

مجلة سداسية متخصصة محكمة

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

المجلد 14/عدد 02-2016
Volume 14/N° 02-2016

Revue Académique
de la Recherche Juridique

Revue Académique de la Recherche Juridique

السنة السابعة/ المجلد 14/عدد 02-2016

Septième Année / Volume 14 / N° 02-2016

رد م د: 2170-0087

ISSN:2170 - 0087

الإيداع القانوني: 2010_57

Dépôt légal:57_2010

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية



المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة السابعة/المجلد 14/عدد 02- 2016

ردم د: 0087-2170

رقم الإيداع القانوني: 2010-57

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

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

هيئة تحرير المجلة

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

أمانة المجلة

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

المراجعة اللغوية

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

اللجنة العلمية الإستشارية للمجلة

- الأستاذ الدكتور زوايمية رشيد، جامعة بجاية.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور نجيب بن عمر عوينات، جامعة جندوبة، تونس.
- الأستاذ الدكتور عائض سلطان البقي معهد الإدارة العامة الرياض، السعودية.
- الأستاذ الدكتور زرقين رمضان، جامعة باتنة.
- الأستاذ الدكتور كحلولة محمد، جامعة تلمسان.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي- جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور محمد خليل يوسف ابو بكر-جامعة الزيتونة، عمان، الأردن.
- الأستاذ الدكتور جيل ماثيو، جامعة بول سيزار مارسيليا، فرنسا.
- الأستاذ الدكتور لويس كادي، جامعة السريون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلباك، جامعة السريون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتورة إقروفة زوبيدة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور دحماني عبد السلام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور قبايلي طيب، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجمع، المملكة العربية السعودية.
- الدكتورة آمال كامل محمد عبد الله، جامعة السلطان قابوس- سلطنة عمان.

أهداف المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

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

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

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

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

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

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

مقاييس النشر

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

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

و يلتزم الباحث بمراعاة المقاييس التالية:

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

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

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

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

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

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

المظهر: يجب ألا يتجاوز المقال 20 صفحة.

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

تُرسل المقالات أو تودع في نسختين ورقيتين مصحوبة بنسخة محفوظة في قرص مرن (CD) إلى العنوان التالي مكتب تحرير المجلة الأكاديمية للبحث القانوني لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان

ميرة، قطب ابوداو طريق تيشي بجاية، أو عن طريق البريد الإلكتروني إلى العنوان التالي:

البريد الإلكتروني: revue.academique@yahoo.fr

الهاتف/ فاكس: 034229357

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

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

كلمة رئيس التحرير

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

تنوعت الأبحاث في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني بين عدة مجالات منها حقوق المؤلف، وحماية الاستثمار، والتأمين البحري، والنقد والقرض، وحماية العلامة التجارية، والبورصة، والتجارة الخارجية، والإيجار التمويلي، والملكية المشاعة، والجرائم الالكترونية، ونظام الدفع الالكتروني، والمقاولات، والتعديلات المستحدثة في مجال الإجراءات الجزائية، وغيرها... من المواضيع التي وصلت إلى 30 مقال باللغتين العربية والفرنسية.

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

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

رئيس تحرير المجلة

الدكتور عبد الرحمان خلفي

الفهرس

محمد الهادي المكنوزي

محاولة لتقييم الآثار القانونية لحكاما المقاولات العامة: حقوق أقلية مساهمي شركات
التنمية المحلية نموذجا (دراسة في القانون المغربي والمقارن).....11

ذوالفقار علي رسن الساعدي

مبدأ الجنسية في التشريع الضريبي.....27

محمد أحمد سليمان عيسى

التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الالكترونية.....50

حمودي ناصر

الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري.....67

شروق عباس فاضل ومحمد على صاحب

إشكالات دفع الثمن ببطاقة الدفع الالكتروني في القانون العراقي والحماية المدنية
لحامليها.....92

معيفي لعزیز

الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري: أيّ فعالية في توفير العقار الموجه للإستثمار
في الجزائر؟.....124

معزیز عبد السلام

تجنيد الأطفال في إفريقيا: بين واقع الظاهرة وحتمية الحماية.....139

موكه عبد الكريم

دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري.....160

عسالي عبد الكريم

إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية - دراسة نقدية للأمر رقم 09/96، يتعلق
بالاعتماد الايجاري-.....174

اسعد فاطمة

190.....تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع في القانون المدني الجزائري

بن سعيد صبرينة

214.....قراءة في أثر التعديلات الدستورية الجزائرية على الحقوق والحريات

بوحفص جلاب نعناعة

234.....دور القضاء في تكييف ومعاقبة الإعلان التجاري المضلل

بن بلقاسم أحمد

256.....مساهمة المقررين الخاصين في تعزيز حماية حقوق الطفل

محمد جياذ زيدان

273.....النظام القانوني لجرائم الجلسات (دراسة مقارنة)

عيسات اليزيد

300.....تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

جييري نجمة

انتهاج سياسة عقابية خاصة لمواجهة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل

القانون 09-01.....322

حجارة ربيحة

341.....وضع قطاع التجارة الخارجية في الجزائر: تراجع في التحرير أم ضبط للقطاع

عيدن رزيقة

364.....ملاحظات نقدية حول التأطير القانوني لسلطة ضبط السّمي البصري

قندلي رمضان

نظام الإخضاع الضريبي لمداخيل الأسهم والسندات المسعرة بالبورصة

مقاربة قانونية.....384

بوخالفة فيصل

408.....الأمر الجزائري كآلية مستحدثة للمتابعة الجزائية في التشريع الجزائري

باره سعيدة

419.....نظام مدريد كآلية للتسجيل الدولي للعلامات التجارية

بوبالو يمينة

434.....عن واقع مبدأ المعاملة الوطنية المكرّس للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري

بن يطو أسامة

453.....الإطار التشريعي الجزائري لحق المؤلف

بلخيري حنان

472.....التعسف في تخفيض الأسعار

شنة أسماء

489.....التوسع التشريعي في تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع -دراسة مقارنة-

محمودي سميرة

507.....إختصاص مجلس النقد و القرض في مادة القرارات الفردية

بلباقي بومدين

أثر أعمال فكرة الخطر الظني في مجال التأمين البري والبحري (دراسة في ضوء المشروع

524.....المتعلق بالتأمينات لسنة 1980 والأمر 95-07)

محاولة لتقييم الآثار القانونية لحكامه المقاولات العامة: حقوق أقلية مساهمي شركات التنمية المحلية نموذجا (دراسة في القانون المغربي والمقارن)*

Dr. Mohammed El Hadi El Maknoui
Département droit privé,
Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et
Sociales, Souissi, Université Mohammed V de
RABAT, Maroc.

د. محمد الهادي المكنوزي
قسم القانون الخاص
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،
جامعة محمد الخامس بالرباط، المغرب.

الملخص:

إذا كانت المقاولات الخاصة أضحت تحظى بممارسة غنية فيما يخص قواعد الحكامة، فإنّ تطبيقها على المقاولات العامة؛ لاسيما التي تتخذ شكل شركات للمساهمة؛ يؤدي إلى ترتيب بعض النتائج المتميزة.

ما يجب لفت الانتباه إليه، أنّ شركات التنمية المحلية بوصفها إحدى أنواع المقاولات العامة، تخضع لنظام خاص على مستوى الإدارة والمراقبة، مما يبرر اتخاذها كنموذج في هذه الدراسة للتثبت من مدى كفاية قواعد الحكامة التي تخضع لها في حماية أقلية مساهميها.

