني، الضريبة الجزافية الوحيدة، الرسم العقاري، ورسم التطهير، أما البعض الآخر فمن فئة الضرائب والرسوم غير المباشرة

³¹ - يامة ابراهيم، المرجع السابق، ص 615.

³² - راجع المادة 83 من القانون رقم 01-15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، مرجع سابق.

³³ - انظر المادة 08 من الأمر رقم 02-08 المؤرخ في 24 جويلية 2008، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، ج.ر.ج.د.ش عدد 42 صادر في 27 جويلية 2008، - المادة 12 من الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.د.ش عدد 44 صادر في 26 جويلية 2009. لمزيد من التفصيل راجع: يامة ابراهيم، المرجع السابق، ص 610-614.

كالرسم على القيمة المضافة، الدمغة الجبائية على السيارات، الضريبة على الأرباح المنجمية، الرسم الصحي على اللحوم.

يكون بالتالي ضخ كل هذه الموارد المالية في حساب الصندوق الخاص بتسيير صناديق التضامن والضمان، الذي خصه المرسوم التنفيذي بوصف الاستقلالية المالية، التي نقول أنه منطقيا لا يتمتع بها، حيث لا يحق للقائمين على تسييره صرف موارده إلا بموافقة السلطة الوصية عليه، وذلك للأسباب التالية:

- رغم كون المدير العام هو الأمر بالصرف للصندوق، إلا أن ميزانيته لا تكون نافذة إلا بعد موافقة السلطة الوصية، المتجسدة في شخص وزير الداخلية.
- وزير الداخلية هو الأمر بالصرف لصناديق التضامن والضمان، فلا يحق لمدير الصندوق أن يصرفها دون موافقة من الوزير.
- إحالة المرسوم التنفيذي رقم 14-116 كإجراءات ومعايير صرف معظم المساهمات المقدمة من قبل الدولة إلى قرار يصدره الوزير المكلف بالداخلية.

عمليا صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية تابع إداريا للسلطة المركزية، فكيف نتصور أن يكون مستقلا في تسيير ماله، وفي تجسيد التضامن بين البلديات والولايات.

المحور الثاني: إضطلاع صندوق التضامن والضمان بمهمة التمويل المركزي غير المباشر للجماعات المحلية

حدّد المشرع مهام صندوق التضامن والضمان في نص المواد 212 و 213 من قانون البلدية والمواد 177 و178 من قانون الولاية، محيلا كيفية تنفيذها إلى تنظيم يتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 14-116، ومن خلال الإطلاع عليها يتبين أنه يترجم مهمة التضامن بين الجماعات المحلية من خلال تعبئة الموارد المالية المحلية وتوزيعها (أولا)، في حين يكفل مهمة الضمان من خلال تغطية الموارد الجبائية التي سجلت نقصا في قيمتها (ثانيا).

أولا: تكليف الصندوق بمهمة تعبئة الموارد المحلية وتوزيعها مرفقة بتخصيص خاص

سبق وأسلمنا أنّ المشرع قد كرس اختصاص البلدية والولاية في تعبئة وتوزيع مواردها في نص المواد 169 و152 من قانوني البلدية والولاية على التوالي، غير أنّ هذا الإختصاص غير مطلق، بل يتقاسمه معها صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في إطار تكليفه بإرساء التضامن بين الجماعات المحلية، حيث يحل محلها في توزيع الموارد المقدمة لها في إطار التضامن (أ) في حدود مجالات معيّنة (ب).

أ/ إختصاص الصندوق في توزيع الموارد محل الإعانة للجماعة المحلية:

يستفاد اختصاص صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في توزيع وتعبئة الموارد المقدمة للجماعة المحلية ضمناً من نص المواد 212 و 177 من قانوني البلدية والولاية، على التوالي، وبصريح العبارة في نص الفقرة الأولى من المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، التي وردت كما يلي: "يكلف الصندوق بإرساء التضامن ما بين الجماعات المحلية من خلال تعبئة الموارد المالية وتوزيعها..."، علماً أنّ النصوص السالفة الذكر لم تحدّد معايير الاستفادة من تلك الإعانات المرفقة بتخصيصات خاصة.

أ-1- إجبارية إرفاق الإعانات الممنوحة من الصندوق بتخصيص خاص: يقدم الصندوق إعانات للبلديات والولايات وفق الأحكام المنصوص عليها في نص المواد 212 و 177 من قانوني البلدية والولاية، والمواد من 06 إلى 15 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، على أن تكون تلك الإعانات مرفقة بتخصيص خاص طبقاً لما يستفاد من نص المواد المذكورة ضمناً، وصراحة بموجب نص المادة 17 من ذات المرسوم بنصها: "تقيّد المخصصات والإعانات الممنوحة من الدولة لفائدة الجماعات المحلية بتخصص خاص وتسجل في صندوق التضامن للجماعات المحلية.

يكلف الصندوق بتوزيع هذه المخصصات والإعانات حسب احتياجات الجماعات المحلية".

تحرم بذلك البلديات والولايات المستفيدة من الإعانات ومساعدات الصندوق، من الاستقلالية في تسييرها وصرفها وفق خصوصياتها واحتياجاتها، بسبب إرفاقها بتخصيصات خاصة وتعليمات تحدد مجال استغلالها وصرفها، وهذا الأمر قد يكون على حساب مراعاة متطلبات واحتياجات الجماعة المحلية الموجه إليها الإعانة، وهذا بطبيعة الأمر يحدّ من استقلاليته المالية وكذا استقلالية صندوق التضامن والضمان الذي يتقيّد بتوجيهات السلطة المركزية، عندما يتعلق الأمر خاصة بموارد مصدرها مساهمات وإعانات مقدمة من الدولة.

أ-2- عدم وضوح معايير استفادة الجماعات المحلية من الإعانات: إكتفى المشرع في نص المادة 212 و 177 من قانوني البلدية والولاية والمواد من 05 إلى 15 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، بتحديد المجالات التي يتدخل صندوق التضامن والضمان لتغطيتها، ولم يعر أي اعتبار لتحديد معايير ومقاييس دقيقة لتقديم الإعانات والمساعدات للجماعات المحلية، في ظل عدم وجود نصوص قانونية تنظيمية تحدد الإجراءات الواجب اتباعها من قبل الجماعة المحلية للاستفادة من الإعانات المقدمة لها من قبل الصندوق، عكس ما ذهب إليه في المرسوم رقم 86-266 في الفقرة الأخيرة من المادة 06، الذي أقرّ استفادة أقرّ الجماعات المحلية والتي لا يتجاوز معدل الدخل الفردي فيها عشر قيمة المعدل الوطني للفرد الواحد من الموارد المخصصة للجماعات

المحلية، من ربع الإعتمادات المقررة³⁴، إضافة إلى المعايير التي تم ذكرها في نص المادة 15 من ذات المرسوم³⁵.

ب/ مجالات تدخل الصندوق لتعبئة الموارد المحلية

تتبلور مساهمة صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية خلال تعبئة مواردها، في شكل دفع تخصيصات إجمالية للتسيير قدرها 60%، و 40% للتجهيز والاستثمار، مع إمكانية إجراء تحويل للإعتمادات بين فصول الميزانية بموجب مقرر من وزير الداخلية بعد موافقة مجلس التوجيه³⁶.

ب-1- التخصيص الإجمالي للتسيير: حددت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116 المجالات التي يوجه إليها التخصيص الإجمالي للتسيير إلى قسم ميزانيات البلديات والولايات³⁷، وفق ما يلي:

- **منح معادلة التوزيع بالتساوي:** تهدف هذه المنحة إلى تغطية النفقات الإلزامية للبلديات والولايات، حيث أشارت المادة 08 أنه يتم تقديرها وفقا للمعيار الديموغرافي والمالي، مع إمكانية اعتماد معايير أخرى من قبل مجلس التوجيه، علما أنه قد تم إحالة كفاءات توزيع هذه المنحة لقرار من الوزير المكلف بالداخلية³⁸، مما يؤكد عدم استقلالية مجلس التوجيه في أداء مهامه، في ظل غموض معايير توزيع المنح.

³⁴ - راجع المادة 06 من المرسوم رقم 86-266، يتضمن تنظيم صندوق الجماعات المحلية المشترك وعمله، مرجع سابق.

³⁵ - نصت المادة 15 من المرجع نفسه، على: "يراعى أولويا في منح إعانات تجهيز الجماعات المحلية ومؤسساتها العمومية واستثمارها على الخصوص ما يأتي:

- وضعية الجماعات المحلية الجديدة، حتى سنة 1989،
- وضعية الجماعات المحلية في المناطق الأقل نموا،
- قيمة معدل كل فرد من موارد ميزانية الجماعات المحلية،
- وضعية الممتلكات المنتجة لدى الجماعات المحلية،
- مساحة الجماعات المحلية".

³⁶ - راجع المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان...، مرجع سابق.

³⁷ - راجع المادة 07 من المرجع نفسه.

³⁸ - راجع المادة 08 من المرجع نفسه.

- **تخصيص الخدمة العمومية:** تمنح للبلديات والولايات المعسرة في تغطية نفقاتها الإجبارية المرتبطة بتسيير المرافق العامة، علماً أنّ معايير احتسابها تكون بقرار من وزير الداخلية³⁹.
- **الإعانات الاستثنائية:** بموجب المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116 يمكن أن يمنح الصندوق إعانات استثنائية للبلديات والولايات، قصد مواجهة الكوارث والأحداث الطارئة أو وضعية مالية صعبة⁴⁰. يلاحظ أنّ مجال الإعانات الاستثنائية جاء عاماً يحتمل تدخل الصندوق في عدة حالات، مع العلم أنّ معايير تقديمها تحدد بقرار من وزير الداخلية.
- **الإعانات الموجهة للتكوين والدراسات والبحوث:** ورد في المادة 11 من المرسوم أعلاه أنّه يمكن للصندوق منح هذه الإعانات للبلديات والولايات، وهذا الأمر استجابة للمهام الموكلة للصندوق المشار إليها في نص المادة 05: " يكلف الصندوق بإرساء التضامن ما بين الجماعات المحلية من خلال تعبئة الموارد المالية وتوزيعها...".
- 8) القيام بكل الدراسات والتحقيقات والأبحاث التي ترتبط بترقية الجماعات المحلية وإنجازها والعمل على نشرها،
- 9) المساهمة في تمويل أعمال تكوين المنتخبين والموظفين المنتمين لإدارة الجماعات المحلية وتحسين مستواهم،
- 10) المشاركة في أعمال الإعلام وتبادل الخبرات واللقاءات لاسيما في إطار التعاون المشترك بين البلديات...".
- ب-2- **التخصيص الإجمالي للتجهيز والاستثمار:** يهدف هذا التخصيص إلى إنجاز برامج تجهيز واستثمار، قصد الإسهام في تطوير الجماعات المحلية وترقيتها⁴¹، وذلك من خلال تقديم المنح التالية:
- **إعانات التجهيز:** توجه هذه الأخيرة إلى قسم التجهيز والإستثمار لميزانيات البلديات والولايات، بغرض حملها على دعم المرافق العامة المحلية، من خلال عمليات تكون من اختصاصها، أو مسيرة من قبل مؤسسات عمومية محلية⁴². أشارت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، أنّه يمكن للجماعة المحلية المعنية المساهمة في تغطية إعانات التجهيز والإستثمار، غير أنّه في حالة الحاجة يتم تمويلها

³⁹ - راجع المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان...، مرجع سابق.

⁴⁰ - راجع المادة 10 من المرجع نفسه.

⁴¹ - راجع المادة 12 من المرجع نفسه.

⁴² - طبقاً للمادة 13 من المرجع نفسه، يقوم مجلس التوجيه بتحديد العمليات الممولة بإعانات التجهيز وفق مدونة تحدد بقرار من الوزير المكلف بالداخلية.

بقرار من الوزير المكلف بالداخلية، علماً أنّ هذا الأخير قد أصدر قراراً في هذا الصدد سنة 2015⁴³، أين وضح فيه المجالات الممولة في إعانة التجهيز والاستثمار، المتمثلة في⁴⁴:

- **البنائات والتجهيزات الإدارية:** تهدف هذه الإعانة إلى تمويل: إقامات الضيوف للولاية، مقر البلدية، تجهيزات إدارية لمصالح البلدية و البنائات الإدارية الأخرى.
- **الشبكات الحيوية:** تهدف هذه الإعانة إلى تمويل: التطهير، المياه الشروب، صيانة الفقرات الخاصة بالجنوب، الكهرباء، شبكات التكنولوجيات الجديدة، الشبكات الأخرى.
- **الطرق:** تعنى هذه الأخير بتمويل: الطرق البلدية، فك العزلة، إزاحة الرمال، أشغال الطرق الأخرى.
- **التهيئة والتجهيزات الحضرية:** الغرض منها هو تمويل: الإنارة العمومية، إشارات الطرق، المساحات العمومية والخضراء، تحضير موسم الاصطياف، رفع النفايات المنزلية، العتاد الحضري، أشغال التهيئة والتجهيزات الحضرية الأخرى.
- **المنشآت الاقتصادية:** القصد منها هو تمويل: الأسواق البلدية، مساحات العروض والأوزان العمومية، مذابح البلدية والمسالخ، الموافق وأماكن التوقف، المحاشر البلدية، فضاءات الإشهار، محطة المسافرين البلدية، منشآت اقتصادية أخرى.
- **المنشآت الجوارية:** تهدف إلى تمويل: الملاعب البلدية، المسابح الجوارية، المراحيض العمومية، الفضاءات الترفيهية، الفضاءات الثقافية، مساحات اللعب، دور الحضانة، المطاعم الدراسية، مكتب الصحة البلدي، المساجد والمدارس القرآنية، المقابر، المفارغ العمومية، المنشآت الجوارية الأخرى.
- **الدراسات وبرامج الإعلام الآلي:** يقصد بها تمويل دراسات المشاريع، برامج الإعلام الآلي للتسيير، دراسات وبرامج إعلامية أخرى.
- **مساهمات مؤقتة أو نهائية لتمويل المشاريع:** نصت المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، أنّه يمكن لصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، منح هذه الأخيرة ومؤسساتها العمومية، مساهمات يمكن استرجاعها⁴⁵ لتمويل مشاريع منتجة للمداخيل، بكيفيات يحددها وزير الداخلية⁴⁶. ولهذا

⁴³ - قرار مؤرخ في 09 ديسمبر 2014، يحدد العمليات الممولة في إطار إعانات التجهيز والاستثمار لصندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، ج.ر.ج.د.ش عدد 03 صادر في 27 جانفي 2015.

⁴⁴ - راجع الملحق المتصل بالمرجع نفسه.

⁴⁵ - راجع المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان ...، مرجع سابق.

⁴⁶ - راجع المادة 15 من المرجع نفسه.

الغرض أصدر الوزير قرارا يحدّد فيه كفاءات تطبيق المادة 47¹⁵، حيث وضح فيه الإجراءات الواجب إتباعها والمتمثلة في:

- وجوب تقديم ملف محدد من قبل الجماعة المحلية عند تقديم طلب القرض أو المساهمة⁴⁸: يجب أن يرفق ملف الطلب بالوثائق التالية:- مستخرج من مداولة مجلس الجماعة المحلية، يظهر فيه مبلغ القرض محل الطلب ومجال استعماله، - دراسة تقنية واقتصادية ومالية وزمنية للمشاريع المراد تمويلها، - الوضعية المالية للسنتين الأخيرتين، - وضعية الأملاك المنتجة للمداخيل بعنوان الميزانية الأخيرة حسب طبيعتها وعائداتها، - الدعوات للمشاركة المحتملة، - وضعية القروض المستفاد منها سابقا، - وضعية القرض محل الاسترجاع.

- تكليف لجنة مؤقتة لدراسة طلب القرض المؤقت⁴⁹: تتكون هذه اللجنة من: *المدير العام للصندوق رئيسا، *ممثلان عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، *ممثل عن وزارة المالية⁵⁰. تعنى هذه اللجنة ب: - دراسة الطلبات المقدمة وتقييمها، - تحديد سقف أقصى للمديونية وفق قدرات الجماعة المحلية، - القيام بزيارات ميدانية لمعاينة المشاريع المقترحة، - إعداد تقرير تقني للمشروع⁵¹ وتقديمه لوزير الداخلية.

- موافقة وزير الداخلية على منح القرض: لا تمتلك اللجنة التقنية سلطة الموافقة على منح القرض، بل يتعين عليها فقط تقديم تقريرها للوزير المكلف بالداخلية، الذي له حق الموافقة من عدمها، طبقا لما تبينه أحكام المادة 06 من القرار الوزاري الصادر في 20 أوت 2017، بنصها على: "تعدّ اللجنة تقريرا تقنيا حول المشاريع التي تمت دراستها، تعرضه على تقدير وزير الداخلية والجماعات المحلية لاتخاذ قرار التمويل".

- تحديد مبلغ القرض المؤقت⁵²: يتم تحديد مبلغ القرض المؤقت بعد الأخذ بعين الاعتبار كل من طبيعة وتكلفة المشروع والقدرات المالية للجماعة المحلية.

- إبرام عقد منح القرض⁵³: رغم أنّ الموافقة على منح القرض هو من اختصاص الوزير المكلف بالداخلية، إلا أنّ طرفي عقد القرض هما الهيئة التنفيذية للجماعة المحلية و صندوق التضامن والضمان

⁴⁷ - قرار مؤرخ في 13 مارس 2017، يحدد كفاءات تسيير واسترجاع القروض المؤقتة الممنوحة من صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، ج.ر.ج.د.ش عدد 48 صادر في 20 أوت 2017.

⁴⁸ - راجع المادة 03 من القرار المؤرخ في 13 مارس 2017، يحدد كفاءات تسيير ...، مرجع سابق.

⁴⁹ - راجع المادة 04 و 05 من المرجع نفسه.

⁵⁰ - يتجلى من خلال تشكيلة اللجنة التقنية المؤقتة أنّ قرار منح القرض هو قرار مركزي.

⁵¹ - راجع المادة 08 من القرار المؤرخ في 13 مارس 2017، يحدد كفاءات تسيير ...، مرجع سابق.

⁵² - راجع المادة 07 من المرجع نفسه

للجماعة المحلية⁵⁴، ما يؤكد أنّ هذا الأخير هو مجرد آلية تستغلها السلطة للتمويل غير المباشر للمالية المحلية والتحكم فيها.

ثانياً: ضمان التقديرات الجبائية غير المحصلة بسبب قرار مركزي

توصف الموارد الجبائية من ضرائب ورسوم، بالمصدر الرئيسي المستقر لتمويل ميزانيات الجماعات المحلية، التي على أساس تقديراتها استناداً إلى الوعاء الضريبي، يتم إعداد الميزانية، وأي خلل في الوعاء الضريبي الذي لا تتحكم به الجماعة المحلية، مفاده الإنقاص من قيمة أو إلغاء الضرائب والرسوم التي تستفيد من تحصيلها، سيؤدي لا محالة إلى المساس بتوازن تنفيذ الميزانية المحلية خلال السنة المالية.

لتقادي العجز في تنفيذ الميزانية المحلية، بسبب اتخاذ السلطة المركزية لقرار التخفيض من الوعاء الضريبي المخول للجماعة المحلية تحصيله، يقع على عاتق هذه الأخيرة اتخاذ الإجراءات المناسبة لمعالجة هذا العجز، وفق ما تؤكد المادة 05 من قانون البلدية رقم 11-01: " يجب أن يعوض كل تخفيض في الإيرادات الجبائية البلدية ينجم عن إجراء تتخذه الدولة ويتضمن إعفاء جبائياً أو تخفيضاً في نسب الضريبة أو إلغائها، بناتج جبائي يساوي على الأقل مبلغ الفارق عند التحصيل".

لم تتضمن المادة 05 أعلاه إحالة لكيفيات تعويض البلديات عن الفارق الناقص من الإيرادات الجبائية غير المحصل، بل أحالنا المشرع في نص المادة 213⁵⁵ و 178⁵⁶ من قانوني البلدية والولاية، إلى تكليف صندوق التضامن والضمان للقيام بهذه المهمة.

أكدت المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116 اختصاص صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية، بتوجيه تخصيص لناقص القيمة في الموارد الجبائية بالنسبة لمبلغ التقديرات⁵⁷، غير أن هذا الصندوق غير مستقل وغير مختص في تحديد قيمة التعويضات، بل يضطلع بهذه السلطة الوزير المكلف بالداخلية، طبقاً لما تنص عليه المادة 21: " يتم توزيع موارد صندوق الضمان للجماعات المحلية وكذا تحديد كيفيات تعويض

⁵³ - راجع المادة 08 و 09 من القرار المؤرخ في 13 مارس 2017، يحدد كيفيات تسيير ...، مرجع سابق.

⁵⁴ - يجب أن تشمل بنود العقد على : - موضوع العقد المؤقت، - مبلغ القرض المؤقت، - شروط الاسترجاع، - جدول الاسترجاع.

⁵⁵ - وردت المادة 213 من القانون رقم 11-10 يتعلق بالبلدية، مرجع سابق، على: "يخصص صندوق الجماعات المحلية للضمان المنصوص عليه في المادة 211 أعلاه لتعويض ناقص قيم الإيرادات الجبائية بالنسبة للمبلغ المتوقع تحصيله من هذه الإيرادات".

⁵⁶ - تنص المادة 178 من القانون رقم 12-07 يتعلق بالولاية، مرجع سابق، على: "يخصص صندوق ضمان الجماعات المحلية المذكور في المادة 176 أعلاه لتعويض نواقص القيمة على تقديرات الإيرادات الجبائية في مجال الجبائية المحلية المقيدة في ميزانية الولاية...".

⁵⁷ - راجع المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 14-116، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان ...، مرجع سابق.

ناقص القيم الجبائية العائدة للبلديات والولايات، بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالداخلية ووزير المالية". مما يؤكد قطعا صورية الاستقلالية المالية المفترضة لهذه الهيئة.

خاتمة

يعتبر صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية آلية يمكن لها أن تخلق إلى حد ما توازن في ميزانيات البلديات والولايات، التي تعاني صعوبات مالية في تنفيذ وتسيير مآليتها. غير أنّ هذه الآلية لا تترجم بأي شكل من الأشكال التضامن بين البلديات، المكرس في قانوني البلدية والولاية، بل لا تعدو أن تكون آلية في يد السلطة المركزية للتمويل للجماعات المحلية بصفة غير مباشرة، لضمان تبعيتها لها في تنفيذ المخططات التتموية المركزية.

لم تستجب الإصلاحات التي أقرها المشرع على صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية للتطلعات المرجوة منه، بسبب احتواء المرسوم التنفيذي رقم 14-116 على أحكام تعيقه وتبعده كل البعد عن تحقيق التضامن بين الجماعات المحلية للنهوض بالتنمية المحلية، وتتلخص هذه العوائق في :

- سيطرة وهيمنة السلطة المركزية على صندوق التضامن والضمان من الناحية العضوية والوظيفية، وذلك يتجلى في التبعية العضوية لأعضاء أجهزة الصندوق للسلطة المركزية، والوصاية المفرطة لوزير الداخلية على جل القرارات الواجب على هذه الهيئة إتخاذها.
- نقص في دقة المعايير التي تبين الآليات الإجرائية والشروط الموضوعية لاستعادة البلديات والولايات من الإعانات المخول للصندوق تقديمها.
- إرفاق جل الإعانات بتخصيصات خاصة، مما يعدم استقلالية البلديات والولايات في صرفها وفق ما تراه مناسبا لها، بل تكون مجبرة على الإلتزام بمجال التخصيص.
- وفقا لما سبق يقع لزاما على المشرع إزالة العقبات التي تحول دون تمكين صندوق التضامن والضمان من تحقيق الأهداف المرجوة منه، وذلك بالاستئناس بالاقترحات التالية:
- ضرورة إعادة النظر في البنية الإدارية للصندوق، وإعطائه هامشا من الاستقلالية، بالحد من فرط وصاية الوزير المكلف بالداخلية عليه،
- إعادة النظر في التركيبة العضوية لمجلس التوجيه، بمنحه هامش أوسع لممثلي المجالس المنتخبة،
- مراعاة أولويات البلديات والولايات في تسيير الإعانات الممنوحة لها من قبل الصندوق،
- تدعيم المشاريع المنتجة للدخل المقترحة من قبل البلديات والولايات.
- تحري الدقة والموضوعية في إرساء معايير استعادة الجماعات المحلية من الإعانات.

عقد (B.O.O.T) ودوره في إنشاء مرافق البنية التحتية وتسييرها في العراق في ظل الأزمات المالية

وليد مرزة حمزة المخزومي⁽¹⁾

جامعة بغداد

ماهر فيصل صالح⁽²⁾

جامعة الانبار

الملخص:

يملك هذا العقد اليوم في النظام القانوني للعقود مكانة كبيرة تتبع من أهميته العملية في معالجة إشكالات إنشاء وإدارة واستغلال مرافق البنية الأساسية، وتتمثل أهمية هذا العقد في كونه يساهم في تطوير المرافق العامة الضرورية للدولة، بوصفه من الخيارات المهمة لها لحل المشاكل الناجمة عن تشييد وإدارة المرافق العامة الأساسية فيها، طبقاً للتعاقد بموجب الأساليب التعاقدية التقليدية، وذلك لما له من قدرة على توفير الإمكانيات المالية الضخمة والتكنولوجيا العالية، لاسيما تلك التي تحتكرها الشركات الأجنبية المتخصصة، الأمر الذي دفع غالبية بلدان العالم وخاصة النامية منها إلى تبني هذا النوع من أساليب التعاقد، والسماح للقطاع الخاص بالدخول كشريك مهم في تنفيذ المشاريع الكبيرة فيها لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية فيها.

تهدف هذه الدراسة البحثية الى تحديد ماهيته وذاتيته المميزة له عن غيره من العقود، وإبراز الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود، لما لها من أهمية في تحديد طبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، والقانون الذي يحكمه، والنظام القضائي الذي تخضع له المنازعات الناشئة عنه.

الكلمات المفتاحية:

عقد البوت، الأزمات المالية، العراق، تفويض المرفق العام.

تاريخ إرسال المقال: 2017/05/09، تاريخ قبول المقال: 2018/03/06، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: وليد مرزة حمزة المخزومي، ماهر فيصل صالح، "عقد (B.O.O.T) ودوره في إنشاء مرافق البنية التحتية وتسييرها في العراق في ظل الأزمات المالية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 567-597.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

(2) أستاذ مساعد، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، العراق.

المؤلف المراسل: saddam_kokez@yahoo.com

Contract (B.O.T.) And its role in the establishment and operation of infrastructure facilities in Iraq in the midst of financial crises

Abstract:

The study aims to highlight the legal nature of this type of contract from contracts because of their importance in determining the nature of the rights and obligations arising out of it, and the law governing it, the judicial system, which is subject to him emerging about conflicts, where there arises no problem when it entered into the contract between the parties subject to one branch branches of the law, but often that contract (BOOT) concluded between the state on the one hand and investors from the domestic private or foreign sector on the other hand, is the importance of this contract being contributes to the development of the necessary public facilities of the state as one of the important choices have to solve the problems caused by the construction and management of the public utilities, according to contract under the traditional contractual methods, and because of its ability to provide the financial means huge and high technology, especially those that monopolized by foreign companies specialized, which prompted the majority of the countries of the world, especially the developing ones to adopt this type of contract and allow the sector methods Special Login as an important partner in the implementation of large where to move the wheel of economic development projects.

Keywords:

B.O.T contract, financial crises, Iraq, public service delegation.

Contrat (B.O.T.) et son rôle dans l'établissement et le fonctionnement des infrastructures de base en Irak pendant les crises financières

Résumé:

L'étude vise à mettre en évidence la nature juridique de ce type de contrat pour déterminer la nature des droits et obligations qui en découlent, et la loi qui le régit, le système judiciaire qui lui est appliqué. Ce type de contrat concourt au développement des services publics, c'est ce qui a incité la plupart des pays, en développement notamment, de recourir aux délégations de services publics avec la technique du contrat de B.O.T et de permettre au secteur privé de donner un élan au développement de ces services. C'est le cas en l'Iraq qui souffre de plusieurs problèmes de gestions des services publics.

Mots clés :

Contrat B.O.T, crises financières, Iraq, délégation de service public

مقدمة

يعدّ عقد الـ B.O.O.T واحداً من أهم صور العقود الإدارية المستحدثة التي أخذت بها الإدارة أداة للقيام بالمهام الموكولة إليها، كما تعدّ بالمثل أحد الوسائل الملائمة لتمويل مشروعات البنية الأساسية بعيداً عن ميزانية الدولة وما تعنيه من عجز الوفاء بمتطلبات مواطنيها من الخدمات، حيث يتحمل المستثمر والذي يأخذ عادة شكل شركة أو كونسورتيوم دولي أو محلي الأعباء المالية لإقامة هذه المشروعات، مقابل العوائد المحصلة نتيجة للتشغيل، وهذا يعني تخفيف الأعباء التمويلية ومخاطرها عن الدولة. ولا شك أنّ هذا النظام يساعد الدول التي تعاني من ضعف الاستثمارات إقامة المشروعات التي تحتاج لأموال طائلة لا تتوافر لديها، وعن طريقه فرض القطاع الخاص وجوده في بعض المشاريع التي كانت سابقاً حكراً طبيعياً للدولة، وكان ذلك نتيجة طبيعية لعجز الكثير من الحكومات وخاصة حكومات الدول النامية عن تمويل تلك المشروعات، ولأنّ إدارتها وتشغيلها يتطلب مبالغ كبيرة وتكنولوجيا متقدمة تفتقر لها تلك الدول، فظهرت عقود (B.O.O.T) لتكون أحد أساليب تحقيق التنمية الاقتصادية التي تسمح بمشاركة القطاع الخاص في إنشاء المرافق العامة الضرورية، والتي تضمن للإدارة عدم التخلي عن أصول مشاريعها كما هو الحال في الخصخصة التي تتبعها عديد من الدول كوسيلة لإنشاء وتشغيل وإدارة المرافق العامة⁽¹⁾.

يعاني العراق في مجال مرافق خدمات البنية التحتية من مشكلات كبيرة، لعل أهمها نقص السيولة النقدية اللازمة لتنفيذ وإنشاء وإدارة تلك المرافق لأسباب عديدة أهمها انخفاض أسعار النفط، الذي يعدّ المصدر الأساس لتمويل مشاريع التنمية في العراق والنفقات الباهضة التي تتحملها الدول في حربها المقدسة ضد الإرهاب، وأثار الفساد المالي التي أثرت كثيراً على قدرة الدولة على تلبية متطلبات مواطنيها من الخدمات، لذلك فإنّه يصبح من المنطق دعوته أي العراق إلى تبني نوع من العقود الجديدة التي ترفع عن كاهل الدولة مهمة تمويل إنشاء مرافقها العامة، فضلاً عما توفره من فرص العمل ونقل التكنولوجيا المتقدمة وجودة الخدمات الناشئة عنها .

المبحث الأول: ماهية عقد (B.O.O.T)

يشكل هذا النوع من العقود مركز اهتمام أغلب الدول وخاصة النامية منها، لأنّه يؤدي إلى جذب رؤوس الأموال الخاصة التي تساهم في تمويل المشاريع المقترحة من قبلها، ولأهمية هذا العقد سيتم تناوله في مطلبين، المطلب الأول سيتم تخصيصه لبيان معنى عقد (B.O.O.T)، أما المطلب الثاني سيتناول فيه الباحث التكيف القانوني لهذا النوع من العقود وكالاتي :-

(1) د. الياس ناصيف، العقود الدولية عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2011، ص88.

المطلب الأول: معنى عقد (B.O.O.T) وتمييزه مما يشته به من أوضاع قانونية
إنَّ تحديد معنى واضح ومحدد لعقد (B.O.O.T)، يتطلب منا التطرق إلى تعريفه بحسب الاتجاهات المختلفة في هذا المفهوم، وإذا ما عرّفنا العقد فإنَّ الضرورة تتطلب منا الوقوف عند تميزه عن غيره من العقود التي تشته به، وهذا ما سنتناوله في فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف هذا العقد، وفي الفرع الثاني سنتناول تمييزه مما يشته به من أوضاع قانونية أخرى، وعلى النحو الآتي:-

الفرع الأول: تعريف بعقد (B.O.O.T)

إنَّ عقد (B.O.O.T) يُعدُّ من العقود المستحدثة التي أفرزتها التطورات الاقتصادية الحديثة والتوجه نحو تقليل الاعتماد على موازنة الدولة في تمويل الحاجات العامة، فهو عقد أوجدته الحاجة العملية، لذلك لم نجد الكثير من التشريعات التي قد تطرقت إلى تعريفه⁽¹⁾، وأنَّ تعريفه قد ورد في كتابات الفقهاء والمنظمات الدولية التي تعنى بعمليات الإصلاح الاقتصادي والخصخصة وتطوير القطاع الخاص وعلى النحو الآتي:

الطائفة الأولى: التعريف الفقهي لعقد (B.O.O.T).

عرف فقهاء القانون عقد (B.O.O.T) تعريفات متعددة وبصيغات مختلفة، إلا أنَّ أغلب هذه التعريفات ذات مضمون واحد مشترك من حيث العناصر المكونة لها، وعلى النحو الآتي:-

التعريف الأول - عرّف البعض⁽²⁾ عقد (B.O.O.T) بالقول أنَّ " نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل يمكن تعريفه على أنه تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصاً له طول مدة الترخيص، ويلزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه ".

التعريف الثاني- وعرّفه البعض الآخر بأنه " هو العقد الذي تبرمه الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها مع إحدى الشركات الخاصة الوطنية أو الأجنبية وذلك لإنشاء مرفق عام أو تحديثه أو تجديده، ومن ثم إدارته أو

(1) اتجهت طائفة من المشرعين في الدول التي تبنت هذا النوع من العقود إلى تضمين تشريعاتها نصوصاً تناولت هذا العقد بالتعريف وقد أحصينا منهم 3، المشرع الفلبيني في قانون B.O.T ذي الرقم 7718 لسنة 1993، والمشرع التركي في قانون 3996 لسنة 1994، والمشرع الصيني في القانون الصادر سنة 1996.

(2) د.هاني صلاح سرى الدين، "الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتشغيل والتحويل في مصر"، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 69، 1999، ص 4.

تملكه لمدة من الزمن تتناسب مع ما أنفقته بالإضافة إلى تحقيق ربح معقول على إن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز إلى الدولة أو الجهة التابعة⁽¹⁾.

التعريف الثالث- كما عرّف عقد (B.O.O.T) بأنه ((صورة جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية تستهدف القيام بمشاريع ضخمة، مدة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة، أو إلى إدارتها العامة أو مؤسساتها العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها))⁽²⁾.

التعريف الرابع- وعرّف بأنه (نمط من أنماط التعاقد الحديثة أو مجموعة من الأحكام التعاقدية، التي تلجأ إليها الإدارة، من أجل تنفيذ أشغال عامة، وإدارة مرافق عامة، وتحويلها من قبل متمولي القطاع الخاص (Lenders) الذين يشكلون فيما بينهم (اتحاداً مالياً) لإنشائها وتشغيلها واستثمارها لمدة زمنية معينة، مقابل استثمارها والانتفاع منها خلال تلك الفترة، وليس بسعر يحدد في العقد، ومن ثم إعادة كامل ملكيتها إلى الإدارة المتعاقدة، بعد انتهائها". وهو أقرب ما يكون إلى امتياز "الأشغال العامة" بصيغة حديثة ذات ارتباط وثيق بامتياز المرفق العام، والذي عرّفه العلامة "أندريه دي لوبادير" بأنه: "شكل من أشكال تنفيذ الأشغال العامة، تقوم بموجبه الإدارة بإلقاء عبء التنفيذ على شخص ما (فرد أو شركة)، ليس مقابل سعر يحدد في العقد وإنما لقاء استخدام المنشأ العام والانتفاع به)⁽³⁾.

التعريف الخامس- عرّف العقد بأنه (نظام تعاقد يكون طرفه الأول الحكومة وطرفه الثاني القطاع الخاص الذي يقوم ببناء المشروع ويقوم باستغلاله لفترة محدودة يكون خلالها هو نفسه المالك، ويأخذ كل عائدات المشروع خلال تلك الفترة وفي النهاية ينقل ملكية المشروع وحيازته للطرف الأول (الحكومة)⁽⁴⁾.

التعريف السادس : وقيل أيضاً في تعريفه بأنه " اتفاق لبناء مشروع كبير إلى السلطة العامة عادة ما يكون هذا الإنشاء البنية التحتية وغالباً ما يتضمن امتيازاً، والمتعهد يوافق على بناء المشروع وتشغيله ونقل ملكيته إلى السلطة على النحو المتفق عليه"⁽⁵⁾.

(1) د.وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي يثيرها عقد (B.O.T) وكيفية حل المنازعات الناشئة عنها، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 16.

(2) د.إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، مصدر سابق، ص 81.

(3) القاضي الدكتور محمد وليد منصور، عقود الدولة : التعريف بعقود الB.O.T وطبيعتها القانونية وأهم مجالاتها، نقلا عن

<http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(4) محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الB.O.T مع التعرض لتجارب عربية

<http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(5) Christine Rossini, English as a legal language, 2 edition, published by Kluwer law international:

London, 1998 , p . p 12 . 13.

الطائفة الثانية: تعريف المنظمات الدولية لعقد (B.O.O.T).

وهي طائفة تتضمن أهم التعريفات الصادرة عن أهم المنظمات الدولية المعنية بمثل هذا العقد وعلى وفق البيان الآتي :

التعريف الأول: عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (UNCITRAL)⁽¹⁾ عام 2001 التي أصدرت دليلاً خاصاً بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بأنه " المشروع الذي تختار فيه السلطة المتعاقدة صاحب امتياز لتمويل وتشييد مرفق أو نظام للبنية التحتية، وتعطي هذا الكيان حق تشغيل المرفق على أساس تجاري لمدة معينة، تنتقل ملكية المرفق بعد انقضائها إلى السلطة المتعاقدة "⁽²⁾ .

التعريف الثاني: أما لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) فقد عرّفته بأكثر من صيغة، إلا أنّ التعريف المعتمد لديها في الوقت الحاضر هو ذلك الذي يُعرف العقد بأنه (شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لمدة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة، ويدعى شركة المشروع امتيازاً لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً على أن تعود ملكية المشروع إلى الحكومة بعد نهاية الامتياز)⁽³⁾.

التعريف الثالث: كما عرّفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) بأنه (اتفاق تعاقد يؤول بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق في مدة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط أن لا تزيد عما هو مقدم في العطاء، وما هو منصوص عليه في طلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة فضلاً عن حصولها على عائد مناسب عن الاستثمار، وفي نهاية المدة المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة أو شخصية خاصة جديدة، يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة)⁽⁴⁾.

(1) UNCITRAL اختصاراً لـ United, Nations, Commission, on International , Trade, Law.

(2) See : Uncitral, legislative guide on privately financed instrasture project, prepared by the united nations, commission on international tread law, united nations, New York, 2000, p. 4. "Build operate- transfer (BOT). An infrastructure project is to be a BOT project when the contracting authority selects a concessionaire to finance and construct an infrastructure facility or system and gives the entity the right to operate it commercially for a certain period, at the end of which the facility is transferred to the contracting authority".

(3) د.جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، القاهرة، بلا دار نشر، 2000، ص 10.

(4) دليل منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO، 1995، ص 288- الموقع الرسمي للمنظمة على شبكة

الانترنت <http://www.unido.org> .

هذا ولنا على ما سلف من تعريفات جملة ملاحظات لعل أهمها:

الملاحظة الأولى: أنها جاءت على سبيل بيان هذا مفهوم العقد لا تعريفه باعتبار أنّ التعريف لا يكون تعريفاً إلا إذا بيّن جوهر الشيء وحده بجميع صورته، ومنع إدخال غيرها فيه أي يستوجب الأمر أن يكون جامعاً مانعاً على حد قول المناطقة من أهل المنطق.

الملاحظة الثانية: الإسهاب في ترديد العبارات والاستطراد والتزديد في ذكر أصول العقد ودقائقه وما هو داخل في ماهيته وما هو خارج عنها، وهو حال الأغلب الأعم من تلك التعريفات، وهو أمر يخرجها عن حدّ التعريف إلى حدّ الشرح، إذ من مقتضى صحة التعريف إتصاف عباراته بالإيجاز والتحديد.

الملاحظة الثالثة: نهجت سائر التعريفات ناحية قصر إبرام هذا العقد على الإدارة وحدها مع القطاع الخاص لإنشاء وتمويل المرافق العامة فحسب، وهو وإن كان أمراً صحيحاً باعتبار نشأة هذا العقد في كنف مرافق الإدارة العامة ابتداءً إلا أنه غير صحيح اليوم، لأنّ هذا العقد أصبح أنموذجاً قياسياً يلجأ له القطاع الخاص بعضه مع بعضه الآخر في إنشاء وتمويل مرافقه الخاصة، مثلما تلجأ الإدارة إليه مع القطاع الخاص.

الملاحظة الرابعة: ذهب التعريف الأول إلى وصف العقد بما لا يصح وصفه به، إذ عدّ العقد منحة من الدولة للمتعاقد معها، والمنحة مثل الهبة التي تكون من دون مقابل وهو ما لا يصدق على هذا العقد لأنّه من عقود المعاوضات قطعاً وليس من عقود التبرعات.

الملاحظة الخامسة: عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) العقد بأنّه (شكل من أشكال التمويل....) وهو أمر لا يصح لأنّه من قبيل تعريف الشيء بنتائجه لا بجوهره باعتبار أنّ النتائج المترتبة عليه إنّما تخرج عن ماهيته قطعاً وهو حال تعريف.

الملاحظة السادسة: ذهب التعريف الثاني والثالث والرابع والخامس من التعريفات السالفة الذكر في الطائفة الأولى إلى تعريف عقد B.O.O.T بأنه عقد أو نمط أو صورة أو نظام تعاقد.... وهو من قبيل تعريف الشيء بنفسه وهو ما لا يصح وهو .

والتعريف الذي نعتقد صحته هو أنّه اتفاق تعهد به الإدارة لشخص خاص معيّن أمر إنشاء مرفق عام على حسابه الخاص، نظير تملكه والانتفاع به مدة يعود بانقضائها إلى ملكها.

الفرع الثاني: تمييز عقد (B.O.O.T) مما يشته به من عقود

إنّ تحديد الالتزامات القانونية الناشئة عن العقد يتطلب تحديد نوع العقد وتمييزه من غيره من العقود الأخرى، فقد يختلط هذا العقد بغيره من العقود، عليه سنحاول التمييز بين العقد موضوع البحث وأهم العقود التي تلتبس به.

أولاً: عقد (B.O.O.T) وعقد التزام المرفق العام

ينصرف عقد التزام المرافق العامة، إلى العقد الذي يتولى بمقتضاه الملتزم، فرداً كان أو شركة، وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة من الزمن، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين وفقاً للنتائج المالية للاستغلال، مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز⁽¹⁾.

يتوافق عقد (B.O.O.T) مع عقد الالتزام في إسناد مسألة إدارة المرفق وتشغيله إلى القطاع الخاص، ليتحمل بذلك الملتزم عبء ومخاطر التشغيل طوال مدة العقد المحددة، كما أنّ الملكية تظل للجهة الإدارية في كلا العقدين، مع وجود وعد ملزم للمستثمر بنقل الملكية في عقد (B.O.T) عند نهاية المدة المتفق عليها، بالأخص في العقود بصيغة (B.O.O.T) التي يرى فيها البعض أنّ الملكية تظل خالصة للقطاع الخاص طوال الفترة التعاقدية⁽²⁾.

كما تتفق الطائفتان من العقود في ارتباط المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد بنتائج الاستغلال، لتأخذ فكرة المخاطر المرتبطة بالتشغيل معناها الواسع، إذ يحصل المتعاقد على حقوقه المالية من المنتفعين بالخدمة، مما يربط نتائج الاستغلال بمستخدمي المرفق نتيجة العلاقة المباشرة التي تربط المتعاقد بالجمهور، فقد نصت المادة 3 فقرة 5 ج، من عقد (B.O.O.T) المبرم بين الهيئة العامة للطيران المدني المصرية مع شركة استثمارية على أنّه ((يتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والإشغال والاستغلال، وقيمة استهلاك المياه والكهرباء))⁽³⁾.

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 38.

(2) د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2004، ص 172.

(3) د. عصام احمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، ط1، دار الفكر الجامعي، 2014، ص 315 وما بعدها.

إلا أنّ هذا الأمر لا يمنع من أنّ شركة المشروع يمكن أن تتقاضى حقوقها المالية من جهة الإدارة في عقد (B.O.O.T)، إذ نصت بعض العقود أو القوانين على التزام الدولة بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع، بالأخص في المجالات الحيوية، مثل شراء منتج الشركات التي تقوم بانجاز محطات الكهرباء أو المياه، على أن تقوم هي بعد ذلك ببيعه للجمهور⁽¹⁾.

ورغم اتفاق غالبية الفقه أنّ عقود (B.O.O.T) تجد أساسها في عقود الامتياز التي ظهرت في فرنسا، كما أنّ الفقه الفرنسي يعتبرها من عقود تفويض المرفق العام التي تطورت مع التطورات التي عرفها القانون الإداري الفرنسي، فإنّه مع ذلك يختلف عقد (B.O.O.T) مع عقد التزام المرفق العام في نقاط جوهرية منها:-

- أنّ عقود التزام المرافق العامة هي عقود إدارة، أما عقد (B.O.O.T) فهي عقود تمويل مقترنة بالإدارة كأثر لهذا التمويل، وعلى ذلك فإنّ تدخل الدولة بصفتها سلطة عامة في تعديل عقد الالتزام يكون أمراً وارداً، دون أن يكلفها ذلك نفقات باهظة، أما في عقد (B.O.O.T)، فإنّ العبء المالي الذي تتحمله شركة المشروع يغلّ يد الدولة في التدخل لتعديل الالتزامات المتفق عليها، لأنّ ذلك قد يكلفها مبالغ تفوق ما تكبده المستثمر من نفقات⁽²⁾.

- كذلك تختلف عقد (B.O.O.T) عن عقود الالتزام في مسألة تحمل المخاطر، فتمويل مشاريع البوت يتم عن طريق مؤسسات التمويل دون حق الرجوع - أو بحق رجوع محدود -، لا على شركة المشروع ولا على السلطة المتعاقدة، لأنّ عائدات المشروع هي الضمان، كما أنّ المخاطر عادة موزعة بين الأطراف المشاركة في المشروع من مقاولين ومشغلين وموردين، على عكس الحاصل في عقود الالتزام أي تقع كامل المخاطر المرتبطة بالإدارة على عاتق الملتزم⁽³⁾.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره من اختلافات بين عقد (B.O.O.T) وعقود الالتزام، فإنّ الرسوم التي يتقاضاها الملتزم مباشرة من جمهور المنتفعين لتغطية نفقات التشغيل تكون عادة رمزية إذا ما قورنت بتلك التي تتقاضاها شركة المشروع، حتى تغطي بذلك نفقات البناء والتشييد وتكاليف التشغيل بالإضافة إلى الأرباح المعتبرة التي تتحصل عليها⁽⁴⁾.

(1) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص 174. - مثال ذلك : ما نصت عليه المادة 3 بند 2/3 من اتفاقية منح التزام إنشاء

وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كيرير البخارية المصرية، لتوليد الكهرباء بنظام B.O.O.T لشركة انترجن لتوليد الكهرباء على أنه : (يوافق الطرفان على أنه لا يجوز للشركة طوال مدة الاتفاقية بيع أو توليد الطاقة الكهربائية الناتجة من المجمع لأي جهة أخرى غير الهيئة، دون موافقة كتابية مسبقة من الهيئة) انظر في ذلك، عصام احمد البهجي، ص 322.

(2) د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مشاركة القطاع الخاص في إنشاء وتسيير مرافق البنية التحتية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة الى كلية القانون - جامعة الموصل، 2012، ص 289 .

(3) حصايم سميرة، عقود B.O.T إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري

تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 47 .

(4) حصايم سميرة، المصدر نفسه، ص 47 .

ثانياً: عقد (B.O.O.T) وعقد الخصخصة

يُعدّ عقد الخصخصة عقداً إدارياً تبرمه الإدارة كطرف أول مع طرف آخر من القطاع الخاص كطرف ثان. وبمقتضى هذا العقد يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً. ومن آثار هذا العقد اعتبار الطرف الثاني مساهماً في رأس المال وشريكاً في إدارة الشركة بنسبة ما يملكه، أما في حالة نقل ملكية المشروع كلياً إلى الطرف الثاني، فتنتقطع صلة الإدارة نهائياً بالمشروع⁽¹⁾. ويتشابه العقدين في ما يأتي :-

- موضوع كلا العقدين أموالاً عامة تملكها الدولة.

- يجري تمليك الأموال العامة للقطاع الخاص في كلا العقدين.

- إلا أنّ العقدين يختلفان في المواضيع الآتية :-

- ينصب عقد (B.O.O.T) على تسيير مرفق عام لمدة محددة بواسطة الملتزم، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط وقواعد تتعلق بإنشائه وتشغيله، بالإضافة إلى الحق في الرقابة والإشراف على المشروع حتى إعادة ملكيته إليها في نهاية المدة المحددة في العقد. أما في عقد الخصخصة فقد تنتقل ملكية المشروع نهائياً إلى القطاع الخاص وتنتقطع صلة الدولة به، ولا يحق لها بعدئذ مراقبته والإشراف عليه⁽²⁾.

- في عقد (B.O.O.T) لا بد من استعادة الدولة لملكية المشروع عند انتهاء مدة العقد، في حين في عقد الخصخصة تنتقل ملكية المشروع إلى القطاع الخاص وتنتقطع علاقة الدولة به.

ثالثاً: عقد (B.O.O.T) وعقد الأشغال العامة

يمكن تعريف عقد الأشغال العامة بأنه (اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعي أو معنوي بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة وبقصد تحقيق المصلحة العامة في نظير مقابل يحدده العقد)⁽³⁾. ويرى البعض⁽⁴⁾، أنّ عقد B.O.O.T هو عقد أشغال عامة، وقد استندوا في ذلك إلى التشابه بين العقدين في النقاط الآتية :-

(1) د. الياس ناصيف، العقود الدولية، مصدر سابق، ص 130.

(2) د. الياس ناصيف، المصدر نفسه، ص 131.

(3) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مصدر سابق، ص 57.

(4) ينظر في ذلك : د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المصدر نفسه، ص 26. د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 61، د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد العمل، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979، ص 32.

- أن الإدارة طرف في كلا العقدين.
 - أن الغاية في كلا العقدين هي واحدة ألا وهي تحقيق المصلحة العامة.
 - أن العقدين كلاهما يرد على عقار.
- لكن التشابه المذكور أعلاه لا يلغي من الفوارق الأساسية ما بين العقدين، والتي لا يمكن معها القول بأن عقد (B.O.O.T) من عقود الأشغال العامة. ويمكن إيجاز هذه الفوارق بالآتي :-
- التزام المتعاقد في عقد الأشغال العامة يقتصر على إنشاء المشروع دون حقه في الإدارة أو التملك أو تقديم الخدمة.
 - المدة اللازمة لإنجاز الإنشاءات هي المدة في عقد الأشغال العامة، أما في عقد (B.O.O.T) فإنها تتحدد في ضوء ما يتوقعه المتعاقدان .
 - يتقاضى المتعاقد في عقد الأشغال العامة حقه من الدولة عند نهاية الالتزام، بينما يحصل المتعاقد في عقد (B.O.O.T) على ما أنفقه وما يتأمله من أرباح من المنتفعين مباشرة، أو من الدولة في بعض الأحيان.
 - التزامات الأطراف في عقود الأشغال العامة تكون محددة غالباً لحظة التوقيع على العقد، سواء من حيث الأسعار أو المقابل المالي، وكذلك من حيث محل العقد، ما عدا بعض أنواع العقود التي ترد على التزامات ذات الطبيعة المركبة. في حين يصعب تحديد التزامات المتعاقد بدقة في عقود (B.O.O.T) الطويلة المدة، التي تتأثر بالمعطيات الاقتصادية والمالية والفنية من جهة، وارتباط حقوق المتعاقد المالية بنتائج الاستغلال من جهة أخرى⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد الإنشاء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)

لقد اختلف فقهاء القانون اختلافاً كبيراً حول الطبيعة القانونية لعقود (B.O.O.T) فهناك اتجاه فقهي يرى بأن عقد (B.O.O.T) هو عقد خاص ومن ثم يخضع للقانون الخاص، وهناك من يرى بأن عقد (B.O.O.T) هو عقد إداري ومن ثم يخضع للقانون العام، وإلى جانب هذين الرأيين ظهر اتجاه ثالث سلك مسلكاً وسطاً بينهما وعدّ طبيعة هذا العقد تتحدد وفقاً للشروط التي يتضمنها، إضافة إلى رأي يقول بأن عقد (B.O.O.T) هو نظام اقتصادي وليس عقداً .

(1) د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 75.

وستتناول الطبيعة القانونية لعقد (B.O.O.T) في أربع مطالب نتناول في الأول الرأي القائل بأن عقد (B.O.O.T) هو من عقود القانون الخاص، وفي الثاني نتناول الرأي القائل بأن عقد (B.O.O.T) هو عقد من عقود القانون العام، وفي الثالث نتطرق إلى الرأي القائل بأن طبيعة عقد (B.O.O.T) تتحدد وفقاً للشروط التي يتضمنها. وفي الرابع نتناول الرأي القائل بأن طبيعة (B.O.O.T) هو نظام اقتصادي وليس عقداً.

الفرع الأول: عقد (B.O.O.T) من عقود القانون الخاص

يرى جانب من الفقه⁽¹⁾، أن عقد (B.O.O.T) من عقود الإدارة العادية، ومن ثم فهي تخضع لقواعد القانون الخاص، وقد استند في تبرير موقفه ببعض الحجج، ومن أهمها :

1 - عقد (B.O.O.T) يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾ تلك القاعدة التي تفترض المساواة بين الطرفين في الحقوق والالتزامات، وبذلك لا يجوز لأي من طرفيه الاستعلاء على الطرف الآخر بما له من امتيازات قد يستمدّها من نصوص القانون العام⁽³⁾. فالشروط الاستثنائية غير المألوفة كما يرى البعض لا يعدّ وجوده دليلاً على اعتبار العقد عقداً إدارياً، حيث أنّ العقود التي تبرم بواسطة الأشخاص العامة مع الأطراف الخاصة تعدّ من عقود القانون الخاص على الرغم من احتوائها على شروط استثنائية، كما أنّ هذه الشروط يمكن وجودها في عقود القانون الخاص، علاوة على أنّ شرط الثبات التشريعي يعدّ تقييداً لسلطاتها التشريعية واللائحية، ورضاها بذلك إنكار صريح لأحد الخصائص الأساسية للعقد الإداري، وهي خاصية عدم المساواة بين الأطراف فضلاً عن خاصية التعديل بالإرادة المنفردة لتحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾.

تعرض الرأي المتقدم إلى النقد، في أنّ القول بأنّ عقد (B.O.O.T) لا يحتوي على شروط استثنائية قول مردود عليه، لأنّ هذا النوع من العقود تحتوي على نصوص موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم امتيازات لا نراها في العقود المدنية والتجارية، ومن أهم الشروط الاستثنائية المتوفرة في عقود (B.O.O.T)، تلك المتعلقة بإعطاء الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد، أو تلك المتعلقة بمنح المتعاقد امتيازات في مواجهة الغير

(1) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 50؛ د. يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1989، ص 228.

(2) د. محمد بهجت عبدالله قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دار النهضة العربية القاهرة، بلا سنة نشر، ص 28.

(3) د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الإدارة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 100.

(4) محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الإدارة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2000، ص 204.

أو حتى في مواجهة الإدارة ذاتها، وأخيراً الشروط التي لا يمكن تفسيرها أو تنفيذها إلا في ضوء نظريات وقواعد القانون الإداري⁽¹⁾.

2 - عقد (B.O.O.T) يساعد على تشجيع الاستثمار ويحقق الانسجام مع متطلبات التجارة الدولية، فهذا النوع من العقود يطمئن المستثمرين ويشجعهم على دخول السوق الاستثمارية ويجنبهم المخاطر التشريعية والقضائية والإدارية التي يمكن أن يتعرضوا لها فيما لو عُدت هذه العقود من العقود الإدارية⁽²⁾، كما إن تلك المتطلبات تقتضي اللجوء إلى أساليب القانون الخاص (المدني أو التجاري) والابتعاد عن أساليب القانون العام في هذه التعاقدات، لأن ذلك سيقبل من التعارض والاصطدام مع الدولة التي يحمل جنسيتها المتعاقد الأجنبي وخاصة إذا ما طلب الحماية الدبلوماسية الدولية، واحتفاظ الدولة بعلاقات اقتصادية خارجية طيبة⁽³⁾، وقد أنتقد هذا القول أيضاً من قبل بعض الفقه⁽⁴⁾، بأن هذا العقد عندما يبرم طبقاً لأساليب القانون الخاص يشجع سياسة الاستثمار قول منتقد، لأن المستثمر حينما يبرم العقد مع الإدارة وفقاً لأساليب القانون العام، قد يحصل على امتيازات وفوائد أكثر مما يمكن أن يحصل عليه فيما لو تعاقد وفقاً لأساليب القانون الخاص، فالنظريات التي ينظمها القانون الإداري - كنظرية الصعوبات المادية ونظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة - تعدّ خير دليل على أنها تصب في مصلحة المتعاقد مع الإدارة.

3 - استقرار ملكية المشروع في عقد (B.O.O.T) لشركة المشروع، حيث إن ملكية المشروع وأصوله - بحسب هذا الرأي - تكون مملوكة لشركة المشروع وإنها تستطيع التصرف فيها بكافة التصرفات التي تثبت للمالك في ملكه، كون المرفق العام قد تم تشييده وبنائه بتمويل من رأس مال المستثمرين من القطاع الخاص، وعند انتهاء مدة العقد تنتقل ملكية المشروع للدولة بحالة جيدة وقابلة للاستمرار⁽⁵⁾.

4 - أحكام التحكيم الدولي⁽⁶⁾ التي تعدّ عقد (B.O.O.T) عقداً من العقود الخاصة⁽¹⁾ (مدنية كانت أم تجارية).

(1) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 68.

(2) د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 107.

(3) د. ماهر محمد حامد أحمد، مصدر سابق، ص 179.

(4) خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1999، ص 71.

(5) د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 98.

(6) ومن أهم هذه الأحكام الحكم الصادر بقضية تكساكو بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين (California Asiatic Oil company and Texaco overseas petroleum company) حيث نفى الحكم عن العقد المبرم الصفة الإدارية مستنداً في ذلك إلى أن "العقد لا تتوفر فيه معايير اعتباره عقداً إدارياً وفقاً للقانون الليبي لأن استغلال حقول البترول لا يعدّ مرفقاً عاماً وأنّ العقد لا يتضمن شروطاً استثنائية في تعاقدات القانون الخاص لأنّ الحكومة الليبية قبلت أن تكون على قدم المساواة مع الشركتين

5 - النص صراحة في نصوص بعض عقود (B.O.O.T) في عدّ هذا النوع من العقود عقوداً مدنية أو تجارية، ومن ثم فإنّه لا مجال لإقحام فكرة العقود الإدارية فيما يخص تحديد الطبيعة القانونية لتلك العقود⁽²⁾. وهذا القول هو قول مردود كذلك لأنّ تكييف العقد لا يعتمد بالدرجة الأساس على ما يضمنه أطرافه من نصوص، بل بما ينصب عليه موضوع العقد وما يضمنه من شروط وأركان تؤكّد أنّ العقد ينتمي إلى طائفة العقود الإدارية أو طائفة العقود المدنية⁽³⁾.

الفرع الثاني: عقد (B.O.O.T) من عقود القانون العام (عقد إداري)

بخلاف الرأي السابق المنادي باعتبار عقد (B.O.O.T) من عقود القانون الخاص، فقد ذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار هذا العقد من العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام ونظرياته المتميزة بأحكامها عن تلك المعروفة في نطاق القانون الخاص، وقد اتخذ هذا الرأي من تعريف العقد الإداري ومن العناصر المميزة له دليلاً على اعتبار عقد (B.O.O.T) من العقود الإدارية، حيث عرّف العقد الإداري بأنّه "الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية بالأخذ بأسلوب القانون العام"⁽⁴⁾، وتمتاز العقود الإدارية بأنّ شروطها تحدد مسبقاً ولا يملك من يتقدم للتعاقد مع الإدارة مناقشة تلك الشروط، وفي الوقت ذاته فإنّ الإدارة ملزمة بإدراجها بموجب القانون "الشروط العامة للعقد"⁽⁵⁾، أو كما تسمى في العراق بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 المعدلة. حيث يستند هؤلاء إلى أنّ هذه العقود تعدّ مثلاً نموذجياً للعقود الإدارية لما يتوافر فيها من شروط العقد الإداري بصورة واضحة وجلية⁽⁶⁾.

المذكورتين، بل إنّ العقد تضمن شرطاً صريحاً يمتنع بمقتضاه على الحكومة الليبية تعديل القوانين واللوائح المتعلقة بالحقوق التعاقدية المقررة بغير موافقة الشركتين المذكورتين". د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 84.

(1) د. محمد الروبي، نفس المصدر، ص 84.

(2) د. هاني صلاح سرى الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، المصدر السابق، ص 245.

(3) د. جورج شفيق ساري، تطور طريقة ومعيّار تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري، مصر، دار النهضة العربية، 2001، ص 136.

(4) د. أنس جعفر و د. أشرف انس جعفر، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2011، ص 17.

(5) د. علي محمد بدير ومشاركون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد، 2009، ص 472.

(6) د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود (BOT) وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص 47؛ د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 111 وما بعدها.

وقد اعتمد أنصار هذا الاتجاه في تكييف هذا النوع من العقود على أنها عقود إدارية على المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإداري، والمتمثلة في كون الإدارة طرفاً في العقد، واتصال العقد بمرفق عام، واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

فبالنسبة للشرط الأول، وهو كون الإدارة طرفاً في العقد، فلا شك في تحققه في العقود الإدارية المستحدثة، حيث تعدّ الإدارة دائماً أحد أطرافها، فالدولة قد تتدخل فيه بطريقة مباشرة وذلك بقيام من يمثلها من الحكومة بإبرام العقد، وقد تتدخل بطريقة غير مباشرة بتحويل أحد الأجهزة أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرام العقد، وبالتالي لا شك من تحقق الشرط الأول من الشروط الواجب توافرها لتمييز العقد الإداري .

وبالنسبة للشرط الثاني، وهو اتصال العقد بمرفق عام، فإنّ هذه العقود وإن كانت تستهدف في ظاهرها تحقيق ربح للطرف المتعاقد مع الإدارة، إلا أنّها في نظر الإدارة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق من المرافق العامة في الإدارة⁽²⁾، كما أنّ مظاهر سلطة الإدارة المرتبطة بالمرفق العام تظهر جليّة في هذا النوع من العقود، كالرقابة على تنفيذ العقد، والحق في مراجعته وغيرها من الحقوق الأخرى .

ومن الجدير الإشارة إليه، أنّ الاتجاه القائل بانتساب هذا النوع من العقود إلى طائفة العقود الإدارية ينبع من محاولات الفقه المؤيد لمطالب البلدان النامية بتحقيق العدالة الاقتصادية، والتي رأت أنّها لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال تنمية عاجلة لاقتصادياتها، باستغلال الموارد الطبيعية ونقل وتطوير التكنولوجيا وزيادة القدرات المحلية على تعجيل وزيادة التصنيع. وقد انعكس ذلك على المستوى القانوني، فطالبت هذه البلدان بمراجعة النظريات التقليدية لتحل محلها أخرى أكثر تقدماً، وهو ما عُرف بالنظام الاقتصادي العالمي الجديد⁽³⁾.

أما بالنسبة إلى الشرط الثالث، وهو أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، مثل المزايا التي تقررها للطرف المتعاقد مع الإدارة والذي غالباً ما يكون أجنبياً كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحه الأرض اللازمة لإقامة المشروع، بالإضافة إلى ما تحويه تلك العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص، مثل شروط تعديل العقد والرقابة عليه وإنهائه وتوقيع الجزاءات العقابية وهي مبادئ تتميز فيها العقود الإدارية، كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد وغيرها من الامتيازات التي منحها القانون للمتعاقد مع الإدارة، تجعل العقد إدارياً لأنّه لا يوجد ما يماثلها في

(1) إفلولي محمد، النظام القانوني لعقود الإدارة في مجال الاستثمار " التجربة الجزائرية نموذجاً، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 186 .

(2) د. علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم -دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 119.

(3) د. جمال الدين صلاح الدين، عقود الإدارة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 168 .

عقود القانون الخاص⁽¹⁾، ومن هذا المنطلق تعدّ العقود الإدارية المستحدثة حسب هذا الاتجاه عقوداً إدارية سواء تم عقدها مع طرف خاص وطنياً كان أو أجنبياً .

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ القصد من اتجاه الحكومة إلى التوسع في الشروط التعاقدية والتخفيف من الشروط التنظيمية، وتهيئة المناخ القانوني المناسب لجذب المستثمرين، ومنح امتيازات إلى القطاع الخاص - مثل الإعفاءات الكمركية وضمانات بعدم سحب المشروع و أحياناً منحه الأرض التي سيبنى عليها المشروع - هو تشجيع الاستثمار فهذه الشروط تحافظ على المصالح المشروعة للقطاع الخاص دون أن تهدر مقتضيات المصلحة العامة في الوقت ذاته⁽²⁾.

إلا أنّ هذا الرأي كسابقه قد تعرض إلى النقد، فالقول إنّ الامتيازات الممنوحة إلى المتعاقد وفق عقد (B.O.O.T) شروطاً استثنائية قول غير سليم، لأنّ المتعاقد يستمد هذه المزايا من القانون مباشرة وليس من العقد المبرم، لأنّها قد جاءت لصالح المتعاقد في مواجهة الإدارة وهي تخالف مفهوم الشرط الاستثنائي الذي يفترض فيه أنّ يكون لصالح الإدارة في مواجهة المتعاقد.

الفرع الثالث: عقد (B.O.O.T) تتحدد طبيعته وفقاً للشروط التي يتضمنها

يرى جانب من الفقه⁽³⁾، أنّ عقود (B.O.O.T) ليس ذات طبيعة واحدة، فتارة تكون عقوداً إدارية وتارة تكون عقوداً عادية، ذلك أنّ هذا الأمر يتوقف على السياسة الإدارية التي تتبعها الإدارة في تعاقدتها، فقد تستخدم في تعاقدتها وسائل القانون العام فيعده العقد إدارياً، أو تستخدم وسائل القانون الخاص فيعده العقد من عقود القانون الخاص، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ محاولة وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذا النوع من العقود هي محاولة محكوم عليها بالفشل، نظراً لأنّ هذه العقود تبرم وتنفذ بواسطة صور تعاقدية متعددة، وبالتالي فقد تختلف الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عقد وكذلك الظروف والملابسات التي تحيط بكل عملية بصورة مستقلة، كل هذا يجعل من الصعوبة وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذه العقود في جميع صورها وفي كل الحالات، لأنّ هذا يترتب عليه غموض بالشروط القانونية والاقتصادية الخاصة بكل عقد، ومن ثم فإنّ الأفضل هو تكييف كل عقد بصورة مستقلة في ضوء شروطه وعناصره وأيضاً الظروف والملابسات التي أحاطت به، بحيث يكون التكييف متسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد وموضحاً في الوقت ذاته الخصوصية التي تميّز كل عقد، وبناءً على هذا التكييف المرن قد تعتبر هذه العقود عقوداً إدارية أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة، وفي ضوء الشروط السابقة وهذا التكييف المرن يسمح بتطور هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على

(1) د. بشار محمد الأسعد، عقود الإدارة في القانون الدولي، مصدر سابق، ص 93 .

(2) د. محمد الروبي، المصدر السابق، ص 69.

(3) د. يوسف عبد الهادي الأكيايبي، مصدر سابق، ص 311، د. محمد عبد العزيز علي بكر، مصدر سابق، ص 260 .

مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية للدول⁽¹⁾، وقد استند هذا الرأي في تبرير موقفه بالحجج الآتية:-

1 - الصفات الذاتية لعقود (B.O.O.T) : يبرر أنصار هذا الاتجاه أنه على الرغم من أن عقود (B.O.O.T) لها جذور تتمثل في عقود الامتياز إلا أن بينهما العديد من الخلافات الجوهرية، وأصبحت هذه العقود تبرم بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين وأضحت مفهوماً جديداً في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة، وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة لذلك يصعب وضع تكييف محدد وثابت لهذه العقود، إنمّا يلزم مراجعة كل عقد بصورة منفردة والنظر إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوفر فيه من عدمه، فإذا توفرت عناصر العقد الإداري مكتملة كان العقد إدارياً وإلا كان مدنياً⁽²⁾.

2 - صعوبة إعطاء تكييف موحد على جميع عقود (B.O.O.T) : يرى أنصار هذا الرأي أيضاً أن محاولة وضع تكييف واحد عام ينطبق على عقود (B.O.O.T) جميعها هي محاولة محكوم عليها بالفشل، نظراً لأن هذه العقود تبرم وتنفذ بواسطة صور تعاقدية متعددة، وبالتالي فقد تختلف الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عقد وكذلك الظروف والملابسات التي تحيط بكل عملية بصورة مستقلة، كل هذا يجعل من الصعوبة وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذه العقود في جميع صورها وفي كل الحالات، لأن هذا يترتب عليه غموض بالشروط القانونية والاقتصادية الخاصة بكل عقد، ومن ثم فإنّ الأوفق هو تكييف كل عقد بصورة مستقلة في ضوء شروطه وعناصره وأيضاً الظروف والملابسات التي أحاطت به، بحيث يكون التكييف متسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد وموضحاً في الوقت ذاته الخصوصية التي تميز كل عقد، وبناءً على هذا التكييف المرن والواقعي قد يعدّ عقداً (B.O.O.T) عقداً إدارياً أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة، وفي ضوء الشروط السابقة وهذا التكييف المرن يسمح بتطور هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية للدول⁽³⁾.

(1) د. محمد الروبي، المصدر السابق، ص 87 وما بعدها .

(2) بشرى محمد سلمان السعدي، خصخصة المرافق العامة بطريق عقود البناء والتشغيل والنقل إلى الجهة المستفيدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2012، ص 62 .

(3) د. محمد الروبي، المصدر السابق، ص 87 وما يليها.

الفرع الرابع: عقد (B.O.O.T) هو تنظيم وليس عقداً

أنكر البعض⁽¹⁾ صفة العقد أو الاتفاق عن نظام (B.O.O.T)، ويرى بأنه نظام اقتصادي يستلزم تنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة، وحتى أن مصالح الأطراف تتعارض فيما بينهما. ورغم ذلك تقدم الإدارة على هذا النظام تسهياً لسير المرافق العامة.

إلا أنه يرد على هذا الرأي الذي ينكر الطبيعة الاتفاقية لهذا العقد، بأن الاتفاقات الفرعية التي يتضمنها إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الإدارة وشركة المشروع. أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذاً لهذا العقد، والتي قد تكون عقود التزام أو عقود إشغال أو عقود توريد أو عقود تتعلق بالتمويل أو عقود إدارية أو مدنية بحسب الأحوال فلا تؤثر على طبيعة عقد (B.O.O.T)⁽²⁾، ولذلك لا يمكن القبول بهذا النظرية.

والرأي الذي نرجحه يمكن القول فيه أنه مما تقدم ذكره يتبين لنا مدى اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فمنهم من ذهب إلى اعتباره عقداً خاصاً ومنهم من ذهب إلى اعتباره عقداً إدارياً ومنهم من ذهب مذهباً وسطاً بين الإثنين فنذكر أن طبيعة هذا النوع من العقود تتحدد في كل حالة بذاتها، والباحث من جانبه يؤيد الرأي الأول القائل بأن طبيعة هذا النوع من العقود هي عقود إدارية، وهي مثلاً نموذجياً للعقود الإدارية غير التقليدية لما يتوافر فيها من شروط العقد الإداري بصورة واضحة وجلية، وهي:-

1- أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام .

2- أن يهدف المشروع محل العقد إلى تسيير وإدارة أحد المرافق العامة في الإدارة.

3- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وبتطبيق هذه الشروط على هذا النوع من العقود، يتضح أنها تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، كتلك التي تتمتع بها الشركة المتعاقدة مثل حقها في شغل أراضي واستخدام عمال أجانب، فضلاً عما تتمتع به من الإعفاء من الضرائب والرسوم، وتلك التي تخول جهة الإدارة الوطنية المتعاقدة بعض الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها كحقها في التفتيش على نشاط الشركات المتعاقدة، وفحص دفاترها وسجلاتها، وحقها في فسخ العقد في حالات معينة⁽³⁾، كما تملك الإدارة سلطة تعديل العقد دون موافقة المتعاقد معها، مع حفظ حقه في التعويض متى كان له مبرر معقول⁽⁴⁾، فضلاً عن أن هذا النوع من العقود تتعلق بتنظيم

(1) د. هاني صلاح سرى الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مصدر سابق، ص 5؛ احمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 196؛ د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص 188 .

(2) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 49 .

(3) د. عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ط 1، ص 131.

(4) د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ط 1، 2002، ص 83 .

وتسيير مرفق عام، حيث يمكن أن يستشف ويتم التأكد من طابع المرفق العام في هذا النوع من العقود من عدة قرائن مستمدة من العقد ذاته، كموافقة الإدارة متمثلة بأجهزتها ومؤسساتها على المشروع محل العقد.

المبحث الثاني: مزايا عقد (B.O.O.T) ومآخذه وعوامل نجاح تطبيقه في العراق

لاشك أن تقييم العقد موضوع البحث له أثره في مدى الأخذ به والتعاقد بموجبه لتنفيذ المشروعات المقترحة من قبل الدولة أو أحد دوائرها التابعة لها، ويكون التقييم المطلوب من خلال ما أفرزه التطبيق العملي للتعاقد وفق هذا العقد، عليه من الضروري بيان مزايا ومآخذ هذا العقد التي سجلها المختصون والمراقبون بحيثيات بشأنه، وعليه سيقوم الباحث بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول سيتم تخصيصه لبيان مزايا هذا العقد، والفرع الثاني لبيان سلبياته أو مآخذه، وكالاتي :-

المطلب الاول : مزايا عقد (B.O.O.T) ومآخذه

وسنبيّن كلا من المزايا و المآخذ بشكل منفصل بفرعين منفصلين، وكما يأتي:

الفرع الأول: مزايا عقد (B.O.O.T)

إنّ لعقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) عديد من المزايا التي يحققها للجهة الإدارية المتعاقدة من ناحية والمتعاقد معها من ناحية أخرى، شجعت أغلب البلدان وخاصة النامية منها إلى تبني هذا النوع من العقود وتتمثل هذه المزايا بالآتي :-

- تخفيف العبء عن الموازنة العامة وتنشيط المشاريع المالية .

يتحمل القطاع الخاص بموجب هذا العقد تمويل وإنشاء وتشغيل بعض المرافق ذات الأهمية، مما يؤدي إلى تفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية.

ومن ثم فإنّ مشاركة القطاع الخاص في تمويل المشروعات الهامة يسمح للدولة بإنشاء ومواصلة حركة التنمية ببناء مرافق اقتصادية جديدة تحتاج إليها، مثل محطات الكهرباء ومياه الشرب والصرف الصحي والمطارات وخلافه دون تحميل موازنة الدولة أعباء مالية مباشرة. ودون التجاء الدولة إلى الاقتراض من مؤسسات التمويل التجارية وغيرها، وهو ما يسمح للدولة بتوجيه موارد الخزنة بشكل أكبر إلى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي وأرباح مباشرة، مثل قطاع التعليم والصحة وذلك دون عجز في الموازنة⁽¹⁾.

(1) د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 396.

ولعل التمويل عن طريق الأشخاص الأجنبية الخاصة يوفر للبلاد استثمارات أجنبية مباشرة بالعملية الصعبة، وهذه الاستثمارات بدورها تساهم في توفير العملة الصعبة مما يحافظ على سيولة العملة الأجنبية بالسوق الداخلية وبالتبعية يحافظ ذلك على سعر صرف العملة الوطنية أمام العملات الأجنبية⁽¹⁾.

- أن تمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، يؤدي إلى الحصول على أحدث وسائل التقنيات الحديثة التي يستلزمها إقامة هذه المشروعات والتي تمتلكها الشركات الكبرى⁽²⁾.
ومن المعلوم أن الإدارة الخاصة هي أكثر فعالية من الإدارة الحكومية. فإذا ما عهد إليها بإنشاء مرافق عامة وتشغيلها ينتج عن ذلك تحسين أداء هذه المرافق، وتحسين وضع الحكومات أمام المواطنين، مما يزيد من ثقة المواطن بدولته وأدائها وقدرتها على مواكبة التقدم العلمي والتكن ولوجي، وهذا ما يعود بالخير والفائدة على المجتمع⁽³⁾.

- مؤشر الجدوى الاقتصادية

أن المستثمر غالباً ما يلجأ إلى مؤسسات التمويل لتمده بالأموال اللازمة لتنفيذ المشروعات وفق صيغة (B.O.O.T)، وهذه المؤسسات لا يمكن الحصول على موافقتها بالتمويل ما لم تكن دراسة الجدوى قد أظهرت قدرته على الإيفاء. الأمر الذي يدفع بهذه المؤسسات الممولة إلى تحليل دراسة الجدوى ومراقبتها، ومن التأكد فعلياً على قدرة المستثمر. الأمر الذي يفهم منه أن قبولها بتمويله، دليل على أهمية المشروع وضمن تحقيقه للأهداف المرجوة منه، وبالتالي تكون الحكومة قد تيقنت من أنها تسلك الطريق الصحيح في مشروعها الذي تنوي التعاقد عليه مع شركة المشروع⁽⁴⁾.

- أن مخاطر إدارة المرفق العام تنتقل بالكلية إلى القطاع الخاص في حالة الخسارة وعدم تحقيق جدواه الاقتصادية، وإن كان لذلك أثر سيئ على المستثمر إلا أن ذلك يعفي الدولة إلى حد ما من عبء الخسائر التي قد تلحق بالمرافق العامة، على أساس أن هذه المشاركة من وسائل توزيع المخاطر⁽⁵⁾.
- يؤدي عقد (B.O.O.T) إلى الإسراع بإنشاء المشروعات التنموية⁽⁶⁾. على افتراض أن المستثمر قد حددت له مدة معينة تم الاتفاق عليها في العقد بينه وبين الإدارة، فمن مصلحته أن يقوم بإكمال ما تم التعاقد

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، ص 162.

(2) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2003، ص 91.

(3) د. الياس ناصيف، العقود الدولية، مصدر سابق، ص 148.

(4) د. الياس ناصيف، المصدر نفسه، ص 148.

(5) د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، 2001، ص 189.

(6) د. أحمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 397.

بشأنه كي يسارع بعجلة تحصيل ما تم إنفاقه من تمويل لذلك المشروع، فيما لو كان التنفيذ وفق الشروط المتفق عليها.

ويمكن القول، أنّ ذلك يساعد الحكومة على تخطي الكثير من العقبات والمشاكل التي ترافق تنفيذ العقود الإدارية بصورتها التقليدية من تلكؤ وتباطؤ في التنفيذ، وعلى حساب المصلحة العامة التي تقتضي إكمال تنفيذ المشروعات العامة لتي تضطلع بتقديم الخدمات الضرورية التي يكون المواطن بأمس الحاجة إلى خدماتها. - كما يؤدي كذلك إلى رفع كفاءة تشغيل ومستوى خدمات البنية الأساسية والمرافق الضرورية، وذلك لأنّ القطاع الخاص يتمتع باكتساب خبرة مالية وفنية أكبر بالإضافة إلى أنّ له مصلحة مباشرة من رفع مستوى الخدمة بكفاءة عالية حتى يجذب الجمهور، مما يؤدي إلى توفير الإيرادات على نحو يمكن شركة المشروع من سداد أقساط القروض اللازمة لتمويل المشروع⁽¹⁾.

- تصحيح فعالية القطاع العام: يمكن للقطاع الخاص أن يصحح حالة عدم الفعالية التي يتسم بها القطاع العام في إنشاء المشاريع وتسييرها في أغلب الأحيان، وأن يستجيب بصورة أكثر تلقائية وسهولة لطلبات المستفيدين من خدمات هذه المشاريع، فالمسألة ليست دائماً في إنشاء المشاريع، بل في جعلها أكثر فعالية. ففي قطاع الكهرباء مثلاً تكون التدابير المتعلقة بتقليل الهدر، سواء في توليد الكهرباء أو في استعمالها، من قبل القيمين على التمويل الذاتي أكثر فاعلية وأفضل، فيما لو أوكل هذا الأمر إلى القطاع الخاص، كون أنّ عامل الربح يجعل من هذا القطاع أكثر جدية في ذلك، فمن جهة يحرص على السرعة في التنفيذ، للبدء بأسرع ما يمكن في عمليات الاستثمار، ومن جهة ثانية، ولأنه معني بالاستفادة بصورة مباشرة من حسنات التنفيذ لمشاريع سيستثمرها لآجال طويلة، فإنّ القطاع الخاص المستثمر، يسعى إلى أن يكون المشروع الذي ينفذه على درجة عالية من الجودة، كي لا يتعرض، فيما بعد، إلى مواجهة نفقات كبيرة في إصلاح عيوب أساسية تعتري تنفيذه⁽²⁾.

- الحد من حجم الفساد المالي والإداري

يعدّ الفساد المالي والإداري ظاهرة اقتصادية واجتماعية وسياسية دولية خطيرة أشغلت بال الكثير من القائمين على القطاعين العام والخاص، لما لتلك الظاهرة من آثار سلبية على النمو الاقتصادي وارتفاع معدلات الفقر نتيجة لما تحدثه من سوء في تخصيص الموارد وفي توجيهها نحو الاستثمارات غير المنتجة بهدف تحقيق الكسب غير المشروع عبر قنوات عديدة أهمها (الرشى والعمولات والاختلاس) وبذلك فإنّ الفساد يستدل عليه

(1) د. احمد سلامة بدر، المصدر نفسه، ص 397.

(2) د.الياس ناصيف، العقود الدولية، مصدر سابق، ص 150 .

من عوامل عديدة أهمها، ضخامة استثمار القطاع العام، تناقص في الإيرادات الحكومية، تناقص الإنفاق على عمليات الصيانة والتشغيل، بالإضافة إلى تدني نوعية البنية الأساسية العامة⁽¹⁾.

وبالتالي يمكن القول أنّ استحواد القطاع العام على قطاع الاستثمار من شأنه أن يفسح المجال لتفشي الفساد بأنواعه، ابتداء من مرحلة رسو العطاءات وحتى مراحل تنفيذ العقد فيما إذا كان من العقود الإدارية التقليدية، إلى جانب تأثر عمليات التعاقد والتنفيذ بالعامل السياسي والحزبي، فقد يعمد أصحاب القرار الحكومي أحياناً إلى محاباة بعض الشركات المحلية لتسهيل عملية التعاقد معها رغم عدم توفر الشروط والمؤهلات اللازمة لذلك .

كما يمكن القول أنّ من شأن التعاقد بصيغة العقود الإدارية المستحدثة أن يتجاوز الكثير من العقبات والمشاكل التي قد تكون سبباً لشيوع ظاهرة الفساد الإداري والمالي، وما لذلك من اثر سلبي في عملية تحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله المرفق العام، ألا وهو تقديم الخدمات العامة للمواطنين بانتظام واستمرار .

- تحقيق الرفاهية الاقتصادية

تشكل مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشاريع البنية الضرورية من خلال عقد (B.O.O.T) وسيلة رئيسية لمعالجة الركود والانكماش الاقتصادي، حيث تعتمد عليها الدول التي تتبع هذا النوع من التمويل لغرض تحقيق الانتعاش وإطالة مدة الرواج والحيولة دون تحوّل الانكماش إلى ركود، إذ أنّ اتفاق مشروعات البنية الأساسية يسبق إقامة وإنتاج الخدمة، والمنفعة التي تولدها مما يؤدي إلى خلق قوى شرائية دافعة للانتعاش الاقتصادي⁽²⁾.

الفرع الثاني: مآخذ عقد (B.O.O.T)

رغم المزايا الكثيرة التي يحققها هذا العقد، فقد أثبتت التجارب العملية أنّ هناك بعض المثالب والمآخذ، أدت إلى ترتيب أعباء اقتصادية على الدول التي اعتمدهت وذلك لأسباب كثيرة من أهمها:-

1 - توظيف عائدات الاستثمار للمصالح الخارجية: إنّ التعاقد وفق صيغة (B.O.O.T) ورغبة الدول المضيفة في جذب رؤوس المال من الخارج لاستثمارها في السوق المحلية قد لا يتحقق، بل على العكس من ذلك فقد يلجأ المستثمر، سواء كان محلياً أو أجنبياً إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم لمشروعه، بدلاً من تحويل الأموال من الخارج كاستقراضه من المصارف والمؤسسات المالية المحلية مثلاً، ثم بعد ذلك يستخدم التمويل الداخلي الذي يحصل عليه لاستيراد المعدات والأجهزة اللازمة من الخارج، وهذا الأمر يؤدي

(1) علي جواد صالح، اللامعيارية والفساد الإداري دراسة ميدانية في المؤسسات الإصلاحية في مدينة بغداد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الآداب، قسم الاجتماع، 2010، ص 1 .

(2) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام (B.O.O.T)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010، ص 19 .

بالطبع إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية، والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، مما يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية⁽¹⁾.

وتلافياً لهذه المخاوف، يرى الباحث إمكانية وجوب النص في صلب العقد موضوع البحث على إلزام شركة المشروع بضرورة تمويل نسبة معينة من قيمة وتكاليف تنفيذ المشروع محل العقد ذاتياً دون اللجوء إلى الاقتراض الداخلي، بالإضافة إلى ضرورة وضع ضوابط شروط مصرفية محكمة في بلد المشروع للحيلولة دون تحقق سينات التمويل لهذا النوع من المشاريع .

2- أن إبرام عقد (B.O.O.T) لمدة طويلة هو أمر شديد الخطورة، لأنّ عقداً يعقد بهذه المدة الطويلة من الزمن من شأنه أن يقيد أجيالاً من بعدها أجيالاً ثم أنه قد يربط أوضاعاً سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد⁽²⁾.

وهذا ما دفع بأصحاب هذا الرأي إلى العمل على إعادة النظر بهذه المدد الطويلة التي يصعب معها أو يستحيل على المتعهد تسليم المشروع صالحاً للاستعمال، أو يحقق نتيجة ملموسة لاقتصاد بلد المشروع محل العقد، وهذا ما حصل فعلاً بإصدار المشرع المصري قانون رقم (67) لسنة 2010 والخاص بتنظيم المشاركة مع القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية إذ نص على وجوب أن لا تتجاوز المدة عن خمسين عاماً. أما موقف القانون العراقي تجاه مدة عقد (B.O.O.T)، فيمكن أن نستشفها من خلال المدة في العقود الاستثمارية، باعتبار العقد موضوع البحث عقداً من العقود الاستثمارية، وبالرجوع إلى القانون المذكور نجد أنه قد نص على أنّ " للمستثمر العراقي أو الأجنبي حق استئجار الأراضي والعقارات من الدولة أو من القطاعين الخاص والمختلط لغرض إقامة المشاريع الاستثمارية عليها لمدة لا تزيد على (50) سنة قابلة للتجديد بعد مراعاة طبيعة المشروع والجوى الاقتصادية منه"⁽³⁾.

ولمعالجة يمكن أن تكون هناك دراسة معمقة محلها المدة الزمنية التي يمكن أن يستغرقها العقد، والنص في العقد على مدة معقولة تتفق عليها الأطراف المتعاقدة بما يحقق الأهداف والغاية المرجوة من إبرام العقد .

3- غالباً ما يتضمن عقد (B.O.O.T) شرط الثبات التشريعي، وهذا الشرط يقصد به منع الدولة من تغيير التشريعات التي أبرم العقد في ظلها أي أنّ المتعاقد يظل خاضعاً للقانون الذي أبرم العقد في ظلها، ومن الأمثلة

(1) د.الياس ناصيف، العقود الدولية، المصدر نفسه، ص152 .

(2) د.جابر جاد نصار، عقود البوت، عقود البوت والتطور الحديث لعقود الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص61، كذلك ينظر : د.عصام احمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص62 .

(3) يُنظر نص (الفقرة 3/أ) من المادة(10) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .

الواضحة على ذلك، لو تغيرت النصوص المتعلقة بالضرائب عن طريق زيادتها أثناء تنفيذ العقد، فإن احتواء العقد على نص الثبات التشريعي يؤدي إلى حل التعاقد من دفع الزيادة الضريبية الطارئة⁽¹⁾.

4 - أن تعدد العلاقات التعاقدية المتشابكة في عقد (B.O.O.T) تقتضي أن تتحمل دولة المشروع محل العقد تكاليف باهظة، تتمثل بأجور المستشارين الماليين والقانونيين، وبالرجوع إلى الواقع العملي وتطبيقات هذا النوع من العقود، نرى وعلى سبيل المثال أن تكلفة إبرام العقود فقط وما تم إنفاقه على المفاوضات والأتعاب التي تم دفعها للمستشارين الماليين والقانونيين في مشروع بناء محطة كهرباء سيدي كير، وفقاً لما قد أفصح عنه مدير شركة المشروع في مصر حينذاك يقدر بإثني عشر مليون دولار أمريكي⁽²⁾.

ويمكن القول بإمكانية معالجة هذا الأمر من خلال الاعتماد على الخبرات والكفاءات الموجودة في القطاع العام، والتي لا تكلف الإدارة التعاقدية من الأجور ما تكلفه تلك الخبرات التي يتم التعاقد معها من خارج القطاع العام في دولة المشروع محل العقد .

5- وفيما يتعلق بنقل عبء المخاطر التجارية إلى القطاع الخاص، فهذا قول بحاجة إلى إيضاح، فهو لا يعني نقل عبء جميع المخاطر المرتبطة بالمشروع على عاتق القطاع الخاص، بل تظل بعض الأنواع الخاصة من المخاطر مسئولية الدولة، فالمخاطر السياسية في دولة المشروع تقع على عاتق الجهة الحكومية المتعاقدة⁽³⁾. ومن قبيل المخاطر السياسية عادة وكما يعدها الفقه هي⁽⁴⁾:-

أ - التأمين والمصادرة لأصول شركة المشروع (المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة) .

ب - التغيير في القوانين واللوائح السارية وقت التعاقد تعديلاً أو إلغاءً، والذي يكون من شأنه تغيير تكلفة المشروع أو قلب اقتصادياته رأساً على عقب بالإخلال بالتوازن المالي له. إضافة إلى ذلك أي تشريعات أو لوائح تفرض قيوداً على الإنشاء أو التشغيل أو الصيانة أو التمويل أو تأمين أو ملكية المرفق أو الأسعار. وإن كان يمكن توقي ذلك بشرط الثبات .

ج - العنف السياسي والحروب والإضرابات ويعدها البعض من قبيل القوة القاهرة السياسية على أساس أنه يستحيل معها أحياناً تنفيذ الالتزام .

د - حظر تحويل العملة الأجنبية إلى الخارج أو تحويل العملة الوطنية إلى عملة أجنبية، وهو ما يضر بشركة المشروع والمساهمين وقدرتهم على تحويل أرباحهم بالعملة الصعبة إلى الخارج .

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الإدارة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، ص 80 .

(2) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T، مصدر سابق، ص 54.

(3) د.كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 46.

(4) د.محمد عبد المجيد إسماعيل، المصدر السابق، ص 165، ينظر كذلك : د. هاني سرى الدين، مصدر سابق، ص 179.

هـ - التأخر في الدخول في العملية التعاقدية والتي قد تستغرق عدة سنوات لعدم وجود نظام تشريعي شامل وجامع لشتات هذه التعاقدات، فضلاً عن تعقد الإجراءات لاسيما فيما يتعلق باختيار المتعاقد خاصة إذا كانت شركة المشروع شركة أجنبية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: عوامل نجاح مشروعات عقد (B.O.O.T) في جمهورية العراق

وقبل المباشرة ببيان وتحديد عوامل النجاح، يتوجب علينا أولاً الإجابة على سؤال محوري جوهري لماذا الدعوة إلى تطبيق BOOT في جمهورية العراق؟

إجابة هذا السؤال تكمن في الوظيفة التي يقوم بها عقد BOOT والتي توضحها مزايا هذا العقد من جهة، ومن جهة ثانية صعوبة قيام الدولة بانجاز متطلبات البنية التحتية في العراق القائمة حالياً من حيث الصيانة والتأهيل، وعجزها عن استحداث مرافق جديدة لهذه البنية في الأمد القريب لأسباب عديدة لعل أهمها:

السبب الأول: العوز المالي الذي يعاني العراق منه والذي ينال من قدرة الدولة على النهوض بأعباء توفير الخدمات العامة لمواطنيها، سيما في مجال الخدمات التي تقدمها مرافق البنية التحتية لأسباب عديدة لعل أهمها انخفاض أسعار النفط، الذي يعد المورد الرئيس في العراق لتمويل موازنته العامة باعتباره يعتمد اعتماداً كلياً على القطاع النفطي حيث يكون 95% من إجمالي دخل العراق من العملة الصعبة..

السبب الثاني: أعباء الديون التي يدين بها العراق نتيجة حرب الخليج الأولى والتي كلفته ما يقرب من 100 مليار دولار وحرب الخليج الثانية والتعويضات المحكوم بدفعها، وكذا الحال مع ديون للدول المقرضة والتي تتحمل عبئها الأجيال المقبلة بأصولها والفوائد المترتبة عليها، ومن أهمها ديون دول نادي باريس وديون الدول غير الأعضاء في نادي باريس وديون دول مجلس التعاون الأجنبي وديون القطاع الخاص الأجنبي.

السبب الثالث: الزيادة السكانية المطردة التي يشهدها العراق في الوقت الحاضر، وما يتبعها بالضرورة من زيادة الحاجة إلى التوسع في مرافق البنية التحتية لتلبية متطلبات تلك الزيادة سيما في ميادين الغذاء والصحة والبيئة والتعليم إذ أعلن الجهاز المركزي للإحصاء أنّ معدل النمو السكاني في العراق يبلغ حالياً نحو 2,9 %، وهو الأعلى بين معدلات النمو بالعالم، مبيّناً أنّ عدد سكان العراق وصل إلى حدود 34 مليوناً و500 ألف نسمة. وقال رئيس الجهاز وكيل وزارة التخطيط: أنّ عدد سكان العراق ازداد خلال العام الماضي بنحو مليون نسمة وبمعدل نمو بلغ 2,9 %، وهذا المعدل يعدّ من أعلى المعدلات في العالم، إذ انخفض معدل النمو في معظم دول العالم إلى دون 2. %

(1) د.انس جعفر، مصدر سابق، ص 93.

السبب الرابع: الزيادة المستمرة في النفقات اللازمة لمواجهة تكاليف الحرب على الإرهاب التي تخوضها الدولة وما زالت منذ ما يزيد على 12 عاماً، فضلاً عما يستتبع ذلك من نفقات باهظة تعجز الدولة عن الوفاء بها للشروع بعمليات الإعمار وإعادة تأهيل البنى التحتية المدمرة بفعل الإرهاب.

السبب الخامس: مشكلات الفساد الإداري والمالي الذي تعاني منه الأغلب الأعم من مؤسسات الدولة، وما يفضي إليه من إهدار أموالها وزيادة تكاليف مواجهتها له.

هذا وقد أوجز تقرير الأمم المتحدة للتنمية وضع الاقتصاد العراقي في عام 2013، بقوله (أنّ العراق لم يستطع من تقديم الخدمات الأساسية بشكل كفاء، وحوالي 23% من العراقيين في فقر مدقع، وأنّ الاقتصاد العراقي، خارج قطاع النفط، يبقى ضعيفاً وغير قادر على خلق فرص عمل لقوى العمل النامية، وأدت إلى وجود بطالة بمعدل 20%، وفي عام 2011 وصلت حصة الفرد العراقي من الناتج المحلي الإجمالي إلى المستوى الذي تم الوصول إليه عام 1980).

هذه الأسباب هي التي تشكل الباعث الدافع الذي يجعل من تبني العراق لهذا النوع من العقود أمراً ضرورياً للتهوض بواجب إقامة مرافق خدمات البنية التحتية، فضلاً عما يحققه لها من مزايا سبق لنا توضيحها، ولكن هناك العديد من العوامل أو المتطلبات الإدارية التي يجب على الحكومة القيام بتوفيرها حتى تضمن نجاح هذا النوع من العقود من جهة، ورفع مثالبها المترتبة على تبنيها من جهة ثانية ومن أهم هذه العوامل أو المتطلبات ما يأتي :-

العامل الأول: توفر الإرادة السياسية

يعدّ توفر الإرادة السياسية التي تعدّ الركيزة الأساس للنجاح في تحقيق الرؤية كواقع ملموس، وتترجم إلى خطوات تشريعية وتنفيذية؛ تمهيداً لتكون سياسة دعم استخدام هذا النوع من العقود القائمة على أساس الانتفاع بالاستثمار الأجنبي المباشر مكملة لسياسة دعم الاستثمار الوطني، وأنّ الاستثمار الأجنبي المباشر عملية مؤقتة إلى حين زيادة الاستثمار المحلي كما ونوعاً، بحيث يستطيع قيادة عملية النمو الاقتصادي؛ إذ أنّ الاعتماد الكلي على الاستثمار الأجنبي المباشر قد يوّلّد مخاطر على الاقتصاد الوطني، ولا سيما في حالة الأزمات الاقتصادية العالمية أو المحلية، وإعلان الرؤية خطوة إيجابية ورسالة واضحة نحو تشجيع وجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية، لذا فعلى الحكومة إذا كانت راغبة بالتنمية أن تعمل على جذب الاستثمارات الخاصة سواء كان المستثمر محلياً أو أجنبياً، وأن تقوم بمنح التسهيلات المشجعة لتلك الاستثمارات وأن تتبنى سياسة استثمارية واضحة في هذا المجال، وبخلاف ذلك تكون عملية جذب هذه الاستثمارات غير ناجحة وغير مجدية.

ومن ضمن ما يجب أن تقوم به الدولة لتحقيق نجاح عقد (B.O.O.T)، هو احترامها لشروط العقد، والتزامها بمعايير الشفافية، ومنح المستثمرين فرصة الاطلاع على المشاريع التي ترغب الدولة في طرحها للاستثمار بالصيغة التي ترغب بها، كما يجب عليها تذليل كل الصعوبات التي من المتوقع أن تعترض سبيل

إقامتها وفق ما تم التعاقد عليه من شروط ومواصفات، فإذا ما توفرت هذه البيئة للمستثمر وكانت الدولة حسنة النية، تولدت الرغبة لدى المستثمرين للتعاقد معها⁽¹⁾.