الكلمات المفتاحية:

حكامه المقاولات العامة، شركات التنمية المحلية، أقلية المساهمين.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/09/26 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Trying to evaluate the Legal Effects of Corporate Governance: The Rights of Minority contributors in Local Development Companies as a simple (A study in Moroccan and Comparative Laws)

Abstract:

Applying private enterprise governance standards and rules to public enterprises, holding companies in particular, leads to remarkable legal effects. It is the purpose of this study to draw attention to the fact that local development companies, as a type of public enterprises, is subject to specific rules of management and control. The cause of the choice of local development companies as a model is driven by the attempt to assess the sufficiency of governance rules that are applicable to them, to protect minority contributors.

Key words:

Governance of local development companies, local holding companies, Minority contributors.

Essai d'évaluation des effets juridiques des règles de bonne gouvernance des entreprises publiques : droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés de développements locales (Etude en droit marocain et comparé)

Résumé:

Les entreprises privées connaissant, dans la plupart des cas, des pratiques riches concernant les règles de bonne gouvernance, toutefois, l'application de ces pratiques au niveau des entreprises publiques, notamment celles qui prennent la forme d'une société anonyme entraînent incontestablement des effets particuliers.

Cette situation attire une attention particulière : les sociétés de développements locales, en tant qu'entreprises publiques soumises à un régime particulier au niveau de l'administration et du contrôle, justifie l'adoption de ce modèle comme étude en vue de s'assurer que les règles de bonne gouvernance auxquelles sont soumises ces sociétés, sont suffisantes pour la protection des actionnaires minoritaires.

Mots clés :

Bonne gouvernance des entreprises publiques, sociétés de développements locales, actionnaires minoritaires.

مقدمة

عادة ما يثار نقاش فقهي بخصوص توزيع السلطة والمراقبة داخل الشركات، إذ يشار إلى هذا التوجه الحديث بحكامه المقاوله، والتي تعرف باللغتين الفرنسية والإنجليزية على التوالي بـ "Gouvernement d'entreprise" و "Corporate governance"⁽¹⁾.

فهذا المفهوم الذي يتصف بالقابلية الدائمة للتطور يراد به أساسا، النظام الذي تدار وتراقب به الشركات⁽²⁾، مما يؤدي إلى ظهور إشكالات من قبيل توزيع السلط بين

مجلس الإدارة والمسيرين، ونوعية العلاقات التي تجمع بين كل من المسيرين والمتصرفين والمساهمين وتأثيرها على مجلس الإدارة، ومسؤولية المسيرين والمتصرفين مع ما ينتج عن ذلك من حقوق والتزامات تجاه المساهمين، وكذا الطريقة التي تتخذ بها القرارات الاستراتيجية داخل الشركة⁽³⁾. في نفس السياق، إذا كانت المقاولات الخاصة أضحت تحظى بممارسة غنية فيما يخص قواعد الحكامة، فإنّ تطبيقها على المقاولات العامة؛ لاسيما التي تتخذ شكل شركات للمساهمة؛ يؤدي إلى ترتيب بعض النتائج المتميزة.

فمما يجب التأكيد عليه، أنّ شركات التنمية المحلية في جوهرها عبارة عن مقاولات عامة تتخذ شكل شركة مساهمة، حيث ينحصر غرضها في حدود الأنشطة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية، التي تدخل في اختصاصات الجماعة ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية باستثناء تدير الملك الخاص للجماعة (م. 2/130 من القانون التنظيمي رقم 113.14)⁽⁴⁾.

نشير أيضا، إلى أنّ إحداث شركات التنمية المحلية " Sociétés de développement local" لأول مرة في المغرب تم بموجب القانون رقم 17.08 المغير والمتمم للقانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي⁽⁵⁾، والذي نُسخ بموجب المادة 280 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات⁽⁶⁾، إذ تضمن هذا الأخير بدوره مقتضيات نضم بواسطتها هذا النوع من الشركات (من م. 130 إلى 132).

ارتباطا بهذا، نريد التأكيد على أنّ الأحكام التي خصصت لشركات التنمية المحلية في القانون التنظيمي رقم 113.14، لا تختلف كثيرا عن التي كان يتضمنها الميثاق الجماعي، حيث يبقى أهمها تلك التي أعفت شركات التنمية المحلية من الخضوع للمادتين 8 و 9 من القانون رقم 39.89، المؤذن بموجبه في تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص⁽⁷⁾، كما سيأتي بيان ذلك أسفله.

تجدر الإشارة أيضا، إلى أنّ هذا النوع من المقاولات العامة عرف مؤخرا في المغرب تطورا على مستوى نطاقه، فبعد أن نظم القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات "شركات التنمية الجهوية" (من م. 145 إلى م. 147)⁽⁸⁾، تضمن القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم مقتضيات تهم ما سماه بـ "شركات التنمية" (من م. 122 إلى م. 124)⁽⁹⁾. وبذلك، أضحي المغرب يتوفر على منظومة قانونية

شبه متكاملة لشركات متخصصة في التنمية، تمتد لتشمل كل من العمالات والأقاليم والجماعات والجهات.

ما يجب لفت الانتباه إليه، أنّ شركات التنمية المحلية؛ وعلى غرار "شركات التنمية" و"شركات التنمية الجهوية"؛ تخضع لنظام خاص على مستوى الإدارة والمراقبة، مما يبرر اتخاذها كنموذج في هذه الدراسة للتثبت من مدى كفاية قواعد الحكامة التي تخضع لها، قصد ضمان نجاحها في تحقيق أهداف التنمية.

كما حول القانون للجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية حق إحداث شركات في شكل شركات مساهمة تسمى « شركات التنمية المحلية »، أو المساهمة في رأسمالها باشتراك مع شخص أو عدة أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام أو الخاص (م. 1/130 من القانون التنظيمي رقم 113.14).

فاعتبارا لكونها تتخذ شكل شركة مساهمة، فهي تخضع إلزاما للقانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة⁽¹⁰⁾، مع ضرورة مراعاة بعض الاستثناءات نذكر من أهمها: أنّ مساهمة الجماعة أو مؤسسات التعاون بين الجماعات أو مجموعات الجماعات الترابية في رأسمال شركة التنمية المحلية، لا يمكن أن تقل عن نسبة 34%. وفي جميع الأحوال، يجب أن تكون أغلبية رأسمال الشركة في ملك أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام (م. 3/131 من القانون التنظيمي رقم 113.14).

بالتالي، فحضور الجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية ضمن مساهمي شركات التنمية المحلية، وكذا إلزامية امتلاك أغلبية رأسمالها من طرف أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام، قد يمس بمصالح أقلية المساهمين التي من الممكن أن تتخذ شكل شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص، في مقابل مساهم آخر يمتلك الأغلبية خاضع للقانون العام ويتمتع بامتيازات السلطة العامة، مما من شأنه أن يظهر نقائص قواعد الحكامة التي ينبغي أن تسود في هذا النوع من المقاولات.