العامل الثاني : توفر خريطة إستثمارية لأهم المشروعات

يجب توفر خريطة استثمارية واضحة لأهم المشروعات المطروحة للاستثمار الأجنبي المباشر والوطني والقطاعات التي تشملها والأهداف المطلوب تحقيقها، ويعني ذلك تعريف المستثمر الأجنبي بأهم الفرص المتاحة وحجمها والقطاعات الرئيسية المراد تنميتها.

العامل الثالث : توفير البيئة القانونية المناسبة للاستثمارات

لكي يأخذ عقد (B.O.O.T) طريقه نحو النجاح وتحقيق الأهداف المرجوة منه والحيلولة دون الدخول في مشاكل قانونية تكون جميع الأطراف المتعاقدة في غنى عنها، فإنّ ذلك يتطلب توافر بيئة قانونية تتلاءم مع هذا النوع من العقود، فتنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص وأهمها العقد موضوع البحث لا تتم في فراغ، وإنما تتم على إقليم دولة مضيئة للاستثمار لها نظمها وقوانينها، وتجري المشاريع المنفذة في بلد المشروع وجوداً وهدماً مع هذه الأنظمة والقوانين⁽²⁾.

ومن مهام الدولة في هذا الصدد أن تكون قوانينها وأنظمتها واضحة وغير مبهمة للمستثمر، بحيث تتحدد فيها مزايا المشروع محل العقد ومخاطره، كما يجب على الدولة في هذا الشأن مراجعة تشريعاتها المتعلقة بالاستثمار بصفة دورية كلما دعت الحاجة لذلك، وكلما أصبحت هذه المراجعة ضرورية وجزء من مهمة تشجيع الاستثمار، كأن تكون المراجعة لمعالجة بعض المشاكل والعراقيل التي تعيق عملية إبرام هذا النوع من العقود بسهولة ويسر وشفافية⁽³⁾.

ثالثاً - توفير البيئة الإدارية المناسبة

ويقصد بالبيئة الإدارية المناسبة هو الابتعاد عن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى نفور المستثمرين وعدم دخولهم البلد الذي يرغب بدخول المستثمرين إليه، أي أن تتباعد الحكومة بكل مفاصلها ذات العلاقة عن كل ما يعوق عملية الاستثمار من روتين ومراجعات طويلة وأساليب إدارية معقدة⁽⁴⁾.

(1) انظر في مثل هذا الامر في عموم الدول د. كمال طلبه المتولي سلامة، مصدر سابق، ص 91 .

(2) د.حسن محمود محمد عبد الحفيظ الهنداوي، النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006، ص 54.

(3) د. كمال طلبه المتولي سلامة، مصدر سابق، ص 91 .

(4) د. محمد غازي الجاللي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة، جامعة عين شمس، 2000، ص 50 .

وبالتالي فإنّ الجهة الإدارية المختصة بالإشراف والإعداد لتطبيق هذا النوع من التعاقد تكون ملزمة بإتباع سياسة تنسيقية واحدة، تتمثل بأن تقوم جهة واحدة بالاتصال مع المستثمر، وتأخذ على عاتقها مهمة الحصول على كافة التراخيص والموافقات اللازمة لتنفيذ العقد. وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل من خلال الأخذ بطريقة النافذة الواحدة، والتي يكون لها دور كبير في الحيلولة دون إطالة وقت المراجعات والإنشغال في الروتين الإداري الممل مما ينعكس سلباً على رغبة المستثمر في الاستثمار داخل البلد⁽¹⁾.

رابعاً - دعم المشاريع الاستثمارية وتقديم الحوافز الحكومية للمستثمرين

ويكون ذلك من خلال تقديم الضمانات الحكومية اللازمة، ومنها ما يتمثل بضمان السماح للمتعاقد مع الإدارة بتحويل عائد المشروع محل العقد إلى العملة الصعبة، وكذلك ضمان الحكومة لمخاطر القوة القاهرة وتعويض شركة المشروع في حالة المصادرة، بالإضافة إلى ما للجهة الإدارية المختصة بالتعاقد وفق هذا النمط من المشاريع من دور مهم في تقديم التسهيلات والحصول على الموافقات اللازمة لتسلم شركة المشروع للأرض التي سيقام عليها المشروع خالية من الشواغل، أضف إلى ذلك ما يتعلق بحوافز الإعفاء من الضريبة وإعفاء المعدات والمواد اللازمة لتشغيل المشروع من الرسوم الجمركية وغيرها⁽²⁾.

خامساً - دراسة الجدوى البيئية والاجتماعية للعقد

ويكون ذلك من خلال دراسة التصور البيئي وتحديد المخاطر البيئية والتأثير البيئي للمشروع محل العقد، كأن يتم وضع المعايير البيئية اللازمة لتكنولوجيا أكثر بيئية وتطوراً، كما أنّ دراسة الجدوى الاجتماعية للمشروع محل العقد تساهم في الحد من حجم البطالة في الدولة المضيفة للمشروعات المنفذة وفق صيغة هذا العقد ولا سيما في الدول النامية منها⁽³⁾.

(1) المادة (3/9) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .

(2) د.كمال طلبه المتولى سلامة، مصدر سابق، ص 93 .

(3) د. كمال طلبه المتولى سلامة، المصدر نفسه، ص 100 .

خاتمة

اتجهت هذه الدراسة في الواقع إلى الوصول إلى فكرة واضحة - قدر الإمكان - حول التعريف بعقد (B.O.O.T) وبيان تكييفه القانوني، إذ تبين لنا على طول البحث مدى أهميته وإمكان إعماله في العراق كحل لما يعانيه قطاع البنية التحتية فيه من مشكلات، ويمكننا أن نركز في هذه الخاتمة على أهم ما توصلنا إليه من نتائج مع تقديم بعض التوصيات .

أولاً: النتائج

1 - يُعدّ عقد (B.O.O.T) مثلاً نموذجياً للعقود الإدارية المستحدثة غير التقليدية، التي شاعت في المشهد القانوني العالمي في إشباع الحاجات العامة والمعتمدة في وظيفتها على مؤسسات القطاع الخاص الوطنية والأجنبية، عوضاً عن مؤسسات الدولة التي أثبتت التجارب صعوبة نهوضها بمهمة إشباع الحاجات العامة سيما في ظل الوضع الاقتصادي العالمي الراهن.

2- تُعدّ عقود (B.O.O.T)، وسيلة من وسائل تمويل عمليات إنشاء المرافق العامة وإدارتها، حيث إنّ الدولة لن تتحمل أية نفقات في عملية الإنشاء والتشغيل للمرافق التي تقام بموجب تلك العقود، كما إنّ هذه المرافق سوف ترجع إليها بنهاية مدة العقد، وبذلك تحقق الدولة مصلحة مزدوجة من وراء تلك العقود، فهي لن تتحمل نفقات إنشاء وتشغيل تلك المرافق من جهة، ومن جهة أخرى سوف تستردها بعد نهاية مدة العقد بلا مقابل.

3- لم تحظ عقود (B.O.O.T) بتنظيم تشريعي في العراق لحد الآن، على الرغم من تزايد أهميتها وحاجة المشروعات سواءً أكانت مشروعات بنية تحتية أو مشروعات صناعية لازمة لتحقيق تنمية اقتصادية إلى مثل هذه الصيغ التمويلية المستحدثة، لمعالجة عدم قدرة الدولة على تحمل تكاليف إنشائها بسبب العجز المالي في موازنتها، إضافة إلى تلافي آثار التأخر التكنولوجي الناتج عن ظروف الحروب والحصار الاقتصادي، الأمر الذي شكل عاملاً سلبياً على البنية التحتية في البلد والتي تُعدّ بمثابة العمود الفقري لكل الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية .

ثانياً: التوصيات

1 - تشريع قانون خاص ينظم عقد (B.O.O.T) من حيث كيفية إبرامه وتحديد حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين، ويمكن الاستهداء بالدليل الموسع الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي «يونسترال» في عام 2001م والذي يحتوي على المبادئ التشريعية التي تساعد الدول في وضع إطار تشريعي لمشروعات البوت، ويتفق مع أحدث النصوص القانونية المقارنة ويتجنب أبرز مآلها التي أسفر عنها التطبيق العملي لها.

- 2 - تحدد مدة التعاقد حسب طبيعة المشروع وأغراض إنشائه وجدواه الاقتصادية، وبما يكفل استرداد المستثمر للتكاليف التي أنفقت على تنفيذ المشروع مع تحقيق عائد مناسب، على أن لا تتجاوز مدة الاستثمار المدة المحددة بالقانون الذي سيتم إصداره لتنظيم هذا العقد، وطالما أن مدة التعاقد ستحدد حسب طبيعة المشروع وأغراضه وجدواه، من الحكمة والضرورة رفع سقف مدة الاستثمار إلى الحد المقبول اقتصادياً إلى 50 سنة مثلاً، لأن هذه الفترة ستخفض كثيراً - وربما إلى أقل من 20 عاماً - بالنسبة للمشروعات التي لا تتطلب استثمارات كبيرة، وسترتفع إلى حدها الأقصى في المشاريع التي تفرض اقتصادياتها ذلك، مع الأخذ بالحسبان أنه كلما امتدت فترة الاستثمار ازدادت إمكانية تخفيض أسعار الخدمات التي يقدمها المشروع والمستثمر إلى المواطنين، كما يمكن التفريق بين مدة التعاقد ومدة الاستثمار بحيث تبدأ الثانية من تاريخ بدء مرحلة التشغيل .
- 3- وجوب تحديد العائد للدولة في العقود التي يتم إبرامها بشكل يكفل للدولة الحصول على عائد عادل من دون إفراط فيه أو تقريط، باعتبار أن هذه الصورة من العقود المستحدثة لم تقم إلا لإنشاء مرافق خدمية لقضاء حوائج الناس بأقل كلفة وأعلى جودة ممكنة، فإذا ما ازداد العائد الذي تحصل عليه الدولة منها، ازدادت تبعاً له رسوم الخدمة التي يقدمها القائم على تشغيل واستغلال تلك المرافق وثقل عبئها على الناس المنتفعين من تلك الخدمة، وبالتالي، فإن العائد العادل للدولة هو ليس بالضرورة العائد الأعلى، بل هو العائد الذي يحقق توازناً بين حق الدولة وحق الناس في إشباع حاجاتهم من جهة، والذي يأخذ بعين الاعتبار مدى مرونة الطلب على الخدمة التي يقدمها المرفق بحيث لا يؤدي إلى انخفاض هذا الطلب وتضرر القائم على استغلاله من جهة ثانية .
- 4- وجوب قيام الإدارة بذاتها بوضع التصاميم الهندسية والفنية لمرافق البنية التحتية التي تريد إنشائها على وفق معيار أعلى درجات المهنية والحرفية، لما في ذلك ما يزيد كثيراً من شفافية التأهيل والإرساء، ويقلل من فرصة تفصيل المرفق المزعم إنشائه على صفات شخص أو أشخاص معينين بالذات بدعوى أن تصميمه أفضل، سيما وأن تفضيل تصميم على آخر تدخل فيه عوامل كثيرة غير قابلة للقياس الموضوعي، ويمكن أن تتضمن شروط طرح المناقصة بنداً يضع على المستثمر تسديد تكاليف التصميم بالكامل .
- 5- أثبتت التجارب المقارنة أن أفضل طريقة لضمان حسن تبني هذا النوع من العقود، إنما يكمن في خلق مؤسسة إدارية واحدة تتولى إنفاذ أحكام القانون المنظم لعقود B.O.O.T، باعتبار أن توزيع هذه المهمة على المؤسسات الإدارية المختلفة، وعدم وجود مؤسسة واحدة تنظم مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة تبعاً لعقد البناء والتملك والتشغيل وإعادة الملكية، كان من أهم سلبيات التجربة المقارنة في هذا المجال، وهنا إمكان قيام هيئة الاستثمار بمثل هذا الدور المحوري.
- 6- الابتعاد عن خيار تشغيل المشروع من قبل جهة حكومية بعد تحويل ملكية المرفق إلى الدولة بنهاية مدة الاستثمار لعدم نجاح مثل هذا الخيار كما أفضت التجارب المقارنة، وهنا يمكن إعادة التعاقد مع المستثمر ذاته لتشغيل المشروع، أو طرحه من جديد على المستثمرين، والأوفق هو خيار إعادة طرح المرفق على المستثمرين الذين قاموا بإنشائه واستغلاله سابقاً، أو منحهم الأولوية في الفوز بأمر استغلاله لاعتبارات عقلية لعل أهمها ما يتمتع به المستثمر من صفات شخصية واعتبارية، منها حرصه على صيانة المرفق وتطويره طالما أن أمه كبير

في استغلاله وتشغيله. كما أنه أعرف بنقاط قوته وضعفه، وأكثر خبرة في مجال عمله. كما أن الاحتمال الكبير في تجديد عقد التشغيل مع المستثمر يزيد من فرص هذا الأخير بالحصول على التمويل اللازم من المؤسسات المالية التي سبق لها تمويل أعماله السابقة .

7-إرساء عقود B.O.O.T والمرافق الناجمة عنها وتحويلها إلى شركات مساهمة عامة، لما ينطوي عليه هذا الخيار من مزايا تنصب في تحقيق النفع العام لعل أهمها : الحصول على موارد مالية أكبر مع توزيع مناسب جدا للمخاطر الناجمة عن إنشاء المرفق واستغلاله، زيادة على دوره في تنشيط الأسواق المالية، وتوسيع قاعدة الملكية ومشاركة عدد أكبر من المواطنين في المرافق التي وضعت لخدمتهم أصلا . وذلك فضلا عن الأشكال القانونية الأخرى التي يمكن للمتعاقد مع الإدارة تبنيها بالاتفاق مع الإدارة، تبعا لحجم المرفق وطبيعته واحتياجاته ودرجة مخاطره .

عن ضرورة تكريس التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية

العيفاوي كريمة⁽¹⁾
جامعة بجاية

الملخص:

أقرّ المشرّع الجزائري مبدأ إدماج الاعتبارات البيئية في قانون التهيئة والتعمير، وذلك من خلال تكريس مجموعة من القواعد الإجرائية والموضوعية ذات الطابع الحمائي، والمتعلقة أساساً بقرارات التعمير الفردية والتنظيمية، لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري هو عدم تبني آلية التقييم البيئي الإستراتيجي ضمن مسار إعداد وثائق التعمير المحلية، حيث تضمن هذه الآلية توفير مستوى عال من الحماية للبيئة عند وضع الخطط والبرامج قصد تعزيز أهداف التنمية المستدامة.

الكلمات المفتاحية:

التقييم البيئي الاستراتيجي، الأثر البيئي، وثائق التعمير المحلية، تقرير العرض، البيئة، التخطيط العمراني.

تاريخ إرسال المقال: 2017/04/21، تاريخ قبول المقال: 2018/02/28، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: العيفاوي كريمة، "عن ضرورة تكريس التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 598-614.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضوة بمخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

المؤلف المراسل: Klaifaoui1990@hotmail.fr

The Consecration Necessary Abut Strategic Environmental Assessment in Local Urban Planning Documents

Abstract:

The Algerian legislator has affirmed the principle of integration of environmental considerations in the town planning law through the consecration of procedural and substantial set of protection rules relating essentially to urban authorizations and urban planning decisions.

However, the legislator did not take into account the strategic environmental assessment mechanism as a legal procedure in local urban planning documents which allows to ensure a high level of protection for the environment in order to reinforce the sustainable development by integrate environmental effects in plans and programs.

Keywords :

Strategic environmental assessment, environmental impacts, presentation report, local urban planning documents, urban planning.

De la nécessaire consécration de l'évaluation environnementale stratégique des documents locaux d'urbanisme

Résumé :

Le législateur Algérien a affirmé le principe de l'intégration des préoccupations environnementales dans la loi de l'aménagement et d'urbanisme par la consécration d'un ensemble de règles protectrices, procédurales et substantielles, relatives essentiellement aux actes individuels et réglementaires d'urbanisme.

Cependant, le législateur n'a pas adopté le mécanisme de l'évaluation environnementale stratégique dans le processus de l'élaboration des documents locaux d'urbanisme, un mécanisme qui pourrait permettre de garantir une grande protection de l'environnement lors de la mise en place des plans et programmes afin de renforcer les objectifs du développement durable.

Mots clés :

Evaluation environnementale stratégique, incidences environnementales, documents locaux d'urbanisme, rapport de présentation, planification urbain.

مقدمة

لم يعد إدماج الاعتبارات البيئية في قانون التعمير محلّ نقاش⁽¹⁾ وهذا بحكم علاقة التداخل والترابط التي تجمع بين قضايا التنمية العمرانية ومقتضيات حماية البيئة، كما أنّ ارتفاع مسألة البيئة إلى مصاف الحقوق الواجب حمايتها، جعل الاعتبارات المتعلقة بها واردة بالضرورة في قانون التعمير⁽²⁾.

تكشف المنظومة القانونية في الجزائر، عن وجود إرادة تشريعية قويّة لإدماج البعد البيئي في مجال التهيئة والتعمير، التي تتولّى وثائق التعمير المحلية (المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي) تجسيدها في الميدان، لكن رغم تكريس المشرع الجزائري اعتبارات حماية البيئة في هذه الوثائق، إلاّ أنّه أهمل من جانب آخر ضرورة إخضاعها للتقييم البيئي الاستراتيجي الذي يُعنى بتقييم التأثيرات البيئية للمخطط والبرامج والسياسات العمومية.

يهتمّ التقييم البيئي الاستراتيجي "بصفة عامة" بالأطر الإستراتيجية، غير أنّه ليس من السهل على المشرع القيام بتحديد مجال تطبيقه، نظراً لتعدد واختلاف المعايير المعتمدة في ذلك، خاصة في ظل اكتساح مفهوم التخطيط لكل المجالات، حيث أكدت لجنة القانون الدولي في هذا المقام، أنّه لا يمكن دائماً تحديد الحالات التي تتطلب تقييماً للأثر البيئي تحديداً مسبقاً بمعايير موضوعية، إذ سيكون هناك دائماً عنصراً من عناصر التّقدير الذاتي⁽³⁾.

مبدئياً؛ يُمكن تطبيق التقييم البيئي الاستراتيجي على تشكيلة واسعة من الخطط والبرامج، وينبغي دائماً الاهتمام بأنشطة القطاعات التي يُحتمل أن يكون لها تأثيرات بيئية هامة⁽⁴⁾ من بينها أنشطة قطاع التعمير الذي سيطرت عليه لفترة طويلة فكرة استهلاك المجال⁽⁵⁾، من هنا تأتي أهمية الخوض في دراسة موضوع ضرورة تكريس التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية.

إنّ ضرورة إخضاع مخططات التعمير المحلية على "وجه التحديد" لتقييم بيئيّ مُسبق، إنّما ترجع إلى اعتبارين؛ ينبثق الأوّل من حقيقة مفادها أنّ هذه الوثائق تعتبر ملجأً للسياسات العامة (التنمية، السياحة، الصناعة، الزراعة والسكن... الخ)، وبالتالي فإنّ إخضاعها لتقييم بيئيّ، يعني بالضرورة تحليل وتقدير التأثيرات

¹⁾ FERRAND Jean-Pierre, « Les documents d'urbanisme à l'épreuve de l'évaluation environnementale », *RFDA* 2008, p. 629.

²⁾ بودريوه عبد الكريم، "الاعتبارات البيئية في مخططات التعمير المحلية"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، مجلد 08، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 68.

³⁾ حولاية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، الجزء الأول، وثيقة A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 1) ص. 246.

⁴⁾ برنامج الأمم المتحدة للبيئة، قسم التكنولوجيا والصناعة والاقتصاد، فرع التجارة والاقتصاد، كتيب تدريب تقييم التأثير البيئي، 2002، ص. 497.

⁵⁾ بناصر يوسف، "رخصة البناء وحماية البيئة"، *المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية*، عدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1993، ص. 840.

البيئية لمشاريع القطاعات المُدمجة فيها، ويكُن الاعتبار الثاني في ارتباط هذه المخططات بمساحات ترابية أقل اتساعاً، مقارنة بمخططات تهيئة الإقليم ما يُضفي على التقييم البيئي دقة أكبر⁽¹⁾.

إن غياب آلية التقييم البيئي الاستراتيجي في التشريع الجزائري، ينم عن وجود قصور في القواعد الإجرائية لحماية البيئة المتعلقة بمنظومة التخطيط البيئي بشكل عام، وإضافة إلى ما سبق ذكره يمكن التساؤل "إلى أي مدى يُمكن أن يساهم تكريس إجراء التقييم البيئي الاستراتيجي في تعزيز وتفعيل البعد البيئي لوثائق التعمير المحلية؟".

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه، يجب استعراض مظاهر ومبررات تغييب إجراء التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية (أولاً) ثم طرح فكرة حتمية اعتماد هذا الآلية عند إعداد ومراجعة هذه الوثائق (ثانياً).

أولاً: غياب التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية : المظاهر والمبررات

كرّس المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام الموضوعية لحماية البيئة في وثائق التعمير المحلية، غير أنه من الناحية الإجرائية أهمل آلية التقييم البيئي الاستراتيجي رغم أهميتها العملية.

1- مظاهر عدم تكريس التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية

يظهر عدم تكريس التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية، من خلال عدم امتداد دراسات التأثير في البيئة إلى الأطر الإستراتيجية كأصل عام⁽²⁾ في القانون الجزائري لحماية البيئة (أ)، إضافة إلى عدم الأخذ بالتقييم البيئي ضمن أحكام قانون التعمير المتعلقة بإجراءات إعداد ومراجعة مخططات التعمير (ب).

¹⁾-Voir, FLAMAND Maxime, *L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme*, Mémoire Master 2 en droit de l'environnement, Université PARIS-SUD XI, 2005, pp.04-05.

²⁾- في بعض الدول مثل هولندا يندرج التقييم البيئي الاستراتيجي ضمن الإطار القانوني المنظم لدراسات التأثير البيئي للمشاريع الفردية، راجع: برنامج الأمم المتحدة للبيئة، مرجع سابق، ص. 503.

أ- عدم امتداد دراسات التأثير في البيئة إلى الخطط والبرامج في القانون البيئي الجزائري

تندرج دراسة التأثير في البيئة ضمن نظام تقييم الأثر البيئي، وقد تبناها المشرع الجزائري لأول مرة كوسيلة أساسية للنهوض بحماية البيئة في القانون رقم 83-03 المتعلق بحماية البيئة⁽¹⁾، وتهدف إلى معرفة وتقدير الانعكاسات المباشرة و/أو غير المباشرة للمشاريع على التوازن البيئي وإطار المعيشة⁽²⁾، ثم أُعيد تنظيمها بموجب قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽³⁾، تحت عنوان "نظام تقييم الآثار البيئية لمشاريع التنمية" الذي يُعتبر بدوره من أدوات التسيير البيئي.

يتضح من خلال أحكام قانوني البيئة المذكوران أعلاه والمراسيم التنظيمية الخاصة بهما، أنّ دراسات التأثير البيئية تنصبّ "حصراً" على المشاريع الفردية باعتبارها أصغر وحدة للتخطيط الاقتصادي⁽⁴⁾، دون أن تمتدّ إلى الأطر الإستراتيجية كالخطط والبرامج والسياسات العمومية، ففي ظلّ المرسوم التنفيذي رقم 90-78 المتعلق بدراسة التأثير في البيئة⁽⁵⁾ جاء الإقصاء واضحاً حيث تمّ النص في المادة الثانية منه أنه: **"يخضع للإجراء القبلي الخاص بالتأثير جميع الأشغال وأعمال التهيئة والمنشآت الكبرى..."**، ولم يرد ذكر المخططات والبرامج الكبرى التي تتضمن مجموعة من المشاريع.

لم يتغيّر الأمر كثيراً بالنسبة لقانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، حيث نصت المادة 15 منه على خضوع "مشاريع التنمية، والهياكل والمنشآت الثابتة، والمصانع والأعمال الفنية الأخرى، وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة" بصفة مسبقة وحسب الحالة إما لدراسة التأثير أو لموجز التأثير في البيئة.

يظهر من خلال هذا التحديد لنطاق تطبيق دراسة وموجز التأثير في البيئة، إقصاء المخططات بوجه عام وبالضرورة مخططات التعمير المحلية من الخضوع لمبدأ التقييم البيئي، وما يؤكّد ذلك هو عدم إدراج فئة المخططات ضمن القوائم الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 07-145 المُحدّد لمجال تطبيق ومحتوى وكيفيات

(1) - قانون رقم 83-03 مؤرّخ في 05 فيفري 1983، يتعلّق بحماية البيئة، ج.ر. عدد 06، صادر في 08 فيفري 1983، (مُلغى).

(2) - راجع المادة 130، مرجع نفسه.

(3) - قانون رقم 03-10 مؤرّخ في 19 يوليو 2003، يتعلّق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر. عدد 43، صادر في 20 يوليو 2003، معدّل ومتمّم بموجب قانون رقم 07-06 مؤرّخ في 13 ماي 2007، يتعلّق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج.ر. عدد 31، صادر في 13 ماي 2007، وبموجب قانون رقم 11-02 مؤرّخ في 17 فيفري 2011، يتعلّق بالمجالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، ج.ر. عدد 13، صادر في 28 فيفري 2011.

(4) - كافي مصطفى يوسف، تقنيات دراسة الجدوى الاقتصادية للمشاريع السياحية والفندقية ومشروعات الـ BOT، دار ومؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2009، ص. 31.

(5) - مرسوم تنفيذي رقم 90-78 يتعلّق بدراسة التأثير في البيئة، مؤرّخ في 27 فبراير 1990، ج.ر. عدد 10، صادر في 07 مارس 1990، (مُلغى).

المصادقة على دراسة وموجز التأثير⁽¹⁾ المتعلقة بتحديد نوع المشاريع والعمليات التي تخضع لهذه الدراسات، رغم أنّ النشاط المُزمع القيام به في شكل مخطط أو عمل طويل المدى يُعتبر المستوى الأمثل للأخذ بتأثيرات المشاريع بعين الاعتبار⁽²⁾.

ب- إغفال قانون التعمير لإجراء التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية

يخضع مسار إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، إلى مجموعة من الإجراءات المشتركة التي تمّ تحديدها بموجب قانون التعمير⁽³⁾ والمراسيم التنظيمية الخاصة بإعداد هذه المخططات، حيث تبدأ هذه الإجراءات بقيام الجهات المختصة بالمبادرة بإعداد مخطط التعمير، مروراً بتوجيه الدعوة للهيئات والمصالح غير المركزية للدولة والجمعيات المعنية للمساهمة بتقديم آرائها الاستشارية، ثم فتح باب المشاركة أمام المواطنين عن طريق إجراء تحقيق عمومي بوضع سجل للاستقصاء تحت تصرفهم، لتُختتم سلسلة الإجراءات بعرض وثيقة التعمير على الجهات المختصة للمصادقة عليها⁽⁴⁾.

(1) - تجدر الإشارة إلى وجود استثناء يتعلّق بمخطط تهيئة المدينة الجديدة الذي يخضع لتقييم الأثر البيئي الذي يظهر في تقرير العرض الخاص بالمخطط، وقد تضمّن الملحق الأول من المرسوم التنفيذي رقم 07-145، يُحدّد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، مؤرّخ في 19 ماي 2007، ج.ر. عدد 34، صادر في 22 ماي 2007، المشاريع التي تخضع لدراسة التأثير منها بناء مدن جديدة التي يفوق عدد سكانها 100.000 نسمة.

- راجع أيضاً: المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 11-76، يُحدّد شروط وكيفيات وضع مخطط تهيئة المدينة الجديدة وإعداده واعتماده، مؤرّخ في 16 فبراير 2011، ج.ر. عدد 11، صادر في 20 فبراير 2016.

(2) - طيار طه، "دراسة التأثير في البيئة: نظرة في القانون الجزائري"، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 26، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 1991، ص. 100.

(3) - قانون رقم 90-29 مؤرّخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر. عدد 52، صادر في 02 ديسمبر 1990، معدّل ومتمّم بموجب قانون رقم 04-05، مؤرّخ في 14 أوت 2004، ج.ر. عدد 51، صادر في 15 أوت 2004، (مُستدرك، ج.ر. عدد 71، صادر في 10 نوفمبر 2004).

(4) - راجع المادة الثانية والمواد من 07، إلى 16 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177 مؤرّخ في 28 ماي 1991، يُحدّد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج.ر. عدد 26، صادر في 01 جوان 1991، معدّل ومتمّم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-317 مؤرّخ في 10 سبتمبر 2005، ج.ر. عدد 62، صادر في 11 سبتمبر 2005، معدّل ومتمّم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-148 مؤرّخ في 28 مارس 2012، ج.ر. عدد 19، صادر في 01 أبريل 2012.

- انظر كذلك أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-178 مؤرّخ في 28 ماي 1991، يُحدّد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، ج.ر. عدد 26، صادر في 01 جوان 1991، معدّل ومتمّم بموجب مرسوم تنفيذي رقم 05-318 مؤرّخ في 10 سبتمبر 2005، ج.ر. عدد 62، صادر في 11 سبتمبر 2005.

يكشف هذا المسار بوضوح عن عدم أخذ قانون التعمير بإجراء التقييم البيئي الاستراتيجي عند إعداد وثائق التعمير المحلية، على خلاف التشريعات المقارنة التي كرّست هذا الإجراء كقانون التعمير الفرنسي حيث يتم إعداد دراسة لتقييم الآثار البيئية لوثيقة التعمير عند وضع "تقرير العرض"، وبالموازاة مع إعداد برنامج التهيئة والتنمية المقترح، ليتم بعدها اللجوء إلى استشارة الهيئات المعنية، وقد تمتد الاستشارات إلى الدول التي يُحتمل أن تتضرر بيئتها من جزاء تطبيق وثيقة التعمير، كما يتم فتح تحقيق عمومي بعرض نتائج التقييم والتدابير المقترحة لمواجهة التأثيرات البيئية المُحتملة، مصحوبة بالآراء الاستشارية على الجمهور بهدف إبداء آرائهم حول مشروع المخطط قبل اتخاذ القرار النهائي⁽¹⁾.

ولئن كان عدم إخضاع وثائق التعمير المحلية للتقييم البيئي في القانون الجزائري لا يُثير الكثير من اللغط، إلا أنّ ما يدعُو للاستغراب هو إعفاء جميع عمليات الهدم والتجزئة وأعمال البناء الخاضعة لرخصة البناء "باستثناء تلك المُقررة إجراً على مقربة من الأماكن والمباني التاريخية" من إجراء دراسة التأثير في البيئة قبل الترخيص بها⁽²⁾، وذلك طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 90-78 السالف الذكر الذي ساري المفعول إلى غاية دخول المرسوم التنفيذي المتعلق بدراسة وموجز التأثير حيز النفاذ، حيث تخضع هذه العمليات "كمبدأ عام" حسب المادة الثالثة من ذات المرسوم إلى أحكام تشريعية وتنظيمية خاصة بها.

وباستقراء أحكام المراسيم التنظيمية الخاصة بقانون التعمير، يتضح عدم إلزامية إرفاق ملف طلب رخصة التجزئة والبناء بدراسة مدى التأثير في البيئة إلا إذا اقتضى الأمر ذلك⁽³⁾، خاصة إذا كانت البناءات أو التهيئات بفعل موضعها أو مآلها أو حجمها من طبيعتها أن تكون لها عواقب ضارة بالبيئة⁽⁴⁾.

وبما أنّ عمليات البناء قد تنطوي على مخاطر تُلحق ضرراً بالبيئة وإطار المعيشة، فقد تم إدراج مجموعة من مشاريع البناء ضمن القوائم الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 07-145 المنظم لدراسة وموجز التأثير على

¹⁾ - Voir, SOLER-COUTEAUX Pierre, « Le rapport de présentation des documents d'urbanisme à l'heure de l'évaluation environnementale », *Revue Construction-Urbanisme*, n°4, Avril 2006, pp. 05 - 06.

²⁾ - انظر الملحق المتعلق بقائمة الأشغال وأعمال التهيئة والمنشآت المعفاة من إجراء دراسة التأثير في البيئة، مرسوم تنفيذي رقم 90-78، مرجع سابق.

³⁾ - انظر المادة 09 و35 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 مؤرخ في 28 ماي 1991، يتضمن تحديد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج.ر عدد 26، صادر في 01 جوان 1991، مُلغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-19 مؤرخ في 25 جانفي 2015، يُحدّد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج.ر عدد 07، صادر في 22 فيفري 2015.

⁴⁾ - انظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175 مؤرخ في 28 ماي 1991، يُحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، ج.ر عدد 26، صادر في 01 جوان 1991.

البيئة، والتي تقتضي قبل الترخيص بها، إنجاز دراسة تأثير أو موجز تأثير حسب كبر حجمها أو أهمية حُطورتها على البيئة⁽¹⁾.

في هذا السياق تجدر الإشارة إلى أنّ إخضاع المشاريع الفردية للتهيئة والتعمير لدراسات التأثير لا يجب أن يُعني من ضرورة إخضاع وثائق التعمير المحلية التي تُغطي هذه المشاريع لتقييم آثارها البيئية⁽²⁾.

2- غياب مبررات واضحة لإقصاء وثائق التعمير المحلية من الخضوع للتقييم البيئي

يدفع موقف المشرع الجزائري إلى التساؤل عن أسباب استبعاد الخُطط والبرامج بالتالي "وثائق التعمير المحلية" من مجال تطبيق دراسة التأثير في البيئة، رغم أنّ هذه الأخيرة قد تكون لها آثار سلبية مباشرة و/أو غير مباشرة تُلحق الضرر بالبيئة الطبيعية وإطار معيشة المواطن.

الواقع أنّ أسباب هذا الإقصاء غير واضحة، ويبقى أقرب تفسير لذلك هو تأثر المشرع الجزائري بالقانون الفرنسي المتعلق بحماية الطبيعة الصادر في 10 جويلية 1976، الذي استبعد منذ البداية وثائق التعمير من الخضوع لدراسة التأثير في البيئة، على أساس أنّ هذه الوثائق تخضع لنظام قانوني خاص بها يُلزِمها بمراعاة "الاعتبارات البيئية" عند إعدادها⁽³⁾.

في هذا المقام، يرى الأستاذ "أحمد رداف" أنّ المادة 131 من قانون البيئة لسنة 1983 التي أحالت مسألة تنظيم دراسة التأثير في البيئة على التنظيم، قد تحمل في مضمونها إشارة تفيد بأنّ المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة "إدماج الاعتبارات البيئية" في المشاريع المعفاة من دراسة التأثير ضمن الإجراءات القانونية الخاصة بتلك المشاريع⁽⁴⁾، حيث نصت هذه المادة في إحدى فقراتها على: "ويحدد هذا المرسوم على وجه الخصوص: الشروط التي يتحسب وفقها للانشغالات المتعلقة بالبيئة ضمن الإجراءات التنظيمية الموجودة...". كما يتّضح من خلال المادة الثانية من قانون البيئة لسنة 1983⁽⁵⁾، والمادة الثالثة من قانون البيئة لسنة 2003⁽¹⁾، أنّ المشرع قد تبنى مبدأ إدماج الاعتبارات البيئية في مجال التخطيط كحد أدنى من الالتزام بحماية الوسط البيئي.

⁽¹⁾ - في هذا المقام تجدر الإشارة إلى أنّ أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-19، مرجع سابق، المتعلقة بتحضير وتسليم رخصة البناء لم تنص على ضرورة إرفاق ملف طلب رخصة البناء بدراسة التأثير في البيئة أو تقديمها عند الاقتضاء.

⁽²⁾ - PRIEUR Michel, *Evaluation des impacts sur l'environnement pour un développement rural durable : étude juridique*, FAO, 1994, p. 09.

⁽³⁾ - L'article 02 de la loi du 10 Juillet 1976 relative à la protection de la nature dispose que : « Les travaux et projets d'aménagement qui sont entrepris par une collectivité publique ou qui nécessitent une autorisation ou une décision d'approbation ainsi que les documents d'urbanisme doivent respecter les préoccupations d'environnement ».

⁽⁴⁾ - Voir, REDDAF Ahmed, *Politique et droit de l'environnement en Algérie*, Thèse pour le doctorat en droit, Université du Maine, 1991, p.116.

⁽⁵⁾ - تنص المادة الثانية من قانون رقم 83-03، مرجع سابق، على ما يلي: "يتحسب التخطيط الوطني لعامل حماية البيئة التي تعدّ مطلباً أساسياً لسياسة الوطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية".

وفي مجال التخطيط العمراني، قام المشرع الجزائري بإدماج المُقتضيات البيئية ضمن أهداف وثائق التعمير المحلية في النصوص القانونية المنظمة لها، دون إخضاعها لتقييم بيئي كما سبق ذكره، حيث أكدت المادة 11 من قانون التهيئة والتعمير دور مخططات التعمير المحلية في التّكفل بالأهداف البيئية المتمثلة في ترشيد المساحات، وقاية النّشاطات الفلاحية، حماية المساحات الحساسة والمواقع والمناظر والوقاية من الأخطار الطبيعية والتكنولوجية، على أن يخضع إعداد ومراجعة هذه المخططات إلى مجموعة من الإجراءات القانونية المتعلقة أساسًا باستشارة المصالح غير ممرّكة للدولة "المعنية بالبيئة" والجمعيات البيئية التي أبدت رغبتها في المشاركة وإجراء تحقيق عمومي قصد السماح للمواطنين من إبداء ملاحظاتهم.

مع ذلك فإنّ السؤال يظلّ مطروحًا حول ما إذا كان الاكتفاء بالتزام مراعاة الاعتبارات البيئية في مخططات التعمير المحلية، ينطوي على نفس الضمانات التي تتمتع بها آلية التقييم البيئي؟.

تجدُر الإشارة، أنّه رغم التطوّر الذي عرفه موقف الكثير من الدول في تكريس التقييم البيئي في مجال إعداد الخطط والبرامج والسياسات العمومية، وحتّى القوانين مثل الولايات المتحدة الأمريكية كندا والعديد من الدول الأوروبية⁽²⁾، إلّا أنّ المشرع الجزائري لم يُواكب التطور الحاصل في هذا المجال.

الواقع أنّ تكريس التقييم البيئي الاستراتيجي في القانون الداخلي، يتطلّب توفر مجموعة من المقومات كقدرة الدولة على سنّ القواعد المناسبة وتوفير التكنولوجيا الضرورية لحماية البيئة، فضلًا عن توفر الموارد المالية، المادية والبشرية اللازمة، ولعلّ محدودية هذه الأخيرة تُعدّ سببًا آخر في تمسك المشرع الجزائري بموقفه في عدم إخضاع الخطط والبرامج للتقييم البيئي، فعلى سبيل المثال قد يتطلّب إجراء التقييم البيئي الاستراتيجي إنجاز عدّة دراسات وتقارير، خاصةً إذا كانت مشاريع المخططات والبرامج محل التقييم تتضمن مشاريع ضخمة تنطوي على أثر بيئي هام⁽³⁾، ما يعني ضرورة رصد تكاليف مالية مُعتبرة تتحمّلها السلطات المختصة بإعداد تلك المخططات، الأمر الذي قد يُؤدّي إلى اعتبار التقييم البيئي الاستراتيجي مجرد عبء إضافي بدلًا من اعتباره أسلوبًا حمائيًا فعليًا.

عمومًا، لم يلق التقييم البيئي الاستراتيجي قبولًا وسعًا لدى غالبية الدول خاصة النامية، والتي تبقى اهتماماتها عند اتّخاذ القرارات مُنصبة بشكل أساسي على تحقيق الرّخاء الاقتصادي أكثر من انشغالها بنوعية إطار معيشة المواطن⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - تبنّى المشرع الجزائري مبدأ الإدماج بشكل صريح في نص المادة الثالثة من قانون رقم 03-10، مرجع سابق، والذي يجب بمقتضاه دمج الترتيبات المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة عند إعداد المخططات والبرامج القطاعية وتطبيقها.

⁽²⁾ - برنامج الأمم المتحدة للبيئة، مرجع سابق، ص. 497.

⁽³⁾ - راجع: برنامج الأمم المتحدة للبيئة، مرجع سابق، ص. 118.

⁽⁴⁾ - زيد المال صافية، حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص. 401.

ثانياً/ حتمية اعتماد آلية التقييم البيئي الاستراتيجي في وثائق التعمير المحلية

يقتضي تفعيل الأهداف البيئية لقانون التعمير ضرورة إدخال التقييم البيئي الاستراتيجي ضمن منظومة إجراءات إعداد ومراجعة⁽¹⁾ وثائق التعمير المحلية باعتبارها أدوات أساسية ومرجعية لتنظيم النشاط العمراني.

1 - دواعي إخضاع وثائق التعمير المحلية لإجراء التقييم البيئي الاستراتيجي

يُساهم التقييم البيئي الاستراتيجي في حماية البيئة، حيث يعتبر ضماناً أساسية لتطبيق المبادئ البيئية في عملية التخطيط (أ)، وتظهر أهميته في مجال وثائق التعمير المحلية في قدرته على تدارك الثغرات التي تعترى الدور الحمائي لهذه الوثائق (ب).

أ- ملائمة التقييم البيئي الاستراتيجي لإنفاذ مبادئ حماية البيئة في وثائق التعمير المحلية

يلعب التقييم البيئي الاستراتيجي دوراً هاماً في مجال إنفاذ مبادئ حماية البيئة عند إعداد الخطط والبرامج والسياسات العمومية، وهذا ما يُضفي عليه أهمية عملية من الناحية القانونية.

ولئن كان التخطيط البيئي في حد ذاته يُعتبر عملاً وقائياً، فإن التقييم البيئي الاستراتيجي يُمثل أداة حقيقية تكفل تطبيق مبدأ الإدماج ومبادئ الوقاية والحماية، إضافة إلى دوره في ترشيد القرار البيئي من خلال تطبيق مبدأ المشاركة عند القيام بعملية التخطيط لحماية البيئة.

يتعلق التخطيط "بوجه عام" بمواجهة المستقبل عن طريق التنبؤ به والاستعداد له⁽²⁾ ولا يُمكن لهذه العملية أن تُحقق أهدافها في مجال التخطيط البيئي على نحو أفضل إلا إذا تمّ رصد أدوات فعالة لاستشراف المشكلات البيئية، وقد يُعتبر التقييم البيئي الاستراتيجي إحدى هذه الأدوات، حيث يَنحَقُّ عنصر التنبؤ وفقاً لمنهج التقييم البيئي في الخطط البيئية من خلال تشخيص الوضع البيئي القائم، وتحليل مختلف التأثيرات البيئية المُحتملة للخطط والبرامج، في حين يَنحَقُّ عنصر الاستعداد في تقديم البدائل المُمكنة واقتراح تدابير الوقاية التي تهدف إِمَّا لتجنب أو تقادي أو التعويض عن تلك التأثيرات.

من هنا يظهر دور التقييم البيئي الاستراتيجي في تطبيق مبادئ حماية البيئة في مجال إعداد مخططات التعمير المحلية، حيث تقوم هذه الأداة بإنفاذ مبدأ النشاط الوقائي، من خلال تحديد التأثيرات البيئية المُتوقَّعة نتيجة لتطبيق وثائق التعمير التي تضع توجيهات لشغل الأراضي، ممَّا يفسح المجال لتقاديها أو التقليل منها، ولا يتوقَّف الأمر عند استشراف التأثيرات المُتوقَّعة فقط بل يمتدّ دورها إلى الكشف عن مدى إمكانية حدوث مخاطر

(1) - قد تُعفى كلياً عملية مراجعة وثائق التعمير من إجراء تقييم بيئي جديد إلا إذا كانت التعديلات جوهرية وتتطلب ذلك أنظر: SOLER-COUTEAUX Pierre, *op.cit*, p. 03.

(2) - مجاجي منصور، "أدوات التهيئة والتعمير كوسيلة للتخطيط العمراني في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، عدد 01، المركز الجامعي يحيى فارس، المدينة، نوفمبر 2007، ص.ص. 10-11.

غير مؤكدة (بمعنى غياب دليل علمي يُثبت حدوثها) تُؤدّي إلى أضرار بيئية جسيمة يستحيل إصلاحها ما يُتيح للإدارة فرصة اتّخاذ تدابير الحيطة⁽¹⁾، وهذا النوع من المخاطر يجد مكانته خاصة في مجال الوقاية من المخاطر الطبيعية والتكنولوجية التي تعتبر من أهداف وثائق التعمير المحلية.

يمتدّ دور التقييم البيئي الاستراتيجي أيضاً إلى ترشيد القرارات البيئية بوصفه أداة لتحسين نوعية المعلومات المقدّمة لصنّاع القرار وبالتالي توجيههم إلى اتّخاذ قرارات سليمة بيئياً⁽²⁾، كما تُعتبر المشاركة الجماهيرية مبدأً أساسياً في عملية التقييم البيئي، بإعطاء الفرصة "على الأقل" للأشخاص المتأثرين بشكل مباشر بالمشاريع محل التخطيط لإبداء آرائهم بخصوص تأثيراتها وبالتالي المساهمة في اتّخاذ القرار⁽³⁾.

تجدد الإشارة إلى أنّ المشاركة الفعّالة في إطار التقييم البيئي لوثائق التعمير المحلية، لا تتحقّق إلا إذا تمّت ترقية حق المواطن في الإعلام والحصول على المعلومة البيئية، حتّى يَتِمَّ إضفاء نوع من الشفافية على القرارات المتّخذة وتعزيز ثقة المواطن في الإدارة.

ب- قدرة التقييم البيئي الاستراتيجي على تدارك محدودية وثائق التعمير المحلية في حماية البيئة

رغم إدماج الاعتبارات البيئية في وثائق التعمير المحلية، إلا أنّ الضمانات المُكرّسة لتحقيق مقصد حماية البيئة لا تخلو من الضعف، ويظهر ذلك من خلال قُصور **التقرير التوجيهي** لمخطط التهيئة والتعمير، الذي يُعنى بتحليل الوضع القائم والاحتمالات الرئيسية للتنمية، بالنظر إلى التطور الاقتصادي والديموغرافي والاجتماعي والثقافي للتراب المعني⁽⁴⁾، دون أن يتضمن تحليل للوضع البيئي القائم والتأثيرات المحتملة للمخطط على البيئة، وهذا ما يُعتبر تغييراً واضحاً للتشخيص البيئي في هذا المخطط رغم المكانة التي تتبوأها هذه الأخيرة في قانون التعمير.

يمكن للتقييم البيئي الاستراتيجي أن يُعزّز دور المخطط التوجيهي للتعمير، من خلال تضمين التقرير التوجيهي **"ببيان التقييم البيئي"** الذي يقوم على ضرورة إنجاز **"دراسة بيئية"**، تتولى تحليل الوضع البيئي القائم وتحديد التأثيرات البيئية المحتملة للمخطط وصياغة البدائل المُمكنة، مع ضرورة تبرير الخيارات المُعتمدة في قسم التهيئة والتنمية المقترح.

⁽¹⁾ - تفاصيل أكثر حول علاقة التقييم البيئي بمبدأي الوقاية والحيطة راجع:

FONBAUSTIER Laurent, « Etudes d'impact écologique- introduction générale », *Jurisclasser Environnement et Développement durable*, 24 Juin 2006, p.14.

⁽²⁾ - PATRICK Michel, *L'étude d'impact sur l'environnement*, Ministère de l'aménagement de territoire et de l'environnement, France, 2001, p.11.

⁽³⁾ - برنامج الأمم المتحدة للبيئة، مرجع سابق، ص. 161.

⁽⁴⁾ - المادة 1/17 فقرة (أ) من المرسوم التنفيذي رقم 91-177، مرجع سابق.

أما من الناحية الإجرائية، فقد اعتمد المشرع الجزائري "كما سبق ذكره" على أسلوب الاستشارة والتحقيق العمومي لتمكين المواطنين ومؤسسات المجتمع المدني الفاعلة في المجال البيئي من المشاركة في إعداد وثائق التعمير المحلية، غير أن الأهمية الكبرى لهذه الآليات تكمن في تجسيد ديمقراطية المشاركة البيئية والتخلي عن الأسلوب الأحادي التقليدي لاتخاذ القرارات القائم على العلاقة السلطوية في التسيير البيئي⁽¹⁾، حيث يتم في مرحلة أولى استشارة بعض المصالح العمومية المعنية بالبيئة وجوباً⁽²⁾، في حين توجه الدعوة إلى الجمعيات البيئية لإبداء رغبتها في المشاركة من عدمها، ويبلغ مشروع المخطط للجهات المعنية بالاستشارة لتقديم آرائها التي تعتبر غير ملزمة للإدارة⁽³⁾.

إن غياب التقييم البيئي في وثائق التعمير المحلية قد يؤثر على جودة الآراء الاستشارية، خاصة بالنسبة للجمعيات التي يمكن أن تلعب دور لجان الخبرة أو الخبرة المضادة لدراسة التأثيرات البيئية والانعكاسات السلبية المحتملة للمخطط⁽⁴⁾، غير أنه لا يمكن للجمعيات النهوض بدورها في هذا المجال إلا إذا توفرت فيها مقومات النجاح.

وفي مرحلة لاحقة، يتم عرض مشروع وثيقة التعمير المحلية للتحقيق العمومي بموجب قرار رئيس أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية المختصة، يتضمن تحديد أماكن الاستشارة، تعيين المفوض المحقق، تاريخ بداية ونهاية التحقيق وكيفية إجرائه، وينشر القرار بمقر المجلس أو المجالس البلدية المعنية طوال مدة التحقيق، ثم يوضع سجل للاستقصاء لتدوين ملاحظات الجمهور المشارك⁽⁵⁾.

لا يتضمن قرار فتح التحقيق العمومي، ما يفيد إلزامية وضع الوثائق الكتابية والبيانية لمشروع وثيقة التعمير تحت تصرف الجمهور ولا كيفية الإطلاع عليها، الأمر الذي قد يدفع المواطن إلى الامتناع عن المشاركة، نظراً لعدم توفره على معلومات كافية حول طريقة عمل الإدارة، وعدم وضوح معالم ممارسة حق

(1) يحيى وناس، دليل المنتخب المحلي لحماية البيئة، دار الغرب للنشر، وهران، 2003، ص. 32.

(2) يتعلق الأمر بالمصالح التابعة للدولة على مستوى الولاية المعنية بالفلاحة، المباني والمواقع الأثرية والطبيعية، البيئة، التهيئة العمرانية، راجع المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177، مرجع سابق، والمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، مرجع سابق.

(3) تمنح الجهات المستشارة مهلة 60 يوم لإبداء آرائها ويعدّ سكوتها خلال هذه المدة موافقة ضمنية حسب المادة 02/09، من المرسوم التنفيذي المتعلق بالمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، المرجع نفسه، والمادة 02/09 من المرسوم التنفيذي المتعلق بمخطط شغل الأراضي، المرجع نفسه.

- حول عيوب تقنية الآراء الإيجابية الضمنية في المجال البيئي راجع: السملالي عبد المجيد، إشكالية التوفيق بين التنمية والمحافظة على البيئة، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2002، ص. 57 - 58.

(4) يحيى وناس، المجتمع المدني وحماية البيئة دور الجمعيات والمنظمات غير الحكومية والنقابات، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2004، ص. 100.

(5) راجع المواد 10 إلى 13 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، مرجع سابق، والمواد 10 إلى 13 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177، مرجع سابق.

الإعلام، إضافة إلى اعتقاده الراسخ بعدم اكتراث الإدارة بآراء المواطنين المتحصّل عليها⁽¹⁾، وفي ظلّ غياب ضمانات كافية في هذا المجال؛ فقد تُقدّم الإدارة من جهتها على حبس المعلومات الهامة أو التحجّج بالسّر الإداري⁽²⁾.

وحثّى لو افترض أحدهم قيام الإدارة بوضع الوثائق اللازمة تحت تصرف الجمهور؛ فإنّ غياب بيان أو تقرير التقييم البيئي الذي من شأنه تعريف هذا الجمهور بالتأثيرات البيئية المُحتملة لهذه المخططات، ونوع التدابير المقترحة لمواجهتها، وتقديم مبررات حول خيارات التنمية والتهيئة... الخ، قد يُؤدّي إلى الحدّ من قدرة المشاركين في تكوين نظرة شاملة حول مدى تأثير وثيقة التعمير على مُحيطهم وبيئتهم، ومنه بلورة آرائهم وملاحظاتهم المُختلفة، وهنا تكمن أهمية التقييم البيئي الاستراتيجي الذي يعمل على إشراك المواطن في كل مراحل التقييم منذ البداية، ما يُبقي الإدارة على إطلاع دائم بانشغالات الجمهور المعني⁽³⁾.

انطلاقاً ممّا سبق عرضه، يمكن القول أنّ تكريس التقييم البيئي الاستراتيجي في مجال التخطيط بصفة عامة ووثائق التعمير المحلية بصفة خاصة، بات أمراً حتمياً على المشرع الجزائري نظراً للمميزات التي ينطوي عليها في مجال حماية البيئة.

2- كفاءة مساهمة التقييم البيئي الاستراتيجي في تجسيد البعد البيئي لوثائق التعمير المحلية

يقتضي السعي نحو تحقيق مقتضيات حماية البيئة في إطار قانون التعمير، تعزيز إجراءات إعداد وثائق التعمير المحلية بآلية التقييم البيئي الاستراتيجي، لما لها من دور في تحديد تأثيرات أنشطة التعمير على الوسط البيئي (أ) واقتراح التدابير اللازمة للوقاية (ب) وكذا متابعة نتائج تطبيق وثائق التعمير (ج) لبلوغ أهداف التخطيط العمراني المُستدام.

أ- دور التقييم البيئي الاستراتيجي في تحديد التأثيرات البيئية لوثائق التعمير المحلية

تضطلع وثائق التعمير المحلية بحماية الأوساط البيئية المختلفة من انعكاسات أنشطة التعمير، التي من شأنها إلحاق الضرر بها، عن طريق تلويثها أو استنزاف مواردها وتقويض تنوّعها الحيوي، بحماية الأقاليم ذات المُميّزات الطبيعية الحسّاسة أو البارزة من آثار التوسّع العمراني، إضافة إلى حماية البيئة العمرانية التي تُعنى

⁽¹⁾ - يحيى وناس، المجتمع المدني وحماية البيئة دور الجمعيات والمنظمات غير الحكومية والنقابات، مرجع سابق، ص.ص. 92-93.

⁽²⁾ - لتفاصيل أكثر حول التزام الإدارة بضمان حق الفرد في الاطلاع على الوثائق راجع، يحيى وناس، المرجع نفسه، ص.ص. 81-82.

⁽³⁾ - يكمن الهدف الأساسي لإشراك الجمهور في مجال التقييم البيئي الاستراتيجي، في إعلامهم بالتأثيرات المُحتملة للمشاريع المزمع القيام بها على بيئتهم، بغرض طرح انشغالاتهم ومخاوفهم حتى يتم التوصل إلى اتّخاذ قرار، يراعي انشغالاتهم ويخفّض التضارب بين المصالح المُختلفة، انظر: برنامج الأمم المتحدة للبيئة، مرجع سابق، ص.ص. 161-162.

بإطار معيشة المواطن بالوقاية من المضار⁽¹⁾ مثل الضوضاء والأخطار التكنولوجية والتلوثات الحضرية والمساحات بجمال الزونق والزواء... الخ.

من هذا المنطلق، تبرز أهمية الحاجة إلى إخضاع وثائق التعمير المحلية في القانون الجزائري لتقييم بيئي مسبق، يتم بموجبه تحديد وتحليل تأثيرات النشاط العمراني على البيئة المستقبلية، بغرض اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهتها في المستقبل.

يُعتبر تحليل التأثير جوهر التقييم البيئي وأولى خطواته، حيث يُعنى بتحديد آثار نشاط معين على بيئته، وقد يتخذ مفهوم "التأثير" أوصاف من كل نوع، تختلف حسب الطبيعة (مباشر و/أو غير مباشر) والمقدار (حاد/منخفض/معتدل)، والمدة (قريب، متوسط أو بعيد المدى، منقطع أو مستمر)، وإمكانية حدوثه (مؤكّد، غير مؤكّد، مُحتمل) أو طبيعة موضوعه (أثر بيئي، صحي، اجتماعي، اقتصادي... الخ)⁽²⁾، وهذا النوع الأخير يتطلب تحليل متكامل في إطار تقييم بيئي واحد إذا تمّ تبني تعريف واسع للبيئة، أو تقييم تلك الآثار (الاجتماعية، الصحية...) بشكل منفصل أو موازي لتقييم الأثر البيئي⁽³⁾.

وعلى سبيل المثال، يتمّ تحليل التأثيرات البيئية في إطار وثائق التعمير المحلية في القانون الفرنسي عن طريق إنجاز "دراسة بيئية" يتمّ إعدادها في إطار تقرير العرض لوثيقة التعمير، تتضمن الدراسة خاصة تشخيص للوضع البيئي القائم وتحليل التأثيرات البيئية المختلفة للمشاريع المدرجة في المخطط، بهدف صياغة البدائل الممكنة للوقاية والحد من التأثيرات المحتملة⁽⁴⁾.

أمّا في القانون الجزائري، فيتمّ إعداد وثائق التعمير المحلية بعيداً عن تحليل أثارها البيئية، ما يؤدي إلى صعوبة التأكد أنّ البعد البيئي تتمّ مراعاته بطريقة مثالية من قِبَل الهيئات المعنية بإعداد هذه المخططات، خاصة في ظلّ انعدام الممارسة في مجال الرقابة على مشروعية وثائق التعمير المحلية.

⁽¹⁾ - عرّف الأستاذين BERNARD Yves و COLLI Claude المضار أنّها الآثار غير المرغوب فيها والتي تنتج عن وجود نشاط صناعي أو عن تجمع حضري، وعرّفها الأستاذ FOUQUITE Paul بأنّها: الإلتلاف المُضر بالبيئة والناتج أساساً عن ظروف العيش بالتجمعات الكبرى وعن التلوثات الصناعية"، نقلاً عن: السملالي عبد المجيد، الوجيز في قانون البيئة، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، 2005، ص. 24.

⁽²⁾ - انظر: برنامج الأمم المتحدة للبيئة، مرجع سابق، ص. 264-266.

⁽³⁾ - المرجع نفسه، ص. 108.

⁽⁴⁾ - تفاصيل أكثر حول وثيقة "دراسة البيئة" المعمول بها في قانون التعمير الفرنسي راجع مقال الأستاذ:

JEGOUZO Yves, « L'étude d'environnement de droit commun », écriture de PLU, l'évaluation environnementale des plans locaux d'urbanisme, Fiche 1, GRIDAUH, pp. 01-07.

ب- صياغة تدابير لمواجهة التأثيرات البيئية المحتملة لوثائق التعمير المحلية

يندرج موضوع صياغة تدابير الوقاية من التأثيرات البيئية المحتملة في مجال التقييم البيئي بوجه عام، ضمن عملية "إدارة التأثير"، والتي تتعلق بتجنب أو تقليل أو تعويض التأثيرات البيئية المتوقعة للنشاط المزمع القيام به، وفيه يتم البحث عن البدائل المناسبة والمتاحة وطرق تنفيذها⁽¹⁾، وتبعاً لذلك، يكفل التقييم البيئي الاستراتيجي لوثائق التعمير المحلية مواجهة التأثيرات المحتملة لأنشطة التهيئة والتعمير على البيئة من خلال وضع التدابير التالية:

- **تدابير منع التأثيرات المحتملة:** وهي الخطوة الأكثر فاعلية في عملية إدارة التأثير، هدفها تجنب وتفادي التأثيرات البيئية المتوقعة بشكل كلي، ويتم ذلك عن طريق مجموعة من البدائل منها: تفادي إنجاز المشروعات في المجالات المحمية أو الفضاءات الحساسة بيئياً (الساحل، المناطق الجبلية، المناطق الرطبة... الخ) أو بتطبيق إجراءات وقائية لوقف التأثيرات عند مصدرها⁽²⁾.

- **تدابير التخفيف من التأثيرات:** تُتخذ تدابير التخفيف للتقليل من حدة ودرجة ومدى ومقدار ومدة التأثيرات البيئية الناتجة عن النشاط، ويمكن إنجازها بنقل موقع المشروع المقترح في إطار مخطط التعمير أو تقليل حجمه أو إعادة تصميم عناصره⁽³⁾.

- **تدابير التعويض عن نتائج التأثير:** وهي الخطوة التي يتم تطبيقها لمعالجة التأثيرات المتبقية التي لا يمكن تفاديها أو التخفيف من حدتها⁽⁴⁾، وتتم عن طريق التعويض التقدي عن الضرر البيئي أو إعادة الحال إلى ما كان عليه، أو تأهيل الموقع بعد إتمام المشروع، أو المقايضة التي تتم عن طريق تقديم بديل بيئي، كأن يتم غرس مجموعة من الأشجار في شكل غابة لامتنصاص غاز ثاني أكسيد الكربون كإجراء معادل للترخيص بإنجاز منشأة مصنفة تتبع منها الغازات⁽⁵⁾.

(1) - برنامج الأمم المتحدة للبيئة، مرجع سابق، ص. 305.

(2) - المرجع نفسه، ص. 305.

(3) - المرجع نفسه، ص. 308.

(4) - يرى الأستاذ PRIEUR Michel أن فكرة التعويض عن التأثيرات البيئية السلبية سواء بالطرق المالية أو التقنية تنطوي على نوع من الخطورة رغم أهميتها، ذلك أن عرض التعويض على المتضرر من النشاط المقترح يشكل نوعاً من المساومة التي تؤدي إلى شراء حقوق التلوث أو تدمير النظم الإيكولوجية الواقعة في بيئة المشروع، أنظر:

PRIEUR Michel, « Le respect de l'environnement et les études d'impact », RJE, n° 02, 1981, p. 120.

(5) - برنامج الأمم المتحدة للبيئة، مرجع سابق، ص. 313.

ج- امتداد دور التقييم البيئي الاستراتيجي إلى متابعة تنفيذ وثائق التعمير المحلية

يُعتبر أيضاً التقييم البيئي الاستراتيجي أداة للرقابة والتقييم المستمر للخُطط والبرامج بعد دخولها حيز التطبيق، حيث يتمّ بموجبه متابعة التأثيرات الناتجة عن تنفيذ المخططات والبرامج محل التقييم قصد التأكد بأنها ضمن المستويات المتوقعة وفي الحدود المسموح بها قانوناً، وأنّ إجراءات التخفيف تُطبّق بالشكل الصحيح لضمان المنافع البيئية المتوقعة تحقيقها، كما تهدف عملية المتابعة إلى اتخاذ الإجراءات المناسبة لإدارة التأثيرات غير المتوقعة التي تظهر في مرحلة التطبيق⁽¹⁾.

وفي مجال متابعة تنفيذ وثائق التعمير يُمكن الاستشهاد بالتجربة الفرنسية، حيث تتمّ عملية متابعة التأثيرات البيئية لهذه الوثائق بإجراء تحليل لنتائج تطبيقها كل عشرة سنوات (10) بالاعتماد على "لوحات القيادة" التي يتمّ تقسيمها إلى عدّة قطاعات بيئية (الهواء، المياه، الضجيج، النفايات، الأرض وباطن الأرض، الأخطار الطبيعية والتكنولوجية... الخ) قصد تقييم مؤشرات تطوّر نوعية الأوساط محلّ المراقبة.

غير أنّ انتقادات لاذعة وُجّهت للمشرع الفرنسي على أساس أن التقييم الذي يُجرى كل عقد من الزمن لا يحقّق الهدف المنشود من المتابعة، والذي يتمثل في التدخّل الفوري لتصحيح القرارات بأقصى سرعة ممكنة، كما ظهرت تأثيرات عكسية خاصة في ظل وجود أضرار بيئية قد يستحيل إصلاحها⁽²⁾.

خاتمة

تبين من خلال هذه الدراسة، أنّ التقييم البيئي الاستراتيجي لم يحض باهتمام المشرع الجزائري الذي اكتفى بتطبيق نظام التقييم البيئي بصفة جزئية، وذلك بإخضاع المشاريع الفردية دون "الخُطط والبرامج" لدراسات التأثير في البيئة، وقد انعكس هذا الموقف على مجال التعمير وذلك باستبعاد التقييم البيئي من سلسلة إجراءات إعداد وثائق التعمير المحلية.

تكشف أحكام قانون التهيئة والتعمير عن وجود عدّة نقائص في مجال إدماج الاعتبارات البيئية في وثائق التعمير المحلية، ولعلّ الوضع البيئي المتردّي بسبب أنشطة التعمير في الجزائر خير دليل على وجود قصور في نظام التخطيط العمراني.

وعليه، فإنّ تخليّ المشرع الجزائري عن موقفه بعدم تمديد نطاق التقييم البيئي إلى الأطر الإستراتيجية، بات أمراً ضرورياً لتدعيم السياسة الوطنية لحماية البيئة، حيث أنّ التقييم البيئي الاستراتيجي يُعتبر ضماناً إجرائية لتفعيل مبدأ الإدماج المُكرّس قانوناً في مجال التخطيط، كما أنّه آلية لتعزيز دراسات التأثير في البيئة للمشروعات الفردية.

⁽¹⁾ - المرجع نفسه، ص. 405.

⁽²⁾ - FLAMAND Maxime, *op.cit*, p. 31.

وفي سبيل ذلك، ينبغي على المشرع الجزائري القيام بتهيئة الأوضاع الكفيلة بإدخال آلية التقييم البيئي الاستراتيجي في القانون الداخلي، من خلال الاطلاع والاستفادة من تجارب الدول الرائدة في هذا المجال، وبناء قدرات بشرية بتأهيل الإطار الفني المتخصصة لإعداد الدراسات التقنية: وأخرى مؤسساتية كإنشاء بنوك للمعلومات البيئية تضطلع بتكوين قاعدة للمعطيات والبيانات البيئية، لتزويد مختلف الجهات المعنية بعمليات التخطيط البيئي بمعلومات حول الوضع البيئي القائم لغرض تسهيل إنجاز الدراسات البيئية اللازمة.

عن مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي في التشريع الجزائري

بوراي دليلة⁽¹⁾
جامعة بجاية

الملخص:

بعد أن برز مفهوم الديمقراطية التشاركية في المجتمعات المعاصرة كفكرة حديثة تهدف لاحتواء أزمة الديمقراطية التمثيلية، إعترف القانون للمواطن بحق المشاركة في صنع القرار المحلي، غير أن ما يُعاب على هذا الموقف هو انفتاحه المحدود على آليات المشاركة حيث حصرها في مبدأ الإعلام الإداري والإجراءات ذات الطابع الاستشاري، كما أن بقاء ثقافة المشاركة لدى المواطن الجزائري في إطار محدود حال دون تحقيق أهداف تبني هذه الآليات.

الكلمات المفتاحية:

المشاركة، المواطن، القرار، الإعلام الإداري، التحقيق العمومي، الاستشارة، التشاور.

تاريخ إرسال المقال: 2017/05/24، تاريخ قبول المقال: 2018/04/26، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بوراي دليلة، "عن مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 615-631.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) طالبة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضوة بمخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

- المؤلف المراسل: bourai89@hotmail.com

The Citizen Participation in the Elaboration of the Local Decision in the Algerian Legislation

Abstract:

The participatory democracy has emerged in the modern societies with the aim of remedying to the loss of the legitimacy which results from the crisis of the representation, that's why the involvement of citizens in the construction of the local decisions has become a necessity for the effectiveness of the decentralization.

However, the Algerian legislator has tried to adapt the legal system according to the requirement of good governance buy recognizing to the citizens the right to participate in the local decision making, but this last one, did not adopt all mechanisms of participation by limiting them in the principle of the administrative information and the consultative procedures.

In addition, the culture of the citizen participation in Algeria remains limited, preventing the realization of an effective participation.

Key words:

Participation, citizen, decision, administrative information, public inquiry, consultation.

De la participation du citoyen à la prise de décision locale en droit algérien

Résumé :

La démocratie participative a émergé dans les sociétés modernes dans le but de remédier à la perte de la légitimité qui résulte de la crise de la représentation ; de ce fait, l'implication des citoyens dans la construction des décisions locales est devenue une nécessité pour l'effectivité de la décentralisation.

Le législateur Algérien a essayé d'adapter le système juridique aux exigences de la bonne gouvernance en reconnaissant aux citoyens le droit de participer à la construction de la décision locale ; ce dernier, n'a toutefois, pas adopté tous les mécanismes de la participation en les limitant au principe de l'information administrative et aux procédures à caractère consultatif, ce qui limite par ailleurs l'émergence d'une participation citoyenne effective.

Mots clés:

Participation, citoyen, décision, information administratif, enquête publique, consultation, concertation.

مقدمة

أصبحت الديمقراطية التشاركية من بين المقاربات الحديثة الأكثر استعمالاً في نطاق الإصلاحات السياسية والإدارية، تقوم على فكرة تمكين المواطن من المشاركة في اتخاذ القرار والاقتناع به بطريقة حضرية⁽¹⁾، فهي "موضة" تعبر عن ذلك التطور الذي تشهده الديمقراطية⁽²⁾.

يُساهم المواطن إلى جانب الإدارة المحلية في أنظمة اتخاذ القرار والتسيير العمومي⁽³⁾، وذلك بعد أن كانت القرارات تُتخذ بواسطة ممثليه الذين يفوض لهم هذا الأخير صلاحية تمثيله، فمشاركة المواطن أضحت مطلباً هاماً تقتضيه مسألة تحقيق الديمقراطية في المجتمع.

وفقاً لهذا السياق؛ تغير أسلوب اتخاذ الإدارة المحلية للقرار، فبعد أن كان يُتخذ بطريقة انفرادية أصبح يُتخذ بناءً على أسس التشاور، المشاورة والحوار، هو الأمر الذي جعل من مبدأ المشاركة مصدراً جديداً لمشروعية أعمال الجماعات الإقليمية، ووسيلة تُساهم في بروز فاعلين جدد إلى جانب الإدارة المحلية سواءً المواطنين بصفة فردية، أو عبر انخراطهم ضمن تنظيمات المجتمع المدني.

تقتضي ممارسة المواطن لدوره في صنع القرار المحلي ضرورة الاعتراف القانوني بهذا الأسلوب كحق للمواطن وحتمية توفير آليات تضمن مساهمته المباشرة، فعلى إثر هذا تُطرح إشكالية مدى إقرار المشرع الجزائري لحق المواطن في المشاركة في عملية صنع القرار المحلي؟

تكون الإجابة على الإشكالية المطروحة من خلال تبيان مدى انفتاح القانون الجزائري على مبدأ مشاركة المواطن كوسيلة لصنع القرار (أولاً)، ومن خلال التطرق إلى الحدود التي تعترض ممارسة المواطن لحقه في المشاركة (ثانياً).

(1) بن الشيخ عصام، سويقات الأمين، "إدماج مقارنة الديمقراطية التشاركية في تدبير الشأن المحلي - حالة الجزائر والمغرب... - دور المواطن، المجتمع المدني والقطاع الخاص في صياغة المشروع التنموي المحلي"، مقال من كتاب بوحنية قوي، عصام بن الشيخ... وآخرون، الديمقراطية التشاركية في ظل الإصلاحات السياسية والإدارية في الدول المغاربية... حالة تونس، الجزائر، المغرب نموذجاً، دار الحامد، عمان، 2015، ص. 43.

(2) عيسوي عزالدين، "الديمقراطية المحلية: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، 2015، ص. 220.

(3) زياد ليلة، مشاركة المواطنين في حماية البيئة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص. 06.

أولاً: الانفتاح القانوني على مبدأ المشاركة كوسيلة لصنع القرار المحلي

عمد المشرع الجزائري إلى تبني مبدأ مشاركة المواطن في تسيير شؤونه العامة والمساهمة في عملية صنع القرار المحلي (1) بهدف تجاوز أزمة الديمقراطية التمثيلية (2)، ليُصنع القرار المحلي بالتشارك بعد أن كان يُتخذ بطريقة انفرادية (3).

1. تكريس مبدأ مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي

يُعدُّ مبدأ المشاركة في التشريع الجزائري حقاً دستورياً بعد أن تمت دستوره (أ)، كما تمَّ تضمينه في إطار قوانين الجماعات الإقليمية باعتبار أنَّ المستوى المحلي يشكّل الإطار -بامتياز- لممارسة الديمقراطية التشاركية (ب).

أ. حق المواطن في المشاركة: حق دستوري هادف

نظراً لأهمية مبدأ المشاركة⁽⁴⁾، قام المؤسس الدستوري الجزائري بتكريس حق المواطن في تسيير شؤونه العمومية بموجب نص الفقرة العاشرة (10) من الديباجة وذلك بنصه على أن "...الدستور الجزائري يعزز بناء مؤسسات أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العامة...". إضافةً إلى ذلك، عمد المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الدستوري الأخير إلى التأكيد على مبدأ المشاركة من خلال إقراره "بتشجيع الدولة للديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية"؛ نظراً للمكانة المعتبرة للمجلس المنتخب الذي يشكّل الإطار الذي يُعبّر فيه الشعب عن إرادته، ويُراقب عمل السلطات العمومية الأمر الذي يُضفي الطابع التمثيلي على اللامركزية الإقليمية، هو ما تؤكدُه المادة 17 من الدستور الجزائري بنصّها على أنه: "يُمثّل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية"⁽⁵⁾.

(4) تُعرف "المشاركة" أو "الديمقراطية التشاركية" بأنها: "مساهمة المواطنين في الإدارة وهم يُشاركون في إصدار القرارات ليس بصفتهم عاملين، وإنما بصفتهم مُستفيدين أو مُستعملين للمرافق العمومية باعتبارهم عنصراً مكوناً للإدارة حتى تأتي قراراتها معبّرةً ومترجمةً لحاجياتهم الواقعية"،

نقلاً عن: غزلان سليمة، علاقة الإدارة بالمواطن في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص. 123-124.

(5) المادتين 3-2/15 و 17 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج. عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتم بموجب القانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج. عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدل بموجب القانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج. عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدل بموجب القانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج. عدد 14، صادر في 07 مارس 2016.

تَبَّنت أيضا المادة 34 من الدستور الجزائري مبدأ المشاركة بجعله مسؤولية تقع على المؤسسات، من خلال تكليفها باتخاذ كافة التدابير اللازمة لتحقيق المساواة بين أفراد المجتمع في الحقوق والواجبات، وسعيها إلى خلق كل الوسائل والحدّ من العقبات التي تُكَبِّح الدور الفعلي للمواطن في ميادين الحياة العامة منها المحلية، لتكون المشاركة ذلك الإجراء الذي يضمن للمواطن المساهمة بشكل مُباشر دون انقطاع في الممارسة في اتخاذ القرارات التي من شأنها أن تُؤثِّر على حياته⁽⁶⁾.

ب. إدراج مبدأ المشاركة في إطار قوانين الإدارة المحلية

امتد الاعتراف بحق المواطن في المشاركة إلى تكريسه في إطار قوانين الجماعات الإقليمية خاصة البلدية. حيث تضمن القانون رقم 11-10⁽⁷⁾ المتعلق بالبلدية مبدأ المشاركة في نص المادة 02 التي تقضي في مضمونها على جعل البلدية قاعدة إقليمية للامركزية ومكاناً لممارسة المواطنة وإطاراً لمشاركة المواطن في تسيير الشؤون العامة، مع التأكيد بموجب نص المادة 103 من القانون نفسه على كون المجلس المنتخب إطاراً للتعبير عن الديمقراطية وممثلاً لقاعدة اللامركزية ومكاناً لمشاركة المواطن.

خَصَّص كذلك قانون البلدية الجزائري رقم 11-10 باباً منفصلاً ورد تحت عنوان "مشاركة المواطن في تسيير الشؤون البلدية"⁽⁸⁾ تضمنت أحكام مبادئ مبادرة المجالس الشعبية البلدية بإعلام المواطنين حول القضايا المتعلقة بالتهيئة والتنمية بغرض استشارتهم، وذلك باعتماد مبدأ "التسيير الجوّاري"⁽⁹⁾ بصفته إجراء يتم بموجبه بحث ووضع الدعائم والمناهج الرامية إلى إشراك المواطن بصفة مباشرة أو عن طريق الحركة الجموعية، في تسيير البرامج والأنشطة التي تتعلق بمحيطه المعيشي وكذا تقدير الآثار المترتبة على ذلك وتقييمها". في حين اكتفى القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية⁽¹⁰⁾ بالنص على أهمية مبدأ الإعلام الإداري كآلية لترسيخ معالم الديمقراطية التشاركية.

(6) دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، مرجع سابق، ص.10.

(7) قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جويلية 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج. عدد 37، صادر في 03 جويلية 2011.

(8) المواد 11 إلى 14 من المرجع نفسه.

(9) تمّ إقرار مبدأ "التسيير الجوّاري" بموجب المادة 11 من المرجع نفسه، ص.07، وعرّفته المادة 04/2 من قانون رقم 06-06 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، ج.ر.ج.ج. عدد 15، صادرة في 12 مارس 2006.

(10) قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج. عدد 12، صادرة في 29 فيفري 2012.

2. إعتقاد مقارنة المشاركة: إحتواء لأزمة الديمقراطية التمثيلية

شكّلت الاضطرابات الاجتماعية لسنة 1970 والأزمات الاقتصادية لسنوات 1973 و 1979 في أوروبا أهم أسباب بروز أزمة الديمقراطية التمثيلية، حيث أفضت هذه الأزمات إلى تعثر علاقة الناخب بمنتخبه⁽¹¹⁾. ما خلق ضرورة البحث عن وسيلة للحدّ من شدّة الأزمة التمثيلية ليستقر الأمر في مفهوم الديمقراطية التشاركية التي برزت كمحاولة لترميم البناء الديمقراطي وتشكيل عناصر المشروع⁽¹²⁾.

أكّد ذلك الفقيه "جاك شوفالبييه" عند إقراره بأنّ: "ترقية إيديولوجية المشاركة هدفها معالجة ضياع المشروع الناتجة عن أزمة التمثيل. يتعلق الأمر بتأسيس الأنظمة للسلطة الموجودة على أساس مبدأ ديمقراطي، فالمشروع لا تأتي من الأعلى أو من الهيئة، بل من القاعدة، من الأعضاء"⁽¹³⁾.

تكمُن أهميّة الديمقراطية التشاركية بالنسبة للمواطن في كونها أصبحت الوسيلة التي تسمح له بالمساهمة المستمرة دون انقطاع في تسيير الشأن العمومي؛ على عكس الديمقراطية التمثيلية التي يُعاب عليها بأنّها ديمقراطية بعيدة عن المواطن بفعل طابعها القائم على تفويض وكلاء عن طريق الانتخاب، فهذه الأخيرة كادت تُفرغ حكم الشعب من محتواه الذي أنشأ من أجله⁽¹⁴⁾، لأنّها جعلت دور المواطن جزئياً ومناسباتياً وأغفلت الدور الفعلي له.

إنّ تبنّي مبدأ الديمقراطية التشاركية من شأنه تقلّص الفجوة التي خلفتها أزمة الديمقراطية التمثيلية، لأنّ من مُقتضياته الخروج عن الموعد الانتخابي الذي لطالما أثار جُملة من الإشكالات⁽¹⁵⁾، فما يُميّز مبدأ المشاركة هو ذلك التحول الذي يخضع له المواطن بصفته ناخباً إلى شريكٍ يحرص على مدى التنفيذ الأحسن للنشاط العمومي على نحوٍ يضمن الشفافية والفعالية.

تحصّر الديمقراطية التمثيلية دور المواطن في الحياة السياسية عند الإدلاء بصوته في الانتخابات، على عكس الديمقراطية التشاركية التي تعمل على الانخراط الفعلي لهذا الأخير في ممارسة السُلطة بواسطة ميكانيزمات تكفّل له المشاركة في صنع القرار المحلي، خاصة وأنّ مثل هذه الديمقراطية تجد إطارها الملائم

⁽¹¹⁾ KESLASSY Eric, NIDDAM Emmanuel, « Le dilemme de la démocratie », commission des relations avec le monde intellectuel, 2012, p.02. En ligne sur www.crif.org, consulté le 20/04/2016.

⁽¹²⁾ عيساوي عزالدين، "الديمقراطية المحلية: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية"، مرجع سابق، ص.223.

⁽¹³⁾ نقلا عن عيساوي عزالدين، "الديمقراطية المحلية: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية"، مرجع سابق، ص.224.

⁽¹⁴⁾ B.FLACHER, « La participation politique », PNF de Lyon, Paris .p.02. En ligne sur : www.aix-mrs.iufm.fr, consulté le 12/03/2013.

⁽¹⁵⁾ زروقي كميلية، الحق في الإعلام الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امجد بوقرة، بومرداس، 2006، ص. 9.

على مستوى اللامركزية بفعل قرب المسافة بين المواطن والمجالس التي ينتخبها خاصة البلدية بصفقتها تُجسّد قاعدة اللامركزية ومكاناً لممارسة الديمقراطية.

3. من اتخاذ القرار الإفرادي إلى صنع القرار التشاركي

تنفرد السلطات المحلية في أداء اختصاصاتها باتخاذ جملة من القرارات التي من شأنها أن تُؤثّر على حياة المواطن، باستعمال امتيازات السلطة العامة التي خوّلتها إياها المشرع كونها تعمل على تحقيق الصالح العام؛ حيث يتم تنفيذ هذه القرارات مباشرة تطبيقاً لمبدأ "إمتياز الأسبقية" مع إمكانية الطعن فيها من خلال اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة في حالة عدم مشروعيتها⁽¹⁶⁾.

غير أنه وتحقيقاً للديمقراطية في اتخاذ القرارات الرشيدة والفعّالة يُشارك المواطن بدوره في صنع القرار المحلي، ليُتخذ بذلك القرار عبر مرحلتين، الأولى تتمثل في "مرحلة صنع القرار" والثانية في "مرحلة اتخاذ القرار"، حيث يُندرج دور المواطن في المرحلة الأولى من خلال طرح آرائه واقتراحاته وتقديم البدائل، فهي تقوم على كسب الرأي العام واستشارته حول القضايا التي تعنيه في بيئة ديمقراطية⁽¹⁷⁾.

لم يعد إذن صنع القرار المحلي حكراً على الإدارة المحلية خاصة وأنّ هذه القرارات تُخاطب المواطن مباشرة، فيكون بذلك النشاط العمومي الإطار الذي يسمح للمواطن المشاركة في تسييره ليُصبح عملاً قانونياً تضعه السلطة العامة بالاشتراك مع المجتمع المدني وليس مجرد قرارٍ يوضع بصفة انفرادية من طرفها⁽¹⁸⁾، فيكون أكثر واقعية وقابلية للتنفيذ.

⁽¹⁶⁾ لباد ناصر، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد، سطيف، 2011، ص. 180. 181.

⁽¹⁷⁾ سيرير عبد الله رابح، عملية صنع القرار وتطبيقاته في الإدارة العامة بالجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، فرع التنظيم السياسي والإداري، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر 01، 2006، ص. 125.

⁽¹⁸⁾ زروقي كميلية، الحق في الإعلام الإداري، مرجع سابق، ص. 6.

ثانياً: عن حدود مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي

يُصادف دور المواطن في المشاركة جملة من الحدود تتمثل أساساً في حصر المشرع الجزائري للآليات التي تسمح بمشاركته في مبدأ الإعلام الإداري والاجراءات ذات الطابع الاستشاري غير الإلزامي(1) بالإضافة إلى ضعف ثقافة المشاركة لدى المواطن للتأثير في عملية صنع القرار المحلي (2).

1. حصر آليات المشاركة ضمن مبدأ الإعلام الإداري والاجراءات ذات الطابع الاستشاري

يُشكل النقاش العام، مجالس الأحياء، الميزانية التشاركية، مجالس الأطفال، بعض الآليات التي تسمح بمساهمة المواطن في صنع القرار في ظل التشريعات المقارنة مثل - تونس وفرنسا -؛ لكن رغم تكريسها في هذه التشريعات إلا أنَّها غير معتمدة في التشريع الجزائري ليقى دور المواطن رهن المعلومة التي تسهر المجالس المحلية المنتخبة على إيصالها له(أ) والاجراءات ذات الطابع الاستشاري (ب).

أ. الإعلام الإداري: ضمانه غير كافية لممارسة حق المشاركة

يقترن مبدأ المشاركة في تسيير الشؤون العامة المحلية بمبدأ الإعلام الإداري الذي يُعتبر دعامة أساسية لتحقيق الديمقراطية وفعالية النشاط الإداري، لذلك تقوم الإدارة المحلية بالكشف عن أعمالها عن طريق نشرها للمواطن وتبليغها لما يتعلق الأمر بالقرارات الإدارية الفردية. أقرَّ المرسوم رقم 88-131⁽¹⁹⁾ الذي ينظّم العلاقات بين الإدارة والمواطن في نص المادة 10 منه حق المواطن في الإعلام الإداري بتمكينه من حق الإطلاع على الوثائق والمعلومات الإدارية، كما تبنته أحكام المادة 02/11 من قانون البلدية رقم 11-10 والمادة 18 من قانون الولاية 12-07.

1.1. كفاءات تداول المعلومات الإدارية

يتمكّن المواطن من المعلومات الإدارية وفقاً لطريقتين، إما بقيام الجماعات المحلية بنشر المعلومة وهو ما يُطلق عليه "بالإفصاح الاستباقي" « Divulgateion proactive » أو بناءً على طلب يقدم من المواطن وهو ما يُعرف "بالإفصاح التفاعلي" « Divulgateion interactive ».

(19) مرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 04 جويلية 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج.ر.ج. عدد 27، صادر في 06 جويلية 1988.

أ.1.1. الإفصاح الاستباقي عن المعلومة الإدارية

يتمثل إجراء الإفصاح الاستباقي عن المعلومة الإدارية في مبادرة الهيئات المحلية بتمكين المواطن من المعلومات دون تقديم طلب من هذا الأخير⁽²⁰⁾، وذلك من خلال نشر مشروع جدول أعمال الاجتماعات التي تعقدها المجالس المحلية المنتخبة ونشر مداولاتها، باستعمال كل الوسائل المتاحة للنشر خاصة منها الإلكترونية نظرا لسرعتها في إيصال المعلومة⁽²¹⁾.

يسمح إجراء الإفصاح الاستباقي باضفاء الشفافية، كما يضمن وصول المواطن الفوري إلى المعلومة الإدارية دون تحميله لأعباء تقديم الطلب وعناء الإجراءات الإدارية⁽²²⁾.

أ.1.2. الإفصاح التفاعلي عن المعلومة الإدارية

يعدُّ الإفصاح التفاعلي الوسيلة الثانية التي تُمكن المواطن من الحصول على المعلومات من خلال الولوج إلى الوثائق الإدارية وذلك بتوجيه طلب من المواطن؛ في هذا الإطار جاء المرسوم التنفيذي رقم 16-190 الذي يحدد كفايات الإطلاع على مُستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي والقرارات البلدية، لِيُبيّن الأحكام المتعلقة بطلب الإطلاع على القرارات البلدية⁽²³⁾.

بدايةً، يُوجّه المواطن طلب الإطلاع على القرارات البلدية إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي دون أن يقوم بتبرير أو تحديد الأسباب من وراء طلبه، غير أنه يلتزم بتحديد كل المعلومات المتعلقة بالقرار المُراد الإطلاع عليه لسرعة العثور عليه، وفي حالة جهله لهذه المعلومات يتم تسخير عونٍ يُساعده على التعرف على البيانات الخاصة بالقرارات محل الطلب.

أمّا عن مواعيد معالجة طلب الحصول على القرارات البلدية؛ فإنه يتم تمكين المواطن من الوثائق البلدية الصادرة خلال السنة الجارية في نفس يوم تقديم الطلب، وفي أجل يتراوح بين ثلاثة وخمسة أيام عندما يتعلق الأمر بالقرارات البلدية الصادرة في أقل أو أكثر من عشر سنوات⁽²⁴⁾.

(20) رضوى أحمد، مارينا عادل، رضوى أحمد، آليات إتاحة وتداول المعلومات -دراسة مقارنة-، برنامج الشفافية والمساءلة، مركز دعم لتقنية المعلومات، مصر، 2013، ص.07.

(21) أقرت المادتان 11، 18 من قانوني البلدية والولاية على التوالي 11-10، 12-07، تقنية الإفصاح الاستباقي وذلك بتكليف المجالس الشعبية المحلية باتخاذ كل التدابير لإعلام المواطنين باستعمال كل الوسائط والوسائل الإعلامية.

أمّا المادتين 14 و32 من قانون رقم 11-10 و12-07، فقد أُكِّدنا على تقنية الإفصاح التفاعلي من خلال تمكين المواطن من الإطلاع على مُستخرجات مداولات المجالس الشعبية المحلية وإمكانية الحصول على نسخة منها على نفقته.

(22) رضوى أحمد، مارينا عادل، منة جمال، آليات إتاحة وتداول المعلومات -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.07.

(23) مرسوم تنفيذي رقم 16-190، مؤرخ في 30 جوان 2016، يحدد كفايات الإطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي والقرارات البلدية، ج.ر.ج. عدد 41، صادر في 12 جويلية 2016.

(24) المادة 05 من المرجع نفسه.

أقرت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 16-190 مجانية الإطلاع على القرارات البلدية والزامية الإطلاع عليها داخل مقر البلدية بحضور الموظف المعني، أما المادة 07 من المرسوم نفسه فقد نفت إمكانية التحجج بوجود القرارات البلدية المطلوبة في الأرشيف لعدم تمكين المواطن منها.

أ.2. اعتماد مبدأ السرية الإدارية: عرقلة لحق المواطن في المشاركة

يعترض حق المواطن في المشاركة مبدأ السرية الإدارية الذي يجعل من مبدأ الإعلام الإداري مبدأً مقيداً غير مطلق نتيجة غياب قاعدة عامة تمنح للمواطن الحق في الحصول على المعلومات⁽²⁵⁾. يُشكل انعدام حماية قانونية لحق المواطن في الإعلام الإداري ومحدودية نطاق ممارسة هذا الحق تضيقاً من حريته وحقه في المشاركة في صنع القرار المكّرس دستورياً وشفافية الإدارة⁽²⁶⁾. يسري مبدأ السرية في فائدة الإدارة التي تتذرع به كحجة لضمان حسن سير النشاط الإداري بهدف خلق بيئة مريحة ومستقلة للموظف العمومي، حتى يتسنى له القيام بواجباته بعيداً عن كل أشكال الضغط التي من شأنها أن تُعكّر نشاطه⁽²⁷⁾.

جاءت في هذا الإطار أحكام المرسوم التنفيذي رقم 16-190 محدّدة كليات الإطلاع على مستخرجات مداورات المجلس الشعبي البلدي وقرارات البلدية، لتُبين قائمة القرارات البلدية التي يُمنع تسليمها للمواطن إعمالاً لمبدأ السرية كاستثناء لمبدأ الإعلام الإداري الذي تقرر تكريسه كأصل عام⁽²⁸⁾.

ب: الإجراءات الاستشارية المسخرة لتمكين المواطن من المشاركة

جاء انفتاح المشرع الجزائري على آليات المشاركة محدوداً، حيث اعترف إلى جانب آلية الإعلام الإداري بالآليات الاستشارية التي يُعاب عنها طابعها الاستشاري غير الإلزامي. تتمثل هذه الأخيرة في التحقيق العمومي، الاستشارة والتشاور.

(25) زروقي كميلية، الحق في الإعلام الإداري، مرجع سابق، ص.88.

(26) غزلان سليمة، علاقة الإدارة بالمواطن في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.92، 153.

(27) زروقي كميلية، الحق في الإعلام الإداري، مرجع سابق، ص.88.

(28) تبين المادة 03 قائمة الوثائق والقرارات البلدية التي يُمنع الإطلاع عليها وهي: "المتعلقة بالحالات التأديبية، المسائل المرتبطة بالحفاظ على النظام العام، القرارات البلدية ذات الطابع الفردي، سير الإجراءات القضائية"، المرسوم التنفيذي رقم 16-190، يحدد كليات الإطلاع على مستخرجات مداورات المجلس الشعبي البلدي والقرارات البلدية، مرجع سابق، ص.08.

ب.1. التحقيق العمومي: إجراء استشاري غير ملزم للإدارة

يسمح التحقيق العمومي بصفته إجراء استشاري لكل المعنيين التعرف بواسطة ملفٍ وُضع تحت تصرفهم حول بعض المشاريع، البرامج والمخططات من أجل إبداء ملاحظاتهم حول العمليات المعنية⁽²⁹⁾.

ب.1.1. اعتماد إجراء التحقيق العمومي في مجال التعمير والبيئة

عمد المشرع الجزائري إلى تكريس إجراء التحقيق العمومي ضمن مجال البيئة والتعمير اللذان يعتبران المجالان الذي تم إدراج مبدأ المشاركة فيهما؛ ويكون ذلك بالنسبة لمجال التعمير عند إعداد مخططات التعمير المحلية، وبالنسبة للبيئة عند إجراء الدراسات المتعلقة بدراسة وموجز التأثير⁽³⁰⁾.

يُدعى المواطن خلال مدة محددة قانوناً تتراوح بين 45 يوماً بالنسبة لإعداد مشروع المخطط التوجيهي للتهيئة التعمير و 60 يوماً بالنسبة لإعداد مخطط شغل الأراضي إلى إبداء رأيه؛ بتسجيل ملاحظاته في سجلٍ خاص مرقم وموقع يُوضع في مقر البلدية من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية المعنية، أو يُعرب عنها مباشرة أو تُرسل كتابياً إلى المفوض المحقق أو المفوضين المحققين⁽³¹⁾.

(29) HOUSTIOU René, « Enquêtes publiques », Environnement et développement durable, 2012, p.1, En ligne sur : Lexis Nexis.SA , consulté le 12/03/2013.

(30) انظر في ذلك:

- بالنسبة للمخططات المحلية للتهيئة والتعمير، أنظر المادتين 26، 36 من قانون رقم 90-29 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير ، ج.ر.ج. عدد 52، صادر في 02 ديسمبر 1990 معدل ومتم بالمرسوم التشريعي رقم 94-07، مؤرخ في 18 ماي 1994، يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر.ج. عدد 32، صادرة في 01 جوان 1991، معدل ومتم بالقانون رقم 04-05، مؤرخ في 14 أوت 2004، ج.ر.ج. عدد 51، صادر في 15 أوت 2004.

- بالنسبة لدراسة وموجز التأثير في البيئة، المادة 09 من مرسوم تنفيذي رقم 07-145، مؤرخ في 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفية المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج.ر.ج. عدد 34، صادر في 22 ماي 2007.

(31) أنظر في ذلك:

- المادة 10 من مرسوم تنفيذي رقم 91-177، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج.ر.ج. عدد 26، صادر في 01 جوان 1991، معدل ومتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-317، مؤرخ في 10 سبتمبر 2005، ج.ر.ج. عدد 62، صادر في 11 سبتمبر 2011.

- المادة 10 من مرسوم تنفيذي رقم 91-178، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، ج.ر.ج. عدد 26، صادرة في 01 جوان 1991، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-318، مؤرخ في 10 سبتمبر 2005، ج.ر.ج. عدد 62، صادر في 11 سبتمبر 2011.

يتمُّ قفل سجّل الاستقصاء وإعداد محضر قفله و توقيعه من المفوض المحقق أو المفوضون المحققون في حال تعددهم في أجل 15 يوماً الموائية لقفل الاستقصاء، ويتم إرساله إلى المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية المعنية مصحوباً بالملف الكامل للاستقصاء مع استنتاجاته⁽³²⁾.

يرتبط إجراء التحقيق العمومي بمبدأ الإعلام الإداري حيث يتم تبليغ ونشر القرار الرامي إلى إعداد مخططات التعمير المحلية بمقر المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية طوال مدة الاستقصاء العمومي، وتبلغ نسخة منه إلى الوالي المختص إقليمياً⁽³³⁾.

أمّا في مجال حماية البيئة، تم الاعتراف بموجب المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 145-07 الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة لكل شخص طبيعي أو معنوي بحق المشاركة في مجال البيئة، وذلك عند إعلان الوالي لقرار فتح التحقيق العمومي بعد الفحص الأولي وقبول دراسة وموجز التأثير بإبداء الرأي في المشروع المراد إنجازه والآثار المحتملة على البيئة⁽³⁴⁾.

يكاد يكون إجراء التحقيق العمومي في مجال البيئة نفسه في مجال التعمير، حيث يرتبط هو الآخر بمبدأ الإعلام البيئي الذي كرسه أحكام قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، أين تقررت إلزامية إعلام الجمهور بالقرار المتضمن فتح التحقيق⁽³⁵⁾، غير أنه يختلفان من حيث المواعيد التي لا بدّ الأ

(32) انظر في ذلك

- المادة 13 من مرسوم تنفيذي رقم 91-177، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، مرجع سابق.

- المادة 13 من مرسوم تنفيذي رقم 91-178، يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، مرجع سابق.

(33) انظر في ذلك:

- المادة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 91-177، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، مرجع سابق.

- المادة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 91-178، يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، مرجع سابق.

(34) مرسوم تنفيذي رقم 07-145، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، مرجع سابق.

(35) ميّز القانون رقم 03-10 بين نوعين من الإعلام البيئي يختلف كلاهما من حيث مصدر المعلومة، حيث أقرت المادة 07 الحق العام في الإعلام لفائدة كل شخص طبيعي أو معنوي تلتزم بموجبه السلطات العامة بتمكينه من كل المعلومات المتعلقة بوضع البيئة والمادة 08 من المصدر ذاته أقرت الحق الخاص في الإعلام البيئي أين يلعب الشخص الطبيعي أو المعنوي دوره في تمكين السلطات العامة من أية معلومة لها أن تؤثر على البيئة، أنظر: قانون رقم 03-10، مؤرخ في 10 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج. عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003.

تتجاوز مدة شهر في مجال حماية البيئة، وذلك ابتداء من تاريخ التعليق في مقر الولاية والبلديات المعنية وفي موقع المشروع⁽³⁶⁾.

ب.3.2.1. شكلية إجراء التحقيق العمومي

يُعبأ على إجراء التحقيق العمومي طابعه الاستشاري، إذ تُعتبر مُستخلصاته مجرد آراء لا تحوز على أية قيمة إلزامية فلا إدارة حرية الأخذ بها من عدمها، وهو ما يؤثر سلباً على مبدأ المشاركة الذي قد يتحول إلى مجرد شكلية تلتزم الإدارة القيام بها من باب أن القانون قد ألزمها اعتماد أساليب ديمقراطية في اتخاذها للقرارات المتعلقة بمجال حماية البيئة والتعمير.

فضلا عن ذلك فإن إجراء التحقيق العمومي في التشريع الجزائري عبارة عن إجراء شكلي يعتمد على مجرد الكتابة، حيث تم إغفال إمكانية إثراء عملية صنع القرارات المتعلقة بحماية البيئة والتعمير بعقد نقاشات عامة علنية، تتقاطع فيها آراء وأفكار المجتمع المدني إلى جانب التحقيق العمومي، حتى تُتخذ بشكل رشيد ما يضمن الحماية الفعلية للبيئة والبناء الديمقراطي لمخططات التعمير المحلية.

إن شكلية إجراء التحقيق العمومي تحد من دور المواطن في صنع القرار المحلي، وهو الأمر الذي يُبقي على الطابع الانفرادي لعملية اتخاذ القرارات المحلية، فعدم إلزامية مستخلصات إجراء التحقيق العمومي تخول الإدارة المحلية أهلية اتخاذ القرار النهائي دون أن تأخذ بعين الاعتبار ما خلصت إليه نتائج التحقيق العمومي.