هذا، وتسمح مقارنة أحكام القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة بتلك الوارد النص عليها في القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، بملاحظة وجود بعض مظاهر المس بحقوق أقلية مساهمي شركات التنمية المحلية، والتي تنبع من

صفة المساهمين في رأسمالها (المبحث الأول)، ومن نسب المشاركة المفروضة قانوناً (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مس المساهمة العامة بحقوق الأقلية

حدد القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات طبيعة مساهمي شركات التنمية المحلية، مما يؤكد قيامها على الاعتبار الشخصي. يترتب عن هذا نتيجة أساسية، ذلك أنه عندما يفرض القانون أن تكون أغلبية رأسمال شركة في ملك أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام، فإنه يعني تخويل أحد المساهمين أو البعض منهم وضعية المَسِيْطِرُ المالك للأغلبية، في مقابل أقلية قد يملكها شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص (المطلب الأول).

إنّ من شأن تحقق مساهمة من هذا القبيل داخل شركة للتنمية المحلية، أن يدفع بممثل الجماعة إلى السعي بشكل متكرر لتمرير قرارات تخدم مصالحها بغض النظر عن المصلحة الاجتماعية للشركة المعنية، مما قد يؤثر سلباً على حقوق أقلية المساهمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إمكانية الجمع بين الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة

طبقاً للفقرة الأولى من المادة 130 من القانون التنظيمي رقم 113.14 فإنه: « يمكن للجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية... إحداث شركات ... تسمى "شركات التنمية المحلية" (...). » مفاد هذا، أن قرار إحداث شركة التنمية المحلية لأول مرة يبقى من اختصاص الأشخاص الاعتبارية العامة المعددة في المادة المذكورة، مما يبعد معه إمكانية إحداثها من طرف شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص. كما أنه من المتصور معاينة اتخاذ إحدى الجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية لقرار المساهمة في رأسمال شركة للتنمية المحلية سبق إحداثها (م. 1/130 من القانون التنظيمي رقم 113.14)، أخذاً بعين الاعتبار أنّ هذا النوع من الشركات يمنع عليه المساهمة في رأسمال شركات أخرى (م. 4/131 من القانون التنظيمي رقم 113.14)، كما سيأتي بيان ذلك أسفله.

ففي إطار التنمية الاقتصادية للجماعات الترابية، يميز القانون الفرنسي بين شركات الاقتصاد المختلط المحلية "Sociétés d'économie mixte locales"، وبين الشركات العامة المحلية "Sociétés publiques locales"، وكذا شركات الاقتصاد المختلط المخصصة لعملية وحيدة "Sociétés d'économie mixte à opération unique"، ذلك أنه رغم اتخاذها لشكل شركة مساهمة إلا أن قواعد توزيع رأس المال تختلف من شركة إلى أخرى.

فبالنسبة لشركات الاقتصاد المختلط المحلية التي تهمنا في نازلة الحال، يقسم رأسمالها دائما وبالضرورة بين مساهمين يحدد عددهم وفقا للقواعد العامة المطبقة على شركات المساهمة، إذ يوجد من بينهم، على الأقل، شخص واحد خاضع للقانون الخاص. بالتالي، فالاقتصاد المختلط في نازلة الحال حقيقة، لكون الشركة تتكون من أشخاص يخضعون للقانون العام وآخرون يخضعون للقانون الخاص⁽¹¹⁾، إذ أن المزوجة بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة تعتبر من شروط الاقتصاد المختلط⁽¹²⁾.

بيد أن القاعدة المذكورة لا يجب أخذها على إطلاقها، إذ لاحظ بعض الفقه الفرنسي بخصوص شركات الاقتصاد المختلط المحلية، أن الحياة العملية غالبا ما تظهر وجود مساهمين خواص (كالشركات التجارية والمؤسسات البنكية...)، ومساهمين آخرين ليس لهم من الصفة الخاصة سوى المظهر الخارجي (كصندوق الإيداع الفرنسي، أو إحدى الشركات التابعة له)⁽¹³⁾، مما يؤدي إلى اندثار خصائص الاقتصاد المختلط⁽¹⁴⁾.

هكذا، فبالرجوع إلى القانون المغربي، فإننا نجده يخول « للجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية... إحداث شركات في شكل شركات مساهمة تسمى "شركات التنمية المحلية" أو المساهمة في رأسمالها باشتراك مع شخص أو عدة أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام أو الخاص » (م. 1/130 من القانون التنظيمي رقم 113.14)، الشيء الذي يستدعي معه إبداء الملاحظات الآتية:

— إن إحداث هذا النوع من الشركات أو المساهمة في رأسمالها حق تستأثر به فقط الجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية دون سواها من الأشخاص الاعتبارية العامة:

– إنَّ اشتراك الجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية مع شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص، ليس شرطا لازما لإحداث شركة للتنمية المحلية، إذ يبقى بإمكانها الاشتراك مع شخص اعتباري خاضع للقانون العام، مما يؤدي في الحالة الأخيرة إلى إبعادها من نطاق تقنيات الشراكة المؤسسية بين القطاعين العام والخاص؛

– لم يوضح القانون التنظيمي رقم 113.14 الحد الأدنى لعدد مساهمي شركات التنمية المحلية، ذلك أنَّ عبارة « باشتراك مع شخص أو عدة أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام أو الخاص » الواردة في الفقرة الأولى من المادة 130 من نفس القانون التنظيمي يجب تفسيرها على ضوء المادة الأولى من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، مما يؤكد أنَّ عدد مساهميها لا يمكن أن يقل عن خمسة (5). لكن بالاطلاع على مكونات رأسمال بعض شركات التنمية المحلية التي تم إحداثها في السنوات الأخيرة، فإننا سنلاحظ أنَّ بعضها يتكون من مساهمين فقط (نذكر منها: شركة تماره للتنمية)⁽¹⁵⁾.

وكما سبق بيان ذلك أعلاه، تخضع شركات التنمية المحلية لأحكام القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، الذي لا يمنع الشخص الاعتباري أو الشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية أجنبية من المشاركة في هذا النوع من الشركات. بيد أنَّه بالاطلاع على المادة 130 وما بعدها من القانون التنظيمي رقم 113.14، فإننا نجد أنها لا تتضمن أي تحديد بخصوص جنسية الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الخاص المخول لهم اقتناء مشاركة في رأسمال شركات التنمية المحلية.

بالتالي، فلا يوجد في القانون المغربي ما يمنع الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الخاص التي تحمل جنسية أجنبية، من المشاركة في رأسمال شركة للتنمية المحلية، أخذًا بعين الاعتبار للصلاحيات التي تتمتع بها سلطات الوصاية.

المطلب الثاني: مظاهر تأثير صفة المساهم على حقوق الأقلية

عادة ما ينتظر من الأغلبية التي تسيطر على الجمعيات العامة أن تمثل مجموع المساهمين، بيد أنَّ هذا التحليل النظري لا يتطابق دائما مع واقع الأمور، الشيء الذي يفرض معه الاعتراف لأقلية المساهمين بحق الطعن في القرارات التي تتخذها الأغلبية⁽¹⁶⁾.

من جهة أخرى، فإن سلطة اتخاذ القرار التي تمارسها الأغلبية لا تخول لها قصد حماية مصالحها الخاصة، ولكن من أجل تحقيق الهدف الاجتماعي للشركة⁽¹⁷⁾.

لذلك، يمنح القانون لأقلية المساهمين صلاحيات هامة للتدخل ومراقبة الحياة الاجتماعية للشركة، بهدف الحد من سلطة الأغلبية. ما يجب إثارة الانتباه إليه، أن الاستفادة من هذه الصلاحيات يبقى من حق جميع المساهمين، في حين بعضها الآخر يتطلب امتلاك حد أدنى من رأس المال⁽¹⁸⁾.

ويرى بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁹⁾ أن: « شركات المساهمة عادة ما تتضمن عددا كبيرا من المساهمين، مما يجعلهم لا يعرفون بعضهم البعض، بالتالي ظهور نزاعات. إذ أن أقلية المساهمين تعتقد أن الأغلبية تتعسف عليها، كما أنها تدير الشركة من أجل تحقيق مصالحها الخاصة وليس خدمة للمصلحة الاجتماعية ».

على العكس من هذا، وكما سبق بيان ذلك أعلاه، فرغم أن مضمون الفقرة الأولى من المادة 130 من القانون التنظيمي رقم 113.14 يفيد بتعدد مساهمي شركات التنمية المحلية، إلا أن واقعها العملي في المغرب يؤكد أنها غالبا ما تتأسس من مساهمين أو أكثر، دون أن يصل إلى العدد الذي اعتدنا عليه في شركات المساهمة. هكذا، فقلة عدد مساهمي شركات التنمية المحلية يضعف من إمكانية تصور وجود تصرف باتفاق " Action de concert" بين مجموعة من المساهمين المفترض انتمائهم للأقلية قصد مواجهة الأغلبية، وكذا للاستفادة من الحقوق التي يخولها امتلاك حد أدنى من رأس المال.

زيادة على هذا، فإذا كان القضاء مستقر منذ مدة (لاسيما القضاء الفرنسي)⁽²⁰⁾، على أنه ينبغي التثبت من توفر عنصرين للقول بتحقيق تعسف للأغلبية " Abus de majorité" في شركة تجارية، إذ ينبغي أن يكون القرار اتخذ في اتجاه لا يخدم المصلحة الاجتماعية للشركة، وأن يدعم المساهمين الذين ينتمون للأغلبية في مواجهة الأقلية منهم، إلا أن التعسف الموصوف يتخذ مظهرا آخر في إطار شركات التنمية المحلية.

ذلك أن غرض هذا النوع من الشركات ينحصر في الأنشطة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية، التي تدخل في الاختصاصات المسندة للجماعة ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعات الجماعات الترابية، كما يمكن أن تسند إليها مهمة تدبير مرفق عمومي تابع للجماعة، مما يؤكد أن الأمر يتعلق بخدمة عامة، الشيء الذي دفع

بالمشرع إلى إقرار مجموعة من الأحكام في إطار القانون التنظيمي رقم 113.14 تختلف عن القواعد التي اعتدنا وجودها في قانون الشركات التجارية، نذكر منها:

– لا يجوز، تحت طائلة البطلان، إحداث أو حل شركة التنمية المحلية أو المساهمة في رأسمالها أو تغيير غرضها أو الزيادة في رأسمالها أو تخفيضه أو تفويته، إلا بناء على مقرر المجلس المعني تؤثر عليه السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية (م. 2/131 من القانون التنظيمي رقم 113.14)؛

– يجب أن تبلغ محاضر اجتماعات الأجهزة المسيرة لشركة التنمية المحلية إلى الجماعة ومؤسسات التعاون ومجموعة الجماعات الترابية المساهمة في رأسمالها، وإلى عامل العمالة أو الإقليم داخل أجل 15 يوما الموالية لتاريخ الاجتماعات (م. 5/131 من القانون التنظيمي رقم 113.14)؛

– يحاط المجلس المعني علما بكل القرارات المتخذة في شركة التنمية عبر تقارير دورية يقدمها ممثل الجماعة بأجهزة شركة التنمية (م. 6/131 من القانون التنظيمي رقم 113.14)؛

– في حالة توقيف مجلس الجماعة أو حله، يستمر ممثل الجماعة في تمثيلها داخل مجلس إدارة شركات التنمية المحلية إلى حين استئناف مجلس الجماعة لمهامه أو انتخاب من يخلفه، حسب الحالة (م. 132 من القانون التنظيمي رقم 113.14).

هكذا، فمع فرضية امتلاك أغلبية رأسمال شركة للتنمية المحلية من طرف جماعة أو مؤسسات التعاون بين الجماعات أو مجموعة الجماعات الترابية، في مقابل أقلية يمثلها شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص، فإننا سنعاين أغلبية تدافع عن المصلحة العامة، في مواجهة أقلية يطغى عليها الطابع الرأسمالي، والتي تعتقد أنّ المصلحة الاجتماعية للشركة تتحدد في تحقيق أكبر قدر من الأرباح، بغض النظر عن الاعتبارات المرتبطة بالسياسات العمومية.

كما أنّ حضور ممثل الجماعة داخل المجلس الإداري لشركة التنمية المحلية، من شأنه أن يؤثر على القرارات الاستراتيجية التي يتم اتخاذها⁽²¹⁾. أخذنا بعين الاعتبار، أنّ

مهمة ممثل الجماعة بالأجهزة المسيرة لشركة التنمية المحلية تكون مجانية، غير أنه يمكن منحه تعويضات (م. 7/131 من القانون التنظيمي رقم 113.14).

المبحث الثاني: انعكاس نسب المشاركة المفروضة على حقوق أقلية المساهمين

وفقا للمادة 143 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة فإنه: « يقصد بالمشاركة، تملك شركة في شركة أخرى لجزء من رأس المال ما بين 10 و 50 % »، في حين بالنسبة لشركات التنمية المحلية فإن الجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية هي من تأخذ مبادرة إحداثها أو المساهمة في رأسمالها. ما يجب إثارة الانتباه إليه، أن اقتناء مشاركة؛ وعلى خلاف التوظيف البسيط للأموال؛ يعكس الرغبة في خلق علاقات دائمة مع الشركة التي تم الاكتتاب أو اقتناء أسهمها، مما يسمح في بعض الحالات بمراقبتها⁽²²⁾، عن طريق ممارسة سلطة إدارتها وتسييرها، وإن كانت الشركة المعنية مستقلة قانونا⁽²³⁾.

فعندما يحدد القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات مكونات رأسمال شركات التنمية المحلية من خلال تأكيده على إلزامية امتلاك أغلبيته من طرف أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام (المطلب الأول)، فإنه يُثبت سلطة المراقبة بيد جهة عامة مما يؤثر سلبا على دور الأقلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد القانون لمكونات رأس المال شركات التنمية المحلية

رغم أن شركات التنمية المحلية تتخذ شكل شركة مساهمة، والتي تعتبر إحدى أهم الأشخاص الاعتبارية في إطار قانون الأعمال والمقاولات، إلا أن سيطرة هاجس تحقيق المصلحة العامة تحكّم في تحديد مكونات رأسمالها، حيث « لا يمكن أن تقل مساهمة الجماعة أو مؤسسات التعاون بين الجماعات أو مجموعات الجماعات الترابية في رأسمال شركة التنمية المحلية عن نسبة 34 %، وفي جميع الأحوال، يجب أن تكون أغلبية رأسمال الشركة في ملك أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام » (م. 3/131 من القانون التنظيمي رقم 113.14).

مفاد هذا، أن سلطة مراقبة شركة للتنمية المحلية يجب أن تمتلكها إما الجماعة أو مؤسسات التعاون بين الجماعات أو مجموعات الجماعات الترابية، أو أن تمتلكها

أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام، أو أن تتشارك هذه الأشخاص الاعتبارية في ممارستها. بمفهوم المخالفة، فإننا لا نكون بصدد شركة للتنمية المحلية إذا كانت أغلبية رأس المال في ملك أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون الخاص.