ب.2. الاستشارة والتشاور: إجراءات دون فعالية

يندرج إجراءي الاستشارة والتشاور ضمن الآليات الكلاسيكية لتمكين المواطن من المشاركة، غير أنهما يختلفان من حيث زمن طلبهما واعتمادهما ومن حيث مدى إلزامية مستخلصات آرائها.

بالنسبة لإجراء الاستشارة **consultation** فهي تُجسد إحدى وسائل التعبير القانوني عن الرأي بشكل فردي ولو صعبت عملية تحقيقه -، حيث أصبحت الاستشارة الفردية تقتصر على مجرد طلب رأي فني في موضوع متخصص-، أو جماعي في مواجهة سلطة إدارية تستأثر بمفردها على عملية اتخاذ القرار⁽³⁷⁾.
تتخذ الاستشارة شكلين، فقد تأخذ شكل الإدارة الاستشارية أو شكل الاستفتاء الاستشاري المحلي⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ المادة 3/10 من المرسوم التنفيذي رقم 07-145، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، مرجع سابق، ص.94.

⁽³⁷⁾ غزلان سليمة، علاقة الإدارة بالمواطن في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 138.

⁽³⁸⁾ الاستفتاء الاستشاري المحلي إجراء يمكن المواطن من الإدلاء برأيه عن طريق الاقتراع سواء بمنح قبول أو رفض اعتماد مشروع معين، يتم بمبادرة المواطن لإرغام السلطات العامة المحلية على عقد مناقشة ديمقراطية حول مختلف الخيارات التي تهم مستقبل بلدية ما، زياد ليلة، مرجع سابق، ص.90-91.

أخذ المشرع الجزائري بالإدارة الاستشارية دون الاستفتاء الاستشاري المحلي، فعلى مستوى الولاية مثلا اعترف بإنشاء لجنة الهندسة المعمارية والتعمير والبيئة المبنية⁽³⁹⁾، فضلا عن إنشاء اللجنة الولائية للسكان⁽⁴⁰⁾، أما على مستوى البلدية فقد أقرت المادة 13 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية إجراء الاستشارة من خلال تمكين رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة إذا ما اقتضت شؤون البلدية من الاستعانة بصفة استشارية، بكل شخصية محلية وكل خبير و/أو كل ممثل جمعية محلية تمّ اعتمادها بشكل قانوني من أجل دراسة وتقديم مقترحات، على نحو يُيسّر من أشغال المجلس أو لجانه بحكم مؤهلاته أو طبيعة نشاطاتهم⁽⁴¹⁾.

كما تبنى المشرع الجزائري إجراء الاستشارة بموجب نص المادة 15 من قانون 29-90، حيث ألزم إخضاع مسألة إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي إلى استشارة الجمعيات المحلية للمستعملين والغرف التجارية والفلاحية والمنظمات المهنية⁽⁴²⁾، وجاء التأكيد على تبني المبدأ بموجب نص المواد 7، 8 و 9 من المراسيم التنفيذية المحددة لكيفيات إعداد المخططات المحلية للتهيئة والتعمير⁽⁴³⁾، إجراء كفلته أيضا أحكام المادة 35 من قانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽⁴⁴⁾.

إنّ الاستشارة على الرغم من أهميتها في صياغة وإعداد القرارات الإدارية بشكل ديمقراطي، تظل قاصرة وغير فعالة لتحقيق مشاركة المواطن، وذلك لسببين، الأول ناتج عن الطبيعة القانونية للآراء التي تتقدم فيها الصبغة الإلزامية، والثاني يعود إلى ممارسة الاستشارة من طرف هيئات استشارية خاضعة من حيث تشكيلتها لسيطرة أعوان الدولة ناهيك عن محدودية نطاق استشارتها⁽⁴⁵⁾.

⁽³⁹⁾ مرسوم تنفيذي رقم 95-370، مؤرخ في 15 نوفمبر 1995، يتضمن تنظيم لجنة الهندسة المعمارية والتعمير والبيئة المبنية في الولاية وعملها، ج.ر.ج. عدد 70، صادر في 19 نوفمبر 1995.

⁽⁴⁰⁾ مرسوم تنفيذي رقم 02-312، مؤرخ في 02 أكتوبر 2002، يتضمن إنشاء اللجنة الوطنية للسكان واللجان الولائية للسكان وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 66، صادر في 06 أكتوبر 2002.

⁽⁴¹⁾ المادة 13 من قانون رقم 10-11، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

⁽⁴²⁾ قانون رقم 29-90، يتعلق بالتهيئة والتعمير، مرجع سابق.

⁽⁴³⁾ راجع أحكام المواد 7، 8، و 9 من المراسيم التنفيذية على التوالي:

- مرسوم تنفيذي رقم 91-177، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه والوثائق المتعلقة به مرجع سابق.

- مرسوم تنفيذي رقم 91-187، يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة به مرجع سابق.

⁽⁴⁴⁾ قانون رقم 10-03، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق..

⁽⁴⁵⁾ غزلان سليمة، علاقة الإدارة بالمواطن في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 142.

2. ضَعْف ثقافة المشاركة لدى المواطن للتأثير في عملية صنع القرار

يستند مبدأ المشاركة إلى انفتاح المجتمع وإلى الحرية التي يخضع لها المواطن، كما يركز على تطور الخبرة وتعدد مصادر الإعلام، فمشاركة المواطن تعبّر عن رغبته في المعرفة والوصول إلى "مجتمع المعرفة"، لذلك فإنّ تعدد نظم الخبرة يعدّ أساسيا لمجتمع المعرفة⁽⁵²⁾.

يفترض أن تكون لدى المواطن ثقافة التّفّح على التقنيات الحديثة للإعلام والاتصال كونها من الوسائل التي تنشر المعلومة حتى يتمكّن من المشاركة. فثقافة المواطنة تركز على قيم مُتعددة أيّ اعتقاداتٍ منها المشاركة في تسيير الشؤون العامة، التحضّر، احترام القانون ومبدأ المساواة⁽⁵³⁾.

تُقاس درجة ثقافة المواطن ووعيه بأهمية دوره في صنع القرار المحلي بمدى انخراطه ضمن مؤسسات المجتمع المدني فكلّما سجّل هذا الأخير اندماجه في هذه المؤسسات كلّما عبّر ذلك عن رغبته في التغيير وعن وعيه وثقافته.

غير أنّه، شكّل غياب الوعي وقيم المواطنة والانتماء إلى الوطن عائقاً يحدّ من فعالية المشاركة في الجزائر، حيث يُجسّد سوء فهم المواطن لمبدأ المواطنة أحد الاختلالات التي تمنع قيام وتأسيس الديمقراطية التشاركية، ويُمكن إرجاع ذلك إلى قُصور دور المجتمع المدني في توعية أفراد المجتمع⁽⁵⁴⁾.

خاتمة

كرّس المشرع الجزائري مبدأ مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي لاحتواء أزمة الديمقراطية التمثيلية، لكن بضمانات غير كافية تظهر من خلال محدودية وعدم تعدد الآليات التي تكفل للمواطن المشاركة، وإنّ وُجدت فإنّها إجراءات استشارية لا تتمتع بالإلزامية.

ترك المشرع الجزائري المبادرة بتحقيق فعالية مبدأ المشاركة إلى المجالس الشعبية المحلية، من خلال تكليفها بمهمة توعية المواطن والعمل على خلق كل السبل لضمان مشاركته الفعلية، غير أنّ الأمر الذي يسمح بتهرب هذه المجالس هو أنّ المشرّع الجزائري لا يُلزمها بذلك وهو ما تدلّ عليه العبارات التي يستعملها مثل "يُبادر"، "يسهر"، "يُمكن" و "يُنخّذ" دون أن تحوز على صيغة إلزامية.

(52) HEROULT Bruno, *La participation des citoyens et l'action publique*, Centre d'analyse stratégique, Paris, 2008, p.47.

(53) TAIB Essaid, « La participation locale », Recueil des actes du séminaire national : les collectivités territoriales et les impératifs de bonne gouvernance- réalités et perspective-, faculté de droit, université Abderrahmane Mira- Bejaia, 02, 03 et 04 décembre, 2008. P.63.

(54) ضبع عامر، دور المشاركة السياسية في ترقية الحكم الصالح في الجزائر ما بين: 1999-2004، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، فرع التنظيمات السياسية والإدارية، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص.124.

حصر المشرع الجزائري تطبيقات الديمقراطية التشاركية ضمن مجالي البيئة والتعمير، بالرغم من أن السياسة العامة المحلية لا تقتصر على هذين المجالين بل تتعداهما إلى حفظ الصحة، تسيير النفايات، الثقافة وغيرها من المجالات الحيوية التي تهتم المواطن.

المواطن بدوره لا يسمح بتحقيق فعالية مبدأ المشاركة، في ظل نقص ثقافته ومحدودية علمه ووعيه بأهمية دوره في إعداد وصياغة السياسة العامة المحلية بالاشتراك مع السلطات العامة المحلية.

إن محدودية الآليات التي تكفل دور المواطن في المشاركة في عملية صنع القرار المحلي وطابعها الاستشاري يقتضي ضرورة تبني المشرع الجزائري للآليات الأخرى ذات الفعالية مثلما هو معمول به في الدول الغربية، مثل إجراء النقاش العام، مجالس الأحياء والميزانية التشاركية بصفتها آليات تسمح بإضفاء الشفافية على عمليات اتخاذ القرارات المحلية كونها تسمح بمساهمة المواطن في عملية صنعها.

يبقى على المشرع الجزائري أن يُضمّن مشاريع القوانين المتعلقة بالجماعات الإقليمية والديمقراطية التشاركية المترقب صدورها خلال السداسي الأول للسنة الجارية 2018 بالآليات الأخرى ذات الفعالية، حتى لا تبقى هذه الأخيرة هدفاً صعب المنال لانعدام آليات تسمح للمواطن بالمشاركة، فعلى المشرع الجزائري أن يتدارك هذا القصور حتى لا تُصبح الديمقراطية التشاركية مجرد خطاب تتداوله الأحزاب السياسية والحكومة في كل استحقاق انتخابي.

محدودية الوسائل القانونية المكرسة لحرية تسيير الجماعات المحلية

بلال فؤاد (1)

جامعة مولود معمري تيزي وزو

الملخص:

تقتضي حرية تسيير الجماعات الإقليمية أن تتمتع هذه الأخيرة باختصاصات فعلية ووسائل كافية تمكنها من ممارسة اختصاصاتها. تتمثل هذه الوسائل في الوسائل القانونية والبشرية والمالية. تتمثل هذه الوسائل القانونية في الاعتراف للجماعات الإقليمية بحرية التعاقد باعتبارها أشخاص معنوية عامة، سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، إضافة إلى ضرورة تمتعها بسلطة تنظيمية محلية تسمح لها بتنظيم وتسيير شؤونها المحلية بنفسها، دون أي تدخل مركزي.

تعاني الجماعات الإقليمية الجزائرية من تبعية مطلقة للسلطات المركزية في مجال ممارسة اختصاصاتها، وذلك بفعل تجاهل الدستور لحريتها في التسيير، إضافة إلى التقييد التشريعي الذي يحدّ من حرّيتها في التسيير، الأمر الذي أثار كثيرا على فعالية وسائلها القانونية المكرسة لممارسة اختصاصاتها.

الكلمات المفتاحية:

جماعات إقليمية، حرية تسيير، حرية تعاقدية، سلطة تنظيمية، تعاون لامركزي.

تاريخ إرسال المقال: 2018/02/07، تاريخ قبول المقال: 2018/06/07، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بلال فؤاد، "محدودية الوسائل القانونية المكرسة لحرية تسيير الجماعات المحلية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 648-632.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

<http://univ-bejaia.dz/Fac Droit Sciences Politiques/revues-de-la-faculte>

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) طالب دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 15000، تيزي وزو، الجزائر.

المؤلف المراسل: juriste06@hotmail.com

Limited Legal Means Devoted to the Freedom of Local Authorities Management

Abstract

The freedom of local authorities management requires that the latter have effective competences that they can exercise with sufficient means. These means are legal, human and financial ones.

Legal means allow attributing freedom of contract to local authorities as public legal entities, either at the local or the foreign level. Moreover, they should have local regulatory authority to manage and regulate their own local affairs without any central intervention.

The Algerian local authorities are suffering from absolute subordination to the central authorities within the exercise of their competences, and that is due to the constitutional disregard of their freedom of management, in addition to the legislative restriction that limit that freedom, and all of which has remarkably affected the effectiveness of their legal means within the exercise of their powers.

Key words:

Territorial authorities, freedom of management, freedom of contract, regulatory authority, decentralized cooperation.

L'insuffisance des moyens juridiques consacrés à la liberté de gestion des collectivités territoriales

Résumé :

La liberté de gestion des collectivités territoriales exige de ces dernières qu'elles soient dotées de compétences effectives et de moyens juridiques, humains et financiers suffisants leur permettant d'exécuter leurs missions. De tels moyens se concrétisent par la reconnaissance, à leur profit de la liberté contractuelle en tant que personnes morales de droit public et d'un pouvoir réglementaire indépendant. Il est toutefois à noter que, dans l'exercice de leurs fonctions, les collectivités territoriales algériennes souffrent d'une subordination chronique vis-à-vis des autorités centrales en raison de la non-reconnaissance constitutionnelle de leur liberté de gestion. En conséquence, les moyens juridiques dont elles disposent se trouvent fortement limités.

Mots clés :

Collectivités territoriales, la liberté de gestion, liberté contractuelle, pouvoir réglementaire, coopération décentralisée.

مقدمة

يتجاوز مفهوم اللامركزية مجرد إعتباره تنظيما إداريا وتقنيا يقوم على تحويل بعض الإختصاصات لصالح الجماعات الإقليمية، بل هي مفهوم أعمق من ذلك بكثير، فهي تعني تمتع الجماعات الإقليمية بحرية التسيير والتقرير على المستوى المحلي⁽¹⁾، و بهذا المفهوم فإنّ التوسع في الإعتراف للجماعات الإقليمية بإختصاصات واسعة لا يعني أبدا تقوية للامركزية، كون هذه الأخيرة لا تتحقق إلاّ بتزويد الجماعات الإقليمية بوسائل تسيير تمكّنها فعلا من التقرير في شؤونها المحلية⁽²⁾.

تستلزم حرية تسيير الجماعات الإقليمية أن تتمتع هذه الأخيرة بسلطة تنظيمية تسمح لها بممارسة إختصاصاتها تماثيا مع خصوصية شؤونها المحلية، هذه السلطة وإنّ إعترف بها المشرع الجزائري في بعض النصوص التشريعية، إلاّ أنه لم يكرّسها دستوريا (المبحث الأول). إلى جانب ذلك يشوب الإختصاص التعاقدية للجماعات الإقليمية الكثير من الإختلالات بفعل تقييده بالعديد من القيود (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إمتناع المؤسس الجزائري عن الإعتراف بسلطة تنظيمية للجماعات الإقليمية

ترتبط فكرة اللامركزية بالإستقلالية القانونية للأجهزة اللامركزية إزاء الهيئات المركزية⁽³⁾، ذلك أنّ نجاح هذا التنظيم لا يتوقف على مجرد تضمينه في دساتير وقوانين الدول شكليا، بل لابد أن يستتبع ذلك بالإعتراف الدستوري للجماعات الإقليمية بحرية التسيير، والتي تركز أساسا على حرية التقرير في الشؤون المحلية، وبدون ذلك تبقى هذه الجماعات مجرد أجهزة إستشارية في يد السلطة المركزية⁽⁴⁾، وهو ما ينطبق على حالة الجماعات الإقليمية في الجزائر، حيث تجاهل المؤسس تماما تكريس حريتها في التسيير، وإكتفى بالمقابل بتكريس محتشم للامركزية (أولا).

يقود الحديث عن حرية تسيير الجماعات الإقليمية إلى البحث في مدى قدرتها في تنظيم شؤونها المحلية بنفسها بعيدا عن أي إشراف مركزي، الأمر الذي يتحقق من خلال الإعتراف لها بسلطة تنظيمية محلية تمكّنها

(1) - VERPEAUX(Michel) , Les collectivités territoriales en France, 2^{ème} édition, Dalloz , Paris , 2004, p 124.

(2) - TAIB (Essaid) , « L'administration locale algérienne: Les enjeux de la décentralisation », *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, N°01, 2005 , p78.

(3) - محمد أحمد إسماعيل، مساهمة في النظرية القانونية للجماعات المحلية الإدارية : دراسة مقارنة لمختلف القوانين الوضعية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2012، ص 152.

(4) - أكد المجلس الدستوري الفرنسي بأنّ حرية تسيير المجالس المحلية المنتخبة تعني تمتع هذه الأخيرة بمجلس منتخب يتمتع بسلطات فعلية. راجع في ذلك:

- D.C.C.F, n° 85-197 DC du 23 août 1985, [En linge] : <http://www.conseil-constitutionnel.fr> . Consulté le 5-03-2014.

فعلا من ذلك، ومادام الحديث في الجزائر عن تجاهل المؤسس لحرية تسيير الجماعات الإقليمية، فإنه بالتبعية تبقى محرومة من هذه السلطة التنظيمية (ثانيا).

أولاً: التجاهل الدستوري لحرية الجماعات الإقليمية في التسيير

تمثل حرية الجماعات الإقليمية في التسيير أحد أهم مظاهر اللامركزية الإدارية، فهذه الحرية من شأنها جعل المنتخب المحلي صاحب سلطة وقرار على المستوى المحلي، ما يمكّنه فعلا من الإستجابة لمختلف مطالب وإحتياجات السكان المحليين. يبقى مفهوم حرية الجماعات الإقليمية في التسيير غامضا، وهو ما يتطلب البحث في مفهومه (1). يعود هذا الغموض بالدرجة الأولى إلى إنتقاء فكرة حرية الجماعات الإقليمية في التسيير في الدستور الجزائري (2).

1- في مفهوم حرية الجماعات الإقليمية في التسيير

يعدّ مفهوم حرية الجماعات الإقليمية في التسيير مفهوما حديثا نوعا ما، إرتبط بالإصلاح الدستوري والتشريعي الذي عرفته المنظومة القانونية الفرنسية منذ سنة 2003، وذلك بموجب المادة 3/72 من الدستور التي كرّست مبدأ حرية الإدارة La libre administration des collectivités territoriales (1) تعبيراً عن حرية الجماعات الإقليمية في التسيير، والذي تدعّم بالقانون رقم (276-2003) (2).

يرى الأستاذ محمد أحمد إسماعيل أنّ الجماعات الإقليمية لا تكون مستقلة وظيفيا، أي تتمتع بحرية التسيير إلا عندما تحوز على سلطة القرار على كافة الإختصاصات المنوطة بها، بينما إذا كانت مقصورة على جزء من هذه الإختصاصات، فتكون في هذه الحالة أمام قرار مشترك أو تسيير مشترك، وبالتالي فهو يعرف حرية التسيير منطلق علاقة الجماعات الإقليمية بالسلطات المركزية (3)، في حين يرى الأستاذ LACHAUME Jean-François أنّ الجماعات الإقليمية تكون تحت عتبة اللامركزية إذا كانت لا تتمتع بسلطة القرار (4).

(1) - Article 72 alinéa 3 de la constitution française du 4 Octobre 1958, modifié et complété, [En ligne] : <https://www.legifrance.gouv.fr>, dispose que: « Dans les conditions fixées par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Consulté le 5-03-2014.

(2) - La loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 Mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, [En ligne]: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Consulté le 5-03-2014.

(3) - محمد أحمد إسماعيل، مساهمة في النظرية القانونية للجماعات المحلية الإدارية، مرجع سابق، ص 262.

(4) - LACHAUME (Jean-François), La commune, 3^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2007, pp : 5-6.

بينما الأستاذة طالب نصيرة فتعرّف حرية الجماعات الإقليمية في التسيير على النحو الآتي : " تقتضي حرية الإدارة أن تتمتع الجماعات المحلية بكافة الوسائل القانونية اللازمة لممارسة إختصاصاتها في إطار ما يقتضيه القانونو تتمتع في ذلك بسلطات واسعة في التقرير في المسائل التي تدخل في إختصاصها"⁽¹⁾.
يذهب العديد من الفقهاء أمثال الأستاذ FAVOREU Louis LUCHAIRE إلى إعتبار حرية الجماعات الإقليمية في التسيير بمثابة حرية عامة **Une liberté publique**، ما يجعل من سلطة السلطة التنفيذية والتشريعية مقصورة في تنظيمها، والإمتناع عن المساس بها، شأنها في ذلك شأن الحريات العامة⁽²⁾.
عرّف المجلس الدستوري الفرنسي المقصود بفكرة الإدارة الحرة في قراره رقم 241-87 الصادر بتاريخ 19 جانفي 1988 على أنها: " أن يكون للهيئة المحلية مجلس منتخب، وأن تتمتع بإختصاصات فعلية"⁽³⁾.
يكتسي مبدأ حرية تسيير الجماعات الإقليمية طابعا نسبيا وليس مطلقا، حيث أنّ له حدودا لا يمكن تجاوزها. تتمثل في مبدأ وحدة الدولة وعدم قابليتها للتجزئة، ما يقتضي حرمان هذه الجماعات من سلطتي التشريع ومباشرة الوظيفة القضائية، والحفاظ على الإمتيازات الدستورية للسلطة التنفيذية، بما فيها إختصاصها الرقابي على أعمال هذه الجماعات⁽⁴⁾.

2- إنتفاء فكرة حرية الجماعات الإقليمية في التسيير في الدستور الجزائري

لم تكرر مختلف الدساتير الجزائرية حرية تسيير الجماعات الإقليمية، إذ أغفل المؤسس تماما الإشارة لهذا المفهوم الحرة، مكتفيا بالمقابل بتكريس هامشي للتنظيم اللامركزي، في بعض المواد، والتي جاءت في مجملها شديدة العمومية دون الخوض في معناها ولا الوسائل التي تتحقق من خلالها.
نصت المادة 15 من دستور 1996 المعدل والمتمم على مايلي⁽⁵⁾: " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية.

(1) - KANOUN TALEB (Nacira), « La décentralisation en Algérie: Une arlésienne », Revue Critique de Droit et Sciences Politiques, Faculté de droit, Tizi -Ouzou, N°02, 2015, p14.

(2) - FAVOREU (Louis), « Liberté locales et libertés universitaires », RDP, N°02, 1983, p 687. Pour plus de détails voir: LUCHAIRE (François), « Les Fondements constitutionnels de la décentralisation », RDP, N° 06, 1982, pp : 1543 - 1566.

(3) - جاء في الحيثية رقم 6 من هذا القرار مايلي :

«... , pour s'administrer librement, le territoire doit, dans les conditions qu'il appartient à la loi de définir, disposer d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives ». Décision n° 87-241 DC du 19 janvier 1988 , Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie , [En linge] <http://www.conseil-constitutionnel.fr.Consultéle 02-03-2014>.

(4) - حسين عثمان محمد عثمان، الإدارة الحرة للوحدات المحلية : دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، 227.

(5) - دستور 28 نوفمبر 1996 منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور مصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، صادرة في 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، جريدة رسمية عدد 25 صادرة في 14 أبريل 2002، و القانون

المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته، ويراقب عمل السلطات العمومية. تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية". كما أبتت المادة 16 عن الحظر الدستوري لإمكانية إنشاء أي جماعة محلية خارج البلدية أو الولاية⁽¹⁾.

أما المادة 17 فنصت على مايلي: "يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية".

يلاحظ إذن من خلال هذه النصوص تجاهل المؤسس تماما لحرية الجماعات المحلية في التسيير، ما يجعل من السلطة التنفيذية والتشريعية المتحكم الفعلي إختصاصات هذه الجماعات، ما يكرس تبعيتها المطلقة للسلطة المركزية.

تقتضي حرية الجماعات الإقليمية في التسيير إعترافا من المؤسس بهذه الحرية، وأن تكون لهذه الجماعات سلطات فعلية في تسيير شؤونها المحلية، وأن يكون لها حد أدنى من الوسائل القانونية التي تمكنها من ممارسة سلطة التقرير النهائي⁽²⁾، حيث يقول الأستاذ مسعود شيهوب في الصدد: "لكي تتمكن الجماعات الإقليمية ومن خلالها المنتخبون المحليون من ممارسة صلاحياتها يتعين أن تتمتع بالوسائل والضمانات القانونية، أي حرية المبادرة والإستقلال المحلي وبالوسائل والضمانات الإدارية، أي وظيف عمومي متخصص وكفاء وبالوسائل والضمانات المالية أي تمويل ذاتي محلي كاف لإنجاز الأشغال وتقديم الخدمات"⁽³⁾.

على النقيض من ذلك عزز التعديل الدستوري للدستور الفرنسي منذ سنة 1982 من مكانة الجماعات الإقليمية دستوريا بفعل تدعيم حريتها في التسيير، من خلال الإعتراف لها بمبدأ حرية الإدارة، الذي تتجلى مظاهره في التقليل من هيمنة السلطة المركزية على التدخل في تسيير الجماعات الإقليمية لشؤونها المحلية Libre administration، وإلغاء الإزدواج الوظيفي والتمثيلي للعامل والإبقاء على صفته كممثل للدولة فقط، إضافة إلتكريس مفهوم الرقابة الإدارية بدلا من الوصاية الإدارية على أعمال الجماعات الإقليمية.

تعززت هذه المكانة سنة 2003 من خلال دسترة آليات ممارسة الديمقراطية التشاركية⁽⁴⁾ والإعتراف للجماعات الإقليمية بسلطة تنظيمية محلية Pouvoir réglementaire⁽¹⁾، وإعتقاد أساليب جديدة في توزيع

رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادرة في 16 نوفمبر 2008، معدل و متمم بالقانون 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14، صادرة في 7 مارس 2016.

(1) - تنص المادة 16 من دستور 1996 المعدل و المتمم على مايلي: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية. البلدية هي الجماعة القاعدية".

(2) - حسين عثمان محمد عثمان، الإدارة الحرة للوحدات المحلية، مرجع سابق، ص 227.

(3) - شيهوب مسعود، ضمانات ممارسة المنتخبين المحليين لصلاحياتهم - المثال الخاص بالضمانات القانونية -، مجلة الوسيط، (مجلة دورية تصدرها وزارة العلاقات مع البرلمان)، العدد الثامن، الجزائر، 2010، ص 51.

(4) - خطى المؤسس الفرنسي خطوات كبيرة في تكريس مبدأ المشاركة بأساليب عملية أبرزها السماح للمواطنين بإدراج نقاط للدراسة في جدول أعمال دورات المجالس تدخل ضمن إختصاص الهيئات الإقليمية بموجب التماس عريضة، أو إجراء الإستفتاء

الإختصاصات بين الدولة والجماعات الإقليمية، كأسلوب التفريع *Principe de subsidiarité* (2) الذي يقوم على التضامن بين هذه الجماعات، و المبدأ التجريبي في ممارسة الإختصاصات *Droit à l'expérimentation* (3) وتكريس الإستقلالية المالية لهذه الجماعات (4).

بخصوص الحرية التعاقدية للجماعات الإقليمية، فالبرغم من عدم النص عليها صراحة في الدستور الفرنسي، كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التنظيمية المحلية، إلا أنّ تمتعها بحرية الإدارة يفيد تمتعها بالحرية التعاقدية، ذلك أنّ مبدأ حرية الإدارة يشمل في مضمونه حريتها في التسيير والتقرير والتعاقد .

ثانيا : حرمان الجماعات الإقليمية من سلطة تنظيمية محلية

تعرف السلطة التنظيمية المحلية على أنّها سلطة مخولة للجماعات الإقليمية بموجب القانون بهدف تنظيم شؤونها المحلية بنفسها (5)، كما تعرف بأنّها تلك اللوائح التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة

المحلي الذي من خلاله يمكن للهيئة الإقليمية إخضاع مشاريع المداولات و القرارات الداخلة ضمن نطاق إختصاصها. كما كرس إجراء آخر يقضي بضرورة استشارة المواطنين المعنيين في حالة الرغبة في إنشاء هيئة إقليمية جديدة من نوع خاص أو تغيير تنظيمها، أو في حالة تغيير معالم حدود الهيئات الإقليمية. للتفصيل أكثر انظر :

- Article 72-1 de la constitution française, Op.cit. Pour plus de détails voir : AUSTIN (Ranney), « Référendum et démocrate », *Pouvoirs*, N°77, 1996, p 7.

(1) - Article 72-2 de la constitution française, Op.cit.

(2) - يعتبر أسلوب التفريع *Principe de subsidiarité* من أحدث الأساليب المعتمدة في توزيع الإختصاصات بين الدولة و الجماعات المحلية، حيث يقوم على أساس فكرة إعادة تنشيط علاقة الدولة بالجماعات المحلية، من خلال إرساء التضامن و التعاون بين الجماعات المحلية بهدف تحقيق تنمية محلية، إذ أنّ الجماعة المحلية التي لا تسمح لها إمكانياتها بمباشرة إختصاص ما تتخلى عنه لجماعة أخرى أقدر على إنجازها. للتفصيل أكثر انظر :

BERRI (Nourdine), *Le principe de subsidiarité : Un principe malmené dans les pays du Maghreb*, Communication au colloque international de Guelma : " Etat territorial, décentralisation et gouvernance locale. L'expérience des pays du Maghreb" : Université 8 Mai 1945, Guelma, les 27 et 28 Avril 2015, p 14.

(3) - يشمل الأسلوب التجريبي العديد من المجالات (المجالات الإقتصادية، التعمير، النظافة، التربية، تهيئة الأملاك... إلخ)، و يتم بموجب طلب إلى ممثل الدولة الذي يحيله للوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، و هذا الأخير يحوله بدوره للحكومة لتتأكد من توافر كافة الشروط و الإمكانيات اللازمة لمباشرة الإختصاص موضوع الطلب، و في حالة الموافقة يصدر مرسوم يتضمن كافة الإختصاصات المسموح مباشرتها على سبيل التجربة و المحددة لذلك، و يكون هذا المرسوم قابلا للطعن أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة. للتفصيل أكثر انظر :

- Article 72 de la constitution française, Op.cit. Pour plus de détails voir : DANTONEL-COR (Nadine), *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} édition, Bréal, Paris, 2007, p 149.

(4) - Article 72-2 de la constitution française, Op.cit.

(5) - AUBIN (Emmanuel), ROCHE (Catherine), *Droit de la nouvelle décentralisation*, Gualino éditeur, Paris, 2005, p 69.

لتيسير تنفيذ القوانين، ذلك أنّ السلطة التشريعية لا تملك عادة من الوقت والخبرة في شؤون التنفيذ، ما يمكنها من تحديد كافة التفاصيل لتطبيق المبادئ العامة⁽¹⁾. لم يعترف المؤسس الجزائري بسلطة تنظيمية للجماعات الإقليمية (1)، في المقابل نجد رئيس المجلس الشعبي البلدي يتمتع بإختصاص تنظيمي وليس بسلطة تنظيمية ما يفقده فعاليته (2).

1- عدم إقرار المؤسس الجزائري للجماعات الإقليمية بسلطة تنظيمية محلية

يعدّ الإقرار بسلطة تنظيمية للجماعات الإقليمية دعامة مهمة لإستقلاليتها في التسيير، وتدعيما لخصوصية الإختصاصات التي تباشرها، و لا يعدّ هذا الإقرار فاساسا بمبدأ وحدة الدولة وعدم قابليتها للتجزئة كونها سلطة ثانوية مستمدة من سلطة أصلية ممثلة في التشريع الوطني، وبالتالي لا يمكن تصور وجود درجة تشريعية ثانية في الدولة الموحدة⁽²⁾، وعليه ينبغي على الجماعات المحلية عند ممارستها لسلطتها التنظيمية عدم الإعتداء على المجال المحجوز للسلطة التشريعية⁽³⁾.

تنص المادة 143 من دستور 1996 المعدل والمتمم والتي تنص على مايلي : " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

يتضح من خلال المادة أعلاه أنّ المؤسس الجزائري قد حسم موقفه من مسألة السلطة التنظيمية، إذ أسندها صراحة للسلطة التنفيذية ممثلة في كل من رئيس الجمهورية الذي يمارسها عبر المراسيم الرئاسية، والوزير الأول الذي يمارسها عبر المراسيم التنفيذية، ما يعزّز من مركز السلطة المركزية في مواجهة الجماعات الإقليمية التي تبقى تعاني الجمود في مجال التسيير إلى حين صدور التنظيمات.

على النقيض من ذلك، تلجأ السلطة المركزية إلى تفعيل آلية الإحالة إلى التنظيم للتحكم في إختصاصات الجماعات الإقليمية، فهذه الأخيرة تبقى مقيدة بما تصدره السلطة المركزية من تنظيمات، الأمر الذي يشلّ نشاطها في مجال التسيير في حالة عدم صدور تلك النصوص التنظيمية، خاصة وأنّ السلطة المركزية ليست ملزمة بإصدارها⁽⁴⁾.

(1) - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري نظرية العمل الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 125.

(2) - Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, tome 1, édition du CNRS, Paris, 1920, pp: 189-190.

(3) - Selon FAURE Bertrand : « Le pouvoir normateur décentralisé est le produit d'une répartition législative de compétences, non pas d'une répartition des compétences législatives ». Voir : FAURE (Bertrand), Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, LGDJ, Paris, 1998, p137.

(4) - لم يلزم مجلس الدولة الجزائري الحكومة في قراره رقم 013948-2003 المؤرخ في 20 ماي 2003 بضرورة إحترامها لأجل محددة في إصدار التنظيمات المتعلقة بتنفيذ النصوص التشريعية. انظر في ذلك : قرار مجلس الدولة رقم 0139/48، المؤرخ في 20 ماي 2003 : قضية سعدي رابح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، (قرار غير منشور)، أكد فيه

2- عدم فعالية الإختصاص التنظيمي لرئيس المجلس الشعبي البلدي

إذا كان المؤسس الجزائري قد حسم موقفه من مسألة إسناد السلطة التنظيمية إلى السلطة التنفيذية دون الجماعات الإقليمية، فإنّالمشرع على النقيض من ذلك أسند نوعا من هذه السلطة لتلك لجماعات في كل من قانون البلدية⁽¹⁾ والولاية⁽²⁾. يمارس رئيس المجلس الشعبي البلدي نوعا من السلطة التنظيمية عبر سعيه إلى تبليغ وتنفيذ المداولات، ومختلف القوانين والتنظيمات على إقليم البلدية، وذلك تحت الإشراف المباشر للوالي، هذا ويشكّل إمتناع رئيس المجلس الشعبي البلدي عن ممارسة ذلك الإختصاص سببا لحلول الوالي محله لممارسته بعد إذاره.

فرييس المجلس الشعبي البلدي إذن وهو يمارس هذه السلطة فإنّه ينفذ التنظيمات الصادرة مركزيا، وبالتالي فهو لا يملك أي سلطة في إنشائها، وهو ما يتضح من خلال ما جاء في نص المادة 2/88 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية: "... تبليغ وتنفيذ القوانين والتنظيمات...".

أما في مجال الضبط الإداري، فيقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بإتخاذ كافة التدابير للحفاظ على النظام العام، كما يتخذ كافة التدابير للحفاظ على سلامة الأشخاص وممتلكاتهم في الأماكن العامة التي يمكن أن تحدث فيها كارثة طبيعية، وفي حالة الخطر الوشيك يأمر بتنفيذ تدابير الأمن ويعلم الوالي بذلك فورا، كما له أن يأمر بتفعيل المخطط البلدي لتنظيم الإسعافات في حالة حدوث كارثة طبيعية أو تكنولوجية، وفي نفس الإطار له أن يسخر الأشخاص والممتلكات⁽³⁾.

يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي ممثلا للدولة أثناء ممارسته لهذه الإختصاصات، حيث يمارسها تحت السلطة الرئاسية للواليالذيصادق عليها⁽⁴⁾، وهو ما يفيد رغبة من المشرع في تغليب طابع عدم التركيز على البلدية⁽⁵⁾، كما لم يوضح قانون 10-11 المتعلق بالبلدية طبيعة الإجراءات التي يمكن لرئيس المجلس الشعبي

مناسبة عدم اتخاذ الحكومة لوائح تنفيذية لوضع أحكام المادة 35 من الأمر 95-23، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة موضع التنفيذ على قيام مسؤولية الحكومة بسبب تأخرها أو تقاعسها على القيام بمهامها الدستورية لاسيما تلك المتعلقة بتنفيذ القوانين، و اعتبر امتناع الحكومة عن إصدار المرسوم التنفيذي المشار إليه أعلاه بمثابة قرار إداري ضمني بالرفض لإصدار النص التنظيمي، ومن ثم قضى مجلس الدولة بإلغاء هذا القرار. نقلا عن: لوناسي جبيغة، السلطة التشريعية في الدستور الجزائري لسنة 1996، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 231 و ما بعدها .

(1) القانون 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة بتاريخ 3 يوليو 2011.

(2) القانون 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية عدد 12، الصادرة في 29 فبراير 2012.

(3) انظر المواد : من 88 إلى غاية المادة 95 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

(4) انظر المادة 90، نفس المرجع .

(5) يرى بعض الأساتذة أنّ اللامركزية لا تظهر عندما يمارس المنتخب المحلي مهامه بصفته ممثلا للدولة إنّما عندما يكون ممثلا للهيئة المحلية. انظر في ذلك :

البلدي إتخاذها في حالة الكوارث الطبيعية والتكنولوجية، خاصة وأنّ مواجهة هذه الكوارث يحتاج لمستوى ومهارات خاصة، قد لا تتوفر لدى عدد كبير من رؤساء المجالس الشعبية البلدية بفعل ضعف مستواهم العلمي، ما يضعف من مركزهم أمام الوالي، ولعلّ هذا ما جعل المشرع ينص على إمكانية إستعانة رئيس المجلس الشعبي البلدي بالمصالح التقنية للدولة.

وعليه يمكن القول أنّ المشرع إعترف لرئيس المجلس الشعبي البلدي بإختصاص تنظيمي وليس بسلطة تنظيمية -، فمصطلح السلطة يفيد تمتع هذا الأخير بمبدأ المبادرة وسلطة التقرير - وهو ما لا يتمتع به رئيس المجلس الشعبي البلدي، ثم إنّ إختصاصه التنظيمي يتعلق بجوانب تنظيمية بسيطة تتعلق أساسا بإتخاذ بعض لوائح الضبط الإداري، و إجراءات بسيطة لتنفيذ المداولات دون أن تتعدى إلى جوانب التسيير الفعلي لشؤون البلدية.

المبحث الثاني: تقييد الإختصاص التعاقدى للجماعات الإقليمية

تعاني الجماعات الإقليمية من عرقلة مركزية في ممارسة إختصاصاتها التعاقدية سواء على المستوى الداخلي (أولا)، أو الخارجي (ثانيا).

أولا: عرقلة حرية الجماعات الإقليمية في التعاقد على المستوى الداخلي

يشوب الإختصاص التعاقدى للجماعات الإقليمية الكثير من العراقيل سواء المتعلقة بحقها في إبرام التصرفات القانونية في إطار الصفقات العمومية، إذ بالرغم من إعتراف كل من قانون البلدية والولاية والصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾ بحقها في إبرام الصفقات العمومية، إلاّ أنّه يعرف العديد من العراقيل ما يجعله مشوبا بالقصور (1). تزداد هذه الوضعية تعقيدا من خلال تولي الوالي عملية تنشيط الإقتصاد المحلي (2)، كما أنّ التعاون ما بين الجماعات الإقليمية هو الآخر يشوبه القصور بفعل تقييده (3).

- BOURDON (Jacques), PONTIER (Jean-Marie), RICCI (Jean-Claude), Droit des collectivités territoriales, 2^{ème} édition, PUF, Paris, 1998, p 54.

(1) - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015 .

1- قصور الإختصاص التعاقدى للجماعات الإقليمية

يظهر الإختصاص التعاقدى للجماعات الإقليمية من خلال الإعتراف لها بحق إبرام العقود الإدارية، و بموجب ذلك يختص رئيس المجلس الشعبي البلدي في إبرام عقود إقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات والإيجارات وقبول الهبات والوصايا⁽¹⁾، كما تتمتع الجماعات المحلية بنوع من الحرية في إختيار الأسلوب الذي يناسبها في مجال إستغلال مصالحها العمومية الإقليمية وأملاكها، سواء باللجوء للأسلوب المباشر المتمثل في الإستغلال المباشر⁽²⁾، أو عن طريق المؤسسة العمومية المحلية⁽³⁾، أو من خلال أسلوب التفويض، أو الإمتياز⁽⁴⁾، وفي إطار تدعيم مواردها البشرية يمكن للجماعات الإقليمية اللجوء لآلية التعاقد، وذلك في حدود إمكانياتها المالية⁽⁵⁾.

تصطدم هذه الحرية بمدى قدرة الجماعات المحلية في تحمل مختلف الأعباء الناتجة عن تفعيل إحدى تلك الأساليب، إضافة إلى غياب إطار بشري كفاء قادر على جلب المسيرين والتفاوض معهم، بما يعود بالمصلحة على الجماعة المحلية، ومحدودية مواردها المالية، و هو ما يحدّ من فعالية إختصاصها التعاقدى. في ذات السياق تشرف السلطة المركزية على الصفقات العمومية التي تبرمها الجماعات الإقليمية، من خلال إنفرادها بتحديد أهداف السياسات الإقليمية من خلال الإعانات المالية الموجهة لصالح الجماعات الإقليمية، والتي أضحت تشكل أهم مصدر لتمويل ميزانيتها، بما يوفر لها الإعتمادات المالية اللازمة لإبرام صفقاتها العمومية، وذلك على حساب تخصيص أهداف التنمية المحلية⁽⁶⁾.

(1) - انظر المادة 5/82 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية.

(2) - انظر بالنسبة للبلدية المواد 151 و 152، نفس المرجع. انظر بالنسبة للولاية المواد 142 إلى غاية 145 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

(3) - انظر بالنسبة للبلدية المواد 153 و 154، مرجع سابق. انظر بالنسبة للولاية المواد 146، 147، 148، مرجع سابق.

(4) - انظر في ذلك بالنسبة للبلدية نص المادة 155 نفس المرجع. انظر كذلك بالنسبة للولاية نص المادة 149 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، نفس المرجع

(5) - انظر في ذلك بالنسبة للبلدية نص المادة 132 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، نفس المرجع. انظر كذلك بالنسبة للولاية نصوص المواد 129 و 132 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، نفس المرجع.

(6) - طبقا لنص المادة 172 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية : "...توجه الإعانات الممنوحة للبلدية من الدولة للغرض الذي منحت من أجله..." و هو نفس الأمر بالنسبة للولاية حيث نصت المادة 154 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية على مايلي : "... وتخصص إعانات الدولة الممنوحة للولاية للغرض الذي منحت من أجله...".

إضافة إلى ذلك يتولى الوالي رئاسة اللجنة الولائية للصفقات⁽¹⁾، و يختص بالموافقة على الصفقات العمومية التي تبرمها الولاية في كل العمليات المنجزة على حساب ميزانية الدولة، بإعتباره الأمر بالصرف الوحيد على مستواها⁽²⁾.

و في مجال الرقابة، تخضع الصفقات العمومية المبرمة من طرف الجماعات الإقليمية إلى ثلاثة أنواع من الرقابة : رقابة داخلية تمارسها الجماعات الإقليمية على نفسها من خلال لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽³⁾، ورقابة خارجية تمارسها أجهزة مستقلة عن الجماعات المحلية غايتها التحقق من مطابقة الصفقات العمومية المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول به، والتأكد من مدى إلتزام المصلحة المتعاقدة مع العمل المبرمج بكيفية نظامية، إضافة إلى رقابة الوصاية التي تهدف إلى التحقق من مطابقة الأهداف المسطرة من قبل السلطة المركزية لأهداف الفعالية والإقتصاد، وأنّ موضوع الصفقة المبرمة يدخل في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع، وأخيرا رقابة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام المستحدثة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

يتنافى تعدد الأجهزة الرقابية على الإختصاص التعاقد للجماعات الإقليمية مع حريتها في التسيير، كونه يحدّ من سلطتها فيتحديد أهدافها، وإن كان الهدف من تلك الرقابة حماية المال العام ومقتضيات المشروعية، لكن ممارستها بهذا الشكل الواسع من شأنه إحداث تداخل في الإختصاصات بين مختلف الأجهزة الرقابية، بما يؤدي في النهاية إلى تعطيل المشاريع التنموية.

2- تولي الوالي مهمة تنشيط الإقتصاد المحلي

تتمتع الجماعات الإقليمية بإختصاصات متعددة في المجال الإقتصادي والإستثمار المحلي، حيث يتولى المجلس الشعبي البلدي إتخاذ كل تدبير أو إجراء من أجل تشجيع الإستثمار، وإنعاش النشاط الإقتصادي، وذلك في حدود إمكانيات البلدية وبرنامجه التنموي⁽⁴⁾. كما يتولى المجلس الشعبي الولائي تحديد المناطق الصناعية التي يتم إنشاؤها والمساهمة في إعادة تأهيلها في إطار البرامج الوطنية، وتسهيل إستقادة المتعاملين الإقتصاديين من العقار الإقتصادي، إضافة لسعيه نحو تسهيل وتشجيع وتمويل الإستثمارات في الولاية.

(1) - تشرف اللجنة الولائية على دراسة دفاتر الشروط و الصفقات التي تبرمها البلديات، و المؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغها أو يفوق 200.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال و اللوازم، و 50,000,000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات، و مبلغ 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات. راجع في ذلك المادة 173 من قانون 15-247، مرجع سابق.

(2) - انظر المادة 121 نفس المرجع.

(3) - في حين أنّ المادة 191 قانون 11-10 المتعلق بالبلدية نصت على لجنة واحدة و هي اللجنة البلدية للمناقصة.

(4) - انظر المادة 111 من قانون 11-10 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

في هذا المجال ربط المشرع ممارسة الجماعات الإقليمية لتلك الإختصاصات بمدى تمتعها بالإمكانات اللازمة لذلك، وبالتالي فهي ليست ملزمة بالقيام بها، ما يفتح المجال واسعا أمامها للتهرب من مسؤوليتها بحجة عدم وجود إمكانات كافية هذا من جهة، من جهة أخرى يلاحظ أنّ دور الجماعات الإقليمية في المجال الإقتصادي والإستثمار المحلي جد محدود، كونه لا يتعدى التشجيع والمرافقة والتسهيل، وفي هذا الصدد تتساءل الأستاذة سقلاب فريدة عن أي مناخ إستثماري يقصده المشرع، إذا كان المنتخب المحلي لا يملك حتى إختصاص فرض الضرائب المحلية فما بالك بقدرته على توفير العقار الصناعي؟⁽¹⁾.

يختص الوالي حصريا بموجب المادة 48 لقانون المالية التكميلي لسنة 2015⁽²⁾ بمنح الامتياز على العقارات الموجهة للإستثمار عن طريق التراضي⁽³⁾، ولا يظهر أي دور للجماعات الإقليمية في ذلك. ليتعزز هذا التوجه في إطار لقاء الحكومة بالولاية بتاريخ 29 أوت 2015، إذ جاء في خطاب الوزير الأول الأسبق - عبد المالك سلال- مايلي : "...، إنّ علاقة الإدارة المحلية مع المقاول لم تعد بل يجب ألاّ تصبح مقصورة على تقديم خدمة إدارية أو تسليم الرخص والإعتمادات، فالأمر يتعلق بوضع ترتيبات مرافقة متواصلة قبلية وبعديا حيث يكون الوالي المكلف الحقيقي بالترويج لولايته، من خلال سعيه إلى جلب قدرات المستثمرين ومن خلال ترقية مؤهلات بلدياته ودوائره..."⁽⁴⁾، ما يجعل من الوالي بمثابة ناطق رسمي بإسم الجماعات المحلية. إضافة لكون الوالي ممثلا للولاية⁽⁵⁾، فإنّه يتولى مرافقة المستثمرين، والتفاوض معهم حول إمكانية منحهم العقار الصناعي، كل ذلك في ظل إستبعاد كلي لدور للمنتخبين المحليين في هذا المجال، الأمر الذي يؤكّد محدودية الحرية التعاقدية للجماعات الإقليمية.

(1) - سقلاب فريدة، تفعيل دور الجباية المحلية كآلية لتمويل ميزانية المجموعات المحلية، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني حول الجماعات الإقليمية و حتميات الحكم الراشد - الحقائق و الأفاق - كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية بالتعاون مع المجلس الشعبي البلدي لبلدية بجاية، أيام 2، 3، 4 ديسمبر، 2008، ص 101.

(2) - انظر المادة 48 من القانون رقم 01-15، المؤرخ في 23 يوليو 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 40، الصادر في 23 يوليو 2015.

(3) - حددت إجراءات منح هذا الامتياز بموجب التعليمات الوزارية المشتركة رقم 01 المؤرخة في 06 أوت 2015. للتفصيل أكثر راجع: الأحكام الجديدة فيما يخص الاستفادة من العقار الموجه للإستثمار منشور بالموقع الرسمي لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية : <http://www.interieur.gov.dz>. تم الإطلاع عليه بتاريخ 16 جوان 2017.

(4) - خطاب الوزير الأول عبد المالك سلال للولاية بتاريخ 29 أوت 2015، متوفر على الموقع الرسمي للوزارة الأولى: <http://www.premier-ministre.gov.dz>. تم الإطلاع عليه بتاريخ 22-06-2017.

(5) - للتفصيل أكثر حول سلطات الوالي كمثل للولاية، انظر المواد من 102 إلى غاية 109 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

3- تقييد التعاون ما بين الجماعات الإقليمية

تعتبر تقنية التعاون ما بين الجماعات الإقليمية إحدى أهم الآليات التي توظفها هذه الأخيرة لترجمة مفهوم الشراكة على المستوى المحلي، إذ تسهم في تقوية الإمكانيات المشتركة لهذه الجماعات من تجهيزات وخدمات، بما يمكنها من تجميعها خدمة لأهداف مشتركة دون الرجوع للسلطة المركزية.

فعلى مستوى البلدية كرس قانون 10-11 المتعلق بالبلدية التعاون ما بين البلديات تحت تسمية التعاون المشترك ما بين البلديات⁽¹⁾، ورغم أهميته فإنه تعترضه العديد من العراقيل، حيث تم ربطه بمبدأ الجوارية كأساس لهذا التعاون⁽²⁾، وهو ما يتنافى مع مبدأ الشراكة بحكم أن الأساس الجغرافي ليس معيارا للتعاون، إضافة لإشتراط المصادقة على إتفاقيات التعاون ما بين البلديات كشرط مسبق لتفعيله، الأمر الذي يحدّ من فعاليته⁽³⁾، ضف إلى ذلك معاناة البلديات من محدودية مواردها المالية والبشرية، وهو ما لا يسمح لها بتطوير هذا التعاون . كما ساهم عدم صدور النصوص التنظيمية المتعلقة بهذا المجال في إبقائه في أخفض مستوياته⁽⁴⁾.

في حين أنّ قانون 07-12 المتعلق بالولاية حصر التعاون ما بين الولايات في مجال الأملاك المشتركة والتجهيزات ما بين الولايات⁽⁵⁾، ما يحدّ من فعاليته، ذلك أنّ المشرع حدد مسبقا الإطار العام لهذا التعاون وحصره في إدارة الأملاك والتجهيزات المنجزة بصفة مشتركة، والتي يكون تسييرها المشترك ضروريا من الناحية التقنية والقانونية.

ثانيا: عرقلة حرية الجماعات الإقليمية في التعاقد على المستوى الخارجي

يعتبر التعاون الدولي اللامركزي⁽⁶⁾ في الوقت الراهن من أكثر القضايا التي تحظى بمتابعة وإهتمام ليس فقط على المستوى المحلي، إنّما حتى على المستوى الدولي بالنظر إلى المزايا والأهداف التي يحققها، والتي من

(1) - بن عيسى قدور، التعاون ما بين البلديات بين القانون و الممارسة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 05، العدد 01، 2012، السنة الثالثة، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، ص 323.

(2) - تنص المادة 1/215، نفس المرجع، على مايلي : " يمكن بلديتين (2) متجاورتين أو أكثر أن تشترك قصد التهيئة أو التنمية المشتركة لأقاليمها و / أو تسيير أو ضمان مرافق عمومية جوارية طبقا للقوانين و التنظيمات".

(3) - بن عيسى قدور، مرجع سابق، ص 323.

(4) - نفس المرجع، ص ص : 322-323.

(5) - جاءت المادة 150 من قانون الولاية تحت عنوان : الأملاك و التجهيزات المشتركة ما بين الولايات.

(6) - عرّف المشرع الجزائري من خلال المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي 17-329 المؤرخ في 15 نوفمبر 2017، يحدد كفاءات إقامة علاقات التعاون اللامركزي بين الجماعات الإقليمية الجزائرية و الأجنبية، الجريدة الرسمية عدد 68، الصادر في 28 نوفمبر 2017، على النحو التالي : " كل علاقة شراكة قائمة بموجب إتفاقية، بين جماعة إقليمية جزائرية أو أكثر و جماعة إقليمية أجنبية أو أكثر، بهدف تحقيق مصلحة متبادلة في إطار صلاحيتها المشتركة. يمكن أن تكون في شكل علاقات صداقة أو توأمة أو برامج أو مشاريع التنمية أو تبادلات تقنية أو ثقافية أو علمية أو رياضية أو غيرها من أشكال الشراكة، طبقا للتشريع و التنظيم المعمول

شأنها مساعدة الجماعات الإقليمية على النهوض بالتنمية المحلية. يتخذ هذا التعاون مسميات عديدة من قبيل: "توأمة"، "تعاون وشراكة"، "اتفاقيات تعاون".

لم تخرج الجزائر عن هذا المنحى، حتى وإن كان تبنيها لمفهوم التعاون اللامركزي جاء متأخرا بفعل تقزيم دور الجماعات الإقليمية في العملية التنموية¹. جاءت محاولة المشرع لتكريس التعاون اللامركزي في إطار قانون الولاية 07-12 المتعلق بالولاية بصفة محتشمة، غير أنه بصدور المرسوم التنفيذي 17-329 الذي يحدد كيفية إقامة علاقات التعاون اللامركزي بين الجماعات الإقليمية الجزائرية والجماعات الإقليمية الأجنبية، أصبح هذا التعاون واقعا من خلال وضع إطار قانوني خاص به.

1- تغييب دور الجماعات المحلية على المستوى الخارجي

عالج المشرع الجزائري مسألة التعاون اللامركزي بصفة غامضة، حيث إستعمل مصطلح علاقات مع جماعات إقليمية أجنبية وذلك في نص المادة 1/8 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية التي نصت على مايلي: "تستطيع الولاية في حدود صلاحياتها إقامة علاقات مع جماعات إقليمية أجنبية قصد إرساء علاقات تبادل وتعاون طبقا لأحكام التسريع والتنظيم المعمول بهما في ظل إحترام القيم والثوابت الوطنية". في حين أنه إستعمل مصطلح التوأمة مع بلديات أجنبية في قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، ذلك في نص المادة 106 التي نصت على مايلي: "تخضع توأمة بلدية ما مع جماعة إقليمية أجنبية أخرى إلى الموافقة المسبقة للوزير المكلف بالداخلية بعد أخذ رأي وزير الشؤون الخارجية.

تطبق هذه المادة عن طريق التنظيم". رغم أن البلدية هي المعنية الأولى بمسألة التعاون اللامركزي⁽²⁾. غير أنه بصدور المرسوم التنفيذي 17-329 أصبح موقف المشرع الجزائري واضحا من حيث النص على التعاون اللامركزي دون التمييز بين البلدية والولاية، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 3 منه التي جاء نصها كالآتي: "يمكن للجماعات الإقليمية الجزائرية إقامة علاقات تعاون لامركزي مع جماعات إقليمية أجنبية...". وهو تطور إيجابي في موقف المشرع الجزائري من مسألة التعاون اللامركزي.

بهما". ويطلق عليه مصطلح الشبه الدبلوماسية Le para diplomatie بهدف لدمج الجماعات المحلية في العلاقات الدولية تحقيقا لأهداف التنمية المشتركة. راجع في ذلك: مختاري نسيم، التعاون الدولي اللامركزي في إطار التنمية المستدامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 14.

(1) - بلال فؤاد، التعاون اللامركزي بين الجماعات المحلية الوطنية و الأجنبية في التشريع الجزائري: الضوابط و المعوقات، مجلة

الإجتهد القضائي، العدد السادس عشر، مارس، 2018

(2) - TAIB (Essaid), « La coopération décentralisée des collectivités territoriales algériennes », Revue Algérienne des Politiques Publique , N°5, Octobre, 2014, p18.

وضع المشرع الجزائري ضوابط متعددة ينبغي على الجماعات الإقليمية احترامها، وهي بصدد إبرام أي إتفاقية تعاون لامركزي . حددت المادة 8 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية هذه الضوابط في :ضرورة احترام القيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، ووجود مصلحة عمومية وطنية ومحلية مؤكدة، وأن لا يكون هذاالتعاون بأي حال من الأحوال مصدر إفقار للولاية، وأن يندرج هذا الإتفاق ضمن الإحترام الصارم لمصالح الجزائر والتزاماتها الدولية.

هذا ولم يخرج المرسوم التنفيذي رقم 17-329 في المادة 3 منه ⁽¹⁾ بدوره عن هذه الشروط، غير أنالمادة 5 منه أكدت على أنّ أي إتفاقية تعاون لامركزي يجب أن تستجيب لوجود مصلحة وطنية أو محلية مؤكدة، ويجب أن تعود بالفائدة على الجماعة الإقليمية المعنية، وأن لا تحيد هذه العلاقات عن هدفها لتحقيق غايات شخصية أو حزبية أو سياسية. مع التأكيد على أنّ كل مخالفة لهذه الشروط بحسب المادة 4 من ذات المرسوم يجعل إتفاقية التعاون اللامركزي باطلة، حيث جاء فيها: " تعتبر باطلة كل علاقة تعاون لامركزي تمس بالوحدة الوطنية والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية وبالأمن وبسلامة التراب الوطني وبالنظام العام". وبغض النظر عن غموض وعمومية مدلولات المصطلحات المستعملة من طرف المشرع، كالمصلحة العمومية أو المحلية المؤكدة، القيم، الأمن، سلامة التراب الوطني، والنظام العام، فإنّها تعبر عن تخوف مركزي من كل ما هو محلي، وإستمرارا لتقييد مبدأ حرية الجماعات الإقليمية في التسيير.

إلى جانب كل ذلك، إستبعد المشرع الجزائري أي دور للجماعات الإقليمية في إبرام إتفاقيات التعاون اللامركزي، وذلك بالنظر إلى شدة الرقابة الممارسة عليها في هذا الجانب، إذ أخضع المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 17-329 كل مبادرة بإقامة علاقات لامركزية مع جماعات إقليمية أجنبية إلى رقابة مركزية مشددة، فطبقا لنص المادة 1/9 من المرسوم التنفيذي 17-329 : " تخضع كل مبادرة ترمي إلى إقامة علاقات لامركزية، إلى الموافقة المسبقة للوزير الأول". هذا النص كفيل لوحده بتقييد مبدأ المبادرة لدى الجماعات المحلية دون الخوض في بقية النصوص⁽²⁾، خاصة وأنّ الوزير الأول وحسب المادة 1/9 أعلاه يملك سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض أية مبادرة. قياسا على ذلك فإنّ نص المادة 1/9 أعلاه جاء متناغما مع مركزية إتخاذ القرارات والإشراف على كل ما يتعلق بالتعاون اللامركزي، فقبل صدور المرسوم التنفيذي 17-329 كانت وزارة الداخلية ولا تزال هيالمشرفة على هذا المجال عبرمديرية التعاون⁽³⁾.

(1) - تنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 17-329 على مايلي : " يمكن للجماعات الإقليمية الجزائرية إقامة علاقات تعاون لامركزي مع جماعات إقليمية أجنبية في إطار إحترام القيم و المكونات الأساسية للهوية الوطنية و في ظل الإحترام الصارم للمصالح و الإلتزامات الدولية للجزائر".

(2) - بلال فؤاد، التعاون اللامركزي بين الجماعات المحلية الوطنية و الأجنبية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 322.

(3) - طبقا لنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي 104-14 المؤرخ في 12 مارس 2014، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية، الجريدة الرسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 16 مارس 2014. تتكون مديريةية التعاون من: المديرية

في ذات السياق فوضّ المشرع إختصاص إنهاء العمل بأي إتفاقية لامركزية لوزير الداخلية والجماعات المحلية بعد الأخذ برأي وزير الشؤون الخارجية، في حين يقتصر دور الجماعات الإقليمية في مجرد تقديم إقتراح لإنهاء العمل بأي إتفاق⁽¹⁾، كما يمكن للوالي إلى جانب ذلك أن يقترح بناء على تقرير مسبب إنهاء العمل بإتفاقية التعاون اللامركزي، وهذا بعد الأخذ برأي الوزير المكلف بالشؤون الخارجية، بل حتى إمكانية تدخل الوزير المكلف بالخارجية لإنهاء العمل بهذه الإتفاقية⁽²⁾. فأين هو دور الجماعات المحلية إن كانت فعلا طرفا في ذلك الإتفاق؟.

وإذا كانت القيود المركزية على حرية الجماعات الإقليمية في إبرام إتفاقيات التعاون اللامركزي تلعب دورا كبيرا في الحد من هذه الحرية، فإنه لا يمكن إخفاء التأثير الذي تلعبه محدودية وسائلها المادية والبشرية في تفعيل التعاون اللامركزي، حيث أنّ إمكانياتها المادية والمالية تبقى دون المستوى المطلوب، فالمنتخب المحلي الجزائري سيكون في مواجهة منتخب محلي أجنبي له من الكفاءة والوسائل المالية بما لا يتوفر لديه، ما يجعل أي إتفاق مبرم بينهما يعرف صعوبات عديدة.

خاتمة

بيّنت دراسة الوسائل القانونية المكرّسة لصالح الجماعات الإقليمية لممارسة إختصاصاتها أنّها وسائل محدودة، ذلك أنّ المؤسس تركها للإرادة التحكيمية للمشرع الذي عمل على تقييدها، حيث لم يعترف لها سلطة تنظيمية محلية، كما إنّ إختصاصها التعاقدية تشوبه العديد من العراقيل والإختلالات بفعل التجاهل الدستوري لحرية تسيير الجماعات المحلية، فضلا عن الرقابة المشدّدة المفروضة عليها من مختلف أجهزة الرقابة. إسقاطا على ذلك تقتضي حرية الجماعات المحلية في التسيير أن تتمتع هذه الأخيرة بسلطة التقرير النهائي والفعلي في كافة شؤونها المحلية، ولا يكون للهيئات المركزية سوى سلطة الرقابة البعدية على أعمالها حماية للمشروعية وحفاظا على وحدة الدولة . فلا يعكس تمتع الجماعات الإقليمية بإختصاصات واسعة تمتعها بحرية التسيير، إذ العبرة بمدى قدرتها على تحويل تلك الإختصاصات إلى واقع ملموس، وليس بحجم ما تتمتع به من إختصاصات.

الفرعية للتعاون و التبادل الثنائي، المديرية الفرعية للتعاون المتعدد الأطراف، المديرية الفرعية للتعاون و التبادل مع دول الجوار، المديرية الفرعية للتعاون و التبادل اللامركزي.

(1) - انظر المادة 30 من المرسوم التنفيذي 17-329، مرجع سابق.

(2) - انظر المادة 32، نفس المرجع.

مخطط شغل الأراضي : أداة للتهيئة والتعمير

بزغيش بوبكر⁽¹⁾

جامعة بجاية

الملخص:

لقد تمّ تنظيم مخطط شغل الأراضي بمقتضى القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، والمرسوم التنفيذي رقم 91-178، المتضمن إجراءات إعداده والمصادقة عليه. وتتم عملية إعداده عن طريق مداولة المجلس أو المجالس الشعبية البلدية المعنية به، ويتم فيما بعد عرض مشروع المخطط لتحقيق عمومي و للمصادقة عن طريق المداولة، ويوضع في الأخير تحت تصرف الجمهور.

يعتبر مخطط شغل الأراضي أداة للتهيئة والتعمير بامتياز، بحيث يحدّد من جهة التوجيهات الأساسية للتهيئة والتعمير لاقاليم البلديات، كما يحدّد من جهة أخرى، بصفة مفصّلة وفي إطار إحترام القواعد التي تضمنها المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، حقوق استخدام الأراضي والبناء من حيث الشّكل الحضري للبنىات، الكمية الدنيا والقصى من البناء المسموح به والمعبر عنه بالمتر المربع أو المتر المكعب من الأحجام، المظهر الخارجي للبنىات، المساحات العمومية والخضراء، الارتفاقات، الأحياء والطرق، النصب التذكارية، المواقع الواجب حمايتها. لذلك يعتبر مخطط شغل الأراضي أداة للتخطيط المحلية، وفي نفس الوقت كأداة لتحقيق المصلحة العامة.

الكلمات المفتاحية:

مخطط شغل الاراضي، التهيئة والتعمير، التخطيط المجالي، الإعداد، المصادقة، المراجعة، دور، البناء، المناطق العمرانية والطبيعية.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/18، تاريخ قبول المقال: 2018/03/28، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بزغيش بوبكر، "مخطط شغل الأراضي: أداة للتهيئة والتعمير"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 649-665.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، قسم التعليم الأساسي للحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

المؤلف المراسل: rbtto79@yahoo.fr

The land Use Plan: A Planning and Urban Planning Instrument

Summary :

The plan of land use is governed by Law 90-29 on planning and urban planning, and Executive Decree No. 91-178 laying down the procedures for its preparation and approval, the operation of its elaboration is prescribed by deliberation of or communal popular assemblies. Then the draft land use plan and subject to public inquiry and approval by deliberation. Finally it will be made available to the public.

The plan of land use is a management instrument par excellence, because it sets on the one hand; the basic planning and urban planning of the municipal territories, and secondly; it sets out in detail in accordance with the provisions of the master plan of development and urban planning the right of use of the grounds and the constructions, the urban form, the minimum and maximum quantity of authorized construction expressed in square meter, or the cubic meter of built volume, exterior appearance of construction, public and green spaces, easements, neighbourhoods streets, monument and sites to protect. Therefore, the reason of that the land-use plan is considered as a local planning instrument, and at the same time an instrument of Public utility.

Keywords :

Plan of land use, planning and urban planning, elaboration, approval, revision, role, construction, urban and natural areas.

Le plan d'occupation des sols : Un instrument d'aménagement et d'urbanisme

Résumé :

Le plan d'occupation des sols est régi par la loi n° 90-29 relative à l'aménagement et l'urbanisme, et le décret exécutif n° 91-178 fixant les procédures de son élaboration et approbation ; son élaboration est prescrite par délibération de/ ou des assemblées populaires communales concernées. Ensuite, le projet de plan d'occupation des sols est soumis à enquête publique et à l'approbation par délibération ; qui sera ensuite mis à la disposition du public.

Le plan d'occupation des sols est un instrument d'aménagement par excellence, car il fixe d'une part, les orientations fondamentales d'aménagement et d'urbanisme des territoires communaux, il fixe, d'autre part, de façon détaillée et dans le respect des dispositions du plan directeur d'aménagement et d'urbanisme les droits d'usages des sols et des constructions : la forme urbaine, la quantité minimale et maximale de construction autorisée exprimée en mètre carré, ou en mètre cube du volume bâti, l'aspect extérieur des constructions, les espaces publics et verts, les servitudes, les quartiers, les rues, monuments et sites à protéger. C'est pourquoi, le plan d'occupation des sols est considéré comme un instrument de planification locale, et en même temps un instrument d'utilité publique.

Mots clés :

Plan d'occupation des sols, aménagement et urbanisme, élaboration, approbation, révision, rôle, construction, zones urbaines et naturelles.

مقدمة

من المسائل المسلّم بها في أي مجتمع متحضر، أنّ سير حركة البناء وتشيد المدن يكون وفق قواعد وأصول مرسومة ومحدّدة، وألاّ تترك لأهواء الأفراد حفاظا على جمال وتنسيق المباني، ومن القوانين التي تنظم هذه القواعد نجد قوانين التهيئة والتعمير، فالتهيئة العمرانية هي عملية تنظيم وتحويل الأراضي الصالحة للبناء، مع مراعاة التسيير الاقتصادي الأمثل لهذه الأراضي، دون الإخلال بوظائف الفلاحة والصناعة والتراث الثقافي والتاريخي والبيئي فيها.

وتتجسد عملية تنظيم الأراضي عن طريق مخططات التعمير التي تعتبر في آن واحد آليات للوقاية من ظاهرة البناء الفوضوي، وهي تأتي في المستوى الثاني بعد أدوات تهيئة الإقليم وتنميته المستدامة⁽¹⁾. بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 01-20 المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة⁽²⁾، نستشف بأنّ هناك مجموعة عديدة من المخططات ذات بعد وطني وإقليمي وليدة السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم، وتتمثل في المخطط الوطني لتهيئة الإقليم، والمخططات الجهوية لتهيئة الإقليم، ومخططات تهيئة الإقليم الولائي، والمخططات التوجيهية لتهيئة فضاءات الحواضر الكبرى⁽³⁾، ولقد نظم المشرع الجزائري مخططات التهيئة والتعمير كآليات مكملّة لهذه المخططات، بغرض إيجاد التوازن بين مختلف وظائف الأراضي وأنماط البناء، وهذا في القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري⁽⁴⁾ والذي تنص المادة 66 منه، على أنّ هذه الأدوات تهدف أساسا إلى قوام الأراضي العامرة والقابلة للتعمير، بحيث تتشكل أدوات التهيئة والتعمير من نوعين أساسيين من المخططات وهي المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير "P.D.A.U"، ومخططات شغل الأراضي "POS"، وهذا ما نصت عليه المادة 10 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير⁽⁵⁾.

¹- BENHADI Daoud, *Croissance Urbaine et Instruments d'urbanisme*, Mémoire de fin d'études pour l'obtention du diplôme de post-graduation spécialisée en gestion des villes, Ecole Nationale d'Administration, 1993-1994, p.24.

²- قانون رقم 01-20، مؤرخ في 12 ديسمبر 2001، يتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، ج ر عدد 77، لسنة 2001.

³- تكواشت كمال، الآليات القانونية للحد من ظاهرة البناء الفوضوي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2008-2009، ص 68.

⁴- قانون رقم 90-25، مؤرخ في 18-11-1990، يتعلق بالتوجيه العقاري، ج ر عدد 51، لسنة 1990.

⁵ قانون رقم 90-29، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52، لسنة 1990، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 04-05، المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر عدد 51، لسنة 2004 (استدراك في ج ر عدد 71 لسنة 2004).

سوف نركز دراستنا حول مخطط شغل الأراضي، بحيث يعتبر هذا الأخير مخططا كلاسيكيا من الجيل الثاني من أدوات التهيئة والتعمير، وقد جاء كبديل للمخطط العمراني الموجه "PUD" والمخطط العمراني المؤقت "PUP"⁶ الذي يشمل البلدية، ويعدّ وسيلة جديدة لا تهتم بالتهيئة العمرانية داخل حدود المحيط العمراني للتجمع الحضري فقط، بقدر ما يتناول التجمع الحضري داخل إطاره الطبيعي والبيئي، ويراعي جوانب الانسجام بينه وبين جميع المراكز الحضرية المجاورة، ويهتم بالجوانب المعمارية التوسعية للتجمع الحضري.

و تأسيسا على ما تقدم ذكره، نطرح الاشكالية التالية: هل نظم المشرع الجزائري مخطط شغل الأراضي على نحو يضمن تهيئة عمرانية منسجمة على المستوى المحلي؟. سوف نقصر في دراستنا لهذا الموضوع على بيان الإطار القانوني لمخطط شغل الاراضي(المبحث الأول) ثم نبين دوره في التخطيط المجالي والحضري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار القانوني لمخطط شغل الاراضي

يستوجب الإطار القانوني لمخطط شغل الاراضي بيان مفهومه في المقام الأول (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى كيفية إعداده والمصادقة عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم مخطط شغل الاراضي

يندرج مخطط شغل الأراضي في إطار المخططات المحلية للتهيئة والتعمير، ولكي نفهم جيدا فحواه يستوجب منا تعريفه (الفرع الأول) ثم تحديد خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريفه

يعتبر مخطط شغل الأراضي من أهم آليات تجسيد أهداف قانون التعمير، وباستقراء المادة 31 من قانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، يمكن أن نعرفه على أنه: " أداة من أدوات التهيئة والتعمير، يتم بموجبها تحديد التوجيهات الأساسية في مجال البناء على مستوى بلدية أو جزء منها، تحدد فيها وبصفة مفصلة قواعد وحقوق استخدام الأراضي والبناء من حيث الشكل الحضري للبيانات، الكمية الدنيا والقصى من البناء المسموح به والمعبر عنه بالمتر المربع أو المتر المكعب من الأحجام، المظهر الخارجي للبيانات، المساحات العمومية والخضراء، ارتفاعات الشوارع، النصب

⁶ -P.U.D : Plan d'urbanise directeur

-P.U.P : Plan d'urbanisme provisoire.

وفي فرنسا نجد P.L.U : المخططات المحلية للتعمير، وموضوعها هو نفس موضوع مخطط شغل الأراضي.

التذكارية، مواقع الأراضي الفلاحية الواجب حمايتها في إطار إحترام القواعد التي تضمنها المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير⁽⁷⁾.

يغطي مخطط شغل الأراضي في غالب الأحيان تراب بلدية كاملة، ولقد تمّ استحداثه في ظل القانون 90-29 بعدما أظهر PUD نقائص في التحكم في التهيئة العمرانية للبلدية من حيث الدقة والتفصيل، إذ كان هناك فراغ بين التعمير الذي يقوم على الخطوط العريضة للمدينة، والذي يتولاها PUD، والتعمير المتعلق بالرخص، فالتحقق من استجابة هذه الرخص لشروط البناء لا يمكن تحقيقه من خلال مخطط يؤخذ بالتوجيهات العامة، هذا ما استدعي وجود مخطط تفصيلي، لذلك يعدّ مخطط شغل الأراضي كجيل جديد لمخططات التعمير.

الفرع الثاني: خصائصه

بناء على مختلف جوانب مفهوم مخطط شغل الأراضي، ومن خلال الإطلاع على قانون التهيئة والتعمير يمكن استخلاص جملة من الخصائص المتعلقة به سواء من حيث التنظيم السلمي (أولاً) أو من حيث التطبيق (ثانياً).

أولاً- من حيث التنظيم السلمي للمخطط

بالرغم من العلاقة الوطيدة بين مخططات شغل الأراضي بأدوات التهيئة الإقليمية والتنمية المستدامة، إلا أنّها تتواجد في مستوى أدنى من هذه الأخيرة، حيث أنّها تترجم السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة والتي تغطي الإقليم الوطني، بحيث أنّ مخطط شغل الأراضي يجب أن يتبنى ويحترم أحكام كل من المخططات الوطنية و الجهوية والولائية ، فيما يخص مادة برامج التجهيزات والبنى التحتية.

كما يعتبر المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير مرجعا لمخطط شغل الأراضي، بحيث هو الذي يضبط حدود ومحيطات مخططات شغل الأراضي التي يجب إنجازها من جهة، إذ يجب أن ينسجم مخطط شغل الأراضي مع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير⁽⁸⁾، بحيث يعتبران وسيلتان مكملتان لبعضهما البعض في مجال التهيئة العمرانية لإقليم البلدية أو مجموعة البلديات المشتركة، فمخطط شغل الأراضي هو مخطط تفصيلي

⁷ - بلفضل محمد، التخطيط العمراني والبيئية، (من أجل ترقية المدينة وإطار الحياة داخل التجمعات الحضرية)، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، العدد 03، 2014، ص 98.

⁸ - هذا ما تستوجبه المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الاراضي والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج ر عدد 26، لسنة 1991، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-318 مؤرخ في 10 سبتمبر 2005، ج ر عدد 62 لسنة 2005، عندما نصت بصريح العبارة على ضرورة احتواء مخطط شغل الأراضي على مذكرة تقديم يثبت فيها تلائم أحكامه مع أحكام المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير⁽⁹⁾ ، ومن جهة أخرى، يجب أن ينسجم مخطط شغل الأراضي مع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ، وأن يتبنى ويحترم أحكامه تطبيقاً لمبدأ تدرج القوانين⁽¹⁰⁾.

ثانياً - من حيث التطبيق

تظهر مميزات مخطط شغل الأراضي أيضاً من حيث التطبيق الزماني والمكاني.

1- من حيث التطبيق الزماني

يعتبر مخطط شغل الأراضي من المخططات المرنة ذو الحركة الديناميكية، كونه يأخذ بالأبعاد الثلاثة: القصيرة (05 سنوات)، والمتوسطة (10 سنوات)، والطويلة (20 سنة)، بالإضافة إلى إمكانية المراجعة والتعديل المتتابع ، يجعل من هذه المعطيات آلية متزامنة مع المستجدات ومع ما يتم من برمجة من مشاريع وبحسب الأولويات، كما تُمكن هذه الآجال المتحركة من إمكانية كل مجلس بلدي جديد من حقن وبرمجة برامج عهده، وأهدافه المسطرة، وكل المشاريع الموجودة في الحملات الانتخابية ضمن هذه المخططات المرنة، وذلك في ظل احترام القواعد العامة المنظمة لحركة البناء والتعمير المنصوص عليها في قوانين التعمير

2- من حيث التطبيق المكاني

من حيث الأصل، فإنّ نطاق التطبيق المكاني لمخطط شغل الأراضي يغطي في غالب الأحيان تراب بلدية كاملة، أو جزء من إقليمها تطبيقاً لنص المادة 34 من قانون 29-90، لكن من الناحية الواقعية لا يمكن تغطية تراب البلدية بمخطط واحد من مخططات شغل الأراضي، إلا إذا كانت البلدية مساحتها صغيرة، لذلك في الحالات العادية يوجد أكثر من مخطط واحد لشغل الأراضي⁽¹¹⁾.

كما أنه ونظراً لمعطيات معينة، فإنه يمكن لمخطط شغل الأراضي أن يغطي أكثر من بلدية والتي تنقسم فيما بينها العديد من العوامل المشتركة، سواء كانت إقتصادية أو اجتماعية أو بيولوجية، وهذا عكس المخطط التوجيهي للتعمير PUD الذي لا يتجاوز الحدود الإدارية لإقليم البلدية الواحدة وما له من سلبيات، بحيث أنّ مشاكل التعمير والبيئة لا يمكن محاصرتها ومعالجتها في إطار هذه الحدود الإدارية، مثل ظاهرة البناء الفوضوي المقامة في شكل أحياء فوق الأراضي المتاخمة والمشاركة لحدود البلديات المتجاورة، هذا من جهة، ومن جهة

⁹ - تكواشت كمال، المرجع السابق ص 83.

¹⁰ - T.A Versailles, 9 juillet 1992, Assoc. Seine-et -marennaise : sauvegarde nature, cité par :

LAMORLLETE B, « Le contentieux des schémas directeurs », AJDA, Paris, Mai 1993, p.42.

¹¹ - لمزيد من التفاصيل راجع، بوزغاية باية، المخططات العمرانية كأحد عوامل توسع المجال الحضري من أجل تحقيق التنمية المستدامة - مدينة بسكرة نموذجاً - مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 15، 2014، ص 34 وما يليها.

أخرى فإن حل مشاكل التسيير العمراني صعبة ومستحيلة الحل أحيانا بالوسائل الخاصة المتاحة لكل بلدية على حده، وبالأخص مع ندرة الهيئات العمومية المنفصلة عن السياسة المتبعة حاليا والقائمة على فكرة كل إقليم سواء كان في شكل إقليم ولائي أو إقليم بلدي، أن يخضع لمبدأ التكتلات في فضاءات جديدة والبحث عن آليات حديثة للتسيير والتنظيم العمراني والاقتصادي⁽¹²⁾.

وفي سياق الأخذ بفكرة توسيع مجال تطبيق مخططات أدوات التعمير إلى ما بين أقاليم البلديات تنص المادة 12 من قانون رقم 90-29 على أنه: " يمكن المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وكذا مخطط شغل الأراضي أن يضم مجموعة من البلديات تجمع بينها مصالح اقتصادية...". وبالتالي يمكن أن يغطي مخطط شغل الأراضي بلديتين أو أكثر في حالة تداخل نسيجهما الحضري ببعضه البعض على شكل مجمع حضري، كبلديات مدينة الجزائر ومدينة وهران⁽¹³⁾.

المطلب الثاني: مراحل إعداد مخطط شغل الأراضي

تمّ تحديد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي في المرسوم التنفيذي رقم 91-178، وبالرجوع إلى محتوى هذا الأخير، فإنّ المخطط يمرّ بمرحلتين، مرحلة الإعداد (الفرع الأول) ومرحلة المصادقة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي

استنادا إلى نص المادة 35 من قانون التهيئة والتعمير، فإنّ كل بلدية يجب أن تغطي بمخطط شغل أراضي ، والذي يتمّ إعداده بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي، وهذا بناء على مداولة من المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية (أولا) ويعرض مشروع المخطط للإطلاع على رأي بعض الجهات (ثانيا) ولاستقصاء عمومي (ثالثا) وأخيرا يتم فتح سجل خاص للاستقصاء (رابعا).

أولا - إجراء مداولة

يحضّر مشروع مخطط شغل الأراضي بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤوليته، ويتمّ إعداده بموجب مداولة من المجلس الشعبي البلدي المعني⁽¹⁴⁾، وتبلغ للوالي وتنتشر مدة شهر بمقر المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية المعنية، وبعدها يصدر القرار الذي يرسم حدود التراب الذي يشمل المخطط والمداولة المتعلقة به من طرف :

¹² - التيجاني بشير، التهيئة العمرانية وإشكالية التحضر في الجزائر، (د ن)، الكويت، 2000، ص 66.

¹³ - تكواشت كمال، المرجع السابق، ص 84.

¹⁴ - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، المرجع السابق.

*الوالي إذا كان التراب تابعا للولاية الواحدة.

*الوزير المكلف بالتعمير مع الوزير المكلف بالجماعات المحلية إذا كان التراب المعني تابعا لولايات مختلفة، وإذا كان التراب واقعا بين بلديتين فإنه يمكن إنشاء مؤسسة مابين البلديات تكلف بإعداد هذا المخطط، غير أن المخططات التي تتخذها هذه الأخيرة لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد مداولة المجالس الشعبية المعنية⁽¹⁵⁾.

ثانيا - استشارة هيئات محددة قانونا

يعرض مشروع مخطط شغل الأراضي للإطلاع على كل من رؤساء غرف التجارة، رؤساء غرف الفلاحة ورؤساء المنظمة المهنية، ورؤساء الجهات المحلية والمجتمع المدني، وكذا طلب الاستشارة وجوبا من الهيئات الإدارية التي تشكل المصالح الخارجية للوزارات. وبالرجوع إلى نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 19-178، السالف الذكر، فإنّ رئيس المجلس الشعبي البلدي أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية يستشيرون وجوبا بعض الهيئات على مستوى الولاية وأخرى على المستوى المحلي وهذا بموجب قرار، فبالنسبة للهيئات والمصالح التابعة للدولة على مستوى الولاية فتشمل مصلحة التعمير، مصالح الفلاحة، التنظيم الإقتصادي، الري، النقل، الأشغال العمومية، المباني والمواقع الأثرية والطبيعية، البريد والمواصلات، البيئة والتهيئة العمرانية، السياحة. أما بالنسبة للهيئات والمصالح المستشارة على المستوى المحلي فنجد مصالح توزيع الطاقة، النقل، توزيع المياه⁽¹⁶⁾. كما تبلغ المصالح المذكورة أعلاه بموجب قرار من رئيس البلدية أو رؤساء البلديات المعنية وينشر على مستوى البلدية لمدة شهر، ثم يتم إعداد مشروع المخطط ويصادق عليه المجلس الشعبي البلدي ويبلغ للإدارات والمصالح المعنية لإبداء رأيها خلال 60 يوما، وبعدها يعرض للاستقصاء العمومي لمدة 60 يوما. يمثل تخلف الإجراء المذكور أعلاه، عيبا من العيوب الشكلية التي يمكن أن يؤسس عليها الطعن، وهذا ما طبقه الاجتهاد الفرنسي في قضية مخطط شغل الأراضي الذي أعدته بلدية Génissac، إذ أكد أنّ عدم إشراك الأشخاص العامة التي تدرج أسماؤها ضمن قائمة الأشخاص المستشارة خاصة في حالة طلبها ذلك، يؤدي إلى إلغاء المداولة التي صادقت على المخطط، و نفس الأثر يترتب عن عدم إستشارة الجمعيات المعتمدة التي تطلب أخذ رأيها أثناء إعداد مشروع المخطط⁽¹⁷⁾.

ثالثا - فتح تحقيق عمومي

يعرض مشروع مخطط شغل الأراضي للاستقصاء العمومي لمدة 60 يوما وهذا بناء على قرار رئيس المجلس الشعبي البلدي، ويحدد القرار ما يلي :

¹⁵ - انظر المادتين 04 و 05 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، المرجع السابق.

¹⁶ - منصورى نورة، قواعد التهيئة والتعمير وفق التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 30 .

¹⁷ - CE, 24 Juiellet 1987, COREP Gironde/ Commune de Genissac, Note de: HENRY Jacquot, plan local d'urbanisme, plan d'occupation des sols, RDA, Paris, 2011, p.11.

- يحدد المكان والأماكن التي يمكن استشارة مشروع شغل الأراضي فيها .
 - يعين المفوض المحقق أو المفوضين المحققين ويبيّن تاريخ انطلاق مدة التحقيق وتاريخ انتهائها.
 - يحدد كفاءات إجراء التحقيق العمومي (18) .
- و يتم نشر القرار المتعلق بعرض مشروع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير للتحقيق العمومي لمدة 60 يوما، كما يتم إرسال نسخة منه إلى الوالي المختص إقليميا.

رابعاً : فتح سجل خاص للاستقصاء

يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بفتح سجل خاص مرقم وموقع من طرفه، وهذا لتدوين كل الملاحظات والاقتراحات، كما يمكن إرسال هذه الأخيرة كتابيا مباشرة إلى المفوض المحقق. ويتم إقفال السجل الخاص بالاستقصاء عند انقضاء مدة 15 يوم وهذا بناء على توقيع المفوض المحقق ويتم إرساله إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، مرفقا بملف التحقيق و نتائجه (19) .

ما يمكن ملاحظته من خلال إقرار فتح السجل الخاص، هو إرادة المشرع في إشراك الجمهور في إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، لكن ما نلاحظه واقعيا هو عدم إقبال سكان البلديات المعنية بالمخطط لإبداء آرائهم و اقتراحاتهم، وهذا راجع لضعف الوعي المدني لديهم .

الفرع الثاني: المصادقة على مخطط شغل الأراضي ومراجعته

تخضع عملية المصادقة على مخطط شغل الأراضي لمجموعة من الإجراءات والشكليات الجوهرية (أولاً)، كما أنّ عملية مراجعته أو تعديله تخضع لمجموعة من الشروط التي حددها قانون التهيئة والتعمير (ثانياً).

أولاً- المصادقة على مخطط شغل الأراضي

تتم المصادقة مخطط شغل الأراضي بموجب مداولة من المجلس الشعبي البلدي بعد أخذ رأي الوالي على أساس نتائج الاستقصاء العمومي.

يبلغ مخطط شغل الأراضي المصادق عليه إلى الوالي المختص أو الولاية المختصين، و كذا المصالح التابعة للدولة المكلفة بالتعمير في مستوى الولاية، الغرفة التجارية والفلاحية.

¹⁸- انظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، المرجع السابق.

¹⁹- ADJA Djillali et DROBENKO Bernard , *Droit de l'urbanisme* ,Edition Berti , Algérie , 2007, p.141.

يشكل تخلف إحدى هذه الشكليات والإجراءات المذكورة أعلاه، عدم مشروعية خارجية مخطط شغل الأراضي وأساسا لرفع دعوى إلغاء. ويمكن للقاضي أن يراقب كل هذه المراحل من خلال التأكد من إجراء الاستقصاء والتحقيق ومختلف الآراء المقدمة التي أجريت خلال المدة المقررة في ملف التحقيق المقدم، وهذا تحت طائلة الحكم بعدم مشروعية هذه المخططات⁽²⁰⁾، ويوضع تحت تصرف الجمهور عن طريق قرار يصدره رئيس المجلس الشعبي البلدي مع قائمة الوثائق و البيانات التي يتكون منها⁽²¹⁾.

ثانيا - مراجعة مخطط شغل الأراضي

إذا أصبحت توجيهات مخطط شغل الأراضي لا تستجيب لمتطلبات المنطقة التي يغطيها، أمكن مراجعته حيث تتم بنفس الطريقة والإجراءات التي تمت بها المصادقة عليه، ولا يمكن إجراء هذه المراجعة إلا إذا توفرت الشروط التالية:

- إذا لم ينجز في الأجل المقرر لإتمامه سوى ثلث حجم البناء المسموح به من المشروع الحضري.
- إذا كان الإطار المبني الموجود في حالة خراب أو في حالة من القدم تستدعي تجديده.
- إذا كان الإطار المبني قد تعرض لتدهورات ناتجة عن ظواهر طبيعية.
- إذا طلب ذلك وبعد مرور خمس سنوات من المصادقة عليه أغلبية ملاك البنايات البالغين على الأقل نصف حقوق البناء التي يحددها مخطط شغل الأراضي الساري المفعول.
- إذا استدعت ذلك الحاجة إلى إنشاء مشروع ذو مصلحة وطنية لم ينص عليه المخطط⁽²²⁾.

المبحث الثاني: دور مخطط شغل الأراضي في تحقيق تهيئة عمرانية منسجمة على المستوى المحلي

يعتبر مخطط شغل الأراضي آلية تنظيمية للتسيير الحضري له الطابع الإلزامي بالنسبة للبلدية ، التي تهدف إلى تحديد قواعد خاصة لتعمير كامل إقليمها أو أجزاء منه، وتشكيل إطارها المبني، ويظهر دور مخطط شغل الأراضي من خلال مساهمته في ضبط حركة البناء والتعمير (المطلب الأول) و رسم المبادئ الخاصة للتهيئة والتعمير وتقسيم القطاعات الى مناطق (المطلب الثاني).

²⁰ - CE, 29 Mars 1993 , CNE D'annecy le vieu , N°141308 , BJDU , Paris, 1994 , p. 31.

²¹ - انظر المواد 14-17 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، المرجع السابق.

²² - راجع المادة 37 من قانون رقم 90-29، المرجع السابق.

المطلب الأول: ضبط حركة البناء والتعمير

تتمثل الوظيفة البارزة لمخطط شغل الأراضي في القانون رقم 90-29 والنصوص التنظيمية له، في ضبط حركة البناء والتعمير في البلدية، و يكون ذلك من خلال تنظيم شهادات ورخص التعمير (الفرع الأول) ووضع معاملات لشغل الأراضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تنظيم شهادات و رخص التعمير

طبقا للمرسوم التنفيذي المذكور أعلاه فإنّ مخطط شغل الأراضي يشمل على الوثائق التالية :

-مذكرة إيضاحية وتقديم: تبرز فيها مطابقة ما يتضمنه مخطط شغل الأراضي مع الضوابط التي حدّدها المخطط التوجيهي وبرنامج التنمية للبلدية أو البلديات المطبق فيها في شكل لائحة تنظيم.
-نظام: يحدّد بالتفصيل حقوق البناء وكيفية استخدام الأرض بالنسبة لكلّ منطقة ويضبط فيه الشكل الحضري أو العمراني، وتحدّد الشوارع والإرتفاعات والأحياء والحد الأدنى والأقصى للبناء المسموح به في المتر الربيع والمتر المكعب الحجمي والقواعد المتعلقة بالمظهر الخارجي، لهذا تكيف أدوات التهيئة والتعمير على أنّها قرارات تنظيمية⁽²³⁾

- الوثائق البيانية: تتكون الوثائق البيانية مما يأتي:

- مخطط الموقع (بمقياس 1/2000 أو 1/5000)،

- مخطط طبوغرافي (بمقياس 1/500 أو 1/1000)،

- مخطط التركيب العمراني (بمقياس 1/500 أو 1/1000) يتضمن على الخصوص قواعد البناء من معامل شغل الأرض، معامل الاستيلاء، وعلو البناءات،

- مخطط الوضع القائم (بمقياس 1/500 أو 1/1000) يبرز الصورة الحالية لتكيفية النسيج الحضري من إطار مبني شبكة الطرق والشبكات المختلفة والإرتفاعات الموجودة،

- مخطط التهيئة العامة (بمقياس 1/500 أو 1/1000) يحدد ما يأتي:

* المناطق المتجانسة،

* موقع إقامة التجهيزات والمنشآت ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية.

* المساحات الواجب الحفاظ عليها نظرا لخصوصيتها،

- القطاعات الحضرية.

²³ - بوردية عبد الكريم، " إختصاص القاضي الاداري في منازعات التعمير: دراسة خاصة لدعوى الإلغاء لمواجهة أدوات التعمير المحلية استنادا إلى الاعتبارات البيئية" مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2013، ص ص 50-60.

- خارطة (بمقياس 1/500 أو 1/1000) تحدد المناطق والأراضي المعرضة للأخطار الطبيعية والتكنولوجية وكذا الأخطار الكبرى المبينة في المخطط العام للوقاية⁽²⁴⁾.

وبصفة عامة، يعتبر مخطط شغل الأراضي آلية تفصيلية تنظم الأراضي، ولا تترك فجوة أو مجالاً شاغراً في المساحة التي يغطيها، فهو يهتم بالإطار المبني وغير المبني بطريقة تمنع من نشوء كل مظاهر البناء الفوضوي وانتشاره. تظهر علاقته بأدوات الرقابة أو قرارات التعمير الفردية التي تشمل الشهادات ورخص البناء و التجزئة والهدم المنصوص عليها في قانون 90-29 والمرسوم التنفيذي 15-19 المتعلق بكيفيات إعداد عقود التعمير²⁵، بحيث يجب أن تكون هذه الرخص والشهادات ملائمة مع مخطط شغل الأراضي ولا يمكن أن تخالف أحكامه، فمن بين الوثائق اللازمة لاستصدارها نجد المخططات الهندسة المعمارية والمدنية التي يجب أن يتطابق محتواها كلياً مع أحكام مخطط شغل الأراضي.

وبالتالي تظهر أهمية مخططات شغل الأراضي، في كون أن عملية التهيئة والتعمير تكون على أساسها، وأنه لا تسلم أية رخصة ولا شهادة في مجال التعمير إلا إذا كانت تستجيب للمقاييس المحددة في هذا المخططات، وبالتالي يمكن مواجهة الغير به وذلك بقوة القانون، ومن ثمة يشكل مخطط شغل الأراضي بالنتيجة دفتر شروط للمقاولين والمهندسين من جهة، ومرجع نظامي للسلطات العمومية المحلية من جهة أخرى. ونظراً لوجود مخططات منصوص عليها في بعض القوانين، كالقانون الذي ينظم شروط إنشاء المدن الجديدة، وقوانين البيئة، السياحة، فإنه لا بد من أن تكون مخططات شغل الأراضي متناسقة مع مختلف هذه المخططات .

الفرع الثاني: وضع معاملات شغل الأراضي

تتجلى أهم الوظائف الأساسية لمخطط شغل الأراضي في تحديد معاملات استغلال الأراضي، وهذا من خلال ضبط المعاملات الثلاث وهي: معامل شغل الأراضي (أولاً)، معامل ما يؤخذ من الأرض (ثانياً)، ومعامل الكثافة القصوى (ثالثاً).

²⁴- انظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، المرجع السابق.

²⁵- مرسوم تنفيذي رقم 19/1، المؤرخ في 25 جانفي 2015، يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها، ج ر ج ج عدد 07 لسنة 2015.

أولاً - معامل شغل الأراضي

يُهدف من وراء معامل شغل الأراضي الاستغلال الحسن والمنسجم للبنىات من حيث الطول والعرض والارتفاع. وبناء على ذلك وحفاظاً على القطاعات غير القابلة للتعمير أو القطاعات المخصصة للتعمير المستقبلي، يلزم تثبيت معامل شغل الأراضي ضعيفاً⁽²⁶⁾.

ثانياً - معامل ما يؤخذ من الأراضي

يمثل معامل ما يؤخذ من الأراضي نسبة الاستحواذ على الأرض، وهو يساوي مساحة قطعة الأرض الكلية ناقص مساحة الأرض المخصصة للمبنى، والهدف من ذلك هو إلزام صاحب مشروع البناء على إنشاء مساحات خضراء.

ثالثاً - معامل الكثافة القصوى

لقد حدد المشرع الجزائري كثافة البناء للمناطق الحضرية في البلديات بموجب المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 175/19 المتضمن القواعد العامة للتهيئة و التعمير²⁷ بنسبة تساوي واحد من حاصل القسمة :

$$1 = \frac{\text{المساحة الأرضية خارج البناء الصافية}}{\text{مساحة قطعة الأرض}}$$

مساحة قطعة الأرض

تجدر الإشارة إلى أنّ مخطط شغل الأراضي هو وسيلة عمرانية تدخل ضمن انشغالات المهندس المعماري، بحيث يبين الشكل الهندسي الخارجي والوظيفي للإطار المبني للقطعة الأرضية محل التهيئة، كما يعدّ أداة تنظيم بامتياز، فيمكن مواجهة الغير به، إذ يجب أن تمنح أو ترفض شهادات ورخص التعمير⁽²⁸⁾.

²⁶ - جبري محمد، الإطار القانوني للتعمير في ولاية الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 60.

²⁷ مرسوم تنفيذي رقم 91-175، مؤرخ في 18 جوان 1991، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، ج ر ج ج عدد 26، لسنة 1990.

²⁸ - غواس حسينة، الآليات القانونية لتسيير العمران، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة، القانون وتسيير الاقليم، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011-2012، ص 34.

المطلب الثاني: رسم المبادئ الخاصة للتهيئة والتعمير وتقسيم القطاعات إلى مناطق

يظهر الطابع التفصيلي لمخطط شغل الأراضي من خلال وظيفته الأساسية المتمثلة رسم المبادئ الخاصة للتهيئة والتعمير (الفرع الأول)، وتقسيم القطاعات المحددة في المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير إلى مناطق رغم أن المشرع لم ينص صراحة على ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رسم المبادئ الخاصة للتهيئة والتعمير

تهدف التهيئة إلى التنمية والتطوير المتناسق للإقليم المحدد عن طريق المخطط⁽²⁹⁾، فهي أشغال معالجة سطح الأرض وتدعيم المنحدرات وغرس الأشجار ووضع أثاث حضري وإنجاز المساحات الخضراء وتشبيد السياج⁽³⁰⁾، أما التعمير فإنه يهدف إلى تنظيم عملية البناء وفقا للقواعد المنصوص عليها في قانون التعمير⁽³¹⁾. ويقوم مخطط شغل الأراضي برسم المبادئ الخاصة للتهيئة والتعمير، وهذا في إطار مبدأ التدرج من الكل إلى الجزء للوحدات العمرانية، وفي ظل العمل على إعادة التوازن بين الأقاليم الكبرى للوطن، إلى غاية إعادة التوازن بين الأحياء المخططة الراقية والأحياء الفوضوية المختلفة لنفس المدينة، مروراً بإعادة التوازن بين المدينة و الريف .