في نفس السياق، كما سبق بيان ذلك أعلاه، فإن مساهمة الجماعة أو مؤسسات التعاون بين الجماعات أو مجموعات الجماعات الترابية في رأسمال شركة التنمية المحلية لا يمكن أن تقل عن نسبة 34 %، مما يوضح رغبة المشرع في تخويلها ممارسة دور أقلية العرقلة "Minorité de blocage" التي تجد مكائها الطبيعي داخل الجمعيات العامة غير العادية.

هكذا، وإن كان القانون التنظيمي رقم 113.14 يوسع من نطاق نسبة المشاركة التي قد يمتلكها شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص في رأسمال شركة للتنمية المحلية، إلا أن تأكيده على إلزامية امتلاك أغلبية رأسمالها من طرف أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام، يجد مبرره في سعيه لتصنيفها ضمن المقاولات العامة، مما يرتب عدة آثار قانونية، كخضوعها لمراقبة المحاكم المالية (نقصد المجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية للحسابات، كل حسب اختصاصه).

ما ينبغي إثارة الانتباه إليه، أنّ إحداث مقاوله عامة أو استهداف رأسمالها بإحدى العمليات ليس بالأمر السهل والمعفى من أية مراقبة، إذ أنه: « لا يجوز تحت طائلة البطلان إحداث منشآت عامة من غير تلك التي يختص القانون بإحداثها ولا تأسيس شركة وليدة لشركة متولدة عنها كما لا يجوز لمنشأة عامة أن تساهم في منشأة خاصة إلا إذا أذن في ذلك بمرسوم يصدر باقتراح من الوزير المكلف بتنفيذ عمليات التحويل من القطاع العام إلى القطاع الخاص » (م. 8 من القانون رقم 39.89 الذي يؤذن بموجبه في تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص).

زيادة على ذلك، « فكل مشروع يتعلق ببيع أصول أو مساهمات منشأة عامة أو بإدماج منشآت عامة أو رفع أو تخفيض الحصة التي تملكها الدولة في رأسمال المنشآت العامة، يجب قبل رفعه إلى الجهاز المقرر، أن يعرضه رئيس الجهاز المذكور على الوزير المكلف بتنفيذ عمليات التحويل إلى القطاع الخاص لإبداء رأيه فيه » (م. 9 من القانون رقم 39.89 الذي يؤذن بموجبه في تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص).

غير أنه عند إصدار القانون التنظيمي رقم 113.14 رفع هذا القيد القانوني عن شركات التنمية المحلية، حيث جعلها لا تخضع لأحكام المادتين 8 و 9 من القانون رقم 39.89 المؤذن بموجبه في تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص (م. 3/130 من القانون التنظيمي المشار إليه).

كما أنه طبقاً للفقرة 4 من المادة 131 من القانون التنظيمي رقم 113.14، فإنه: « لا يجوز لشركة التنمية المحلية أن تساهم في رأسمال شركات أخرى ». إن استعمال عبارة « شركات أخرى » على وجه الإطلاق، يفيد أنه لا يسمح لشركات التنمية المحلية أن تساهم في رأسمال أي نوع من الشركات سواء كانت خاضعة للقانون العام أو الخاص، مما يتعدر معه تصور وجود مجموعة شركات.

من النتائج المترتبة أيضاً عن أعمال هذه القاعدة القانونية، منع المشاركات المتبادلة "Participations réciproque" بين شركة للتنمية المحلية وبين شركة أخرى للتنمية المحلية، أو أية شركة أخرى عامة أو خاصة. ذلك أن هذا النوع من المشاركة يمثل خطراً مزدوجاً، حيث يسمح بخلق أصول "Actifs" صورية لكون كل مساهم سيجد نفسه مالكا بشكل غير مباشر لأسهمه، من جهة. كما أنه يؤدي إلى تعطيل الشركة (إن صح التعبير)، لاسيما عندما تمتلك كل شركة لمراقبة الشركة الأخرى، من جهة أخرى⁽²⁴⁾.

المطلب الثاني: مظاهر تأثير مكونات رأس المال على حقوق الأقلية

يتضمن القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة مجموعة من الأحكام تسيير في اتجاه حماية المصلحة الاجتماعية للشركة، كما أنها تستهدف عدة أطراف (كأقلية المساهمين، والأغلبية منهم، والأغيار، بصفة عامة كل ذي مصلحة).

زيادة على هذا، فقد جعل القانون المذكور كل ما يتعلق بإحداث شركة المساهمة وحلها وتغيير غرضها والمساهمة في رأسمالها والزيادة فيه أو خفضه أو تفويته، من المسائل المرتبطة بالمؤسسين والمساهمين وبالهيئات الاجتماعية التي تتشكل تبعاً لطبيعة المساهمة. على العكس من ذلك، عندما نكون بصدد شركة للتنمية المحلية فإن هذا النوع من القرارات لا يمكن أن يتم إلا بناء على مقرر المجلس المعني تؤشر عليه السلطة

الحكومية المكلفة بالداخلية، تحت طائلة البطلان (م. 2/131 من القانون التنظيمي رقم 113.14).

بالتالي، نلاحظ أنّ اعتماد هذا النوع من البطلان في إطار شركات التنمية المحلية لا يتماشى مع الإستراتيجية الثلاثية الأبعاد التي اعتمدها القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، التي تركز على التشدد في شروط ممارسة الدعوى الناتجة عنه، والتخفيف من آثاره، وخاصة تقليص حالاته. ويخضع تأسيس شركات المساهمة إلى عدة شروط تختلف تبعاً لما إذا كان الأمر يتعلق بتلك التي لا تدعو الجمهور إلى الاكتتاب، أو التي تؤسس عن طريق دعوة الجمهور إلى الاكتتاب. ما يتعين لفت الانتباه إليه، أنّ القانون التنظيمي رقم 113.14 لا يتضمن أحكاماً قانونية بخصوص تأسيس شركات التنمية المحلية عن طريق دعوة الجمهور للاكتتاب، مما يدفعنا للتساؤل عن مدى قابليتها للتسعير في سوق بورصة القيم.

في حقيقة الأمر، لا يوجد ما يمنع قانوناً من قيد شركات التنمية المحلية في جداول أسعار بورصة القيم، علماً أنّ الدولة سبق لها أن استعملت تقنيات السوق المالية لإنجاز عمليات محددة، كما هو الشأن بالنسبة لخصوصية بعض المقاولات العامة، من خلال بيع جزء من رأسمالها في بورصة قيم الدار البيضاء، لاسيما وأنّ القانون رقم 39.89 الذي يؤذن بموجبه في تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص يسمح بذلك.

إذ أنّ الإقرار بإمكانية قيد شركات التنمية المحلية في جداول أسعار بورصة القيم، يعني تخصيص معاملة متساوية لمجموع مساهمها، بالتالي توسيع نطاق حماية أقلية مساهمها. إذ من المتعارف عليه أنه ينتج عن تسعير شركة عدة آثار قانونية، كالتصريح بتجاوز الحدود والإخبار بالنوايا، وكذا إلزامية المبادرة بعرض عمومي للشراء أو السحب⁽²⁵⁾، عند تحقق بعض الشروط. على العكس من هذا، فإنّ القول بعدم قابلية شركات التنمية المحلية للقيد في جداول بورصة القيم سيؤدي إلى حرمانها من تمويلات إضافية، علاوة على تعطيل الآليات القانونية لحماية أقلية مساهمي الشركات المسعرة.

خاتمة

تتخلل شركات التنمية المحلية مجموعة من التناقضات، إذ أنّها تتخذ شكل شركة مساهمة مما يجعلها تخضع لأحكام القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة الذي يصنف في خانة القوانين الخاصة، من جهة. كما أنّها تصنف في خانة المقاولات العامة، لأنّ أغلبية رأسمالها يكون مملوكا من طرف الجماعة أو مؤسسات التعاون بين الجماعات أو مجموعات الجماعات الترابية أو لأشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام، من جهة أخرى. زيادة على هذا، إذا كانت شركات المساهمة المملوك أغلبية رأسمالها لمساهمين خواص تخضع فقط لمراقبة مراقب الحسابات، فإنّ شركات التنمية المحلية تخضع علاوة على هذا النوع من المراقبة الخارجية لمراقبة المحاكم المالية.

إنّ التناقضات التي تتعايش داخل شركات التنمية المحلية، تتطلب اعتماد قواعد خاصة لبناء حكمة المقولة، تأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة لسكان الجماعة، والمصلحة الاجتماعية للشركة المعنية، زيادة على حقوق أقلية مساهمها. ذلك أنّه مع غياب قواعد واضحة لحكمة المقولة، وأمام الصلاحيات التي تتمتع بها الجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات ومجموعة الجماعات الترابية؛ بما فيها بقية الأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون العام؛ داخل شركات التنمية المحلية، في مقابل أقلية مساهمين (لاسيما مع فرضية المساهمة الخاصة)، سيجعل هذا النوع من الشركات شبيه بالدول غير الديمقراطية التي يسود فيها نظام الحزب الواحد.

على نفس المنوال، إذا كان بعض الفقه الفرنسي⁽²⁶⁾ يرى بأنّ: « الشركات العامة المحلية تشكل وسيلة مثلى بالنسبة للجماعات المحلية ومجموعاتها وكذا ممثلوها في مجلسها الإداري لممارسة سيطرة على قواعد الحكامة التي تسود داخلها»، ففي إطار شركات التنمية المحلية المغربية ينبغي اعتماد قواعد لحكمة المقولة تضيي مزيدا من الحماية لحقوق الأقلية، قصد تشجيع الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص على المساهمة في هذا النوع من الشركات، ومن ثم جعلها من الآليات المؤسسية للشراكة بين القطاعين العام والخاص.

الهوامش:

- (1) BIENVENU-PERROT (A.)-, Des censeurs du XIX^e siècle au gouvernement d'entreprise du XXI^e siècle, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique, 2003, p.449.
- (2) CADBURY (S.A.)-, Intervention du 25 oct.1994 lors du séminaire « La corporate governance, actionnaires, administrateurs, dirigeants: objectifs, pouvoirs et responsabilités», Les Echos Conférences, p. 5. Cité in., HURSTEL (D.) et BIEDER(T.)-, Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la « corporate governance »?, Revue des Sociétés, 1995, p.633.
- (3) RICHARD (B.) et MIELLET (D.)-, La dynamique du gouvernement d'entreprise, Ed. d'Organisation., Paris, 2003, p.1.
- (4) علما أنّ الفصل 135 من الدستور الجديد لسنة 2011 يستعمل عبارة الجماعات الترابية.
- (5) ظهير شريف رقم 1.08.153 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 17.08 المغير والمتمم بموجبه القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي كما تم تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5711، 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص.536.
- (6) ظهير شريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 6380، 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص.6660.
- (7) ظهير شريف رقم 1.90.01 صادر في 15 من رمضان 1410 (11 أبريل 1990) بتنفيذ القانون رقم 39.89 المؤذن بموجبه في تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4042، بتاريخ 22 رمضان 1410 (18 أبريل 1990)، ص.711، كما تم تغييره وتتميمه بالظهير الشريف رقم 1.99.131 الصادر في 26 من محرم 1420 (13 ماي 1999) بتنفيذ القانون رقم 34.98، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4692، بتاريخ 4 صفر 1420 (20 ماي 1999)، ص.1111.
- (8) ظهير شريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 6380، 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص.6585.
- (9) ظهير شريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 6380، 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص.6625.
- (10) ظهير شريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 4422، 4 جمادى الآخرة 1417 (17 أكتوبر 1996)، ص.2320 كما تم تعديله وتتميمه.
- (11) DREYFUS (J.D.) PELTIER (M.)-, Société d'économie mixte locale et sociétés publiques locales, Répertoire de Droit des Sociétés, Dalloz, Paris, 2013, n° 28, p.62.
- (12) SUR (M.T.), GRANGE (C.) et RENAUX (M.A.)-, Les sociétés d'économie mixte locales, Coll. L'Actualité Juridique., Ed. Du Moniteur., Paris, 1990, p.27.
- (13) MICHEL (J.)-, Les sociétés d'économie mixte locales Ed. L.G.D.J., Paris, 1990, p.39.
- (14) DREYFUS (J.D.) PELTIER (M.)-, Société d'économie mixte locale et sociétés publiques locales, Op.cit., n° 28, p.62.
- (15) مرسوم رقم 2.07.1286 صادر في 24 من ذي الحجة (1428) بالإذن لشركة صندوق الإيداع والتدبير – التنمية – التابعة لصندوق الإيداع والتدبير بالمساهمة في رأس مال الشركة المسماة "تمارة التنمية"، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5597، 12 محرم 1429 (21 يناير 2008)، ص.202.
- (16) RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)-, Traité de droit commercial, T.1., V.2., Les sociétés commerciales, 18^e éd, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 1556, p.337.
- (17) GUYON (Y.)-, Droit des affaires, T.1., Droit commercial général et sociétés, Coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, 11^e éd, ECONOMICA, Paris, 2001, n° 443, p.475.
- (18) SORTAIS (J.P.)-, Protection des minoritaires (Droit des sociétés), Répertoire de Droit des Sociétés, Dalloz, Paris, 2010, n° 23, p.33.
- (19) GUYON (Y.)-, Droit des affaires, T.1., Droit commercial général et sociétés, Op.cit., n° 443, p.474.

⁽²⁰⁾ Cass. Com., 18 avr.1961., Bull.civ.III., n° 175, Cité. in., LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)-, Droit des sociétés, Coll. Domat Droit Privé, 3^e éd, Montch., Paris, 2009, n° 157, p.100.

⁽²¹⁾ انظر في هذا المعنى:

-PEYRICAL (J.M)-, De nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux (Services d'intérêt économique général, partenariats public-privé institutionnalisés et sociétés publiques locales), Rev. L'Actualité Juridique - Droit Administratif, 2011 p. 934.

⁽²²⁾ MERLE (Ph.)-, Droit commercial, Sociétés commerciales, Précis Dalloz Droit Privé, Paris, 14e éd, 2010, n° 643, p.814.

⁽²³⁾ STORCK (M.)-, Définitions légale du contrôle d'une société en droit français, Revue des Sociétés, 1986, N° 4, p.385.

⁽²⁴⁾ MERLE (Ph.)-, Droit commercial, Sociétés commerciales, Op.cit., n° 661, p.873.

⁽²⁵⁾ SORTAIS (J.P.)-, Protection des minoritaires (Droit boursier), Répertoire de Droit des Sociétés, Dalloz, Paris, 2010, n° 27, p.8.

⁽²⁶⁾ VIGOUREUX (A.)-, Les avantages de la société publique locale, Revue Française de Droit Administratif, 2012, p.1075.