ترتكز دراسة مخطط شغل الأراضي على ما يلي:

- معرفة مكونات الوسط الحضري من طبوغرافيا، إطار مبني، عوائق التعمير، مختلف الشبكات وحالتها الفيزيائية.
 - استخلاص آفاق تنمية مجال الدراسة.
 - تحديد الاختيارات المناسبة للتهيئة.
 - وضع قواعد التعمير التي تضبط قواعد شغل الأراضي وحقوق البناء⁽³²⁾.
- وتتم هذه الدراسة في ثلاث مراحل هي:

المرحلة الأولى: تتضمن تحليل الوضع الراهن في جميع المجالات: السكن، الصحة، التعليم، الخدمات، كما تحدد جميع المشاريع المصادق عليها التي أنجزت أو تم اختيار أرضياتها ولم تنجز بعد. كما يتم فيها اقتراح

²⁹-ADJA Djillali et DROBENKO Bernard , *op.cit* ,p.138.

³⁰ هذا هو التعريف الذي قدمته المادة 02 من القانون رقم 08-15، المؤرخ في 20 يوليو 2008، المحدد لقواعد مطابقة البناءات و اتمام إنجازها، ج ر عدد، 44 لسنة 2008.

³¹- BEN AKZOUH Chabane, « De la loi d'orientation foncière au Droit de l'urbanisme », *Revue Idara* n°22, 2011, p.05.

³² - لمزيد من التفاصيل، راجع سعيداني نورة، أدوات تدخل الدولة والجماعات المحلية لحماية الأراضي الفلاحية والعمرانية - دراسة تحليلية على ضوء القانون الجزائري-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2005، ص ص 27-33.

مشروع أولي على شكل فرضيتين أو أكثر، وتختار الفرضية الأكثر تماشياً مع نتائج الوضع الراهن لتفصل في المشروع النهائي.

المرحلة الثانية: يتم في هذه المرحلة ضبط فرضية واحدة، وتترجم في تقرير ومخططات بيانية مصحوبة بتقنين، وتمثل بذلك التهيئة التي ستعتمد مستقبلاً.

المرحلة الثالثة: بعد تبني المرحلتين بمحضر اللجنة الولائية لدراسة مخطط شغل الأراضي والذي على أساسه يقوم المجلس الشعبي البلدي بإصدار مداولة المصادقة والأمر بفتح التحقيق العمومي، يعطى الأمر لمكتب الدراسات بمباشرة الملف التقني الخاص بكل الشبكات توافق عليه مديرية الري والأشغال العمومية كل في دائرة اختصاصه، ليصبح بعدها ملف مخطط شغل الأراضي قابلاً للتنفيذ ومرجعاً مهماً لكل أشغال التهيئة ووسيلة للتعمير والمراقبة غير قابلة للمعارضة.

الفرع الثاني: تقسيم القطاعات إلى مناطق

يقصد بذلك تقسيم المدينة إلى عدة مناطق وظيفية بغرض معيّن، كمنطقة سكن، تجارة، بحيث يتم تقسيم المناطق إلى قسمين رئيسيين هما المناطق العمرانية (أولاً) والمناطق الطبيعية (ثانياً).

أولاً- المناطق العمرانية

يرمز لها بالحرفين اللاتينيين (Z.U) Zones Urbaines وهي تعني المناطق التي تكون التجهيزات العمومية كافية لانطلاق البناء عليها مباشرة، كما يتم تقسيمها بدورها إلى مناطق عمرانية فرعية حسب خصوصيتها، مثل المناطق المعدة للبناء الذاتي، مناطق النشاطات الصناعية، مناطق النشاطات التجارية، مناطق التوسعة السياحية، مناطق الخدمات، ومناطق التخزين وكل تقسيم يضم توجيهات خاصة، ويحدد الأراضي المخصصة للتجهيزات و يحدد بدقة النشاط السائد و النشاطات التي يجب تشجيعها وتفعيلها ، والنشاطات الممنوعة نظراً لعدم ملاءمتها مع طبيعة استعمال المنطقة، حيث أنّ المناطق المتواجدة في وسط المدينة والمناطق ذات الوظيفة السكنية لا تكون ملائمة لتثبيت منشآت صناعية ملوثة، غير أنه قد يسمح لبعض منها بإقامة أو توسعة لنشاطات تجارية أو للتخزين مع ضرورة الحصول المسبق على الرخص الإدارية⁽³³⁾.

وتأسيساً على ذلك، أعتبر مخطط شغل الأراضي وسيلة للتخطيط والتسيير المجالي ودليل للتنبؤات للمسؤولين المحليين وبالأخص مسؤولي البلديات، كما يعد كبرنامجاً للتجهيزات والبنى التحتية للمدينة وللتجمعات السكنية⁽³⁴⁾. إذ يعتبر من المخططات المرنة ذو الحركة الديناميكية، كونه يأخذ بالأبعاد الثلاثة: القصيرة (05

³³ - تكواشت كمال، المرجع السابق، ص ص 98-99.

³⁴ - التيجاني بشير. المرجع السابق، ص 68.

سنوات) والمتوسطة (10 سنوات) والطويلة (20 سنة)، بالإضافة إلى إمكانية المراجعة والتعديل المتتابع يجعل من هذه المعطيات آلية متزامنة مع المستجدات ومع ما يتم من برمجة للمشاريع وبحسب الأولويات.

ثانيا- المناطق الطبيعية

يرمز لها بالحرفين اللاتينيين (Z.N) Zones Naturelles، وهي تعني المناطق التي تكون فيها التجهيزات العمومية قليلة أو منعدمة أصلا، ومن الواجب المحافظة عليها، كالمناطق التي تتمتع بميزات وثروات طبيعية ومناظر خلابة، أو المناطق التي تشمل ممتلكات ثقافية عقارية بارزة، كذلك المناطق الفلاحية ذات الجودة العالية، والمناطق المعرضة للظواهر الطبيعية كالزلازل والفيضانات التي قد تشكل خطورة في حالة تعمير هذه المنطقة، كما يبيّن مخطط شغل الأراضي موقع الأراضي الفلاحية و الغابية الواجب حمايتها من كل أشكال التعدي والاستيلاء غير الشرعي. وبالتالي نجد أنّ مخططات شغل الأراضي تحدّ بصفة صارمة البناء فوق هذه المناطق إلى حد حظرها تماما⁽³⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّه قد تمّ إعادة تصنيف المناطق الزلزالية بعد زلزال 2003 بواسطة تقنية التصنيف المجهري (micro zonage)، وفقا للدراسات الزلزالية التي تشمل الخطر الزلزالي على سلامة المجمعات العمرانية و المنشآت الاستراتيجية⁽³⁶⁾.

خاتمة

من خلال ما سلف ذكره، نخلص إلى فكرة مفادها، أنّ المشرع الجزائري بتنظيمه المفصل لمخطط شغل في قانون التهيئة والتعمير، وتخصيصه لمرسوم تنفيذي خاص يبيّن إجراءات إعداده، إنّما أراد أن يبرز من خلال ذلك أهميته كأداة للتخطيط المحلي، وفي نفس الوقت كأداة لتحقيق المصلحة العامة. ونظرا لأهمية هذا المخطط، كون أنّ عملية التهيئة والتعمير تكون على أساسه، وأنه لا تسلم أيّة رخصة ولا شهادة في مجال التعمير إلا إذا كانت تستجيب للمقاييس المحددة في هذا المخطط. كما يعتبر مخطط شغل الأراضي أداة تفصيلية للمخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير، بحيث هو الذي يضبط حدود ومحيطات مخططات شغل الأراضي التي يجب إنجازها من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن ينسجم مخطط شغل الأراضي مع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، بحيث يعتبران وسيلتان مكملتان لبعضهما البعض في مجال التهيئة العمرانية لإقليم البلدية أو مجموعة البلديات المشتركة، فمخطط شغل الأراضي هو مخطط تفصيلي للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

³⁵ -SAIDOUNI Maouia , *Element d'introduction a l'urbanisme* ,Casba edition, Alger, 2000, p.148.

³⁶ - إستراتيجية البناء على ضوء قانون التهيئة والتعمير الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015، ص 113.

ورغم أنّ النصوص القانونية جعلت أدوات التهيئة والتعمير وسيلة ردعية في جوهرها تقنية في تطبيقها، ورغم الدور الذي تلعبه في تنمية وتهيئة المجال الحضري، إلا أنّ هذه الوسائل غالباً ما تصطدم بواقع يجعلها غير قابلة للتطبيق بسبب وجود مجموعة من الإكراهات التي تحول دون أداء دورها على أكمل وجه، والتي ترجع بالأساس إلى مجموعة من الثغرات في النص القانوني المنظم لها تجعلها أداة تجاوزها الزمن بسبب طول فترة إعدادها، بالإضافة إلى مجموعة من الإكراهات الأخرى مثل ضعف التمويل وعدم وجود رصيد عقاري كاف لتنفيذ مختلف التوجهات المضمنة في أدوات التعمير، مما أنتج نسيجا عمرانياً يتسم في أغلب المدن بالتشوه نتيجة مخالفة قوانين العمران وضعف المراقبة ولامبالاة المسؤولين إزاء اعتمادها كأداة تخطيطية، إلى جانب التوسع بشكل عشوائي على الأراضي الفلاحية والمناطق غير القابلة للتعمير.

والحل الأمثل للتصدي لهذه العوائق يتمثل في ضرورة ترقية العمل التحسيبي والتوعوي مع كل الفاعلين قصد ترسيخ ثقافة عمرانية مستدامة، وهذا من خلال تنسيق العمل مع كل الشركاء، من مجتمع مدني وسلطات محلية، بتنظيم حملات تحسيسية لترسيخ هذه الثقافة لدى المواطنين، وضرورة تفعيل النصوص القانونية التي كرست مبدأ إشراك المجتمع في إعداد مخططات التعمير، إذ نجد هذه النصوص بقيت حبرا على ورق بسبب عدم إقبال سكان البلديات المعنية بالمخطط لإبداء آرائهم وإقتراحاتهم، وهذا راجع لضعف الوعي المدني لديهم، وعدم اكتراث الإدارة لتجسيد هذا المبدأ.

مضمون العقد

دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016

حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي⁽¹⁾

جامعة بغداد

الملخص:

تعتبر فكرة مضمون العقد واحدة من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم 131-2016، حيث أنّ هذا الأمر قد جاء بأفكار و مبادئ جديدة في نطاق القانون المدني، فضلا عن إلغائه بعض الأفكار و المفاهيم الراسخة مثل فكرتي المحل و السبب في العقد اللتين كانتا عاملان مهمان لضبط فكرة المشروعية في العقد. إذ نظم المشرع الفرنسي أحكام فكرة مضمون العقد في المواد 1162-1171 من التعديل التشريعي رقم 131 الصادر في 10 شباط 2016.

حيث أنّ فكرة مضمون العقد هي ليست من بنات أفكار المشرع الفرنسي، حيث سبقته العديد من النظم القانونية لا سيما النظام القانوني الانكليزي، إذ تعتبر هذه الفكرة من صنع القضاء الأنكليزي. عليه وجدنا من الضروري البحث بهذه الفكرة المستحدثة في القانون المدني الفرنسي مع مقارنتها بالنظام القانوني الانكليزي.

الكلمات المفتاحية:

العقد، مضمون العقد، القانون الإنكليزي، القانون المجني الفرنسي.

تاريخ إرسال المقال: 2017/04/26، تاريخ قبول المقال: 2018/02/28، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، " مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 666-702.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق

المؤلف المرسل: saddam_kokez@yahoo.com

The content of contract

Legal Study between the English Legal system & Legislative Decree of French Civil Code, No. 131 Issued on 10 February 2016.

Summary:

The idea of the content of contract is one of the newest ideas in the French Civil Code, which was amended by Legislative Decree No. 131-2016. This legislative decree came with new ideas and principles within the scope of the Civil Code, as well as the abolition of certain established ideas and concepts such as subject matter and cause which were important factors for controlling the idea of legality in a contract.

The French legislator regulated the content of contract in articles 1162-1171, and the third sub-section of the second part (validity of contract) of chapter II related to the formation of the contract from the first subsection (contract) of Part Three (Sources of Obligations) Legislative Decree No. 131 issued on 10 February 2016, and most of the provisions governing the idea of the content of the contract seeks to control the idea of contractual justice.

So the idea of the content of contract is not one of the ideas of the French legislator, it is preceded by many legal systems, especially the English legal system.

We found it necessary to examine this newest idea in the French Civil Code and compare it with the English legal system.

Keywords:

Content of contract, contract legality, cause of contract, contract subject.

Contenu du contrat

Etude comparative entre droit anglais et code civil français modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

Résumé :

L'idée du contenu du contrat est l'une des idées les plus récentes du code civil français, qui a été modifié par l'ordonnance n ° 131-2016. Cette ordonnance est venue avec de nouvelles idées et principes dans le champ d'application du code civil, ainsi que l'abolition de certaines idées et concepts établis tels que l'objet et la cause qui étaient des facteurs importants pour contrôler l'idée de légalité dans un contrat.

Le législateur français a réglementé le contenu du contrat aux les articles 1162-1171 de cette ordonnance et la plupart des dispositions régissant le contenu du contrat visent à contrôler l'idée de l'équilibre contractuel. Ainsi, l'idée du contenu du contrat n'est pas une des idées du législateur français, c'est une pale copie du système juridique anglais.

Mots clé :

Contrat, contenu, droit anglais, code civil français.

مقدمة

يعتبر التعديل التشريعي الفرنسي رقم 131-2016 الصادر في 10 شباط 2016 و النافذ في 2016/10/1 الخاص بتعديل القانون المدني و تحديدا فيما يتعلق بمصادر الالتزامات واحدة من الخطوات الجريئة التي أقدم عليها المشرع الفرنسي، لا سيما أنه بهذا التعديل التشريعي قد أورد كثيرا من التعديلات و تغيير العديد من المفاهيم القانونية التي ألفها و درج على استخدامها الفقه القانوني ليس في فرنسا حسب، و إنما في كثير من الدول التي تسير على نهج و تتسج على منوال القانون المدني الفرنسي.

و تعتبر فكرة مضمون العقد Le contenu du contrat واحدة من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي، حيث لم يألف التشريع و الفقه المدني الفرنسي هذه الفكرة سابقا، و إن كانت هذه الفكرة مألوفة في قوانين أخرى سواء في الاتحاد الأوروبي أو غيرها من الدول، لا سيما الدول التي تتبع منهج النظام الأنكلوسكسوني وإذا كان المشرع الفرنسي بهذا التعديل التشريعي قد طرح فكرة مضمون العقد، فإنه بالمقابل قد تخلى عن فكرتي المحل و السبب في العقد اللتين مضى أكثر من قرنين من الزمان على استخدامهما و التعمق في بحثهما من قبل الفقه القانوني .

و هذا بدوره قد وّد الحيرة و الإرباك ليس لدى الفقه الفرنسي فحسب، إنما في دول أخرى خارج المنظومة التشريعية الفرنسية لاسيما أنّ قوانينها تأثرت تأثرا كبيرا في التشريع و الفقه الفرنسيين، و اذا كانت فكرة مضمون العقد هي ليست من بنات أفكار التشريع المدني الفرنسي، حيث سبقته أنظمة قانونية عديدة في بحثها و استخدامها باعتبارها أحد العناصر المكونة للعقد و منها النظام القانوني الانكليزي، فإنه ينبغي للبحث بهذه الفكرة المستحدثة الرجوع للقوانين الأخرى التي سبقت المشرع الفرنسي للتعرف على محتواها لكي تكون معينا لنا في هذا الموضوع.

المبحث الأول: مفهوم البنود التعاقدية

إذا كان مضمون العقد يتحدد من خلال البنود التعاقدية التي يتفق عليها طرفا العقد، فإنه ينبغي أن نتعرف على ماهية البند التعاقدية، فضلا عن ضرورة معرفة ما هي أنواع البنود التعاقدية، وعلية سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف البند التعاقدية والمطلب الثاني نتناول فيه أنواع البنود التعاقدية .

المطلب الأول: تعريف البند التعاقدى

إذا كانت القاعدة الأساسية في النظام القانوني الأنكليزي أنّ تحديد مضمون العقد يكون من قبل أطراف هذا العقد، لأنّ القاضي الأنكليزي لا يستطيع أن يضع شرطاً أو يضيف بنداً في العقد¹، وذلك لأنّ مضمون العقد يتحدد من قبل طرفيه ويجب أن يتم هذا التحديد منذ البداية خلال مرحلة المفاوضات العقدية . عليه ينبغي لنا لكي نفهم مضمون العقد أن نفهم مالمقصود بالبند التعاقدى، و موقف النظم و التشريعات القانونية منه، عليه سوف نتناول تعريف البند التعاقدى في النظام القانوني الانكليزي أولاً، ثم بعد ذلك نتناول الموقف في التعديل التشريعي للقانون المدني الفرنسي رقم 131-2016 الصادر 10 شباط لسنة 2016 .

اولاً:- التعريف في النظام القانوني الانكليزي.

يعرف البعض² البند التعاقدى بأنه بيان أو تصريح (statement) صادر من أحد الطرفين المتعاقدين يلقي قبولا من الطرف الآخر ويصبح جزء من العقد . بينما يذهب البعض الآخر³ إلى تعريف البند التعاقدى بأنه (العبارات words التي يستخدمها أطراف العقد للوصول إلى اتفاقهم)، ومهما يكن من أمر فإنّه سواء كان هذا البند يمثّل بيان أو تصريح أو عبارات اتفق عليها أطراف العقد فإنّ هذه العبارات أصبحت جزء لا يتجزأ من العقد، وبدون هذه البنود التعاقدية لا يمكن معرفه على ماذا اتفق المتعاقدان، ومن ثم يصبح العقد غير قابل للتنفيذ . يمكن تعريف البند التعاقدى بأنه اتفاق على المسائل الجوهرية كافة والثانوية في العقد ،وصياغتها بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وتصبح دستوراً لهذا العقد يلتزم بها أطرافه في هذا العقد أو العقود المستقبلية⁴ التي تنشأ عن هذا العقد.

¹ K.c. sethia 1994 ltd.V.portabmull ramesh war 1950All E.R.51-59.

مشار الى هذه القضية في د.فتحي عبدالرحيم عبدالله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، في القانون المصري و الانكليزي المقارن، مطبعة كرموز الاسكندرية، 1978، ص279.

² "Representation are statement of fact which induce the represented to under into a contract". See .Geoff Monahan , essential contract law ,second edition ,Cavendish publishing ,2001, Australia , p.41.

³ the words used by the parties in reaching or recording their agreement". " Treitel ,an outline of the law of contact second edition ,londen,1979,p,66

⁴ كما في عقد الاطار الذي اعتبر من العقود المسماة في القانون المدني الفرنسي . بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016 المعدل القانون المدني . انظر المادة 1164 من التعديل المذكور .

« Art. 1164.-Dans les **contrats cadre**, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

ولكن في النظام القانوني الانكليزي يتم التمييز بين البيانات السابقة على التعاقد مثل المبالغة بمدح البضائع puffs وبين البيانات التعاقدية representation التي تصبح لاحقا بنودا للعقد . حيث أنّ هذه البيانات هي وقائع تدفع الشخص المتعاقد، ومن ثم يجب أن تكون مضمونه أنّ الشخص الذي أصدرها .

وبهذا الصدد يطرح البعض¹ ثمة معايير للتمييز بين البيانات السابقة للتعاقد، و بين البيانات التعاقدية التي تمثل جوهر البنود التعاقدية و تقسم هذه المعايير على النحو الآتي:-

1- إذا كانت البيانات تمثل مجرد مدح وإطراء للبضاعة فإنّه ليس لها أثر قانوني في العقد .
2- إذا كانت هذه البيانات تتضمن تعهدات أو معالجات لاختلال التوازن العقدي، فإنّها تعتبر من البنود التعاقدية.

3- يعتبر البيان بندا تعاقديا إذا كان يمثل شرطا في العقد condition أو ضمانا في العقد warranty أو شرطا لحل النزاع intermediate terms أو شرط تحديد أو إعفاء من المسؤولية exclusion clauses .

ويتم التمييز في النظام القانوني الأنكليزي بين التأكيد الذي يدفع إلى إبرام العقد (representation) وبين بنود العقد (terms) التي تعتبر جزء من العقد نفسه وتمثل مضمونه، و لذلك فإنّ دور المدعي ينحصر في إقناع المحكمة بأنّ الذي صدر من المدعي عليه ليس مجرد تأكيد دافع للتعاقد، ولكن بند من بنود العقد أخلّ المدعي عليه به يوجب الحكم بالتعويض² .

لذلك فإنّ البيانات أو العبارات التي تذكر خلال فترة المفاوضات العقدية من المحتمل أن ترقى إلى مستوى بند تعاقدى terms أو تأكيد دافع لإبرام العقد representation ، لذا من المهم معرفة طبيعة العبارات التي ذكرت خلال مرحلة المفاوضات، حيث أنّها ستحدد فيما إذا كانت بندا في العقد و من ثم تصيح جزء من مضمون العقد، أو تكون دافعا لإبرام العقد إذ أنّ ذلك سيحدد سبب الدعوى ونوع التعويض .
فإذا كانت العبارة بندا تعاقديا ولم يتم الالتزام والإيفاء به، فللطرف حسن النية مقاضاة الطرف الآخر و مطالبته بالتنفيذ أو التعويض لإخلاله بتنفيذ مضمون العقد.

أما إذا كانت العبارات مجرد دافع للتعاقد ثم بعد العقد اتضح أنّها غير حقيقية، فللطرف حسن النية رفع دعوى بناء على استغلال عدم معرفته أو خبرته وجهلة، ويحدد القضاء ما إذا كانت العبارة شرطا أو دافعا للتعاقد مع الأخذ بنظر الاعتبار نية الطرفين و الخبرة في التعاقد و أهمية العبارات و الوقت.

¹ Geoff Monahon,op.cit , p,42.

² انظر، د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 283 الهامش 2 .

و يطرح الفقهاء الإنكليز معايير¹ عدة للتمييز بين التأكيد الدافع لإبرام العقد (representation) وبين بنود العقد terms :-

- 1- إذا وصل البيان أو التصريح إلى درجة وعد أو تعهد من أحد الأطراف، فإنّ عدم التزامه به سيجعله مسؤولاً عن عدم تنفيذ هذا التعهد.
- 2- لا يمكن اعتبار البيان أو التصريح بنداً ما لم يتضمن وعداً أو تعهداً من الطرف الآخر.
- 3- عند حصول نزاع قضائي بين طرفي العقد حول مدى اعتبار بيان أو تصريح سابق على التعاقد، جزءاً من العقد أو لا فإنّ اعتباره بنداً تعاقدياً من عدمه يترك لتقدير المحكمة.
- يتعين على المحكمة، عند اتخاذ القرار فيما يتعلق باعتبار هذه البيانات و التصريحات السابقة على العقد خلال فترة المفاوضات العقدية جزء من العقد أم لا، أن تأخذ بنظر الاعتبار بعض الحالات أدناه²:-
- 1- أهمية القضية المعروضة.
- 2- إذا كان العقد مكتوباً.
- 3- الخبرة و المهارات التعاقدية التي يمتلكها طرفا العقد.
- 4- مضي المدة بين البيان أو التصريح و العقد.

ثانياً: - التعريف في القانون المدني الفرنسي

لدى الرجوع إلى المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 131-2016 الخاص بتعديل القانون المدني، نجد أنّ المشرع الفرنسي لم يعرف مضمون العقد (le contenu du contrat) بالرغم من أنّ هذه الفكرة تكاد تكون مستحدثة في القانون المدني الفرنسي، حيث لم يألّف التشريع المدني الفرنسي ولا القضاء والفقهاء الفرنسي هذه الفكرة، إذ أنّ المشرع لم يقدّم تعريف لهذه الفكرة، وإنّما اكتفى بالإشارة في المادة (1162) بأنّ العقد يجب أن لا يخالف النظام العام من خلال بنوده أو غرضه سواء كان ذلك معلوماً أو غير معلوم من قبل أطرافه³ . يبدو لنا من خلال التأمل في النص أعلاه، أنّ المشرع الفرنسي قد ركّز على فكرة مشروعية البنود العقدية، فضلاً عن أنّ الغرض أو الهدف من العقد أن يكون مشروعاً، وهو اهتمام من المشرع الفرنسي بمشروعية البنود

¹ Richard Stone ,The modern law of contract, tenth edition , Routledge ,London and Newyork, 2013,p.189.

² I bid,p.224.

³ « Art. 1162.-Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

التعاقدية التي ركز اهتمامه عليها، بعد ما استغنى عن فكرة السبب¹ والمحل، ومن ثم حذفها من القانون المدني حيث لم يشير التعديل الجديد إلى فكريتي المحل و السبب.

بينما نجد أنّ هناك من يرى خلاف ذلك، حيث يستشف من خلال النص المذكور أعلاه أنّ المشرع الفرنسي قد حافظ ضمناً على مفهوم السبب وضرورته بقيام العقد، بالرغم من الإلغاء الصريح له². و يؤكد البعض الآخر³ هذا الرأي، حيث يشير إلى أنّ المرسوم التشريعي الفرنسي الخاص بتعديل القانون المدني، وإن كان قد ألغى الإشارة إلى ركن السبب في العقد فقد احتفظ بكل خصائصه التي أسندها إليه القضاء. في الواقع لا نتفق مع الاتجاه المذكور أعلاه، الذي يرى بأنّ فكرة السبب لا تزال ضمناً موجودة بالقانون المدني الفرنسي، و ذلك لأنّ المشرع الفرنسي يتكلم عن مشروعية البند التعاقدية والهدف من العقد وليس الكلام في معرض السبب الدافع إلى التعاقد، والذي هو مسألة ذاتية شخصية تكمن في نية الشخص وإرادته الباطنة، بينما المشروعية التي تحدث عنها المشرع الفرنسي، هي تلك التي تتعلق بالبند التعاقدية التي يتفق عليها الطرفان وهي التي تكون من خلال مشروعية البند التعاقدية والغرض من العقد، إذ هي مسألة موضوعية تتعلق بالأثر الذي ينتج عن العقد، وليس مسألة ذاتية شخصية تتعلق بالدافع إلى إبرام العقد.

ولكن يبقى السؤال الأهم ما هو مضمون العقد في النظام القانوني المدني الفرنسي أو بعبارة أخرى، هل مضمون العقد في النظام القانوني المدني الفرنسي (le contenu du contrat) هو ذاته مضمون العقد في النظام القانوني الانكليزي (contain of contract) ؟

يبدو لنا من خلال التأمل بنص المادة (1162) سالفه الذكر أنّ المشرع الفرنسي قد حدد المضمون العقدي بالبند (stipulations)⁴، والهدف أو الغرض (but)⁵ من العقد الذي اشترط المشرع الفرنسي في هذه المادة أن لا يكون مخالفا للنظام العام .

¹ يرى البعض أنّ الخلاف حول نظرية السبب عاد الى الساحة الفقهية من جديد مع المشاريع التي طرحت لتعديل القانون المدني الفرنسي، فمشروع كاتالا أكد على بقاء المفهوم التقليدي للسبب، أما مشروع وزارة العدل الفرنسية في صيغة عام 2008 فكان مع الاستعاضة عن فكرة السبب بفكرة أخرى هي فكرة الفائدة (المصلحة) من العقد (l'interet au contrat) وقد حسم المشرع الفرنسي بموجب المرسوم التشريعي n° 2016-131 du 10 février 2016 هذا الجدل بتخليه عن فكرة السبب. راجع بصدد ذلك د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الاول، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2017، ص 320.

² رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي، قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات، مقال منشور على الانترنت في الموقع، <http://www.alkanounia.com>

³ د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 346.

⁴ استيعاد، شرط، اشتراط، مشاركة . انظر المعجم العملي للمصطلحات القانونية و التجارية و المالية، تاليف يوسف شلالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص 1214.

⁵ هدف، غرض، قصد، المرجع السابق، ص 139.

يرى البعض¹ أنّ مضمون العقد في النظام القانوني الفرنسي يتحدد بالالتزامات الملزمة للطرفين، والتي هي نتيجة مترتبة على الحرية التعاقدية للطرفين، حيث أنّ الاطراف أحرار في تحديد مضمون العقد في نطاق هذه الحرية التعاقدية .

بينما نجد أنّ البعض الآخر² يحاول أن يعطي مضمون العقد بعداً أخلاقياً، من خلال إظهار القيم الأخلاقية التعاقدية بين الأفراد و تأثير القاعدة الأخلاقية على القاعدة القانونية و تصور هذه العلاقة و انعكاسها على مضمون العقد.

و لا نتفق مع هذا الرأي، حيث أنّ المضمون يمثل مصالح كلا الطرفين التي اتفقا على صياغتها بشكل بنود عقدية تمثل مضمون عقدهما، و إن كانت المذكرة الايضاحية للتعديل التشريعي الفرنسي بصددها تعليقيها على المادة (1162) تؤكد على ضرورة عدم مخالفة بنود العقد للنظام العام، من حيث مشروعية هدفه و موضوعه، و العقد لا يكون باطلا ما دام مشروعاً، و يكون العقد باطلاً إذا كان هدفه غير مشروع حتى لو كان الطرف الآخر يعلم بعدم هذه المشروعية³، لأنّه باعتقادنا أنّ فكرة المشروعية التي يتم تحديدها من خلال فكرة النظام العام، لا تعتبر فكرة أخلاقية إنّما هي فكرة قانونية بحتة، حيث أنّها من الأفكار القانونية التي يتم الوصول إليها بواسطة عوامل عدة، أما اعتبار مضمون العقد يمثل بعداً أخلاقياً فهذا أمر قد يجانب الصواب، و من ثم ربط فكرة مشروعية العقد بالأخلاق، و من ثم سوف نخرج من دائرة القانون و ندخل في نطاق الأخلاق، و لقد سبق و منذ زمن طويل بوضع حد فاصل ما بين القانون و الأخلاق.

فضلا عن أنّ مضمون العقد يتحدد بما اتفق العاقدان على تلك البنود، نتيجة نقاش و مفاوضات إذا كانا غير مخالفين النصوص الآمرة أو اعتبارات النظام العام⁴.

ويبدو أنّ المشرع الفرنسي في التعديل الأخير للقانون المدني قد تأثر في فكرة مضمون العقد في النظام القانوني الانكليزي تأثراً كبيراً⁵.

¹ Clément François ATER à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IEJ Jean Domat, PRÉSENTATION DES ARTICLES 1162 À 1171 DE LA NOUVELLE SOUS-SECTION 3 « LE CONTENU DU CONTRAT»,

<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu-contrat/>

² انظر محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد 22، العدد4، لسنة2014، ص 776.

³ Reforme du droit des obligastion ,un supplement au code civil,2016,a jour de l'ordonnance n.2016-131 du 10 fevrier 2016,Dalloz,2016,p.13.

⁴ انظر د.محمود جمال الدين زكي، عقد العمل، مطابع الهيئة المصرية العامة، للكتاب، 1982، الطبعة الثانية، ص 694، فقرة 185.

⁵ هذا فضلا عن أنّ مبادئ القانون الأوربي للعقود و قانون أكاديمية أخصائيي القانون الخاص الأوربيين لم تتصدى إلا لمضمون العقد و هجرت فكريتي المحل و السبب. انظر بصدده ذلك جيروم هوية، ريمي كابريك، تعليق على صحة العقد- محل الالتزام

ويبدو ذلك بوضوح من خلال تأكيد المشرع الفرنسي على أنّ مشروعية العقد تكون من خلال بنوده وغرضه، وليس من خلال المحل أو السبب كما كان الأمر قبل تعديل القانون المدني الفرنسي، بعد أن تخلى المشرع الفرنسي بصورة واضحة عن فكرتي المحل والسبب تخليا واضحا من خلال إلغاء النصوص الخاصة بهما .

حيث اعتبر المشرع الفرنسي بموجب المادة 1128 المضمون المشروع *licite* و المؤكد *certain* شرط أساسي لصحة العقد¹.

فقد تناول المشرع الفرنسي هذه الفكرة الجديدة (مضمون العقد) و خصص لها عشر مواد من قانونه المدني من المادة 1162 الى المادة 1171، وقد خصص المبحث الفرعي الثالث من المبحث الثاني (الخاص بصحة العقد) من الفصل الثاني المتعلق بتكوين العقد من الباب الفرعي الاول (العقد) من الباب الثالث (مصادر الالتزامات) لتناول هذه الفكرة البديلة .

و يستنتج البعض² من خلال التقرير المتعلق بمرسوم تعديل القانون المدني، و الذي يعتبره بمثابة المذكرة الإيضاحية لتعديل القانون المدني الفرنسي، بشأن إلغاء فكرة السبب على وجه التحديد، و كذلك فكرة المحل وذلك نتيجة لصعوبة وضع تعريف محدد لمفهوم السبب يتضمن أبعاده المختلفة، و مواجهة الانتقادات التي طرحها جانب من الفقه فضلا عن الصعوبات التي تواجهها فكرة السبب من الناحية العملية، و التي رأت في هذه الفكرة عاملا من عوامل عدم استقرار المعاملات، لذلك فقد تم الانحياز للرأي الذي يناهز فكرة السبب و الاستعاضة عنها بأحكام أكثر تحديدا، تتيح للقاضي الوصول إلى ذات الأهداف التي أمكن التوصل إليها من خلال مفهوم السبب، مع تقادي المنازعات الكثيرة و الخلافات التي أدت إليها فكرة السبب.

و إذا كان المشرع الفرنسي قد تخلى عن مفهوم السبب لغموض فكرته، إذ أنّها مسألة نفسية ذاتية يصعب تحديدها، فإنّه باستعاضته بفكرة مضمون العقد و التي هي مسألة موضوعية مادية بحتة، يتم تحديدها بالرجوع إلى مضمون البنود التي اتفق عليها طرفا العقد.

منشور في بيار كاتلا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات و التقادم في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2009، ص 53. و كذلك لم يأخذ القانون المدني الألماني بفكرة السبب حيث جاء في المادة 138 الفقرة 1 (يكون باطلا كل تصرف قانوني يخل بالاداب) راجع في تفصيل ذلك د.محمد يحيى عبدالرحمن المحاسنة، مفهوم المحل و السبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1986، ص 73.

¹ « Art. 1128.-Sont nécessaires à la validité d'un contrat : « 1° Le consentement des parties ; « 2° Leur capacité de contracter ; « 3° Un contenu **licite et certain**.

² د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 346.

و لهذا يرى البعض¹ أنه مادامت الإرادة هي التي تحدد مضمون العنصر النفسي في العقد، فإنه يجب أن يتساوى السبب و المحل و يعاملان معاملة واحدة، و على ذلك فإنه يجب إفاء هذين العنصرين في مضمون الإرادة، فلا يوجد في العقد سوى العناصر الإرادية أي تلك العناصر التي تحددها الإرادة ذاتها، و أنّ الإرادة هي التي تحدد في هذا المضمون غرضها و عندئذ يجب احترام ما وضعته².

عليه نجد أنّ المشرع الفرنسي قد سار على المنهج نفسه الذي سار عليه القضاء الانكليزي، حيث تجنب الخوض بتعريف فكرة المضمون و اهتم بدلا من التعريف بمحتوى هذا المضمون، حيث ركز القضاء الانكليزي اهتمامه على تحديد عناصر مضمون العقد، و التي هي فيما بعد تكون هذا المضمون، و حسناً فعل المشرع الفرنسي باقتفاء أثر القضاء الانكليزي بعدم الخوض بالتعريف، و ترك ذلك للفقه و الاهتمام بإيجاد الحلول للمسائل العملية.

المطلب الثاني: أنواع البنود التعاقدية Classification of terms

إنّ البنود التعاقدية إذا كانت تمثل مضمون العقد، وتعتبر جزء لا يتجزأ من هذا العقد، لذلك يكون من الضروري تنفيذ هذا العقد وفق البنود الواردة فيه، وحسم النزاعات والمشاكل التي قد تحدث مستقبلا وفقا للغرض و البنود التي اتفق عليها طرفا هذا العقد، وعليه تقسم هذه البنود التعاقدية إلى أصناف أربعة هي: الشروط condition و الضمانات warranty و اتفاقات الإعفاء وتحديد المسؤولية exclusion clauses وبنود تسوية المنازعات intermediate terms ، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الشروط والضمانات والفرع الثاني سوف نتناول فيه اتفاقات المسؤولية وبنود تسوية المنازعات.

الفرع الأول: الشروط والضمانات

يفرق النظام القانوني الانكليزي بين ما يطلق عليه الشرط condition وبين ما يطلق عليه الضمان warranty، وعليه سوف نتناول أولا الشروط ثم بعد ذلك نتناول الضمانات في ثانيا، و ثالثا نتناول مشكلة التمييز بين الشرط و الضمان.

¹ د. جليل حسن الساعدي، العنصر النفسي في العقد - دراسة في القانونيين العراقي و الانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، بغداد، المجلد 27، العدد 2، سنة 2012، ص 71.

² المرجع السابق، الصفحة نفسها.

أولاً : الشروط Condition

يعرف البعض الشرط بأنه بند أساسي في العقد¹، بينما نجد البعض الآخر² يتوسع في تعريف هذا البند، حيث يعتبر أنّ الشرط هو بند عقدي (شفهي او تحريري) يتعلق مباشرة بأصل العقد أو أنّه ما يكون جوهرياً بالنسبة لطبيعته، إذ يمنح الإخلال به للطرف حسن النية حق نقض العقد، ولا يكون ملزماً بالقيام بأي شيء بموجب ذلك العقد.

بهذا الصدد في إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الانكليزي³ QB. Bettini V. Gye (1876) التي تتلخص وقائعها بأنّ المدعي دخل في عقد خدمة مع المدعى عليه للغناء في مدينة لندن بتاريخ محدد، المدعى عليه لاحقاً نقض العقد لأنّ المدعي قد أصابه المرض وقد وصل متأخراً بأربعة أيام عن البروفة التمهيدية للحفل. قررت المحكمة بأن تأخر وصول المدعي لايشكل إخلالاً بالشروط التعاقدية، لأنّه كان لا يزال هناك وقت طويل في العقد لتنفيذ الالتزامات ولايحتاج إلى بروفة تمهيدية .

وبهذا الصدد يعرف القاضي بلاك بورن black burn⁴ الشرط بأنه جذر المسألة root matter التي يتوقف عليها العجز عن تنفيذ الالتزام، وأنّه سوف يمنح ضمان أفضل لتنفيذ العقد بصورة صحيحة .
بعبارة أخرى إنّ الشرط مسألة مهمة، وذلك لأنّه يتوقف عليه تحديد ما للطرف المتعاقد من حقوق وما عليه من واجبات، و في حال عدم تنفيذ هذا الشرط من الطرف الذي وضعه سوف نكون أمام مشكلة تتمثل باختلال التوازن العقدي، و لا يعرف أي من الطرفين ما هو الالتزام الذي يقع على عاتقه .

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء الانكليزي⁵ QB. Poussard v. Spiers and pond 1876 والتي تتلخص وقائعها بأنّ زوجة المدعي كانت قد تعاقدت مع المدعى عليه Spiers and pond للغناء في حفلة أوبرا بتاريخ محدد، وقد مرض المدعى عليه قبل ليلة الافتتاح وأنّها يجب أن تمضي أسبوعاً في الفراش حتى تستطيع الغناء بعد ذلك .

قاضت زوجة المدعي المدعى عليه، والمحكمة قرّرت بأنّ المرض كان ذو طبيعة غير مؤكدة، وأنّ الخيارات كانت متاحة للمدعى عليه، حيث يمكن أن يؤجل حفلة الأوبرا ولكن سوف يصاب بخسارة مالية، أو يمكن أن يسند الدور إلى مغني أوبرا آخر، وهذا الأخير هو الذي حدث، حيث تم إسناد المهمة إلى مغني آخر وعليه لايعتبر المدعي مخلاً بالتزامه.

¹ Geoff Monahan, op.cit , p. 51

² انظر استاذنا د. مجيد حميد العنبيكي ، مبادئ العقد في القانون الانكليزي بغداد ، 2001 ، ص 115 .

³ مشار إليها في Geoff Monahan ,op,cit , p. 51

⁴ مشار اليه في I bid ,the same page

⁵ مشار اليها في I bid ,p. 51

أما بالنسبة للموقف في القانون المدني الفرنسي، فنجد أنّ المادة (1163)¹ قد اعتبرت الالتزام بأنة الأداء prestation الذي يجب أن يكون موجودا، أو يمكن أن يوجد في المستقبل فضلا عن الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر، تؤكد على أنّ الأداء يجب أن يكون محددًا أو قابلا للتحديد إذا أمكن استنتاج ذلك من العقد، أو من خلال العودة إلى العادات و المعاملات السابقة بين طرفي العقد، دون حاجة إلى اتفاق جديد. و يمكن القول بصدد ذلك أنّ هذه الالتزامات أو الأداءات العقدية ما هي إلا شروط العقد التي يتفق عليها الطرفان.

كما أنّ المادة (1163) أخذت على عاتقها مشكلة تحديد الثمن، و قد أجازت المادة 1164 الخاصة بعقد الإطار إمكانية تحديد الثمن بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بشرط تبريره للقيمة المقدمة من قبله في حال الاختلاف في ذلك².

و يرى البعض³ إذا كان الأصل أنّ شروط العقد يتم تحديدها باتفاق الطرفين، فإنّ النص المذكور أعلاه في القانون المدني الفرنسي يتضمن استثناء من ذلك، و يجيز تحديد الثمن بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، و ذلك في عقود التطبيق أو عقود التنفيذ التي تلي عقد الإطار مقابل التزام المتعاقد واطع الثمن بتقديم تبرير لذلك الثمن في حال حصول نزاع في ذلك.

و يمكننا بهذا الصدد تعريف الشروط بأنّها (أحد البنود العقدية التي تحدد مضمون العقد و التي تمثل الأداء الرئيسي فيه، و التي تعتبر الالتزام الجوهري الذي يلتزم به أطراف العقد في الحاضر أو المستقبل).

ثانيا : الضمانات warranties

يعرّف البعض⁴ الضمانات بأنّها بنود غير أساسية في العقد، و يعرفها البعض الآخر⁵ بأنّها بند قانوني في العقد بالنسبة للغرض الأساسي فيه، لذلك فإنّه لا يكون له أثر على انقضاء العقد، حيث أنّ الاخلال به لا يخول الطرف حسن النية لاعتبار العقد منقضيا، وإنّما يخوله فقط حق إقامة دعوى التعويض⁶.

¹ « Art. 1163.-L'obligation a pour objet une **prestation** présente ou future.

« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

² « Art. 1164.-Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

³ د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 348.

⁴ Geoff Monahan, op.cit, p.52

⁵ انظر استاذنا د. مجيد حميد العنكي، المرجع السابق، ص 115.

⁶ Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright, Anson's law of contract ,29th Edition, Oxford, 2010,p.143.

عليه فإن أثر هذا البند العقدي في حال الإخلال به أقل أهمية، فهو يمنح فقط المقرر لمصلحته طلب التعويض عن الأضرار دون حق طلب فسخ العقد، وأن مسألة تحديد أهمية هذا البند تعتبر مسألة ذات طبيعة ذاتية، وتعتمد أيضا على اللغة المستخدمة بواسطة الطرفين في العقد، ففي إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الأنكليزي في قضية¹ Associated newspapers ltd. v .bancks,1951,HC.

والتي تتلخص وقائعها بأن المدعى عليه Bancks، والذي يعمل مصمم رسوم كارتونية قد دخل في علاقة تعاقدية لرسم اعلان مع المدعي Associated newspapers، وأن العقد كان يتضمن تعهد المدعي بنشر إعلان في الصفحة الأولى من جريدة السن دي Sunday لثلاث أعداد متعاقبة، فنشر الإعلان في الأعداد الثلاثة المتعاقبة، ولكن في الصفحة الثانية من الجريدة، وتم إقامة الدعوى لأن الإعلان لم ينشر في الصفحة الأولى من الجريدة، وأن جوهر الموضوع في هذه القضية هو تحديد فيما إذا كان هذا البند شرطا أو ضمانا، وقد قررت المحكمة بصدد تحديد طبيعة هذا البند العقدي بأنه كان شرطا أكثر مما هو ضمان، لأنه كان أساسيا في العقد وأن الطرف الآخر ما كان ليدخل العلاقة التعاقدية بدونه .

بينما نجد أن الموقف مختلف في القانون الفرنسي، حيث أن المشرع قد تدخل لمعالجة حالة عدم الاتفاق على تحديد جودة الأداء التي يلتزم بها المتعاقد الآخر، حيث نصت المادة 1166 و التي تمثل حكما جديدا في القانون الفرنسي في حال أغفل المتعاقدان درجة جودة الأداء la qualité de la prestation و عدم وجود مؤشرات تحدد درجة الجودة المطلوبة، حيث يجب على المدين استنادا للنص المذكور أعلاه أن يكون أدائه منسجما مع توقعات الدائن المشروعة أو النتيجة التي يتوقعها من العقد مع مراعاة طبيعة الالتزام و الأعراف المتبعة و الالتزام المقابل².

قدم المشرع الفرنسي بهذا النص ضمانا للمتعاقدين في حال عدم تحديد الجودة في الأداء المطلوب من الطرف الآخر، أن يتم تحديد هذا الأداء بالرجوع إلى العقد و البحث عن مؤشر فيه يحدد الدرجة المطلوبة، و إن لم يوجد فإنه يتم التحديد وفق مؤشرات حددتها المادة سالفة الذكر، عليه جعل المشرع الفرنسي من درجة الجودة في العقد بندا ثانويا حيث لم يجعل الأثر المترتب على عدم تحديد هذه الجودة بطلان العقد.

¹ p.53 Geoff Monahan,op.cit,

² « Art. 1166.-Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie.

ثالثا : مشكلة التمييز بين الشرط والضمان

إذا كان الشرط بندا أساسيا في العقد والضمان بند ثانوي فيه، فضلا عن الأثر المختلف على كل منها، حيث أنّ الأول هو فسخ العقد والأثر الثاني ينشئ الحق بطلب التعويض . فإنّ هناك صعوبة شديدة تواجه المحاكم عند تقريرها لما يعتبر شرطا أو ضمانا من بنود العقد. أقرّ السير انسن¹ Anson معايير عدة للتمييز بين ما هو شرط وما هو ضمان من بنود العقد و تناولها على النحو الآتي :

- 1- يجب أن تأخذ المحكمة بعين الاعتبار الوقت الذي ينقضي بين اقتراح البند وبين إعلان الاتفاق النهائي .
- 2- يجب أن تأخذ المحكمة بنظر الاعتبار أهمية البند في نظر طرفي العقد.
- 3- إذا لم يذكر البند في العقد المكتوب فقد يعتبر على أنه ضمان.
- 4- ملاحظة هل أنّ الطرفان المتعاقدان على مستوى واحد من الخبرة والدراية ذاتها في البنود المتفق عليها. بالرغم من قيام السير (انسن)² بوضع المعايير أعلاه، إلا أنّه يضيف قائلا أنّ تلك المعايير هي عوامل مساعدة للوصول إلى المعيار الأساسي، وهي النية الحقيقية للطرفين، ويمكن الوصول أيضا إلى هذه النية، من خلال ظروف التعاقد وطبيعته العقد في تقرير ما يعتبر شرطا أو ضمانا من بنود العقد .

الفرع الثاني: اتفاقات المسؤولية وتسوية المنازعات

إنّ المبدأ الأساس الذي يحكم العلاقات التعاقدية هو العقد شريعة المتعاقدين، أو أنّ الأطراف أحرار في وضع بنود عقدهما شفاهة أو كتابة وفق طبيعة العقد و ظروفه وحريرتهم في التفاوض حول تلك البنود. وقد فرضت ظروف تطور العلاقات التعاقدية وجود بنود تعفي الطرف الآخر أو تحدد من مسؤوليته فضلا عن اتفاق الأطراف التعاقدية على طرق تسوية المنازعات العقدية التي قد تنشأ. عليه سوف نتناول بهذا الفرع أولا الإعفاء أو تحديد المسؤولية، ونتناول ثانيا وسائل تسوية المنازعات العقدية.

¹ Anson , law of contract ,24ed ,A .G .Guest ,London ,p.126-125

مشار إليه في استاذنا د.مجيد حميد العنبيكي، المرجع السابق، ص 115.

² Anson, op.cit.

مشار إليه في، المرجع السابق , ص 116 .

أولاً: الإعفاء أو تحديد المسؤولية Exclusion clauses

بند الإعفاء أو تحديد المسؤولية هو عبارة عن شرط يستثنى أو يقيد من مسؤولية الطرف التعاقدى المخطئ، وأن هذا البند مقرر لمصلحة أحد الأطراف دون الطرف الآخر¹.

ويرى البعض² أنّ ضرورات الحياة العملية قد أدت إلى ظهور نوع من العقود في النظام القانوني الانكليزي، يطلق عليه عقود الأشكال النمطية standard form contract أو عقود الإذعان contract of adhesion كما تسمى في النظام القانوني الفرنسي.

حيث أنّ تلك العقود تكون على شكل مطبوع، وبالرغم من استعمالها يكون من قبل عدد كبير من الناس ولفترات زمنية طويلة، كما هو الحال في تجهيز الغاز والكهرباء والماء أو في تذاكر السفر بالقطار أو وثائق التأمين، إلا أنّها تتضمن فقرات تعفي مصدرها من مسؤوليته عن الإخلال بالعقد أو من مسؤوليته عن الخطأ خلال مرحلة تنفيذ العقد³.

يكون للطرف المستفيد من تلك الخدمات ولو بصورة نظرية الحق في الدخول في مفاوضات عقدية مع الطرف المجهز لتلك الخدمات، إلا أنّ الواقع العملي يثبت بأنّ الطرف المستفيد لا يدخل في مثل هذه المفاوضات، وإنّما يكون دوره القبول فقط بالبنود التي يضعها المجهز، أي ينظم إليها دون مناقشة ويذعن لها، لذلك يذهب البعض إلى وصف هذه العلاقة على أنّها علاقة قانونية وليست عقدية⁴.

و بصفة عامة في النظام القانوني الانكليزي هناك أنواع ثلاثة من بنود الإعفاء و تحديد المسؤولية⁵:

أ- الاعفاء التام من المسؤولية . و يتحقق ذلك عندما يوجد بند فيه مصلحة مقررة لطرف دون الطرف الاخر، و يعفيه تماما من المسؤولية.

ب- تقييد المسؤولية عن مبلغ نقدي محدد.

ت- تقييد ممارسة الحقوق التعاقدية خلال فترة زمنية محددة، و بخلافه يسقط هذا الحق.

ومع ذلك يرى البعض⁶ أنّ المحاكم الانكليزية مجبرة على تطبيق المبادئ العامة للعقد على تلك الحالات، والتي بدورها لا تحقق العدالة بسبب غياب الحرية التعاقدية من جانب المستفيد وقدرة المجهز على إعفاء نفسه من بعض المسؤوليات المقررة عليه، ومن ثم تجريد المستفيد من حقه في التعويض

¹ Geoff Monahon , op.cit., p54.

² انظر استاذنا د.مجدد حميد العنبيكي، المرجع السابق، ص 123 .

³ المرجع السابق، ص 123.

⁴ ANSON ,op.cit ,P.151

مشار إليه في المرجع السابق ، الصفحة نفسها.

⁵ Geoff Monahon ,op.,cit,p.54.

⁶ المرجع السابق، ص 124.

لذلك قامت المحاكم الأنكليزية بالتخفيف من آثار فقرات الإعفاء من المسؤولية على الطرف الضعيف من خلال صياغة بعض القواعد لحمايته، والتي بحسب رأي البعض يمكن التحايل عليها من قبل المتعاقدين ذوي الخبرة¹.

وتقسم تلك القواعد على النحو الآتي :

1- يجب على الموجب أن يقوم بكل ما هو ضروري وكافي بصورة معقولة لجلب انتباه الموجب إليه وإشعاره بوجود فقرة الإعفاء من المسؤولية .

تقوم المحكمة بالتحقق من اتخاذ الطرف الآخر الوسائل الضرورية و هي مسألة وقائع، وبهذا الصدد في إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الأنكليزي : PARKER V. SOUTH EASTERN RAILWAY CO. ²1877/2C.P.D.416.

والتي تتلخص وقائعها وضع المدعي PARKER حقيبة في خزانة محطة سكة حديد المدعى عليه واستلم تذكرة كتب على وجهها عبارة (انظر في الخلف)، وكان في خلف التذكرة عبارة عن شروط من بينها فقرة تحديد مسؤولية سكة الحديد بعشرة باوند عن أي طرد يوضع في الخزانة، وبسبب فقدان الحقيبة أقام المدعي على سكة الحديد الدعوى مطالباً بأربع وعشرين باوند قيمة الحقيبة، و قررت المحكمة على الرغم من أنّ المدعي لم يقرأ التذكرة إلا أنه ملزم بها، لأنّ المدعى عليه كان قد قام بما هو ضروري و كافي بصورة معقولة لجلب انتباه المدعي وإشعاره بوجود تلك الفقرة.

و يذهب البعض³ إلى أنّ الإشعار بوجود فقرة الإعفاء من المسؤولية يتحقق بحالتين هما:-

أ- الإشعار الفعلي actual notice : يحدث عندما يكون الطرف غير المستفيد يدرك وجود كل مضمون بند الإشعار.

ب- الإشعار الاستنتاجي (الاستدلالي) constructive notice : يتحقق عندما يقوم الطرف المستفيد بكل ما هو ضروري بشكل معقول لجلب انتباه الطرف الآخر بغض النظر عما إذا كان الإشعار الفعلي قد وقع أم لا.

2- يجب على الموجب أن يقوم بجلب انتباه الموجب إليه وإشعاره بفقرة الإعفاء من المسؤولية أما قبل أو خلال انعقاد العقد.

و قد جاء في إحدى القضايا التي عرضت على المحاكم الانكليزية

OLLEY V. MARLBOROUGH COURT LTD,1949,1K.B.532.⁴

¹ المرجع السابق، الصفحة نفسها.

² مشار إليها في المرجع السابق، الصفحة نفسها.

³ Geoff Monahon , op.cit,p.55.

⁴ مشار إليها في المرجع السابق ،ص125.

والتي تتلخص وقائعها بذهاب المدعية وزوجها إلى إحدى الفنادق للإقامة لمدة أسبوع، ودفعاً قيمة المأكل والمسكن مقدماً، وعند صعودهما إلى غرفتهما لاحظا لافتة معلقة على إحدى جدران الغرفة تقول (أن أصحاب الفندق لا يعدون أنفسهم مسؤولين عن الأشياء التي تفقد أو تسرق إلا إذا كانت قد سلمت إلى المديرين لإيداعها في مكان أمين) وبسبب إهمال موظفي الفندق تسلل لص إلى غرفة المدعية وزوجها أثناء غيابهما وسرق قسماً من ممتلكاتهما (فرو الزوجة) وعليه قررت محكمة الاستئناف بأن اللافتة المعلقة بالغرفة لا تعد جزءاً من العقد لأن العقد قد تم قبل أن يصعد الزوجان إلى غرفتهما عليه يكون المدعى عليه مسؤولاً عن الفقدان .

3- فقرة الإعفاء من المسؤولية المطبوعة على وصل بعد انعقاد العقد لا تعتبر صحيحة لأنها لا تمثل وسيلة تعاقدية.

وفي إحدى القضايا التي عرضت على المحاكم الانكليزية *CHAPELTON V. BARRY* ¹ U.DC,1940,ALLE.R.356 والتي تتلخص وقائعها بأن المدعي رغب في أن يستأجر مقعداً طويلاً للاستجمام على الشاطئ التابع لمجلس البلدية ودفع أجرة الكرسي للحارس (2بنس لكل ثلاث ساعات)، وحصل على تذكرة واحتفظ بها دون أن يقرأها ولما جلس المدعي على الكرسي انكسر وأصيب بأذى أقام المدعي دعوى على مجلس البلدية الذي احتج بعدم المسؤولية بسبب الفقرة المطبوعة في التذكرة، والتي تعفي المجلس من المسؤولية عن أي حادثة أو ضرر ناشئ عن استعمال الكرسي، وحكم في محكمة الاستئناف بمسؤولية المدعى عليه لأن التذكرة لا تعدّ من وثائق العقد، حيث أنّ الرجل العادي يعتبرها مجرد إيصال باستلام مبلغ من المال، لأنّ الإعلان الموجود على الشاطئ والذي قبله المدعي لم يتضمن أي فقرة تعفي المجلس من المسؤولية .

4- لا يمكن التمسك بفقرة إعفاء غير محددة النطاق.

و في قضية أخرى عرضت على المحاكم الانكليزية²

CURTIS V.CHEMICAL CLEANING AND DYEING CO, 1951.K.B.805 والتي تتلخص وقائعها أنّ المدعية أخذت ثوب زفافها إلى المدعى عليه لتنظيفه، وطلب موظف المدعى عليه من المدعية أن توقع على وصل يتضمن فقرة إعفاء المدعى عليه من كل مسؤولية عن الضرر الذي يصيب الملابس، ولما سألت المدعية موظف المدعى عليه بسبب توقيعها على وصل، أجابها بأنّ المدعى عليه لا يقبل المسؤولية عن بعض الأضرار المحددة من ضمنها الضرر الذي يصيب الخرز والقطع المعدنية المنشورة على البدلة، وعند استلام المدعية لبدلتها بعد تنظيفها وجدتها ملوثة بالبقع، عليه قررت محكمة الاستئناف بأنّ المدعية قد اقتيدت للاعتقاد بأنّ فقرة الإعفاء تتعلق بالخرز والقطع المعدنية، لذلك لا يمكن للمدعى عليه اعتماد فقرة الإعفاء فيما يتعلق بالأضرار الراجعة إلى تلوث البدلة بالبقع .

¹ مشار إليها في المرجع السابق، الصفحة نفسها .

² مشار إليها في المرجع السابق، ص126

5- عندما يتم التوقيع على البنود فإنها تكون ملزمة للطرفين كقاعدة عامة. القاعدة العامة في النظام القانوني الانكليزي بأنه بعد انتهاء فترة المفاوضات العقدية ينشأ اتفاق ملزم

لطرفي العقد، و يجب تنفيذه¹، و قد عرضت على المحاكم الانكليزية قضية² ESTRONG V.F.GRAUCOB,LTD 1934 ,2K.B.394. التي تتلخص وقائعها بأن المدعية وهي مالكة مقهى كانت قد اشترت ماكينة أوتوماتيكية لبيع السكاثر من المدعى عليه، وكان الاتفاق يقضي بأن يتم دفع الثمن بالتقسيط إضافة الى تضمينه فقرة تعفي المدعى عليه البائع من المسؤولية عن الإخلال بأي شرط، قضت المحكمة بأن العقد قد تم وأن فقرة الإعفاء من المسؤولية قد استنتت البائع من المسؤولية بصورة مطلقة.

6- فقرات الإعفاء أو الحد من المسؤولية الواردة في التشريع :

لا يمكن التمسك بفقرات الإعفاء أو تحديد المسؤولية من قبل البائع إذا كانت مخالفة للنصوص التشريعية، و يسوق البعض مثالا لذلك في النظام القانوني الانكليزي المواد 12-15 من تشريع بيع البضائع sale of goods act لسنة 1979، حيث يرى بأنه وجود فقرة تعفي البائع من المسؤولية عن العيوب الخفية، فإن ذلك لايشمل شرط صلاحية المبيع للغرض الذي أعد من أجله، فضلا عن أن الشرط الصريح يسود على فقرة الإعفاء من الضمان أو شرط ضمني إضافة إلى أن الإعفاء من الإخلال بالضمان لايعني الإعفاء من الإخلال بالشرط³.

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد ابتعد عن إيراد أمثلة او تطبيقات و جاء بنظرية عامة تتعلق بالتوازن العقدي حيث اعتبر في المادة (1168) من المرسوم التشريعي رقم 131-2016 أن عدم التوازن في الأداءات le défaut d'équivalence des prestations في العقود الملزمة للجانبين لا يؤدي إلى بطلان العقد، ما عدا الحالات التي يقرر القانون بها بطلان العقد⁴.

و بالرغم من وجود هذا النص، فإن البعض⁵ يرى أن النصوص اللاحقة التي تلت المادة المذكورة هي كفيلا بتحقيق العدالة التعاقدية باعتبارها هدفا من أهداف تعديل قانون العقود.

و يضرب لذلك مثلا المادة (1169)⁶ الخاصة بعقود المعاوضة التي تسمح بإبطال العقد إذا كان أحد المتعاقدين قد التزم دون مقابل، أو كان المقابل تافها إلى حد اعتباره غير موجود⁷.

¹ Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright,op.cit ,p.133.

² مشار إليها في المرجع السابق ، ص 127

³ Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright,Ibid,p.159-164.

⁴ « Art. 1168.-Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.

⁵ انظر د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 349.

⁶ « Art. 1169.-Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.

⁷ المرجع السابق، الصفحة نفسها.

و نعتقد أنّ هذا الموقف من المشرع الفرنسي تكريس لفكرة مقابل العقد¹ في النظام القانوني الانكليزي consideration، التي تعتبر العقد باطلا إذا كان المقابل تافها أو كان وهميا وهذا يشير إلى مدى تأثر المشرع الفرنسي بالنظام القانوني الانكليزي.

كما أنّ المشرع الفرنسي في المادة (1170) جعل أي بند في العقد يعيق تنفيذ الالتزام الجوهري منه و يفرغه من محتواه يعتبر كأن لم يكن (غير مكتوب) réputée non écrite باعتبار أنّ المدين قد تخلى بهذا الشرط عن التزامه الأساسي².

و يرى البعض³ بصدد تعليقه على نص هذه المادة(1170) سألقة الذكر، أنّها جاءت تكريسا لحكم محكمة النقض الفرنسية المعروف بحكم Chronopost⁴، إذ تعتبر القضية المذكورة من القضايا المشهورة التي تتعلق باعتبار بند يحدّ من المسؤولية مدرج في عقد نموذجي للنقل السريع، حيث تم اعتباره غير مكتوب، لأنّه يتناقض مع التزام الناقل بمهلة التسليم المحددة في العقد، و التي تعتبر الالتزام الرئيسي الذي تعهّد به الناقل.

و يؤكّد المشرع الفرنسي المبدأ السابق في المادة (1171) الخاصة في عقود الإذعان، حيث اعتبر كل شرط يولد عدم التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد كأنّه غير موجود في العقد⁵، و هذا النص و إن كان يحمل المعنى نفسه الوارد في المادة (1169) إلا أنّ المشرع الفرنسي أكدّ على خصوصية هذا الموقف، حيث

¹ انظر د. عبدالمجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنكلوأمريكي، الطبعة الأولى، بغداد، 1991، ص 163 و ما بعدها. يطلق البعض الآخر على فكرة مقابل العقد في النظام القانوني الانكليزي تسمية (العوض المتقوم) راجع بصدد ذلك، د. محمد يحيى عبدالرحمن المحاسنة، المرجع السابق، ص 76 - 77.

² « Art. 1170.-Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite

³ انظر د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 350.

⁴ تتلخص وقائع هذه القضية (إحدى الشركات Bancherau الراغبة في الاشتراك بإحدى المزايدات أرسلت بريدها بواسطة شركة النقل السريع Chronopost لكن هذا البريد لم يصل في الوقت المحدد، مما أضع على الشركة الأولى فرصة المشاركة في المزايدة، أقامت هذه الشركة دعوى على شركة النقل السريع للمطالبة بالتعويض). رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب مستندة إلى أنّ شركة Chronopost لم ترتكب أي خطأ، إضافة إلى أنّ العقد يتضمن شرطا متعلقا بتحديد مسؤولية شركة النقل و ينص على التزام الشركة ببذل الجهود الكافية لتوصيل بريد المتعاملين معها في الوقت المحدد، وأنة في حال حصول ضرر ل احد عملائها نتيجة عدم احترام المدة المحددة فان مسؤولية الشركة تقتصر على إعادة مقابل النقل. إلا أنّ محكمة النقض اعتبرت أنّ تخلف الشركة عن تنفيذ التزامها الأساسي، أي السرعة في توصيل البريد، يقتضي اعتبار شرط تحديد المسؤولية كان لم يكن.

Cass.com.22/10/1996,D. 1997 som.P.175 obs.Ph.DELEBECQUE,RTD.Civ.1997.p.148 obs.J.MESTRE.

مشار إلى هذه القضية في المرجع السابق، ص 327.

⁵ « Art. 1171.-Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

خصص لعدم التوازن العقدي في عقود الإذعان حكما خاصا و حسناً فعل لحماية الطرف الضعيف في هذا العقد.

و لكن يمكن القول بصفة عامة، أنّ المشرع الفرنسي قد جاء بأفكار جديدة بهذه النصوص فيما يتعلق بالتوازن العقدي، حيث جعل من التوازن العقدي لا يعتبر أساسا في العقد و لا يؤدي إلى بطلانه، و أنه يبدو أنّ مفهوم العدالة التعاقدية بنظر المشرع الفرنسي لا تنحصر على توازن الأداءات التي يلتزم بها طرفا العقد، إنّما جعل من تخلي المتعاقد عن تنفيذ التزاماته الرئيسية في العقد، هي الأساس الذي يعوّل عليه في مراقبة التوازن العقدي، و من ثم تحقيق مفهوم العدالة التعاقدية، و لذلك إذا كان الأصل العام في التشريع الفرنسي بأنّ عدم التوازن في الأداءات لا يخل بمفهوم العدالة التعاقدية، فإنّه قد أورد استثناءات على ذلك تجعل من المتعاقد الذي يعفي نفسه من بعض الالتزامات التعاقدية، قد أخل بهذا المفهوم و في أدناه ندرج هذه الاستثناءات و على النحو الآتي:

- أ- التزام أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة بدون مقابل، أو إذا كان المقابل تافهاً.
- ب- وجود بند يعيق تنفيذ الالتزام الجوهري في العقد، أو يفرغه من محتواه.
- ت- وجود شرط في عقد الإذعان يولد عدم التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد.

ثانيا: وسائل تسوية المنازعات العقدية

يتضمن العقد بالإضافة إلى الشروط والضمانات وفقرات الإعفاء أو تحديد المسؤولية، كذلك وسائل معينة يتفق عليها المتعاقدان لحل المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذ العقد، وتعتبر هذه الوسائل من ضمن بنود العقد . و يرى البعض¹ بأنّ هذا الوسائل تعتبر من البنود المعقدة في العقد COMPLEX TERMS، لأنّها لا تندرج تحت مفهوم الشروط أو الضمانات، و أنّها أحيانا تتشابه كثيرا مع الشروط والضمانات، وأنّ تمييزها عنها يعتمد على إثرها في معالجة اختلال توازن العقد .

و يعتبرها البعض الآخر من البنود غير المسماة في مضمون العقد in nominate terms، حيث أنّ المحاكم هي التي تقرر تحديد فيما إذا كان ذلك البند من الوسائل المستخدمة في تسوية المنازعات². و عليه فإنّ المبدأ المقرر في النظام القانوني الأنكليزي، سواء كان في قواعد (الكومن لو) common law أو قواعد العدالة equity، أنّ الحق في إنهاء العقد سوف يعتمد على مضمون هذا البند ومن له الحق بإنهاء الرابطة العقدية، فإذا كان اختلال التوازن العقدي جوهريا فإنّه يكون للطرف الضعيف حق إنهاء العقد³، أما إذا

¹ Geoff Monahon , op.cit, p53

² Richard Stone,op.cit ,p.208

³ Geoff Monahon,op.cit, the same page.

كان اختلال التوازن في العقد يرجع إلى نقص الأهلية¹ مثلا، فإن ذلك يعتمد على الطرف حسن النية الذي سيكون له حق المطالبة بالتعويض.

كما يرى البعض² بأن هناك ثلاث صور من الدعاوى التي يمكن إقامتها بهذا الصدد لمعالجة اختلال التوازن العقدي و على النحو الآتي:

1- دعوى التدليس The action of misrepresentation

2- دعوى الإخلال في العقود الجماعية The action for breach of a collateral contract

3- دعوى قائمة على الخطأ بسبب الإهمال لعدم التبصير The action for the tort of negligent misstatement

أما بالنسبة للموقف في التعديل التشريعي للقانون المدني الفرنسي، فإنه من حيث المبدأ العام يستطيع طرفا العقد الاتفاق على وضع بنود في العقد، تعتبر وسيلة من الوسائل التي يتوقع بها طرفا العقد لمعالجة المشاكل التي يمكن أن تحصل في المستقبل أثناء تنفيذ العقد.

و هذه الوسائل التي تعالج اختلال التوازن العقدي المتوقع في المستقبل من قبل طرفيه، تعتبر تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية الذي تبناه المشرع الفرنسي، و لكنه لم يطلق العنان لطرفي العقد في وضع ما يشاءون من هذه الوسائل، حيث أنه قيد طرفي العقد في تحديد مفهوم الاختلال العقدي الموجب للتدخل لغرض إعادة هذا التوازن العقدي، حيث وضع المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1171³ معيارين لتقدير اختلال التوازن العقدي و على النحو الآتي:-

أ- أن يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الاختلال الهدف الرئيسي من العقد. l'objet principe du contrat.

ب- ملاءمة السعر مع الأداء المطلوب تنفيذه من الطرف الآخر l'adéquation du prix à la prestation.

¹ بعض العقود التي يبرمها القاصر أو الصغير تعتبر صحيحة و نافذة في النظام القانوني الانكليزي إذا كانت تتعلق بالضروريات، لمصلحة القاصر، العقود التي تعود عليه بالنفع، العقود المتعلقة بالشراء لأجل الزواج. راجع بصدد ذلك علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنكلوأمريكي - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، العدد 1-2، المجلد الثالث، 2010، ص 353.

² Richard Stone, op.cit ,p.198.

³ « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

المبحث الثاني: تحقق وجود البند التعاقدى IDENTIFICATION OF TERM

إنّ وجود البنود التعاقدية بأصنافها السابقة التي تحدثنا عنها في المبحث الأول، و التي هي عبارة عن شروط و ضمانات و فقرات إعفاء و تحديد المسؤولية و وسائل تسوية المنازعات العقدية، قد تكون مذكورة في العقد بشكل صريح، ولكن ذكرها في العقد لا يعني أنّها قد تكون واضحة بالنسبة للأطراف المتعاقدين أو المحكمة التي تنتظر النزاع، مما يقتضي التوضيح، فضلا عن أنّ صعوبة إثبات وجود هذه البنود إذا كان العقد شفويا .
ومن جانب آخر إنّ البنود العقدية قد تكون ضمنية يمكن التوصل إليها من خلال الظروف المحيطة بالعقد .

ذعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول البنود الصريحة، والمطلب الثاني سوف نتناول فيه البنود الضمنية.

المطلب الأول: البنود الصريحة EXPRES TERMS

إذا كانت البنود التعاقدية مكتوبة في العقد فإنّ ذلك لا يثير مشكلة فيما يتعلق بوجود البند، ولكن يمكن أن تثار المشكلة إذا كان البند المكتوب غامضا، وتكون المشكلة أكثر تعقيدا في العقود الرضائية التي لا تكون بنودها مكتوبة، فيصعب إثبات وجود هذا البند التعاقدى، عليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول قواعد الإثبات الفوري في النظام القانوني الانكليزي، و نتناول في الثاني موقف المشرع الفرنسي من تحقق وجود البند التعاقدى.

الفرع الأول: قواعد الإثبات الفوري في النظام القانوني الانكليزي

يرى البعض¹ أنّ العقد إذا كان غير مكتوب (شفويا)، فإنّ إثبات مضمونه يعتبر مسألة وقائع تستنتجها المحكمة من الأدلة المقدمة من أطرافه، أما إذا كان العقد مكتوبا فتكون بنوده في الغالب واضحة ولا يحتاج مضمونه أي إثبات، ولكن في بعض الأحيان تثار مشكلة مدى تحقق وجود البند التعاقدى، إذا كان هناك ثمة غموض في مضمون العقد .

و قد يثار تساؤل آخر هو كيف للمحكمة أن تفسر إرادة المتعاقدين ؟ للإجابة على هذا السؤال يرى البعض² أنّ المبدأ العام في النظام القانوني الانكليزي، أنّ العقد إذا تمت كتابته واتفق عليه الطرفان، فيمتنع عليهما بعد ذلك إثارة أي دليل يغير أو يناقض بنود العقد، حيث أنّ الدليل الشفهي لا يمكن قبوله لإثبات بعض البنود الأخرى، حتى لو يتم الاتفاق عليها شفويا والتي لم تكتب بالعقد.

¹ فتحي عبد الرحيم عبدالله. المرجع السابق، ص280.

² استاذنا د.مجيد حميد العنكي، المرجع السابق، ص116.

و لكن إذا كان العقد المكتوب لا يمثل المضمون الواقعي الحقيقي للعقد، مثل كتابة العقد دون أن يذكر موعد للتنفيذ، فيمكن قبول الدليل الشفهي من قبل المحكمة لإثبات المضمون الحقيقي للعقد¹، حيث يمكن للمحكمة أن تعالج هذا النقص بالرجوع إلى قصد المتعاقدين أو سلوكهما أو طبيعة المعاملات المالية السابقة بينهما².

عليه إذا كان مضمون العقد مكتوباً، فالقاعدة العامة أنّ المحكمة ترفض إثباته بالدليل الشفوي، إذا كان ذلك من شأنه إضافة تعديل أو مناقضة الاتفاق المكتوب³.

ولكن القاعدة المذكورة أعلاه ترد عليها استثناءات عدة تتمثل بالآتي :

1- إنّ الشهادة يمكن أن تقبل لإثبات عرف أو عادة، ويكون إثبات ذلك من شأنه إضافة شرط أو شروط للاتفاق في فقرة سكت عنها الأطراف، ولذلك فإنّ الشهادة تكون للإضافة وليس لمخالفة اتفاق مكتوب⁴.

2- يمكن أن تقبل الشهادة لإثبات أنّ العقد غير نافذ بعد⁵، أو أنّه توقف عن النفاذ⁶، ويعتقد البعض أنّ هذا الحالة لا تعد استثناء حقيقياً ما دام مضمون العقد لم يتغير بالتعديل أو الإضافة⁷.

3- يمكن أن تقبل الشهادة كذلك لإثبات ذاتية محل العقد، ففي إحدى القضايا التي عرضت على المحاكم الانكليزية⁸ MACDONALD V. LONGBOTTOM 1859,1E./E.977.

والتي تتلخص وقائعها بأنّه في عقد نكر المدعى عليه بأنّه سوف يشتري (الصوف التابع لك) YOUR WOOL من المدعي وقد قبلت الشهادة واثبات أنّ عبارة YOUR WOOL تعني بالإضافة إلى الصوف المنتج من قبل المدعي، ولكن أيضاً الصوف المنتج في المزارع المجاورة .

4- يمكن للمحكمة أن تقبل الإثبات بالشهادة، إذا رأت أنّ الوثيقة المكتوبة لا تتضمن سوى جزء من الاتفاق⁹، يعتقد البعض أنّ العقد عندما يكون مكتوباً، فإنّ ذلك يعتبر قرينة على أنّ الكتابة يقصد بها أن تتضمن كل

¹ المرجع السابق الصفحة نفسها .

² د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 280 .

³ JACOBS V. BATAVIA AND GONERAL PLANTATIONS , TRUST. LTD. 1924

مشار إليها في المرجع السابق الصفحة نفسها .

⁴ HUMTREY V.DALE 1857 ,7E.B.266,AFFIRMED/1858,E.B.E.1004

مشار إليها في المرجع السابق ص 281.

⁵ قضية PYM V. GAMPBELL 1858,6E,B.370.

مشار إليها في المرجع السابق الصفحة نفسها .

⁶ قضية MORRIS V. BARON- CO. 1918 , A.C.I

مشار إليها في المرجع السابق الصفحة نفسها .

⁷ مشار إليها في المرجع السابق، الصفحة نفسها .

⁸ مشار إليها في المرجع السابق الصفحة 282.

⁹ QUICKMAID RENTAL SERVICE LTD .V.REECE1970,THE TIMES 21ST.APRAL 1970

شروط العقد، و لكن هذه القرينة قابلة للنقض بالدليل العكسي، فإذا لم يقصد بالعقد المكتوب أن يتضمن كل الشروط المتفق عليها بين الأطراف، فإنّ الشهادة تقبل في إثبات مضمون العقد¹.
ويؤكد أصحاب الرأي أعلاه بأنّ هذا الحل تستعمله المحاكم الانكليزية بشكل شائع²، و يمثل استثناء حقيقياً على القاعدة التي تقضي بعدم جواز إثبات مضمون العقد بالشهادة، إذا كان من شأنها إضافة أو تعديل أو مناقضة الاتفاق المكتوب³.

الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي من تحقق وجود البند التعاقدى

الموقف بالنسبة للقانون الفرنسي و النظام اللاتيني بصورة عامة، أنّ مضمون العقد يتحدد من خلال الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد متى كانت هذه العبارات واضحة، إلا أنّ هذه العبارات قد لا تكون واضحة، و بحسب رأي البعض فإذا اختلفت الأهداف و النوايا عما تضمنه التعبير من معنى، فيثار النزاع بصدد تحديد المقصود منه، فيتساءل هؤلاء حول المعول بحسب هذا النزاع، هل يؤخذ بمضمون العبارات العقدية على أساس استقرار المعاملات و صعوبة الإثبات، أم يؤخذ بقصد المتعاقدين و إن كان مغايراً لما تضمنه التعبير من معنى ظاهر⁴ ؟، بعبارة أخرى هل نأخذ بالعبارات الواردة في بنود العقد، أم نأخذ بالنية الحقيقية للطرفين المتعاقدين؟

يطرح البعض⁵ معيارين لتحديد مضمون العقد في حال تناقض العبارات الواردة في العقد مع النية الحقيقية للمتعاقدين، و هما المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي و سنتناول هذين المعيارين على النحو الآتي:
المعيار الشخصي:- يرى البعض⁶ أنّ نظرية الإرادة التي سادت الفقه اللاتيني بوجه عام و في الفقه الفرنسي بوجه خاص، تعتبر أنّ الإرادة الباطنة المشتركة للمتعاقدين هي قوام تحديد مضمون العقد و يتم تغليبها على التعبير المادي .

مشار إليها في المرجع السابق، ص 282.

¹ المرجع السابق الصفحة نفسها .

² ALLEN V.PINK 18384 M.W.140,HUTTON V.WATING 1948,CH398

مشار إليها في المرجع السابق ص 283.

³ المرجع السابق الصفحة نفسها

⁴ د.ايمان طارق، د.منصور حاتم، معيار الغموض في تحديد مضمون العقد - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية - بابل ن العدد الأول - المجلد الأول، العلوم الانسانية، 2009، ص81.

⁵ المرجع السابق، ص 81-82.

⁶ المرجع السابق، الصفحات نفسها.

على أنّ الإرادة الفردية إذا كانت وفقا للمبادئ العامة طليقة في تحديد مضمون العقد، فإنّ هذه الحرية تكون مقيدة إلى حد كبير في تحديد مضمون العقد بمجموعة من القواعد الآمرة¹.

لذلك وفقا لهذا الرأي²، فإنّه في حالة عدم التوافق بين الألفاظ و بين الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فإنّ المعول عليه في هذه الحالة هو الإرادة.

حيث أنّ الإرادة الظاهرة لا يؤخذ بها إلا على افتراض مطابقتها للنية الحقيقية الداخلية، و إذا لم يحصل هذا التطابق على القاضي أن يستخرج النية الحقيقية للطرفين المتعاقدين، و أن يتقيد بها عند التنفيذ و تحديد الالتزامات الناشئة عنها³.

و لكن لكي يتم اللجوء إلى الإرادة الباطنة للمتعاقدين، بالرغم من وجود البنود التعاقدية الصريحة فإنّه ينبغي للعقد أن يكون غامضا من حيث المضمون، و يطرح البعض⁴ عددا من الحالات التي يمكن من خلالها اعتبار العقد غامضا، ومن ثم يمكن اللجوء للنية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين للوصول إلى المضمون الحقيقي و هذه الحالات هي:-

1- غموض عبارات العقد ذاتها.

2- تنافر المعنى الحرفي للعبارات مع الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

3- التعارض بين عبارات العقد و شروطه.

المعيار الموضوعي:- لقد طرح الفقه الجرمانى نظرية التعبير عن الإرادة، و أساس هذه النظرية هو التعبير عن الإرادة في ذاتها و ليس الإرادة في نفسها، وذلك لأنّ الإرادة تعتبر عنصرا نفسيا صعب الوصول إليه، ولكن يستدل عليها من خلال العبارات التي تشير إليها باعتبارها عنصرا ماديا محسوسا يمكن التعامل معه⁵.

و على هذا الأساس و بحسب رأي البعض، فإنّ دور القاضي لا يتمثل بالكشف عن إرادة المتعاقدين الباطنة وقت العقد، بل يتمثل بصياغة الإرادة عن طريق تفسير التعبير وفق ما تقتضيه المعايير الموضوعية وقت التفسير من ثقة متبادلة بين المتعاقدين و حسن النية و العرف⁶.

¹ د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 613، فقرة 183.

² د. ايمان طارق، د. منصور حاتم، المرجع السابق، الصفحات نفسها.

³ محمد عدنان باقر، المرجع السابق، ص 878.

⁴ د. ايمان طارق، د. منصور حاتم، المرجع السابق، ص 82-83.

⁵ المرجع السابق، ص 84.

⁶ المرجع السابق، ص 85.

تحليل و استنتاج

إذا كان موقف المشرع الفرنسي قبل تعديل القانون المدني يميل الى الاخذ بالمعيار الشخصي و كان ذلك واضحاً من خلال نص المادة (1156) مدني فرنسي قبل التعديل و التي نصت على انه (يجب البحث في الاتفاقات عن النية المشتركة للاطراف المتعاقدين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات) و هذا باعتقادنا اشارة جلية من المشرع الفرنسي باعتداده بالارادة الباطنة للطرفين و هي المعول عليها في حالة الاختلاف مع المضمون المكتوب للعقد.

و لكن يبدو لنا أنّ هناك ثمة تحول في موقف المشرع الفرنسي بعد التعديل التشريعي رقم 131-2016 للقانون المدني، و هو ما يؤشر لنا تحوله عن الموقف السابق و اتجاهه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد، في حال التعارض بين المضمون الباطن للعقد و المضمون الظاهر في العقد. حيث يبدو لأول وهلة من خلال مراجعة الفقرة الأولى من المادة(1188)¹ من التعديل التشريعي، أنّ المشرع الفرنسي لازال يتبنى المعيار الشخصي، حيث أنّ عبارات الفقرة المذكورة تشير إلى أنّ النية المشتركة لطرفي العقد هي المعول عليها في حال تعارضها مع بنود العقد، و لكن لدى إمعان النظر في الفقرة الثانية من المادة² 1188 المذكورة آنفاً، نجد أنّ المشرع الفرنسي قد قيد سلطة القاضي في البحث عن الإرادة الباطنة أو النية الحقيقية للطرفين في حال عدم التعرف عليها، بأن يتم التفسير وفقاً لما يتوقعه الشخص المعتاد في الظروف نفسها³.

و نعتقد بأنّ الفقرة المذكورة آنفاً في المادة (1188) تمثل إحدى الحالات التي تأثر بها المشرع الفرنسي في النظام القانوني الانكليزي، حيث أنّ مدار النزاع في النظام القانوني الانكليزي يؤكد على أنّه لا يتعلق بالإرادة أو النية المنفردة individual intention لأي من الطرفين، بل بالإرادة المشتركة أو النية المشتركة common

¹ تنص الفقرة الاولى من المادة 1188 على أنه (يفسر العقد من خلال النية المشتركة للطرفين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي لبنوده) « Art. 1188.-Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.

² تنص الفقرة الثانية من المادة 1188 على أنّه (عندما لا يمكن التعرف على هذه النية، يتم تفسير العقد وفقاً للمعنى الذي يتوقعه الشخص المعتاد في الظروف نفسها) « Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.

³ يرى البعض أنّ (فكرة التوقعات المعقولة) و الثقة المشروعة للدائن تنشئ توليف للعناصر العقدية لمفهوم القوة الملزمة للعقد مستمدة من ثقة الدائن المشروعة و توقعاته المعقولة في الالتزام، و يرى هؤلاء أنّ هذه الفكرة تعود جذورها الى القانون السويسري فهو لا يأخذ في ابرام العقد بالإرادة الظاهرة و لا بالإرادة الباطنة و إنّما يأخذ بثقة الدائن المخاطب بالتعبير و ما يفهمه بحسن نية من هذا التعبير، و على هذا الأساس يقوم الالتزام العقدي على أساس الثقة المشروعة المتولدة لدى الدائن من التعبير المخاطب به. انظر د.علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى لبنان، 2011، ص35.

intention، فإذا استطاع المدعى عليه أن يقنع المحكمة بأنه فهم الاتفاق على نحو ما دون تماما في الورقة المكتوبة، فإنّ ما مكتوب هو الذي يعول عليه في الحكم¹.

و لم يكتف المشرع الفرنسي بما ورد أعلاه لكن قد أكد هذا النهج في الفقرة الثالثة من المادة (1163)² المتعلقة بقابلية تحديد الأداء المطلوب في العقد، حيث أكدت على أنّ الأداء المطلوب يتم تحديده من خلال بنود العقد، و إذا لم يتيسر ذلك فإنّه يتم الرجوع إلى العادات أو العلاقات السابقة بين الطرفين على تحديد الأداء المطلوب.

و باعتقادنا أنّ المادة المذكورة أنفا تشكل انعطافة في موقف المشرع الفرنسي بعد التعديل الأخير للقانون المدني للتوجه نحو المعيار الموضوعي في تفسير بنود العقد، إذ أنّه و إن جعل الأصل في العقد هو الإرادة الباطنة إلا أنّه قيد من هذه الإرادة و لم يطلق لها العنان و جعل معايير أخرى تساعد القاضي للوصول إلى هذه الإرادة، و يمكن تحديد هذه المعايير على النحو الآتي:-

- 1- ما يتوقعه الشخص المعتاد من العقد في الظروف نفسها.
- 2- الرجوع للعادات أو العلاقات السابقة بين الطرفين.
- 3- الرجوع إلى مضمون العقد نفسه و إيجاد بند يوضح البند الغامض.
- 4- لا حاجة إلى إبرام اتفاق جديد لتحديد تفسير للعقد.

المطلب الثاني: البنود الضمنية IMPLIED TERMS

إذا كانت القاعدة العامة أنّ أطراف العقد هم الذين يحددون مضمون عقدهم، وأنّ القاضي لا يستطيع أن ينشئ مضمونا جديدا للعقد، إلا أنّه أحيانا من الناحية العملية تحصل مشكلة ناشئة عن عدم تحديد الأطراف بدقة لمضمون العقد من خلال بنود صريحة .

لذلك يتم اللجوء إلى تحديد مضمون العقد من خلال استنباط النية الحقيقية للطرفين المتعاقدين بواسطة ما يسمى الشروط الضمنية، وهذه الشروط الضمنية يمكن استنتاجها بواسطة العرف، التشريع، فضلا عن أنّ القاضي يمكن أن يستنتج ذلك والوصول إلى الهدف الذي يرمي الأطراف إلى تحقيقه.

¹ شيشير، فيفوت، فيرمستون، احكام الغلط و نسبية العقد في القانون الانكليزي، ترجمة هنري رياض، دار الجليل - بيروت، مكتبة خليفة عطية - الخرطوم، 1981، ص45.

² حيث تنص على أنّه (الأداء يكون قابلا للتحديد عندما يكون من الممكن استخلاصه من العقد أو بالرجوع الى العادات أو العلاقات السابقة لأطراف دون الضرورة إلى اتفاق جديد بين الطرفين)

« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

عليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة نتناول في الفرع الأول البنود الضمنية العرفية، و في الفرع الثاني البنود الضمنية التشريعية، وفي الفرع الثالث نتناول البنود الضمنية القضائية.

الفرع الأول: البنود الضمنية العرفية CUSTOMORY IMPLIED TERMS

يرى البعض أنّ العقد يمكن أن يتضمن بعض البنود العرفية وإن كانت لم تذكر بشكل صريح في مضمون العقد من قبل الأطراف، إلا أنّ هذه البنود العرفية لا يعمل بها ضمن العقد إذا تبين أنّها تخالف البنود الصريحة، على أساس أنّ العرف يفترض به أن يمثل إرادة الأطراف، فإذا كانت هذه الإرادة معبر عنها صراحة فلا يعمل بالعرف المخالف لها¹.

و يرى البعض الآخر² أنّه بالإمكان استنتاج البند الضمني من العرف المحلي أو الخاص أو حتى من العرف العام، بشرط أن يكون ذلك العرف معيناً ومعقولاً وشائعاً ولا يعارض أي نص تشريعي أو بند صريح في العقد.

ففي إحدى القضايا المعروضة على المحاكم الانكليزية³

HARLEY AND CO.V.NAGATA/1917,23.COM,CAS,121

قررت المحكمة بأنّ العرف يقضي بدفع عمولة الوسيط في حالة استئجار سفينة بموجب مشاركة زمنية عند حصول مالكي السفينة على بدل ايجار للسفينة و ليس عن توقيع المشاركة.

بينما نجد في قضية أخرى⁴

LES AFFRETEURS REUNIS SOCIETE ANONYME V.LEOPOLD WALFORD LONDON ,LTD
1919,A.C.801.

قررت المحكمة بأنّ الوسيط يستحق العمولة عند توقيع العقد، في حالة استئجار سفينة بموجب مشاركة زمنية وذلك بسبب وجود بند صريح في العقد يقضي بذلك مخالفة للعرف، وبصدد هذه القضية علق اللورد (بيركنهد) Birken head (أنّ رجال الأعمال يكونون بالفعل على علم تام بالعرف الذي رأوا أنّه من الصواب الاتفاق على خلافه، ولما كان يراد من العرف أن يكون مكملاً للعقد بوصفه قانون للطرفين وليس القضاء عليه، لذلك يجب أن لا يكون العرف مخالفاً للبنود الصريحة في العقد، بل يجب أن يكون أداة خادمة لها أكثر من أن يكون عاملاً من عوامل تحريفها وأن يساعد على تحقيق الغرض من بنود العقد وفعاليتها)

أما الموقف في التشريع الفرنسي، فنجد أنّ الأساس ذاته المعمول به في النظام القانوني الانكليزي قد اتبعه المشرع الفرنسي، حيث استخدم العرف كوسيلة في حال غموض مضمون العقد أو غياب الإرادة الصريحة في

¹ انظر د.فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 286-287.

² انظر استاذنا د. مجيد حميد العنبيكي، المرجع السابق، ص 121

³ Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright, op.cit.p.157. مشار إليها في

⁴ مشار إليها في استاذنا د. مجيد حميد العنبيكي، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

تحديد هذا المضمون و نشير بهذا الصدد إلى المادة (1166) من التعديل التشريعي الفرنسي¹، حيث أشارت بوجوب الرجوع إلى العادات المتبعة (des usages) في تحديد جودة الأداء الذي يلتزم به الطرف الآخر في العقد، و هذه إشارة صريحة من المشرع الفرنسي على اعتبار العرف و العادات من البنود الضمنية المكملة للعقد في حال غموض مضمونه.

و يعتبر البعض² بصدد تعليقه على هذه المادة الواردة في التعديل التشريعي الفرنسي، بأنها أدخلت حكما جديدا في القانون الفرنسي من خلال تحديد جودة الأداء المطلوبة في العقد.

و أكثر من ذلك نجد أنّ الفقرة الثالثة من المادة (1163) من التشريع الفرنسي قد أكدت على هذا، الحكم حيث اعتبرت أنّ العادات أو التعاملات السابقة بين الأطراف هي المعول عليها، لتحديد الأداء المطلوب في العقد في حال أغفل الأطراف تحديد هذا في عقدهما أو لم يمكن استخلاصه من العقد ذاته، و أكدت أيضا بأنه لا حاجة إلى أي اتفاق جديد بين الطرفين على تحديده.

حيث نصت الفقرة المذكورة أعلاه على أنه (أنّ الأداء يكون قابلا للتحديد عندما يكون من الممكن استخلاصه من العقد أو بالرجوع إلى العادات أو المعاملات السابقة بين الطرفين، دون الحاجة إلى ضرورة اتفاق جديد بين الأطراف)³.

الفرع الثاني: البنود الضمنية التشريعية STATUTORY IMPLIED TERMS

تقرر بعض التشريعات في النظام القانوني الانكليزي بنود ضمنية في حال لم يتفق المتعاقدان صراحة على مخالفتها، ويلاحظ ذلك من خلال تشريع بيع البضائع SALE OF GOODS ACT 1979 حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 12 بأنه على البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري خاليا من كل قيد أو عائق غير معلوم للمشتري وقت إبرام العقد.⁴

¹ حيث نصت المادة المذكورة (عندما لا يتم تحديد نوعية الأداء أو كان غير قابل للتحديد من خلال العقد فإنّ المدين يجب أن يقدم أداء أو عمل بنوعية او جودة، تتوافق مع توقعات المدين المشروعة مع الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة الأداء و العادات و قيمة المقابل)

« Art. 1166.-Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, **des usages et du montant de la contrepartie.**

² د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 349.

« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux ³ usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

⁴ 12-(2) In a contract of sale, other than one to which subsection (3) below applies, there is also an implied warranty that:

(a) the goods are free, and will remain free until the time when the property is to pass, from any charge or encumbrance not disclosed or known to the buyer before the contract is made.

و كذلك ما نصت عليه المادة 13 المتعلقة بالبيع على أساس الوصف، حيث نصت على أن يكون المبيع مطابقا للوصف¹، و كذلك أيضا نصت المادة 14 المتعلقة بالبيع على أساس العينة حيث أوجبت أن يكون المبيع مطابقا للعينة².

و كذلك ثمة نصوص تشريعية أخرى واردة في القانون المذكور أعلاه، تعتبر من البنود الضمنية ما لم يتبين من بنود العقد الصريحة أن الأطراف اتفقوا صراحة على مخالفتها³.

أما المشرع الفرنسي فقد وضع مبدأ عاما في التعديل الجديد للقانون المدني حيث لم يتطرق إلى التفصيلات الجزئية و لم يعالج الحالات الانفرادية، و قد وضع مبدأ تشريعا عاما يمكن من خلاله التوصل إلى مضمون العقد بالرجوع إلى العناصر الأخرى في العقد، باعتبار أن بنود العقد يكمل بعضها البعض الآخر، في حال وجود نقص بأحد هذه البنود فيمكن الاستعانة بالبنود الأخرى للوصول إلى البند الغامض أو غير واضح المعالم، و هذا يشكل خطوة جريئة من المشرع الفرنسي في هذا الاتجاه حيث نص في المادة (1167) (إذا كان السعر أو أي عنصر آخر في العقد واجب التحديد فيتم تحديده من خلال الرجوع إلى مؤشر موجود في العقد، و إذا كان هذا المؤشر غير موجود أو لم يمكن التوصل إليه فإن هذا المؤشر يتم استبداله بمؤشر آخر في العقد يكون هو الأقرب بالنسبة للتحديد)⁴.

الفرع الثالث: البنود الضمنية القضائية JUDICIAL IMPLIED TERMS

إذا كانت بنود العقد الصريحة غامضة وغير واضحة المعنى، فيمكن للمحكمة أن تضمن العقد شرطا ضمنيا عندما ترى من الضروري وجود هذا البند، و ذلك بهدف إنتاج الآثار التي يرغب المتعاقدان الوصول إليها من خلال الشروط الصريحة .

¹ 13.-(1) Where there is a contract for the sale of goods by sate by description, there is an implied condition that the goods will description.correspond with the description.

(2) If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with the sample if the goods do not also correspond with the description.

(3) A sale of goods is not prevented from being a sale by description by reason only that, being exposed for sale or hire,they are selected by the buyer.

(4) Paragraph 4 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made before 18 May 1973.

² 14.-(1) Except as provided by this section and section 15 Implied below and subject to any other enactment, there is no implied terms about condition or warranty about the quality or fitness for any fitness or particular purpose of goods supplied under a contract of sale.

³ راجع تشريع بيع البضائع الانكليزي لسنة 1979 الجزء الثاني الخاص بتكوين العقد. Sale of Goods Act 1979- PART II - FORMATION OF THE CONTRACT- Contract of sale

⁴ « Art. 1167.-Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus.

و تتباين المواقف بين النظام القانوني الانكليزي و النظام القانوني الفرنسي بشأن سلطة تحديد البنود الضمنية في العقد، و عليه سوف نتناول أولا سلطة المحاكم الانكليزية في تحديد البنود الضمنية، و ثانيا نتناول سلطة القاضي التقديرية في النظام القانوني الفرنسي.

أولا: سلطة المحاكم الأنكليزية في تحديد البنود الضمنية

قد يثار التساؤل هل للمحكمة الصلاحيات المطلقة في إضافة ما تشاء من البنود العقدية لاسيما الضمنية منها ؟ يمكن الاجابة بسهولة على هذا التساؤل، حيث أنّ القاعدة العامة في النظام القانوني الأنكليزي أنّ القاضي لا يستطيع أن يتدخل ويتدخل للأطراف عقدا جديدا، وإثما تدخله هذا في حالة البنود الضمنية أن لا يضع بندا يخالف أو لا يتوافق مع الشروط الصريحة في العقد.

و لكن يبقى السؤال الأهم، هو كيف للمحكمة أن تتدخل في عقد و تضع بندا ضمنيا فيه لم يكن موجودا أو مكتوبا في العقد ومن ثم تلزم الأطراف به ؟ وبعبارة أخرى ما هي الوسائل التي تستطيع المحكمة الاستعانة بها لاستنتاج هذا البند الضمني؟

إنّ المحكمة ليس لها مطلق الحرية بوضع ما تراه من البنود، وإثما هي بالضرورة مقيدة بظروف محددة أثناء استنتاجها للبنود الضمنية في العقد، حيث يجب أن تراعي فيها نية وظروف الطرفين وتعاملاتهم السابقة، أو الغرض أو الهدف من إبرام العقد أو إعطاء العقد أثرا فعالا، وعليه سوف نتناول الحالات التي تستطيع المحاكم الانكليزية من خلالها استنتاج البند الضمني وعلى النحو الآتي :

1- نية الطرفين أو سلوكهما أو طبيعة التعامل بينهما

إذا اتفق الطرفان على أن يبيع أحدهما إلى الآخر شيئا معينا واتفقا على الثمن وعلى أن لا يدفع حالا ولم يحدد موعدا لذلك، فيمكن للمحكمة أن تستنتج بندا ضمنيا يقضي بدفع الثمن في موعد معقول حسب طبيعة الظروف، وإذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين فإنّ هذا التعامل هو الذي سيحدد موعد دفع الثمن، بشرط أن لا يتضمن العقد بندا صريحا يحدد ذلك الموعد¹.

¹ HILLAS AND .COV.ACROS LTD, 1932.ALL E.R.RE, p.494.

مشار إليها في أستاذنا د.مجيد حميد العنبيكي ص.119.