مبدأ الجنسية في التشريع الضريبي *

Dr. Dhulfiqar Ali Resen al-saedi, Assistant Professor
College of Law Al-Nahrain University, Iraq.

د. ذوالفقار علي رسن الساعدي، أستاذ مساعد
كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق.

الملخص:

تعدّ الجنسية أحد أهم الأسس المعتمدة في سريان الضريبة على دخل الأشخاص (طبيعية كانت أو معنوية)، استناداً لفكرة المشاركة مع الدولة في تحمل الأعباء العامة، في مقابل التبرير لحق الدولة في الاستقطاع الضريبي. وتطبيقاً لهذا المبدأ فإنه يحق للدولة أن تفرض الضريبة على دخل كل من يتمتع بجنسيتها، بما لها من سيادة على جميع مواطنيها سواء أكانوا داخل الحدود الإقليمية للدولة أم خارجها.

الكلمات المفتاحية:

الضريبة، جنسية الأشخاص، الأعباء العامة، التشريع الضريبي.

The principle of citizenship in tax legislation

Abstract:

The nationality considered as one of the main bases adopted in the tax on persons entered into force (whether natural or moral), based on the idea of sharing with the state to bear public burdens in exchange for the justification of the right of the state in the tax deduction and the application of this principle, it is right to state that the tax imposed on the income of both enjoyed nationality, with its sovereignty over all its citizens, whether they are within the territorial boundaries of the country or abroad.

Key words:

Tax, nationality of persons, public burdens, tax legislation.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/01/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Principe de nationalité dans la législation fiscal

Résumé:

La nationalité est l'un des paramètres utilisés dans la collecte d'impôts sur les revenus des personnes (morales ou physiques). De ce fait, l'Etat a le droit d'imposer l'impôt sur les revenus de toute personne ayant sa nationalité qu'il soit à l'intérieur du pays ou à l'étranger.

Mots clés:

Impôt, nationalité des personnes, charges publiques, législation fiscale.

مقدمة

تعدّ الجنسية من المبادئ المستقرة قانوناً وفقهاً والمؤثرة في العديد من الأوضاع القانونية، لارتباطها بالجماعة التي يحكمها القانون في الدولة، فالجنسية وصف للفرد المرتبط بعلاقة سياسية واجتماعية وقانونية مع دولته، وهذا يؤدي إلى تنوع وسعة محتواها ليشمل جوانب اجتماعية وسياسية وقانونية واقتصادية.

فمحتواها الاجتماعي يرتبط بكل الأفكار والقيم والسلوكيات التي تمثل نتاج الرابطة بين الفرد والمجتمع الذي ينتهي إليه، أما محتواها السياسي فإنه يبرز من خلال الاثار الناجمة عن توافر حالة ووصف المواطنة، من خلال الحقوق المقررة له بموجب الدستور كالحقوق الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وغيرها من الحقوق والحريات المنصوص عليها بصلب الوثيقة الدستورية في مقابل الالتزامات التي تقع على عاتقه في مجتمعه.

أما بخصوص محتواها الاقتصادي، فإنّ الجنسية لها جوانبها الاقتصادية التي بمقتضاها تفرض الضريبة على دخل كل من يتمتع بها، بما للدولة من سيادة على جميع مواطنيها سواء أكانوا داخل الحدود الإقليمية للدولة أم خارجها، فأداء الضريبة واجب وطني قبل أن يكون غرضاً تمويلياً، أو إكراهاً مادياً على الاستقطاع من قبل السلطات المالية.

عليه فالجنسية هي أحد الأفكار التي ساهمت في التأسيس لمشروعية الاستقطاع الضريبي، وبررت بالمقابل حق الدولة بهذا الاستقطاع الضريبي، وهذا التبادل في أوجه الالتزام والحق يلزمه نظام قانوني يحكمه وينظم العلاقات الناشئة عنه، فالنظام الضريبي يفترض فيه الالتزام بالأخذ بمدلولات هذا المبدأ، ومحتوياته وتطبيقاته في نطاق القوانين المنظمة للضرائب ليتحقق التطبيق المماثل لمشروعية العمل الضريبي.

هدف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان الدور الذي تلعبه الجنسية في نشوء الالتزام بالدين الضريبي من جهة المكلف ابتداءً، وكيفية اعتماد هذا المبدأ كأساس لنشوء حق الدولة في الجباية من جهة أخرى، فضلاً عن بيان الالتزامات المالية التي تقع على عاتق المخاطب بهذا المبدأ، وأثره في القواعد القانونية التي تنص عليها القوانين الضريبية على الدخل، إلى جانب الواقع التطبيقي والمتمثل بنطاق عمل الإدارة الضريبية، وما ينشأ عن ذلك من مضامين اتفاق واختلاف مع محتوى الجنسية.

وبغية تسليط الضوء حول هذا الموضوع، سنحاول عرضه في ثلاثة مباحث، نكرس الأول منها لبيان التعريف بالجنسية من الناحية القانونية، أما الثاني فنخصصه لعرض تقدير مبدأ الجنسية من الناحية الضريبية، في حين نعرض الآثار القانونية لمبدأ الجنسية من الناحية الضريبية في المبحث الثالث.

المبحث الأول: التعريف بالجنسية من الناحية القانونية

إنّ البحث في بيان مفهوم الجنسية من الناحية الضريبية، يستدعينا دراسة من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية حتى يتسنى لنا الوقوف على التعريف الدقيق لهذا المصطلح.

لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين، نكرس الأول لدراسة مفهوم الجنسية في حين نسلط الضوء في الثاني على أهمية الجنسية وأنواعها.

المطلب الأول: مفهوم الجنسية

سنتناول هذا الموضوع على فرعين، الأول نخصصه لبيان مفهوم الجنسية لغة أما الثاني فنبحث فيه مفهومها اصطلاحاً.

الفرع الأول: مفهوم الجنسية لغة

الجنسية لغة مشتقة من كلمة (جنس)، وهي اسم مؤنث وتعني نوع أو الانتماء إلى نوع معين، ويتم استخدام كلمة جنس للدلالة على معان ومقاصد مختلفة، فقد يأتي معنى (الجنس) ويراد به الضرب من الشيء وهو أعم من النوع ومنه (المجانسة) و(التجنيس)⁽¹⁾.

والجنس جمعه جنسيات، وهي الصِّفَة التي تلحق بالشَّخص من جهة انتسابه لشعب أو أُمَّة، وعديم الجنسية مَنْ فقد جنسيَّته الأصليَّة ولم يحصل على جنسيَّة جديدة .
وقد يطلق الجنس أو الجنسية ويراد بها فروق وظائفية ونفسية تفرِّق بين الذَّكر والأنثى،

وقد يطلق الجنس ويراد به اتِّصال شهوانيِّ بين الذَّكر والأنثى⁽²⁾.

الفرع الثاني: مفهوم الجنسية إصطلاحاً

لم تتطرق التشريعات المتعلقة بالجنسية لبيان المراد بمصطلح (الجنسية)، ومنها قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة 2006 وهذا لا يعدّ عيباً تشريعياً⁽³⁾، الأمر الذي يستدعينا التوجه صوب الفقه القانوني لبيان المقصود بهذا المصطلح.