2- الغرض الذي أبرم العقد من أجله

يجب أن يكون البند الضمني ينسجم مع هدف و غرض العقد، فمن يستأجر سيارة أو منزلاً للسكن يفترض أن تكون صالحة للقيادة أو ملائماً للسكن، وبهذا الصدد قضت إحدى المحاكم الانكليزية في قضية¹ .Samuels V.davis,1943,2all e.r.3.

والتي تتلخص وقائعها بأنه اتفق المدعي (طبيب أسنان) على قيامه بصنع طقم أسنان لزوجة المدعى عليه، وبعد الانتهاء من ذلك اتضح أنّ طقم الأسنان غير ملائم إلى الحد الذي لم تستطع زوجة المدعى عليه استعماله مما جعل المدعى عليه يمتنع عن دفع الثمن، قررت محكمة الاستئناف أنّ السؤال هنا لا يتعلق فيما إذا كان هنالك عقد بيع بضائع أو عقد عمل ومواد، إنّما المهم في كلا الحالتين أن يكون طقم الأسنان صالحاً للغرض منه .

3- إعطاء العقد أثراً فعالاً: BUSINESS EFFICACY

يمكن أن تتحقق الآثار التي يفترض أنّ الأطراف قصدوا تحقيقها بواسطة البنود الصريحة، فالقاضي يعتبر نفسه أنّه يقوم بمجرد ما كان الأطراف يفعلونه بأنفسهم لمواجهة الموقف ذاته، و يعبر عن ذلك بأنها تعطي الفعالية العملية للعقد² BUSINESS EFFICACY .

إنّ العملية القانونية أعلاه المتعلقة بالآثار الفعالة للعقد يمكن إيضاحها من خلال قضية³ THE MOORCOCK 1889 ,14P.D.64

والتي تتلخص وقائعها بأنّ المستأنف اتفق مع المستأنف عليه باستعمال حاجز ورصيف المستأنف لتحميل وخرن بضاعة من السفينة MOORCOK، وكانت منطقة النهر مملوكة من قبل طرف ثالث وخارج سيطرة المستأنف، والذي لم يقم باتخاذ أي خطوة للتأكد من أنّ تلك المنطقة صالحة للسفينة لأن ترسو، و نتيجة لذلك اصطدمت السفينة بقاع النهر بسبب المد والجزر مما أدى إلى تضرر السفينة، حكمت المحكمة بأنّ المستأنف مسؤول من حيث أنّ السفينة لا يمكن استعمالها مع هذا الحاجز والرصيف في مثل هذه الظروف، لأنّ المستأنف كان ضمناً يمثل قدرته في اتخاذ العناية المعقولة للتأكد بأنّ وضع النهر كان بصورة لا تتضرر معها السفينة، وما كان القانون ليرغب في هذا التضمين إلا لإعطاء هذه الصفة أثراً فعالاً كما يرغب به رجال الأعمال .

و قد علق اللورد القاضي (بوين) BOWEN⁴ بصدد هذه القضية المذكورة آنفاً (أنّ القاضي يفترض نية المتعاقدين ويعطي العقد أثراً فعالاً على أساس أنّ نيتهم اتجهت إلى ذلك) .

¹ مشار إليها في المرجع السابق .الفقرة 120.

² انظر د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، 288.

³ مشار إليه في أستاذنا د.مجيد حميد العنبيكي، ص 120 - 121.

⁴ مشار إليه د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق ص 290. وفي أدناه تعليق اللورد القاضي بوين على القضية المذكورة.

وهذه القاعدة رغم تطبيقها في عدد كبير من الحالات ورغم فائدتها، فقد تعرضت للنقد أيضا من قبل اللورد (ماكينون) MACKINNON¹، حيث أشار إلى أنه (مع إقراره بحكم القاضي (بوين) إلا أنه ينتقد تعميم المحاكم للقاعدة الواردة به، واستنادا إلى عبارات وملاحظات هذا القاضي، يقول أنه إذا كان من حق أو واجب المحكمة أن تبحث عن وجود بند ضمني في العقد المكتوب فإنه عليها أن تمارس ذلك بحرص، وأنه لا يمكن التمسك بالقاعدة المذكورة في قضية THE MOORCOCK إلا إذا كان الالتزام قد قصد بوضوح باعتباره كذلك وأنه سوف لا يرتب الأثر المقصود إلا إذا ضمنت المحكمة الشروط التي يعبر عنها لأنها مفترضة).
و يرى البعض²، بالرغم من الانتقادات التي وجهت للقاعدة السابقة إلا أنها لا تزال تطبق مع ذلك في كثير من الاحوال خاصة التي يكون فيها العقد معرضا للزوال الكامل الا اذا ضمن الشرط او عندما يكون في الحقيقة قد توفرت فيه العناصر الاساسية.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في التشريع المدني الفرنسي

أما بالنسبة للموقف التشريعي الفرنسي، فقد منح القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمون العقد في حالة وجود نزاع بين الطرفين حول تحديد هذا المضمون، أو تعسف الطرف الآخر في تحديد هذا المضمون إذا أنيطت به سلطة تحديده، و أكثر من ذلك فقد منح المشرع الفرنسي القاضي سلطة إنهاء العقد و الحكم بالتعويض للطرف الذي وقع ضحية لهذا التعسف، و بهذا الصدد نشير إلى الفقرة الثانية من المادة (1164) الخاصة بتحديد الثمن في عقد الإطار عند الاتفاق على قيام أحد الطرفين بتحديد الثمن لاحقا، حيث نصت المادة المذكورة على أنه (في حالة التعسف بتحديد الثمن فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض أو الفائدة و في حالة الضرورة يستطيع إنهاء العقد)³.

Bowen LJ explained this reasoning as follows:

Both parties knew that the jetty was let for the purpose of profit, and knew that it could only be used by the ship taking the ground and lying on the ground. They must have known, both of them, that unless the ground was safe the ship would be simply buying an opportunity of anger and buying no convenience at all, and that all consideration would fail unless the ground was safe. In fact, the business of the jetty could not be carried on unless, I do not say the ground was safe, it was supposed to be safe.

Refer to in: Richard Stone, THE MODERN LAW OF CONTRACT, Fifth edition, 2002 Great Britain, Cavendish Publishing Limited, p.208

¹SHIRLAW .SOUTHERN FOUNDRIES 1926LTD.1939.2K.P,206,ATP,227 .1939 .2ALLE.R.113.ATP.124

مشار إليه في المرجع السابق، الصفحة نفسها .

² Sir Jack Beatson , Andrew Burrows, John Cartwright, op.cit, p.152-157.

³ « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

كما أنّ المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطات واسعة لامثيل لها سابقا في التشريع الفرنسي، وذلك في العقود المستمرة التنفيذ حيث يمكن للقاضي في حال استجدت ظرف قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، أن يفتح باب المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لإعادة التوازن العقدي، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (1195) على أنه¹ (إذا كان هناك تغيير في ظروف غير متوقعة عند إبرام العقد مما يجعل تنفيذ (العقد) مرهقا بشكل مفرط للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، يجوز له أن يطلب إعادة التفاوض بشأن العقد مع الطرف المتعاقد الآخر معه على أن يبقى تنفيذ التزاماته خلال مدة التفاوض) و إذا لم يتفق الطرفان على مضمون جديد للعقد خلال فترة زمنية معقولة، فقد أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل بناء على طلب أحد الطرفين في العقد و يعدّل مضمونه أو فسخ العقد، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 1195 على أنه² (في حالة رفض أو فشل التفاوض، يجوز للأطراف أن يتفقا على إنهاء العقد، في الوقت والظروف التي يحددها، أو يطلب كلاهما من القاضي القيام بتكييفه و في حالة عدم الاتفاق في غضون فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي، بناء على طلب أحد الطرفين، إعادة النظر في العقد أو فسخه بالتاريخ والشروط التي يحددها).

خاتمة

ندرج في أدناه أهم النتائج التي تم التوصل إليها بعد الانتهاء من البحث:

1- يمكن تعريف البند التعاقدى بأنه اتفاق على المسائل الجوهرية كافة والثانوية في العقد، وصياغتها بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها، وتصبح دستورا لهذا العقد يلتزم بها أطرافه، في هذا العقد أو العقود المستقبلية التي تنشأ عن هذا العقد.

2- يتم التمييز في النظام القانوني الانكليزي بين التأكيد الذي يدفع إلى إبرام العقد (representation) وبين بنود العقد (terms) التي تعتبر جزء من العقد نفسه وتمثل مضمونه، و لذلك فإن دور المدعي ينحصر في إقناع المحكمة بأن الذي صدر من المدعي عليه ليس مجرد تأكيد دافع للتعاقد، ولكن بند من بنود العقد أدخل المدعي عليه به يوجب الحكم بالتعويض .

¹ « Art. 1195.-Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

² « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

- 3- إذا كانت العبارة بندا تعاقديا ولم يتم الالتزام والإيفاء به، فللطرف حسن النية مقاضاة الطرف الآخر و مطالبته بالتنفيذ أو التعويض لإخلاله بتنفيذ مضمون العقد.
- 4- إذا كانت العبارات مجرد دافع للتعاقد ثم تحولت لتكون غير حقيقة، فللطرف حسن النية رفع دعوى بناء على استغلال عدم معرفته أو خبرته وجهله ويحدد القضاء ما إذا كانت العبارة شرطا أو دافعا للتعاقد، مع الأخذ بنظر الاعتبار نية الطرفين و الخبرة في التعاقد و أهمية العبارات و الوقت.
- 5- لا نتفق مع الاتجاه الذي يرى بأن فكرة السبب لا تزال ضمنا موجودة بالقانون المدني الفرنسي، وذلك لأنّ المشرع الفرنسي يتكلم عن مشروعية البند التعاقدى والهدف من العقد، وليس الكلام في معرض السبب الدافع إلى التعاقد والذي هو مسألة ذاتية شخصية تكمن في نية الشخص وإرادته الباطنة، بينما المشروعية التي تحدث عنها المشرع الفرنسي هي تلك التي تتعلق بالبند التعاقدية التي يتفق عليها الطرفان، وهي التي تكون من خلال مشروعية البند التعاقدى والغرض من العقد هي مسألة موضوعية تتعلق بالأثر الذي ينتج عن العقد، وليس مسألة ذاتية شخصية تتعلق بالدافع الى إبرام العقد.
- 6- إنّ المضمون يمثل مصالح كلا الطرفين التي اتفقا على صياغتها بشكل بنود عقدية تمثل مضمون عقدهما، ما دام لم تخالف بنود العقد النظام العام، من حيث مشروعية هدفه وشروطه، و العقد لا يكون باطلا ما دام مشروعاً، و يكون العقد باطلا إذا كان هدفه غير مشروع حتى لو كان الطرف الآخر يعلم بعد هذه المشروعية.
- 7- إنّ، فكرة المشروعية التي يتم تحديدها من خلال فكرة النظام العام لا تعتبر فكرة أخلاقية إنّما هي فكرة قانونية بحتة، حيث أنّها من الأفكار القانونية التي يتم الوصول إليها بواسطة عوامل عدة، أما اعتبار مضمون العقد يمثل بعدا أخلاقيا، فهذا أمر قد يجانب الصواب و من ثم ربط فكرة مشروعية العقد بالأخلاق، و من ثم سوف نخرج من دائرة القانون و ندخل في نطاق الأخلاق، و لقد سبق و منذ زمن طويل بوضع حد فاصل ما بين القانون و الأخلاق.
- 8- إنّ المشرع الفرنسي قد تخطى عن مفهوم السبب لغموض فكرته و كونها مسألة نفسية ذاتية يصعب تحديدها، فإنّه استعاض بفكرة مضمون العقد، و التي هي مسألة موضوعية مادية بحتة يتم تحديدها بالرجوع إلى مضمون البنود التي اتفق عليها طرفا العقد.
- 9- يمكن تعريف الشروط بأنّها احد البنود العقدية التي تحدد مضمون العقد، و التي تمثل الأداء الرئيسي فيه، و التي تعتبر الالتزام الجوهري الذي يلتزم به أطراف العقد في الحاضر أو المستقبل.
- 10- إنّ المشرع الفرنسي قدم ضمان للمتعاقدين في حال عدم تحديد الجودة في الأداء المطلوب من الطرف الآخر، أن يتم تحديد هذا الأداء بالرجوع إلى العقد و البحث عن مؤشر فيه يحدد الدرجة المطلوبة، و إن لم يوجد فانه يتم التحديد وفق مؤشرات أخرى، عليه جعل المشرع الفرنسي من درجة الجودة في العقد بندا ثانويا، حيث لم يجعل الأثر المترتب على عدم تحديد هذه الجودة بطلان العقد.

- 11- عقود المعاوضة تسمح بإبطال العقد إذا كان أحد المتعاقدين قد التزم دون مقابل، أو كان المقابل تافها إلى حد اعتباره غير موجود، وأن هذا الموقف من المشرع الفرنسي نعتقد بأنه تكريس لفكرة مقابل العقد في النظام القانوني الانكليزي consideration، التي تعتبر العقد باطلا إذا كان المقابل تافها أو كان وهميا، وهذا يشير إلى مدى تأثير المشرع الفرنسي بالنظام القانوني الانكليزي.
- 12- الأصل العام في التشريع الفرنسي بأن عدم التوازن في الأداءات لا يخل بمفهوم العدالة التعاقدية، لكنّه أورد استثناءات على ذلك تجعل من المتعاقد الذي يعفي نفسه من بعض الالتزامات التعاقدية قد أدخل بهذا المفهوم، و في أدناه ندرج هذه الاستثناءات و على النحو الآتي:
- أ- التزام أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة بدون مقابل، أو كان المقابل تافها.
- ب- وجود بند يعيق تنفيذ الالتزام الجوهري في العقد، أو يفرغه من محتواه.
- ج- وجود شرط في عقد الإذعان يولد عدم التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد.
- 13- الوسائل التي تعالج اختلال التوازن العقدي المتوقع في المستقبل من قبل طرفيه تعتبر تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية الذي تبناه المشرع الفرنسي، و لكنه لم يطلق العنان لطرفي العقد في وضع ما يشاؤون من هذه الوسائل، حيث أنه قيد طرفي العقد في تحديد مفهوم الاختلال العقدي الموجب للتدخل، لغرض إعادة هذا التوازن العقدي حيث وضع المشرع الفرنسي معيارين لتقدير اختلال التوازن العقدي و على النحو الآتي:-
- أ- أن يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الاختلال الهدف الرئيسي من العقد .
- ب- ملاءمة السعر مع الأداء المطلوب تنفيذه من الطرف الآخر .
- 14- أنّ هناك في موقف المشرع الفرنسي بعد التعديل التشريعي رقم 131-2016 للقانون المدني، و هو ما يؤشر لنا تحوله عن الموقف السابق و اتجاهه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد في حال التعارض بين المضمون الباطن للعقد و المضمون الظاهر في العقد، وأنّ هذا التحول يشكل انعطافا في موقف المشرع الفرنسي للتوجه نحو المعيار الموضوعي في تفسير بنود العقد، حيث و إن جعل الأصل في العقد هي الارادة الباطنة، إلا أنّه قيد من هذه الإرادة و لم يطلق لها العنان و جعل معايير أخرى تساعد القاضي للوصول إلى هذه الارادة، و يمكن تحديد هذه المعايير على النحو الآتي:-
- الرجوع للعادات أو العلاقات السابق بين الطرفين.
 - ما يتوقعه الشخص المعتاد من العقد في الظروف نفسها.
 - الرجوع إلى مضمون العقد نفسه و إيجاد بند يوضح البند الغامض.
 - لا حاجة إلى إبرام اتفاق جديد لتحديد تفسير للعقد.
- 15- المشرع الفرنسي وضع مبدأ عاما في التعديل الجديد للقانون المدني، حيث لم يتطرق إلى التفصيلات الجزئية و لم يعالج الحالات الانفرادية، و قد وضع مبدأ تشريعا عاما يمكن من خلاله التوصل إلى مضمون العقد بالرجوع إلى العناصر الأخرى في العقد، باعتبار أنّ بنود العقد بعضها يكمل البعض الآخر، في حال

وجود نقص بأحد هذه البنود فيمكن الاستعانة بالبنود الأخرى للوصول إلى البند الغامض أو غير واضح المعالم، وهذا يشكل خطوة جريئة من المشرع الفرنسي في هذا الاتجاه.

16- إنَّ المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطات واسعة لامثيل لها سابقا في التشريع الفرنسي، وذلك في العقود المستمرة التنفيذ حيث يمكن للقاضي في حال استجدت ظرف قاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين، أن يفتح باب المفاوضات العقدية من جديد بين الطرفين لإعادة التوازن العقدي.

مظاهر الحماية القانونية لحقوق الطفولة حسب التشريع المدني الجزائري

- (1) بوكماش محمد
(2) بن مبارك ماية
جامعة خنشلة

الملخص:

يهدف هذا المقال دراسة موضوع مظاهر الحماية القانونية لحقوق الطفولة حسب التشريع المدني الجزائري، ونجد أن مظاهر هذه الحماية تبدو في نوعين من الأحكام القانونية، فيتمثل النوع الأول في الحماية القانونية المقررة للطفل والحفاظ على حياته منذ ولادته حيا، وهي ضمن أحكام المعاملات المالية من خلال حمايته كشخص قانوني يكتسب حقوق أو أثناء القيام بالتصرفات القانونية وقررها المشرع الجزائري في التقنين المدني، وأما النوع الثاني من الحماية المدنية المقررة للطفل فيتمثل في تقرير أحكام الأحوال الشخصية المنصوص عليها في القانون الأسرة الجزائري، ويكون ذلك من خلال تقرير الحقوق الأسرية المتمثلة في حقه في ثبوت النسب، الميراث، النفقة، والوصية وغيرها من الحقوق، ومنه تكمن اشكالية البحث حول مظاهر الحماية القانونية لحقوق الطفولة في التشريع المدني الجزائري؟

الكلمات المفتاحية:

الحماية المدنية، حقوق الطفل، القاصر.

تاريخ إرسال المقال: 2018/06/09، تاريخ قبول المقال: 2018/06/24، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: بوكماش محمد، بن مبارك ماية "مظاهر الحماية القانونية لحقوق الطفولة حسب التشريع المدني الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 703-720.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، 40000، خنشلة، الجزائر.

(2) أستاذة محاضرة قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، 40000، خنشلة، الجزائر.

المؤلف المراسل: mboukemache@gmail.com

Legal Aspects of the Protection of Children's Rights in Accordance with Algerian Civil Code

Abstract:

This article aims to study the legal aspects of the protection of children's rights according to Algerian civil legislation, we find that the manifestations of such protection appear in two types of legal provisions, the first type is the legal protection prescribed for the child and the preservation of his life from birth alive, they are among the provisions of financial transactions by protecting him as a legal person who acquires rights or conducts legal acts.

and decided by the Algerian legislator in civil codification, the second type of civil protection prescribed for a child is the determination of the personal status provisions provided for by the law of the Algerian family, this shall be done through the determination of the family rights represented by the right to prove the descent, inheritance, alimony, will and other rights, the problem of research on the legal aspects of the protection of children's rights lies in Algerian civil legislation?

Keywords:

civil protection, child Rights, the minor, boy, child.

Les aspects juridiques de la protection des droits de l'enfant dans la législation civile algérienne

Résumé:

Le but de cet article est l'étude des aspects juridiques de la protection des droits de l'enfance selon la législation civile algérienne, et nous constatons que les manifestations de cette protection apparaissent dans deux types de dispositions juridiques, le premier type est la protection légale prescrite pour l'enfant et la préservation de sa vie dès sa naissance. Ils font partie des dispositions relatives aux transactions financières en le protégeant en tant que personne juridique qui acquiert des droits ou procède à des actes juridiques et décidé par le législateur algérien par le Code Civile. Le deuxième type de protection civile pour l'enfant est la détermination des dispositions relatives au statut personnel prévues dans la loi algérienne sur la famille, et ce par la détermination des droits de la famille, du droit de prouver l'ascendance, l'héritage, la pension alimentaire, et la volonté et d'autres droits, le problème de la recherche sur les aspects juridiques de la protection des droits de l'enfant réside dans la législation civile algérienne?

Mots clés :

La protection civile, droits de l'enfant, mineur.

مقدمة

إن التشريعات المقارنة اهتمت بالطفل واعتبرته الركيزة الأساسية التي من خلالها تكونت المجتمعات، فالطفولة تتطلب العناية الخاصة والحماية القانونية اللازمة من أجل تكوين أجيال صاعدة، ولذلك كان من توجيه كل الطاقات الفعالة لتوفير الجو المناسب لتربية الأطفال وتوفير متطلبات الحياة، وبالتالي سن المشرع الجزائري أحكاما قانونية للحماية المدنية لحقوق الطفولة، ولأن هذا الموضوع لم يكن موضع اهتمام بسبب التحولات الاقتصادية والاجتماعية وكذا التوسع العمراني تفاقمت قضايا الطفل، وأصبح يشكل خطرا على نفسه من جهة وخطرا على المجتمع ككل من جهة أخرى، فبات محل اعتداءات وتجاوزات من أطراف عدة، ومع الوقت تعقدت الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية التي يفرزها تهيمش الأطفال وحرمانهم من حقوقهم.¹

إذا كان الطفل بحاجة لحقوق تحميه من الأخطار والأضرار التي تتربص به، ورعاية خاصة تحميه وتعمل على المحافظة عليه وترعى شؤونه، فإن إشكالية البحث تنور حول مظاهر الحماية المدنية لحقوق الطفولة في التشريع المدني الجزائري؟.

واقترضت الضرورة أن نقسم بحث الحماية القانونية لحقوق الطفولة حسب أحكام القانون المدني الجزائري إلى مبحثين، فنتناول في المبحث الأول ماهية الحماية المدنية لحقوق الطفل، ونخصص المبحث الثاني الحماية القانونية المقررة للطفل حسب التشريع المدني الجزائري، وذلك وفقا للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: ماهية الحماية المدنية لحقوق الطفل.

المبحث الثاني: الحماية القانونية المقررة للطفل حسب التشريع المدني الجزائري

المبحث الأول: ماهية الحماية المدنية لحقوق الطفل

إن الطفل يعد مخلوق بشري ضعيف له حقوق انسانية أساسية، ينبغي أن تعمل الهيئات الدولية والوطنية على حمايتها وضمان تمتعه بها، والأطفال من أكثر الأشخاص عرضة للأخطار إزاء ضعفهم الجسدي والعقلي، ولا شك أن العناية بهم وحسن رعايتهم وتربيتهم وحمايتهم، تعني قيام المجتمع بالتخطيط والاهتمام بمستقبلهم وبالمسؤوليات التي يعدون لها، ونظرا لأهمية الطفولة فإن رعايتها وإحاطتها بضمانات حماية لحقوقها إنما هو واجب وطني ومبدأ أخلاقي، وتتجسد الأهمية الكبرى لهذه الحماية في حرص المنظمات والاتفاقيات الدولية على إصدار إعلانات دولية لحقوق الطفل، وإبرام اتفاقيات دولية جماعية لكفالة الحماية اللازمة له.²

¹ - فاطمة خلف كاظم، "مظاهر الحماية المدنية لحقوق الطفل في التشريعات العراقية النافذة"، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد 2، العدد 6، 2010، ص 425.

² - حسن جبار عبد، "الحماية الدستورية لحقوق الطفل"، مجلة كلية الاسلامية الجامعة، عدد خاص، العدد 36، 2015، ص 268.

وسوف ندرس ماهية الحماية المدنية لحقوق الطفل في مطلبين اثنين، فنتناول في المطلب الأول تعريف الطفل، وفي حين نتطرق لتعريف الحماية المدنية للطفل في مطلب ثان.

المطلب الأول: تعريف الطفل

إن حقوق الطفل قد عرفت أحكام الشريعة الإسلامية، واهتم بها المجتمع الدولي من خلال تنظيمها في عدة اتفاقيات دولية، وإضافة إلى ذلك اهتمام التشريعات الوضعية المقارنة، فمنها من خصها بتشريع خاص بالطفل داخل نظمها القانونية،¹ وعلى هذا الأساس نتناول التعريف اللغوي والاصطلاحي للطفل، التعريف الشرعي والتعريف القانوني للطفل له في ثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للطفل

يقصد بالطفل لغويا: الناعم الرخص، وهو الصغير من كل شيء،² والطفل والطفلة الصغيران، والطفل الصغير من كل شيء بين والجمع أطفال.³

والطفل بكسر الطاء: الصغير من كل شيء عينا كان أو حدثا، يقال: هو يسعى لي في أطفال الحوائج أي صغارها، ويقال: أتيته والليل طفل أي في أوله، أطفلت الأنتى: صارت ذات طفل، والمصدر: الطفل بفتح الطاء والفاء، والطفالة والطفولة والطفولية، الطفل المولود ما دام ناعما، والولد حتى البلوغ، وهو للمفرد المذكور.⁴ إذن الطفل جمعه أطفال، أي الصغير، ومؤنثه طفلة، والطفل بكسر الطاء المولود حتى البلوغ،⁵ وبالرجوع إلى بعض القوانين العربية نجد بعض الألفاظ التي لها نفس الدلالة، ونذكر منها: القاصر، الصغير والحدث.⁶ أما التعريف الاصطلاحي للطفل، هو تلك الفترة المبكرة من حياة الانسان التي يعتمد فيها الفرد على والديه اعتمادا كلياً، فيتعلم ويتمرن للفترة التي تليها، فهي عبارة عن مرحلة يمر بها حتى النضج الفيزيولوجي، العقلي، النفسي، الاجتماعي، الخلقي والروحي.⁷

¹ - سنان طالب عبد الشهيد، "مشكلة حق الطفل في التسمية والحق في التغذية بين الشريعة والقانون"، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد 1، العدد 43، 2016، ص 43.

² - الفيروز أبادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1978، ص 7.

³ - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، اعداد يوسف خياط، دون سنة نشر، ص 599.

⁴ - أحمد بن حماد الجوهري، الصحاح في اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ص 352.

⁵ - إبراهيم مصطفى أحمد حسن الزيات، المعجم الوسيط الجزء الثاني، مجمع اللغة العربية، 1985، ص 560.

⁶ - حمو بن ابراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2014، 2015، ص ص 15، 16.

⁷ - موسى نجيب موسى معوض، الطفولة تعريفات وخصائص، منشور على موقع الألوكة الاجتماعية:

الفرع الثاني: التعريف الشرعي للطفل "تعريف الطفل في أحكام الشريعة الإسلامية"

نظرا لأهمية مرحلة الطفولة من عمر الانسان، فقد تحدثت عنها القرآن الكريم في أكثر من موضع له،¹ فالله عز وجل أقسم بها في قوله تعالى: " لا أقسم بهذا البلد، وأنت حل بهذا البلد، ووالد وما ولد".² وجاء في قوله عز وجل: " وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم كذلك يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم"،³ وقد يستوي في ذلك الذكر والمؤنث والجمع، وكما قال تعالى: " ثم نخرجكم طفلا ثم لتبلغوا أشدكم"،⁴ فالطفل هنا حال أجريت على تأويل كل منكم طفلا،⁵ وقوله تعالى أيضا: " أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء".⁶

الفرع الثالث: التعريف القانوني للطفل

المقصود بالطفل في المفهوم القانوني هو انسان كامل الخلق والتكوين، ويملك القدرات العقلية والروحية والبدنية التي لا ينقصها سوى النضج والتكامل العقلي والنفسي مع تطور الفهم وإدراك القيم والمفاهيم في المحيط الاجتماعي الذي يعيش فيه.⁷ ونجد القوانين الدولية والداخلية المقارنة لم تحدد على وجه الدقة المقصود بالطفل، وقد ثار خلاف كبير بين القوانين الداخلية المقارنة حول بداية ونهاية مرحلة الطفولة، والخلاف قائم أيضا بشأن نهايتها أي تحديد سن الرشد.⁸

www.alukah.net تاريخ الاطلاع 9 ماي 2018، توقيت الاطلاع 19.41 سا

¹ - حمو بن ابراهيم فخار، المرجع السابق، ص 17.

² - الآيات من 1 إلى 3 من سورة البلد.

³ - الآية 59 من سورة النور.

⁴ - الآية 05 من سورة الحج.

⁵ - سنان طالب عبد الشهيد، المرجع السابق، ص 68.

⁶ - الآية 31 من سورة النور.

⁷ - بشرى سلمان حسين، الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص ص 66، 67.

⁸ - مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين التشريع والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2012، 2011، ص 19.

وقد استعمل المشرع الجزائري عدة مصطلحات للدلالة على الطفل، وكان أهمها مصطلح الطفل¹، مصطلح القاصر في القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص،² والحدث في قانون الاجراءات الجزائية، الولد في قانون الأسرة،³ وكلها تعني الصغير السن حسب القانون ولكن لم يتناول تعريفا صريحا. وأما بالنسبة للقانون المصري، فقد عرف الطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون بأنه كل شخص من لم يتجاوز الثامنة عشر سنة كاملة، وهذا ما جاء بموجب المادة الثانية من القانون رعاية الطفولة المصري.⁴

المطلب الثاني: مفهوم الحماية المدنية للحقوق طفل

دراسة الحماية المدنية لحقوق الطفل لا بد أن نتطرق لمفهوم حقوق الطفل ثم بيان أنواعها في فرعين متتاليين.

الفرع الأول: مفهوم حقوق الطفل

عرف الحق من طرف الفقيه الألماني سافني Savigny بأنه "سلطة أو قدرة إرادية للفرد يخولها له القانون"،⁵ وكما عرفه الفقيه الألماني إهرنج Ihering في كتابه روح القانون، وقد تقادى هذا الفقيه ذكر الإرادة في تعريفه للحق لأن دورها بالنسبة للحق دور ثانوي لا يبدو إلا في حالة استعماله فقط، فعرف الحق من طرفه بأنه "مصلحة يحميها القانون".⁶

واتجه الرأي الراجح في الفقه القانوني في تعريف الحق إلى الكشف عن الخصائص المميزة له، وقد تزعم هذه الوجهة الجديدة الفقيه البلجيكي دابان Dabin، واقترح تعريفا جديدا أبرز فيه عناصر الحق،

¹ - المادة 64 من قانون الحالة المدنية، المواد 293 مكرر، 314، 315، 316، 317، 318، 327، 328، 442 من قانون العقوبات الجزائري

² - المواد 15، 38 و134 من القانون المدني الجزائري، وأيضا المواد 5، 6 و393 من القانون التجاري الجزائري، المادتين 15 و140 من قانون علاقات العمل.

³ - المواد 36 فقرة 3، 41، 64، 134 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ - القانون المصري رقم 12 لسنة 1996 المتعلق برعاية الأطفال والمعدل والمتمم بقانون 126 لسنة 2008.

⁵ - Chestin et Goubeaux , traite de Droit Civil, Introduction générale, tome1, 2^{ème} édition, Paris, France, 1983, p178.

⁶ - محمد سعيد جعفرور، مدخل على العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 16.

وبالأخص فكرة الاستثناء بقيمة معينة، ومنه يعرف الفقه البلجيكي دابان الحق حسب المذهب الحديث بأنه: " انتماء أو استثناء أو اختصاص شخص بشيء أو بقيمة انتماء أو استثناء أو اختصاصا يحميه القانون.¹ وعليه، إن الطفل له حقوق عامة أو حقوق خاصة، وله حقوق شخصية أو حقوق عينية يمنحها له المشرع، ويحيطها بطرق الحماية القانونية، فيكتسب هذه الحقوق بمجرد اكتسابه للشخصية القانونية كونه انسان بمجرد ولادته حيا، أو حتى منذ خلقه كجنين في بطن أمه إلى غاية بلوغه سن البلوغ.² ولا يجوز للطفل التنازل عن حقوقه في مرحلة الطفولة، فجنده هنا غير مؤهلا لذلك، ويكون بحاجة إليها لرعايته وحمايته، فمباشرتها تكون من طرف وليه أو وصيه، ومثالها: حق التسمية، حق السكن، حق الحضانة، الحق في الصحة، الحق في التعليم وإلى غيرها من الحقوق.³

الفرع الثاني: أنواع حقوق الطفل

بموجب اتفاقية حقوق الطفل الصادرة سنة 1989، تم منح الأطفال حقوقا متعددة تنقسم في أنواعها تبعا لموضوعها، وللمصلحة التي تستند منها وأطراف العلاقة القانونية التي تقوم عليه إلى قسمين، فيتمثل القسم الأول في الحقوق الدولية التي تنقرر بموجب قواعد القانون الدولي العام، وأما القسم الثاني فيتمثل في الحقوق الداخلية التي تنقرر للأفراد بموجب القانون الوضعي الداخلي للدولة، سواء فيما بين الأفراد تجاه بعضهم البعض، أو تجاه الدولة وسلطاتها فيما بينها أو في مواجهة المواطنين،⁴ وهذه الأخيرة بدورها تنقسم إلى حقوق سياسية، وقد منحت هذه الحقوق لأول مرة للطفل في الاتفاقية المذكورة أعلاه،⁵ وحقوق غير سياسية أي حقوق مدنية. ونجد أن الحقوق المدنية هي تلك الحقوق التي لا تكون لها الصفة السياسية، فهي تهدف إلى حماية الأفراد ومصالحهم، وتنقسم إلى حقوق غير مالية التي لا تهدف بشكل أصيل إلى الحصول على غايات اقتصادية مالية، وهي تنقسم بدورها إلى حقوق الشخصية وحقوق أسرية، فحقوق الشخصية هي الحقوق التي تثبت لطفل بمجرد وجوده وتحفظ له مقومات هذا الوجود، وتمكنه من الإفادة من نشاطه بحكم كونه انسانا،⁶ وأما الحقوق

¹ - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1978، ص 20.

² - مخلد الطراونة، "حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية والتشريعات الأردنية"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2، 2003، ص 272.

³ - فاطمة خلف كاظم، المرجع السابق، ص 429.

⁴ - عبير نجم عبد الله الخالدي، "حقوق الطفل في ظل الأزمات المجتمعية، الطفل العراقي أنموذجا"، مجلة البحوث التربوية والنفسية، جامعة بغداد، العدد 33، ص 190.

⁵ - أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 241.

⁶ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 54، 55.

الأسرية تنشأ من العلاقات التي تقوم في أساسها على الزواج، ومنه تنشأ حقوق للطفل تتطلب الحماية من طرف
المشرع.¹

وبالنسبة للحقوق المالية هي تلك الحقوق الخاصة التي تصلح للتداول في سوق التعامل، ويمكن تعريف
الحق المالي بأنه اختصاص الشخص بمال أو بشيء يمكن التعامل فيه اختصاصا بقوة القانون، وتخص علاقة
الشخص بغيره، ويمكن أن يكتسبها الطفل بمجرد اكتسابه الشخصية القانونية، كما يمكن أن يكتسبها حتى
ولو كان جنين في بطن أمه كحق النسب، حق الإرث والوصية...

المبحث الثاني: الحماية القانونية المقررة للطفل حسب التشريع المدني الجزائري

حاولت التشريعات المقارنة بصفة عامة، والتشريع الجزائري على وجه الخصوص حماية الطفولة ورعايتها
في شقها المدني، فنجد المشرع قد أقر حقوق تنشأ مع الطفل منذ خلقه جنينا في بطن أمه إلى ولادته وذلك
بحقه في الحياة، وقد توزعت مظاهر الحماية المدنية للطفولة في عدة قوانين كالتقنين المدني، تقنين الأسرة،
تقنين العمل والتقنين التجاري إلى غيره من فروع القانون الخاص.

ولنتعرض للحماية القانونية المقررة للطفل حسب التشريع المدني الجزائري، ونجد أن هذه الحماية تبدو في
نوعين من الأحكام القانونية، فيتمثل النوع الأول في الحماية القانونية المقررة للطفل والحفاظ على حياته منذ
ولادته حيا،² ونجدها في أحكام المعاملات المالية من خلال حمايته كشخص قانوني عند اكتساب الحقوق أو
أثناء القيام بالتصرفات القانونية، وقررها المشرع الجزائري في التقنين المدني.

وأما النوع الثاني من الحماية المدنية المقررة على للطفل، فتتمثل في تقرير أحكام الأحوال الشخصية
المنصوص عليها في القانون الأسرة الجزائري، ويكون ذلك من خلال تقرير الحقوق الأسرية المتمثلة في حقه في
ثبوت النسب، الميراث، النفقة، والوصية وغيرها من الحقوق، ومنه نتناول الحماية القانونية لحقوق الطفل في
أحكام المعاملات المالية وأحكام الأحوال الشخصية في مطلبين متتاليين.

¹ - علي أحمد صالح، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص 41.

² - المادتين 25 و 26 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: مظاهر الحماية المدنية المقررة للطفل في قواعد المعاملات المالية

حمى المشرع الجزائري الطفل في قواعد المعاملات المالية المقررة في القانون المدني منذ اكتسابه الشخصية القانونية بولادته حيا إلى غاية وفاته، وهو ما يؤكد أن الحماية القانونية المقررة هنا تكمن في جانبين، فيتمثل الجانب الأول في اكتسابه الحقوق وأما الجانب الثاني فيتمثل في تحمله بالالتزامات عند القيام بالتصرفات القانونية.

ولنتعرض للشخصية القانونية للطفل حسب التشريع الجزائري، الحماية المدنية المقررة للطفل غير المميز والطفل المميز في ثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول: الشخصية القانونية للطفل حسب التشريع الجزائري

تنشأ الشخصية القانونية للطفل بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، فإذا ولد الطفل ميتا فلا تثبت له هذه الشخصية، وتتحقق حياة الجنين وقت الولادة بعلامات مميزة كالنبكاء والصراخ والحركة، فإذا ثبتت حياة المولود فله الشخصية القانونية، وكما ترتب له الحقوق التي يقرها القانون،¹ وقد جاء في المادة 25 من القانون المدني الجزائري أنه تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط يولد حيا.

والمقصود بتمام ولادته، خروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما، ومنه فلا شخصية قانونية للجنين الذي يموت أثناء عملية الولادة، ولا يكف تمام انفصاله عن أمه وخروجه كاملا حتى ثبوتها، إنما يجب تحقق حياته ولو لحظة واحدة هي لحظة تمام انفصاله.²

وكما تثبت واقعة الميلاد والوفاة بالقيود في السجلات المعدة لذلك، وإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الاثبات بأية طريقة مدنية.³

إذن ثبوت الشخصية القانونية للطفل حسب المادتين 25 و 26 من القانون المدني الجزائري، يعني أن الحماية القانونية المقررة له هي حماية حقوقه التي يكتسبها والمتعلقة بشخصه أو بماله، وكذا تحمله بالالتزامات أي حمايته بتحديد مسؤولياته المدنية.

1 - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 82.

2 - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 82.

3 - المادة 26 من القانون المدني الجزائري، لإثبات واقعة الميلاد وتاريخها أهمية بالغة بالنسبة إلى كل من مصلحة الشخص نفسه ومصلحة دولته، لذا لم يترك المشرع الجزائري المسألة للأفراد ينظموها كما يشاؤون، بل نظمها بإجراءات محددة وخصصت لها سجلات خاصة بها.

الفرع الثاني: الحماية المدنية المقررة للطفل غير المميز

فيما يخص المسؤولية المدنية المتعلقة بالطفل، فالمشرع الجزائري قرر أحكام الأهلية التي تحميه، ف جاء في المادة 40 من القانون المدني الجزائري أنه كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر سنة، وهذه هي الأهلية القانونية أي السن التي تمكنه كشخص طبيعي من مباشرة الحقوق بنفسه إذا كان قادراً على ذلك، والاختصاص لنظام الولاية على المال إذا كانت أهلية الأداء لديه ناقصة أو معدومة، لأن التمتع أو اكتساب الحقوق أمر، والقدرة والولاية على المال أمر آخر.¹

ولكن المشرع الجزائري حماية للطفل القاصر أقر سن التمييز، فلا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر سنه أو عته أو جنون، ويعتبر غير مميز² من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة، وفقد جعل التمييز في هذه السن،³ فالطفل الذي يكون أقل من هذه السن يكون عديم التمييز أي عديم الأهلية، ولا يستطيع إبرام أي تصرف قانوني ولو كان هذا التصرف نافعا نفعاً محضاً، وإلا كان باطلاً حتى ولو أذن له وليه. وكما هو معلوم أن أهلية الطفل كشخص قانوني تنقسم إلى قسمين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فإذا كان المقصود بالأهلية صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، أطلق عليها أهلية الوجوب، وإذا كان المقصود بها القدرة على ممارسة الأعمال والتصرفات القانونية على وجه يعتد به القانون، أطلق عليها أهلية الأداء.⁴

وإن الطفل منذ ولادته إلى أن يبلغ سن التمييز، وإن كانت أهلية الوجوب تثبت له كاملة، فلا تثبت له أهلية الأداء إطلاقاً، لأن الوعي مفقود لديه أو بعبارة أدق يفترض فيه ذلك، وبالتالي فهو يظل في هذا الطور من عمره فاقداً أهلية الأداء توهم الشخص لتصرفات قانونية تعتمد التعقل، والطفل لا يعي هذه التصرفات في هذه المرحلة لانعدام مناط أهلية الأداء الذي هو الإدراك والتمييز، فجميع تصرفاته في هذه الفترة تعتبر باطلة.⁵ ومنه يترتب عن انعدام أهلية الأداء لدى الطفل غير المميز، أنه لا يصلح لمباشرة التصرفات القانونية أياً كان نوعها، سواء كانت نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة أو ضار ضرراً محضاً كالتبرعات بالمال للغير، أو الدائرة بين النفع والضرر كبيع مال له أو شراء سيارة لنفسه ولو بإذن وليه، وإذا أقدم على تصرف من التصرفات القانونية كان هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً.⁶

¹ - سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 507.

² - الطفل في المرحلة انعدام التمييز يسمى: الصبي غير المميز أو عديم التمييز أو عديم الأهلية أو القاصر غير المميز.

³ - المادة 42 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - علي أحمد صالح، المرجع السابق، 105.

⁵ - سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص ص 523، 524.

⁶ - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، 1985، ص 812.

ويكون لكل من له مصلحة من ابطال التصرفات القانونية أن يتمسك به، وكما يقضي به القاضي من تلقاء نفسه لأنه من النظام العام،¹ ويترتب على الحكم بالبطلان رد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد،² وينوب عن الطفل في هذه الحالة وليه، ونجد أن حق المطالبة بإبطال التصرفات القانونية وولاية الأب على أمواله³ هي بمثابة حماية مدنية أقرها المشرع الجزائري للطفل، فيقوم مقام الصغير غير المميز في مباشرة ما تدعو إليه الحاجة من العقود والتصرفات القانونية المختلفة، إذن يتولى أموره قانونا وليه أو وصيه.⁴

الفرع الثاني: الحماية المدنية المقررة للطفل المميز

جاء في نص المادة 43 من القانون المدني الجزائري أنه كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون، ويعرف التمييز بآثاره التي تبدو في تصرفات الصبي، وهذه الآثار لا تظهر دفعة واحدة بل تظهر تدريجيا، إذ تسبقه آثار من التعقل، أي له درجة من الإدراك والتمييز ليس كعديم الأهلية.

فإذا بلغ الطفل سن التمييز أصبح استعداداه في حال وسط بين الصغير عديم الأهلية والبالغ الراشد، وهو ما يفسح المجال في التصرفات القانونية بصورة مقيدة، لأنه لا يزال في حاجة إلى حماية نفسه من نفسه، حيث لا يزال عقله غير ناضج.⁵

فحكم تصرفات الطفل في مرحلة التمييز يتوقف على نوعها، فإذا كانت نافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة، وإذا كانت ضارة ضرراً محضاً تعتبر باطلة بطلاناً محضاً ولا تصح فيها الإجارة، وأما التصرفات الواقعة بين الضرر والنفع تكون قابلة للبطلان لمصلحة القاصر بواسطة وليه،⁶ ولما كانت قدرة ناقص الأهلية على التمييز محدودة، وكان التصرف يدور بين النفع والضرر، فإنه لا يؤمن على تقدير ما يجره عليه التصرف من نفع أو ما يلحقه من خسارة، فكان تصرفه موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي، وهذا تحقيقاً للحماية القانونية للطفل أثناء أداء تصرفاته القانونية.

¹ - المادة 102 من القانون المدني الجزائري

² - محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2006، ص 151.

³ - المادة 44 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - المادة 81 من القانون المدني الجزائري.

⁵ - سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 542، 543.

⁶ - المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: مظاهر الحماية المدنية المقررة للطفل في أحكام الأحوال الشخصية

إذا تحققت في المولود شرط الولادة حيا وانفصاله انفصالا تاما عن أمه، تثبت له الشخصية القانونية، فيصبح أهلا للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات التي يقرها القانون ولو توفي بلحظات بعد ولادته، وإن كان الأصل هو أن الشخصية القانونية تثبت للإنسان بتمام ولادته حيا، ولكن المشرع الجزائري اعترف للجنين قبل ولادته ببعض الحقوق،¹ وعلى سبيل المثال حق النسب،² الإرث³ والوصية،⁴ غير أن هذه الحقوق تبقى معلقة على شرط الولادة حيا، فإذا ولد ميتا فإن حصته تدخل في تركة الموصى وتوزع على الورثة.⁵

ونجد الطفل حسب أحكام الأحوال الشخصية يتمتع بنوعين من الحقوق، فيتمثل النوع الأول في الحقوق الأسرية غير المالية وتنشأ من علاقة الزواج مثل حق الطفل في اسم، الحق في النسب، الحق في الحضانة والرضاعة، ويتمثل النوع الثاني في الحقوق الأسرية المالية كالحق في النفقة، الحق في الإرث، الحق في الوصية والهبة، وكلا من هذين النوعين من الحقوق ينشأ بموجب علاقة القرابة، فهي تحدد الكيان الشخصي للطفل أو الحالة الشخصية، ولهذا جعل المشرع الجزائري أمر تحديد هذه الحقوق في قانون الأسرة، ولنتعرض الحماية القانونية لحقوق الطفل المقررة في أحكام الأحوال الشخصية في فرعين متتاليين.

الفرع الأول: حماية الطفل في الحقوق الأسرية غير المالية

يقرر هذا النوع من الحقوق الأسرية غير المالية في أحكام قانونية من أجل تحقيق الحماية للأطفال، وأول أثر عن اكتساب الشخصية القانونية هو حق الطفل في اسم لتمييزه عن غيره من الأشخاص القانونية الخاصة الأخرى، الحق في النسب لأبيه، والحق في الحضانة والرضاعة.

بالنسبة لحق الطفل في الاسم، لم يحدد قانون الأسرة الجزائري على من يقع عليه اختيار الاسم للطفل، وأحيل ذلك للمادة 64 من القانون المدنية، فالطفل ينسب لأبيه سواء كان ذكرا أم أنثى، فيحمل لقب أبيه

¹ - إن الجنين في بطن أمه يكون مصيره بين الوجود والعدم، وهو ما يتضح من الفقرة 2 المادة 25 من القانون المدني الجزائري، وحيث جاء في حكمها ما يلي: "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

² - نصت المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر تاريخ الانفصال أو الوفاة".

³ - المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري جاء فيها ما يلي: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الإرث".

⁴ - المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: "تصح الوصية للعمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"، والمادة 844 من القانون المدني "الحمل المستكن".

⁵ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 135.

وليس لقب أمه، والاسم هو حق يطلق على الشخص لتعيينه بين أقرانه تعينا خاصا،¹ وقد أوجب المشرع الجزائري أن يكون لكل شخص طبيعي لقب "اسم الأسرة" واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده،² وكما يجب أن تكون من الأسماء الجزائرية، وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين،³ وكما يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها، القانون المتعلق بالحالة المدنية.⁴

وأما حق الطفل في النسب هو من الحقوق الشرعية التي تترتب عن عقد الزواج، فينسب الطفل لأبيه،⁵ ويثبت النسب بالزواج الصحيح، أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج ثم فسخه قبل الدخول،⁶ فأحكام النسب مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية،⁷ فتبوت نسب الطفل لأبيه يعطي هذا الأخير حق الولاية على الطفل، وكما يثبت له حق تجاه أمه وهو الحق في الحضانة والرضاعة.

وفيما يخص حق الطفل في الحضانة والرضاعة، فيحتاج كل إنسان في مرحلة طفولته إلى من يعتني به ويقوم بأموره وتربيته، فكان لابد من إسناد مصالحه والنظر في أموره إلى غيره، ولما كان أبواه أقرب الناس إليه وأكثرهم شفقة عليه فقد جعل المشرع الجزائري رعاية مصالحه إليهما، مراعيًا في ذلك ما هو الأصح للصغير.⁸

إن اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 أقرت حق الرضاعة والحضانة من الحقوق الممنوحة له، والمتعلقة بتغذيته ورعايته، فبمولادته حيا يقع واجب إنساني على الأم هو إرضاع طفلها وتغذيته⁹ في مرحلة الحضانة، وهذه المرحلة قد حافظ فيها الإسلام على مصلحة الطفل فوجب إنجاء له من الهلكة، وثبتت مشروعيتها في قوله عز وجل: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة".¹⁰

1 - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 94.

2 - الفقرة 1 من المادة 28 من القانون المدني الجزائري.

3 - الفقرة 2 من المادة 28 من القانون المدني الجزائري.

4 - المادة 29 من القانون المدني الجزائري.

5 - عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، "حقوق الأولاد قبل الوالدين، مجلة كلية الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1994، ص 400.

6 - المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري

7 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، دار الجامعة بيروت، 1983، ص 969.

8 - تطرق المشرع الجزائري لموضوع حضانة الطفل في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري.

9 - فاطمة خلف الله كاظم، المرجع السابق، ص 263.

10 - الآية 233 من سورة البقرة.

والحضانة في تعريفها اللغوي هي ضم الولد وتربيته، فالمرأة إذا حضنت ولدها تسمى المرأة الحاضنة. وأما معناها الاصطلاحي فهي تربية الولد ورعاية شؤونه لمن له الحق في الحضانة حتى يبلغ سنا معينة،¹ وعرفها المشرع الجزائري بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك.²

وتكون حضانة الطفل للأم فهي أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة،³ وهذا الترتيب أصلاً مستمد من الفقه الإسلامي، وتوفيراً لحماية الطفل، فإنه يقوم أساساً على قرابة الأم مقدمة على الأب عند اتحاد درجة القرابة، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق، وكما أن الجدة مقدمة على الأخت المطلقة لأن اتصال الصغير بالجدة عن طريق الولادة فهو جزء منها، فكانت أولى بحضانتها.⁴

ولما كان أهم حق يتعلق بالحضانة هو حق الزيارة، فإننا نجد من الناحية العملية أنه إذا ما أسندت الحضانة للأم، فكثيراً من الأحيان تتعسف في استعمال حقها في الحضانة من خلال منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية، بحيث تمنعهم من رؤيته، وحيث أنه جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا أن المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أوجبت على القاضي حين يقضي بإسناد الحضانة إلى أهم أن يمنح للأب حق الزيارة بأن يتفقد أبنائه ويراقبهم ويحميهم من أي خطر يراه محققاً بهم.⁵

وتتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج،⁶ كما نص على إمكانية تمديدتها بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون.⁷

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يشر في المادة 65 من قانون الأسرة إلى فرض قانوني مهم، وهو رغبة في الانتقال إلى العيش مع الطرف الآخر، فكثيراً ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص 379.

² - المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج الطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، دون مكان النشر، 2007، ص 315.

⁵ - قرار رقم 59784، الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16/04/1990، المجلة القضائية، العدد الرابع 1991، ص 128.

⁶ - سن الزواج بالنسبة للأنثى 19 سنة، وهو ما جاء في نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

⁷ - المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري.

إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة، مثلا بسبب تعوده العيش مع أمه لفترة طويلة، ويجد القاضي نفسه أمام خيارين اثنين، فيكون الخيار الأول في تطبيقه النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم، ومنه يعود الطفل إلى العيش مع أبيه، وهنا يطرح الإشكال في حالة رفضه العيش مع أبيه، وإما يكون الخيار الثاني في أخذ القاضي بعين الاعتبار مصلحة المحضون دائما.

الفرع الثاني: حماية الطفل في الحقوق الأسرية غير المالية

يقرر هذا النوع من الحقوق الأسرية المالية في أحكام قانونية من أجل تحقيق حماية للأطفال، وهي حق النفقة، حق الارث، والحق في الوصية والهبة.

فحق الطفل في النفقة من الحقوق الأسرية المالية التي تمنح له من أجل إعانته في عيشه، وتعتبر النفقة كل ما يبذله الإنسان من شيء فيما يحتاجه هو أو غيره من الشراء والطعام وغيرها، وهذا حق الطفل على أبيه في أحكام الشريعة الإسلامية،¹ ولقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها".²

وتجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب،³ ولكن في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك،⁴ وتشمل النفقة الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن أو أجرته، وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.⁵

فإذا كان حق الطفل المحضون في السكن مضمون بحيث يكون مكان تواجد حاضنه، فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد عالج مسألة الحق في السكن من خلال المادة 72 من قانون الأسرة بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

¹ - محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبيل الإسلام شرح بلوغ المرام من جميع أدلة الأحكام، الجزء 4، الطبعة 1، مكتبة الصفا، القاهرة، 2005، ص 260.

² - الآية 233 من سورة البقرة.

³ - المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ - المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري.

⁵ - المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

وما يمكن قوله أن المشرع الجزائري حسب المادة 72 المذكورة أعلاه، قد أولى أهمية كبيرة من خلال تقرير حق السكن للطفل، لأنه يعتبر حماية قانونية له حتى بعد فك الرابطة الزوجية، فلا دخل له في المشاكل الأسرية التي تكون بين أبويه، فيبقى دون مأوى، ومنه يقع على عاتق الأب توفير مسكن لائق للطفل في حالة طلاق أمه، وفي حالة تعذر عليه ذلك يدفع بدل ايجار، وحتى أن الحاضنة تبقى في البيت الزوجية إذا لم ينفذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن، وهذا ما يشكل حماية قانونية للطفل ومراعاة لمصلحته.

وحق الإرث جاء في أحكام الشريعة الإسلامية، فنجد في قوله تعالى: "للرجال نصيب مما ترك الوالدين والأقربون، وللنساء نصيب مما قل سنه أو أكثر نصيبا مفروضا"¹، وقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"²

فالطفل يتنوع نصيبه في الميراث بين كونه ذكرا أو أنثى وحسب علاقته بالميت، فقد يرث بالفرض وقد يرث بالتعصيب³، وتناول المشرع الجزائري أحكام الميراث في المواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة. وحق الطفل في الميراث مضمون حتى ولو كان جنين في بطن أمه، فلا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدأت منه علامة ظاهرة بالحياة⁴، إذن اشترط القانون في استحقاقه حق الميراث في تركه مورثه أن يولد حيا، ويظهر عليه ما يدل على الحياة⁵.

وبناء على ذلك إن قانون الأسرة الجزائري استمد أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية، وقد قام بتوفير حماية للطفل من خلال تقرير حق الميراث كحق مالي، وهذا لضعفه وعجزه على كسب المال لأنه صغير البنية، وأيضا قلة أدراكه وحمايته من الاستغلال والاتجار به.

¹ - الآية 07 من سورة النساء.

² - الآية 11 من سورة النساء.

³ - محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال، بدون طبعة، الجزائر 2000، ص38.

⁴ - المادة 134 من قانون الاسرة الجزائري

⁵ - بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الجزائر، 1996، ص30.

وفيما يخص الحق في الوصية والهبة، فقد قام المشرع الجزائري بحماية حقوق الطفل التي تثبت له عن طريق الارث، وكذا الحقوق التي تؤول إليه عن طريق الوصية أو الهبة، ففي هذه الحالة يجب على وليه أو وصيه أن يحافظ على الشيء الموصى له أو الشيء الموهوب له،¹ وينوب عنه وليه أو وصيه في القيام بهذا التصرف القانوني سواء كان عقد وصية أو هبة.

فتعرف الوصية حسب التشريع الجزائري بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع،² وتصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس، وهذا حسب المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري.

وأما الهبة فتعرف بأنها تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشرط،³ وكما تصح كتصرف قانوني للحمل بشرط أن يولد حيا، وهذا بموجب المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري.

وما يمكن قوله مما تقدم أن الحماية القانونية للطفل في أحكام الوصية والهبة قررها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، وقد جاءت من أجل ضمان حقوقه المالية لأنه لا يستطيع كسب المال وبالتالي يعيش في مستوى يليق به، ونجد أن هذه الحقوق المقررة ليس فقط بالنسبة للصغير ولكن أيضا بالنسبة للجنين في بطن أمه.

خاتمة

نخلص من بحث موضوع مظاهر الحماية القانونية لحقوق الطفولة حسب التشريع المدني أن التشريع الجزائري على وجه الخصوص قد قام بحماية الطفولة ورعايتها، ونجده أقر حقوق تنشأ مع الطفل من خلقه جنينا إلى ولادته وذلك بحقه في الحياة، وقد توزعت مظاهر الحماية المدنية للطفولة في عدة تشريعات التقنين المدني، تقنين الأسرة، تقنين العمل والتقنين التجاري إلى غيره من فروع القانون الخاص.

ونجد أن هذه الحماية المدنية تبدو في نوعين من الأحكام القانونية، فيتمثل النوع الأول في الحماية القانونية المقررة للطفل والحفاظ على حياته منذ ولادته حيا، وهي ضمن أحكام المعاملات المالية من خلال حمايته كشخص قانوني يكتسب الحقوق أو أثناء قيامه بالتصرفات القانونية وهي مقررة ضمن أحكام التقنين المدني، وأما النوع الثاني من الحماية المدنية المقررة على الطفل، فتبدو في تقرير أحكام الأحوال الشخصية

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دون مكان النشر، دون سنة النشر، ص 386.

² - المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري.

المنصوص عليها في القانون الأسرة الجزائري، ويكون ذلك من خلال تقرير الحقوق الأسرية المتمثلة في حقه في ثبوت النسب، الميراث، النفقة، الوصية وغيرها من الحقوق.

وعلى ضوء ما سبق ذكره يمكن وضع بعض الاقتراحات نوجزها في الآتي:

- ضرورة وضع قانون خاص بالحماية المدنية للطفولة من طرف المشرع الجزائري، لأنه رغم أن الحماية القانونية للطفل حظت باهتمام قانونية، إلا أنها لم تحقق الحماية المطلوبة في الواقع العملي، وكما أنها لم تصل إلى المستوى المطلوب.

- وضع نص قانوني يتجه صراحة في حالة طلب الزوجة الخلع إلى عدم جواز تنازلها عن حضانة طفلها.

- معاقبة والدي الطفل في حالة الإهمال الأسري، فحضانة الطفل هي مسؤولية تشمل واجبات الرعاية، التربية، الانفاق، التعليم والتحسيس بالدفء العائلي والأمان.

- ضرورة نشر الوعي داخل الأسر، وتفعيل دور وسائل الإعلام، ومنظمات المجتمع المدني، والمؤسسة المسجدية التي تلعب دورا بارزا في التوعية والتحسيس.

مكافحة الجريمة الإلكترونية

أنيس العذار⁽¹⁾

المدرسة الوطنية للمهندسين صفاقس

الملخص:

أضحت الجريمة الإلكترونية اليوم واقعا مفرعا يهدد الدول والأفراد. و يعود ذلك أساسا إلى الإمكانيات المتاحة للمجرم المعلوماتي الذي يستطيع تعطيل موقع الكتروني، يهّم الأمن الوطني أو يقرصن حساب أحد الشخصيات المعروفة، كما يمكنه اختراق البنوك و الاستيلاء على أرصدة عملائها أو بيع معطياتهم البنكية السرية على صفحات الشبكة العنكبوتية.

من جهة أخرى، فإنّ مكافحة الجريمة الإلكترونية ليست بالأمر الهين و ذلك لخصوصية مرتكب الجريمة الإلكترونية و طبيعة الجريمة الإلكترونية في حدّ ذاتها. يتميز المجرم المعلوماتي عادة بذكاء خارق، يجعل من الصعب كشفه باستعمال وسائل التفتيش التقليدية، كما أنّ إثبات الجريمة الإلكترونية من الأمور الصعبة نظرا لصبغتها اللامادية. وهو ما يتطلّب اعتماد أشخاص مدربين ومختصين في تعقب الدليل الرقمي. ويزداد الأمر تعقيدا مع عدم قدرة نصوص التجريم التقليدية على مسايرة تطوّر الجريمة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية:

الجريمة الإلكترونية، المجرم المعلوماتي، الترشيح، الحجب، التشفير، مبدأ التأويل الضيق للقانون الجزائي، التعزير، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية.

تاريخ إرسال المقال: 2018/03/16، تاريخ قبول المقال: 2018/04/02، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: أنيس العذار، "مكافحة الجريمة الإلكترونية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 744-721.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ مساعد، المدرسة الوطنية للمهندسين بصفاقس، جامعة صفاقس ملحق بجامعة المجمع، المملكة العربية السعودية.

المؤلف المراسل: ladhar.anis@gmail.com

Combating cybercrime

Abstract:

Cybercrime has become an alarming reality today for both countries and individuals. This is mainly due to the opportunities available to cybercriminals who can hack into a website that affects national security, or usurp the identity of a famous personality. They can divert money from banks or sell confidential customer data over the internet.

The fight against cybercrime is not easy, because of the specificity of cybercrime. The cybercriminal is generally endowed with an extraordinary intelligence, which makes its capture extremely difficult with the traditional investigation techniques. The fight against the cybercrime is also difficult because of its specificity, which requires the use of qualified investigators. The difficulty is even greater with the ineffectiveness of current laws to adapt quickly to the fast evolution of cybercrime.

Key words

Cybercrime, cybercriminal, filtering, blocking, encryption, interpretation of criminal law, Budapest Convention.

La lutte contre la cybercriminalité

Résumé :

La cybercriminalité est devenue aujourd'hui une réalité alarmante, aussi bien pour les pays que pour les individus. Cela est dû principalement aux possibilités offertes aux cybercriminels. Ces derniers, peuvent pirater un site Internet touchant à la sécurité nationale, ou usurper l'identité d'une personnalité connue, comme ils peuvent détourner l'argent des banques ou vendre les données confidentielles de leurs clients sur Internet.

Par ailleurs, la lutte contre la cybercriminalité n'est pas aisée, en raison de la spécificité du cybercriminel et de la nature du crime cybernétique. Généralement, le cybercriminel est doté d'une intelligence qui sort de l'ordinaire, ce qui rend sa capture difficile avec les moyens d'investigation classiques. En plus, la preuve du crime cybernétique est difficile à apporter en raison de son caractère matériel, ce qui nécessite le recours à des personnes qualifiées en matière de preuve électronique. La difficulté est d'autant plus grande avec l'incapacité des textes d'incriminations ordinaires à s'adapter à l'évolution de la cybercriminalité.

Mots clés :

Cybercriminalité, cybercriminel, filtrage, blocage, chiffrement, interprétation étroite du droit pénal, Convention de Budapest.

مقدمة

تُعدّ الجريمة الإلكترونية من الجرائم المستحدثة¹، فقد تزامن ظهورها مع ظهور الحاسب الآلي و الإنترنت²، وهي إفراز لما نعيشه اليوم من ثورة معلوماتية³. رغم حداثة هذه الجريمة، إلا أنّها أضحت تشكّل تهديدا حقيقيا للدول والأفراد⁴، يتجاوز أحيانا خطورة الجرائم التقليدية. ويزداد الأمر تعقيدا مع انتشار الجريمة الإلكترونية، إذ تُرتكب في العالم جريمة كل ثلاث دقائق عبر شبكة الأنترنت⁵. وقد ساهم انتشار الإنترنت في أنحاء العالم في تزايد عدد هذه الجرائم، حيث أنّ حوالي 10% مما يتم تبادلته عبر الإنترنت مخالف للقوانين⁶. و قد وُصفت الجريمة الإلكترونية بأنها جريمة تقاوم التعريف، نتيجة اختلاف التعريفات و تفاوتها. ومن بين هذه المحاولات، التعريف الصادر عن منظمة التعاون الاقتصادي للتنمية (OCDE)، حين عرّفت الجريمة الإلكترونية بأنها "كل فعل أو امتناع من شأنه الاعتداء على الأموال المادية والمعنوية، يكون ناتجا بطريقة

¹ سُجّلت أول حالة اعتداء أمني على شبكة الإنترنت في عام 1988 م، حين قام "روبرت موريس" الطالب في جامعة "كورنل" بتطوير فيروس (عُرف لاحقا باسم فيروس موريس). وقد استغل هذا الفيروس ثغرة في نظام البريد الإلكتروني المستخدم آنذاك مكنته من استنساخ نفسه ونقل نسخة إلى عدد كبير من أجهزة الحاسب الآلي المرتبطة بالشبكة. أحدث هذا الفيروس شللا مؤقتا في جميع الأجهزة التي أصابها، والتي كانت تمثل حوالي 10% من مجموع الأجهزة المرتبطة بالشبكة آنذاك وتسبب في خسارة قدرها 15 مليون دولار. (إلياس بن سمير الهاجري، "أمن المعلومات على شبكة الأنترنت"، ندوة حقوق الملكية الفكرية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2004 م، ص 137).

² ظهرت الأنترنت في وزارة الدفاع الأمريكية وتم تطبيقها كتجربة داخل الولايات المتحدة بمعرفة الهيئات العلمية المتخصصة سنة 1969. وكانت الفكرة في البداية تقوم على ربط الحواسيب الآلية ببعضها البعض في مراكز البحث وفي كلّ منطقة في كل مدينة على حدة وقد رأى المشروع رأى النور أثناء الحرب الباردة وبالتحديد سنة 1969م، وسميت الشبكة آنذاك ARPANET.

³ حول الثورة المعلوماتية، انظر : سمير ابراهيم حسن، "الثورة المعلوماتية، عواقيها وآفاقها"، مجلة جامعة دمشق، المجلد 18، العدد الأول، 2002، ص 207. وهناك من يتحدث اليوم عن طوفان رقمي أو انفجار رقمي (انظر كتاب "الطوفان الرقمي"، هال أبلسون وهاري لويسوكين ليدين، ترجمة أشرف عامر، نشر إلكتروني لمؤسسة هنداوي).

⁴ في سنة 1434 هـ، تعرضت الشركة النفطية السعودية "أرامكو" إلى هجوم إلكتروني من طرف مجهولين ومن أربع قارات تسبب في إحداث أضرار بالشبكة الداخلية للشركة. كان الهدف من وراء هذا الاختراق هو وقف تدفق الزيت والغاز الى الاسواق المحلية والعالمية، بما يضر بشكل مباشر باقتصاد المملكة العربية السعودية و يحدث ارتباكا في أسواق النفط العالمية، وهو ما تمكّنت الشركة من تجنبه. وقد قال المتحدث الرسمي لوزارة الداخلية خلال المؤتمر الصحفي الذي عقده وزارة الداخلية وشركة "أرامكو" إثر الاعتداء الإلكتروني أنّ الوزارة بصدد إنشاء مركز وطني متخصص في محاربة الجرائم الإلكترونية وجميع ما يهدد أمن واستقرار الشركات السعودية المتخصصة في النفط والغاز والبتروكيماويات (انظر : جريدة الرياض، العدد 16240 الصادر في 26 محرم 1434 هـ).

⁵ انظر : ناصر بن محمد البقمي، "جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري -2009 م، ص 23.

⁶ P. Sirinelli, « Conclusions » in, *La galaxie Internet, L'impératif de la conquête*, Edition Unicomm 1999, p. 220.

مباشرة أو غير مباشرة عن تدخل التقنية المعلوماتية⁷. من جهة أخرى، عرّف مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاينة المجرمين، المنعقد في فيينا سنة 2000 م، الجريمة المعلوماتية بأنها "أية جريمة يمكن ارتكابها بواسطة نظام حاسوبي أو شبكة حاسوبية، أو داخل نظام حاسوب، والجريمة تلك تشمل من الناحية المبدئية جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في بيئة إلكترونية"⁸. هذا التعريف يقترب من التعريف الوارد بالمادة الأولى من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية⁹ الذي يُعرّف الجريمة المعلوماتية بأنها "أي فعل يرتكب متضمنا استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بالمخالفة لأحكام هذا النظام". وقد جاء هذا النظام لمجابهة الجرائم الإلكترونية التي ازداد عددها و تفاقمت خطورتها، أمام غياب نظام خاص يردع مرتكبيها.

وتتميز الجريمة الإلكترونية بكلفتها الباهظة، فقد أشارت دراسة حديثة صادرة عن مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية ، CSIS إلى أنّ جرائم الإنترنت تكلف الاقتصاد العالمي نحو 445 مليار دولار كل عام، وأنّ الأضرار التي لحقت بقطاع الأعمال نتيجة سرقة الملكية الفكرية تتسبب في خسارة للأفراد بحوالي 160 مليار دولار¹⁰. و المقلق في الأمر هو أنّه لا أحد في منأى عن الجريمة الإلكترونية، فعلى سبيل المثال تشهد منظومات وزارة الدفاع الأمريكية سنويا قرابة 250 ألف هجوم، و حسب تقارير مجلس الكونجرس الأمريكي فإنّ 162 ألفا منها تنجح في الدخول إلى المنظومات المعلوماتية للبنتاغون¹¹. ولم تسلم الشرطة الدولية "الإنتربول" من الهجمات الإلكترونية، فقد أقرّ المدير التنفيذي لخدمات الشرطة في الإنتربول "جون ميشال لوبوتين" تعرّض "الإنتربول" إلى عدة اختراقات، من ذلك هجمات من نوع "بوتنت" التي تسيطر على الأجهزة، كما تتعرّض حواسبها لمئة ألف هجوم يوميا في مواقعها الإلكترونية حول العالم¹².

من جهة أخرى اتّسع مجال الجرائم الإلكترونية ليشمل دول الشرق الأوسط الذي أصبح أحد أكبر المستهدفين بالجريمة الإلكترونيّة في العالم. و قد صنّفت المملكة العربية السعودية على أنّها أكبر مصدر

⁷ أنظر : أحمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2005 م، ص 96.

⁸ أسامة أحمد المناعسة، جرائم الحاسب الآلي والآنترنت، دار وائل، عمان، الأردن، ط 1، 2001 م، ص 77.

⁹ في 16/9/1427 هجري، صدر قرار مجلس الوزراء رقم 79، القاضي بالموافقة على نظام مكافحة جرائم المعلوماتية و المتوج بالمرسوم الملكي رقم (م 17) بتاريخ 8/3/1428 هجري. وكان قد عُهد في البداية إلى لجنة النقل والاتصالات وتقنية المعلومات في مجلس الشورى بدراسة نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، وأنهت تقريرها بشأنه معتبرة أنّ إصدار نظام مكافحة جرائم المعلوماتية يأتي لازدياد الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي والآنترنت. (انظر ناصر بن محمد البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري -2009 م، ص 210).

¹⁰ مقال بعنوان "الجريمة الإلكترونية تُكلف الاقتصاد العالمي 445 مليار دولار سنويا، مقال صادر عن البوابة العربية للأخبار التقنية <http://aitnews.com>.

¹¹ رضا مثناني، "مجتمع المعلومات والتنمية، أية علاقة؟"، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثالثة، تونس 2009، ص 471.

¹² انظر : مجلة الاتصالات والعالم الرقمي، العدد 252، 13/5/1429 (مرجع ذكره ناصر بن محمد البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري -2009 م، ص 23).

وهدف في نفس الوقت لأعمال إجرامية على الإنترنت بمنطقة الشرق الأوسط، محتلة بذلك الرقم 38 على مستوى الترتيب العالمي¹³. ويمكن تفسير استهداف المملكة بالجرائم المعلوماتية بما تعرفه من طفرة في مجال الإنترنت والتجارة الإلكترونية، حيث أنّ نصف سكان المملكة يستعملون الإنترنت¹⁴، بما يجعلها تحتل المرتبة الثانية في الشرق الأوسط على مستوى عدد السكان المستعملين للإنترنت¹⁵.

هذه الأمثلة الواقعية، تبين تنامي الجريمة الإلكترونية وتدفعنا إلى طرح السؤال التالي: إلى أي مدى يمكن إيجاد حلول عملية لمكافحة الجرائم الإلكترونية؟

على هذا السؤال سنتعرض في مرحلة أولى إلى الصعوبات التي تقف أمام مكافحة الجريمة الإلكترونية (المبحث الأول)، لتعرض فيما بعد إلى الطرق الممكنة لمكافحة الجريمة الإلكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: صعوبة مكافحة الجريمة الإلكترونية

تشير الجريمة الإلكترونية عدة صعوبات تحول دون مكافحتها بشكل ناجح. ويمكن أن تكون هذه الصعوبات مرتبطة بمرتكب الجريمة الإلكترونية (المطلب الأول) أو بطبيعة الجريمة الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بمرتكب الجريمة الإلكترونية

على خلاف الجرائم التقليدية التي لا يتطلب ارتكابها في الغالب مهارات من نوع خاص، فإنّ الجريمة الإلكترونية تتطلب قدرا من الذكاء والمعرفة الدقيقة بالحاسب الآلي والشبكة المعلوماتية، لا يتوفر لدى الشخص العادي. وعادة ما يكون مرتكب هذه الجريمة شخصا متمكنا من مجال الحاسب الآلي والإنترنت، ويمتلك قدرا من الفطنة والذكاء يسمح له بخرق قواعد السلامة المعلوماتية واختراق أنظمة الحماية المعقدة. ويمكن تقسيم المخترقين إلى صنفين¹⁶ : المتسللون¹⁷ Hackers وهم "أشخاص يصلون بطرق غير قانونية إلى

¹³ محمد الجندي، "الجريمة الإلكترونية في الشرق الأوسط"، مقال منشور في <http://www.alukah.net/Sharia/0/2982>

¹⁴ بلغ عدد مستعملي الأنترنت في المملكة في منتصف سنة 2012 م ثلاثة عشر مليون مستعمل.

(المصدر : www.internetworldstats.com).

¹⁵ انظر : www.internetworldstats.com.

¹⁶ ناصر بن محمد البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري - 2009 م، ص 5.

¹⁷ هناك من يصفهم ب"القراصنة الهواة" (انظر مذكرة صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الأنترنت، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تزي وزو، 2013، ص. 33).

المعلومات في نظام حاسوبي، كما أنهم قد يبادرون لتعديل هذه المعلومات¹⁸، دون أن يعلم هؤلاء في الغالب نتيجة ما قاموا به من أعمال، و المخربون¹⁹ Crackers ولا يقتصر دورهم على اختراق اجراءات الحماية ، بل يقومون بالعبث بالبيانات والمعلومات المخزنة على تلك الحاسبات والشبكات.

وسواء تعلق الأمر بالمتسللين أو بالمخربين فإنّ الوصول إليهم يبقى أمرا صعبا، و أحيانا شبه مستحيل، إذا ما تحصّن المجرم الإلكتروني وراء اسم مستعار أو اعتمد حاسبا آليا لشخص آخر بحيث يعجز الأمن على تعقبه. و عادة ما يعيق المجرم في جرائم الإنترنت سلطات التحقيق عن الوصول إلى الدليل بثتى الوسائل، كمسح برامج أو وضع كلمات سرية ورموز، وقد يلجأ لتشفير التعليمات لمنع إيجاد أي دليل يدينه²⁰. على سبيل المثال، تطلب إيقاف الهاكر الجزائري "حمزة بن دلّاج"، المتهم باختراق 217 بنكاً عبر العالم، ثلاث سنوات من التعقب من طرف مكتب التحقيقات الفيدرالي الأمريكي و تنسيقا دوليا حتى تمكنت قوات الأمن ببانكوك من إيقافه²¹.

ويتميز المجرم المعلوماتي بخصائص تُميّزه عن المجرم التقليدي²²، ويرمز إليها الأستاذ Parker بكلمة SKRAM هي المهارة Skills والمعرفة Knowledge والوسيلة Ressources والسلطة Authority والباعث Motives²³. و يتمتع المجرم المعلوماتي بالمهارة والمعرفة الكافيتان لاختراق المواقع الالكترونية و كسر حواجز الشفرة. ويُعدّ المجرم المعلوماتي في نظر الكثير من الباحثين من نوابغ المجرمين، نظرا لما يمتلكه من قدرة على التعامل مع وسائل التقنية الحديثة، و من إمكانية إخفاء الأدلة المادية للجريمة و التخفي وراء الأسماء المستعارة²⁴. و هناك من يعتبر بأنّ الجرائم الإلكترونية هي من أعراض "مرض النخبة"²⁵. وعادة ما يكون هؤلاء

¹⁸ ناصر بن محمد البقمي، نفس المرجع.

¹⁹ هناك من يصفهم بالقرصنة المحترفين.

²⁰ محمد عبد الرحيم سلطان العلماء، " جرائم الإنترنت والاحتماب عليها"، مؤتمر القانون والكمبيوتر و الأنترنت، منعقد من 1 إلى 3 ماي 2000 بجامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المجلد الثالث، الطبعة الثالثة، 2004 م، ص 87.

²¹ انظر المقال الإلكتروني "بعد اختراقه عشرات البنوك الهاكر الجزائري حمزة بن دلّاج في قبضة الـ FBI" المنشور في موقع : www.mbc.net

²² لمزيد التفاصيل حول خصائص المجرم المعلوماتي، انظر عادل يوسف عبد النبي الشكري، الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجزائرية، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، 2008 م، ص 117.

²³ نائلة عادل قورة، "جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية"، ص 56 (مرجع ذكره ناصر بن محمد البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري -2009 م، ص 44).

²⁴ عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الاجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والأنترنت، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2006، ص 14.

²⁵ انظر محمد رؤوف المراكشي، القانون الجنائي للإعلامية، محاضرة أقيمت في إطار الجمعية التونسية للقانون الجنائي، مجلة القضاء والتشريع، عدد 3 لسنة 1985 م، ص 40.

المجرمين من المتحصّلين على أعلى الشهادات العلمية²⁶. ومن الأمثلة على ذلك ما قام به الطالب الأمريكي Ian Murphy حين عمد سنة 1981، بمعية أصدقائه، إلى استعمال خط هاتفي للدخول إلى ملفات سرّية مخزّنة في حاسوب تابع للحكومة الفيدرالية الأمريكية²⁷. ورغم أنّ دوافع المجرم المعلوماتي لا تختلف عن دوافع المجرمين عامة، إلا أنّ مكنم الخطورة يتمثّل في أنّ المجرم المعلوماتي لا يرى عادة أنّ فعله يمثل فعلاً إجرامياً، وإنّما يُعدّ من قبيل إثبات الذات و تحدّي تقنية المعلومات²⁸.

المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بطبيعة الجريمة الإلكترونية

من أهم الصعوبات التي تحول دون نجاعة مكافحة الجريمة الإلكترونية صبغتها العالمية (أ) إضافة إلى صعوبة إثباتها (ب) و عدم قدرة نصوص التجريم التقليدية على مسايرة تطورها (ج).

أ- الصبغة العالمية للجريمة الإلكترونية المرتكبة عبر الأنترنت

إنّ الصبغة العالمية للجريمة الإلكترونية المرتكبة عبر الأنترنت، تجعل من مكافحتها بطريقة ناجعة و فعّالة أمراً صعباً²⁹. فهي ليست مقصورة على منطقة أو دولة معينة ، وإنّما هي جريمة عابرة للحدود. وغالباً ما يستغل مرتكبو هذه الجرائم هذه الخاصية ، فيستهدفون مواطنين من دولة أجنبية ليجعلوا من تتبعهم ومحاكمتهم أمراً صعباً. ففي الجرائم المتعلقة بقرصنة البطاقات البنكية مثلاً، يعمد القرصنة إلى قرصنة بطاقات لمواطني دولة أخرى ، ثم يبيعون هذه البطاقات عبر الأنترنت إلى أشخاص مقيمين في دولة ثالثة لا ينتمي إليها القرصنة أو ضحاياهم، مما يشنّت مجهودات وحدات الأمن داخل هذه الدول التي تضطر إلى التنسيق على مستوى ثلاثي. ولا تقتصر الصعوبة على هذا المجال، فحتى إذا ما تعهد القضاء بالجريمة المعلوماتية العابرة للحدود وأصدر حكماً بالإدانة ، فإنّه لا يمكن إجبار الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة أو احتّمى بها المجرم على تنفيذ الحكم، و ذلك احتراماً لسيادة هذه الدولة³⁰، وبالأخص إذا كان قانون هذه الدولة لا يجرم الأفعال موضوع الإدانة. ويُطرح هنا مشكل تصادم الصبغة العالمية للأنترنت مع مبدأ إقليمية النص الجزائي الذي يُفيد بأنّ "قواعد

²⁶ انظر الهاشمي الكسراوي، "الجريمة المعلوماتية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 7 لسنة 2006، ص 27.

²⁷ Frédéric Jérôme Pansier et Emmanuel Jez, *La criminalité sur internet*, « Que sais-je ? », 2001, p. 100.

²⁸ انظر: ناصر بن محمد البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري - 2009 م، ص 46).

²⁹ حول الصبغة العالمية للجريمة الإلكترونية انظر : مذكرة صغير يوسف، "الجريمة المرتكبة عبر الأنترنت"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 16.

³⁰ أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة منذ سنة 1965 في قرارها عدد 2131 مبدأ الاستقلالية الدستورية: "كل دولة لها الحق غير القابل للتصرف في اختيار نظامها السياسي (...). من دون أي شكل من أشكال التدخل من أي دولة".

القانون الجنائي لا تطبق إلا في حدود الإقليم الخاضع لسيادة الدولة³¹ و الذي يُعتبر نتيجة طبيعية لتطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات³². وتكمن الصعوبة في أنّ القوانين الجزائية تختلف من بلد إلى آخر. ففي حين يسمح بلد مثل هولندا بتعاطي المخدرات فإنّ سائر بلدان العالم تجرّمه، وفي حين تُجيز عدة بلدان غربيّة القمار فإنّ دولا أخرى تمنعه، ونفس الأمر ينطبق على مواقع الإنترنت الإباحية³³.

وقد طرح اشكال اختلاف النصوص الجزائية بين الدول في القضية المتعلقة بمحرك البحث "ياهو" "Yahoo"³⁴. ففي 2000 /11/21 أصدرت المحكمة الابتدائية بباريس قرارا يُلزم شركة "ياهو" بإيجاد حلول فنية تمنع مستعملي الإنترنت القاطنين بفرنسا من النفاذ إلى موقع البيع بالمزاد العلني ، الذي تُعرض فيه أغراض و بضائع ذات علاقة بالنازية و هو ما يُجرّمه القانون الفرنسي³⁵. وقد كان القرار مُرفقا بتقرير صادر عن هيئة من الخبراء يبيّن الطريقة الفنيّة التي يمكن اتباعها لتنفيذ هذا القرار. و رغم ذلك فقد رفض القضاء الأمريكي اعتماد هذا الحل لمخالفته للفصل الأول من الدستور الأمريكي الذي ينص على حرية التعبير³⁶. و قد طُرح نفس الإشكال بخصوص الفيلم الأمريكي "براءة المسلمين" الذي حاول تشويه صورة الرسول صلّى الله عليه وسلّم³⁷.

ب- صعوبة إثبات الجريمة الإلكترونية

صاحب ظهور الحاسوب وشبكة الإنترنت تحديات جديدة للقانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي، بما يُفقد قانون الإجراءات الجنائية أهميته وفعاليته³⁸. ومما يزيد الأمر صعوبة، جمع الجريمة الإلكترونية بين سرعة الانتشار وصعوبة الإثبات. فإذا كانت سرعة الانتشار تعود إلى الصبغة العالمية لهذه الجريمة، فإنّ صعوبة إثباتها راجع إلى صعبتها اللامادية التي تجعل من محو الأدلة الجزائية أمرا سهلا، إذ يمكن للمجرم الإلكتروني محو مئات الآلاف من البيانات من الحاسب الآلي في ضغطة زر. و بإمكانه عدم تخزينها أصلا

³¹ فرج القصير، القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، 2006، ص 49.

³² فرج القصير، المرجع السابق.

³³ انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، "الأحداث و الإنترنت"، 2002، ص 314.

³⁴ انظر: مقال الهاشمي الكسراوي، "الجريمة المعلوماتية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 7 لسنة 2006، ص 21.

³⁵ يجرّم الفصل 1-645 R من المجلة الجزائية الفرنسية مجرد عرض الأشياء المتعلقة بجرائم ضد الإنسانية.

³⁶ المحكمة الفدرالية بكاليفورنيا، 7 / 11 / 2001م.

³⁷ ألزم القضاء الأمريكي شركة Google بسحب الفيلم ولكن ليس على خلفية ما شكّله من إساءة إلى الإسلام وإنّما بناءً على طلب ممثلة في الفيلم تعرضت إلى تهديدات بالقتل مرتبطة بالفيلم.

³⁸ انظر محمد فتحي، "تفتيش شبكة الأنترنت لضبط جرائم الاعتداء على الآداب العامة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2012 م، ص 504.

وعدم معالجتها على حاسبه الشخصي، خصوصا مع انتشار الحوسبة السحابية³⁹. وقد طُرح الإشكال أمام القضاء الفرنسي بالنسبة للملفات الوقتية temporary files المخزنة في الحاسب الآلي. وقد اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أنها لا تشكل دليلا كافيا على ارتكاب الجريمة، طالما أن تسجيل هذه الملفات يتم تلقائيا ولا يُعبّر عن رغبة واضحة في تنزيل الملفات المحمية بحقوق التأليف⁴⁰. وبذلك تشكل خصوصية الدليل الرقمي تحديا إضافيا أمام الباحث الجنائي⁴¹.

وقد يعتمد بعض الجناة إلى تشفير المعطيات المجرّمة، بحيث يستحيل فك رموزها من طرف السلطات الأمنية. ويمكن أن يكون ذلك على مستوى التخزين أو على مستوى تبادل المعلومات بين مجرمي الإنترنت على الشبكة العنكبوتية. وقد تطوّرت تقنيات التشفير بشكل يسمح بتشفير رسائل إلكترونية ثم بتبادلها في شكل صور فوتوغرافية عادية، وهي تقنية تحمل اسم « steganography »⁴². وتشكّل الفضاءات العامة والمقاهي التي يمكن فيها استغلال خدمة الإنترنت بدون تحديد مسبق لهوية المستفيد من الخدمة، صعوبة إضافية تقف أمام تحديد الجاني في صورة ارتكابه لجريمة عن طريق الإنترنت المخصصة للعموم. في هذه الحالة يصعب كثيرا إثبات أنه ارتكب الجريمة.

من جهة أخرى فإنّ الضحية لا تلجأ في عديد الحالات إلى تتبع المجرم، إما لعدم تقطنها إلى حدوث الجريمة⁴³، أو لاقتراعها بعدم جدوى التتبع⁴⁴، أو خوفا على سمعتها إذا تعلق الأمر بجرائم ابتزاز أو جرائم

³⁹ الحوسبة السحابية (بالإنجليزية: Cloud computing) هي مصطلح يشير الي المصادر والأنظمة الحاسوبية المتوافرة تحت الطلب عبر الشبكة، والتي تستطيع توفير عدد من الخدمات الحاسوبية المتكاملة دون التقيد بالموارد المحلية بهدف التيسير على المستخدم، وتشمل تلك الموارد مساحة لتخزين البيانات والنسخ الاحتياطي والمزامنة الذاتية، كما تشمل قدرات معالجة برمجية وجدولة للمهام ودفع البريد الإلكتروني والطباعة عن بعد، ويستطيع المستخدم عند اتصاله بالشبكة التحكم في هذه الموارد عن طريق واجهة برمجية بسيطة تُبَسِّطُ وتتجاهل الكثير من التفاصيل والعمليات الداخلية.

⁴⁰ Christiane Féral-Schuhl, *Cyberdroit, le droit l'épreuve d'internet*, Dalloz, 2008, p. 906.

⁴¹ انظر محمد فتحي، "تفتيش شبكة الأنترنت لضبط جرائم الاعتداء على الآداب العامة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2012 م، ص 407.

⁴² Voir, « Comprendre la cybercriminalité : guide pour les pays en développement », 2009, p. 91. (Rapport téléchargeable sur internet).

⁴³ في بعض الجرائم الإلكترونية مثل جرائم الاختراق لا تتقطن الضحية عادة إلى الأفعال المرتكبة من طرف المجرم المعلوماتي. ومن الأمثلة التي يتم فيها إخفاء الجريمة بصورة شبه كاملة ما وقع في الولايات المتحدة الأمريكية حين قام مبرمج بأحد البنوك بإجراء تعديلات على أحد البرامج، بحيث يتم إضافة عشرة سنتات إلى خدمة تقل قيمتها عن عشرة دولارات ودولار واحد إلى الخدمات التي تزيد عن هذا المقدار، ومن ثم يتم تحويل المبالغ الزائدة إلى حساب قام الجاني بفتحه تحت اسم وهمي و هو "ZZWICKE"، بحيث يضمن أن يكون هذا الحساب هو الحساب الأخير طبق الترتيب الأبجدي لتسهيل عملية التحويل. وقد تمكّن الفاعل بهذه الطريقة من تحويل مئات الدولارات شهريا دون أن يقع اكتشاف أمره، إلى أن قام البنك في إطار عملية دعائية

تستهدف مؤسسة أمنية أو بنكية. وعادة ما تتكتم البنوك على هذه الجرائم رغم ما تسببه لها من خسائر فادحة، خوفاً من زعزعة ثقة حرقائها فيها و خشية من سحبهم لأرصدهم البنكية، فلا أحد يرغب في إيداع أمواله في بنك يتعرض للسرقة. ويذهب البعض إلى الحديث عن وجود "قانون الصمت" في مجال الجريمة الإلكترونية، "ذلك أنّ الشكاوى التي تقدّم إلى المحاكم بخصوص الجرائم المعلوماتية لا تتعدى نسبة 10 % من جملة الجرائم المقترفة والتي تفتّنت إليها المؤسسات المعتدى عليها"⁴⁵. هذا التكتّم يجعل من تقدير الأضرار الناجمة عن الجريمة الإلكترونية أمراً صعباً.

و قد تعرّض أحد البنوك في تونس إلى القرصنة، من خلال تكليف مدير البنك لأحد مبرمجي الحاسوب بتزوير البيانات الشهرية و الأسبوعية الخاصة بالبنك و معطيات أخرى مرتبطة بالوضعية المالية للبنك، بحيث تُعطي انطباعاً خاطئاً عند انعقاد الجلسة العامة لمجلس إدارة البنك و إظهار موازنة السداسية بأنّ البنك في وضعية مالية ممتازة، و الحال أنّه يتكبد خسائر فادحة. و قد أدى ذلك إلى مغالطة مجلس الإدارة إلى أن انكشف الأمر بعد فوات الأوان⁴⁶.

ج- عدم قدرة نصوص التجريم التقليدية على مسايرة تطوّر الجريمة الإلكترونية

يُعدّ التطور السريع في الميدان المعلوماتي من أهمّ العوائق التي تحول دون مكافحة الجريمة الإلكترونية بطريقة ناجعة. ففي كل يوم تظهر تقنيات جديدة للقرصنة و التحايل والاختراق بشكل يصعب مجارته من طرف السلط التشريعية⁴⁷، بحيث أصبحنا نعيش فيما يمكن أن نسميه بالطوفان الرقمي⁴⁸. وفي المقابل، فإنّ أكثر دول

باختيار العميل الأول و العميل الأخير للبنك لتكريمهم كنوع من الدعاية، عندها اكتشف البنك أنّ العميل الأخير لا يوجد أصلاً، (مثال أورده نائلة عادل محمد فريد قورة، "جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية" منشورات الحلبي الحقوقية، 2004).

⁴⁴ العديد من الجرائم المعلوماتية تتم دون أن يشعر بها المتضررون ، من ذلك جرائم التجسس التي تتم عن طريق اعتراض النبضات الإلكترونية و جرائم الاختلاس التي تتم عبر تعديل البرامج والتلاعب بالأنظمة المعلوماتية وجرائم القرصنة و نشر الفيروسات (انظر غازي عبد الرحمان هيان الرشيد، الحماية القانونية من جرائم المعلوماتية (الحاسب والأنترنيت) أطروحة دكتوراه في القانون، الجامعة الإسلامية في لبنان، كلية الحقوق، 2010، ص 539).

⁴⁵ تقرير صادر عن دائرة مستديرة حول الجريمة الإلكترونية انعقدت بفرنسا في 1999/12/2 م، (انظر الموقع الإلكتروني www.finance.gouv.fr).

⁴⁶ انظر قرار تعقيبي جزائي عدد 47396 مؤرخ في 1993/6/23، غير منشور.

(انظر الموقع الإلكتروني www.finance.gouv.fr).

⁴⁷ عادة ما يتطلب إصدار النصوص القانونية في مجال الجريمة الإلكترونية المرور بثلاثة مراحل:

المرحلة الأولى: تحديد مجال التجاوزات المحتملة في المجال المعلوماتي

المرحلة الثانية: تحديد الثغرة القانونية في القانون الجزائري

المرحلة الثالثة: صياغة النصوص القانونية الملائمة لمكافحة الجريمة.

العالم "تعتمد في مواجهة جرائم المعلوماتية على التشريعات العقابية التي وجدت لمواجهة الجرائم التقليدية المتعارف عليها، وهو ما أدى إلى قصور في الحماية الجنائية لعدم قدرتها على استيعاب هذه الجرائم ضمن النصوص القائمة"⁴⁹. وقد حاولت الدول العربية التصدي للجريمة الإلكترونية منذ سنة 1999، تاريخ صدور أول قانون عربي يتطرق إلى الجريمة الإلكترونية، وهو القانون التونسي المؤرخ في 2 / 8 / 1999⁵⁰ الذي أضاف إلى المجلة الجزائية التونسية فصولاً خاصة بالجريمة الإلكترونية، تلاه القانون العماني⁵¹ والإماراتي⁵² والسعودي⁵³. رغم ذلك فإن هذه النصوص، على أهميتها، تحمل في طياتها ثغرات ناجمة عن التطور السريع للجريمة المعلوماتية.

وفي المقابل، تعجز السلطات القضائية أحياناً، عند تعهدها ببعض القضايا المرتبطة بالجريمة الإلكترونية، على ردع المتهمين احتراماً لمبدأ الشرعية⁵⁴. و يحول هذا المبدأ دون محاكمة الشخص طالما لم يكن هناك نص صريح يجرم الفعل الذي ارتكبه، وهو ما يسمح لبعض مرتكبي الجريمة الإلكترونية بالإفلات من العقاب. وقد طُرح هذا الإشكال في بعض الدول العربية، على غرار ما حصل في دولة الإمارات العربية المتحدة في منتصف سنة 2000، حين تمكّن شاب بريطاني من اختراق شبكة اتصالات إماراتية و تخريب الإنترنت بها. وعندما أُلقي القبض عليه والتحقيق معه تبين عدم تجريم النصوص الجزائية في ذلك الوقت لهذه الأفعال، باستثناء بعض الفصول الموجودة في قانون الاتصالات و التي تضمنت عقوبات بسيطة غير رادعة⁵⁵.

و قد طُرح نفس الإشكال في القضية الصادرة عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 24 أبريل 2002⁵⁶. تتمثل وقائع القضية في قيام المتهم بفتح رموز سرية لبطاقات رقمية أصلية معدة لقراءة قنوات تلفزيونية مشفرة، ثم

أنظر التقرير الصادر عن الاتحاد الدولي للاتصالات :

Comprendre la cybercriminalité : guide pour les pays en développement, 2009, p. 93. (Rapport téléchargeable sur internet).

⁴⁸ انظر كتاب "الطوفان الرقمي"، هال أبلسون وهاري لويسوكين ليدين، ترجمة أشرف عامر، نشر إلكتروني لمؤسسة هنداوي.

⁴⁹ ناصر بن محمد البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هـ - 2009 م، ص 32.

⁵⁰ القانون عدد 98 لسنة 1999 المؤرخ في 2 / 8 / 1999م.

⁵¹ المرسوم السلطاني رقم 2001/72 م.

⁵² القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2006م.

⁵³ صدر المرسوم الملكي رقم م/17 في 8 / 3 / 1428 هجري.

⁵⁴ حول مبدأ الشرعية، انظر : د. خالد بن عبد الله الشافي، مبادئ النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية، 2012 م، ص 183، انظر كذلك : عادل يوسف عبد النبي الشكري، الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجزائية، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، 2008 م، ص 118.

⁵⁵ انظر عبد الفتاح بيومي حجازي، "الأحداث و الأنترنت"، 2002، ص 299.

⁵⁶ قرار تعقيبي عدد 16065 بتاريخ 24/4/2004 منشور بمجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2004، ص 165.

قام بشحن بطاقات رقمية عذراء بتلك الرموز السرية المستنسخة ، وبعد ذلك قام ببيعها بواسطة متهم ثاني. قامت النيابة العمومية بإحالة على المحكمة الجزائية بناءً على الفصل 199 من المجلة الجزائية بتهمة "افتعال وثيقة معلوماتية ومسك واستعمال تلك الوثيقة". رغم ذلك فقد قضت محكمة البداية في شأنه بعدم سماع الدعوى ، لأنَّ الفصل المذكور لم يجرّم فعل الصنع والافتعال، كما تأيّد هذا الحكم لدى محكمة الاستئناف بينزرت، فتعقيبته النيابة العمومية لدى محكمة التعقيب طالبة النقض والإحالة. لكن محكمة التعقيب رفضت مطلب التعقيب أصلاً معتبرة أنّ " المشرع لم يجرّم افتعال مثل هذه البطاقات وبالتالي لم يحدّد أية عقوبة على كل من يعمد إلى تقليد أو افتعال أية بطاقة إلكترونية أو معلوماتية ... ومن البديهي الوقوف عند عبارات النص الجزائي وعدم التوسّع فيه، عملاً بالمبدأ القائل بأنّ تأويل النص الجزائي يكون ضيقاً وإن حصل يكون لصالح المتهم".

وبذلك يُمثّل مبدأ التأويل الضيق للقانون الجزائي عائقاً إضافياً أمام اعتماد النصوص المنطبقة على الجرائم التقليدية في مكافحة الجريمة الإلكترونية. رغم ذلك، يجب الإشارة إلى أنّ الشريعة الإسلامية، التي تُعدّ دستور البلاد في المملكة العربية السعودية⁵⁷، تسمح للقاضي بسلطة واسعة في تقدير العقوبة، حتى في غياب نص تجريمي صريح، وذلك عن طريق التعزير. والتعزير⁵⁸ هو "تأديب عن ذنوب لم تشرّع فيها الحدود"⁵⁹. و بناءً على ذلك "لا يُشترط في جرائم التعزير أن يكون لكل جريمة عقوبة معيّنة محددة يتقيّد بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، فللقاضي أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرّعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلّها، وللقاضي أن يخفّف العقوبة أو يغلّظها"⁶⁰. ويمكن القول بأنّ التعزير يسمح بتجاوز الثغرات التي قد تنشأ نتيجة التطبيق الصارم لمبدأ التأويل الضيق للنص الجزائي. ولكن ذلك لا يعني عدم خضوعه إلى ضوابط موضوعية⁶¹ تضمن العدل في تطبيق العقوبة التعزيرية⁶². وقد لجأ القضاء السعودي بالفعل، قبل صدور نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، إلى اعتماد التعزير

⁵⁷ جاء بالمادة الأولى من النظام الأساسي للحكم : "المملكة العربية السعودية، دولة إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ. ولغتها هي اللغة العربية، وعاصمتها مدينة الرياض".

⁵⁸ حول التعزير، انظر : سليم محمد النجار، سلطة القاضي في تقدير العقوبات التعزيرية، ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة، 1428 هجري، 2007 م، انظر كذلك : صباح بنت صالح فلمبان، التعزير بأخذ المال، مجلة العدل، صادرة عن وزارة العدل السعودية، العدد 61، محرم 135 هجري، ص 77.

⁵⁹ الأحكام السلطانية، ص 205، بدائع الصنائع ج 7، ص 63، أسنى المطالب، ج 7، ص 161.

⁶⁰ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الحديث، القاهرة، ص 102.

⁶¹ ذكر الشيخ عبد الله بن محمد آل خنين 13 ضابطاً يتعيّن احترامه عند تقدير العقوبة التعزيرية. انظر بحثه "ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية"، مجلة القضائية، العدد الأول، محرم 1432 هجري، ص 56.

⁶² انظر : عبد الله بن محمد آل خنين، "ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية"، مجلة القضائية، العدد الأول، محرم 1432 هجري، ص 56.

في القضية الجزائرية رقم 16/9 الصادرة عن المحكمة المستعجلة بالرياض في 1/5 /1423 هـ⁶³، حيث قضى بجلد شاب مئة وخمسين جلدة تعزيراً إضافة إلى سجنه إحدى عشر شهراً والحكم بإبعاده لبلده، من أجل إخفائه فتاةً برضاها في منزله واستخدامه الإنترنت لاستدراج الفتيات والإيقاع بهن.

من جهة أخرى، لم يمنع صدور نظام مكافحة جرائم المعلوماتية من اعتماد القضاء السعودي التعزير في الجرائم المعلوماتية، من ذلك القرار الصادر عن المحكمة العامة بالغايط في 24/4/1435 هـ⁶⁴. و تتمثل وقائع القضية في ضبط شاب بأحد المكتبات العامة، التي تُوفّر خدمة الإنترنت للعموم مجاناً، بصدد تنزيل صور ومقاطع إباحية على حاسبه الآلي المحمول، عن طريق الإنترنت اللاسلكي. ورغم أنّ المتهم تمت إحالته من طرف الادعاء العام بناءً على المادة السادسة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية⁶⁵، إلا أنّ القاضي المتعهد بالقضية اعتبر أنّ الجريمة المرتكبة ليست جريمة معلوماتية. رغم ذلك، تمت إدانة المتهم. وقد استند القاضي لأحكام الشريعة معتبراً أنّ "ما قام به المدعى عليه أمر محرّم وحيث أنّ الشرع أمر بغض البصر ونظراً لكون تخزين مثل هذه المقاطع وسيلة إلى انتشار الرذيلة، ولما لها من التأثير السلبي على الفرد والمجتمع، ونظراً لكون هذه الجريمة تستدعي الردع والزجر لمرتكبها"⁶⁶، فقد قرّر القاضي إدانة المتهم بتخزين المقاطع الإباحية بجهاز الحاسب الآلي الخاص به وسجنه مدة شهر و جلده ثلاثين جلدة في مكان عام و إشهار اسمه و جريمته. وقد يكون استبعاد القاضي لأحكام المادة السادسة، التي كان من الممكن اعتمادها في قضية الحال، يجد تبريره في صرامة العقاب المقرر فيها، والذي يصل إلى خمس سنوات سجنًا.

⁶³ انظر : مدونة الأحكام القضائية، الإصدار الثالث، سنة 1429 هـ (2008)، ص 156. قرار رقم 35221481 صادر بتاريخ 24 /4 /1435 هـ عن المحكمة العامة بمحافظة الغاط، قرار غير منشور.

⁶⁴ قرار رقم 35221481 صادر بتاريخ 24 /4 /1435 هـ عن المحكمة العامة بمحافظة الغاط، قرار غير منشور.

⁶⁵ جاء بالمادة السادسة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص يرتكب أيًا من الجرائم المعلوماتية الآتية: 1. إنتاج ما من شأنه المساس بالنظام العام، أو القيم الدينية أو الآداب العامة، وحرمة الحياة الخاصة، أو إعداده، أو إرساله، أو تخزينه عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي..."

⁶⁶ انظر القرار رقم 35221481 الصادر بتاريخ 24 /4 /1435 هـ عن المحكمة العامة بمحافظة الغاط، قرار غير منشور.

المبحث الثاني: طرق مكافحة الجريمة الإلكترونية

الأصل أن تكون مكافحة الجريمة عن طريق النصوص القانونية (المطلب الثاني) ، لكن خصوصية الجريمة الإلكترونية، المتمثلة أساساً في صبغتها العالمية و في قدرة مرتكبها على التخفي والإفلات من العقاب، تستدعي اعتماد طرق مكافحة تقنية (المطلب الأول).

المطلب الأول: الطرق التقنية

تتقسم الطرق التقنية لمكافحة الجريمة الإلكترونية إلى طرق تقنية ذات صبغة عامة تعتمدها الدولة (أ) و طرق تقنية خاصة يعتمدها الخواص (ب).

أ-الحماية التقنية العامة

تتمثل الحماية التقنية العامة أساساً في اعتماد نظام الترشيح والحجب (1) إضافة إلى اعتماد تقنية التشفير (2) و إحداث هيئة تابعة للدعاء العام مختصة في الجرائم المعلوماتية (3).

1- اعتماد نظام الترشيح والحجب

نظام الترشيح والحجب هو "أسلوب لحجب صفحات معينة يمكن أن تكون مؤذية أو عدوانية أو إباحية بالنسبة لمستخدم الأنترنت، فإذا حاول المستخدم الوصول إلى صفحة محجوبة ظهرت له رسالة تبلغه أن الوصول إلى هذه الصفحة غير مسموح به"⁶⁷. هذا النظام معمول به في المملكة العربية السعودية وقد تم إعداده من طرف "وحدة خدمات الأنترنت" التابعة إلى مدينة الملك عبد العزيز التابعة بدورها للعلوم والتقنية⁶⁸. ومنذ سنة 2006، وأكملت مهمة الإشراف على الترشيح إلى "هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات"⁶⁹. ويتم الترشيح من قبل

⁶⁷ ناصر بن محمد البقمي، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري- 2009 م، ص 177.

⁶⁸ ناصر بن محمد البقمي، نفس المرجع.

⁶⁹ يوضح موقع الأنترنت الخاص بهيئة الاتصالات وتقنية المعلومات كيف تتم خدمة الترشيح : " تقوم هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات بتقديم خدمة ترشيح محتوى الأنترنت في المملكة، وذلك من خلال وضع الضوابط والمتطلبات الخاصة بترشيح خدمات الأنترنت بالتنسيق مع اللجنة الأمنية الدائمة للأنترنت، كما تقوم بتوفير القوائم الخاصة بالمواقع المحجوبة يومياً لمزودي خدمة المعطيات، في حين يتولى مزودو خدمة المعطيات مسؤولية توفير الحلول التقنية بما يتوافق مع متطلبات الهيئة وسياساتها. ويتم حجب المواقع والمواد التي تتنافى مع الدين الحنيف والأنظمة الوطنية بناءً على توجيهات اللجنة الأمنية الدائمة. وقد أوكلت اللجنة مهمة حجب المواقع التي تروج للإباحية وتوفر وسائل لتجاوز الحجب إلى هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات. وتتم عملية الترشيح من خلال قائمتين إحداهما تجارية تضم أكثر من 90 تصنيفاً، ويتم حجب التصنيفات المتعلقة بالمواد الإباحية والقمار والمخدرات. هذه القائمة يتم تحديثها يومياً، ومن ثم توفيرها لمزودي خدمة المعطيات بعد دمجها مع القائمة المحلية لتطبيقها على أجهزة

مزوّدي خدمات المعطيات على أجهزة الخوادم لديهم. ورغم فعالية نظام الترشيح والحجب في منع النفاذ إلى المواقع الإباحية⁷⁰ ومواقع المخدرات والميسر، إلا أنّ كفاءتها تبقى محدودة بالنسبة للمواقع السياسية و الدينية⁷¹. من جهة أخرى، فإنّه بإمكان الأشخاص المتمكّنين من التقنيات المعلوماتية التخفي والنفاذ إلى المواقع المعنية بالحجب عن طريق البروكسي⁷². وعلى هذا الأساس، يعتبر البعض أنّ التوفيق بين الرقابة وسرعة تدفق المعلومات يغدو مهمة "سيزيفية" اليوم⁷³. وقد كتب "بيل غيتس" سنة 1995، "لكي تحقق الوصول الكامل إلى الإنترنت وتحافظ في الوقت ذاته على الرقابة، فسيتعيّن عليك في أغلب الأحوال أن تعيّن لكل مستخدم شخصاً يُطل عليه"⁷⁴.

رغم الانتقادات التي يمكن أن توجّه لنظام الترشيح والحجب، و المتمثلة أساساً في تقييده لحرية الإبحار عبر الإنترنت و محدودية نجاعته بالنسبة لبعض المواقع، إلا أنّه يبقى ضرورياً لحماية الشباب وخاصة القصر من مواقع المخدرات والإرهاب وخاصة المواقع الإباحية. وتشير دراسات أمريكية إلى أنّ المدمنين على المواقع الإباحية تتغير لديهم المفاهيم حول ما يعتبرونه مقبولاً اجتماعياً. كما تبين الإحصائيات أنّ 50% من المغتصبين قد اطلعوا على مواد خليعة لتنشيط أنفسهم جنسياً قبل مباشرة جرائمهم الجنسية. وقد قام عدد من

الترشيح لديهم. كما يتوفر لدى الهيئة قائمة أخرى محلية، وهي عبارة عن قائمة داخلية يتم إعدادها من قبل هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات وذلك من خلال إضافة المواقع الواردة إلى الهيئة من قبل عموم المستخدمين أو التوجيهات الواردة من الجهات المختصة. (انظر : موقع هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات www.citc.gov.sa)

⁷⁰ حسب موقع هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات، تتشكّل المواقع الإباحية أكثر من 92% من القائمة الخاصة بالترشيح والحجب. ⁷¹ قامت أربع جامعات أجنبية (جامعة هارفارد و كامبريدج و تورنتو و أكسفورد) بدراسة نظام الترشيح السعودي و بيّنت نتائجها كفاءة ترشيح المواقع الإباحية بنسبة 98% و مواقع المخدرات بنسبة 68% و مواقع الميسر بنسبة 93% و المواقع السياسية بنسبة 3% و المواقع الخاصة بالكيان الصهيوني بنسبة 2% و المواقع الدينية بنسبة 1%. (انظر: ناصر من محمد البقمي، "جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية"، المرجع السابق، ص 178).

⁷² "البروكسي" هو خادم يعمل كوسيط للطلبات بين العميل الذي يطلب مصادر من خوادم أخرى. هو جهاز كومبيوتر آخر يعمل كموزع تتم معالجة الطلبات من خلاله. عند الاتصال بأحد هذه الخوادم، فإنّ جهاز الكومبيوتر الخاص بالمستخدم يقوم بإرسال طلباته إلى خادم البروكسي الذي يقوم بدوره بمعالجة هذه الطلبات ثم يعيد إلي المستخدم ما طلبه. وبهذه الطريقة يعمل كوسيط بين الجهاز الشخصي وباقي أجهزة الكومبيوتر على شبكة الإنترنت. ويوجد نوع خاص من وحدات خدمة بروكسي يسمى "بروكسي CGI". وهي عبارة عن مواقع ويب تتيح للمستخدم فرصة الدخول من خلالها على أي موقع محجوب. وتقوم هذه المواقع عموماً باستخدام PHP أو CGI لتتمكن من العمل كوحدة خدمة بروكسي. وتستخدم هذه الأنواع من البروكسي عادةً للدخول على مواقع الويب التي يتم حجبها.

⁷³ انظر : سمير ابراهيم حسن، "الثورة المعلوماتية، عواقيها وآفاقها"، مجلة جامعة دمشق، المجلد 18، العدد الأول، 2002، ص 220.

⁷⁴ بيل غيتس، "المعلوماتية بعد الأنترنت (طريق المستقبل)", ترجمة عبد السلام رضوان، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، آذار 1998، ص 376.

ضباط الشرطة الأمريكيين بدراسة ظواهر الاغتصاب والقتل الجماعي، فوجدوا أنّ تداول المواد الإباحية سمة معروفة وموحّدة لدى العديد من القتلة والمغتصبين. وقد قام مكتب التحقيقات الفيدرالي الأمريكي باستجواب 24 مجرماً في السجون، أدينوا من أجل جرائم اغتصاب وقتل، فتبين أن 81 % منهم كانوا مدمنين على المواد الإباحية وكانت جرائمهم تطبيقاً لما شاهدوه من إباحية⁷⁵. وقد كان من بين هؤلاء المجرمين "أرتور جاري بيشوب" Arthur Gary Bishop الذي أدين من أجل الاعتداء على خمسة أطفال وتشويههم وقتلهم، والذي صرّح قبل إعدامه بأنّه "لو أنّ مواد الدعارة والإباحية قد منعت مني في صباي، لم يكن شغفي بالجنس والشذوذ والإجرام ليتحقق"⁷⁶.

وتجدر الإشارة إلى قيام استراليا منذ سنة 1999 بتكليف هيئة مستقلة⁷⁷ بمراقبة الأنترنت. وقد اعتمدت هذه الهيئة قائمة سوداء في المواقع الاسترالية المخالفة للقانون، والتي يتعيّن على مزوّدي الاستضافة إغلاقها مثل المواقع الإباحية التي تستهدف الأطفال و المواقع العنصرية، إضافة إلى المواقع التي تخرق قواعد الملكية الفكرية. وفي نفس السياق، صدر سنة 2000 في الولايات المتحدة الأمريكية قانون لحماية الأطفال « Children's Internet Protection Act » يفرض على المكتبات العامة استخدام مرشّحات تحجب المواقع الإباحية حتى تكون مستحقة للدعم الفيدرالي⁷⁸. من جهة أخرى، التزمت عدة محرّكات بحث ألمانية منذ بداية سنة 2005، وبصفة تلقائية، باعتماد قائمة سوداء تشمل المواقع المخالفة للقانون الألماني⁷⁹.

2- إعتقاد تقنية التشفير

التشفير هو "استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها"⁸⁰. وتعتبر تقنية التشفير من أنجح الوسائل للحفاظ على سرّية المعلومات المتبادلة إلكترونياً وعلى سلامتها من التغيّر. وهي "تقنية تستخدم لحماية سرّية الوثائق الإلكترونية استناداً إلى نظام العد العشري الذي يسمح بجعل

⁷⁵ انظر : محمد فتحي، "تفتيش شبكة الأنترنت لضبط جرائم الاعتداء على الآداب العامة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012 م، ص 78.

⁷⁶ انظر : محمد فتحي، نفس المرجع.

⁷⁷ Australian Broadcasting Authority

⁷⁸ انظر : محمد فتحي، "تفتيش شبكة الأنترنت لضبط جرائم الاعتداء على الآداب العامة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012 م، ص 173.

⁷⁹ انظر : Wiem YAAKOUB, *La cybercriminalité, Mémoire pour l'obtention du DEA en droit privé*, Sfax, 2009, p. 99.

⁸⁰ هذا التعريف اعتمده التشريع التونسي في الفصل 2 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/08/09 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

البيانات غير مفهومة بالنسبة لمن لا يملك المفتاح اللازم لفك الرموز⁸¹. وبذلك يمكن القول بأنّ "التشفير لا يخرج عن كونه كتابة بالرموز⁸²". وكلّما كانت هذه الرموز معقّدة كلما كان اختراقها أصعب. ولا يخفى ما تضمنه تقنية التشفير من أمن على مستوى مواقع الإنترنت الحسّاسة، كتلك التي تمسّ الأمن القومي أو تلك المختصة في التجارة والمبادلات المالية الإلكترونية. وقد أثبت الواقع العملي أنّ تقنية التشفير تكفل درجة عالية من تحقيق السلامة المعلوماتية، بما جعلها الحل الأمثل لقطع الطريق أمام القرصنة المعلوماتية⁸³. رغم ذلك، يجب التأكيد على أنّ التشفير يمكن أن يقع استعماله لغايات منافية للغايات التي جُعل من أجلها، كأن يقع تبادل معلومات مشفرة بين قرصنة معلوماتيين. وبناءً على ذلك فقد قيّدت عدّة دول استعمال خدمات التشفير عبر شبكات الاتصالات بشروط وإجراءات مضبوطة⁸⁴. فقد نصّت المادة 9 من مجلة الاتصالات التونسية على أن "تُضبط بأمر شروط وإجراءات استعمال وسائل أو خدمات التشفير عبر شبكات الاتصالات وكذلك شروط تعاطي الأنشطة ذات العلاقة". و قد اشترط القانون الفرنسي من جهته أن يخضع التشفير إلى رخصة إدارية أو القيام بتصريح إداري، بما يسمح بعدم استعمال تقنية التشفير في أغراض إجرامية⁸⁵.

3- إحداث هيئة تابعة للدعاء العام مختصة في الجرائم المعلوماتية

تتطلب مكافحة الجريمة الإلكترونية إحداث هيئة مختصة في الأمن والسلامة المعلوماتية، على غرار ما هو معمول به في المملكة العربية السعودية. وقد نصّت المادة 14 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية على ما يلي: "تتولّى هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات وفقاً لاختصاصها تقديم الدعم والمساعدة الفنية للجهات الأمنية المختصة خلال مراحل ضبط هذه الجرائم والتحقيق فيها وأثناء المحاكمة". ويُعدّ اعتماد هيئة مختصة في دعم و مساندة الجهات الأمنية عند مكافحتهم للجريمة الإلكترونية أمراً ضرورياً، نظراً لصعوبة إثبات الجريمة المعلوماتية. وقد أنشأت عدة دول في العالم وحدات متخصصة في مكافحة جرائم الإنترنت من ذلك الصين والولايات المتحدة و بريطانيا⁸⁶. وفي فرنسا، اقترح وزير الداخلية السابق "ميشال دي فيلبان" مشروع قانون يهدف إلى مكافحة الجريمة الإلكترونية. ومن بين الحلول الواردة في مشروع القانون الترفيع في قوات الشرطة والدرك

⁸¹ هذا التعريف اعتمده التشريع التونسي في القانون النموذجي المتعلق بتبادل الوثائق الإلكترونية.

⁸² المنصف زغاب، "الوثيقة الإلكترونية"، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2005، ص 139.

⁸³ المنصف زغاب، المرجع السابق، ص 140.

⁸⁴ انظر محمد العسكري، "خصوصيات الإثبات في الجرائم المعلوماتية"، مجلة القضاء والتشريع، 2005م، العدد 7، ص 179.

⁸⁵ Loi française n° 96-659 du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications.

⁸⁶ انظر نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الأنترنت في مرحلة جمع الاستدلالات، دار الفكر الجامعي، 2013، ص

المتخصصين في المعلوماتية. وقد ذهب وزير الداخلية الفرنسي إلى حد اقتراح "البحث عن وسائل خاصة للتحقيق تمكّن من اكتشاف الجرائم الخطيرة في الوقت المناسب فلا يمكن مثلا للمحققين أن يشاركوا تحت اسم مستعار في المحادثات الالكترونية بدون أن يكونوا مسؤولين جزئيا"⁸⁷.

ب- الحماية التقنية الخاصة

هي الوسائل التقنية الحمائية التي يمكن للخوادم اللجوء إليها من أجل التقليل من مخاطر الاختراق، من ذلك اقتناء برمجيات الوقاية من الفيروسات الإلكترونية و اعتماد جدار حماية ناري⁸⁸ Firewall. كما يتعيّن على مستخدم الحاسب الآلي تحديث جهازه بصفة دورية ، و عدم فتح رسائل البريد المشكوك فيها وتقادي نزيل الملفات من المواقع المريبة. ولم يعد مجال الحماية يقتصر حاليا على الحاسب الآلي، بل أصبح يشمل كذلك الهواتف الذكية، التي يمكن أن تكون هدفا سهلا للمجرم المعلوماتي نتيجة ما قد تحتويه من بيانات شخصية حساسة مخزنة في ذاكرتها.

من جهة أخرى، تتطلّب مكافحة الجريمة الإلكترونية تثقيف مستخدمي الإنترنت و توعيتهم في مجال السلامة المعلوماتية، لكي يتجنبوا المخاطر التي تترصدهم. ويكون ذلك خاصة عن طريق تبييهم في مواقع الإنترنت المهددة بالاختراق الإلكتروني، وإعلامهم بالطرق الاحتياطية التي قد يعتمدها المجرم المعلوماتي و طرق الوقاية منها. ويمكن لمتصفحّ الإنترنت غير المتمرس تقادي عديد الاختراقات والفيروسات الإلكترونية بتحبّب فتح رسائل البريد الإلكتروني المريبة وبتوخّي الحذر عند اقفال النوافذ المنبثقة⁸⁹.

⁸⁷ انظر نبيلة هبة هروال، المرجع السابق، ص 115.

⁸⁸ جدار النار هو نظام أمني مخصص لحماية شبكة مؤسسة ما من الأخطار الخارجية، كالمتطفّلين النافذين من شبكات أخرى للأنترنت. يقوم جدار النار بمنع حواسيب المؤسسة من الاتصال المباشر بأي حاسوب خارجي، سواء كانت طالبة أو مطلوبة، ويقوم جدار النار بتسيير جميع الاتصالات إلى مخدّم وكيل خارج شبكة المؤسسة، لكي يفحص الرسائل الواردة ويقرر تمريرها إلى شبكة المؤسسة أو صدّها (رضا مثنائي، "مجتمع المعلومات والتنمية، أية علاقة"، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثالثة، تونس 2009، ص 651).

⁸⁹ النوافذ المنبثقة هي النوافذ التي تقفز على شاشة الكمبيوتر عند الولوج إلى بعض المواقع الإلكترونية. وتحاول هذه المواقع الإلكترونية خداع المستخدم من أجل تنزيل برامج تجسس أو دعاية في الحاسب الآلي، من خلال الضغط على كلمة "OK" أو "Accept" الموجودة في النافذة المنبثقة. لذا يتعيّن على المستخدم اتباع وسيلة آمنة، وهي الإقفال من مربع العنوان (X) الموجود في أعلى النافذة.

المطلب الثاني: الطرق القانونية

نظرا للصبغة العالمية للجريمة الإلكترونية ، فإنّ مكافحتها تستدعي تضافر جهود الدول المهتدة بها ، قصد اعتماد اتفاقيات دولية توحدّ الحلول و الإجراءات لمجابهتها وحتى لا يكون المجرم المعلوماتي في مأمن من التتبع والعقاب أينما وُجد في العالم (أ). رغم ذلك، تبقى النصوص القانونية الداخلية الرادع الأساسي لمثل هذه الجرائم (ب).

أ- على المستوى الدولي

أثبت الواقع العملي عدم قدرة أي دولة على مكافحة الجريمة الإلكترونية لوحدها. ونظرا لصبغتها العالمية، ولكونها عابرة للحدود، فإنّ مكافحتها لا تتحقق إلا بوجود تعاون دولي على المستوى الإجرائي الجنائي⁹⁰. وفي هذا الإطار، لعبت منظمة الأمم المتحدة دورا فعّالا في مكافحة الجريمة الإلكترونية (1)، كما ساهمت اتفاقية بودابست في وضع اللبّات الأولى للتصدي لهذه الجريمة (2)، وقد حاولت الدول العربية من جهتها إيجاد حلول مشتركة لمقاومة الجريمة الإلكترونية (3).

1- جهود الأمم المتحدة

بذلت منظمة الأمم المتحدة جهودا كبيرة من أجل مكافحة جرائم الأنترنت. وقد توصلت المنظمة في مؤتمرها الثامن⁹¹ حول منع الجريمة ومعاملة المجرمين، إلى إصدار قرار خاص بالجرائم المعلوماتية وقع التتصيص فيه على الإجراءات التي يتعيّن اتخاذها من طرف الدول الأعضاء لمكافحة الجرائم الإلكترونية. وفي سنة 2000، تبنّت منظمة الأمم المتحدة الاتفاقية الخاصة بمكافحة إساءة استعمال التكنولوجيا لأغراض إجرامية. وقد أكّدت هذه الاتفاقية على ضرورة التنسيق بين الدول على مستوى تتبّع الجرائم المعلوماتية، و شدّدت على ضرورة تكوين الأشخاص المعنيين بالتتبع وتمكينهم من الوسائل الضرورية لذلك⁹²، كما عقدت منظمة الأمم المتحدة سنة 2010 المؤتمر الثاني عشر لمنع الجريمة و العدالة الجنائية. وقد ناقشت الدول الأعضاء آخر التطورات في استخدام التكنولوجيا الحديثة من طرف المجرمين، بما في ذلك الجرائم الإلكترونية. و احتلّت الجريمة المعلوماتية موقعا بارزا في جدول أعمال المؤتمر⁹³.

⁹⁰ انظر : حسين بن سعيد الغافري، "الجهود الدولية في مواجهة جرائم الأنترنت"، ص 5، مقال منشور في موقع المنشاوي

للدراسات والبحوث، www.mishawi.com.

⁹¹ انعقد هذا المؤتمر بهافانا (كوبا) من 27/8/1990 م إلى 7/9/1990 م.

⁹² انعقد المؤتمر الثاني عشر لمنظمة الأمم المتحدة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية بالبرازيل من 12 إلى 19 أبريل 2010.

⁹³ انظر مذكرة صغير يوسف، "الجريمة المرتكبة عبر الأنترنت"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تزي وزو، 2013، ص 93.

2- اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية لسنة 2001

جاءت اتفاقية بودابست تتويجا للجهود التي بذلها الاتحاد الأوروبي و المجلس الأوروبي من أجل إيجاد صيغة قانونية لمكافحة الجريمة الإلكترونية، و هي تُعدّ حاليا الإطار المرجعي لمكافحة الجرائم المعلوماتية. وُضعت هذه الاتفاقية من قبل مجلس أوروبا بالتعاون مع كندا واليابان و جنوب إفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية. وقد دخلت حيز التنفيذ في سنة 2004⁹⁴ ويمكن لأي دولة الانضمام إليها. أبرزت هذه الاتفاقية في صلب توطئتها مدى اقتناع الدول المصادقة عليها بخطورة الجريمة المعلوماتية ، وبضرورة تظافر الجهود الدولية لمواجهتها. وقد تعرّضت إلى بعض المفاهيم، مثل مفهوم النفاذ غير الشرعي و مفهوم الجريمة المعلوماتية و غيرها من المفاهيم التي تستدعي اعتماد مفهوم موحد لتسهيل تطبيق الاتفاقية⁹⁵. كما تضمنت قواعد متعلّقة بالتعاون في ميدان مواجهة الجريمة الإلكترونية، كالقواعد الخاصة بالاختصاص الترابي للمحاكم (المادة 22) وتسليم المجرمين (المادة 24) واعتماد شبكة مفتوحة كامل الأسبوع مخصصة لبقية الدول الأعضاء لتوفير المساعدة في الأبحاث المرتبطة بالجرائم المعلوماتية (المادة 35).

3- على مستوى الدول العربية

تبدو جهود الدول العربية في مكافحة الجرائم الإلكترونية ، من خلال اجتماع ممثلي الدول العربية في المؤتمر العربي للتحضير لمؤتمر القمة العالمية لمجتمع المعلومات في الفترة الممتدة من 16 إلى 18 يونيو 2003. وقد حضر المؤتمر ممثلو 19 دولة عربية إضافة إلى مندوبي 9 دول إفريقية كمراقبين و عدّة شخصيات مرموقة عالميا في مجال الاتصالات والمعلوماتية. و أوصى المشاركون في المؤتمر بإنشاء فريق عمل تحت مظلة جامعة الدول العربية لتأمين شبكة المعلومات العربية و حماية المستهلك العربي من جرائم الإنترنت⁹⁶. وقد سعى مجلس التعاون لدول الخليج العربي كذلك إلى مكافحة الجريمة الإلكترونية، حيث أوصى منذ سنة 2007 بأن ينخرط أعضاؤه في المنظومة العالمية لمكافحة الجريمة الإلكترونية وفق المعايير الدولية⁹⁷.

⁹⁴ انظر مذكرة صغير يوسف، "الجريمة المرتكبة عبر الأنترنت"، المرجع السابق، ص 100.

⁹⁵ الهاشمي الكسراوي، "الجريمة المعلوماتية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 7 لسنة 2006، ص 40.

⁹⁶ ناصر بن محمد البقمي، "جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، الرياض، 1430 هجري- 2009 م، ص 100.

⁹⁷ Voir, « Comprendre la cybercriminalité : guide pour les pays en développement », 2009, p. 122. (Rapport collectif téléchargeable sur internet).

ب- على المستوى الداخلي

رغم أهمية التعاون الدولي في مكافحة الجريمة الإلكترونية، إلا أنه يصطدم في عديد الحالات بصعوبات ناتجة عن التباين الكبير للأنظمة القانونية للدول و الراجع أساسا إلى خصوصياتها الثقافية والدينية. و يوجد اختلاف بين الدول في تعريف الأنشطة التي تدخل في مفهوم الجريمة المعلوماتية، مع عدم الاتفاق على النماذج التي تشكّل البناء القانوني لهذه الجريمة، إضافة إلى التباين في التعامل الإجرائي معها⁹⁸. وعلى أساس ذلك يتعيّن على الدول صياغة الأنظمة الملائمة لمكافحة الجريمة الإلكترونية، مع الأخذ بعين الاعتبار بخصوصياتها الاجتماعية والدينية.

في إطار التصديّ للجريمة الإلكترونية في المملكة، صدر نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي و المتوجّ بالمرسوم الملكي رقم (م 17) بتاريخ 1428/3/8 هجري⁹⁹. أقرّ هذا النظام عقوبات ضد من يعمد إلى التنصت على ما هو مرسل داخل الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب أو اللنقاط أو الاعتراض، كما جرّم المساس بالحياة الخاصة عن طريق استخدام الهواتف النقالة أو ما في حكمها، إضافة إلى التشهير بالغير وإلحاق الضرر بهم عبر وسائل تقنيات المعلومات. المادة الرابعة من النظام تجرّم التحايل والتجسس على البيانات البنكية أو الائتمانية للأفراد. من جهة أخرى يجرم النظام المساس بالنظام العام أو القيم الدينية أو الآداب العامة، و يُعَرِّد الجريمة الإلكترونية ذات الطابع الإرهابي بعقاب صارم يصل إلى عشر سنوات سجنا نظرا لما تشكّله من تهديد لأمن المجتمع.

يعتبر نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية وسيلة قانونية ناجعة و فعّالة في مكافحة الجريمة الإلكترونية، حيث أقر عقوبات رادعة للجرائم الإلكترونية. وقد سمح هذا النظام للقضاء السعودي بالتصدي لعدد الجرائم، وخاصة الأخلاقية منها، على غرار تخزين صور فاضحة في ذاكرة الهاتف النقال¹⁰⁰ و التشهير بالغير عن طريق الهاتف الجوال¹⁰¹. رغم ذلك، فإنّ بعض العقوبات الواردة بهذا النظام تتسم باللين¹⁰²، حسب اعتقادنا، بالنظر إلى خطورة بعض الجرائم. من ذلك أنّ أقصى العقاب المقرر للاستيلاء على المال المنقول أو على سند أو توقيع هذا السند وعن طريق الاحتيال، أو اتخاذ اسم كاذب أو انتحال صفة غير صحيحة لا يتجاوز ثلاث سنوات، في حين أنّ الأضرار التي يمكن أن تلحق بالغير في حالة الاستيلاء الإلكتروني على أموال مودعة

⁹⁸ ناصر بن محمد البقمي، المرجع السابق، ص 102.

⁹⁹ انظر : ناصر بن محمد البقمي، المرجع السابق، ص 210.

¹⁰⁰ انظر القرار الصادر عن المحكمة العامة بالجبيل، بتاريخ 18 / 1 / 1433 هجري، غير منشور.

¹⁰¹ انظر القرار الصادر عن المحكمة العامة بالجبيل، بتاريخ 02 / 3 / 1433 هجري، غير منشور.

¹⁰² تمّت صياغة نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي على خلاف الأنظمة الجنائية الحديثة، حيث بدأ المنظم بتحديد العقوبات أولا، ثم تحديد الجرائم التي تنطبق عليها العقوبات، في حين أنّ الشائع في النصوص التجريبية أن يتم تحديد الجرائم أولا، ثم العقوبات في مرحلة لاحقة (انظر ناصر بن محمد البقمي، المرجع السابق، ص 211).

بالبنوك تكون عادة فادحة، على غرار ما قام به الهاكر الجزائري حمزة بن دلاج¹⁰³. من جهة أخرى فإن أقصى العقاب المقرر لجريمة الإتجار بالمخدرات أو المؤثرات العقلية عبر الإنترنت هو خمس سنوات ، و هو عقاب يبدو بسيطاً مقارنة مع العقاب المقرر للإتجار بالمخدرات بالطرق التقليدية والذي يصل في المملكة إلى الإعدام¹⁰⁴. وقد تدفع قلة التناغم على مستوى التجريم بين الجرائم التقليدية والجرائم المعلوماتية بعض المجرمين إلى اعتماد الجريمة الإلكترونية وسيلة لتحقيق أهدافهم الإجرامية. ومن بين النقائص التي يمكن أن تنسب إلى نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، عدم إلزام مزودي الخدمات بحفظ البيانات المخزنة في أنظمتهم لمدة زمنية محددة بما يسمح بالتعرّف على مستعمل الخدمة و على حركة الاتصال، و هي وسائل تسمح بضبط المجرم المعلوماتي بشكل أسرع.

تُشكل الجريمة الإلكترونية تحدياً للدول التي يتعين عليها تحيين أنظمتها وملاءمتها مع تطور الجريمة الإلكترونية. هذا التحدي يزداد صعوبة في المملكة التي تخضع الأنظمة فيها لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ ينص النظام الأساسي للحكم في مادته السابعة على أن "يستمد الحكم في المملكة العربية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام و جميع أنظمة الدولة". وقد أثبت نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية قدرة الشريعة الإسلامية على مواكبة تطورات العصر، حيث "تركت مجالاً واسعاً للعلماء و أولي الأمر لمعالجة أمور المعاملات في جوانبها المختلفة من مدنية وجنائية ودستورية و نحوها في ضوء التوجيهات القرآنية والنبوية العامة... أما الفروع والتفاصيل المتعلقة بكيفية إعمال هذه الأسس العامة والقواعد الكلية وتطبيقها وإجراءات ذلك، فهي تنسم في أغلبها بالمرونة والتجدد"¹⁰⁵. بهذه المرونة والتجدد تمكنت الشريعة الإسلامية الغراء من مسايرة متطلبات العصر و مواكبة الجرائم المستحدثة، لتكون بالفعل صالحة لكل زمان ومكان.

¹⁰³ انظر المقال الإلكتروني "بعد اختراقه عشرات البنوك الهاكر الجزائري حمزة بن دلاج في قبضة الـ FBI" المنشور في موقع :

www.mbc.net

¹⁰⁴ انظر نظام مكافحة الاتجار بالمواد المخدرة في المملكة العربية السعودية الصادر بموجب الأمر السامي رقم 4/ب/966 وتاريخ

10 / 7 / 1407 هـ المتضمن قرار هيئة كبار العلماء رقم 138 وتاريخ 20 / 6 / 1407 هـ، وكذلك قرار مجلس الوزراء رقم 11

لسنة 1374 هـ.

¹⁰⁵ محمد عبد الظاهر حسين، "الفقه الإسلامي المصدر الرئيس للتشريع"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999 م، ص 127

(مرجع ذكره ناصر بن محمد البقمي، "جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، الرياض، 1430

هجري - 2009 م، ص 194).

خاتمة

في الختام، وعلى ضوء ما تم استعراضه حول مكافحة الجرائم الإلكترونية، يمكن القول بأنّ الجريمة الإلكترونية جريمة من نوع خاص تستدعي إجراءات من نوع خاص. كما أنّ مكافحتها تتطلب تنسيقاً دولياً واهتماماً أكثر بالجانب التقني. وعلى ضوء ما تم ذكره، أمكن التوصل إلى النتائج و التوصيات التالية:

أولاً: النتائج

- 1- خصوصية الجريمة الإلكترونية و خصوصية مرتكبها.
- 2- صعوبة مكافحة الجريمة الإلكترونية باعتماد وسائل المكافحة التقليدية.
- 3- أهمية الجانب التقني في مكافحة الجريمة الإلكترونية.
- 4- التباين الكبير بين دول العالم في مكافحة الجريمة الإلكترونية و ضعف التعاون الدولي.
- 5- تميّز المملكة من الناحية النظامية على مستوى مكافحة الجريمة الإلكترونية.
- 6- صعوبة مسايرة النصوص القانونية لتطور الجريمة الإلكترونية.

ثانياً: التوصيات

أ- على المستوى التقني:

1. إيلاء الجانب التقني أهمية كبرى على مستوى مكافحة الجريمة الإلكترونية
2. اعتماد نظام ترشيح وحبس أكثر فاعلية بالنسبة للمواقع السياسية والدينية و المواقع الخاصة بالكيان الصهيوني أسوة بفاعلية نظام الحجب بالنسبة للمواقع الإباحية و مواقع الميسر و مواقع الاتجار بالمخدرات.
3. اعتماد تقنية التشفير بشكل أوسع في المعاملات الإلكترونية و في المواقع الإلكترونية التي لها علاقة بالأمن الوطني.
4. إحداث هيئة خاصة لمكافحة الجرائم الإلكترونية تتكون من مهندسين مختصين في مجال المعلوماتية ، مع السماح لهم قانونياً باعتماد وسائل استقصاء و تعقب خاصة مثل استعمال أسماء مستعارة في منتديات الأنترنت قصد تحديد هوية المجرمين دون أن يكونوا مسؤولين جزائياً.
5. نشر ثقافة السلامة المعلوماتية من خلال حملات توعية للعموم على مستوى وسائل الإعلام ، وإعلام مستخدمي الإنترنت صلب المواقع الإلكترونية المهددة بالاختراق الإلكتروني بالمخاطر التي تهددهم وبسبل الوقاية منها.

ب-على المستوى القانوني:

1. تشديد العقاب بالنسبة لبعض الجرائم (السرقة الإلكترونية والإتجار بالمخدرات عبر الأنترنت) بحيث يكون العقاب متقاربا مع العقاب المقرر لها في المملكة خارج المجال الإلكتروني.
2. التنصيص صلب نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية على مسؤولية مزودي خدمات الاتصال في حفظ البيانات مدة زمنية محددة ، بما يُسهّل من التصديّ للجريمة والتعرّف على مرتكبها.
3. التنصيص صلب نظام مكافحة جرائم المعلوماتية على الاختصاص الحكمي للمحاكم السعودية في مجال الجرائم الإلكترونية وفق معايير متعدّدة ، مثل معيار جنسية المجرم و معيار جنسية المتضرر من الجريمة و معيار مقر المجرم بشكل يسمح بمتبعه لمجرّد توقّر أحد هذه المعايير وهو ما يحول دون إفلاته من العقاب.
4. إحداث خلية قانونية مختصة في متابعة المخاطر والجرائم الإلكترونية وإعداد النصوص القانونية الملائمة في وقت قياسي.
5. التنسيق مع مختلف دول العالم من أجل التصديّ للجريمة الإلكترونية.

L'autorité de Régulation de L'audiovisuel

ZOUAÏMIA Rachid ⁽¹⁾

Université de Bejaia

Résumé :

A l'image des activités bancaires, assurantielles, boursières, l'audiovisuel a connu une mutation décisive avec la fin du monopole étatique sur le secteur et son ouverture à l'initiative privée. Toutefois, la portée d'une telle réforme reste tout à fait relative en ce que l'activité est soumise à un régime exorbitant.

Si l'institution d'une autorité de régulation indépendante dans le secteur répond aux mêmes exigences que dans les autres activités soumises à régulation, soit garantir l'équilibre des forces du marché, il reste que l'activité audiovisuelle présente des spécificités au nombre desquelles on doit souligner qu'il s'agit d'un secteur où l'exercice d'une liberté fondamentale est en jeu : il s'agit de la liberté de communication.

Mots clés :

Audiovisuel, autorité de régulation, collégialité, fonction contentieuse, incompatibilités, indépendance, règlement des différends, service public.

Date de soumission: 17/04/2018, *Date d'acceptation:* 28/05/2018, *Date de publication:* 31/07/2018

Pour citer l'article:

ZOUAÏMIA Rachid, "L'autorité de régulation de l'audiovisuel", *RARJ*, vol. 17, n°1, 2018, pp.745-790.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>
http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

⁽¹⁾ Professeur, Faculté de droit et des sciences politiques, membre du Laboratoire de recherche sur l'effectivité de la norme juridique (LARENJ), Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.
- L'auteur correspondant : rachidzr@yahoo.fr

The Audio-Visual Regulatory Authority

Abstract:

Like banking, insurance and stock markets, the audio-visual sector has undergone a decisive change with the end of the state monopoly on the sector and its opening to private companies. However, the scope of such a reform remains quite relative in that the activity is subjected to an exorbitant regime. If the establishment of an independent regulatory authority in the sector meets the same requirements as in other regulated activities, i.e. the balance of market forces, the audio-visual activity has specific features, including it should be emphasized that this is a sector where the exercise of a fundamental freedom is at stake: freedom of communication.

Keywords:

Audiovisual, Contentious function, Dispute resolution, Incompatibilities, Independence - Judicial powers, Public service, Regulatory authority.

سلطة ضبط السمعي البصري

الملخص:

عرف قطاع السمعي البصري تحولات حاسمة على غرار قطاعات البورصة والبنوك والمؤسسات المالية والتأمينات نتيجة فتحه امام المبادرة الخاصة، غير انه تم إخضاعه الى نظام استثنائي وغير مألوف، مما يقيد من بعض الإصلاحات. فإن كان يستجيب إنشاء سلطة ضابطة في القطاع الى نفس المقتضيات التي تعرفها القطاعات الأخرى والمتمثلة في ضمان توازن قوى السوق، فنسجل خصوصيات نشاط السمعي البصري بسبب احتضانه لممارسة إحدى الحريات الأساسية ألا وهي حرية الاتصال.

الكلمات المفتاحية :

الاستقلالية، المرفق العام، تسوية النزاعات، تشكيلة جماعية، حالات التنافي، سلطة ضابطة، السمعي البصري، وظيفة تنازعية.

Introduction

Si l'on assiste depuis les années 1990 à la mise en œuvre d'une nouvelle politique, mesurée, de libéralisation de la sphère économique, il reste que dans la mesure où l'économie de marché n'a pas le spontanéisme qu'on lui prête souvent, en ce sens que « la concurrence ne se décrète pas et qu'il lui faut la puissance juridique de la régulation »¹, l'intervention de l'Etat s'avère nécessaire afin de répondre aux exigences d'un encadrement efficient des mécanismes du marché. Celle-ci prend toutefois de nouvelles formes et s'exerce à travers des structures inédites : il s'agit des autorités de régulation indépendantes qui peuvent être classées en deux grandes catégories² :

- La première réunit celles instituées en vue de la régulation de certaines activités économiques et financières. On y range le Conseil de la monnaie et du crédit, la Commission bancaire, la Commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse, le Conseil de la concurrence, l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications, l'Agence du service géologique de l'Algérie, l'Agence nationale des activités minières, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, la Commission de supervision des assurances, l'Autorité de régulation des services publics de l'eau, l'Agence nationale de contrôle et de régulation des activités dans le domaine des hydrocarbures et l'Agence nationale pour la valorisation des ressources en hydrocarbures, l'Agence nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine³. A cela il convient d'ajouter deux autres autorités de

¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Régulation versus concurrence », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, Paris, 2011, p. 180.

² Sur la question, voir Rachid ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, Editions Houma, Alger, 2005. Du même auteur, *Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie*, Editions Houma, Alger, 2005 ; *Droit de la régulation économique*, Berti Editions, Alger, 2008 ; *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, Editions Belkeise, Alger, 2012 ; *Les autorités de régulation financière en Algérie*, Editions Belkeise, Alger, 2013 ; *Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance*, Editions Belkeise, Alger, 2013.

³ En dehors du champ économique et financier, le législateur a initié la création de quatre (4) autorités administratives indépendantes : l'Organe national chargé de la prévention et de la lutte contre la corruption ayant pour champ de compétences la transparence financière de la vie publique (Loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, *JORA* n° 14 du 8 mars 2006, complétée par ordonnance n° 10-05 du 26 août 2010, *JORA* n° 50 du 1^{er} septembre 2010, modifiée et complétée par loi n° 11-15 du 2 août 2011, *JORA* n° 44 du 10 août 2011) ; l'Organe national de prévention et de lutte contre les infractions liées aux technologies de l'information et de la communication (Loi n° 09-04 du 5 août 2009 portant règles particulières relatives à la prévention et à la lutte contre les infractions liées aux technologies de l'information et de la communication, *JORA* n° 47 du 16 août 2009) ; la Cellule de traitement du renseignement financier, créée dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du

régulation indépendantes dont les textes institutifs renvoient au règlement pour déterminer leurs compétences ainsi que les règles de fonctionnement qui leur sont applicables : il s'agit de l'Autorité de régulation des transports et de l'Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

- La seconde regroupe celles qui, outre l'exercice de missions de régulation à caractère économique du secteur placé sous leur autorité, sont essentiellement instituées en vue de la protection des droits des citoyens : on y range l'Autorité de régulation de la presse écrite¹ et l'Autorité de régulation de l'audiovisuel².

On relève une forte communauté entre les différents secteurs régulés, la banque, la finance, l'assurance, le médicament, les télécommunications, l'audiovisuel, l'énergie, les transports. L'autorité de régulation est dotée d'un pouvoir d'action globale et concrète de surveillance et de contrôle qui lui permet de faire face aux situations de rapports de force et d'asymétrie de l'information qui caractérisent l'économie de marché. En outre, de tels secteurs ne sont pas laissés au seul principe de la libre concurrence.

Il existe ainsi des règles communes que l'on retrouve dans la plupart des textes juridiques instituant des autorités de régulation indépendantes. L'expérimentation de la catégorie des autorités de régulation indépendantes dans les secteurs économique et financier depuis plus d'une vingtaine d'années en Algérie permet aujourd'hui d'en tirer quelques leçons et de dresser les insuffisances constatées en la matière.

Toutefois, et au-delà des similitudes que l'on peut relever tant dans les activités régulées que dans les textes institutifs de telles autorités de régulation indépendantes, on note une spécificité certaine des secteurs de la presse écrite et de l'audiovisuel qui trouve son origine dans la question de l'opportunité de l'institution d'autorités de régulation dans une sphère où l'exercice d'une liberté fondamentale est en jeu³. On

terrorisme (Ordonnance n° 12-02 du 13 février 2012 modifiant et complétant la loi n° 05-01 du 6 février 2005 relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, *JORA* n° 8 du 15 février 2012) ; l'Autorité nationale de certification électronique (Loi n° 15-04 du 1^{er} février 2015 fixant les règles générales relatives à la signature et à la certification électroniques, *JORA* n° 6 du 10 février 2015).

¹ Loi organique n° 12-05 du 12 janvier 2012 relative à l'information, *JORA* n° 02 du 15 janvier 2012.

² Créée par la loi organique n° 12-05 du 12 janvier 2012 précitée relative à l'information, l'Autorité de régulation de l'audiovisuel fait l'objet de dispositions détaillées dans la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle, *JORA* n° 16 du 23 mars 2014.

³ Sur la question, voir, Mourad AÏT EL DJOUDI, « L'étendue de la liberté de communication audiovisuelle en Algérie », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 2, 2016, pp. 27-45 ; Chérif DRIS, « La nouvelle loi organique sur l'information de 2012 en Algérie : vers un ordre médiatique néo-autoritaire ? », *L'Année du Maghreb*, VIII, 2012, 303-320. En langue arabe, voir :

عبدن رزيقة، « ملاحظات نقدية حول التأطير القانوني لسلطة ضبط السمع البصري »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد

est en droit de s'interroger, en effet, sur la nécessité de l'institution d'autorités de régulation dans un domaine où il n'est pas seulement question de l'exercice d'une activité économique mais où celle de l'exercice d'une liberté fondamentale doit l'emporter sur toute autre considération.

En instituant une Autorité de régulation de l'audiovisuel, la loi organique relative à l'information soulève ainsi diverses interrogations qui tournent autour tant de la nature juridique de l'organe que de l'étendue de son office.

I - La nature juridique de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel

A première vue, la notion d'autorité de régulation indépendante se suffit à elle-même pour identifier le régime juridique qui lui est applicable en ce sens qu'il suffit de transposer le raisonnement adopté à propos des autres organes de régulation¹. Il reste qu'un tel raisonnement aboutit à une impasse en ce que la notion d'autorité de régulation indépendante a perdu son sens premier, ce à quoi il faut ajouter que l'indépendance de l'organe telle que consacrée par la loi organique doit faire l'objet d'une évaluation objective.

A – L'autorité de régulation indépendante : quelle signification ?

Tandis que le Conseil supérieur de l'information a été expressément qualifié d'autorité administrative indépendante², la loi organique relative à l'information dispose en son article 64 : « Il est institué une autorité de régulation de l'audiovisuel, autorité indépendante, jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière ». Contrairement au droit français où on relève que les autorités de régulation sont des autorités administratives indépendantes, la situation se présente différemment en droit algérien. La notion d'autorité de régulation n'a plus de sens juridique, ce qui nécessite de s'interroger sur la véritable nature de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel.

02, 2016, ص ص 383-364 ؛ خرشي إلهام، « سلطة ضبط السمعي البصري في ظل القانون رقم 04-14 : بين مقتضيات الضبط ومحدودية النص »، مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة سطيف 2، عدد 22، 2016؛ أوباية مليكة، « الاستثمار في القطاع السمعي البصري ما بين النصوص والواقع »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2017، ص ص 163-143.

¹ Voir particulièrement, Rachid ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, op. cit.

² L'article 59 de la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information dispose : « Il est institué un Conseil supérieur de l'information, autorité administrative indépendante de régulation, jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière » (*JORA* n° 14 du 4 avril 1990). Le Conseil supérieur de l'information a été dissout en 1993 (voir décret législatif n° 93-13 du 26 octobre 1993 se rapportant à certaines dispositions de la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, *JORA* n° 69 du 27-10-1993).

1 – L'absence de contenu juridique de la notion

Les dispositions de la loi organique relative à l'information restent lacunaires en ce qu'elles ne permettent pas de saisir la véritable nature juridique de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel. En effet, en qualifiant l'organe d'autorité de régulation indépendante, le législateur organique s'attache à la fonction qui lui échoit tout en évacuant l'aspect institutionnel de la régulation

de l'activité audiovisuelle. En d'autres termes, l'autorité de régulation est saisie à travers les missions qui lui sont fixées par la loi organique.

Si l'on se réfère à l'expérience algérienne en matière de régulation économique et financière, on relève que d'autres organes ont été qualifiés de la même manière que l'Autorité de régulation de l'audiovisuel. A titre d'exemple, dans le cas de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications (ARPT), le législateur utilise la notion d'autorité de régulation indépendante dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière¹.

La même qualification est usitée à l'occasion de la modification de la législation relative à la bourse des valeurs mobilières dans laquelle la Commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse (COSOB) passe du statut d'organe sans personnalité juridique à celui d'autorité de régulation indépendante jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière².

Dans le cas de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), la loi lui attribue le qualificatif d'organisme indépendant doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière³. Enfin, la loi organique relative à l'information qualifie l'Autorité de régulation de la presse écrite d'autorité de régulation indépendante⁴.

¹ Loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06 août 2000, modifiée et complétée par loi n° 06-24 du 26 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007, *JORA* n° 85 du 27 décembre 2006, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014.

² Décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, *JORA* n° 34 du 23 mai 1993, modifié et complété par ordonnance n° 96-10 du 10 janvier 1996, *JORA* n° 03 du 14-01-1996, modifié et complété par loi n° 03-04 du 17 février 2003, *JORA* n° 11 du 19 février 2003 (rectificatif in *JORA* n° 32 du 7 mai 2003).

³ Loi n° 2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, *JORA* n° 08 du 6 février 2002, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014.

⁴ Sur la question voir, Rachid ZOUAÏMIA, « L'Autorité de régulation de la presse écrite », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 1, 2014, pp. 7-29.

On a pu soutenir que quelle que soit la dénomination adoptée par le législateur, de tels organes peuvent être qualifiés d'autorités administratives indépendantes et ce, sur la base d'un faisceau d'indices¹.

Toutefois, l'institution de deux autorités de régulation dans le secteur des hydrocarbures en 2005 va bouleverser l'architecture institutionnelle. En effet, la loi relative aux hydrocarbures institue deux agences nationales indépendantes, l'Agence nationale de contrôle et de régulation des activités dans le domaine des hydrocarbures (Autorité de régulation des hydrocarbures) et l'Agence nationale pour la valorisation des ressources en hydrocarbures (ALNAFT), qui, bien que dotées de larges prérogatives de puissance publique, restent soumises aux règles du droit commercial dans leurs rapports aux sociétés pétrolières et aux tiers d'une manière générale². Elles ne sont pas soumises au contrôle du juge administratif en ce que les litiges qui les opposent aux opérateurs du secteur relèvent de la compétence du juge ordinaire, voire de l'arbitrage commercial international. La même solution est adoptée par le législateur à l'occasion de la refonte de la législation relative aux mines : la loi minière de 2001, qui a institué deux organes de régulation, qualifiés d'autorités administratives autonomes³, a été abrogée par la loi de 2014 qui institue deux agences de régulation indépendantes : l'Agence du service géologique de l'Algérie et l'Agence nationale des activités minières qui, au même titre que les autorités de régulation du secteur des hydrocarbures, « ne sont pas soumises aux règles applicables à l'administration notamment en ce qui concerne leur organisation, leur fonctionnement et le statut du personnel qui y exerce »⁴.

Ici, on est en droit de faire le parallèle avec le *distinguo* classique entre les établissements publics à caractère administratif et les établissements publics à caractère industriel et commercial pour supposer que le législateur a entendu reproduire une telle dualité dans le domaine de la régulation : à côté des autorités administratives indépendantes, on assisterait ainsi à l'institution d'autorités

¹ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, op. cit. Du même auteur, *Droit de la régulation économique*, op. cit.

² Loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-10 du 29 juillet 2006, *JORA* n° 48 du 30 juillet 2006, modifiée et complétée par loi n° 13-01 du 20 février 2013, *JORA* n° 12 du 24 février 2013, modifiée et complétée par loi n° 15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finances pour 2016, *JORA* n° 72 du 31 décembre 2015.

³ Il s'agit de l'Agence nationale du patrimoine minier et de l'Agence nationale de la géologie et du contrôle minier, instituées par la loi n° 01-10 du 3 juillet 2001 portant loi minière, *JORA* n° 35 du 4 juillet 2001, modifiée par ordonnance n° 07-02 du 1^{er} mars 2007, *JORA* n° 16 du 7 mars 2007 (abrogée).

⁴ Art. 38 de la loi n° 14-05 du 24 février 2014 portant loi minière, *JORA* n° 18 du 30 mars 2014.

commerciales indépendantes¹. Le processus de régulation serait ainsi ventilé entre les deux types de structures et, à ce titre, on aboutit à la dissociation entre la notion d'autorités de régulation, pour souligner la fonction qui échoit à de telles structures, et celle d'autorités administratives indépendantes ou d'autorités commerciales indépendantes, pour s'attacher aux aspects institutionnels de la régulation². Ainsi, on en arrive à une coexistence entre autorités administratives indépendantes et autorités commerciales indépendantes³. Ces dernières sont des personnes morales de droit public soumises à un régime dualiste, au même titre que les établissements publics à caractère industriel et commercial⁴ ; elles échappent toutefois au régime classique de la tutelle ou du contrôle hiérarchique et l'organe de direction de telles structures est constitué d'un collège à l'instar des autorités administratives indépendantes.

Compte tenu de ce qui précède, on s'aperçoit que la notion d'autorité de régulation indépendante n'est pas une qualification juridique : l'Autorité de régulation de l'audiovisuel peut tout aussi bien relever de la catégorie des autorités administratives indépendantes que de celle des autorités commerciales indépendantes. C'est pourquoi il est nécessaire de s'attacher à en découvrir la vraie nature à travers l'examen des diverses dispositions tant de la loi organique de 2012 relative à l'information que de la loi de 2014 régissant les activités audiovisuelles.

¹ Sur la question voir, Rachid ZOUAÏMIA, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, op. cit. Du même auteur, « Les agences de régulation dans le secteur des hydrocarbures ou les mutations institutionnelles en matière de régulation économique », *Idara*, n° 39, 2010, pp. 71-99, « Les autorités commerciales indépendantes : une nouvelle catégorie juridique en droit algérien ? », 2012, <http://www.legavox.fr/blog/zouaimia-rachid/>

² Voir, Nicole DECOOPMAN, « Peut-on clarifier le désordre ? », in Nicole DECOOPMAN (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, PUF, Coll. Ceprisca, Paris, 2002, p. 20.

³ Il reste que dans l'ordonnance n° 06-10 du 29 juillet 2006 et la loi n° 13-01 du 20 février 2013 précitées, le qualificatif « indépendantes » qui caractérisait les deux agences a été purement et simplement supprimé. Il n'y a fait non plus aucune référence dans la loi n° 14-05 du 24 février 2014 portant loi minière, op. cit.

⁴ Contrairement à une idée répandue, les établissements publics à caractère industriel et commercial sont des personnes morales de droit public. A titre d'exemple, le décret exécutif n° 91-100 du 20 avril 1991 érigeant l'entreprise nationale de télévision en établissement public industriel et commercial, *JORA* n° 19 du 24 avril 1991, dispose en son article 1^{er} que « L'entreprise nationale de télévision créée par décret n° 86-147 du 1^{er} juillet 1986 susvisé, est érigée en établissement public à caractère industriel et commercial dénommé « Etablissement public de télévision ». Quant à l'article 3 du même texte, il précise que « L'établissement est doté de la personnalité morale de droit public et de l'autonomie de gestion administrative et financière ».

2 – Le caractère administratif de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel

En l'absence d'une qualification législative de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, on est contraint de suivre le raisonnement adopté à propos de l'Autorité de régulation de la presse écrite. A ce titre, on tentera de percer la véritable nature de l'organe en s'appuyant sur les règles ayant trait l'activité de l'organe, au personnel, à la comptabilité de l'Autorité, enfin au régime contentieux qui lui est applicable.

Le premier élément a trait à l'activité de l'organe. Ce dernier a pour but non seulement de veiller à l'application de la loi dans le champ de compétences que celle-ci lui confie, mais il se voit reconnaître également une compétence pour l'édition d'actes normatifs : de tels actes tant individuels que réglementaires sont manifestement des actes administratifs, des décisions exécutoires qui sont la manifestation de l'exercice de prérogatives de puissance publique traditionnellement reconnu aux autorités administratives. En effet, l'Autorité de régulation de l'audiovisuel hérite des attributions du Conseil supérieur de l'information, autorité administrative indépendante, exercées, après la dissolution de l'organe, par le ministère chargé de la communication, notamment pour ce qui a trait à la délivrance des autorisations d'exercice des activités de communication. Aux termes de l'article 1^{er} du décret législatif n° 93-13 du 26 octobre 1993, « Les dispositions concernant le Conseil supérieur de l'information contenues dans la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information sont abrogées ». Quant à l'article 2 du texte législatif, il précise que « Les attributions et activités relevant du Conseil supérieur de l'information seront dévolues à des organes appropriés »¹. En fait, c'est le ministre chargé de la communication qui hérite de telles attributions. L'article 3 du décret exécutif du 27 octobre 1993 dispose en effet : « Le ministre de la communication a pour missions (...) d'élaborer les cahiers général et particulier des charges relatifs à l'usage des fréquences radioélectriques et télévisuelles et de délivrer les autorisations y relatives »².

Le second indice généralement pertinent a trait au régime applicable au personnel de l'autorité. A l'évidence, lorsque le personnel relève du statut de la fonction

¹ Décret législatif n° 93-13 du 26 octobre 1993 se rapportant à certaines dispositions de la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, *JORA* n° 69 du 27 octobre 1993.

² Décret exécutif n° 93-256 du 27 octobre 1993 fixant les attributions du ministre de la communication, *JORA* n° 70 du 31 octobre 1993 (abrogé). Le même dispositif est reproduit à l'article 2 du décret exécutif n° 11-216 du 12 juin 2011 fixant les attributions du ministre de la communication, *JORA* n° 33 du 12 juin 2011, qui précise que « Le ministre de la communication a pour missions (...) - de délivrer les autorisations d'exercice des activités de communication y compris la presse électronique (journaux, télévision, radios) ».

publique, l'organe employeur est qualifié d'autorité administrative. Dans le cas du personnel de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, on relève là encore des lacunes en ce que la loi passe sous silence le régime applicable aux personnels. L'article 78 de la loi du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle se contente en effet de préciser que « Le président de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel nomme aux autres emplois sur proposition du secrétaire général ». On le voit, de telles dispositions ne sont d'aucun secours en ce qu'elles ne précisent aucunement le régime applicable au personnel. En outre, on relève dans les visas de la loi la référence à la loi n° 90-11 du 21 avril 1990 modifiée et complétée relative aux relations de travail, ce qui signifie que le personnel de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est constitué de salariés de droit privé.

Le troisième élément réside dans le régime applicable à la comptabilité de l'organe. En vertu de l'article 73 de la loi de 2014, les crédits nécessaires à l'accomplissement des missions de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel sont inscrits au budget général de l'Etat. Le même article précise que « La comptabilité de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est tenue, conformément aux règles de la comptabilité publique, par un agent comptable nommé par le ministre chargé des finances.

Le contrôle des dépenses est exercé conformément aux procédures de la comptabilité publique ».

De telles dispositions sont précieuses en ce qu'elles permettent de qualifier l'organe d'autorité administrative dans la mesure où le régime de la comptabilité publique n'est applicable qu'à des organes à caractère administratif¹, tandis que les autorités commerciales indépendantes sont soumises au régime de la comptabilité commerciale². A titre d'exemple, la loi du 1^{er} février 2015 qualifie expressément en son article 16 l'Autorité nationale de certification électronique d'autorité administrative indépendante³. La comptabilité de l'Autorité est tenue, selon les règles de la comptabilité publique, par un agent comptable désigné ou agréé par le ministre

¹ Loi n° 90-21 du 15 août 1990 relative à la comptabilité publique, *JORA* n° 35 du 15 août 1990, modifiée et complétée par décret législatif n° 92-04 du 11 octobre 1992 portant loi de finances complémentaire pour 1992, *JORA* n° 73 du 11 octobre 1992, modifiée par loi n° 98-12 du 31 décembre 1998 portant loi de finances pour 1999, *JORA* n° 98 du 31 décembre 1998, modifiée et complétée par loi n° 99-11 du 23 décembre 1999 portant loi de finances pour 2000, *JORA* n° 92 du 25 décembre 1999.

² Loi n° 07-11 du 25 novembre 2007 portant système comptable financier, *JORA* n° 74 du 25 novembre 2007, modifiée par ordonnance n° 08-02 du 24 juillet 2008 portant loi de finances complémentaire pour 2008, *JORA* n° 42 du 27 juillet 2008.

³ Loi n° 15-04 du 1^{er} février 2015 fixant les règles générales relatives à la signature et à la certification électroniques, *JORA* n° 6 du 10 février 2015.

chargé des finances. Enfin, le contrôle financier de l'Autorité est assuré par un contrôleur financier désigné par le ministre chargé des finances¹.

Enfin, on a pu remarquer que le régime contentieux des autorités de régulation permet dans une large mesure de qualifier ces dernières : si les autorités administratives indépendantes relèvent du contrôle du juge administratif², en revanche le contentieux des autorités commerciales indépendantes ressortit à la compétence du juge ordinaire. Dans le cas de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, la loi de 2014 prévoit en son article 88 que « Les décisions de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel sont susceptibles de recours conformément à la législation en vigueur ». On le voit, de telles dispositions ne sont d'aucune utilité pour qualifier l'Autorité de régulation de l'audiovisuel. On s'étonne d'ailleurs que le législateur organique n'ait pas repris les dispositions de la loi de 1990 relative à l'information qui précise que les recours dirigés contre les décisions du Conseil supérieur de l'information relèvent de la compétence du juge administratif en ces termes : « Le Conseil supérieur de l'information peut interdire, par décision motivée, l'utilisation d'une langue étrangère par des périodiques d'information générale. Cette décision est susceptible de recours devant la chambre administrative de la Cour suprême »³.

Dans la mesure où le doute est permis en ce que les dispositions de l'article 88 précité ne désignent pas le juge compétent pour connaître des décisions de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, on est contraint de se référer à d'autres dispositions de la loi pour tenter de qualifier l'organe. En effet, c'est à la lecture du contenu de l'article 105 de la loi relative à l'activité audiovisuelle que la question du juge compétent est abordée par le texte de loi. Ce dernier dispose : « Les décisions de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel relatives aux sanctions administratives sont motivées et notifiées aux personnes morales autorisées à exploiter les services de communication audiovisuelle concernés.

Ces décisions sont susceptibles de recours auprès des juridictions administratives, conformément à la législation et la réglementation en vigueur »¹.

¹ Art. 21, 22 et 23 du décret exécutif n° 16-134 du 25 avril 2016 fixant l'organisation, le fonctionnement et les missions des services techniques et administratifs de l'Autorité nationale de certification électronique, *JORA* n° 26 du 28 avril 2016.

² A signaler le cas particulier du Conseil de la concurrence dont les décisions peuvent faire l'objet de recours soit devant la chambre commerciale de la cour d'Alger, soit devant le Conseil d'Etat. Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *Droit de la concurrence*, Belkeise Editions, Alger, 2012.

³ Art. 7 de la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, *JORA* n° 14 du 4 avril 1990, modifiée par décret législatif n° 93-13 du 26 octobre 1993 se rapportant à certaines dispositions de la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, *JORA* n° 69 du 27 octobre 1993 (abrogée).

Il ressort de tous ces éléments, et sans l'ombre d'un doute, que l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est une autorité administrative indépendante². Il reste toutefois à mesurer l'indépendance de l'organe.

B – De l'indépendance de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel

La loi organique relative à l'information qualifie expressément l'Autorité de régulation d'autorité indépendante. Toutefois, on ne peut se contenter des termes de la loi : une telle indépendance doit se donner à voir.

1 – Les éléments de la double indépendance de l'organe

L'indépendance de l'organe est d'abord consacrée explicitement par la loi organique et ce, contrairement à d'autres autorités comme le Conseil de la monnaie et du crédit, la Commission bancaire, ou encore la Commission de supervision des assurances. La notion d'indépendance au sens juridique a une double signification : d'abord par rapport au pouvoir politique, ensuite à l'égard du secteur soumis à régulation.

a - L'indépendance à l'égard du pouvoir politique

L'indépendance de l'autorité en charge de la régulation de l'activité audiovisuelle « vise à préserver les libertés en jeu dans le secteur de l'audiovisuel des interférences

¹ Là encore on constate une rédaction défectueuse des termes de l'article en cause dans la mesure où tant le Conseil d'Etat que le tribunal administratif peuvent se déclarer compétents pour connaître d'un tel recours et ce, dans la mesure où le code de procédure civile et administrative ne vise pas les autorités administratives indépendantes de manière expresse (Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, *JORA* n° 21 du 23 avril 2008). Il reste que selon la pratique législative algérienne, c'est le Conseil d'Etat qui est compétent pour connaître des recours dirigés contre les décisions des autorités administratives indépendantes. A cela, il convient d'ajouter l'interprétation par la doctrine de la notion d'institution publique nationale consacrée par la loi organique du 30 mai 1998 et qui semble bien englober celle d'autorité administrative indépendante (Loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'Etat, *JORA* n° 37 du 1^{er} juin 1998, modifiée et complétée par loi organique n° 11-13 du 26 juillet 2011, *JORA* n° 43 du 3 août 2011). Sur la question, voir Rachid ZOUAÏMIA, « Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes », *Idara*, n° 29, 2005, pp. 5-48.

² La notion d'autorité administrative indépendante a été introduite dans la Constitution par la loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 14 du 7 mars 2016 (rectificatif in *JORA* n° 46 du 3 août 2016). En vertu du nouvel article 202 de la Constitution, « Il est institué un Organe national de prévention et de lutte contre la corruption, autorité administrative indépendante, placée auprès du Président de la République ».

du pouvoir politique. L'indépendance est donc la condition de l'efficacité de la régulation sectorielle »¹.

Une telle indépendance de l'organe à l'égard du pouvoir politique peut être mesurée à un double point de vue : d'une part au plan organique, d'autre part du point de vue fonctionnel.

- Au plan organique, l'indépendance signifie d'abord que l'organe en cause n'est soumis ni à un contrôle hiérarchique, ni à un contrôle de tutelle.

Le second élément qui conforte l'indépendance de l'Autorité de régulation réside dans sa composition collégiale. La règle de la collégialité est d'ailleurs retenue s'agissant de la composition de toutes les autorités de régulation, à l'exception notable de l'Agence nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine².

La collégialité est conçue en effet comme une garantie d'indépendance de l'organe et ce, en raison de la vertu de l'anonymat, « les tiers ne pouvant imputer la décision à une personne précise »³.

En outre, l'indépendance de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est consacrée par la technique du mandat. Les membres du collège sont en effet nommés pour un mandat de six (6) ans, non renouvelable. De telles dispositions confortent l'idée d'indépendance de l'organe en ce sens que le renouvellement du mandat est susceptible d'engendrer des comportements incompatibles avec le statut d'indépendance. A cela il convient d'ajouter que durant leur mandat, les membres du collège ne peuvent être relevés de leurs fonctions que dans des circonstances exceptionnelles⁴.

On relève par ailleurs qu'au point de vue du mode de désignation des membres du collège, le législateur s'est inspiré de la composition plurielle du Conseil supérieur de l'information. En effet, l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est composée de neuf (9) membres nommés par le Président de la République et ainsi désignés :

- cinq (5) membres, dont le président, désignés par le président de la République ;

¹ Gabriel ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, n° 3, 2012, p. 632.

² Décret exécutif n° 15-308 du 6 décembre 2015 fixant les missions, l'organisation et le fonctionnement de l'agence nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine ainsi que le statut de ses personnels, *JORA* n° 67 du 20 décembre 2015.

³ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes : Evaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport A.N. n° 3166 et rapport Sénat n° 404, 2006, p. 73.

⁴ Aux termes de l'art. 60 de la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle, « Le mandat des membres de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est de six (6) ans, non renouvelable. Aucun des membres de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel ne peut être révoqué sauf dans les cas prévus par les dispositions de la présente loi ».

- deux (2) membres non parlementaires, proposés par le président du Conseil de la nation ;
- deux (2) membres non parlementaires, proposés par le président de l'Assemblée populaire nationale.

Contrairement aux autres autorités de régulation dont les textes institutifs concentrent entre les mains du Président de la République le pouvoir de désignation et de nomination des membres des différents collèges, comme pour l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, dans le cas de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, un tel pouvoir est éclaté entre plusieurs centres de décision. Une telle pluralité, dans le sens où divers organes participent à la désignation des membres de l'Autorité de régulation, constitue « une garantie d'indépendance puisqu'elle rend plus difficile la capture »¹.

Enfin, la loi renforce l'indépendance de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel vis-à-vis du pouvoir exécutif et ce, à travers la règle des incompatibilités doublement consacrée : incompatibilités électives qui interdisent le cumul de la fonction de membre du collège avec tout mandat électif ; incompatibilités fonctionnelles à travers l'exclusion de tout rapport de subordination en ce que l'article 61 de la loi relative à l'activité audiovisuelle prévoit que le mandat de membre de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est incompatible avec tout emploi public, « à l'exception des missions provisoires dans l'enseignement supérieur et la supervision de la recherche scientifique ».

- Au plan fonctionnel, l'indépendance signifie que les décisions de l'organe en cause ne peuvent être annulées, modifiées ou remplacées par une autorité supérieure. C'est ainsi que la loi prévoit en son article 58 que « L'Autorité de régulation de l'audiovisuel exerce ses missions en toute indépendance ».

Par ailleurs, on relève que l'organe est doté de la personnalité morale, ce qui lui permet de disposer d'une certaine latitude tant dans le cadre du recrutement du personnel que de l'affectation de ses ressources. C'est ainsi que la loi relative à l'activité audiovisuelle précise en son article 74 que l'Autorité de régulation de l'audiovisuel fixe les règles ayant trait à l'organisation et au fonctionnement des services administratifs par des dispositions internes.

A titre comparatif, la législation française prévoit également que c'est le règlement intérieur, adopté par le collège, qui « précise les règles d'organisation, de

¹ Hubert DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes*, Thèse de doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008, p. 281.

fonctionnement et de déontologie au sein de chaque autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante »¹.

Une telle attribution contraste avec le régime applicable aux autres autorités de régulation dont l'organisation des services est fixée par le pouvoir exécutif. A titre d'exemple, s'agissant du Conseil de la concurrence, les règles portant sur l'organisation et le fonctionnement de l'organe sont fixées par décret exécutif².

S'agissant de l'organisation des services techniques de la Cellule de traitement du renseignement financier, elle fait l'objet d'un arrêté conjoint du ministre chargé des finances et de l'autorité chargée de la fonction publique³.

Par ailleurs, la loi relative à l'activité audiovisuelle précise que le président de l'Autorité de régulation nomme aux différents emplois sur proposition du secrétaire général.

Enfin, l'organe se voit attribuer de larges compétences en vue de déterminer lui-même les règles de fonctionnement auxquelles il est assujéti. En effet, en vertu des dispositions de l'article 55 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, l'Autorité de régulation « élabore et adopte son règlement intérieur »⁴.

L'aptitude des autorités de régulation indépendantes « à fixer leur règlement intérieur n'est pas dépourvue de signification, tout particulièrement sur le terrain des modalités de fonctionnement du collège, des droits de la défense et de la procédure contradictoire »⁵.

D'où l'importance de telles dispositions qui contrastent avec celles adoptées pour d'autres autorités administratives indépendantes qui sont soumises à un règlement

¹ Article 14 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF* n° 0018 du 21 janvier 2017.

² Voir, décret exécutif n° 11-241 du 10 juillet 2011 fixant l'organisation et le fonctionnement du Conseil de la concurrence, *JORA* n° 39 du 13 juillet 2011, modifié et complété par décret exécutif n° 15-79 du 8 mars 2015, *JORA* n° 13 du 11 mars 2015.

³ Art. 15 du décret exécutif n° 2002-127 du 7 avril 2002 portant création, organisation et fonctionnement de la cellule de traitement du renseignement financier (CTRF), *JORA* n° 23 du 07 avril 2002, modifié et complété par décret exécutif n° 08-275 du 6 septembre 2008, *JORA* n° 50 du 7 septembre 2008, modifié et complété par décret exécutif n° 10-237 du 10 octobre 2010, *JORA* n° 59 du 13 octobre 2010, modifié et complété par décret exécutif n° 13-157 du 15 avril 2013, *JORA* n° 23 du 28 avril 2013.

⁴ Tel était également le cas de l'éphémère Conseil supérieur de l'information. Voir, décision n° 91-01 du 12 février 1991 portant règlement intérieur du Conseil supérieur de l'information, *JORA* n° 19 du 24 avril 1991.

⁵ Jean-Louis AUTIN, « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel en France », *RCDP*, n° 34, 2007, p. 97.

intérieur fixé par le pouvoir exécutif, comme dans le cas des deux anciennes autorités de régulation instituées dans le secteur minier¹.

b - L'indépendance à l'égard des entreprises du secteur audiovisuel

Dans le but de prémunir l'Autorité de régulation contre le risque de capture, qui peut être défini comme « le risque que l'entreprise régulée parvienne à exercer sur l'autorité de régulation une influence importante conduisant cette dernière à agir en protégeant anormalement les intérêts de l'entreprise en cause »², la loi relative à l'activité audiovisuelle prévoit un régime d'incompatibilités fonctionnelles. En effet, elle précise en son article 61 que le mandat de membre du collège est incompatible avec l'exercice de toute activité professionnelle susceptible de nuire à son impartialité et à son indépendance. Durant l'exercice de son mandat, le membre de l'organe « ne peut, directement ou indirectement, percevoir des honoraires ou toute autre forme de rémunération, sauf pour services rendus avant son entrée en fonction »³.

Par ailleurs, la loi consacre un régime d'incompatibilités patrimoniales en interdisant aux membres du collège la détention d'intérêts directs ou indirects dans des entreprises relevant du secteur. L'article 64 de la loi précise en effet que « Le membre de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel ne peut détenir, directement ou indirectement, des intérêts dans une entreprise ayant pour objet une activité audiovisuelle, de cinéma, d'édition, de presse, de publicité ou de télécommunications ».

De telles dispositions permettent ainsi de prémunir l'organe de régulation contre tout conflit d'intérêts. Toutefois, on remarque une certaine régression par rapport au dispositif de la loi organique relative à l'information qui, s'agissant des membres de l'Autorité de régulation de la presse écrite, étend le régime des incompatibilités aux membres de leurs familles, ascendants, descendants au premier degré, qui en vertu de l'article 57 du texte, « ne peuvent ni directement, ni indirectement exercer des responsabilités, ni détenir une participation dans une entreprise liée au secteur de l'information ». De telles incompatibilités ne sont pas consacrées par la loi relative à l'activité audiovisuelle, ce qui peut être source de conflits d'intérêts éventuels et

¹ Décret exécutif n° 04-93 du 1^{er} avril 2004 portant règlement intérieur de l'Agence nationale du patrimoine minier, *JORA* n° 20 du 4 avril 2004 ; décret exécutif n° 04-94 du 1^{er} avril 2004 portant règlement intérieur de l'Agence nationale de la géologie et du contrôle minier, *JORA* n° 20 du 4 avril 2004.

² Guillaume DEZOBRY, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », *RFAP*, n° 3, 2012, p. 649.

³ Art. 63 de la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle, *op. cit.*

entacher la crédibilité et l'indépendance de l'organe à l'égard des entreprises du secteur.

Enfin, les membres du collège sont également soumis à un régime d'incompatibilités avec des fonctions futures : l'ordonnance du 1^{er} mars 2007 les soumet en effet à des règles strictes qui régissent le « pantouflage » de manière à éviter qu'ils ne favorisent une entreprise du secteur durant l'exercice de leurs fonctions dans le but de s'y assurer un emploi au terme de leur mandat et ce, en instituant une sorte de « délai de viduité »¹.

En vertu de l'article 3 du texte précité, à la fin de leur mission, les titulaires d'une fonction supérieure de l'Etat exerçant au sein des autorités de régulation « ne peuvent exercer, pour une période de deux (2) années, une activité de consultation, une activité professionnelle de quelque nature que ce soit ou détenir des intérêts directs ou indirects auprès d'entreprises ou d'organismes dont ils ont eu à assurer un contrôle ou une surveillance (...) ainsi qu'auprès de toute autre entreprise ou organisme opérant dans le même domaine d'activité »².

De telles dispositions sont reprises par l'article 65 de la loi de 2014 qui dispose : « Il est interdit à tout membre de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel d'exercer une activité liée à toute activité audiovisuelle durant les deux (2) années qui suivent la fin de son mandat ».

2 – Le caractère virtuel de l'indépendance de l'organe

La première observation a trait à la composition de l'organe : ici on relève une régression par rapport au texte de 1990. Sur les douze (12) membres du Conseil supérieur de l'information, six (6) sont élus à la majorité absolue parmi les journalistes professionnels des secteurs de la télévision, de la radio et de la presse écrite qui doivent justifier d'au moins quinze (15) ans d'expérience dans la profession.

En outre, comme le soulignent les dispositions de l'article 61 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, le mandat de membre de l'Autorité de régulation est incompatible avec toute responsabilité exécutive dans un parti politique. Une telle règle aurait dû être expressément prévue s'agissant des conditions de nomination des membres de l'organe. En effet, l'impartialité, qui est une exigence fondamentale au regard des attributions de l'organe chargé de la régulation d'un secteur sensible où la liberté de communication est en jeu, commande que ses membres soient nommés en

¹ L'expression est empruntée à Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit. p. 70.

² Ordonnance n° 07-01 du 1^{er} mars 2007 relative aux incompatibilités et obligations particulières attachées à certains emplois et fonctions, *JORA* n° 16 du 7 mars 2007.

dehors des structures partisans. Par ailleurs, en vertu de l'article 59 de la même loi, « Les membres de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel sont choisis pour leur compétence, leur expérience et l'intérêt qu'ils accordent à l'activité audiovisuelle ».

De telles dispositions ne peuvent être prises en compte d'abord au vu de la généralité des termes employés dans le texte. En effet, que signifie la compétence ? Qu'est-ce que l'expérience et comment la mesurer, et surtout que signifie l'intérêt accordé à l'activité audiovisuelle ? Par ailleurs, le respect de telles conditions par les pouvoirs publics est intimement lié à la question de l'Etat de droit. Or, dans le cas algérien, on constate que les règles de droit sont bafouées de manière récurrente. A titre d'exemple, un haut responsable politique du Rassemblement National Démocratique, parti au pouvoir, a été désigné en qualité de président de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel et installé en septembre 2014¹. Il reste que la décision le concernant n'a pas été publiée au *Journal officiel* et les autres membres de l'organe n'ont pas été nommés. Toutefois, l'intéressé a exercé les attributions de l'Autorité de régulation, notamment en adressant des avertissements et mises en demeure à certaines chaînes de télévision et ce, de manière illégale dans la mesure où de telles compétences relèvent du collège et non de son président².

En février 2016, le président de l'organe est nommé au Conseil de la Nation au titre du tiers présidentiel et aucune décision mettant fin à ses fonctions à la tête de l'Autorité de régulation n'a été publiée au *Journal officiel*³. Enfin, il ne sera remplacé qu'en juin 2016 par un nouveau président qui, lui, a fait l'objet d'une nomination par décret présidentiel⁴.

Une telle situation montre que la règle de droit remplit une fonction décorative et élude les véritables règles de fonctionnement du système politico-institutionnel algérien qui s'appuie essentiellement sur la pratique clientéliste⁵.

Comme le fait remarquer M. Benflis, responsable d'un parti de l'opposition, « cette nomination est frappée du sceau indélébile du clientélisme, du clanisme et de l'allégeance dans leurs formes les plus insoutenables. Toutes les structures que le

¹ Voir, <http://www.liberte-algerie.com/>, 21 septembre 2014.

² A titre d'exemple, un avertissement verbal a été adressé au directeur de la chaîne de télévision "KBC" (<http://lecourrier-dalgerie.com/> 30 juin 2015) ; un autre avertissement verbal a été signifié au directeur de la chaîne de télévision "BeurTV" pour "des dépassements" lors de l'enregistrement du contenu d'une émission diffusée par cette chaîne sur l'homosexualité en Algérie (<http://www.aps.dz/> 23 Novembre 2015).

³ Décret présidentiel n° 16-48 du 1^{er} février 2016 portant désignation de membres du Conseil de la Nation, *JORA* n° 06 du 3 février 2016.

⁴ Décret présidentiel n° 16-178 du 19 juin 2016 portant nomination des membres de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, *JORA* n° 36 du 19 juin 2016.

⁵ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « Déréglementation et ineffectivité des normes en droit économique algérien », *Idara*, n° 21, 2001, pp. 125-138.

régime en place estime être d'une sensibilité particulière pour sa survie sont toutes atteintes de ces stigmates. Il n'y a plus place dans ces structures d'Etat pour l'indépendance, l'impartialité et la neutralité qui sont la marque d'un Etat fort et respecté »¹.

En effet, on ne peut qu'être étonné devant une telle situation, surtout en ayant à l'esprit les dispositions du décret exécutif du 11 août 2016 qui précisent que le dossier de candidature pour l'octroi d'une autorisation de création d'un service de communication audiovisuelle thématique est adressé à l'Autorité de régulation « et comprend un engagement du ou des candidats à ne pas appartenir à l'instance dirigeante d'un parti politique et à ne pas confier la direction ou la gestion du service de communication audiovisuelle à un dirigeant d'un parti politique »².

Comment dès lors justifier la nomination d'un haut responsable politique à la tête d'une institution censée agir de manière impartiale ? On aboutit ainsi à ce qu'un auteur décrit, dans le cas algérien, comme « un paysage audiovisuel ubuesque »³.

De ce qui précède, il résulte que les dispositions de la loi qui traitent de compétence et d'expérience ne doivent pas faire illusion lorsque les pouvoirs publics ne respectent pas les termes de la loi. Or, le choix de personnes qualifiées au sein du collège des autorités de régulation fonde en effet, comme l'écrit une auteure, « la crédibilité de l'Autorité, c'est-à-dire son indépendance et sa puissance, ces trois qualités étant étroitement liées »⁴.

En d'autres termes, si la compétence constitue une forte garantie de l'indépendance de l'organe, force est de constater que dans le cas de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, les critères ayant présidé à la nomination de ses membres se résument dans le soutien au pouvoir politique en place, ce qui ne joue pas en faveur de l'indépendance de l'organe. Dès lors que les autorités procèdent à la désignation des membres du collège sur la base de critères clientélistes et partisans, les personnes concernées se retrouvent dans un état de dépendance et de

¹ Sofiane AYACHE, « Benflis dénonce la désignation de Chorfi à la tête de l'audiovisuel », *Le Matin* du 21 Septembre 2014, <http://www.lematindz.net/>

² Art. 8 alinéa 19 du décret exécutif n° 16-220 du 11 août 2016 fixant les conditions et les modalités de mise en œuvre de l'appel à candidature pour l'octroi de l'autorisation de création d'un service de communication audiovisuelle thématique, *JORA* n° 48 du 17 août 2016.

³ Renaud de la BROSSE, « La régulation de la communication audiovisuelle. Les réalités supranationales s'imposent », *Annuaire français de relations internationales*, vol. XV, 2014, p. 821.

⁴ Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », op. cit. p. 70.

subordination à l'égard des institutions à l'origine de leur cooptation et du pouvoir exécutif de manière générale¹.

Si la compétence et l'expertise sont en mesure de soustraire les personnes concernées à toute forme de subordination de fait, la qualification permettant dans une grande mesure d'échapper à l'emprise du pouvoir politique, en revanche, la compétence discrétionnaire reconnue aux pouvoirs publics de pourvoir aux emplois auprès de l'Autorité les conduisent à opter pour des critères d'appartenance politique, régionale, familiale, de sorte que soit assurée, derrière la fiction de l'indépendance, l'allégeance au pouvoir politique et en particulier aux gouvernants. C'est ainsi qu'on aboutit à l'instrumentalisation de l'Autorité de régulation à travers la désignation de membres qui, ne bénéficiant pas de compétences et de qualifications propres, se retrouvent redevables envers les autorités qui les ont cooptés. C'est l'essence même du rapport clientéliste.

Au point de vue de l'indépendance fonctionnelle de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, on constate qu'elle est altérée par certaines dispositions de la loi de 2014. A titre d'exemple, l'article 75 de la loi précise que « Les services administratifs et techniques sont dirigés par un secrétaire général sous l'autorité du président de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel ». Quant à l'article 77, il dispose : « Le secrétaire général est nommé par décret présidentiel sur proposition du président de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel ».

De telles dispositions contrastent fort avec la solution adoptée dans le cas de la Cellule de traitement du renseignement financier. En effet, le secrétaire général et les chefs de service de l'organe sont nommés par décision du président de la Cellule².

C'est la solution adoptée en France : le secrétaire général ou le directeur général de l'organe « est nommé par le président de l'autorité administrative indépendante ou de l'autorité publique indépendante »³, ce qui constitue une manifestation importante de l'indépendance de ces institutions.

¹ Les mêmes remarques ont pu être formulées au sujet de la composition de l'Organe national de prévention et de lutte contre la corruption. Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « Les fonctions décoratives de l'Organe national de prévention et de lutte contre la corruption », 12 octobre 2012, <http://www.legavox.fr/blog/zouaimia-rachid/>

² Art. 17 du décret exécutif n° 2002-127 du 7 avril 2002 modifié et complété portant création, organisation et fonctionnement de la cellule de traitement du renseignement financier (CTRF), op. cit.

³ Article 17 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, op. cit.

En outre, l'indépendance du régulateur ne peut être sérieusement envisagée sans ressources propres. On a pu écrire à ce propos que l'une « des voies permettant de protéger l'indépendance est ainsi de promouvoir l'autofinancement des autorités »¹.

Une telle solution est d'autant plus soutenable que les autorités de régulation bénéficient pratiquement toutes de la personnalité morale en droit algérien.

S'agissant de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, la loi organique relative à l'information précise en son article 64 qu'elle dispose de l'autonomie financière. Il convient toutefois de dépasser le libellé de telles dispositions en vue de rechercher l'étendue d'une telle autonomie.

Si l'organe est doté de la personnalité morale, il reste qu'il n'est pas maître de ses ressources. En effet, selon les dispositions de l'article 73 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, les crédits nécessaires à l'accomplissement des missions de l'Autorité de régulation sont inscrits au budget général de l'Etat. Le même article ajoute que la comptabilité de l'organe est tenue « par un agent comptable désigné par le ministre chargé des finances » et que « le contrôle des dépenses est exercé conformément aux procédures de la comptabilité publique ».

Contrairement à d'autres autorités de régulation qui disposent de différentes sources de financement qui les mettent à l'abri d'une trop grande dépendance vis-à-vis de l'exécutif², l'Autorité de régulation de l'audiovisuel reste dans un état de large dépendance financière en ce que le budget annuel qui lui est alloué obéit aux règles budgétaires en vigueur, notamment en matière d'approbation. Si l'organe propose les crédits annuels nécessaires à son fonctionnement, il reste que les ressources qui lui sont affectées proviennent des crédits inscrits au budget de l'Etat, soit du ministère de rattachement du secteur d'activité. A ce titre, et comme l'écrivent très justement deux auteurs, « les mécanismes d'attribution des crédits et des moyens en personnel, le recours indispensable à certains services administratifs hiérarchiquement soumis à un ministre pour l'accomplissement de certaines tâches (...), sont tels qu'on ne peut nier l'existence d'un véritable "cordon ombilical" entre les autorités administratives indépendantes et le gouvernement (selon l'expression de J. Chevallier) »³.

¹ Francesco MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », *RFAP*, n° 3, 2012, p. 732.

² On peut citer, à titre d'exemple, la Commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, l'Agence nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine, l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications ou encore l'Autorité de régulation des services publics de l'eau. On peut y ajouter l'Autorité de régulation des transports, sauf que celle-ci n'a pas été installée, le texte réglementaire d'application de la loi qui en fixe l'organisation et les attributions n'ayant pas été adopté à ce jour.

³ Sylvie HUBAC, Evelyne PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs », in Claude-Albert

A travers ce bref aperçu sur les moyens financiers dont dispose l'Autorité de régulation, on peut distinguer entre les organes qui disposent de différentes sources de financement qui les mettent à l'abri d'une dépendance financière vis-à-vis de l'exécutif et ceux qui restent dans un état de large dépendance financière. Si ces autorités proposent les crédits annuels nécessaires à leur fonctionnement, il reste que les ressources qui leur sont affectées proviennent généralement des crédits inscrits au budget de l'Etat, soit du ministère auquel est rattaché le secteur ou domaine d'activité. A ce titre, on peut en déduire, comme le relève à juste titre un auteur, que « c'est en définitive le Gouvernement qui détermine le budget de ces autorités »¹.

En conséquence, l'arbitrage entre ressources financières du régulateur et celles du ministère de tutelle du secteur est laissé aux soins de l'administration centrale. Ainsi, « c'est l'Etat, et plus concrètement le Gouvernement, qui conçoit et attribue les budgets aux autorités administratives, ce qui peut présenter un risque pour les régulateurs, soit que l'Etat les rende mendians par l'attribution de budgets insuffisants, soit qu'il sanctionne indirectement une décision déplaisante du régulateur en diminuant son budget »².

C'est pourquoi il serait souhaitable que l'on opte pour la solution consacrée pour d'autres autorités de régulation : soit celle des prélèvements directs sur les entreprises opérant dans le secteur de l'audiovisuel³.

II - L'étendue de l'office de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel

Au-delà des termes de la loi qui série les multiples missions de l'Autorité de régulation, il est possible de les classer en deux grandes catégories : les unes relèvent du contrôle ex ante de l'activité audiovisuelle, les autres de la régulation ex post.

COLLIARD et Gérard TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1988, pp. 128-129.

¹ Abdoulaye DIARRA, « Les autorités administratives indépendantes dans les Etats francophones d'Afrique Noire. Cas du Mali, du Sénégal et du Bénin », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, n° 0, janvier 2000, p. 19. <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>

² Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Régulateurs indépendants versus LOLF », *Revue Lamy de la concurrence*, 2006, n° 7, citée par Béatrice COSPEREC, « L'indépendance de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires », *RFAP*, n° 3, 2012, p. 782.

³ A titre d'exemple, en droit comparé, le financement des autorités de régulation de la communication audiovisuelle est assuré par la contrepartie des licences octroyées, les taxes et redevances dues par les exploitants de réseaux. Voir, Ana AZURMENDI, « Les autorités de régulation de la communication audiovisuelle : Allemagne, Espagne, Italie et Royaume-Uni », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 50, 2009, pp. 56-62.

A – Les attributions de l'organe en matière de régulation ex ante

1 - La soumission de la liberté de communication audiovisuelle à un régime préventif

En vertu de l'article 50 de la Constitution, telle qu'amendée en 2016, « La liberté de la presse écrite, audiovisuelle et sur les réseaux d'information est garantie. Elle n'est restreinte par aucune forme de censure préalable ». Le même article précise que « La diffusion des informations, des idées, des images et des opinions en toute liberté est garantie dans le cadre de la loi et du respect des constantes et des valeurs religieuses, morales et culturelles de la Nation ».

Il existe, de manière assez schématique, deux formules de mise en œuvre de la liberté de communication audiovisuelle. Selon une première approche, une telle liberté ne peut être garantie lorsque la puissance publique s'arroge le pouvoir d'en soumettre l'exercice au régime de l'autorisation administrative préalable. S'agissant d'une forme d'exercice des libertés fondamentales de pensée, d'opinion et d'expression, elle ne peut être conditionnée par un quelconque agrément administratif. Il suffit en effet que la création de tout service thématique de communication audiovisuelle obéisse au régime de la simple déclaration. C'est la solution retenue par le législateur algérien en matière de presse écrite lors de l'adoption de la loi du 3 avril 1990¹.

Quant à la seconde formule, elle vise à soumettre la liberté de la communication audiovisuelle à un contrôle ex ante qui permet aux pouvoirs publics d'en limiter l'exercice à travers l'autorisation administrative préalable, délivrée soit par un organe du gouvernement, soit par une autorité de régulation. C'est sur cette voie que s'est engagé le législateur algérien, que ce soit dans le cadre de la loi de 1990 relative à l'information ou en application de la loi organique relative à l'information et la loi relative à l'activité audiovisuelle. Si celle-ci dispose en son article 2 que « L'activité audiovisuelle est librement exercée dans le respect des principes énoncés par les dispositions de l'article 2 de la loi organique n° 12-05 du 12 janvier 2012, celles de la présente loi ainsi que de la législation et de la réglementation en vigueur », elle restreint l'exercice d'une telle liberté au moyen du procédé de l'autorisation préalable : l'article 21 de la loi précise en effet que « Le régime de l'autorisation s'applique à la

¹ Celle-ci dispose en effet en son article 3 que « Le droit à l'information s'exerce librement dans le respect de la dignité de la personne humaine, des impératifs de la politique extérieure et de la défense nationale ». Par ailleurs, l'article 14 du texte législatif précise que « L'édition de toute publication périodique est libre. Elle est soumise, aux fins d'enregistrement et de contrôle de véracité, à une déclaration préalable, trente (30) jours avant la parution du premier numéro ». Le texte ajoute que « La déclaration est enregistrée auprès du procureur de la République territorialement compétent du lieu de parution de la publication ».

diffusion par câble, à l'usage des fréquences radioélectriques par voie hertzienne et par satellite, en clair ou par un procédé de cryptage ». En outre, si les services de communication audiovisuelle dépendant du secteur public sont organisés en chaînes généralistes et en chaînes thématiques, ceux relevant du secteur privé ne peuvent être constitués que de chaînes thématiques.

On relève ainsi que le texte juridique recèle une contradiction dans la mesure où si le législateur consacre le principe de la liberté de communication audiovisuelle, une telle liberté est remise en cause par les dispositions ayant trait à la procédure de l'autorisation préalable. En d'autres termes, la soumission de l'activité audiovisuelle à un régime préventif remet en cause le principe même de liberté. A ce titre, on est en droit de s'interroger sur la question de savoir si la valeur constitutionnelle de la liberté de communication peut s'accommoder d'un régime d'autorisation préalable. Une telle interrogation incite à analyser minutieusement les textes pour tenter de percer les motivations profondes du législateur.

Si l'on décortique les textes, on s'aperçoit que c'est au niveau de la loi organique que le législateur a balisé la voie du régime préventif qui ouvre la voie à une limitation a priori de la liberté de communication audiovisuelle.

D'abord, l'article 59 de la loi organique dispose « L'activité audiovisuelle est une mission de service public.

Les modes de sujétion du service public sont définis par voie réglementaire ».

S'agissant du caractère de service public attaché à l'activité audiovisuelle, il permet d'en soumettre l'exercice à un ensemble de conditions draconiennes et à un régime exorbitant dans la mesure où ce qui est en cause, c'est la prise en charge de fonctions qui relèvent en dernier ressort.

Il est admis que la notion de service public signifie « une activité d'intérêt général gérée par l'administration ou par une personne privée qui en a reçu délégation et qui est soumise au contrôle de l'administration », ce à quoi il faut ajouter la soumission d'une telle activité à un régime dérogatoire au droit commun¹.

Ainsi, la soumission de l'activité audiovisuelle au régime du service public se justifie par la volonté du législateur de la soumettre à des règles exorbitantes : l'exercice d'une activité de service public obéit en effet à un ensemble de sujétions auxquelles sont soumises les personnes qui les prennent en charge comme il implique des pouvoirs exorbitants au profit de l'autorité administrative².

¹ Jacques CHEVALLIER, « Essai sur la notion juridique de service public », *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, n° 7, 1976, p. 161.

² Voir Rachid ZOUAÏMIA, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Editions Belkeise, Alger, 2012. Du même auteur, « La délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées », *Idara*, n° 41, 2011, pp. 7-31 ; « La délégation unilatérale de service public

En second lieu, l'article 63 de la loi organique précise en son alinéa 3 que l'exercice d'une activité audiovisuelle (distribution par câble d'émissions radiophoniques sonores ou télévisuelles, utilisation des fréquences radioélectriques) « constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat », et à ce titre, doit être soumis à autorisation.

Le législateur assimile ainsi l'espace hertzien au domaine public de l'Etat. De telles dispositions sont à rapprocher de celles de la loi domaniale qui classe dans le domaine public naturel de l'Etat « l'espace aérien territorial »¹.

L'espace dans lequel se propagent les ondes hertziennes appartient donc à l'Etat. En réalité, il s'agit là d'une simple fiction juridique dans la mesure où l'espace aérien n'est pas susceptible d'appropriation. C'est donc par simple excès de langage que le législateur incorpore l'espace hertzien dans le domaine public, sans doute faute d'une solution plus adéquate et également de manière à en soumettre l'utilisation à un régime exorbitant de droit commun².

L'exercice d'une activité audiovisuelle constitue ainsi une activité de service public et requiert un usage privatif du domaine public, ce qui justifie, aux yeux du législateur, sa soumission à un régime préventif.

On pourrait être tenté de répliquer que même dans les pays à traditions démocratiques, l'activité audiovisuelle est soumise au régime de l'autorisation préalable ou de la concession. En réalité une telle comparaison ne peut être entreprise en ce qu'il existe une différence fondamentale entre les deux situations. En effet, et si l'on prend le cas français, le Conseil constitutionnel a pu juger que « le législateur n'est pas tenu de soumettre l'ensemble de la télévision par voie hertzienne au régime juridique applicable aux services publics ni d'adopter un régime de concession ; qu'en effet, ce mode de communication ne constitue pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle ; que, par suite et quelle que soit la nature juridique de l'espace hertzien, il est loisible au législateur de soumettre le secteur privé de la communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative »³.

au profit de personnes privées », *Idara*, n° 42, 2011, pp. 49-74 ; « La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015 », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 1, 2016, pp. 7-35.

¹ Art. 15 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.

² Sur la question en droit français, voir, Roland DRAGO, « Nature juridique de l'espace hertzien », in *Aspects du droit privé en fin du 20^{ème} siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ-Monchrestien-Éd. techniques, Paris, 1986, pp. 365-374.

³ Cons. const., Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, considérant 9, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

Contrairement à la situation en matière de presse écrite où la soumission de la création d'un quotidien à une autorisation administrative préalable a été jugée contraire à la Constitution¹, « en matière audiovisuelle au contraire, la Constitution permet un tel régime préventif concernant le secteur privé »².

Au point de vue du fondement d'une telle position, le Conseil constitutionnel estime qu'au vu de l'influence considérable des modes de communication audiovisuelle, ces derniers sont susceptibles non seulement de porter atteinte à l'ordre public, mais également et surtout de nuire à la liberté d'autrui et à l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion. L'institution d'une autorité de régulation dans le secteur de l'audiovisuel a ainsi principalement pour objectif de favoriser l'expression plurielle des courants de pensées et d'opinions³. En d'autres termes, un tel organe constitue « une garantie légale du pluralisme et ainsi de la liberté de communication »⁴.

2 - Les instruments juridiques de la régulation ex ante

L'édition d'un règlement, la délivrance d'un agrément ou d'une autorisation, participent de l'action ex ante du régulateur sur l'activité concernée⁵. S'agissant de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, dans la mesure où le législateur adopte un régime préventif, elle reçoit compétence pour exercer un contrôle a priori sur l'activité audiovisuelle comme le législateur lui reconnaît un pouvoir réglementaire limité.

a - Le contrôle ex ante de l'exercice de l'activité audiovisuelle

En vertu de l'article 56 de la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, « La distribution par câble d'émissions radiophoniques sonores ou télévisuelles ainsi que l'utilisation des fréquences radioélectriques sont soumises à autorisations et

¹ Cons. const., Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, considérant 81, *JORF* du 13 octobre 1984, p. 3200.

² Pierre de MONTALIVET, « La constitution et l'audiovisuel », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2012, p. 8.

³ Cons. const., Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 26, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

⁴ Pierre de MONTALIVET, « Constitution et autorités de régulation », *RDP*, n° 2, 2014, p. 320.

⁵ Voir, Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le couple Ex Ante – Ex Post, justificatif d'un droit spécifique et propre de la régulation », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, coll. "Droit et Economie de la Régulation", vol. 4, Presses de Sciences-Po / Dalloz, Paris, 2006, pp. 33-48.

obéissent à un cahier général des charges établi par l'administration, le Conseil supérieur de l'information consulté.

Cet usage constitue un mode d'occupation privatif du domaine de l'Etat ».

En outre, l'article 61 du même texte législatif dispose : « Le Conseil supérieur de l'information délivre les autorisations et élabore les cahiers particuliers des charges relatifs à l'usage des fréquences radioélectriques et télévisuelles tel que prévu à l'article 56 ci-dessus »¹.

De telles dispositions montrent l'étendue des attributions de l'organe en matière de régulation du secteur. En revanche, la loi de 2014 relative à l'activité audiovisuelle opère un revirement en ce sens que l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est dépossédée de pratiquement l'ensemble des attributions dévolues au Conseil supérieur de l'information et ce, au profit du pouvoir exécutif qui exerce le véritable pouvoir en matière de régulation ex ante.

En vertu de l'article 3 de la loi, « L'activité audiovisuelle est exercée par :

- les personnes morales exploitant un service de communication audiovisuelle relevant du secteur public ;
- les entreprises, les institutions et les organismes du secteur public autorisés ;
- les institutions et les sociétés de droit algérien autorisées ».

En outre, selon les termes de l'article 17 de la loi, « Est considéré comme service de communication audiovisuelle autorisé tout service thématique de diffusion télévisuelle ou de diffusion sonore, créé par décret dans les conditions prévues par les dispositions de la présente loi ».

A la suite de la création du service de communication audiovisuelle, l'Autorité de régulation de l'audiovisuel recueille les candidatures des personnes morales intéressées. A ce titre, l'article 22 de la loi relative à l'activité audiovisuelle dispose : « La procédure relative à l'octroi de l'autorisation est mise en œuvre par l'Autorité de régulation de l'audiovisuel au moyen d'un appel à candidature, selon des conditions et modalités fixées par voie réglementaire ».

L'appel à candidature relève de la compétence du ministre chargé de la communication qui le notifie au président de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel. Ce dernier en assure la diffusion pendant une durée de trente (30) jours².

¹ Voir, Cahier général des charges définissant les conditions techniques relatives à l'usage des fréquences radioélectriques pour la diffusion par ondes hertziennes de programmes radiophoniques et/ou télévisuels, ainsi que de la distribution par câble d'émissions sonores et/ou télévisuelles, annexé au décret exécutif n° 92-137 du 7 avril 1992, *JORA* n° 26 du 8 avril 1992.

² Décret exécutif n° 16-220 du 8 11 août 2016 fixant les conditions et les modalités de mise en œuvre de l'appel à candidature pour l'octroi de l'autorisation de création d'un service de

A l'issue de cette première phase, l'Autorité de régulation instruit les candidatures et organise une audition publique des candidats dont le dossier est recevable. Pour mener à bien une telle opération, l'Autorité de régulation fixe par décision les critères lui permettant de noter et classer les offres retenues.

Par ailleurs, elle vérifie que les candidats remplissent les conditions posées par la loi : à titre non exhaustif, on relève l'exigence de la nationalité algérienne de tous les actionnaires de la personne morale de droit algérien, de la jouissance par ces derniers de leurs droits civils, de l'exclusivité nationale du capital social, de la présence de journalistes professionnels et de personnes professionnelles parmi les actionnaires.

En outre, il appartient aux candidats de justifier de l'origine des fonds investis, ce qui permet à l'Autorité de régulation de s'assurer que les fonds visés ne proviennent pas d'activités illicites et que les personnes concernées ne visent pas, à travers l'investissement, à mettre en œuvre une opération de blanchiment d'argent¹.

Dès la clôture de la phase d'audition des candidats, l'Autorité de régulation établit un procès-verbal dans lequel elle se prononce sur les candidatures retenues. Enfin, les procès-verbaux « sont accompagnés d'un rapport exhaustif sur la mise en œuvre de la procédure d'appel à candidature établi par le président de l'autorité de régulation de l'audiovisuel et sont soumis pour appréciation au ministre chargé de la communication »².

A l'issue de cette seconde phase, les candidats retenus bénéficient d'une autorisation qui constitue, selon les dispositions de la loi, « l'acte par lequel l'autorité concédante accorde par décret la création d'un service de communication

communication audiovisuelle thématique, *JORA* n° 48 du 17 août 2016. Un appel à candidature a été lancé par arrêté du 31 juillet 2017 portant lancement de l'appel à candidature pour l'octroi d'autorisations de création de services de diffusion télévisuelle thématiques, *JORA* n° 56 du 28 septembre 2017. Toutefois, le texte en cause a été abrogé par arrêté du 30 octobre 2017 portant abrogation de l'arrêté du 31 juillet 2017 portant lancement de l'appel à candidature pour l'octroi d'autorisations de création de services de diffusion télévisuelle thématiques, *JORA* n° 64 du 7 novembre 2017.

¹ Voir, loi n° 05-01 du 6 février 2005 relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, *JORA* n° 11 du 9 février 2005, modifiée et complétée par ordonnance n° 12-02 du 13 février 2012, *JORA* n° 8 du 15 février 2012 ; modifiée et complétée par loi n° 15-06 du 15 février 2015, *JORA* n° 8 du 15 février 2015. Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « Blanchiment d'argent et financement du terrorisme : l'arsenal juridique », *Revue Critique de Droit et Sciences Politiques*, n° 1, 2006, pp. 5-24.

² Art. 19 du décret exécutif n° 16-220 du 8 11 août 2016 fixant les conditions et les modalités de mise en œuvre de l'appel à candidature pour l'octroi de l'autorisation de création d'un service de communication audiovisuelle thématique, *JORA* n° 48 du 17 août 2016.

audiovisuelle thématique, conformément aux dispositions de la loi organique n° 12-05 du 12 janvier 2012 »¹.

Dès l'attribution du titre, le bénéficiaire est tenu de verser la contrepartie financière de l'autorisation² et de conclure avec l'Autorité de régulation une convention dont l'objet consiste à préciser les conditions de l'exploitation du service de communication audiovisuelle.

Ainsi, l'autorisation relève de la compétence du gouvernement et l'Autorité de régulation de l'audiovisuel joue simplement un rôle d'expertise et de conseil.

Toutefois, on relève que l'Autorité de régulation ne se contente pas de jouer un rôle consultatif. En effet, elle jouit d'un véritable pouvoir d'appréciation dans la mesure où non seulement elle établit des grilles de notation lui permettant de classer les offres retenues, mais elle dispose également d'un large pouvoir d'appréciation des capacités des candidats, s'agissant notamment de l'expérience de ces derniers dans les activités audiovisuelles, la contribution des concernés à la production nationale des programmes, « le financement et les perspectives de croissance des ressources au profit de l'activité audiovisuelle »³.

Par ailleurs, et dans la mesure où les décisions de l'organe sont susceptibles de faire grief, comme dans le cas de rejet d'une candidature, la loi prévoit que ces dernières, qui doivent être motivées, « sont susceptibles de recours conformément à la législation en vigueur »⁴.

Enfin, et en vertu de l'article 55 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, l'Autorité de régulation « octroie les fréquences mises à sa disposition par l'organisme public chargé de la télédiffusion, en vue de la création de services de communication audiovisuelle terrestre dans le cadre des procédures définies » par la loi.

¹ Art. 20 de la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle qui reprend les dispositions de la loi organique relative à l'information qui précise en son article 63 que « La création de tout service thématique de communication audiovisuelle, la distribution par câble d'émissions radiophoniques sonores ou télévisuelles ainsi que l'utilisation des fréquences radioélectriques sont soumises à autorisation attribuée par décret ».

² Voir, décret exécutif n° 16-221 du 11 août 2016 fixant le montant et les modalités de versement de la contrepartie financière liée à l'autorisation de création d'un service de communication audiovisuelle thématique, *JORA* n° 48 du 17 août 2016.

³ Art. 25 de la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle.

⁴ Art. 21 de la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle. C'est le Conseil d'Etat qui est compétent pour connaître de tels recours en ce que l'Autorité de régulation de l'audiovisuel relève de la catégorie des institutions publiques nationales visées à l'article 9 de la loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 modifiée et complétée relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'Etat.

b- Le pouvoir réglementaire symbolique

L'Autorité de régulation de l'audiovisuel participe d'abord au pouvoir réglementaire exercé par le gouvernement. La loi relative à l'activité audiovisuelle prévoit en effet qu'elle formule des avis sur tout projet de texte législatif ou réglementaire concernant l'activité audiovisuelle. En outre, elle est consultée par le pouvoir exécutif pour formuler avis ou propositions sur la fixation des redevances d'usage des fréquences radioélectriques dans les bandes attribuées au service de radiodiffusion

L'Autorité de régulation se voit reconnaître par ailleurs un véritable pouvoir réglementaire¹ dans le cadre de la mise en œuvre « d'une nouvelle conception de l'exercice de l'autorité étatique »².

En vertu des dispositions de l'article 55 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, l'organe l'Autorité de régulation :

« - fixe les conditions dans lesquelles les programmes de communication audiovisuelle peuvent comporter des placements de produits ou des émissions de téléachat ;

- fixe les règles relatives à la diffusion des messages d'intérêt général émis par les pouvoirs publics ». Dans ce cadre, elle fixe les conditions de diffusion des messages d'intérêt général et des communiqués ayant pour objet de maintenir l'ordre public que les responsables des services de communication audiovisuelle sont tenus de diffuser³.

¹ Sur la question en Algérie, voir Rachid ZOUAÏMIA, « Réflexions sur le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en Algérie », *Revue Critique de Droit et Sciences Politiques*, n° 2, 2011, pp. 7-39. Sur la question en France, José LEFEBVRE, « Un pouvoir réglementaire à géométrie variable », in Nicole DECOOPMAN (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, PUF, Coll. Ceprisca, Paris, 2003, pp. 97-110 ; David CAPITANT, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », IVD3, France, www.law.uu.nl/priv/aide.fr/ ; Arnaud HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », in Yves Charles ZARKA (dir.), *Repenser la démocratie*, Armand Colin, Paris, 2010, pp. 447-471 ; Maud VIALETES, « La compétence réglementaire des autorités administratives indépendantes sous le contrôle du juge administratif », *AJDA*, 2011, p. 337.

² Arnaud HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », in Yves Charles ZARKA (dir.), *Repenser la démocratie*, op. cit. p. 447.

³ Art. 33 du décret exécutif n° 16-222 du 11 août 2016 portant cahier des charges générales fixant les règles imposables à tout service de diffusion télévisuelle ou de diffusion sonore, *JORA* n° 48 du 17 août 2016.

- Enfin, l'Autorité de régulation établit la signalétique applicable aux programmes en fonction des catégories de personnes et ce, dans le but de veiller à la protection de l'enfance et de l'adolescence¹.

A ce titre, rien ne permet de comparer de telles attributions assez symboliques dans le domaine réglementaire par rapport à celles, par exemple, du Conseil de la monnaie et du crédit ou même de l'ancien Conseil supérieur de l'information. S'agissant de ce dernier, en effet, et sous l'empire de la loi de 1990 relative à l'information, le Conseil supérieur de l'information disposait de compétences plus larges. En effet, il était doté d'un pouvoir réglementaire dont l'exercice s'étendait à diverses matières en ce qu'il était chargé :

- d'élaborer les cahiers particuliers des charges relatifs à l'usage des fréquences radioélectriques et télévisuelles² ;

« - de préciser les modalités de mise en œuvre des droits à l'expression des divers courants d'opinion ;

- de fixer par ses décisions, les conditions d'élaboration, d'édition, de production, de programmation et de diffusion des écrits et émissions relatifs aux campagnes électorales ;

- de fixer les règles et de veiller à la répartition équitable des éventuelles subventions, aides et subsides accordés par l'Etat aux organes d'information »³.

B – La régulation ex post ou a posteriori

Pour que l'organe remplisse son office de régulation, le législateur le dote des compétences nécessaires à la prise en charge de ses missions : il s'agit essentiellement de la sauvegarde des libertés publiques et fondamentales des individus et du pluralisme des opinions. Toutefois, il n'est pas exclu que l'organe exerce des pouvoirs dans une perspective de véritable régulation économique de l'activité audiovisuelle en ce qu'elle constitue, en dernière instance, une activité économique et qu'à ce titre, elle doit être soumise aux règles de la concurrence.

1 – La régulation ex post : une nécessité ?

On a pu écrire que « Certains secteurs ne peuvent pas se réguler eux-mêmes, c'est-à-dire produire par leurs seules forces leurs équilibres »⁴. C'est notamment le

¹ Art. 37 du décret exécutif n° 16-222 du 11 août 2016 portant cahier des charges générales fixant les règles imposables à tout service de diffusion télévisuelle ou de diffusion sonore, op. cit.

² Art. 61 de la loi n° 90-07 du 3 avril 1990 précitée.

³ Ibid. Art 59.

⁴ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Ambition et efficacité de la régulation économique », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, 2010, Etudes n° 34, p. 61.

cas de l'activité audiovisuelle qui a toujours été soumise au monopole de l'Etat. Le passage du monopole à un régime libéral requiert la mise en place de mécanismes destinés à accompagner l'investissement du secteur privé dans le domaine mais également garantir l'ouverture des médias publics à l'expression plurielle des différents courants d'opinions et de pensées. Au stade de l'ouverture du secteur audiovisuel en Algérie, on perçoit ainsi le caractère illusoire d'un mécanisme d'autorégulation apte à produire des règles de conduite et à en sanctionner la violation¹.

Le choix d'une autorité de régulation répond ainsi à des besoins liés à la spécificité du secteur de l'audiovisuel. Il s'agit d'un cadre institutionnel destiné non seulement à accompagner l'émergence de chaînes télévisuelles ou sonores et promouvoir le champ audiovisuel, mais également à soustraire le secteur public à la mainmise du pouvoir politique. A ce titre, l'institution d'une autorité de régulation du secteur doit être envisagée dans un cadre plus large : celui de la démocratisation du secteur audiovisuel. Dans cette perspective, la régulation doit être considérée comme l'option pour maintenir en équilibre la nouvelle architecture audiovisuelle pluraliste.

Par ailleurs, on ne peut légitimement ériger la liberté de communication audiovisuelle en dogme sacré en ce sens où elle doit être confrontée avec d'autres composantes du système démocratique. Comme le fait remarquer une auteure, « Les libertés fondamentales n'ont de sens que dans leur confrontation avec le système démocratique dans son ensemble, lequel ne se réduit pas à une juxtaposition de libertés »².

L'institution d'une autorité de régulation peut ainsi se justifier par la nécessité de concilier l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle avec les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et le pluralisme³.

Comme le souligne un auteur, l'exigence du pluralisme se situe à deux niveaux : le pluralisme externe, soit la mise en place d'un dispositif « anti-concentration », le pluralisme interne, « c'est-à-dire le pluralisme qui tend à permettre l'expression des différents courants d'opinion et de pensée à l'intérieur d'un même média »⁴.

¹ Sur la question, voir Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Pourquoi des autorités de régulation ? », in *Le Politique saisi par l'économie*, Club Ulysse, Economica, Paris, 2002, p. 276.

² Clémence DUMONT, « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une autorité de régulation indépendante », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 9/2010, p. 80.

³ Voir, Jacques CHEVALLIER, « Constitution et communication », *D.* 1991, pp. 247-256.

⁴ Charles DEBBASCH, « La liberté de la communication audiovisuelle en France », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 2, 1989, p. 309.

On retrouve ces deux facettes du pluralisme dans la loi relative à l'activité audiovisuelle :

- S'agissant du pluralisme externe, la loi relative à l'activité audiovisuelle dispose en son article 23 : « Une personne physique ou morale privée de droit algérien ne peut pas être actionnaire dans plus d'un service de communication audiovisuelle ». Quant à l'article 45, il précise : « Un même actionnaire ne peut détenir directement ou par d'autres personnes, y compris les ascendants et descendants du 4ème degré, plus de quarante pour cent (40 %) du capital social ou des droits de vote d'une même personne morale titulaire d'une autorisation d'exploitation d'un service de communication audiovisuelle ». L'article 46 du même texte législatif précise : « Aucune autorisation d'exploitation d'un service de diffusion sonore ou télévisuelle n'est délivrée à une personne morale déjà titulaire d'une autorisation d'exploitation d'un service de communication audiovisuelle ».

L'Autorité de régulation de l'audiovisuel est à ce titre chargée de veiller à ce que l'interdiction des opérations de concentration soit effective dans le secteur. Ici, le droit de la concurrence ne peut à lui seul servir de parade dans la mesure où si la concurrence n'est pas une fin en soi mais constitue plutôt un moyen permettant de remédier aux dysfonctionnements du marché, elle est considérée comme une fin en soi dans le cas spécifique de l'activité audiovisuelle dans la mesure où la loi prohibe toute forme de concentration des entreprises de communication télévisuelle ou sonore au nom de la sauvegarde du pluralisme des idées. C'est ainsi qu'en cas de transfert de la propriété d'une entreprise du secteur, la loi impose aux propriétaires de solliciter l'accord de l'autorité concédante qui décide, sur avis motivé de l'Autorité de régulation audiovisuelle. L'Etat peut, dans pareilles circonstances et aux termes de l'article 33 de la loi, exercer un droit de préemption.

- S'agissant du pluralisme interne, « l'autorité de régulation veille au parfait équilibre des temps de parole entre les différentes tendances de la société, ce qui est le cas des télévisions et des radios généralistes »¹. Dans cette perspective, les différents courants d'expression doivent pouvoir s'exprimer à travers les chaînes publiques et privées de manière égale. A titre d'exemple, l'article 48 de la loi de 2014 dispose : « Le cahier des charges générales prévoit, notamment, les prescriptions permettant (...) de respecter le pluralisme partisan et le pluralisme des courants de pensée et d'opinion dans les programmes de diffusion sonore et télévisuelle ». En d'autres termes « Les entreprises de communication, surtout celles du secteur public, doivent faire une

¹ David KESSLER, « Les médias sont-ils un pouvoir ? », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 107.

place, à la fois dans l'information et dans leurs programmes, à l'expression des différents courants de pensées et d'opinions, qu'ils soient politiques, syndicaux ... »¹.

C'est ainsi que parmi les missions fixées à l'Autorité de régulation de l'audiovisuel, il y a lieu de mentionner spécialement celles de veiller, en application de l'article 54 de la loi relative à l'activité audiovisuelle :

- à l'impartialité des personnes morales exploitant les services de communication audiovisuelle relevant du secteur public ;
- à ce que tous les genres de programmes présentés par les éditeurs de services de communication audiovisuelle reflètent la diversité culturelle nationale ;
- au respect de l'expression plurielle des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des services de diffusion sonore et télévisuelle, notamment lors des émissions d'information politique et générale.

Le décret exécutif portant cahier des charges reprend les dispositions de la loi et précise en son article 10 que les responsables des services de communication audiovisuelle sont tenus de veiller à « garantir dans le contenu des programmes diffusés, l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans le respect du principe d'égalité de traitement, d'honnêteté et d'indépendance, conformément à la législation et à la réglementation en vigueur »².

Par ailleurs, l'institution d'une autorité de régulation indépendante se justifie par la nécessité d'éviter les conflits d'intérêts que ne manque pas de susciter l'attribution d'une telle mission au ministre chargé de la communication et ce, en raison notamment de l'existence d'entreprises audiovisuelles relevant du secteur public et dépendant du gouvernement. La règle du non-cumul opérateur/régulateur disqualifie le ministre de la charge de la régulation du secteur, faute de quoi il serait soupçonné d'utiliser son pouvoir pour mettre en avant les intérêts des entreprises du secteur public. A ce titre, l'institution d'une autorité de régulation permet d'éviter les conflits d'intérêts et est censée garantir une régulation impartiale du secteur³.

On est tenté de conclure que la création de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel peut être analysée comme la consécration d'une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique dans la mesure où la création d'un organe

¹ Pierre de MONTALIVET, « La constitution et l'audiovisuel », op. cit. p. 9.

² Art. 10 du décret exécutif n° 16-222 du 11 août 2016 portant cahier des charges générales fixant les règles imposables à tout service de diffusion télévisuelle ou de diffusion sonore, op. cit.

³ Voir, Hubert DELZANGLES, « L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : éléments de droit comparé et européen », *Droit et société*, n° 2, 2016, p. 302.

indépendant révèle la volonté des pouvoirs publics de se démarquer d'une politique de contrôle et de mise au pas de la liberté de communication audiovisuelle¹.

En réalité, et à la lecture des dispositions de la loi organique relative à l'information et de celles de la loi relative à l'activité audiovisuelle, on s'aperçoit, au contraire, que l'institution d'une telle autorité de régulation ne remet point en cause la volonté des pouvoirs publics de s'assurer un contrôle étroit de la liberté de communication audiovisuelle en ce que l'organe en cause n'est en définitive qu'une simple excroissance du pouvoir exécutif qui reste maître du jeu. La radiodiffusion comme la télévision sont en effet « perçues comme des armes indispensables à la panoplie gouvernementale »² et à ce titre doivent rester sous le contrôle étroit du pouvoir exécutif.

2 - Les modalités de la régulation ex post

Au même titre que les autres organes de régulation institués dans le domaine économique et financier, l'Autorité de régulation de l'audiovisuel est dotée de diverses compétences. On peut les regrouper en trois catégories : elle dispose d'abord de pouvoirs de contrôle a posteriori des entreprises du secteur, on relève en outre des pouvoirs de règlement des différends et enfin des pouvoirs de sanction.

a - Les pouvoirs de contrôle

L'Autorité de régulation veille au respect par les entreprises audiovisuelles de la législation et de la réglementation qui leur sont applicables. A ce titre, la loi de 2014 prévoit diverses mesures destinées à lui permettre d'exercer son pouvoir de contrôle :
- D'abord, l'Autorité de régulation est autorisée à recueillir auprès des entreprises concernées toutes les informations qu'elle juge utiles pour s'assurer du respect de leurs obligations. A ce titre, les responsables des services de communication audiovisuelle sont tenus de répondre à toutes ses sollicitations comme ils se doivent

¹ En France, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer que « la désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication que celle d'autoriser l'exploitation du service radiotélévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique ». Voir, Cons. const. Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radiotélévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, considérant 4, *JORF* du 28 juillet 1984, p. 2496.

² Jacques CHEVALLIER, « L'évolution du système audiovisuel français : ruptures et Continuités », *Quaderni*, n° 10, 1990, p. 21.

de communiquer à l'organe, à sa demande, tout document ou information lui permettant d'exercer le contrôle du respect par les opérateurs de leurs obligations¹.

- S'agissant des modifications apportées à la composition du capital social de la société et/ou de l'actionnariat, elles doivent être obligatoirement communiquées par écrit à l'Autorité de régulation dans un délai d'un (1) mois à compter de la date de l'opération². En outre, tout changement relatif aux coordonnées de la chaîne (siège social, téléphone, fax, adresse électronique, etc ...), doit être porté à la connaissance de l'Autorité de régulation et ce, dans un délai de dix (10) jours et par lettre recommandée avec accusé de réception³.

- L'autorité de régulation de l'audiovisuel peut à tout moment procéder au contrôle du contenu des émissions. « Les responsables des services de communication audiovisuelle s'engagent à permettre à l'Autorité de régulation de l'audiovisuel de procéder au contrôle sur site, par ses représentants ou par toute personne désignée par elle, du respect des obligations prévues dans le présent cahier des charges, les cahiers des charges particuliers et les conventions »⁴.

Par ailleurs, les responsables concernés sont tenus de conserver pendant une durée de trois (3) mois l'enregistrement de la totalité de leurs programmes diffusés⁵.

Dans le cas d'un service d'un service de communication audiovisuelle crypté, le titulaire de l'autorisation « est tenu de fournir à l'Autorité de régulation de l'audiovisuel tous les éléments qui lui permettent l'accès permanent au contenu des programmes diffusés »⁶.

De telles charges permettent à l'Autorité de régulation de s'assurer, notamment, du respect des quotas de programmes fixés dans le cahier des charges générales.

- Au plan financier, l'Autorité de régulation est rendue destinataire du bilan comptable et des comptes de l'exercice échu de l'entreprise audiovisuelle ainsi que des rapports des commissaires aux comptes. De telles dispositions permettent à l'organe de régulation de veiller à la transparence des règles économiques de fonctionnement des entreprises en cause⁷.

¹ Art. 81 et 84 du décret exécutif n° 16-222 du 11 août 2016 portant cahier des charges générales fixant les règles imposables à tout service de diffusion télévisuelle ou de diffusion sonore, op. cit.

² Art. 44 de la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle.

³ Art. 82 du décret exécutif n° 16-222 du 11 août 2016 portant cahier des charges générales fixant les règles imposables à tout service de diffusion télévisuelle ou de diffusion sonore, op. cit.

⁴ Ibid. Art. 85.

⁵ Ibid. Art. 40.

⁶ Art. 39 de la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle.

⁷ Art. 87 du décret exécutif n° 16-222 du 11 août 2016 portant cahier des charges générales fixant les règles imposables à tout service de diffusion télévisuelle ou de diffusion sonore, op. cit.

- Si l'autorisation est incessible en ce qu'elle est délivrée au nom de la personne morale retenue et est exclusive à son bénéficiaire, il reste que les entreprises exploitant un service de communication audiovisuelle peuvent faire l'objet d'un transfert de propriété. Dans la mesure où l'*intuitu personae* joue un rôle majeur dans la délivrance de l'autorisation, l'Autorité de régulation vérifie que le transfert ne contrevient pas aux dispositions de la loi. Dans ce cas de figure, elle exerce les compétences qui lui sont fixées par les textes, soit veiller à l'interdiction de la concentration des services de communication sous l'influence d'un même propriétaire.

b - Les pouvoirs de règlement des différends

Pour accomplir ses missions, l'Autorité de régulation dispose, selon les termes de l'article 55 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, du pouvoir de règlement des différends. A ce titre elle :

« - arbitre les litiges opposant les personnes morales exploitant un service de communication audiovisuelle, soit entre elles, soit avec les usagers ;
- instruit les plaintes émanant des partis politiques, des organisations syndicales et/ou des associations et toute autre personne physique ou morale, faisant état de violation de la loi par une personne morale exploitant un service de communication audiovisuelle ».

Au même titre que d'autres textes institutifs des autorités de régulation qui font explicitement référence aux fonctions arbitrales dévolues à de tels organes, la loi du 24 février 2014 investit l'Autorité de régulation de l'audiovisuel du pouvoir d'arbitrer des différends. De telles dispositions, qui traitent de fonction arbitrale, ne sont pas à l'abri de la critique.

On le sait, l'arbitrage « vise la constitution du tribunal et la mise en place d'une procédure dont les éléments essentiels sont contractuellement décidés par les parties au litige mais qui aboutit à un acte de nature juridictionnel, rendu par des arbitres privés qui tranchent le différend en tant que juges »¹.

En somme, et au sens strict, il s'agit d'un mode alternatif de règlement au moyen duquel les parties à un contrat décident de recourir à des personnes privées en vue de régler leurs différends. L'arbitre tient ainsi ses pouvoirs de la volonté des parties qui, en recourant à des personnes privées, choisissent de ne pas soumettre leurs différends au juge étatique.

¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Arbitrage et droit de la régulation », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po & Dalloz, Paris, 2005, p. 224.

Si le recours à l'arbitrage n'est pas exclu dans les secteurs régulés, il reste que dans le cas des litiges susceptibles de surgir entre entreprises opérant dans de tels secteurs et dans la mesure où il s'agit d'un arbitrage interne entre sociétés de droit algérien, ce dernier ne peut méconnaître les dispositions du Code de procédure civile et administrative qui en subordonnent la mise en place à l'existence d'une convention. Dans le cas du règlement des différends devant des autorités de régulation, on est à l'évidence en dehors de la sphère contractuelle à laquelle fait référence la législation. C'est le législateur qui confère à de telles autorités le pouvoir de régler les différends entre opérateurs et ce, en l'absence de toute manifestation de la volonté des parties. A ce titre, c'est par excès de langage que le législateur fait référence aux fonctions arbitrales dévolues à l'Autorité de régulation de l'audiovisuel. Il s'agit en réalité de fonctions contentieuses qui apparentent le régulateur « à un juge civil »¹.

On le voit, l'Autorité de régulation dispose de compétences originales en la matière qui l'apparentent à une véritable juridiction. Comme l'exprime un auteur, « L'évolution du droit de la régulation transforme à l'occasion les régulateurs en juridictions, non seulement à travers la mission désormais bien assise de répression et de rappel à l'ordre, mais encore par la fonction de règlement des différends »².

Une telle thèse a été soutenue par une partie de la doctrine qui, en faisant appel à un critère fonctionnel, estime que dans la mesure où l'autorité de régulation est dotée du pouvoir de trancher des litiges au même titre que le fait une juridiction ordinaire, elle constitue une véritable juridiction.

En réalité, la doctrine aboutit à de telles conclusions à la suite d'une confusion entre fonction juridictionnelle et fonction contentieuse. Si les fonctions juridictionnelles relèvent du juge, il existe des fonctions qui leur sont apparentées et qui relèvent de la compétence d'autorités administratives. On a pu les qualifier de fonctions arbitrales, quasi-juridictionnelles ou enfin para-juridictionnelles. En réalité, il s'agit de fonctions contentieuses. Certes, les deux types de fonctions ont pour objet de résoudre un litige en droit, toutefois, seules les fonctions juridictionnelles sont exercées par le juge tandis que les fonctions contentieuses peuvent être exercées par des organes administratifs.

En conclusion, les décisions prises par les organes en charge du règlement des différends ne constituent ni des sentences arbitrales, ni des jugements : il s'agit de décisions administratives particulières, cette particularité étant liée à la fonction

¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Pourquoi des autorités de régulation ? », in *Le Politique saisi par l'économie*, op. cit. p. 283.

² Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, op. cit. p. 270.

contentieuse qu'exercent de tels organes dans le cadre de la mission de régulation des secteurs soumis à leur autorité.

Le caractère multidimensionnel de la régulation exige ainsi que l'autorité de régulation puisse bénéficier d'une palette de pouvoirs parmi lesquels la fonction contentieuse de règlement des différends n'est que l'un des aspects de ces compétences régulatrices. Si la loi confie la mission de règlement des litiges à des autorités administratives, il ne le fait pas seulement au profit des opérateurs pour des raisons de célérité et d'efficacité : un tel règlement des litiges au sein du secteur emporte des effets qui dépassent les intérêts étroits des parties.

Ce pouvoir de règlement des différends « marque l'intervention grandissante de l'administration dans les relations commerciales privées pour résoudre des problèmes concrets de concurrence lorsque les sanctions *ex post* de l'Autorité de la concurrence ne seraient pas jugées suffisamment efficaces ». En outre, une autre raison, liée à la première, semble justifier l'attribution d'une telle fonction aux autorités de régulation indépendantes : « les insuffisances du droit privé. Celui-ci ne permet pas, en effet, de répondre aux problèmes que posent les secteurs régulés, si bien qu'il a semblé indispensable de créer cette nouvelle fonction juridique »¹. Dans le cas de l'audiovisuel, « les décisions de règlement des différends ont pour objectif de faire respecter l'objectif de pluralisme que le législateur et la Constitution requièrent du secteur »².

Lorsqu'une autorité de régulation intervient en vue de régler des différends entre opérateurs, elle agit ainsi dans le cadre de ses missions de régulation du secteur en mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique qui lui sont reconnues par la loi. Les décisions qui en émanent sont ainsi de nature administrative³.

C'est la solution retenue par le Conseil constitutionnel français qui a pu relever que « les décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications, autorité administrative, prises en application des I et II de l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications qui s'imposent aux parties qui ont saisi cette autorité,

¹ Thomas PERROUD, « Les raisons de l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation : une comparaison France – Royaume-Uni », *Droit et société*, vol. 93, n° 2, 2016, p. 328.

² Ibid. p. 332.

³ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « Les fonctions arbitrales des autorités administratives indépendantes », in *L'exigence et le droit. Mélanges en l'honneur du professeur Mohand Issad*, AJED Edition, Alger, 2011, pp. 541-577 ; Rachid ZOUAÏMIA, *Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance*, Editions Belkeise, Alger, 2013, pp. 134-153.

constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »¹.

C'est également la solution retenue par le législateur algérien : les décisions de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel sont susceptibles de recours devant le juge.

c - Les pouvoirs de sanction

Avant d'exposer les différentes sanctions applicables aux entreprises audiovisuelles, il est nécessaire de faire la distinction entre mesures de police et sanctions proprement dites.

Dans un premier cas de figure, l'entreprise audiovisuelle s'expose au retrait de l'autorisation lorsqu'elle n'en a pas n'en a pas fait usage dans les délais fixés par la loi, soit une (1) année pour le service de diffusion télévisuelle et six (6) mois pour le service de diffusion sonore. Dans un second cas de figure, et en vertu des dispositions du décret exécutif du 11 août 2016, en cas d'interruption de la diffusion des programmes au-delà d'une durée de soixante jours, l'ARAV adresse un rapport motivé à l'autorité concédante en vue du retrait de l'autorisation².

Dans ces deux hypothèses, le retrait de l'autorisation relève de la compétence de l'autorité concédante, soit le gouvernement. Par ailleurs, lorsque ce dernier procède au retrait du titre juridique pour de tels motifs, sur rapport de l'Autorité de régulation, sa décision ne peut être interprétée comme une sanction : il donne acte du fait que l'entreprise en cause ne répond plus aux conditions fixées par la loi pour la délivrance de l'autorisation. Il s'agit ainsi d'une mesure de police et non d'une sanction. En d'autres termes, « la sanction administrative se caractérise par sa finalité répressive : elle punit un manquement à une obligation »³, tandis que les mesures administratives en cause sont d'ordre préventif : elles ne visent pas à réprimer un manquement à une obligation, mais à prévenir une situation où la loi serait battue en brèche.

La mise en œuvre des mesures de police obéit ainsi à une logique préventive en ce qu'elles ne poursuivent pas la finalité répressive de la sanction administrative. Dès lors que la même mesure peut ainsi prendre deux colorations différentes, le Conseil d'Etat s'est attelé à délimiter les lignes de partage entre mesures de police et sanctions, l'intérêt d'une telle distinction résidant dans la dualité de régime applicable, notamment au point de vue des exigences procédurales. Dans le cas d'une mesure de

¹ Cons. const., Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 portant sur la loi de réglementation des télécommunications, considérant 21, *JORF* du 27 juillet 1996, p. 11400 et s.

² Art. 86 du décret exécutif n° 16-222 du 11 août 2016 portant cahier des charges générales fixant les règles imposables à tout service de diffusion télévisuelle ou de diffusion sonore, op. cit.

³ Mireille DELMAS-MARTY, Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit pénal administratif*, Economica, Paris, 1992, p. 44.

police, la décision de retrait est prononcée en dehors du cadre de la procédure répressive ordinaire et de ce qu'elle comporte comme garanties au profit des personnes concernées¹.

S'agissant de la mise en œuvre de la procédure de sanction, l'Autorité de régulation agit dans le cadre de la procédure d'auto-saisine. Comme l'écrit un auteur, « L'auto-saisine est maintenant admise comme un élément à part entière des moyens d'action de ces autorités »². Il en est ainsi lorsqu'à la suite du contrôle qu'elle exerce sur les bénéficiaires de l'autorisation, elle découvre des manquements imputables à l'entreprise concernée. Elle peut agir également à l'issue de plaintes formulées « par les partis politiques et/ou les organisations professionnelles et syndicales représentatives de l'activité audiovisuelle, et/ou les associations et toute autre personne physique ou morale »³.

S'agissant des sanctions susceptibles d'être prononcées dans le secteur audiovisuel, on relève qu'elles ne peuvent être prononcées qu'à la suite d'une mise en demeure. L'ARAV fixe un délai à la personne morale concernée en vue de s'y conformer et rend publique ladite mise en demeure. Quant aux différentes sanctions susceptibles d'être prononcées, on recense⁴ :

◆ **Les sanctions pécuniaires** : En cas de manquements imputables au titulaire de l'autorisation, la loi établit une assiette pour le calcul du montant des amendes que l'ARAV est habilitée à prononcer : il s'agit du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise, d'où le caractère de proportionnalité attaché aux amendes prononcées par l'organe. En effet, et en vertu des dispositions de l'article 100 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, lorsque la personne concernée « ne se conforme pas à la mise en demeure à l'issue du délai fixé (...), l'Autorité de régulation de l'audiovisuel prononce, par décision, une sanction pécuniaire dont le montant est compris entre

¹ Voir, CE, 1^{er} avril 2003, Algerian International Bank c/Gouverneur de la Banque d'Algérie, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 3, 2003, p. 135.

² Jean-Louis AUTIN, « Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit », *Droit et société*, n° 2, 2016, p. 292. Voir également, Marie-Anne FRISON-ROCHE, « QPC, autorités de concurrence, autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA*, n° 194, 2011, pp. 25-35 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, pp. 28-33.

³ Art. 99 de la loi n° 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle, op. cit. Pour un aperçu des modalités de saisine du régulateur en droit comparé, voir, Clémence DUMONT, « La mise en œuvre du pouvoir de sanction des régulateurs : perspective comparative », *Régulation*, n° 49, 2011, pp. 30-31.

⁴ Sur la question en France, voir, Sylvie CLEMENT-CUZIN, « Le pouvoir de sanction du conseil supérieur de l'audiovisuel », *AJDA*, 2001, pp. 111-116 ; Emmanuel DERIEUX, « Le pouvoir de sanction du conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA*, n° 52, 2005, pp. 3-12.

deux pour cent (2%) et cinq pour cent (5%) du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze (12) mois ». Lorsque surgissent des difficultés pour le calcul du chiffre d'affaires, la loi laisse un large pouvoir d'appréciation à l'ARAV pour fixer le montant des amendes en se contentant d'en fixer le maximum. Le même article précise en effet en son alinéa 2 : « A défaut d'activité antérieure permettant de déterminer le montant de la sanction pécuniaire, celui-ci ne peut excéder deux millions de dinars (2.000.000 DA) ».

◆ **La suspension** : La loi relative à l'activité audiovisuelle prévoit des mesures de suspension à un double titre : il s'agit d'abord de la suspension partielle ou totale du programme diffusé ; en second lieu, l'ARAV peut prononcer la suspension de l'autorisation lorsque les manquements constatés ne concernent pas le contenu des programmes.

Dans ces deux cas de figure, la durée de la suspension ne saurait dépasser un (1) mois. De telles mesures de suspension sont prononcées par l'ARAV et, en vertu de l'article 101 de la loi, dans le cas où « la personne morale autorisée à exploiter un service de communication audiovisuelle ne se conforme pas aux termes de la mise en demeure en dépit de la sanction pécuniaire mentionnée à l'article 100 » de la loi précitée. Il reste toutefois que le texte législatif prévoit des situations où la suspension de l'autorisation est prononcée sans mise en demeure préalable. Il en est ainsi, selon les dispositions de l'article 103 de la loi, en cas d'atteinte « à l'ordre public et à la moralité publique » ou « aux prescriptions exigées en matière de défense et de sécurité nationales ».

◆ **Les sanctions complémentaires** : En vertu des dispositions de l'article 106 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, « L'Autorité de régulation de l'audiovisuel ordonne l'insertion dans les programmes diffusés par la personne morale autorisée à exploiter le service de communication audiovisuelle d'un communiqué dont elle fixe les conditions de diffusion. Ce communiqué est adressé à l'opinion publique ; il comporte les manquements de la personne morale à ses obligations légales et réglementaires ainsi que les sanctions administratives prononcées à son encontre ».

De telles dispositions rappellent celles de l'article 45 de l'ordonnance relative à la concurrence qui dispose que le Conseil de la concurrence peut ordonner, à titre de sanction complémentaire, la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci et ce, en sus des sanctions pécuniaires qu'il prononce¹. Ainsi, une telle mesure constitue une sanction complémentaire en ce sens que, à l'image de

¹ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *Droit de la concurrence*, op. cit. pp. 209-211.

ce qu'on a pu relever en droit de la concurrence, l'insertion du communiqué dans les programmes diffusés, et qui comporte les manquements et les sanctions administratives prononcées, constitue une véritable sanction qui vise d'abord la notoriété de l'entreprise qui a une valeur patrimoniale. L'entreprise sera montrée en conséquence sous son vrai visage, ce qui constitue pour elle une « mauvaise publicité ». En outre, la publicité de la sanction constitue un moyen d'informer les usagers, et l'opinion publique d'une manière générale, « en attirant leur attention sur la gravité des pratiques pour les inciter à la vigilance »¹.

◆ **Le retrait de l'autorisation** : Il s'agit de la sanction extrême qui a été prévue dans plusieurs cas de figure : l'article 102 de la loi relative à l'activité audiovisuelle prévoit en effet que le retrait de l'autorisation intervient en cas de cession de l'autorisation, lorsque la part de l'actionnariat de la personne concernée excède quarante pour cent (40%), dans le cas où la personne morale a fait l'objet d'une condamnation définitive à une peine afflictive et infamante, enfin lorsque l'entreprise est en cessation d'activité, en situation de faillite ou de liquidation judiciaire. A cela il convient d'ajouter deux hypothèses prévues à l'article 103 de la loi qui prévoit la mesure de retrait : dans le cas d'atteinte « à l'ordre public et à la moralité publique » ou encore « aux prescriptions exigées en matière de défense et de sécurité nationales ».

Le rôle de l'Autorité de régulation se limite dans ces hypothèses à dresser un rapport motivé qu'elle présente au gouvernement. Le retrait de l'autorisation est prononcé par décret exécutif.

A la lecture de pareilles dispositions de la loi, on constate que le pouvoir de sanction n'est pas entouré des garanties fondamentales auxquelles les personnes poursuivies peuvent prétendre. La loi reste fragmentaire en ce qu'elle se contente de prévoir que les sanctions prononcées par l'ARAV sont motivées, notifiées aux personnes concernées et sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative. Elle passe ainsi sous silence les autres garanties.

Or, il est de plus en plus admis que de telles garanties fondamentales en matière répressive ne concernent pas seulement les sanctions prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction, y compris celles infligées par une autorité administrative². « Les sanctions administratives forment donc désormais un système autonome de répression, fondé sur des principes fondamentaux qui se sont

¹ Aurélien CONDOMINES, *Le nouveau droit français de la concurrence*, Jurismanager, Paris, 2009, p. 321.

² Voir, Achour TAÏBI, « La justification du pouvoir de sanction des AAI de régulation est-elle toujours pertinente ? », *Revue internationale de droit pénal*, n° 3, 2013, pp. 463-480.

progressivement affirmés et encadré par un contrôle juridictionnel de plus en plus approfondi »¹. Dans la mesure où les autorités administratives indépendantes héritent de compétences traditionnellement réservées au juge, les sanctions qu'elles prononcent relèvent d'un régime à la frontière du droit pénal et appellent dès lors le respect de certaines garanties attachées à la « matière pénale », telles que le respect des droits de la défense, les principes du contradictoire et de l'égalité des armes².

L'Etat de droit exige que la procédure devant les autorités administratives indépendantes se déroule selon un processus de type juridictionnel, quand bien même de telles autorités sont de nature administrative et ne peuvent être rangées dans la catégorie des organes juridictionnels.

La soumission des régulateurs à un ensemble de règles constitue l'une des exigences de l'Etat de droit qui s'imposent aux autorités et remplit à ce titre une fonction protectrice des droits et intérêts des personnes³ comme elle permet « de garantir la qualité de la décision prise à l'issue de la procédure ou, du moins, de tendre vers une qualité optimale »⁴.

Dans le cas de la loi relative à l'activité audiovisuelle, aucune disposition ne consacre de telles garanties et ce, contrairement à d'autres textes institutifs d'autorités de régulation. Ici, le législateur semble laisser une telle compétence à l'Autorité de régulation qui est appelée à fixer les règles de procédure en la matière dans son règlement intérieur. Toutefois, les règles de procédure en cause méritent d'être consacrées dans le dispositif législatif en raison de leur importance cardinale dans tout procès, y compris devant une autorité de régulation. En outre, la loi n'impose pas la publication du règlement intérieur comme dans le cas d'autres autorités de régulation.

¹ Conseil d'Etat, « Le juge administratif et les sanctions administratives », *Les dossiers thématiques du Conseil d'État*, Mis en ligne le 09/01/2017, <http://www.conseil-etat.fr/>. Voir également, Conseil d'Etat, « Le juge administratif et les autorités de régulation économique », *Les dossiers thématiques du Conseil d'État*, Mis en ligne le 13/10/2016, <http://www.conseil-etat.fr/>

² Voir, Achour TAÏBI, *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique, témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif. Étude comparative des droits français et algérien*, Thèse de doctorat en des affaires, Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne, 2015.

³ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique », *Idara*, n° 28, 2004, pp. 123-165 ; Quentin EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, p. 1007-1018 ; Emmanuel PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 915-919.

⁴ Pascale IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920.

Enfin, on relève l'absence de séparation, au sein de l'organe, entre d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements imputables aux entreprises et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions. Un tel cumul porte atteinte à l'exigence de séparation entre les fonctions de poursuite et de sanction qui « ne vaut pas seulement pour les juridictions au sens organique, mais s'applique à toutes les institutions indépendantes dotées de semblables pouvoirs de sanction, dans une conception matérielle de l'exercice de fonctions juridictionnelles »¹. Le Conseil constitutionnel français considère en effet que des dispositions « qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité »². On en conclut que c'est au prix d'une telle séparation que l'on garantit pleinement le principe d'impartialité objective de l'organe³ : « Le principe d'impartialité s'impose aux autorités administratives indépendantes, non parce qu'elles exercent une fonction juridictionnelle, mais parce qu'elles mettent en œuvre un pouvoir de sanction dans l'accomplissement de leur mission de régulation »⁴.

Certes, l'efficacité de l'action des autorités de régulation ne peut s'accommoder de la lourdeur des procédures de type juridictionnel. Pour paraphraser un auteur, « une régulation efficace impose une réduction des garanties » tandis que « l'introduction de garanties par la jurisprudence réduit l'efficacité de la régulation »⁵. Si une telle affirmation prend tout son sens dans le cas algérien, il reste que l'efficacité ne peut

¹ Martine LOMBARD, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation. Pouvoir répressif des autorités de régulation », *AJDA*, 2012, p. 578. Voir également, Francesco MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences*, n° 1, 2014, pp. 32-42.

² Cons. const., Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autre*, considérant 12, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

³ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 1, 2013, pp. 5-23 ; Martin COLLET, « Autorités de régulation et procès équitable », *AJDA*, 2007, pp. 80-84 ; Denys de BECHILLON, Jacques FOURVEL, Mattias GUYOMAR, « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, 2012, pp. 157-180 ; Pierre de MONTALIVET, « Constitution et autorités de régulation », op. cit. pp. 316-328 ; Pierre de MONTALIVET, « L'extension du principe de séparation des pouvoirs dans les organisations publiques et privées », *RFDA*, 2015, pp. 763-771.

⁴ Francesco MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », op. cit. p. 35.

⁵ Guy CANIVET, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 188.

être envisagée comme une fin en soi comme elle ne peut être poursuivie au détriment des garanties fondamentales dont doivent pouvoir se prévaloir les personnes mises en cause et ce, au nom des exigences de l'Etat de droit. Dans le cas contraire, c'est tout simplement le règne de l'arbitraire.

Conclusion

L'examen du statut et des compétences de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel ne peut faire l'économie d'une analyse du système politique algérien comme du traitement des libertés fondamentales dans le pays. Or, sous cet angle, force est de constater une véritable régression par rapport aux dispositions de la loi de 1990 qui sont tombées en désuétude. Le régime exorbitant auquel sont soumis les opérateurs n'est pas spécifique au secteur de l'audiovisuel. On retrouve une telle résurgence de l'emprise de l'Etat sur la société notamment dans les dispositions des nouvelles lois relatives aux associations¹ et aux partis politiques². Placées dans leur contexte global, les dispositions de la loi organique relative à l'information comme celles ayant trait à l'activité audiovisuelle laissent ainsi transparaître la volonté des pouvoirs publics d'instituer plus une institution liberticide qu'un véritable organe de régulation au sens plein du terme.

Enfin, l'autorité de régulation ayant juste entamé l'exercice de ses activités, il serait malvenu de préjuger de sa capacité à échapper à l'emprise du pouvoir politique pour s'imposer en tant qu'institution de régulation impartiale dans la mesure où c'est l'efficacité et la pertinence de ses décisions qui est en mesure de conforter tant sa crédibilité que son indépendance.

¹ Loi n° 12-06 du 12 janvier 2012 relative aux associations, *JORA* n° 2 du 15 janvier 2012.

² Loi organique n° 12-04 du 12 janvier 2012 relative aux partis politiques, *JORA* n° 2 du 15 janvier 2012.

Les alternatives à la sanction en droit français de la concurrence : entre souplesse et efficacité

BARKAT Djohra ⁽¹⁾
Université de Bejaia

Résumé :

L'efficacité de la politique de concurrence ne se résume pas au renforcement des pouvoirs de sanction, elle passe également par le développement de solutions négociées entre les entreprises et l'autorité de la concurrence.

Cependant, le développement des procédures négociées peut conduire à une perte de pouvoir dissuasif de la sanction en ce qu'elles organisent un rapprochement entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie. Cette situation paradoxale nous incite à nous interroger sur l'efficacité économique des dites procédures.

La conciliation entre la souplesse dont sont caractérisées les procédures alternatives et le gain de l'efficacité économique de la politique de concurrence est envisageable. Elle exige des négociateurs, autorité de la concurrence et entreprises, un regard vigilant et un savoir faire suffisant.

Mots clés :

Clémence, Non contestation des griefs dite transaction, Engagements, Souplesse, Efficacité, Politique de concurrence.

Date de soumission: 07/06/2018, *Date d'acceptation:* 28/06/2018, *Date de publication:* 31/07/2018

Pour citer l'article:

BARKAT Djohra, "Les alternatives à la sanction en droit de la concurrence français: entre souplesse et efficacité", *RARJ*, vol. 17, n°1, 2018, pp.791-818.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>
http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

⁽¹⁾ Maître de conférences classe « B », Faculté de droit et des sciences politiques, membre du Laboratoire de recherche sur l'effectivité de la norme juridique (LARENJ), Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

- L'auteur correspondant : barkatdjohra@yahoo.com

The Alternatives Sanctions in French Law A Competition Between Flexibility and Efficiency

Abstract:

The effectiveness of competition policy is not only about strengthening sanctioning powers, it also means developing negotiated solutions between companies and the competition authority.

However, the development of the negotiated procedures may lead to a loss of dissuasive power of the sanction in that they organize a rapprochement between the prosecuting authority and the company pursued. This paradoxical situation makes us wonder about the economic efficiency of these procedures.

The reconciliation between the flexibility of alternative procedures and the increase in the economic efficiency of competition policy is conceivable. It requires negotiators, competition authorities and companies, a watchful eye and proven expertise.

Key words:

Leniency, No challenge to the so-called transaction complaints, Commitments, Flexibility, Efficiency, Competition policy.

بدائل العقوبة في القانون الفرنسي للمنافسة: بين المرونة والفعالية

الملخص:

إن فعالية سياسة المنافسة لا تقتصر على تعزيز سلطة العقاب فحسب، بل تعني أيضاً تطوير الحلول التفاوضية بين المؤسسات وسلطة المنافسة.

غير أن تطوير الإجراءات التفاوضية قد يؤدي إلى فقدان السلطة الرادعة للعقوبة من حيث أنها تنظم تقارباً بين سلطة الادعاء والمؤسسة المتبعة. هذا الوضع المتناقض يجعلنا نتساءل عن الفعالية الاقتصادية لهذه الإجراءات.

إن التوفيق بين مرونة الإجراءات البديلة والزيادة في الفعالية الاقتصادية لسياسة المنافسة وارد، حيث يفرض على المتفاوضين، سلطة المنافسة والمؤسسات، نظرة احترازية و كفاءة كافية.

الكلمات المفتاحية:

العفو، عدم الاحتجاج عن المآخذ أو المصالحة، التعهدات، المرونة، الفعالية، سياسة المنافسة.

Introduction

Le droit de la concurrence est d'origine répressif, ayant vocation de lutter contre les comportements d'entreprises qui faussent le jeu de la concurrence. Selon le principe de légalité, les entreprises qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles s'exposent à des sanctions prononcées par l'autorité de la concurrence.

Intervenant traditionnellement *ex post* dans une perspective « sanctionnatrice », l'autorité de la concurrence dispose de plusieurs moyens d'intervention qui lui permettent de garantir le principe de libre concurrence et de veiller à la protection de l'ordre public économique dans sa dimension concurrentielle.

Caractérisées par leur finalité répressive, les sanctions infligées par l'autorité n'ont pas pour objet de réparer les dommages subis par les victimes des pratiques anticoncurrentielles. Leur fonction première est de punir l'acteur de l'infraction commise, la seconde est de dissuader ceux qui seraient tentés de commettre une telle infraction.

Cependant, l'efficacité de la politique de concurrence ne se résume pas au renforcement des pouvoirs de sanction. Dans le cadre d'une politique régulatrice des rapports de concurrence, l'utilité de la peine se mesure à son caractère dissuasif. Ce dernier repose sur le principe d'efficacité préventive de la sanction.

Certes, la sanction est le mode d'intervention le plus fréquent auquel l'autorité de la concurrence recourt, mais ce mode n'est pas une finalité en soi. L'objectif est aussi de corriger les comportements et de réduire les atteintes à la concurrence. Cela ne peut se faire que par l'augmentation de la probabilité de détection des pratiques anticoncurrentielles par l'autorité de la concurrence.

Le droit de la concurrence français a connu une évolution importante avec l'adoption de la loi sur les nouvelles régulations économiques⁽¹⁾. Celle-ci a introduit, à côté des outils de régulation traditionnels, de nouveaux outils dont la procédure de clémence et la procédure de non contestation des griefs. Cette dernière procédure fait apparaître des engagements⁽²⁾.

En effet, le Conseil de la concurrence français, auquel succède l'autorité de la concurrence⁽³⁾, a été progressivement doté du pouvoir d'agir sur les comportements

¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n° 113 du 16-05-2001, www.legifrance.gouv

² Bruno LASSERRE, "La politique des engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles : premier pas et premier bilan en France", contribution du président du Conseil de la concurrence français à la 32^{ème} *Conférence on International Antitrust Law and Policy*, Université de Fordham des 22 et 23 septembre 2005,

www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/engagements_lasserre_fordham.pdf

³ Le Conseil de la concurrence a été remplacé par l'autorité de la concurrence en vertu de la loi n° 2008-7761 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n°0181 du 5 août 2008, modifiée par ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n° 0059 du 10 mars 2017, www.legifrance.gouv

autrement que par le prononcé de sanction, en procédant à la transaction, à la clémence et à l'acceptation des engagements ⁽¹⁾

L'apparition des procédures négociées, nouveaux outils de régulation du marché, s'inscrit dans un mouvement de modernisation du droit français de la concurrence sous l'impulsion communautaire²

Cette idée "paradoxale" d'associer une entité qui a commis un délit à une autorité qui est sensée devoir la sanctionner a suscité des interrogations pertinentes en ce que cette politique de souplesse puisse être un moyen d'efficacité. Autrement dit, comment concilier entre la souplesse dont sont caractérisées les procédures alternatives dites négociées et le gain de l'efficacité économique de la politique de concurrence qui suppose beaucoup de rigueur ?

Dans son aspect théorique, la politique de négociation de sanction offre des outils flexibles, souples, qui associent davantage les acteurs du marché et favorisent la discussion et la négociation pour arriver à des arrangements mutuels (I). Cependant, l'incertitude qui reste associée aux procédures alternatives rend l'efficacité de ce mécanisme risquée (II).

I- Les procédures alternatives à la sanction : le retour à la négociation de la sanction

Fondées sur une idée paradoxale en droit qui est la négociation des sanctions, les procédures alternatives invitent à la révision des comportements par les auteurs eux-mêmes. Elles incitent les deux parties, les entreprises et l'autorité de la concurrence, à s'arranger à l'amiable par la recherche de solutions mutuellement avantageuses. De telles procédures ont de fortes chances de conduire à une politique de concurrence plus efficace.

Les procédures alternatives à la sanction ou les procédures négociées ⁽³⁾ regroupent la procédure de non contestation des griefs dite transaction (A), la procédure de clémence (B) et la procédure d'engagements (C).

A- La procédure de non contestation des griefs dite transaction

La procédure de non contestation des griefs, dite de transaction, a été introduite par la promulgation de la loi n° 2001-420 codifiée à l'article L. 464-2-III du code de

¹ Voir art. 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, codifié à l'article L. 464-2 du code de commerce, modifié par l'article 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, www.legifrance.gouv

² Voir Communauté européenne, Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=6386

³ Arnold VIALFONT, "Le droit de la concurrence et les procédures négociées", *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 2007, pp. 157-184, voir également en ligne, www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2007-2-page-157.htm

commerce ⁽¹⁾. Selon les dispositions de cet article, la mise en œuvre de cette procédure est conditionnée **(1)**. Elle se déroule dans un cadre bien tracé par les textes d'application **(2)**.

1- Les conditions de la mise en œuvre de la procédure

L'article L.464-2-III du code de commerce exige deux conditions essentielles aux entreprises ou organismes désirant bénéficier de la procédure de transaction : la première a trait à la non contestation des griefs **(a)** , la seconde concerne l'engagement à modifier les comportements pour l'avenir **(b)**.

a- La non contestation des griefs

Aux termes de l'article L.464-2-III du code de commerce français « *Lorsque un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal de la sanction pécuniaire envisagée...* » ⁽²⁾. Pour bénéficier des dispositions précitées, il faut que la non contestation soit explicite, claire, complète et dépourvue d'ambiguïté ⁽³⁾. L'entreprise doit rapporter la preuve qu'elle ne conteste ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification, ni leur imputabilité ⁽⁴⁾.

Il est à noter que, la contestation concerne seulement les éléments relatifs à la détermination des sanctions, telle que la gravité de l'infraction et le dommage causé à l'économie ⁽⁵⁾. La réunion des conditions est vérifiée par le rapporteur général avant la proposition de la procédure à l'autorité de la concurrence, cette dernière qui décide en dernier ressort ⁽⁶⁾. Une fois l'autorité accepte la proposition du rapporteur général,

¹ Voir l'art. 73 de la loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, *op.cit.*

² Voir le III de l'article L. 464-2 du code de commerce, tel que modifié par ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n° 0059 du 10 mars 2017, www.legifrance.gouv.fr

³ Conseil de la concurrence, Décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-42 du 4 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁵ Conseil de la concurrence, Décision n° 03-D-45 du 20 février 2003 relative à des pratiques contestées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille, www.autoritedelaconcurrence.fr. Voir également sur la détermination des sanctions, Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, www.autoritedelaconcurrence.fr ; Florent VENAYRE, "La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs", *Revue Lamy de la concurrence*, vol. 28, 2011, pp. 15-22.

⁶ Cour d'appel de Paris, arrêt n° 04/13713 du 21 septembre 2004, Décision déferée à la Cour : n° 04-D-02 rendue le 03 Août 2004 par le Conseil de la Concurrence, www.legifrance.gouv

les parties et le commissaire du gouvernement sont informés trois semaines au moins avant le jour de la séance ⁽¹⁾.

Dans sa pratique, l'autorité de la concurrence a toujours examiné la condition de non contestation des griefs ⁽²⁾. Elle fait application de la procédure de non contestation aussi bien aux affaires d'ententes qu'à celles d'abus de position dominante ⁽³⁾.

Certes, la non contestation des griefs constitue une partie intégrante de la procédure de transaction, mais elle ne pourra être utilisée ni au cours de la procédure ni contre les entreprises et les organismes non parties à la transaction. D'ailleurs, l'autorité ne s'estime pas liée dans son appréciation des faits ⁽⁴⁾. Aussi, la non contestation est relativement dépendante de l'engagement de modifier les comportements pour l'avenir, proposé par l'entreprise ou l'organisme demandeur de la transaction.

b- L'engagement de modifier les comportements pour l'avenir

S'engager à modifier les comportements pour l'avenir est la procédure majeure dont repose la procédure de non contestation. L'intérêt de la transaction réside dans l'engagement que prend l'entreprise à modifier ses comportements pour l'avenir.

Les engagements sont souscrits devant le rapporteur général et complétés parfois devant l'autorité de la concurrence. Ils doivent être substantiels, crédibles et surtout vérifiables, en ce sens que le contrôle du respect des promesses avancées par l'entreprise doit être mise en œuvre à un coût raisonnable ⁽⁵⁾.

La crédibilité de l'engagement conditionne l'acceptation du principe de la transaction par le rapporteur général et l'autorité de la concurrence. Ainsi, l'utilité de l'engagement doit impérativement être examinée, parce qu'elle va déterminer le niveau de la réduction de la sanction ⁽⁶⁾.

Bien que l'acceptation des engagements par l'autorité de la concurrence répond à l'objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de

¹ Voir l'art. 43 du décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix, *JORF* n°103 du 3 mai 2002, modifié par décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, *JORF* n° 302 du 29 décembre 2005, www.legifrance.gouv.fr

² Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-42 du 4 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, *op.cit.*

³ Voir, Pratique de l'autorité de la concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Conseil de la concurrence, Décision n° 05-D-70 du 19 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁵ Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Poste dans le cadre de son contrat commercial, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁶ Voir à titre d'exemple, autorité de la concurrence, Décision n° 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, www.autoritedelaconcurrence.fr

la concurrence ⁽¹⁾, le législateur n'exige plus comme condition de recevabilité de la procédure, la présentation d'engagements par l'entreprise ⁽²⁾. Par ailleurs, l'autorité de la concurrence a prononcé en 2010, deux décisions mettant en œuvre la procédure de non contestation des griefs sans exiger la présentation des engagements ⁽³⁾.

Une fois les conditions sont réunies, l'engagement de la procédure de transaction se déclenche à partir du moment où l'entreprise accepte la proposition de transaction faite par le rapporteur général.

2- Le déroulement de la procédure

L'accord donné par l'entreprise ou l'organisme à la proposition de transaction se matérialise par une demande adressée au rapporteur général (a). Ce dernier, qui est doté de larges pouvoirs d'appréciation dans le traitement de ladite demande, ne dispose pas du pouvoir de prise de décision (b).

a- La demande de mise en œuvre de la procédure

Le demandeur souhaitant s'orienter vers la procédure de non contestation des griefs doit s'adresser au rapporteur général dans le plus bref délai ⁽⁴⁾.

Sa demande doit être accompagnée des éléments nécessaires pour permettre au rapporteur de se déterminer en connaissance de cause sur le caractère substantiel, crédible et vérifiable s'il s'agit de proposition d'engagements.

Selon le III de l'article L.464-2 du code de commerce, le rapporteur général dispose d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet de se déterminer, aussi bien lorsque cette demande porte sur une affaire dans laquelle la mise en œuvre de la procédure de non contestation des griefs lui paraît opportune, que lorsque la demande, elle-même, lui paraît pertinente eu égard à son contenu et des circonstances dans lesquelles elle est présentée ⁽⁵⁾.

b- La prise de décision

Avant de prendre la décision, il revient au collège de l'autorité de s'assurer de la régularité de la procédure préalable. Il faut, tout d'abord, vérifier que le rapporteur

¹ Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-65 relative à des pratiques mises en œuvre par la poste dans le cadre de son contrat commercial, *op.cit.*

² Voir l'art. 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 portant modernisation de la régulation de la concurrence, *op.cit.*

³ Voir successivement, Autorité de la concurrence, Décision n° 10-D-35 du 15 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles ; Décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ C'est le délai de deux mois, à compter de la réception de la notification des griefs, prévue à l'article L.463-2 du code de commerce pour la présentation des observations.

⁵ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif à la non contestation des griefs, *op.cit.*, points 26 et 27.

général n'a pas commis, dans son appréciation de l'opportunité de recourir ou non à la procédure de non contestation des griefs en ce qui le concerne, d'erreur manifeste rejaillissant sur le montant de la sanction pécuniaire pouvant lui être imposée ⁽¹⁾. Il faut vérifier ensuite, si la déclaration par laquelle l'intéressé renonce à contester les griefs répond aux conditions exigées et que ces exigences sont respectées.

L'autorité est dotée de larges pouvoirs d'appréciation concernant la vérification, non seulement de la proposition du rapporteur et de la déclaration des entreprises intéressées, mais aussi en ce qui concerne la détermination de la sanction.

Certes, le montant maximum de la sanction pécuniaire est plafonné aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce ⁽²⁾ et les modalités pratiques sont décrites dans le communiqué de l'autorité ⁽³⁾, mais il revient à celle-ci d'apprécier les données et circonstances dans chaque affaire et de décider le montant sans spécifier celui de l'amende que la personne poursuivie pourrait avoir à payer dans l'affaire particulière pour laquelle elle est mise en cause ⁽⁴⁾.

Enfin, en veillant sur l'exécution de ses décisions ⁽⁵⁾, l'autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2 du code de commerce ⁽⁶⁾. Elle peut s'autosaisir du non respect des engagements ⁽⁷⁾. Pour s'assurer que ces engagements sont effectivement mis en œuvre par l'entreprise, l'autorité peut demander à l'intéressé de lui communiquer des rapports réguliers ainsi que tout autre document ou information lui permettant d'apprécier la bonne exécution des engagements ⁽⁸⁾.

B- La procédure de clémence

La procédure de clémence, d'origine américaine, est fondée sur la dénonciation. Elle peut être définie comme outil de détection des ententes les plus nuisibles pour l'économie. Cette procédure permet aux entreprises ayant participé à une infraction d'obtenir une immunité ou une réduction d'amende, en contrepartie de leur coopération avec l'autorité de la concurrence ⁽⁹⁾.

¹ *Ibid.*, point 38.

² Voir aussi l'art. L. 463-3 du code de commerce, *op.cit.*

³ Voir autorité de la concurrence, Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, *op.cit.*, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Ce pouvoir d'appréciation a fait un vaste mouvement de contestation par les entreprises, voir à titre d'exemple, autorité de la concurrence, Décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁵ Art. R. 464-8 du code de commerce, *op.cit.*

⁶ Art. L.464-3 du code de commerce, *op.cit.*

⁷ Art. R. 464-9 du code de commerce, *op.cit.*

⁸ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif à la non contestation des griefs, *op.cit.*, point 54.

⁹ Autorité de la concurrence, *Étude relative au programme de clémence français*, Paris, 15 avril 2014, www.autoritedelaconcurrence.fr

A la différence de la plupart des pays où les programmes de clémence sont encadrés par les communications des autorités de la concurrence. En droit français cette procédure résulte directement de la loi ⁽¹⁾ et de ses textes d'application ⁽²⁾. En vue de mettre en œuvre la procédure de clémence, l'autorité de la concurrence a adopté un communiqué de procédure ⁽³⁾, en vertu duquel l'autorité a exigé certaines conditions pour accepter les demandes de clémence formulés par les entreprises **(1)**. Elle a également précisé quelques détails du traitement de la demande **(2)**.

1- Les conditions du bénéfice de la clémence

Le IV de l'article L.464-2 du code de commerce a fixé les grandes lignes de la procédure de clémence. Celui-ci vise « *Les pratiques prohibées visées aux articles L.420-1 à L.420-2 et L.420-5* », c'est-à-dire toute entente, en laissant à la discrétion de l'autorité de la concurrence le pouvoir de déterminer à quelle catégorie d'ententes elle entend appliquer la clémence.

Si l'on se réfère aux dispositions du code de commerce, le législateur a distingué entre l'obtention d'une immunité totale de la sanction **(a)** et l'obtention de l'immunité partielle par réduction de l'amende **(b)**.

a- Les conditions d'obtenir une immunité totale de la sanction

Contrairement au droit communautaire où les conditions d'obtention d'une immunité totale ou partielle d'amendes sont clairement définies ⁽⁴⁾, le texte français consacrant la procédure de clémence semble court et peu précis. Par contre, dans sa formulation des dispositions de l'article L.464-2, le législateur a bien précisé la qualité des informations exigées pour obtenir une immunité totale de la sanction dans ces termes : « *En apportant des éléments d'information dont l'autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement* »

Dans sa pratique, inspirée du droit communautaire, l'autorité de la concurrence a posé un certain nombre de conditions pour bénéficier d'une exonération totale de sanction ⁽⁵⁾. Dès lors, une entreprise ne peut prétendre obtenir une immunité totale d'amende sauf si les conditions suivantes sont réunies :

¹ Voir le IV de l'art. L.464-2 complété par l'art. R. 464-5 du code de commerce, *op.cit.*

² Voir l'art. 44 de décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix, *op.cit.*

³ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009, révisé en 2012 par le communiqué de procédure du 22 novembre 2012 et en 2015 par le communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Voir les points 8a et b, 11a, 11b, 11c, 20, 21 et 22, Communication de la Commission européenne sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE C45 du 19 février 2002.

⁵ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, point 13, www.autoritedelaconcurrence.fr

- Le premier cas, lorsque l'autorité ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée : l'exonération totale ne peut être accordée si les conditions suivantes ne sont pas réunies :
 - Le demandeur doit être le premier à informer l'autorité des pratiques en cause.
 - Il doit apporter certaines informations et éléments de preuve dont l'autorité ne disposait pas antérieurement. Afin de remplir cette condition, la demande de clémence doit comporter une description détaillée de l'entente présumée, qui doit préciser notamment la nature et l'usage des produits en cause, les territoires sur lesquels les pratiques en cause sont susceptibles de produire des effets ⁽¹⁾.
- Le second cas, lorsque l'autorité dispose déjà d'informations sur l'entente présumée ; dans cette hypothèse, le bénéfice de l'exonération est conditionné :
 - Non seulement l'entreprise doit être la première à informer l'autorité de la concurrence et à fournir des éléments de preuve, mais aussi ces éléments doivent être suffisants pour permettre à l'autorité d'établir l'existence d'une infraction au moment de la demande ⁽²⁾.
 - Le demandeur ne peut bénéficier de cette exonération si l'autorité a déjà accordé une exonération rentrant dans le premier cas.

b- Les conditions d'obtenir une réduction d'amende

« *Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction* » ⁽³⁾. Selon ces dispositions, deux conditions sont posées pour bénéficier d'une immunité partielle : il s'agit du respect des conditions précisées dans l'avis de clémence établi en application du I de l'article L.464-2 du code de commerce ⁽⁴⁾, et d'adopter une contribution importante à l'établissement de l'infraction.

Les mêmes conditions ont été retenues par l'autorité de la concurrence dans son communiqué de procédure. Elle a exigé que les éléments de preuves apportent une valeur ajoutée significative par rapport à ceux dont celle-ci dispose déjà ⁽⁵⁾.

L'autorité examine, pour chaque demande, le degré de la valeur ajoutée significative de preuves apportée et fixe sur cette base une fourchette de réduction de l'amende, sachant que le seuil de cette réduction n'est pas fixé à l'avance.

En effet, l'autorité de la concurrence adopte un avis de clémence conditionnelle, dans lequel il indique le niveau de réduction. Cet avis ne doit être adressé qu'à l'entreprise demanderesse de l'octroi du bénéfice de la clémence ⁽¹⁾.

¹ *Ibid.*, point 14.

² L'infraction peut être à l'article L.420-1 du code de commerce ou à l'article 81 du traité CE.

³ Voir le IV de l'article L.464-2 du code de commerce, *op.cit.*

⁴ « *L'autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières...* »

⁵ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, *op.cit.*, point 19.

Pour bénéficier d'une exonération totale ou partielle de la sanction, l'autorité de la concurrence a exigé d'autres conditions de fond qui prouvent la volonté du demandeur de bénéficier de la procédure. L'entreprise doit cesser sa participation à l'entente présumée dans le plus bref délai, au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence, et apporter à l'autorité une véritable, totale, permanente et rapide coopération. Elle ne doit pas prendre de mesures pour contraindre une autre entreprise à participer à l'infraction ⁽²⁾.

Après avoir rempli les conditions précédemment énoncées, l'autorité procède au traitement de la demande de clémence.

2- La demande de clémence

La demande de clémence acceptée par le rapporteur général, après la satisfaction des conditions exigées, traverse essentiellement deux étapes procédurales : l'instruction de la demande **(a)** et le prononcé de l'avis de clémence **(b)**.

a- L'instruction de la demande de clémence

La demande de clémence est adressée au rapporteur général, elle peut être enregistrée, soit par réception du courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception, soit par l'établissement d'un procès verbal. Elle peut être également enregistrée sur support électronique de l'autorité.

La demande ou la déclaration orale de l'entreprise contient toutes les informations concernant le demandeur, les auteurs des ententes et l'entente présumée, ainsi que les éléments de preuves ⁽³⁾.

Une fois les informations et les éléments de preuves transmis à l'autorité, le rapporteur général désigné pour instruire la demande de clémence, prépare un rapport dans lequel il vérifie que les conditions fixées par l'autorité sont réunies et élabore des propositions d'exonération de sanctions. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou l'organisme concerné et au commissaire du gouvernement ⁽⁴⁾.

À base du rapport établi, l'autorité rend son avis de clémence.

b- L'avis de clémence

L'avis de clémence est le seul acte par lequel ont été définies les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération de sanction. Il est adopté en pleine séance en présence du demandeur.

¹ Voir l'art. 44 de décret n° 2002-689, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix, *op.cit.*

² Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, *op.cit.*, points 23 et 24.

³ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, *op.cit.*, point 30.

⁴ Voir l'art. 44 de décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix, *op.cit.*

Après l'examen de l'affaire au fond, l'autorité peut, si les conditions posées ont été respectées par l'entreprise, accorder une exonération totale ou partielle des sanctions en rendant un avis favorable. En revanche, l'autorité émet son avis défavorable si elle estime que les conditions posées ne sont pas réunies.

L'autorité de la concurrence peut aussi accepter des demandes sommaires lorsqu'elle ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée dans les conditions prévues dans le communiqué de procédure⁽¹⁾. Elle veille également, dans la limite de ses obligations nationales et communautaires, à la confidentialité de l'identité du demandeur de clémence pendant la durée de la procédure⁽²⁾.

Cependant, l'avis de clémence n'a pas d'effet extinctif des poursuites, ni devant l'autorité de la concurrence qui se saisit à nouveau des pratiques dénoncées, ou les autres autorités de concurrence membres du réseau européen de concurrence, ni devant les juridictions.

Enfin, il est incontestable que la procédure de clémence a été introduite en droit français concomitamment à la procédure de non contestation des griefs. Les deux procédures visent la révision de la sanction encourue, ce qui peut conduire à l'articulation entre les deux. Cette articulation est fortement exclue quand il s'agit de la procédure d'engagements.

C- La procédure d'engagements

Au préalable, il est important de distinguer entre deux types d'engagements. Les engagements présentés par les entreprises, dans le cadre des concentrations, ont pour but de rendre une opération de concentration compatible alors qu'elle pourrait tomber sous le coup de l'interdiction si ceux-ci n'étaient pas souscrits ; l'acte est donc une autorisation conditionnée. Les engagements dans ce cadre n'ont pas d'effet extinctif de poursuites. Par contre, les engagements souscrits dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles visent à alléger la sanction, ils préservent la liberté des acteurs tout en réservant la possibilité d'un contrôle ultérieur et d'une éventuelle sanction. Dans ce cadre, la procédure a un effet extinctif de poursuites⁽³⁾.

¹ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 22 novembre 2012 relatif au programme de clémence français, *op.cit.*, points 40 à 45.

² *Ibid.*, point 46, voir également, Conseil de la concurrence, Décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes, www.autoritedelaconcurrence.fr

³ Marie-Anne FRISON-ROCHE & Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{ère} édition, Edition DALLOZ, Paris, 2006, p. 272 et 326. Certains rattachent à la procédure d'engagements le caractère contractuel, par exemple Gerasimos Alex SOFIANATOS analyse l'engagement comme une mesure « de nature régulatrice, quasi-contractuelle », *Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire, français et grec*, LGDJ, Paris, 2009, p. 191. Laurence BOY rattache la procédure d'engagements à la notion de contrat économique, "Les contrats économiques de souveraineté : outils de la régulation de la concurrence (la pratique des autorités de la concurrence à partir de l'exemple de la France)", *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2010, pp. 271-296.

Tirant ses origines du droit communautaire ⁽¹⁾ et du droit interne ⁽²⁾, la procédure d'engagements représente un outil qui permet à l'autorité de la concurrence d'assurer sa mission de garantir le fonctionnement de la concurrence sur le marché. Elle a pour but d'obtenir que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence ⁽³⁾.

L'importance de la procédure réside dans sa mise en œuvre qui représente une économie de ressources pour l'autorité de la concurrence **(1)**, ainsi que dans ses effets **(2)**.

1- La mise en œuvre de la procédure d'engagements

Sans préciser la nature des comportements susceptibles de faire l'objet d'engagements par le code de commerce, la procédure s'applique à toutes les situations qui soulèvent les préoccupations de concurrence actuelles ⁽⁴⁾.

A la différence de la procédure de non contestation des griefs, prévue au III de l'article L.464-2 du code de commerce, qui ne peut être engagée qu'après notification de ces derniers, la procédure d'engagement ne peut être sollicitée que pendant la période antérieure à l'envoi de la notification des griefs. Elle est subordonnée à l'évaluation préliminaire des pratiques en cause **(a)**, pour pouvoir ensuite déclencher la procédure **(b)**.

a- L'évaluation préliminaire

Aux termes de l'article R.64-2, I « *Lorsque l'autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L.64-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause...* ». L'évaluation préliminaire est nécessairement préalable à toute notification de griefs. Il ne peut donc être recouru aux engagements qu'à partir du moment où une notification des griefs est émise ⁽⁵⁾. Cela n'exclut pas la possibilité de présenter les engagements dans le cadre d'une procédure de non contestation des griefs.

Cependant, l'évaluation préliminaire ne peut être formulée que si l'entreprise concernée fait savoir aux services d'instruction qu'elle est disposée à proposer des engagements si les circonstances de l'affaire s'y prêtent et si l'offre initiale

¹ L'art. 5 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, prévoit que les autorités de concurrence des Etats membres sont compétentes pour « *accepter des engagements* »

² Art. L.464-2. I du code de commerce, *op.cit.*

³ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Voir Cour de cassation, Arrêt du 4 novembre 2008, *Canal 9*, www.courdecassation.fr

⁵ Autorité de la concurrence, "Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

d'engagements communiquée par l'entreprise semble, en première analyse, susceptible d'autoriser un aboutissement satisfaisant de la procédure ⁽¹⁾.

Après avoir identifié les préoccupations de concurrence, le rapporteur établit l'évaluation préliminaire, sous forme d'un courrier, par un procès verbal ou par la présentation d'un rapport oral en séance. Il transmet une copie de l'évaluation à l'auteur de la saisine et au commissaire du gouvernement ⁽²⁾.

Enfin, la faculté d'accepter la demande du bénéficiaire de la procédure d'engagements relève de l'appréciation de l'autorité de la concurrence, qui décide d'enclencher officiellement ou non la procédure.

b- Le déroulement de la procédure

Si l'entreprise est en mesure d'apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire, elle doit formaliser son offre initiale d'engagements dans un délai qui court à compter de l'évaluation préliminaire ⁽³⁾. L'offre d'engagements est communiquée par le rapporteur à l'auteur et aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du gouvernement.

Afin de permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations concernant l'offre d'engagements et contribuer à son examen, le rapporteur publie un résumé de l'affaire et des engagements ⁽⁴⁾. Après les avoir convoqués, les parties et commissaire du gouvernement sont également invités à présenter leurs observations sur les engagements proposés dans un délai d'un mois à compter de la date de communication du contenu des engagements ⁽⁵⁾. Les observations peuvent être présentées oralement lors de la séance ⁽⁶⁾.

Après avoir rassemblé toutes les observations en un dossier, les parties à la procédure ⁽⁷⁾ ont « accès à la l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis pour

¹ « Dans le cas où l'évaluation préliminaire intervient dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, elle est précédée, au plus tard en veille de la séance, d'un contact informel par lequel le rapporteur indique à l'entreprise concernée le sens de la position qu'il présentera à ce sujet », voir autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, *op.cit.*, point 19.

² Art. R.464-2. du code de commerce, *op.cit.*

³ « **Le délai imparti aux entreprises ou organismes pour formaliser leurs engagements à l'issue de l'évaluation préliminaire est fixé, soit par le rapporteur dans le cas où l'évaluation a été faite par courrier ou par procès verbal, soit par l'autorité de la concurrence dans le cas où cette évaluation a été présentée oralement en séance. Ce délai ne peut, sauf accord des entreprises ou organismes concernés, être inférieur à un mois** », Art. R.464-2. du code de commerce, *op.cit.*

⁴ Art. R.464-2 al 3 du code de commerce, *op.cit.*

⁵ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, *op.cit.*, point 25.

⁶ Art. R.464-2, dernier alinéa du code de commerce.

⁷ Sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises, la protection des secrets d'affaires, prévue aux articles L. 463-4 et R. 463-13 du code de commerce, *op.cit.*

statuer sur les engagements »⁽¹⁾. À nouveau, les parties et le commissaire du gouvernement sont convoqués en séance pour s'exprimer sur la proposition des engagements.

Après la négociation des engagements, le rapporteur rédige un rapport synthétisant les engagements proposés, les observations et la décision envisagée. De son côté, l'autorité de la concurrence, après avoir pris connaissance des observations et des engagements proposés, examine le caractère pertinent, crédible et vérifiable de l'offre d'engagements et s'assure de leur caractère proportionné⁽²⁾. Elle peut également subordonner l'acceptation des engagements proposés à certaines modifications ou les rejeter lorsqu'elle estime que ceux-ci ne répondent pas aux préoccupations de concurrence. Comme elle peut donner acte de mesures des engagements acceptés⁽³⁾.

Au final, bien que la décision acceptant les engagements ne se prononce pas sur le caractère prohibé des pratiques ou sur la culpabilité des entreprises, mais elle a des effets juridiques considérables sur le devenir de la procédure.

2- Les effets de la procédure d'engagements

La portée et la valeur des engagements résident dans les effets de la procédure ; elles se manifestent par l'adoption d'une décision rendant les engagements obligatoires (a) et mettant fin à la procédure (b).

a- Le caractère obligatoire de la décision d'acceptation des engagements

Bien que la procédure d'engagements est précédée d'une négociation des engagements, entre l'autorité de la concurrence et des entreprises, la décision adoptée, à l'issue de cette négociation, rend obligatoires les engagements. Elle a le caractère d'une décision unilatérale⁽⁴⁾. Cependant, l'autorité ne peut rendre contraignants que ceux en rapport direct avec l'évaluation préliminaire⁽⁵⁾.

¹ Cour de cassation, arrêt du 4 novembre 2008, *Canal 9*, précité.

² Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, point 34, *op.cit.*

³ Conseil de la concurrence, Décision n° 07-D-31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par un constructeur automobile, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, *op.cit.*, point 42. Comme l'explique Pierre DELVOLVÉ « Dès lors que l'acte a pour objet et pour effet conséquences sur des personnes qui n'ont pas de part à son adoption, il est unilatéral », "Acte administratif", in *Répertoire du contentieux administratif*, n° 28, DALLOZ, Paris, 2005.

⁵ Conseil de la concurrence, Décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), www.autoritedelaconcurrence.fr

Par ailleurs, même après le désistement de l'entreprise, par exemple après un accord à l'amiable, l'autorité peut exiger des engagements répondant à l'évaluation préliminaire ⁽¹⁾.

Les décisions relatives aux engagements ne se prononcent pas sur la culpabilité des entreprises en cause. Elles ne contiennent aucune constatation d'infraction au droit de la concurrence. Elles ne peuvent donc permettre ni le déclenchement de poursuites pénales, ni d'action en dommages-intérêts ⁽²⁾.

La décision aux engagements peut être adoptée pour une durée indéterminée ou limitée, selon les circonstances, l'appréciation revient à l'autorité de la concurrence ⁽³⁾. Certes, la décision rendant les engagements obligatoires, adoptée par l'autorité de la concurrence, met fin à la procédure en cours devant l'autorité, mais elle n'interdit pas à l'une des parties d'engager une action en justice.

b- L'effet extinctif relatif de la décision d'acceptation des engagements

Une fois la décision d'acceptation des engagements adoptée, l'autorité ne peut accepter aucune plainte à l'encontre des pratiques qui ont fait l'objet de la décision précitée ; elle peut rejeter cette plainte, en se référant dans sa décision de rejet au fait que les pratiques dénoncées ont donné lieu à une décision, et que donc, il n'y a plus lieu d'agir. En revanche, en l'absence de décision au fond, le principe *non bis in idem* ne s'applique pas ⁽⁴⁾.

Toutefois, l'autorité peut être saisie de comportement ayant un intérêt à agir, ou s'autosaisir. Dans ce cas, elle apprécie la nécessité de réviser les engagements, au regard des changements intervenus sur le marché en cause, ou si les circonstances le justifient ⁽⁵⁾.

Cependant, l'effet extinctif de la décision d'acceptation des engagements ne s'étend pas au recours en justice. Ces décisions sont susceptibles de recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris, dans un délai d'un

¹ Voir le considérant n° 13 du règlement n° 1/2003 de CE relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *op.cit.*

² Le demandeur d'une réparation devant le juge civil doit, à sa propre capacité, démontrer son préjudice et la faute de son adversaire à partir des éléments qu'il apporte lui-même et non pas sur la base d'une infraction qu'il aurait constaté par l'autorité de la concurrence.

³ Voir autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, point 45, *op.cit.*

⁴ *Ibid.*, point 44. Voir également l'art. 7 du règlement de CE n° 773-2004 du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la commission en application des articles 81 et 82 du traité de CE, www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=6386

⁵ Les circonstances évoquées par le point 46 du communiqué de procédure sont :

- Si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ;
- Si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
- Si la décision d'engagements repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties à la procédure.

mois à compter de leur notification ⁽¹⁾. Cette incorporation de ces décisions dans les décisions susceptibles de recours semble contradictoire à la philosophie de la procédure d'engagements qui est, en effet, d'échapper aux voies de recours, puisqu'il ne s'agit pas d'une décision de fond.

Aussi, n'ayant pas autorité de chose décidée, les décisions d'acceptation des engagements peuvent être contestées par les autres autorités de la concurrence et les juridictions des Etats membres dans le cadre du fonctionnement du réseau des autorités de concurrence ⁽²⁾.

Au final, la procédure d'engagements si même si elle ne s'applique qu'aux pratiques relativement peu graves ou peu anciennes, elle demeure un outil qui répond à l'objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de concurrence ⁽³⁾.

Cette procédure est de nature aussi à permettre à l'autorité de la concurrence de se recentrer sur la sanction des pratiques anticoncurrentielles les plus graves, et assurer une meilleure efficacité de son intervention ⁽⁴⁾.

En effet, la procédure d'engagements comme toutes les autres procédures alternatives, représente des avantages précieux. Dans sa pratique, l'autorité de la concurrence a eu plusieurs occasions de se prononcer sur des demandes de règlement à l'amiable, par voies de transaction, clémence et acceptation d'engagements ⁽⁵⁾.

Cependant, le recours aux procédures alternatives est tiré de l'initiative privée des entreprises et dépend de leur volonté, ce qui rend la réussite de ces procédures incertaine et leur efficacité fait parfois débat.

II- L'efficacité économique des procédures alternatives : une efficacité risquée

L'introduction des procédures alternatives, en droit français, par la loi de 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ⁽⁶⁾, a illustré une recherche d'une amélioration de l'efficacité des politiques de concurrence, en introduisant les programmes de clémence, la procédure d'engagements et celle de non contestation des griefs (A). Cependant, l'efficacité de ces procédures peut être limitée par certains aspects pervers qu'elles présentent (B).

¹ Art. L. 464-8 du code de commerce, voir également l'arrêt *Canal 9* de la Cour de cassation précité.

² Conformément à l'article 11 du règlement CE n° 1/2003, les décisions acceptant des engagements et mettant en jeu le droit communautaire sont notifiés, trente jours avant leur adoption à la commission ou au réseau des autorités de concurrence européennes.

³ Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-65 relative à des pratiques mises en œuvre par la poste dans le cadre de son contrat commercial, *op.cit.*

⁴ Bruno LASSERRE, "La politique des engagements en matière des pratiques anticoncurrentielles : premier pas et premier bilan en France", *op.cit.*

⁵ Voir autorité de la concurrence, *Rapport d'activité*, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁶ Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, *op.cit.*

A- Une efficacité à double sens

Les procédures dites négociées présentent de nombreux avantages, tant pour l'autorité de la concurrence que pour les entreprises. Elles peuvent être pour l'autorité un moyen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (1), en contre partie, un moyen d'échapper à la sanction pour les entreprises (2).

1- Un moyen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

Les procédures alternatives sont des instruments de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Elles sont intégrées pour faciliter la tâche de l'autorité de la concurrence qui est énorme, en même temps que les possibilités d'action sont contraignantes, notamment par la faiblesse des effectifs (1). En effet, l'aspect qui préside à l'adoption de ces procédures est de favoriser la détection des pratiques, en utilisant les auteurs des infractions eux-mêmes (a) ce qui permet d'économiser les procédures (b).

a- La détection des pratiques

Fondées sur la volonté des auteurs (2), les alternatives à la sanction visent la détection des pratiques illicites commises, par la dénonciation des auteurs eux-mêmes. Ces derniers sont appelés à collaborer parfaitement avec l'autorité de la concurrence et contribuer positivement à la détection de la pratique dénoncée.

Les dénonciations des demandeurs doivent apporter « une valeur ajoutée significative » (3), elles créent une incertitude supplémentaire pour les acteurs, du fait de la nouvelle possibilité stratégique qu'elles offrent aux partenaires de l'entente. Cette incertitude pèse donc positivement sur la perception que les contrevenants ont d'être détectés par les autorités. Ce point joue défavorablement sur la stabilité de la collusion (4). En revanche, il est raisonnable d'imaginer que les risques d'une investigation de l'autorité de la concurrence sont plus forts et les chances de déstabilisation des ententes sont ouvertes.

Malgré la vigueur des mécanismes d'investigation, la dénonciation s'avère plus efficace que les enquêtes, elle peut être un moyen d'interrompre les cartels (5). Depuis l'adoption de ces procédures, deux tiers de cartels punis par la commission

¹ Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "L'efficacité des programmes de clémence", in les nouveaux instruments des autorités de concurrence : clémence, transaction, engagements, atelier de la concurrence du 7 décembre 2005, *Revue concurrence et consommation*, n° 146, 2006, p. 43.

² Mehdi MEZAGUER, *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'union européenne, un exercice transactionnel de l'autorité publique*, Thèses Bruylant, LGDJ, Paris, 2015, p. 337.

³ Voir autorité de la concurrence, Communiqué de procédure relatif au programme de clémence français, point 22, *op.cit.*

⁴ Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "L'efficacité des programmes de clémence", *op.cit.* p. 45.

⁵ Anne TERCINET, "Le laboratoire du droit processuel de la concurrence", *Revue Lamy de la concurrence*, n° 31, 2012, pp. 182-199

européenne ont été détectés grâce aux programmes de clémence ⁽¹⁾ que le nombre des cartels détectés et punis par an avait considérablement augmenté ⁽²⁾.

Aussi, les engagements proposés dans le cadre de la procédure d'engagements ne seront acceptés que s'ils sont de nature à mettre un terme aux préoccupations de la concurrence. Ils ont de bonnes chances d'être exécutés parce qu'ils sont l'œuvre des entreprises ⁽³⁾.

S'agissant des engagements proposés dans le cadre de la procédure de non contestation des griefs, l'autorité de la concurrence a également accepté certains d'entre eux ⁽⁴⁾.

De toute manière, les engagements sont clairement tournés vers le futur, dans les deux procédures, ils ne remédient pas aux troubles qui ont pu naître, mais propose des remèdes pour l'avenir ⁽⁵⁾.

Enfin, la bonne volonté des entreprises qui se manifestent par leur contribution et leur collaboration avec l'autorité de la concurrence permet à cette dernière de réduire au maximum le coût procédural.

b- L'économie de la procédure

L'efficacité de la procédure alternative se mesure à deux éléments essentiels, l'un est lié à la charge probatoire et l'autre à l'accélération des délais de traitement des affaires.

S'agissant de la charge probatoire, les procédures alternatives permettent de réduire la charge sur l'autorité de la concurrence, notamment que cette dernière dispose de ressources limitées qu'elle doit allouer de la meilleure façon possible. En contre partie, les entreprises possèdent des informations privées sur leur coût. Par ailleurs, même dans le cas où une pratique anticoncurrentielle est prouvée, les instruments et les remèdes dont elle dispose sont limités.

A titre d'exemple, dans la procédure de clémence, la charge probatoire revient aux demandeurs qui doivent apporter la preuve « sur un plateau » ⁽⁶⁾. Par contre, dans la procédure d'engagements, les demandeurs allègent la charge probatoire en se

¹ Audrey MARTY, L'influence du droit de la concurrence sur le comportement des entreprises en Europe, *Revue des juristes de sciences Po.*, n° 6, 2012.

² Jean-Christophe RODA, "Programmes de clémence en droits interne et européen de la concurrence : états des lieux et perspectives" in *Dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, pp. 139-154.

³ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *Concurrences* n° 4, 2015, p. 19, www.concurrences.com

⁴ Autorité de la concurrence, Décision n° 15-D-8 du 5 mai 2015 relative à la commercialisation de la viande de volailles, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁵ Laurent FLOCHEL, "De nouvelles politiques pour les autorités de concurrence : les programmes de clémence", in *politique de concurrence, La Documentation française*, 2006, p. 247.

⁶ Eric DAVID, "L'incidence des procédures alternatives sur l'établissement des pratiques anticoncurrentielles devant l'autorité de la concurrence et la commission européenne", *Concurrences* n° 1, 2011, p. 67, www.concurrences.com.

contentant d'émettre des préoccupations de concurrence ⁽¹⁾. Ils économisent les débats concernant les éléments constitutifs de l'infraction dans le cadre de la procédure de non contestation des griefs, cette dernière suffit à établir l'existence de l'infraction au regard des contestataires en reconnaissant leur culpabilité.

Ces procédures permettent également d'accélérer l'instruction et le traitement des affaires. Par exemple, en phase d'enquête, la procédure de clémence permet à l'autorité de la concurrence « de savoir où chercher et quoi chercher » ⁽²⁾ dans un délai raisonnable. Au cours de cette phase, certaines règles procédurales sont simplifiées, tel que le contradictoire à un tour, c'est-à-dire consécutif à l'envoi de la notification des griefs. Donc la seconde phase de contradictoire est économisée, en ce qu'elle dispense de l'établissement d'un rapport.

Quant à la procédure d'engagements, elle permet de raccourcir l'instruction et de trouver rapidement des solutions aux problèmes identifiés. Elle permet également, dans la plupart des cas, d'économiser les recours juridictionnels ⁽³⁾.

Le recours aux procédures alternatives permet à l'autorité, à la fois, de gagner le temps et les ressources pour traiter plus d'affaires. Ces procédures aident au développement d'une culture de la concurrence, en ce que toutes associent l'entreprise au processus décisionnel et qu'elles les incitent, pour certaines, à rechercher des solutions efficaces ⁽⁴⁾.

Si les procédures alternatives dites négociées ou accessoires présentent des avantages qui renforcent l'efficacité de l'action de l'autorité de la concurrence, pour les entreprises, ces procédures leur permettent d'atteindre l'efficacité en échappant à la sanction.

2- Un moyen d'échapper à la sanction

L'attractivité des procédures alternatives réside dans « la recherche de solutions négociées qui offrent la possibilité d'apporter des gains mutuels à la fois aux entreprises impliquées dans des affaires de concurrence et aux autorités représentant l'intérêt des consommateurs et de l'économie en général » ⁽⁵⁾.

Le jeu de négociation avec l'autorité de la concurrence permet aux entreprises de mieux maîtriser les difficultés procédurales **(a)** et d'éviter le risque de sanction **(b)**.

¹ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 17.

² *Ibid.*

³ La Cour de justice de l'union européenne a expressément reconnu que cette procédure était inspirée « Pour des considérations d'économie de procédure », CJUE, 29 juin 2010, aff. C-441/07p, *commission c/Alrosa*, point 35, www.curia.europa.eu

⁴ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 18.

⁵ Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "Les jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transactions", in les nouveaux instruments des autorités de concurrence : clémence, transaction, engagements, atelier de la concurrence du 7 décembre 2005, *Revue concurrence et consommation*, n° 146, 2006, p. 50.

a- La maîtrise partielle des difficultés procédurales

La chance de s'arranger au lieu d'être condamné illustre le principe « gagnant gagnant »⁽¹⁾, elle modifie le statut des entreprises en les faisant participer au traitement de l'affaire. Cette participation exprime la bonne volonté qui « peut incliner l'autorité de poursuites à moins de sévérité ou de zèle dans l'établissement du champ de l'infraction »⁽²⁾.

La participation des entreprises au règlement de l'affaire à l'amiable, non seulement elle leur permet l'économie de la procédure en dehors de la justice, et de régler les problèmes plus rapidement possible avec moins de frais, tout en préservant leur réputation⁽³⁾, mais elle leur donne aussi un sentiment positif qu'elles ont la capacité d'influencer sur la prise de décision.

L'accompagnement de l'autorité de la concurrence au cours des différentes étapes de l'affaire permet aux entreprises de mieux comprendre les procédures à suivre et de bénéficier à chaque fois de ses avantages.

Cependant, la maîtrise procédurale reste relative, c'est-à-dire l'entreprise dénonciatrice peut se retrouver face à des conséquences non souhaitables. Par exemple, sa dénonciation peut avoir un coût financier, comme elle peut l'exposer à des actions civiles ou pénales⁽⁴⁾.

Le risque s'étend également à l'entreprise qui prend des engagements au-delà du nécessaire. La mise en place d'un programme de conformité constitue une très forte contrainte pour l'entreprise, compte tenu des conditions qui sont posées à son efficacité⁽⁵⁾.

De toute manière, la maîtrise de la procédure peut être un avantage, si elle est bien exploitée par les entreprises qui doivent être des négociateurs de haute qualité, pour pouvoir mieux gérer le risque de sanction.

¹ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 20.

² *Ibid.* p. 21.

³ Les poursuites en justice peuvent porter atteinte à la réputation de l'entreprise et être une mauvaise publicité pour elle. Sur la publicité négative, voir Denis WAELBROECK, "Le développement en droit européen de la concurrence de procédures négociées : que va-t-il rester aux juges ? Pour une justice efficiente en Europe", *La Gazette du Palais* n° 22 au 26, 2008.

⁴ Flavio LAINA, Frédéric PUEL, Laurent. FRANÇOIS-MARTIN & Philip LOWE "Politique de clémence et lutte contre les cartels", Forum de conférence européen, 28 avril 2006, *Concurrences* n° 3, 2006, pp. 73-84.

⁵ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 21.

b- La non déclaration de culpabilité et l'octroi d'une immunité de sanction

Gouvernées par la volonté des entreprises ⁽¹⁾, les procédures alternatives, tellement fondées sur la négociation, permettent de chercher des arrangements mutuellement avantageux entre les entreprises et l'autorité de la concurrence. L'idée d'un arrangement entre une entité qui a commis un délit et l'autorité qui est sensée devoir la sanctionner peut conduire à une plus grande efficacité ⁽²⁾.

En effet, lorsque les engagements proposés sont acceptés et respectés par les entreprises, la procédure sera clôturée, sans qu'aucun constat d'infraction ne soit effectué. Cet avantage a été rappelé par la Cour de cassation en 2015, qui considère que la décision acceptant des engagements ne constate ni le caractère anticoncurrentiel d'une pratique, ni la conformité à la concurrence des pratiques n'ayant pas fait l'objet de préoccupation de concurrence ⁽³⁾.

Donc, l'entreprise qui s'engage n'est non seulement pas sanctionnée, mais elle n'est même pas déclarée coupable. Cela peut diminuer les risques de poursuites judiciaires.

En revanche, dans la procédure de clémence, l'entreprise sera condamnée et déclarée coupable d'avoir participé à la pratique, mais elle sera récompensée de sa dénonciation par l'octroi d'une immunité totale de la sanction ou partielle par la réduction de l'amende ⁽⁴⁾.

Enfin, ces diverses procédures allègent, à des degrés différents, les charges pécuniaires au moins et offrent d'autres avantages aux entreprises et à l'autorité de la concurrence. En ce sens, l'efficacité recherchée par les deux parties est relativement atteinte, mais par deux voies contradictoires, qui sont la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles du côté de l'autorité de la concurrence et la fuite aux sanctions du côté des entreprises.

Cette situation paradoxale peut nuire à l'efficacité des procédures alternatives et faire courir un risque au résultat attendu.

B- Les limites à l'efficacité des procédures alternatives

L'adoption des procédures alternatives en droit français de la concurrence a suscité des incertitudes majeures. Malgré les avantages que présentent ces outils, les

¹ « Ces programmes sont l'illustration tangible de stratégies de gouvernance volontaristes », autorité de la concurrence, Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

² Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "Les jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transactions", *op.cit.*, p. 49 et 50.

³ Cour de cassation, chambre commerciale, Pourvoi n° 14-10.792 du 12 mai 2015, www.courdecassation.fr

⁴ Laurence IDOT, Thierry DAHAN & Mélanie Thill-TAYARA, "Non contestation des griefs, transaction et réduction des sanctions : actualité de la pratique française et européenne", *Concurrences*, 17 décembre 2014, www.concurrences.com/

spécialistes du domaine n'ont pas manqué de les critiquer et de relever leurs inconvénients.

Bien que les motifs d'inquiétude se diffèrent d'un auteur à un autre, cette remise en cause peut jouer négativement sur leur efficacité. En effet, les raisons de s'en méfier sont nombreuses, elles peuvent être rangées en deux catégories : celles qui sont d'ordre juridique (1) et celles qui sont d'ordre pratique (2).

1- Des contraintes juridiques

En droit de la concurrence, les procédures alternatives dites négociées offrent aux entreprises une incitation au non respect des règles du droit de la concurrence ⁽¹⁾. Ce risque de non respect de la règle est l'un des obstacles majeurs à l'efficacité de ces procédures, il se renforce par la marginalisation de la sanction (a). L'efficacité de ces procédures peut être également menacée par les incertitudes procédurales qui les entourent (b) et le risque des recours privés qui peuvent être engagés par autrui (c).

a- La marginalisation de la sanction

Parmi les avantages dont bénéficient les entreprises, lorsqu'elles recourent aux alternatives, l'échappement à la sanction, voire à la condamnation.

Certes la procédure de clémence ne met que partiellement à l'abri de la sanction, mais elle permet d'échapper, au moins pour partie, à ses conséquences ⁽²⁾. Cette possibilité d'évitement peut encourager les entreprises à participer à un cartel puisqu'il sera toujours possible de dénoncer et donc d'échapper.

Cependant, cette menace de l'efficacité peut être diminuée en admettant que l'entreprise qui dénonce n'a aucune assurance d'être la première. De plus, les décisions de clémence accordent certes l'immunité au premier et des réductions de sanction aux suiveurs, mais les amendes globalement prononcées restent considérables et le risque d'être sanctionné demeure ⁽³⁾.

En revanche, dans le cadre de la procédure d'engagements, la sanction est clairement écartée. En clôturant la procédure, aucun constat de culpabilité n'est dressé. Selon un auteur, la dissuasion est affaiblie, « le développement des procédures négociées peut conduire à une perte de pouvoir dissuasif de la sanction » ⁽⁴⁾.

¹ Patrice BOUGETTE, Christian MONTET & Florent VENAYRE, "Les jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transactions", *op.cit.*, p. 54.

² Guy CANIVET, "Propos conclusifs", in *Clémence et transaction en matière de concurrence. Premières expériences et interrogations de la pratique*, acte du colloque du 19 janvier 2005, www.creda.cci.fr/. Les actes de ce colloque ont fait l'objet d'une publication dans la *Gazette du Palais* n° 287 à 288 du 14-15 octobre 2005, p. 79.

³ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 23.

⁴ Olivier SAUTEL, "La pertinence d'une procédure d'engagements en matière de contentieux : une analyse économique et son application au cas de L'iphone", Les dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, p. 89.

Par conséquent, la marginalisation de la sanction aux termes de Guy CANIVET « modifie la distance entre le licite et l'illicite »⁽¹⁾. Elle organise un rapprochement entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie par l'emploi de la discussion à la place de la poursuite⁽²⁾.

Cette proximité crée une situation confortable pour les entreprises, suffisamment informées, capables de résister et de s'imposer ce qui peut conduire à l'affaiblissement des pouvoirs de l'autorité de la concurrence et nuire à l'efficacité de sa politique.

En contrepartie, les entreprises sont confrontées aux incertitudes qui entourent le processus procédural.

b- Des incertitudes procédurales

Bien que les procédures négociées permettent aux entreprises de construire une stratégie procédurale en leur laissant la possibilité de faire le choix qu'elles jugent adéquats, prendre des engagements ou la dénonciation⁽³⁾, mais elles ne les immunisent, en aucun cas, des autres risques procéduraux.

Le pouvoir d'appréciation dont bénéficie l'autorité de la concurrence constitue un risque majeur auquel les entreprises sont confrontées. Ce pouvoir se manifeste au cours des diverses phases de la procédure alternative.

Le premier risque qui résulte du pouvoir d'appréciation tient au fait que l'autorité de la concurrence n'est pas liée par la proposition du rapporteur général⁽⁴⁾. L'accord établi entre ce dernier et l'entreprise demanderesse ne peut être considéré que comme un acte préparatoire, il s'agit d'un rapport sous forme d'un procès verbal. Il contient les éléments de preuve apportés par l'entreprise et la solution proposée par le rapporteur.

Le rapport est transmis à l'autorité de la concurrence pour prendre sa décision, soit par la confirmation de la solution proposée ou le refus. Par ailleurs, même dans le cas de confirmation, l'autorité n'est pas tenue par la proposition du rapporteur, elle peut la modifier.

¹ Guy CANIVET, "Propos conclusifs", *op.cit.*, p. 79.

² Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 23.

³ Sur ce point, voir Anne PERROT, "La mise en œuvre des procédures négociées : aspects économiques et pratiques de l'autorité de la concurrence", Les dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, pp. 47-58 ; Véronique SÉLINSKY, "Procédures négociées et stratégies des entreprises", Les dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, pp. 59-81.

⁴ Voir Cour de cassation, chambre commerciale, pourvoi n° 04-19102 du 22 novembre 2005, société *Dexxon Data Media*, www.courdecassation.fr

Le second risque a trait à la prévisibilité des sanctions et au taux de réfaction ⁽¹⁾, notamment que l'autorité peut appliquer conjointement les procédures simplifiées ⁽²⁾, ce qui peut causer par conséquent une interaction avec les procédures alternatives. Cette application conjointe peut contrebalancer le risque de négociation portant sur le taux de réfaction.

Sur le plan procédural, d'autres faits générateurs y concourent : ces procédures « font glisser le contentieux du terrain de la répression vers celui de la régulation » ⁽³⁾. Ce glissement a conduit à d'autres faiblesses procédurales, tel que le principe de l'égalité des armes. Cette égalité qui repose sur le principe de contradictoire semble amoindrie.

L'application des procédures alternatives suppose une reconnaissance expresse de culpabilité, ce qui suppose, en contrepartie, la déchéance des droits de défense.

Il est à noter aussi que, au motif du caractère consensuel des procédures alternatives, le contrôle juridictionnel est fortement négligé. Cependant, cette critique ne peut être exagérée dans la mesure où la faculté de recourir au juge par les tiers reste ouverte.

c- Les recours privés

Bien que le recours aux procédures alternatives n'engage que l'entreprise demanderesse, les effets qui y en découlent peuvent s'étendre aux tiers. Il s'agit des victimes des pratiques anticoncurrentielles.

En effet, le recours aux alternatives n'a aucune incidence sur la possibilité pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles d'obtenir réparation du préjudice causé ⁽⁴⁾. En revanche, les entreprises sont responsables du dommage qu'elles ont subi du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle ⁽⁵⁾.

Dans ce cadre, la commission européenne n'a pas hésité à inciter les victimes des pratiques anticoncurrentielles à se tourner vers les juridictions pour obtenir réparation de leur préjudice ⁽⁶⁾.

Les exonérations de sanction que l'autorité peut accorder aux entreprises, ne garantissent pas aux personnes physiques une immunité de sanction devant le juge pénal. L'article L. 420-6 du code de commerce dispose que « *est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 € le fait, pour toute*

¹ Sur ce point, voir Florent VENAYRE, "La détermination des sanctions dans les ententes sur appel d'offres en l'absence de contestation des griefs", *Revue Lamy de la concurrence*, vol. 28, 2011, pp. 15-22.

² Voir l'art. L.463-3 du code de commerce, *op.cit.*

³ Emmanuelle CLAUDEL, "Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : raison garder !", *op.cit.*, p. 30.

⁴ Ce droit est reconnu même aux organismes professionnels, voir l'art. L. 470-7 du code de commerce, *op.cit.*

⁵ Voir l'art. L. 481-1 du code de commerce tel que modifié par ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêt du fait des pratiques anticoncurrentielles, *op.cit.*

⁶ Voir à titre d'exemple le Communiqué de presse de la commission européenne, IP/05/1656 du 21 décembre 2005, www.europa.eu/rapid/search-result.htm?sort=eventDate&keywords

personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2... ».

Le risque pénal énoncé aux dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce peut être relativisé, car il s'agit de cas dans lesquels l'instigateur de l'entente avait exercé une contrainte ou avait fait usage de menaces à l'encontre des autres membres de l'entente pour les y entraîner ou les maintenir ⁽¹⁾.

Au final, ces contraintes juridiques quoiqu'elles semblent véritables, l'aspect pratique joue aussi sur l'efficacité des procédures alternatives.

2- Des contraintes pratiques

La mise en œuvre des procédures alternatives soulève d'autres difficultés qui peuvent amoindrir leur efficacité. Les conditions de coopération avec l'autorité de la concurrence **(a)** et la confidentialité de la démarche **(b)** sont de véritables obstacles qu'il convient de ne pas négliger.

a- Des difficultés relatives aux conditions de coopération avec l'autorité de la concurrence

Le bénéfice de l'immunité de sanction suppose de fournir à l'autorité de la concurrence toutes les informations et tous les éléments de preuves indispensables, et suppose généralement l'audition des représentants légaux des entreprises et ses salariés actuels, ou anciens ⁽²⁾.

Cependant, la recherche de la preuve au sein de l'entreprise est difficile pour deux raisons essentielles : la première est relative à l'obtention de la coopération d'anciens employés qui sont, soit partis à la retraite, soit dans une autre entreprise. Ces anciens employés n'ont pas d'intérêt à coopérer pour le compte de leurs anciens employeurs ⁽³⁾. Par ailleurs, même les employés actuels, qui ne sont pas forcément d'accord sur la stratégie de la dénonciation engagée par le dirigeant, peuvent refuser de coopérer ⁽⁴⁾.

La seconde raison tient à la cession de l'activité litigieuse à une autre entreprise. En ce cas, il est possible que les documents aient soit été détruits soit transférés.

L'entreprise dénonciatrice, non seulement elle s'engage à fournir tous les éléments de preuves, mais elle doit arrêter sa participation aux pratiques anticoncurrentielles. La cessation des pratiques implique la dénonciation d'un contrat

¹ Christophe LAMAIRE, Denis LESCOP, Irène LUC & Nadine MOUY, *Etude thématique, Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence: les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence*, n° 176, www.autoritedelaconcurrence.fr

² Véronique SÉLINSKY, "Procédures négociées et stratégies des entreprises", in Les dossiers de la RIDE, Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Revue internationale de droit économique*, Dossier n° 4, 2011, p. 70.

³ Autorité de la concurrence, *Étude relative au programme de clémence français*, Paris, 15 avril 2014, www.autoritedelaconcurrence.fr

⁴ Véronique SÉLINSKY, "Procédures négociées et stratégies des entreprises", *op.cit.*, p. 71.

en dehors des cas prévus par celui-ci. Le cocontractant peut invoquer la responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales établies ⁽¹⁾ et demande au juge des référés la continuation pour éviter le dommage imminent ⁽²⁾.

Enfin, la crainte à la désorganisation de l'entreprise, à la mobilisation des salariés, les coûts liés à d'éventuels licenciements ou poursuites,...est un véritable facteur qui joue sur l'efficacité de la procédure alternative.

La pratique témoigne également de la difficulté d'approcher des employés soupçonnés d'avoir participé à l'infraction tout en évitant le risque de divulgation.

b- Des difficultés liées à la confidentialité de la procédure

Le maintien de la confidentialité de la démarche afin de préserver l'efficacité de la procédure engagée est l'un des éléments incitatifs dans les procédures alternatives. Elle suppose l'incommunicabilité des documents de l'autorité de la concurrence à la justice ou aux tiers.

Aux termes de l'article 11 du code de procédure civile « *Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.* ». Cependant, la demande de communication des pièces peut être rejetée par l'autorité sous le motif de la défense d'un intérêt légitime. La nécessité de préserver l'efficacité de la procédure alternative peut constituer « *un empêchement légitime* » à la transmission du document. Cette dernière qui prend la qualification de divulgation punie à l'article 226-13 du code pénal ⁽³⁾.

Toutes ces garanties n'éliminent pas complètement le risque de divulgation, cela se confirme lorsqu'une entreprise décide de se retirer de la procédure.

Le maintien de la confidentialité peut être également brisé au cours de la mise en oeuvre des mesures d'enquête, lorsque, par exemple, une entreprise demande la réalisation d'une enquête afin de ne pas être dépistée trop tôt, ce qui risquerait d'entraîner soit la disparition des preuves, soit des représailles ⁽⁴⁾.

L'efficacité des procédures alternatives peut être aussi menacée par le désengagement des entreprises et leur recul, ce qui conduit à la cession de la coopération avec l'autorité de la concurrence et par conséquent à l'échec de la procédure alternative.

A cet effet, le suivi des engagements demeure indispensable pour le maintien de la concurrence. L'autorité doit disposer de tous les moyens nécessaires pour le faire, mais sans recourir à nouveau aux sanctions pécuniaires élevées.

¹ Voir l'art. L. 442-6 du code de commerce, *op.cit.*

² Jean-Bertrand DRUMMEN, "Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la concurrence", JCP, (E), n° 18-19, 2009, p. 27.

³ L'art. L. 463-6 du code de commerce, *op.cit.*

⁴ Véronique SÉLINSKY, "Procédures négociées et stratégies des entreprises", *op.cit.*, p. 70.

Quant aux incertitudes qui entourent les procédures alternatives, leur impact sur l'efficacité est relatif. D'un point de vue économique, « pour rendre plus aléatoire le gain exempt des pratiques anticoncurrentielles et majorer le risque de la sanction, il faut créer l'incertitude de la dénonciation... »⁽¹⁾.

Conclusion

Il est incontestable que le retour à la négociation de la sanction par l'adoption des procédures alternatives constitue une mutation considérable en droit français de la concurrence, ce droit étant à l'origine un droit répressif qui devient progressivement un droit relativement négocié⁽²⁾.

Sans s'attarder sur les soucis d'efficacité qui peuvent être estimés comme coûts équivalents aux avantages de négociation ou des concessions mutuelles, les procédures alternatives sont vivement qualifiées d'outils irremplaçables pour améliorer l'efficacité de la politique de la concurrence à moindre coût.

En effet, les chiffres attestent le succès qu'ont connu ces procédures depuis leur introduction⁽³⁾, ce qui incite à une réflexion plus réaliste pour envisager une meilleure politique négociée avec moins de risques.

A cet effet, il revient au législateur de mettre des lignes lisibles, claires et précises en identifiant les questions juridiques relatives aux procédures alternatives. Il appartient également à l'autorité de la concurrence d'instaurer une pratique décisionnelle plus constante, de dégager une position visible sur la politique de sanction et de prouver son savoir faire. Les entreprises sont aussi appelées à fonctionner avec un degré de professionnalisme élevé.

En définitive, la mise en œuvre d'un contrôle, voire un suivi, juridictionnel plus efficace s'avère indispensable, non seulement par les recours ordinaires contre les décisions, de clémence et d'engagements, mais par l'accompagnement de l'autorité de la concurrence au cours de la procédure alternative.

¹ Guy CANIVET, "Propos conclusifs", *op.cit.*, p. 80.

² « Le droit de la concurrence ne peut et ne doit surtout pas devenir un droit entièrement négocié », Bruno LASSERRE, "La non contestation des griefs en droit français de la concurrence", *Concurrences*, n° 2, 2008.

³ Voir autorité de la concurrence, *rapport d'activité*, www.autoritedelaconcurrence.fr

La responsabilité de protéger: quel rôle pour le Conseil de Sécurité de l'ONU?

YAHIAOUI Salima ⁽¹⁾

KETEB Nacer ⁽²⁾

Université Benyoucef Benkhedda Alger 1

Résumé:

Depuis sa reconnaissance en 2001 par la Commission *Evans* et *Sahnoun* (ICISS), R2P en tant que concept juridique, établi pour prévenir et mettre fin aux génocides, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité, constitue un cadre prescriptif pour favoriser le discours au-delà de l'usage controversé de la force à des fins humanitaires, pour traiter la protection des victimes d'atrocités de masse.

Et puisque le Conseil de sécurité est le principal organe exécutif de l'Organisation des Nations Unies et chargé de la principale responsabilité de maintenir et de rétablir la paix et la sécurité internationales, ce document a pour but d'analyser les conséquences juridiques et l'impact du concept de la «responsabilité de protéger», en tant que principe juridique (du moins naissant) du droit international pour le Conseil de Sécurité, alors le Conseil de Sécurité a-t-il l'obligation d'agir et d'intervenir et prendre des mesures coercitives pour arrêter les massacres et les violations massives des droits de l'homme .

Mots clés :

Responsabilité de protéger ; Communauté internationale ; intervention armée, Conseil de Sécurité ; droit de veto ; Libye ; Côte d'Ivoire.

Date de soumission: 10/10/2017, *Date d'acceptation:* 24/06/2018, *Date de publication:* 31/07/2018

Pour citer l'article:

YAHIAOUI Salima, KETEB Nacer, "La responsabilité de protéger: quel rôle pour le Conseil de Sécurité de l'ONU?", *RARJ*, vol. 17, n°1, 2018, pp.819-844.

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>
http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

(1) Doctorante, Département de Droit, Faculté de Droit, Université Benyoucef Benkhedda Alger 1,16000, Alger, Algérie.

(2) Maître de conférences classe «A», Département de Droit, Faculté de Droit, Université Benyoucef Benkhedda Alger 1,16000, Alger, Algérie.

- L'auteur correspondant : mimijuris@gmail.com

The Protect Responsibility: What Role for the UN Security Council?

Abstract:

Since its recognition in 2001 by the *Evans* and *Sahnoun* Commission (ICISS), R2P (RtoP) as a legal concept established to prevent and stop genocides, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity, provides a prescriptive framework to further the discourse beyond the controversial use of force for humanitarian purposes, to addressing the protection of mass atrocity victims. And since the Security Council as the principal executive organ of the United Nations Organization, with a primary responsibility to maintain and restore international peace and security; this paper is to spell out the legal consequences and impact of the concept of the "responsibility to protect", as legal principle (at least nascent) of international law for the Security Council; so the Security Council has it the obligation to react and to intervene and take coercive measures to stop massacres and massive violations of human rights.

Keyword:

Responsibility to Protect; International Community; armed intervention; Security Council; veto, Libya; Cote d'Ivoire.

مسؤولية الحماية: أي دور لمجلس الأمن الدولي؟

ملخص:

- منذ إقراره في إطار لجنة *Evans* و *Sahnoun* (ICISS) عام 2001، فإن مسؤولية الحماية بوصفها مفهوما قانونيا يهدف أساسا لمنع ووقف الإبادة الجماعية، جرائم الحرب، التطهير العرقي والجرائم ضد الإنسانية، يوفر إطارا إلزاميا لتعزيز الخطاب الذي يتجاوز الاستخدام المثير للجدل من القوة لأغراض إنسانية، ومعالجة مسألة حماية ضحايا الفظائع الجماعية.

- وبما أن مجلس الأمن يعد بمثابة الجهاز التنفيذي الرئيسي لمنظمة الأمم المتحدة، الموكول بمسؤولية حفظ السلم والأمن الدوليين، ومن ثمة تهدف هذه الورقة إلى توضيح العواقب والآثار القانونية لمفهوم "مسؤولية الحماية" كمبدأ قانوني في إطار القانون الدولي على مجلس الأمن؛ فهل يتحمل واجب ومسؤولية الرد واتخاذ تدابير قسرية لوقف الانتهاكات الجسيمة والمنهجية لحقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية:

مسؤولية الحماية، المجتمع الدولي، التدخل العسكري، مجلس الأمن، الفيتو، ليبيا، ساحل العاج.

Introduction

Le concept de la responsabilité de protéger a évolué à une époque de grands changements internationaux: l'échec de la communauté internationale à protéger les civils au cours du 20^{ème} siècle engendrant ainsi des résultats désastreux, et des événements aussi horribles que le génocide cambodgien en 90, et Rwandais en 1994-; les crises humanitaires qui se répétaient ; « un maillage progressif de violations flagrantes des droits de l'homme »⁽¹⁾; notamment les acteurs internationaux critiqués pour leurs interventions unilatérales à des fins humanitaires dans des régions en crise (la Somalie 1991, le Kosovo en 1999) ; s'ajoute à cela la désintégration de l'Union Soviétique qui a mis fin à la Guerre Froide, soulevant l'ombre de la politique bipolaire qui a assombri les relations entre les pays, mais a cédé la place à la reconnaissance de nouvelles menaces et de nouveaux conflits armés, ainsi que nombreux problèmes non résolus. Simultanément, la mondialisation, et l'impact des normes internationales concernant la protection des droits de l'homme toujours croissant ; et l'apparition de la notion de « sécurité humaine » dans le discours et l'agenda international.

Par ailleurs, et pour faire face à certains conflits internes, qui sont devenus la forme de violence la plus pernicieuse du système international⁽²⁾; le Conseil de sécurité, autant qu'organe exécutif des Nations Unies, investi du pouvoir de prendre des décisions obligatoires, et exécutoires pour les Etats, chargé du maintien de la paix et de la sécurité internationales ; s'est vu conféré de larges prérogatives, et un vaste pouvoir d'interprétation de la notion de « menace contre la paix », ainsi qu'une lourde responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité dans le monde⁽³⁾, ce qui a suscité de nombreuses interrogations sur les conséquences juridiques de l'émergence du concept de la *responsabilité de protéger*, comme norme⁽⁴⁾ et principe juridique à part entière ; contraignant dans la sphère du droit international, pour le Conseil de Sécurité et les membres de l'ONU, surtout que le rôle que conseil de sécurité a été

⁽¹⁾ Cherif BASSIOUNI, "Advancing the Responsibility to Protect Through International Criminal Justice", in Richard H. COOPER and Juliette Voïnov KOHLER, "Responsibility to protect : the global moral compact for the 21st century", Palgrave Macmillan, New York, 2009; p32

⁽²⁾ Christine D. GRAY, "International Law and the Use of Force", 3rd Edition, Oxford University Press, New York, 2008. p67; Sabrina HOELING, "Can R2P Practice what it Promises? A Case Study on the Syrian Civil War", Anchor Academic Publishing, Hamburg, 2015, pp41-43

⁽³⁾ Jean COMBACAU, "Le pouvoir de qualification du Conseil de sécurité", in Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS et autres (dir), "Les 70 ans des Nations Unies : quel rôle dans le monde actuel? : Mélanges en l'honneur du Professeur Yves Daudet", Pedone, Paris, 2014, p 25s, Cherif BASSIOUNI, "Advancing the Responsibility to Protect Through International Criminal Justice", *ibid*, p33s

⁽⁴⁾ Diana AMNEUS adopte une approche globale et plus élargie de la *responsabilité de protéger*, comme « norme émergente » - qui comprend un ensemble de dimension : sociale, politique et éthique plus large dans les relations internationales et d'autres discours que dans le droit international. plutôt que de se référer à la *responsabilité de protéger* comme une « règle » ; voir, Diana AMNEUS, "Responsibility to Protect: Emerging Rules on Humanitarian Intervention?", *Global Society*, Vol. 26, No. 2, April, 2012, p242

l'un des aspects essentiels de la responsabilité de protéger tout au long de son développement, d'où la nécessité de répondre certaines interrogations liées à cette étude:

- le Conseil de Sécurité a-t-il une obligation juridique ; légale d'agir ou de prendre des mesures suffisamment solides, coercitives dans les situations de responsabilité de protéger ?
- Et même si le Conseil de sécurité doit assumer la responsabilité de protéger, dans quelles mesures cela devrait-il se rapporter à sa responsabilité principale pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales en vertu de la Charte l'Organisation de l'ONU?

Ainsi lors de cette présente avant de s'étaler sur l'analyse de "la bonne autorité" du conseil de sécurité dont le rôle est primordial pour la mise en œuvre de la responsabilité(II), Néanmoins, il convient d'abord de mettre la lumière, sur la genèse ; le développement, et principes du concept de la «responsabilité de protéger» comme norme émergente dans le cadre du droit international et la sphère de l'agenda politique international(I).

I. Genèse et principes du concept de la «responsabilité de protéger»

Notre premier chapitre portera sur la conception de « la responsabilité de Protéger », qui peut être attribuée aux échecs de la communauté internationale dans les années 90 à répondre au génocide Rwandais ; et plus tard à prévenir les atrocités au Kosovo. Avec l'apparition des conséquences de ces échecs, un changement conceptuel de débat s'imposait; non seulement sur la façon de prévenir une crise, mais aussi sur la manière dont la communauté internationale devrait répondre aux conflits internes de l'État qui conduisent à des violations des droits de l'homme, et qui constituent en même temps une menace contre la paix et de la sécurité internationales dans le monde.

C'est ainsi que l'ancien secrétaire général de l'ONU *Kofi Annan*^(*) a donné l'impulsion, lorsqu'il a demandé à la communauté internationale comment devrait elle répondre à des situations telles que le génocide Rwandais et les atrocités à grande échelle au Srebrenica si l'intervention humanitaire était en effet «un coup de tête inacceptable sur la souveraineté» afin de bâtir un nouvel ordre juridique humanitaire

(*)Le nouveau Secrétaire Général des Nations Unies « Antonio GUTERRES » comme ses prédécesseurs, en faisant référence au document final du Sommet mondial qui a été accepté à l'unanimité en 2005, a réaffirmé l'importance de la responsabilité principale des Etats membres de l'ONU de protéger leurs populations, et, appelé les Etats à fournir plus d'efforts pour prévenir les atrocités de masse ;génocide, crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité, et d'agir collectivement, conformément à la Charte des Nations Unies, y compris le Chapitre VII ; au cas où les autorités nationales manqueraient à leur devoir de protection envers leurs populations. voir ; António GUTERRES, Remarks to General Assembly informal dialogue on the responsibility to protect, 06 September 2017; <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2017-09-06/secretary-generals-responsibility-protect-remarks>,

(1). C'est alors que la responsabilité fut proposée par la *Commission Internationale de L'intervention et de la Souveraineté des États* qui visait principalement à établir un cadre légal et légitime pour l'utilisation de la force armée afin protéger les vies humaines et les droits de l'homme, en favorisant deux changements majeurs dans la rhétorique de l'intervention humanitaire utilisée jusqu'ici⁽²⁾.

Dans le cadre de la doctrine de la « *responsabilité de protéger* », le changement premier et le plus important est celui du concept de *souveraineté* comme un « *droit absolu* » à « *une responsabilité* », en se concentrant sur les limites de l'exercice de la souveraineté ; quand au second changement concerne la dichotomie entre « *droits* » et « *devoirs* », car pendant un certain temps, les arguments en faveur de l'intervention humanitaire étaient basés sur un « *droit d'intervenir* » qui, à son tour, était également fondé sur l'idée de la souveraineté de l'individu⁽³⁾. Son approche a utilisé la rhétorique de la protection des droits de l'homme à exhiber les concepts de souveraineté et de non-intervention de l'État, permettant ainsi aux États d'intervenir dans d'autres pays. De ce fait avec l'émergence de ce nouveau concept qui est la « *responsabilité de protéger* » ce n'est pas seulement la permission d'intervenir qui leur a été accordée, mais bien au delà, le droit ou l'obligation de le faire⁽⁴⁾.

Ce présent chapitre examinera l'essence et le développement de ce nouveau paradigme (concept naissant) dans la sphère du droit international (A), son statut juridique (B) ses principaux piliers inter-liés entourant le concept de la responsabilité de protéger (C).

A- Historique et évolution de la « *Responsabilité de protéger* »

Introduit par la résolution 43/131 de l'Assemblée Générale de l'ONU en 1988 puis par plus de 300 résolutions du Conseil de sécurité dans une vingtaine de conflits, le « *droit d'ingérence* » a été consacré par le sommet mondial des chefs

(1) Alex J. BELLAMY, "Whither the responsibility to protect? Humanitarian intervention and the 2005 World Summit.", *Ethics International Affairs*, N 20, 2006, p. 145.

(2) *Ibidem*

(3) La reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit et la mise en place des droits issus de traités au profit de la protection de l'individu, lui accorder la qualité pour demander l'application de ces droits, en particulier ce que nous appelons les droits de l'homme, implique nécessairement que la communauté internationale dans son ensemble, les États individuellement et collectivement, et les organisations internationales d'assumer responsabilité de protéger ces droits humains, et la responsabilité de protéger lie donc les États dans la mesure où ils ont assumé des obligations spécifiques. Comme les États acceptent d'être liés par des obligations non traitées découlant des normes impératives du droit international appelées *jus cogens*, la communauté internationale a l'obligation collective de faire respecter les droits de l'homme, y compris la justice pénale internationale ; voir : Cherif BASSIOUNI, "Advancing the Responsibility to Protect Through International Criminal Justice", *ibid*, p41s

(4) Liliana L. JUBILUT, "Has the 'Responsibility to Protect' Been a Real Change in Humanitarian Intervention? An Analysis from the Crisis in Libya", *International Community Law Review*, N14, 2012, p318s.

d'État et de gouvernement le 16 septembre 2005, sous une nouvelle dénomination: « *la responsabilité de protéger* » Ils affirmaient⁽¹⁾:

« (...) *Nous sommes prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas et en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes, lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité* »⁽²⁾.

C'est ainsi que *la responsabilité de protéger*^(*) a rapidement émergé au cours de la dernière décennie pour occuper une place de choix dans le débat international. Le concept a été développé en 2001 par la *Commission internationale d'intervention et de souveraineté des États* (CIISE), qui est une commission indépendante, créée par le gouvernement canadien, dans l'intention de surmonter le débat insoluble autour du précédent concept qui est « *l'intervention humanitaire* » « *l'ingérence humanitaire* », son objectif était de déplacer les termes du débat des arguments sur le droit d'intervenir dans les affaires des États souverains à des idées sur la responsabilité de protéger les populations des atrocités de masse et d'autres pertes humaines à grande échelle⁽³⁾, on passe d'une *souveraineté de contrôle* à une *souveraineté responsable*, voire une conception nouvelle et radicale de la souveraineté : et à ce propos Evans et SAHNOUN, qui ont déclaré que : « Nos travaux reflètent l'évolution remarquable voire historique du comportement des États et du fonctionnement du Conseil de sécurité depuis une génération. Grâce à cette évolution, nul n'oserait soutenir aujourd'hui que des États peuvent traiter – ou maltraiter – leurs propres populations à leur guise derrière le paravent de la souveraineté »⁽⁴⁾.

Par ailleurs, « *la responsabilité de protéger* » avait été inventée pour remplacer le concept d'« *intervention humanitaire* » en modifiant les termes du débat de la souveraineté comme « *contrôle* » à la souveraineté comme « *responsabilité* », et d'un droit d'intervenir à l'égard de *la responsabilité de protéger*⁽⁵⁾, de sorte que les États ne pourront plus se cacher derrière les revendications d'impunité souveraine en ce qui concerne les violations majeures des droits de l'homme. De ce point de vue, le

⁽¹⁾ Mario BETTATI, "Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger.", *Outre-Terre*, Vol3, N°20, 2007, p381

⁽²⁾ Ibidem.

^(*) « Dans le jargon des Nations unies on l'appelle désormais la « R2P » acronyme dont la vertu est de se lire de la même façon en anglais et en français », voir : Mario BETTATI, ibid, p388

⁽³⁾ Luke GLANVILLE, "On the meaning of "Responsibility" in the Responsibility to protect", *Griffith law review*, N° 2, Vol 20, 2011, p482

⁽⁴⁾ Gareth EVANS et Mohamed SAHNOUN, " *La responsabilité de protéger*", rapport de la Commission Internationale de l'Intervention et de la Souveraineté des États CIISE, Ottawa, 2001 p82

⁽⁵⁾ Anne PETERS, "The Security Council's Responsibility to Protect", *International Organizations Law Review*, N8, 2011 p5

concept de « *la responsabilité de protéger* » n'est pas un adversaire à la souveraineté des Etats, mais il est un allié ;l'accent n'est plus mis sur le devoir de l'État de s'abstenir de l'action et de l'intervention, mais inversement sur un éventuel mandat d'une réponse internationale, et ce changement a été encapsulé dans le slogan: "*De la Non- Intervention a la Non Indifférence*"⁽¹⁾.

En ce qui concerne les quatre documents, généralement considérés comme les plus importants, et qui ont suscité une attention et un débat approfondis pour la conceptualisation de l'idée fondamentale d'*une responsabilité de protéger* sont comme suit⁽²⁾ :

- le rapport de la *Commission Internationale de l'intervention et de la souveraineté des États* (CIISE) présidée par *EVANS* et *SAHNOUN* (décembre 2001) ;
- le rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement (décembre 2004) ;
- le rapport de *Kofi ANNAN* « Pour une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous » (mars 2005) ;
- le Document final du Sommet mondial Onusien, tenu en septembre 2005, adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans lequel les États membres acceptaient d'assumer *la responsabilité de protéger* les populations menacées de génocide, de nettoyage ethnique, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ; lorsque l'État territorial, chargé d'assurer leur protection ne pourrait pas ,ou ne voudrait pas mettre fin à la menace, ou lorsqu'il serait lui-même à l'origine de cette menace; et enfin, les paragraphes 138 et 139 le document final dans lesquels l'Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU) a officiellement approuvé le concept de la *responsabilité de protéger*⁽³⁾.

Le rapport de la (CIISE) porte sur la question fondamentale de la souveraineté de l'État, et il a été fortement influencé par un rapport précédent, rédigé par Francis Deng et d'autres et publié par Brookings Institute intitulé « *Sovereignty as Responsibility* », la "souveraineté responsable" qui a introduit l'idée - basée sur le travail de *Lon Fuller –Deng* a approfondi par la suite cette idée et a soutenu que «ce principe impose à la communauté internationale une responsabilité corrélative» et c'est ce deuxième niveau de responsabilité qui a été adopté par le rédacteurs du rapport *la responsabilité de protéger* « *The Responsibility to Protect* »⁽⁴⁾.

Le rapport de la (CIISE) décrit également trois axes; spécifiques de la responsabilité de protéger :

⁽¹⁾ *Ibid*,p6

⁽²⁾ *Hanne CUYCKENS and Philip DE MAN,* " *The Responsibility to prevention the assumed legal nature of responsibility to Protect and its relationship with Conflict Prevention* ,In *Julia HOFFMANN and André NOLLKAEMPER*(eds), "*Responsibility to Protect From Principle to Practice*", Amsterdam University Press, Amsterdam 2012, p 112, 13

⁽³⁾ *Ibidem*

⁽⁴⁾ *Gareth EVANS* , "*The responsibility to protect : ending mass atrocity crimes once and for all*" , Brookings institution press, Washington, D.C.2008,p32

- la responsabilité de prévenir et de remédier aux causes profondes, et directes des conflits internes et autres crises, mettant les populations en danger ;
- la responsabilité de réagir ; et répondre aux situations de besoin humain avec des mesures appropriées, qui peuvent inclure des mesures coercitives comme les sanctions et les poursuites internationales, et dans les cas extrêmes l'intervention militaires armée ;
- Et la responsabilité de reconstruire, surtout après une intervention militaire, en fournissant une assistance à tous les niveaux, afin de faciliter la reprise des activités, la reconstruction et la réconciliation, en agissant sur les causes des exactions auxquelles l'intervention devait mettre un terme ou avait pour objet d'éviter⁽¹⁾.

Quand au Groupe spécial de haut niveau, il a été créé par le Secrétaire général en novembre 2003, avec le mandat d'examiner les menaces mondiales contemporaines, et d'analyser les défis futurs à la paix et de la sécurité internationales et de recommander les changements nécessaires pour assurer une action collective efficace par les Nations Unies⁽²⁾.

Ledit rapport du groupe a traité les principaux problèmes liés aux menaces internes à la responsabilité de protéger, et au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies,⁽³⁾ le Comité a approuvé également la norme émergente selon laquelle il existe une responsabilité internationale collective de protéger, pouvant être exercée par le Conseil de Sécurité autorisant l'intervention militaire en dernier recours, en cas de génocide et d'autres massacres à grande échelle, de nettoyage ethnique ou de violations graves du droit humanitaire dans le cas où les gouvernements souverains se sont révélés impuissants ou peu disposés à prévenir⁽⁴⁾.

Le groupe de haut niveau énonçait également une liste de critères pour l'utilisation légitime de la force militaire reflétant ceux énoncés par la (CIISE): *gravité de la menace, but propre, dernier recours, moyens proportionnels et équilibre des conséquences*⁽⁵⁾, tout en soulignant que cette responsabilité collective doit être exercée par le Conseil de Sécurité autant qu'unique organe et autorité appropriée pour la mise en œuvre de la responsabilité de protéger, qui a pour mission d'adopter la «*norme émergente*»⁽⁶⁾, et au final les conclusions du groupe de haut niveau ont été

⁽¹⁾ Gareth EVANS et Mohamed SAHNOUN, " *La responsabilité de protéger*", *op.cit.*, pXI

⁽²⁾ Susan BREAU, " *The Responsibility to Protect in International Law: An Emerging paradigm shift*", Routledge, New York, 2016, p22

⁽³⁾ Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges, and Change, " *A More Secure World: Our Shared Responsibility*", United Nations 2004, pp63-66

⁽⁴⁾ Susan BREAU, *Ibid*

⁽⁵⁾ Hannah YIU, " *Jus cogens, the veto and the responsibility to protect: a new perspective*", *New Zealand yearbook of international law*, Vol 7, 2009, p216

⁽⁶⁾ Mehrdad PAYANDEH, " *With great power comes great responsibility? the concept of the responsibility to protect within the process of international lawmaking*", *Yale Journal of International Law*, Vo35, Issue 2, 2010, p469

reprises et approuvées par l'ancien Secrétaire General dans son rapport à l'Assemblée Générale des Nations Unis préparant le Sommet mondial⁽¹⁾.

Similaire aux rapports précédents « le rapport de la CIISE et le rapport du groupe de haut niveau », le document final du Sommet mondial Onusien de 2005, reconnaît à son tour le concept de la responsabilité de protéger, mais démontre une retenue importante en ce qui concerne la responsabilité de la communauté internationale. Alors que le rapport CIISE appliqué à la «*perte de vie à grande échelle*» ou au «*nettoyage ethnique à grande échelle*», le document final limite la portée de la *responsabilité de protéger aux crimes internationaux de génocide ; crimes de guerre ; nettoyage ethnique ; et crimes contre l'humanité*. Car que le rapport de la CIISS attribué à la prévention est à peine perceptible dans le Document final. En outre, il reconnaît explicitement une responsabilité collective uniquement en ce qui concerne les moyens diplomatiques, humanitaires et tous autres moyens pacifiques⁽²⁾.

B- Statut légal de la « Responsabilité de protéger »

D'abord, l'émergence de la *responsabilité de protéger* en tant que concept naissant, largement reconnu de la politique internationale dans les différents rapports précédemment cités ; et soutenus par des résolutions Onusiennes exécutoires' soulève de nombreuses interrogations ; parmi elles la question du statut légal de «*la responsabilité de protéger* » en vertu du droit international ; ainsi *la responsabilité de protéger* doit-elle être considérée comme un droit international coutumier? Reflète-elle un changement conceptuel dans la compréhension de la souveraineté qui entraîne par lui-même des changements légaux? Impose – elle des obligations juridiques contraignantes envers les Etats et la communauté internationale⁽³⁾.

De ce fait, le gouvernement des Pays-Bas en fait référence comme principe de relations internationales. Mais cela peut être trop peu;⁽⁴⁾ car la responsabilité de protéger n'est pas reconnue comme une règle juridique internationale conformément aux sources formelles du droit international, aussi le concept ne fait pas partie de traité international le document de la CIISE et le résultat du document final du

⁽¹⁾ Hannah YIU, *ibid.*

⁽²⁾ *En ce qui concerne l'action collective au titre du chapitre VII de la Charte de l'ONU, les chefs d'État et de gouvernement déclarent plus vaguement qu'ils sont prêts à agir en temps opportun et sur la base d'une évaluation au cas par cas. Ils ne reconnaissent pas explicitement les responsabilités spécifiques du Conseil de Sécurité, ni mentionnent la possibilité d'une action unilatérale ou collective avec l'autorisation de l'Assemblée Générale ou en dehors du cadre des Nations Unis. L'idée de critères d'autorisation d'utilisation de la force a également été abandonnée. Voir : Mehrdad PAYANDEH, *ibid.**

⁽³⁾ Julia HOFFMANN, André NOLLKAEMPER, "Introduction", in Julia HOFFMANN, André NOLLKAEMPER (eds); *Responsibility to Protect From Principle to Practice*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2012, p18s

⁽⁴⁾ *Ibidem.*

Sommet mondial ne peuvent être reconnu comme un droit conventionnel mais plutôt Comme une déclaration politique faite par des personnes hautement distinguées⁽¹⁾.

De plus, le concept de la *responsabilité de protéger* n'a pas atteint le statut du droit international coutumier et ne correspond pas aux éléments constitutifs du droit international coutumier ;car le droit international habituel tel que codifié par l'article 38 (1) (b) de la CIJ (Cour International de Justice),exige une conduite répétée des Etats qui équivaut à la pratique de l'État ,et à une croyance correspondante selon laquelle cette conduite est requise par la loi "*Opino Juris*" En revanche , il est difficile de reconnaître ces éléments dans le contexte de la *responsabilité de protéger*⁽²⁾.

En effet l'émergence d'une norme coutumière peut être identifiée en examinant les déclarations des États ou dans leur assentiment ou leur consentement à l'approbation du concept dans le cadre de l'ONU, quant aux énoncés verbaux, ainsi que les résolutions des organisations internationales et les déclarations des États au sein des organisations internationales peuvent être considérées comme des preuves de la pratique de l'État et « *Opino Juris* »;mais il est difficile de déterminer à quelle partie de la version de la responsabilité de protéger une déclaration spécifique fait allusion⁽³⁾ :Par exemple, les résolutions du Conseil de Sécurité concernant le Darfour ont été qualifiées comme une mise en œuvre de *la responsables de protéger*⁽⁴⁾.Cependant, il n'est pas clair pourquoi la simple mention du concept dans le préambule de la résolution devrait impliquer que le Conseil de Sécurité mette en œuvre ledit concept ; car il n'y a aucune indication que le Conseil a été obligé de prendre une cotisation spécifique à son aval antérieur à la notion.

Certes, le principe *responsabilité de protéger* n'est ni légal ni contraignant ,mais il existe des raisons de douter que *la responsables de protéger* puisse être considérée comme une norme juridiquement contraignante par sa nature, ledit concept a certainement un noyau juridique, car *la responsables de protéger* ne fait que reconsidérer les obligations obligatoires positives consacrées dans la Convention sur le génocide, les Conventions de Genève de 1949 ;et les des protocoles additionnels ;la Charte des Nations Unies ;et l'ensemble du droit international du droit de l'homme et du droit humanitaire, ainsi que dans les résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU⁽⁵⁾.

A son tour le rapport de la CIISE a clairement fait référence aux fondements de la responsabilité de protéger en tant que principe directeur pour la communauté internationale des États, et qui sont comme suit⁽⁶⁾:

- les obligations inhérentes à la notion de souveraineté;

⁽¹⁾Mehrdad PAYANDEH, "ibid,p484s.

⁽²⁾Ibidem.

⁽³⁾Ibidem.

⁽⁴⁾Alex J.BELLAMY and Rube REIKE, "Global Responsibility to Protect", *the Responsibility to Protect and International Law*, N 2 ,2010,p284.

⁽⁵⁾Ibid, p277.

⁽⁶⁾Gareth EVANS et Mohamed SAHNOUN, " *La responsabilité de protéger*", op.cit,p XI.

- L'article 24 de la Charte de l'ONU, qui confère au Conseil de Sécurité la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationale;
- les impératifs juridiques particuliers énoncés dans les déclarations, pactes et traités relatifs aux droits de l'homme et à la protection des populations, Le droit international humanitaire et la législation nationale ;
- la pratique croissante des États et des organisations régionales, ainsi que du Conseil de Sécurité lui-même.

À cet égard, il est impératif de souligner que *la responsabilité de protéger* a été approuvée par une Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unis, qui est donc une recommandation non contraignante. Cependant, les résolutions de l'Assemblée Générale fonctionnent souvent comme point de départ pour la discussion sur l'établissement du droit international, car il découle de l'article 38 Statut de la CIJ que les résolutions de l'AGNU ne sont pas énumérées parmi les sources du droit international qui comprend les traités ; la coutume ; et les principes généraux du droit. Et bien que ces résolutions de l'Assemblée Générale, ne créent pas de nouvelles règles du droit international coutumier par elles-mêmes, mais peuvent en témoigner ou contribuer à sa formation, si elles sont accompagnées d'une pratique générale d'une «*Opinio Juris* » selon la CIJ dans son avis consultatif sur l'utilisation des armes nucléaires⁽¹⁾.

De ce fait, *la responsabilité de protéger* est donc mieux comprise comme un engagement politique à agir sur des croyances morales partagées dont une grande partie est incorporé dans le droit international déjà existant⁽²⁾, car le concept vise principalement à obtenir suffisamment de volonté politique pour prendre des mesures difficiles qui pourraient empêcher un autre Rwanda ou Srebrenica de se produire ailleurs ; en augmentant les coûts politiques de la non-exécution ou du blocage des initiatives du Conseil de Sécurité dans des situations impliquant des atrocités de masse⁽³⁾.

C. Les trois piliers de la responsabilité de protéger

D'abord, après que le Sommet mondial de 2005 ait approuvé la *responsabilité de protéger*, le secrétariat de l'ONU a commencé le processus d'intégration des résultats dudit sommet dans la politique de l'agenda international, par la suite, la nouvelle administration de Ban Ki-Moon (ancien Secrétaire général de l'ONU) a produit le rapport de 2009 intitulé «*Mise en œuvre de la responsabilité à protéger* », qui était l'une des étapes les plus importantes qu'a connu l'évolution de *la responsabilité de protéger* en 2009 ; et qui visait principalement à adapter le système

⁽¹⁾ Jean-Marie HENCKAERTS, Louise DOSWALD-BECK, "Droit international humanitaire coutumier volume I : règles ", Bruyant, Bruxelles.2006, p LI, LII.

⁽²⁾ Bruno POMMIER, " Le recours à la force pour protéger les civils et l'action humanitaire : le cas libyen et au-delà, "Revue internationale de la Croix Rouge, Volume 93, N 3, 2011, p175.

⁽³⁾ Luke GLANVILLE, " On the meaning of responsibility in the responsibility to protect", Griffith law review, 20:2; 2011, supra note 62, p499.

Onusien à ce qu'il identifie de nouveaux enjeux et défis du XXI^e siècle, en éliminant la capacité des États ou des groupes d'États à abuser de *la responsabilité de protéger* à des fins inappropriées ; comme il est impératif de souligner que le document sur « *Mise en œuvre de la responsabilité à protéger* », revêt d'une importance primordiale comme l'a précisé « *Welsh* » ; car le document lui-même stipule que la renégociation des principes de *la responsabilité de protéger* n'était nullement offerte ⁽¹⁾.

Par ailleurs c'est à la suite de la Résolution 63/308 de l'Assemblée Générale des Nations Unis qu'une réflexion d'ensemble a été relancée en 2009. Dans un climat plus favorable marqué notamment par l'arrivée au pouvoir du président Obama, et le retour à un certain multilatéralisme ; le premier rapport^(*) sur « La mise en œuvre de *la responsabilité de protéger* » publié en 2009 (A/63/677), qui a été la refonte de l'agenda de 2005 en « *trois piliers* » tirés de la résolution 60/1, a connu un soutien unanime de la part des chefs d'État présents lors du Sommet mondial de 2005, couronné par la rédaction des paragraphes 138 et 139 du Document final ⁽²⁾.

D'après les paragraphes sus-cités, et comme convenu par les États membres de l'ONU, la stratégie de la mise en œuvre de *la responsabilité de protéger* repose sur une approche à trois volets ou piliers importants inter reliés ⁽³⁾:

- **1-Le premier pilier** - Il incombe aux États de protéger leur population contre le génocide ; les crimes de guerre ; le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité (paragraphe 138) ⁽⁴⁾;
- **2-Deuxième pilier** - Le devoir de la communauté internationale d'aider l'État à s'acquitter de sa responsabilité de protéger (paragraphe 139) ⁽⁵⁾;
- **3-Troisième pilier** - Il incombe à la communauté internationale de prendre des mesures opportunes et décisives, par des moyens pacifiques, diplomatiques et humanitaires, en cas d'échec une intervention militaires ⁽⁶⁾, qui peut être exercée au titre du second pilier de *la responsabilité de protéger*, sous forme d'un maintien de la paix fondé sur le consentement ou d'un déploiement

⁽¹⁾ Susan BREAU, "*The Responsibility to Protect in International Law: An emerging paradigm shift*", *op.cit*, p27.

^(*) Pour une mise en œuvre plus efficace de la responsabilité de protéger « Antonio GUTERRES » le nouveau secrétaire général de l'ONU lors de son premier rapport annuel sur la responsabilité de protéger publié le 10 août 2017 (A/71/1016-S/2017/556), a introduit la notion de "accountability" « responsabilité » en tant que nouvel outil afin de lier les autorités à leurs populations, ainsi que les États individuels à la communauté internationale, voir : *Implementing the Responsibility to Protect: Accountability for Prevention*, Report of the Secretary-General (A/71/1016-S/2017/556) August 2017 .

⁽²⁾ *Ibidem*

⁽³⁾ *Ibidem*

⁽⁴⁾ Le rapport détermine clairement le point de vue de l'UNSG selon lequel il ne devrait pas être « supposé qu'un [Pilier] soit plus important qu'un autre », mais aujourd'hui, l'interaction entre les trois piliers reste une question de contestation acharnée, voir : Rapport de L'AGNU, "*La mise en œuvre de la responsabilité de protéger* ", A/63/677, pp10-15.

⁽⁵⁾ *Ibid*, pp15-23.

⁽⁶⁾ *Ibid*, pp23-30.

préventif, quant au fondement juridique du recours à l'action militaire est le consentement -assorti d'une autorisation du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII- de l'État hôte lorsqu'il est entrepris en vertu du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies, ou lorsqu'il est entrepris par une organisation régionale en vertu de l'Article 52 de la Charte⁽¹⁾.

De manière plus exhaustive, *la responsabilité de protéger* est une norme internationale, selon laquelle la responsabilité maîtresse est de protéger les populations civiles du génocide ; des crimes de guerre ; des crimes contre l'humanité et du nettoyage ethnique appartient aux États, mais en vertu de laquelle aussi, cette responsabilité revient à la communauté internationale quand un État ou un gouvernement manque à son devoir de protection envers sa propre population⁽²⁾.

Par ailleurs, les trois piliers de *la responsabilité de protéger* reflètent le droit international établi, et toute participation internationale dans les deux ou trois étapes doit être conforme à la Charte des Nations Unies, et *la responsabilité de protéger* implique l'obligation de réagir aux situations dans lesquelles il existe un besoin urgent de protection des droits de l'homme⁽³⁾, et si les mesures préventives ne parviennent pas à résoudre ou à contenir une telle situation, et ;ou lorsque l'Etat lui-même en question est incapable ou ne veut pas intervenir, une intervention d'autres États peut être requise. De ce fait, des mesures coercitives peuvent inclure des mesures politiques, économiques ou judiciaires, et dans les cas extrêmes ils peuvent également inclure une action militaire⁽⁴⁾.

Non seulement *la responsabilité de protéger* est l'exemple le plus marquant d'un principe qui priorise dans des conditions précises et strictes, la protection des droits de l'homme par rapport au respect inconditionnel de la souveraineté ; mais encore, son troisième pilier permet l'utilisation de moyens coercitifs, même le recours à la force et à l'intervention armée en dernier recours, pour prévenir ou arrêter les violations flagrantes des droits de l'homme. Les questions se posent quant à la légitimité d'un ordre international qui n'est plus ancré à la souveraineté, mais qui évolue plutôt dans les eaux inexplorées de la protection des droits humains, même par le recours à la force à l'échelle internationale. Il semble qu'un tel ordre juridique international puisse jouir d'une légitimité s'il est encore démocratisé ou, à tout le moins, si ses règles sont clairement définies et appliquées de manière cohérente⁽⁵⁾.

(1) Diana AMNÉUS, "Responsibility to Protect: Emerging Rules on Humanitarian Intervention?" *op.cit.*, pp251-254

(2) Bruno POMMIER, "Le recours à la force pour protéger les civils et l'action humanitaire : le cas libyen et au-delà." *op.cit.*, p172.

(3) Cherif BASSIOUNI, "Advancing the Responsibility to Protect Through International Criminal Justice", in Richard H. COOPER and Juliette Voïnov KOHLER, "Responsibility to protect : the global moral compact for the 21st century", *op.cit.*, p41

(4) Gareth EVANS and Mohamed SAHNOUN, "The Responsibility to Protect", *Foreign Affairs*, Vol. 81, No. 6 (Nov. - Dec., 2002), p102s

(5) Thomas RAMOPOULOS, "International law and the application of the third pillar approach", in Daniel FIOTT and Joachim KOOPS (eds), "The responsibility to protect and the third pillar: legitimacy and operationalization", Palgrave Macmillan, New York, 2015, p15.

Pour conclure ce chapitre, de nombreuses interrogations s'imposent ; qu'est-ce qui est un cas extrême? Comment déterminer quand une intervention militaire est défendable? Mais encore, qui devrait avoir l'ultime autorité pour déterminer si une intrusion dans un Etat souverain, impliquant l'utilisation d'une force mortelle à une échelle potentiellement massive? Ces questions ont généré une énorme littérature et une terminologie très concurrente⁽¹⁾, surtout avec l'émergence de *la responsabilité de protéger* comme norme juridique à part entière dans le cadre du droit international, et qui vise à remplacer l'intervention humanitaire par un plus strict et efficace instrument, alors, comment la notion de *responsabilité de protéger* a-t-elle influencé le fonctionnement ; la pratique et les pouvoirs du Conseil de Sécurité ? tout en s'appuyant sur le cas de la Libye comme point de référence, car ce fut le seul moment où la l'utilisation de la force militaire a été autorisée par Conseil de Sécurité de l'ONU dans le cadre de *la responsabilité de protéger*.

II. Le Conseil de Sécurité : "L'autorité appropriée" pour la mise en œuvre de la responsabilité de protéger

L'émergence de *la responsabilité de protéger* fait partie d'un phénomène général en droit international, en effet ce dernier s'est éloigné de la souveraineté, comme on l'entend traditionnellement, telle une pierre angulaire et «fontaine» de sa légitimité⁽²⁾; et principe sacro-saint du droit international⁽³⁾, en recalibrant la souveraineté qui est sous l'influence d'une approche fondée sur les droits humains et la sécurité de l'homme « de la *souveraineté* comme *droit à la souveraineté* comme *responsabilité* »⁽⁴⁾ en légitimant et justifiant le recours à la force armée à des fins humanitaires.

Car depuis que le statut des droits de l'homme soit devenu plus central, et parce que la communauté internationale ne pouvait plus rester inactive face aux violations flagrantes et massives des droits de l'homme, et du droit humanitaire ; et lorsqu'un État manquait manifestement de protéger sa population contre le génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre, alors la nécessité de mettre fin à ces violations devient un devoir primordial. Ce présent chapitre analysera le troisième pilier de *la responsabilité de protéger*, la réponse du Conseil de Sécurité, qui depuis la création du concept *la responsabilité de protéger* s'est vu attribué un rôle primordial en le reconnaissant par le rapport comme est l'autorité appropriée pour la mise en œuvre du nouveau concept(A) tout en mettant l'accent sur la question la plus cruciale pour l'opérationnalisation de l'action du conseil qui est la légitimité du recours à l'intervention armée(B) ; et notamment les limites à l'action du Conseil de Sécurité dans les Situations de responsabilité de protéger(C) .

⁽¹⁾ Gareth EVANS and Mohamed SAHNOUN, *ibid*.

⁽²⁾ Thomas RAMOPOULOS, *ibid*.

⁽³⁾ Mohamed BEDJAOUI, "L'ONU une organisation au service de la justice internationale" ,in Karine BANNELIER , Théodore CHRISTAKIS et autres (dir), " Les 70 ans des Nations Unies : quel rôle dans le monde actuel? : Mélanges en l'honneur du Professeur Yves Daudet " , *op.cit*, p213.

⁽⁴⁾ Thomas RAMOPOULOS, " *ibid*.

A. Le Conseil de Sécurité l'unique autorité pour une intervention armée

Pour beaucoup, l'étalon-OR de la légitimité demeure une résolution exécutoire du Conseil de Sécurité des Nations Unies; et effectivement, c'est le Conseil de Sécurité que le rapport des experts de la(CIISS) avait à l'esprit lorsqu'il utilisait le terme «*responsabilité*» plutôt que «*obligation*». L'idée donc était de lier le nouveau concept qui est la «*responsabilité de protéger*» à l'article 24 de la Charte des Nations Unies, qui mentionne la «*responsabilité première du Conseil de Sécurité des Nations Unies pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales*»⁽¹⁾.

D'ailleurs, dans son rapport de 2009 sur la mise en œuvre de *la responsabilité de protéger*, le Secrétaire Général a réaffirmé que la «*réponse rapide et décisive*» entre en jeu lorsque deux conditions sont énoncées au paragraphe 139 du document final du Sommet mondial : l'échec des autorités nationales à protéger leur population des quatre crimes et violations spécifiés ; et lorsque les moyens pacifiques se sont avérés insuffisants, ainsi le consensus gouvernemental actuel est que le pouvoir de prendre des mesures militaires (une fois que les autorités nationales n'ont pas protégé leur population) est réservé au Conseil de Sécurité⁽²⁾.

Ainsi, le Conseil de Sécurité assume une «*Responsabilité de protéger*» externe, si la situation est déterminée à constituer une menace contre la paix ; et que les moyens pacifiques sont jugés insuffisants, le Conseil alors a le droit de décider de l'intervention militaire conformément au droit international, et c'est ce qui est reflété dans le cadre du troisième pilier de *la responsabilité de protéger*⁽³⁾.

En effet, tel qu'il a été mentionné clairement dans le rapport de la (CIISE) que dans des cas exceptionnels et pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité, seul le Conseil de Sécurité peut autoriser le recours à la force, et bien que l'usage de la force reste admissible en cas de légitime défense, il doit toujours être exercé sous la direction du Conseil de Sécurité qui joue un rôle «*qualifié*» «*d'une importance primordiale*» pour la mise en œuvre de *la responsabilité de protéger*, le rapport a également suggéré que les cinq membres permanents du Conseil ne devraient pas exercer le droit de veto à moins que leurs intérêts vitaux soit menacés.⁽⁴⁾

Voire, Il n'y a pas de meilleur organe, ni de mieux placé que le Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies pour autoriser une intervention militaire à des fins humanitaires et pour la protection de la sécurité humaine ;indiqué par le rapport de la (CIISE) comme «*Right Authority*» ou la «*la bonne autorité*», car il ne s'agit donc pas de trouver des substituts au Conseil de Sécurité en tant que source

⁽¹⁾ Anne PETERS, "The Security Council's responsibility to protect", *op.cit*, pp13-17

⁽²⁾ *Ibidem*.

⁽³⁾ *Ibidem*. Il est important de souligner que le rôle du Conseil dans la mise en œuvre de la responsabilité de protéger ne se limite pas au (troisième pilier) à prendre des mesures collectives contre les atrocités de masse, le Conseil peut aussi apporter une contribution importante à la prévention structurelle et opérationnelle du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité (deuxième pilier).

⁽⁴⁾ *Ibid*, pp. XII-XIII.

de l'autorité, mais de veiller à ce qu'il fonctionne mieux qu'il ne l'ait fait jusqu'à présent⁽¹⁾, surtout que le rôle du Conseil a été l'un des aspects les plus essentiels tout au long du développement du concept de *la responsabilité de protéger*⁽²⁾.

Egalement, la responsabilité principale du Conseil de Sécurité pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale par rapport à *la responsabilité de protéger* par des moyens militaires a été approuvée lors du Sommet mondial Onusien de 2005, (par 139.) aucun autre acteur alternatif n'a été explicitement mentionné pour détenir un tel droit, ou un rôle subsidiaire, pour avoir recours à la force. Certes, les organisations régionales ont été mentionnées mais en connexion avec la coopération appropriée du Conseil de Sécurité, et la question d'une demande de veto réformée a également été omise dans le Document final⁽³⁾.

En somme ; Sans un organe mondial considéré comme légitime par tous les membres du système international, il y a peu d'espoir d'une mise en œuvre réussie pour la responsabilité de protéger, quant à une réelle approbation du concept de *la responsabilité de protéger* par le Conseil de Sécurité des Nations Unis on peut se référer aux cas suivants :

- 1- Avant la Résolution 1973 qui fut adoptée par le Conseil de Sécurité de l'ONU le 17 mars 2011, moins d'un mois plus tard lorsque les mesures non militaires imposées à la Libye n'ont pas empêché la violence,⁽⁴⁾ le Conseil de Sécurité avait déjà introduit ce concept dans sa résolution 1674 du 28 avril 2006 sur la protection des civils dans les conflits armés⁽⁵⁾, après avoir réaffirmé les paragraphes 138 et 139 du Document final du Sommet mondial de 2005⁽⁶⁾, ainsi le Conseil de Sécurité a accepté le rôle important qui lui avait été assigné de s'engager à entreprendre une action collective dans tous les cas où celle-ci s'avère nécessaire⁽⁷⁾.

- 2- Quelques mois plus tard, le Conseil de Sécurité de l'ONU avait rappelé indirectement la notion *la responsabilité de protéger* dans sa résolution 1706 du 31 août 2006 sur la situation au Darfour, en autorisant le déploiement

⁽¹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁾ Hitoshi NASU, *The UN Security Council's Responsibility and the "Responsibility to Protect"*, in Hitoshi NASU, A.von BOGDANDY and R. WOLFRUM, (eds.), op.cit, p379.

⁽³⁾ Susan BREAUX, *"The Responsibility to protect in International Law: An emerging paradigm shift"*, op.cit, p21

⁽⁴⁾ *La résolution 1973 de 2011 a accepté une zone de non-vol pour protéger les civils libyens et a autorisé les Etats membres, en coopération avec le Conseil de Sécurité, à prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les civils et les zones civiles peuplées menacées. ; Voir :ibid ,p230.*

⁽⁵⁾ SC Res 1674, UN Doc S/RES/1674 (2006).

⁽⁶⁾ *On note également que Les dispositions des paragraphes 138-139 ont été « réaffirmées » dans trois résolutions du Conseil de sécurité : SC Res 1706, UN Doc S/RES/1706 (2006), SC Res 1674, UN Doc S/RES/1674 (2006) ,SC Res 1894, UN Doc S/RES/1894 (2009), Voir : Jean-Baptiste JEANGENE VILMER, "Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger", *Annuaire Français de Relations Internationales*, Vol,13,2012,p88*

⁽⁷⁾ Maryam MASSROURI, " *La responsabilité de protéger* », in Laurent MOREILLON (dir) , " *Droit pénal humanitaire* ", 2^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2009, p214

des forces de maintien de la paix des Nations Unies ,le Conseil de Sécurité a assumé le principe de *la responsabilité de protéger* dans un contexte particulier pour la première fois: « *Rappelant également ses résolutions précédentes ... et 1674 (2006) sur la protection des civils dans les conflits armés, qui réaffirme notamment les dispositions des paragraphes 138 et 139 du document final du Sommet mondial des Nations Unies de 2005* »⁽¹⁾

-3- Egalement dans sa résolution 1970 du 26 février 2011 concernant la Libye le Conseil de Sécurité avait souligné que: « *les autorités libyennes ont la responsabilité de protéger le peuple libyen* » et avait décidé de saisir le Procureur de la Cour Pénale Internationale de la situation en Libye, à peine quelques jours après l'adoption de la résolution 1973 (2011) ledit a utilisé le concept de « *responsabilité de protéger* » dans sa résolution 1975⁽²⁾ du 30 mars 2011 sur la Côte d'Ivoire⁽³⁾.

Au final ,dans le cadre de *la responsabilité de protéger* ,qui est avant tout une doctrine préventive ;en vertu du droit international actuel, le Conseil de sécurité jouit d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre des mesures solides, afin de protéger les populations contre les crimes de masse , et ce n'est qu'en 2011 en Libye que le Conseil de Sécurité a spécifiquement référé au concept « *la responsabilité de protéger* » ,en adoptant a l'unanimité la Résolution 1970, autorisant ainsi une l'intervention armée menée par l'OTAN, et imposant des mesures militaires coercitives contre un État souverain qui assassinait son propre peuple, quand au renversement éventuel du gouvernement de *Muammar Khadafi* par des forces qui ont été mandatées pour mener une opération de protection civile, a déclenché un débat féroce au sein de l'ONU sur la relation entre la « *responsabilité de protéger* » et "*le changement de régime*"⁽⁴⁾ .Cependant bien que ce pouvoir discrétionnaire puise ses racines dans la charte des Nations Unis et confirmé par la pratique internationale des Etats , néanmoins il demeure un pouvoir restreint soumis a certaines limites.

B. La légitimité de l'action du Conseil de Sécurité dans le cadre du droit international et la charte Onusienne

Tout d'abord, dans le cadre de la mise en œuvre de la responsabilité de protéger, le Secrétaire Général a adopté une stratégie à trois piliers pour faire progresser le nouveau concept, à savoir: les responsabilités de protection de l'Etat; l'assistance internationale et le renforcement des capacités ;et enfin, une réponse rapide et décisive. De ce fait, le troisième pilier est particulièrement intéressant puisqu'il correspond à la responsabilité de réagir, dont la nécessité d'une « *réponse rapide et*

⁽¹⁾Susan BREAU, "*The Responsibility to Protect in International Law: An emerging paradigm shift*", *op.cit* ,p216

⁽²⁾UN Doc. S/Res/1975, 30 March 2011

⁽³⁾Supra note N04 ,de Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS , "*Lost in translation ? Le Conseil de sécurité entre « responsabilité de protéger » et « protection responsable »* ",in Karine BANNELIER Théodore CHRISTAKIS *et autres (dir)*, *op.cit*,p48

⁽⁴⁾Susan BREAU, *ibid* pp229-231

souple» face aux situations de *responsabilité de protéger*, le rapport de la (CIISE) prévoit que les mesures collectives d'exécution peuvent être autorisées par le Conseil de Sécurité en vertu des articles 41 ou 42 de la Charte, ou par l'Assemblée Générale dans le cadre de la procédure "*Uniting for Peace*" ... ou par des arrangements régionaux ou sous-régionaux en vertu de l'article 53 de la ladite charte, avec l'autorisation préalable du Conseil de sécurité⁽¹⁾.

Ainsi, l'ONU a annoncé à plusieurs reprises sa disponibilité à assumer la responsabilité secondaire de protéger les droits de l'homme en lieu et place de l'Etat territorial, ce développement était peut-être également inspiré par l'intention d'éviter de laisser la question entièrement aux mains des États individuels pour attribuer ce rôle à l'un. Cependant, un certain nombre d'obstacles devraient être surmontés comme l'a souligné T. J. Lawrence, que : "*seules quelques questions [en droit international] sont aussi compliquées que celles concernant la légalité des interventions*"⁽²⁾, car vu que la question de l'intervention est une manière particulièrement cruciale de traiter l'usage de la force dans l'arène internationale puisqu'elle met en rapport des valeurs très différentes et a bien, des égards contradictoires au sein de l'ordre juridique international⁽³⁾ donc une lecture à ce que la Charte des Nations Unies suggère en ce qui concerne l'utilisation de la force et ce que le droit international implique s'impose, tout en discutant des tendances récentes de la légitimité⁽⁴⁾.

Ainsi, pour qu'une intervention militaire soit qualifiée d'acte légitime, le rapport de la (CIISE), a mentionné, six critères du «*jus ad bellum*» qui doivent être observés : *juste cause, bonne intention, dernier recours, proportionnalité des moyens, perspectives raisonnables et autorité appropriée*⁽⁵⁾. Notamment il convient de souligner que ces critères, ne constituent en aucun cas une nouveauté en soi ; ils se sont cristallisés au fil des siècles, sous des formes différentes, jusqu'à leur imbrication en tant que noyau dur de la tradition de la guerre⁽⁶⁾.

S'agissant alors de trouver une base juridique pour la légitimité institutionnelle d'une intervention militaire coercitive, afin de répondre aux crimes d'atrocités de masse ou à tout autre but, la Charte des Nations Unies à ce propos fournit la source la plus importante d'autorité juridique et constitutionnelle concernant l'utilisation de la

⁽¹⁾ Rapport du Secrétaire général de L'AGNU, "La mise en œuvre de la responsabilité de protéger", A/63/677, pp

⁽²⁾ Cristina Gabriela BADESCU, "*Humanitarian intervention and the responsibility to protect : security and human rights*", Routledge, Toronto, 2011, p55

⁽³⁾ Natalie OMAN, "*Légitimiser l'intervention humanitaire : une assise philosophique de la « responsabilité de protéger un Etat »*", in Jean Francois RIOUX (dir), "*l'intervention armée peut elle être juste ? aspects moraux et éthiques des petites guerres contre le terrorisme et les génocides*", Fides, Canada, 2007, p147

⁽⁴⁾ Cristina Gabriela BADESCU, *ibid*

⁽⁵⁾ Gareth EVANS et Mohamed SAHNOUN, "*La responsabilité de protéger*", ICISS, *op.cit*, pp. xii, 35–37"; High-Level Panel, *A More Secure World*, pp. 66–67, 106–07

⁽⁶⁾ Susan BREAU, "*The Responsibility to Protect in International Law: An emerging paradigm shift*", *op.cit*, p 212

force .En effet ,la ladite charte est non interventionniste ;elle limite le droit des Etats d'utiliser la force à l'échelle internationale, d'abord, aux cas individuels ou collectifs ⁽¹⁾;de ce fait, concernant la légalité et la légitimité internationales pour fonder, voire légaliser, l'intervention, la Charte nous renvoie aux résolutions des instances onusiennes, en l'occurrence le Conseil de sécurité, mais comme nous le verrons plus loin l'Assemblée Générale⁽²⁾ ,ainsi qu'à la coutume internationale .

1. -La Charte Onusienne

Concernant de la capacité juridique du Conseil de Sécurité à régler les crises humanitaires ,elle est énoncée au chapitre VI et au chapitre VII de la Charte de l'ONU. Car en dépit d'être conçu pour les différends internationaux, la pratique en évolution des Nations Unies, suggère que les dispositions de ces deux chapitres permettent au Conseil de Sécurité de considérer les situations internes avec des réverbérations de sécurité larges en tant que sujets légitimes pour la réponse de l'ONU. D'ailleurs, l'article 24 de la Charte des Nations Unies confère au Conseil de Sécurité la responsabilité "de faire face aux menaces de sécurité de *tous types*, ainsi, le Conseil est donc habilité à "décider des mesures à prendre . . . pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales "(article 39)⁽³⁾.

En effet, le Conseil semble avoir la liberté de déterminer ses modes de fonctionnement, et même son mandat indépendamment de ce que déclare la Charte. En conséquence, les actions du Conseil liées à l'utilisation de la force à des fins humanitaires ,peuvent devenir des précédents, même s'ils ne sont pas compatibles avec les dispositions de la Charte de l'ONU, tel que l'a souligné le volume supplémentaire du rapport de la CIISS concernant les interventions autorisées par le Conseil de Sécurité : *«il ne semble pas y avoir de limites théoriques à l'interprétation sans cesse croissante de la paix et de la sécurité internationales»*, car la signification de «menaces contre la paix et la sécurité» a été élargie pour englober les même crises humanitaires⁽⁴⁾.

En plus du Conseil de Sécurité, la Charte des Nations Unies se réfère à deux autres sources d'autorité ; car en dépit d'être subordonnée au Conseil de Sécurité, l'Assemblée Générale à son tour peut également aborder des questions de paix et de sécurité ;à noter également que les arrangements ou agences régionaux sont la deuxième source potentielle d'autorisation pour les interventions humanitaires , bien qu'ils n'aient pas de définition explicite dans les écrits académiques sur l'intervention humanitaire, mais sont habituellement perçus comme une coopération entre les États régionaux pour améliorer leur bien-être national par une action collective⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Cristina Gabriela BADESCU, *ibid*,p56

⁽²⁾ Éric MARCLAY, *“La Responsabilité de Protéger Un nouveau paradigme ou une boîte à outils ?”*,Raoul-Dandurand ,Québec, 2005,p20

⁽³⁾ Cristina Gabriela BADESCU, *ibid*, p56

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁾ *Ibidem*

-2- La coutume internationale

Notamment, l'évolution de la pratique des États modifie le droit international. Outre le droit international codifié, la coutume peut également dicter ce qui est légal, illégal et légitime ; tel que l'a souligné Weiss et Hubert : «*Les expériences changeantes façonnent les principes et les normes, tout comme les principes et les normes influent sur les politiques, les décisions et les opérations*». Ainsi, ceux qui s'opposent à une exigence absolue pour l'autorisation de l'ONU se tournent vers le droit international coutumier pour soutenir leur position concernant la légalité potentielle des interventions en dehors du cadre de la Charte des Nations Unies⁽¹⁾.

En effet, le bilan des interventions après la guerre froide, a fait que de nombreux académiciens du droit international soutiennent qu'une base pour soutenir les interventions sans l'autorisation de l'ONU, en réponse à des menaces à la vie à grande échelle, existe déjà dans le cadre de la loi coutumière internationale ; tout en soulignant les avantages de l'émergence progressive d'un consensus normatif basé sur une pratique récente « exemple *Stromseth* », cependant d'autres soulignent les limites de cette voie vers une réforme légale, tel que « *Buchanan* »⁽²⁾.

Quant à la question de la légitimité des interventions sans le sceau de l'approbation du Conseil de Sécurité a été longuement débattue après l'intervention au Kosovo, la plupart des gouvernements démocratiques et de nombreux académiciens ont perçu cette intervention comme légitime, même si elle était jugée « illégale » parce qu'elle n'était pas autorisée par le Conseil de Sécurité⁽³⁾.

En somme, l'efficacité du système mondial de sécurité collective, comme tout autre ordre juridique, dépend en fin de compte non seulement de la légalité des décisions, mais aussi de la perception commune de leur légitimité, ainsi le Conseil de sécurité doit gagner le respect qu'il doit avoir en tant qu'organe principal dans le système de sécurité collective, il est essentiel que ses décisions les plus importantes et les plus influentes, soient mieux réalisées ; mieux étayées et mieux communiquées. En particulier, en décidant d'autoriser ou non l'utilisation de la force, le Conseil devrait adopter et aborder systématiquement un ensemble de lignes directrices convenues à cet effet.⁽⁴⁾

C. Limites et paralysie du Conseil de Sécurité

Tel qu'il a été observé, le Conseil de Sécurité a spectaculairement réussi, au fil de ses résolutions et face à de diverses situations, à faire admettre que sa mission première de maintien de la paix doit nécessairement l'impliquer dans le respect des

⁽¹⁾ Ibidem

⁽²⁾ Ibid, p58s

⁽³⁾ Ibidem

⁽⁴⁾ L'exemple le plus cité à l'appui d'une loi coutumière émergente, est le rejet de la résolution du Conseil de Sécurité proposée par la Russie, condamnant l'intervention de l'OTAN au Kosovo par un vote de douze (englobant à la fois les pays développés et les pays en développement) à trois (Chine, Russie et Namibie). L'intervention de l'OTAN au Kosovo a été qualifiée de « légitime mais illégale », voir, Idem

droits de l'homme. surtout que le Conseil jouit d'un pouvoir discrétionnaire de qualification qui est d'autant plus réel, que la Charte n'a pas livré de définition aux « *menace contre la paix* », Comme l'a bien souligné le Professeur *Jean Combacau*, le Conseil de Sécurité reste maître de sa qualification, sans avoir même à en indiquer les motifs. C'est là une évolution saisissante, dans les cas de violation massive et systématique, en effet, on se souvient que le Conseil avait inauguré cette nouvelle jurisprudence par une décision concernant l'Irak, devant la répression frappant les Kurdes, la résolution 688 fut adoptée le 5 avril 1991 par le Conseil en déclarant que ces violations graves des droits de l'homme constituaient une menace contre la paix et à la sécurité internationale⁽¹⁾.

Or l'efficacité du conseil a été beaucoup critiquée car il a, par le passé, régulièrement échoué à intervenir en temps et en heure à prévenir les atrocités de masse, surtout que le Conseil jouit d'un réel pouvoir de constatation des faits⁽²⁾, car à travers l'exercice de plus en plus audacieux de son pouvoir de qualification, et l'élargissement de la notion de menace contre la paix », ledit conseil peut contribuer à la sécurisation des intérêts politiques de ses membres plutôt que sur la protection des individus, pendant qu'il décide des mesures coercitives ; voire, dans certaines situations, adopter une application sélective de la responsabilité de protéger⁽³⁾.

C'est pourquoi et conformément à la règle de droit, l'espace de manœuvre du Conseil de Sécurité et son pouvoir discrétionnaire sont limités. Certes le Conseil de Sécurité en vertu du droit international actuel jouit de la discrétion, mais ce pouvoir discrétionnaire est restreint et limité :

1- le Conseil de Sécurité n'est pas *Legibus Absolutus*

Bien que la lecture traditionnelle de la Charte des Nations Unies (*ONU*) stipule que le Conseil de Sécurité est l'organe politique par excellence de l'organisation, et dispose d'une série de pouvoirs sans limites juridiques internationales. Cependant, dans un système international de constitutionnalisation, le point de vue traditionnel de l'action du Conseil de Sécurité dans un domaine fondamentalement exempt de lois n'est plus durable car la règle de droit régit également les décisions du Conseil de Sécurité⁽⁴⁾.

De ce fait, le Conseil de Sécurité n'est pas *Legibus Absolutus*, car si la *responsabilité de protéger* est un principe légal (ou au moins naissant dans la sphère du droit), le devoir du Conseil de Sécurité de prendre des mesures suffisamment solides dans une situation de *responsabilité de protéger* n'est pas seulement un devoir moral, mais juridique. La prémisse de toute obligation juridique du côté du Conseil d'agir est que cet organe n'est pas un organe purement politique agissant dans une zone sans loi, mais soumis à des règles et limites légales⁽⁵⁾.

(1) Mohamed BEDJAOUI, « L'ONU une organisation au service de la justice internationale », in Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS et autres (*dir*), op.cit,p214

(2) Ibidem.

(3) *Cristina Gabriela BADESCU, ibid, p170s*

(4) Anne PETERS, « The Security Council's Responsibility to Protect », op.cit.p16.

(5) Ibid, p17.

Et en effet, l'idée de limites légales à l'action du Conseil de sécurité a été avancée par la Cour internationale de Justice (CIJ) dès 1948 dans son avis consultatif sur l'admission de nouveaux membres à l'ONU ; et également, l'opinion selon laquelle le Conseil de Sécurité n'est pas «*Légibus Absolutus*» a été pleinement confirmée au Tribunal pénal international pour le TPIY de l'ex-Yougoslavie) qui a déclaré que ni le texte ni l'esprit de la Charte ne conçoivent le Conseil de Sécurité comme «*Légibus Absolutus*» (non lié par la loi)⁽¹⁾.

Parce que l'ONU jouit de la personnalité juridique internationale, elle est liée par le droit international général coutumier et par les obligations conventionnelles qui en découlent ; le Conseil de Sécurité, en tant qu'organe le plus puissant de l'organisation, ne peut être moins soumis à des obligations légales que l'organisation elle-même, bien que techniquement, seule l'organisation elle-même (étant la personne morale internationale) est le porteur de l'obligation. Ainsi, le Conseil de Sécurité est lié au moins par les «Objectifs et principes»-tel qu'il a été énoncés dans l'affaire Namibie-de la Charte qui comprennent le droit coutumier des droits de l'homme et le droit à l'autodétermination qui sont des droits généralement menacés dans une situation qui nécessite une *responsabilité de protéger*⁽²⁾.

2- Interprétation ambiguë et élargie de « menace contre la paix »

Tout d'abord, l'action de l'ONU rencontre des limitations statutaires. Les pouvoirs attribués au Conseil de Sécurité au titre du chapitre VII ne peuvent être utilisés qu'en présence de conditions préalables et pour la poursuite d'objectifs prédéterminés par la Charte. En particulier, le Conseil de Sécurité ne peut agir sous le Chapitre VII qu'en présence d'une menace pour la paix, une violation de la paix ou un acte d'agression, et son action est fonctionnellement limitée au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationale. Pour justifier l'attribution à l'un des fonctions liées à la responsabilité de protéger, il faut donc démontrer que cette responsabilité remplit les conditions fixées par la Charte ou que l'élargissement de l'ensemble des objectifs assignés à l'action en vertu du Chapitre VII a bien eu lieu⁽³⁾.

Egalement, depuis 1990, la notion de «menace contre la paix» de l'article 39 relativement «imprécise »a été continuellement étendue par la pratique du Conseil. À cet égard, on pourrait se demander si le Conseil de Sécurité a eu raison de qualifier, par exemple, une catastrophe naturelle ou le terrorisme comme une «menace». ; et en ce qui concerne la responsabilité de protéger, la question inverse se pose, à savoir si le Conseil est autorisé à ne pas interpréter un génocide telle qu'une« menace »contre la paix "; A cette interrogation Anne PETERS nous répond, qu'il est clair que tout comme il existe des limites à l'élargissement de la signification d'un terme juridique, il existe également des limites pour le réduire indûment. Cela signifie que le Conseil

(1) Ibidem.

(2) Ibidem

(3) Enzo CANNIZZARO, "Responsibility to Protect and the Competence of the UN Organs", in Peter HILPOLD (ed), "Responsibility to Protect (R2P) A New Paradigm of International Law?", Brill Nijhoff, Boston, 2014, p.211s .

de Sécurité n'est pas totalement gratuit dans l'évaluation de la qualification d'une situation de responsabilité de protéger comme une menace contre la paix en termes de chapitre VII ou non. Il bénéficie d'une marge d'appréciation, mais cela est dans des limites, le Conseil de Sécurité est limité également de décider s'il faut prendre des mesures et quelles mesures. Cela signifie que le choix des moyens n'est pas gratuit. Un génocide en cours, par exemple, doit être qualifié comme une menace contre la paix par le Conseil de Sécurité, et refuser de le faire serait un acte illégal des Nations Unies et des membres du Conseil⁽¹⁾.

3-le veto : un « droit abusé », freinant l'action du CSNU dans des situations de responsabilité de protéger

S'ajoute une autre limite à l'action du Conseil de Sécurité est celle du droit *de veto*, un regard sur les termes de l'article. 27 (3) de la Charte de l'ONU n'est pas utile, car la Charte elle-même n'utilise pas le terme «*veto*» et ne requiert qu' «*un vote affirmatif de neuf membres, y compris les votes concordants des membres permanents*». ⁽²⁾ Et bien que le droit de veto est précisément la garantie qui empêche l'organisation des Nations Unies de devenir une alliance, et de se mettre au service d'un groupe d'Etats contre le groupe adverse, cependant ledit *veto* est critiquable à deux points de vue: par son extension au règlement pacifique des différends au nom de la théorie de la chaîne des événements, et par les inévitables déviations de son exercice dans un milieu politiquement très divisé ⁽³⁾.

À cet égard, la pratique internationale, en particulier la pratique des Nations Unies reconnaissent la possibilité d'un abus du veto⁽⁴⁾, car le veto a invalidé le Conseil de Sécurité qui a échoué dans plusieurs cas à exercer son pouvoir d'utiliser la force pour protéger les droits de l'homme, poussant les États à rechercher des arrangements unilatéraux en dehors du cadre de l'ONU pour protéger droits de l'homme⁽⁵⁾, voire l'utilisation du veto par les cinq membres permanents (P5) du Conseil peut être le principal obstacle à une intervention efficace dans les cas où une action rapide est nécessaire⁽⁶⁾ et peut conduire même à une violation des règles primaires, à savoir l'obligation d'empêcher le génocide découlant de l'article premier de la

⁽¹⁾ Anne PETERS, "The Security Council's Responsibility to Protect", op.cit.p20

⁽²⁾ Karin OELLERS-FRAHM, "Responsibility to Protect Any New Obligations for the Security Council and Its Members?", in Peter HILPOLD (ed), *ibid*, pp191-193

⁽³⁾ Ali L. KARAOSSMANOGLU, "Les actions militaires coercitives et non coercitives des Nations Unies : Préface de Georges Perrin", Droz, Genève, 1970, p37

⁽⁴⁾ A ce propos, la Bosnie-Herzégovine a déclaré avoir l'intention d'engager des poursuites contre le Royaume-Uni (Royaume-Uni) devant la CIJ et a soutenu que le Royaume-Uni avait encouragé le génocide en s'opposant aux efforts d'autres personnes pour faire lever l'embargo et que ces actions équivalaient à une «Complicité dans le génocide», voir Anne PETERS, "The Security Council's Responsibility to Protect", op.cit.p29

⁽⁵⁾ Richard A FALK, "What future for the UN Charter System of war prevention?", Vol197 *AJIL*, 2003, pp 590- 594

⁽⁶⁾ Cristina Gabriela BADESCU, *ibid*, p50

Convention sur le génocide, mais c'est la violation de la disposition du traité spécial qui est pertinente et déclenche la responsabilité à son tour, et ne constitue pas une violation ou un abus du droit de veto⁽¹⁾.

En l'occurrence, le rapport de la (CIISE) a suggéré que les cinq membres permanents du Conseil de Sécurité s'abstiennent d'exercer leur droit de veto que lorsque leurs intérêts vitaux sont en jeu ou menacés, et lorsqu'une résolution en faveur d'une intervention militaire bénéficie d'un soutien majoritaire, les membres permanents (P5) devraient se mettre d'accord avec un code de conduite pour l'utilisation du droit de veto ou une pratique convenue d'un commun accord pour régir ces situations, appelée «abstention constructive»⁽²⁾.

C'est pourquoi alors, un certain nombre d'États ont soulevé la question du veto dans le débat de l'Assemblée Générale sur la *responsabilité de protéger*, Deux États, le Venezuela et la Bolivie, ont expressément appelé à l'abolition du pouvoir de veto, Le Président de l'Assemblée Générale à son tour, a également écrit dans sa note conceptuelle sur la *responsabilité de protéger*: "It is the veto and the lack of UN Security Council reform rather than the absence of a responsibility to protect [sic] legal norm that are the real obstacles to effective action."⁽³⁾

Conclusion

La « *Responsabilité de protéger* », comme norme émergente, s'est imposée et revient comme un refrain dans la cadre de la doctrine -particulièrement anglo-saxonne - et plusieurs tentatives en faveur de l'*opérationnalisation* de ce nouveau concept lors de ces dernières années ont été couronnées de succès.⁽⁴⁾ Le concept de la «responsabilité de protéger» a permis, dans un laps de temps remarquablement court, une présence rhétorique dans la politique et le droit international, apparu après le génocide Rwandais comme moyen d'intervenir pour protéger les civils, son trait distinctif de la doctrine classique qui est « *l'intervention humanitaire* » est l'accent mis sur le devoir; et la responsabilité de la communauté internationale au lieu de l'Etat territorial afin de garantir les droits fondamentaux, et de prévenir les atrocités de masse pour empêcher un autre génocide Rwandais, Cambodgien ou Bosniaque.

Certes; Il n'y a pas d'organe meilleur ou plus approprié que le Conseil de Sécurité des Nations Unies pour autoriser une intervention militaire à des fins

⁽¹⁾Karin OELLERS-FRAHM, "Responsibility to Protect Any New Obligations for the Security Council and Its Members?" in Peter HILPOLD (ed), "Responsibility to Protect (R2P) A New Paradigm of International Law?", op.cit.p 192

⁽²⁾Cristina Gabriela BADESCU, *ibid*,p50

⁽³⁾Anne PETERS, "The Security Council's Responsibility to Protect", op.cit.p14

⁽⁴⁾ Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS, " *Le Conseil de sécurité entre « responsabilité de protéger » et « protection responsable »* ", in Karine BANNELIER Théodore CHRISTAKIS et autres (dir), op.cit,p48

humanitaires, et tel régit en vertu de la Charte de l'ONU⁽¹⁾, l'autorisation du Conseil de sécurité devrait dans tous les cas être sollicitée avant toute intervention militaire, et ledit Conseil devrait répondre rapidement à toute demande d'intervention en cas d'allégations de pertes de vies humaines ou de nettoyage ethnique à grande échelle, et devrait également rechercher une vérification adéquate -si nécessaire- des faits ou des conditions sur le terrain susceptibles de justifier une telle intervention militaire⁽²⁾.

Et bien que l'ancien Secrétaire Général de l'ONU Mr *Boutros Boutros-Ghali* ait clairement confirmé que l'ONU était «une force d'intervention neutre, et un courtier honnête», ceci malgré la Charte de l'organisation qui, au Chapitre VII, prévoit une réponse collective aux menaces contre la paix et la sécurité internationale, y compris, en dernier ressort, des actions militaires en cas de crime d'agression⁽³⁾; Cependant, s'agissant de la responsabilité de protéger, il est illusoire de parler de neutralité de l'actions ou l'inaction du Conseil de Sécurité; et le vrai défi est de savoir où le multilatéralisme américain pouvait et devait être appliqué, le Conseil de sécurité et ses décisions ont été influencés par les intérêts et les positions de certains membres permanents, de sorte que ses résolutions étaient sélectives en qualifiant les violations flagrantes des principes humanitaires de menaces ou de violations de la paix, et un risque de double standard⁽⁴⁾.

Effectivement, le Conseil de sécurité par ses résolutions qui étaient sélectives, et faisaient l'emploi de double standard (sujettes à de vives critiques) n'a pas traité de nombreux cas d'agression flagrante: telle que, l'attaque contre son pays, et l'inaction de l'ONU contre le massacre perpétré par Israël contre la population de Gaza, et les positions de certains membres permanents⁽⁵⁾, sans omettre de mettre l'accent sur les interventions autorisées (Somalie et Bosnie Herzégovine en 1992; Rwanda en 1994)⁽⁶⁾ ou non autorisées (Kurdistan irakien en 1992), Kosovo en 1999) par le Conseil de Sécurité de l'ONU, engendrant ainsi des pertes humaines considérables et de massives violations des droits humains, du droit international et de la charte⁽⁷⁾.

Notamment, l'intervention en Libye bien qu'elle ait été fondée sur les Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies (1970, et 1973 de 2011) en vertu

⁽¹⁾ Hitoshi NASU, *The UN Security Council's Responsibility and the "Responsibility to Protect"*, op.cit, p379

⁽²⁾ Jean COMBACAU, "Le pouvoir de qualification du Conseil de sécurité", in Karine BANNELIER, Théodore CHRISTAKIS et autres (dirs), *ibid*, p25s

⁽³⁾ Andrzej SITKOWSKI, "UN peacekeeping: myth and reality", Praeger Security International, London, 2006, p5

⁽⁴⁾ Mark V. VLASIC, "Europe and North America", in, Jared GENSER and Irwin COTTER (eds), "The responsibility to protect: the promise of stopping mass atrocities in our time", Oxford University Press, USA, 2012, pp173-175

⁽⁵⁾ *Statement by Professor Noam CHOMSKY to the United Nations General Assembly Thematic Dialogue on the Responsibility to Protect, United Nations, New York 23 July 2009*, Voir: <http://www.un.org/ga/president/63/interactive/protect/noam.pdf> ; (consulté le 04.06.2018),

⁽⁶⁾ Samia AGGAR, "La responsabilité de protéger: un nouveau concept?", Thèse de doctorat en Droit, de Bordeaux, 2016, pp 514 - 523

⁽⁷⁾ *Ibid*, pp 498- 523

du chapitre VII, mais malgré cela ;elle demeure qualifiée par certains académiciens du droit international d'un renversement du régime *KADHAFI* ⁽¹⁾, et quant aux frappes menées conjointement par les Etats-Unis, le Royaume-Uni et la France en Syrie sans l'aval du Conseil de Sécurité le 17 avril 2018, ont suscité plusieurs controverses sur sa «*légitimité*», est considérée par la Russie telle une "violation flagrante" du droit international et qualifiée comme « acte d'agression » contre un Etat souverain afin d'attendre des objectifs politico-stratégiques que des fins humanitaires⁽²⁾.

En somme, on peut affirmer à l'issue de cette étude qu'il ne fait aucun doute que les insuffisances du Conseil de Sécurité en termes de prise de mesures efficaces ont également été soulevées par les États membres dans le contexte de la responsabilité de protéger, d'où la nécessité d'une réforme du Conseil de sécurité afin de réaligner la composition du dit avec les réalités, en particulier pour élargir et rendre plus efficace, représentative et responsable sa composition, ce qui contribuerait à renforcer sa crédibilité et son autorité en matière de protection des droits de l'homme ;et du maintien de la paix et de la sécurité internationale⁽³⁾.

Et bien qu'il existe un système incontournable de régulation de la responsabilité de protéger en constante évolution continue, vers une obligation morale pour les différents acteurs internationaux ;néanmoins la norme émergente« *la responsabilité de protéger* » n'a pas contribué à modifier les règles juridiques internationales applicables au recours à la force militaire, *jus ad bellum*, en créant un nouveau droit ou une nouvelle obligation d'entreprendre des interventions humanitaires non autorisées⁽⁴⁾, reste toute réflexion à l'institutionnalisation du concept de *la responsabilité de protéger*, suscite un certain nombre de critiques applicables à tout effort d'institutionnalisation de n'importe quelle norme régissant et justifiant une action militaire.

⁽¹⁾Horace CAMPBELL, « Global NATO and the Catastrophic Failure in Libya », monthly review press, new York, 2013, pp69-72

⁽²⁾Julian KU, " Trump's Syria strike clearly broke international law - and no one seems to care", Apr 19, 2017, voir: <https://www.vox.com/the-big-idea/2017/4/19/15345686/syria-un-strike-illegal-un-humanitarian-law> (consulté, le 04.06.2018)

⁽³⁾Pinar Gözen ERCAN, « Debating the Future of the 'Responsibility to Protect: The Evolution of a Moral Norm », Palgrave Macmillan, London, 2016, p119

⁽⁴⁾Diana AMNÉUS, "Responsibility to Protect: Emerging Rules on Humanitarian Intervention? ", op.cit, p242