لقد أورد الفقه العديد من التعاريف التي قيلت لبيان المقصود بالجنسية، وهي وإن اختلفت من حيث الصياغة إلا أنّها تلاقت من حيث المضمون والجوهر، فقد ذهب البعض من الفقه⁽⁴⁾ إلى تعريف (الجنسية) بأنّها (علاقة قانونية بين الفرد والدولة تترتب عليها آثار قانونية مهمة، وتستند إلى وجود روابط اجتماعية وثيقة بين الفرد وشعب الدولة حيث يحدد قانون هذه الأخيرة أحكامها)، في حين عرفها آخرون⁽⁵⁾ بأنّها (رابطة سياسية بمقتضاها يعتبر الفرد من العناصر المكونة للدولة)، كما عرفها البعض الآخر من الفقه⁽⁶⁾ بأنّها (العلاقة القانونية التي تربط شخصاً بدولة).

كما رأى فيها البعض الآخر⁽⁷⁾ بأنّها (رابطة سياسية وقانونية تنشأها الدولة بقرار منها فتجعل الفرد تابعاً لها).

أما على الصعيد القضائي فقد عرفت المحكمة الادارية العليا المصرية⁽⁸⁾ (الجنسية) بأنّها (رابطة بين فرد ودولة بحيث يدين الفرد بولائه للدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وفي المقابل يكون بل يتعين على تلك الدولة أن تحميه باسباغ الحماية عليه إذا ما تعرض في دولة أخرى لأي مساس أو تعد).

في حين عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية⁽⁹⁾ بأنّها (رابطة أصلية بين الدولة والفرد يحكم القانون نشأتها ويحدد آثارها، وإذ تقوم في الأصل على فكرة الولاء للدولة، فتتميز عن غيرها من الروابط القانونية بطابعها السياسي وتنشأها الدولة بإرادتها

المنفردة، فتحدد بتشريعاتها الوطنية الأسس والمعايير التي يتعين تطبيقها لتحديد من يعتبر متمتعاً بها أو خارجاً عن دائرة مواطنيها).

من كل ما تقدم، يستشف لنا أنّ التعاريف أعلاه تكاد تتفق على أنّ للجنسية عنصران رئيسيان هما، الأول يتجسد بالدولة التي تنفرد بإنشاء رابطة الجنسية ومنحها، شريطة أن تكون الأخيرة معترفاً بها بالشخصية الدولية، سواء كانت دولة تامة أو ناقصة السيادة.

أما العنصر الثاني فيتجسد بالفرد، فالجنسية تلحق بالشخص الطبيعي أي الانسان⁽¹⁰⁾، فركن الشعب في الدولة تحدد قواعده تنظيم الجنسية فيها والتي محلها الأفراد وهي وإن كانت رابطة سياسية وقانونية بين الدولة والفرد، إلا أنّها تركز على فكرة الولاء والانتماء للدولة، والتي تقوم بدورها على أسس روحية واجتماعية، وبذلك الجنسية تلحق بالشخص الطبيعي بصفته الفردية، ولا تلحق بمجموعات الأفراد كالأُسرة مثلاً لأنها لا تتمتع بشخصية مستقلة.

وعليه يمكننا تعريف الجنسية بناء على ما تقدم أعلاه، بأنّها رابطة سياسية قانونية تربط الفرد والدولة، فهي سياسية لأنها تربط الفرد بوحدة سياسية وهي الدولة، التي تحدد بدورها شروط منحها واكتسابها وفقدانها وأثارها بما لها من سيادة على اقليمها، وهي قانونية لأنها محكومة دائماً بقواعد قانونية وتترتب عليها آثار قانونية. أما بخصوص جنسية الشخص المعنوي، فتوجد هناك معايير عدة تعتمد عليها الدول أساساً لتحديد جنسية الشركة، لذلك سنشير بصورة موجزة لأهم هذه المعايير المعتمدة من قبل الفقه⁽¹¹⁾ والقضاء.

– معيار محل التكوين (بلد التأسيس): فحوى هذا المعيار أنّ جنسية الشخص المعنوي تتحدد تبعاً للمكان الذي تأسس فيه، واستكمل فيه إجراءات تكوينه من وثائق وموافقات، ذلك لأنّ الدولة التي تأسس فيها هي التي أخرجته إلى حيز الوجود، ويعدّ هذا المعيار الأكثر اعتماداً من قبل الدول الانكلوسكسونية.

– معيار مركز الاستغلال : بمقتضاه تكون للشخص المعنوي جنسية الدولة التي يتم فيها مزاوله النشاط، بصرف النظر عن محل التكوين، ذلك أنّ مركز الاستغلال تتجمع

فيه مصالحة الحقيقية، فينشئ تبعاً لذلك رابطة حقيقية بينه وبين الدولة، وإذا كان يمارس نشاطه في أكثر من دولة، فإنه يتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز النشاط الرئيسي.

– معيار مركز الإدارة الرئيسي : وفقاً لهذا المعيار تتحدد جنسية الشخص المعنوي بجنسية الدولة التي فيها تتولى الإدارة أعمالها بصورة رئيسية علماً أن هذا المركز يجب أن يكون محل عقل الشركة المفكر.

– معيار الرقابة : استناداً لهذا المعيار يحمل الشخص المعنوي جنسية من يتولى الرقابة أو الإشراف عليه ويراد بـ (الرقابة) هنا جنسية الأشخاص الذين لهم السيطرة الفعلية. من كل ما تقدم يتبين لنا عدم وجود أي اختلاف بين مفهوم الجنسية من الناحية الضريبية عن مفهومها من الناحية القانونية وبالتالي سيتم اعتماد المفاهيم المعتمدة لفقهاء القانون الدولي الخاص لمفهوم الجنسية للأسباب المشار إليها في أعلاه.

المطلب الثاني: أهمية الجنسية وأنواعها

سنسلط الضوء على أهمية الجنسية وأنواعها في فرعين، الأول نكرسه لعرض أهمية الجنسية أما الثاني فنتناول فيه أنواعها.

الفرع الأول: أهمية الجنسية

للجنسية أهمية بالغة كونها الوسيلة التي يتم عن طريقها توزيع الأفراد بين مختلف دول العالم، وتحديد الأشخاص الذين يتمتعون بالصفة الوطنية بالدولة عن غيرهم من الأشخاص⁽¹²⁾، بعبارة أخرى تحديد الشخص الوطني عن الأجنبي الذي لا يتمتع بجنسية تلك الدولة، وما يترتب عن هذا منح الوطني للحقوق والحريات المحددة بموجب الدستور، كالحقوق الاجتماعية والسياسية كحق الانتخاب والترشيح للمجالس البرلمانية وحق تولي الوظائف العامة.

كما يتمتع الوطني بحماية الدولة التي ينتمي إليها في حالة وجوده خارج إقليمها، ولا يجوز توجيهه توجيهاً بعض التهم كالخيانة على سبيل المثال إلا للمواطنين دون غيرهم⁽¹³⁾.

وللجنسية آثار قانونية هامة، منها الاعتداد بها كضابط أو معيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي في مسائل الأحوال الشخصية، وكذلك لتحديد المحكمة المختصة بالنظر في بعض المنازعات. أما على الجانب الاقتصادي فللجنسية آثارها في التحصيل الضريبي، إذ تعتبر أحد أهم المبادئ المعتمدة لفرض الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعية والمعنوية عن دخولهم المتحصلة في بلدهم، فضلاً عن المتأتية لهم من الخارج، لابل في بعض الأحيان تفرض الضريبة عن دخولهم الناجمة خارج إقليم الدولة المنتمين لها، لما لدولهم من سيادة وسلطان عليهم، فضلاً عن ضرورة مساهمتهم في تحمل الأعباء العامة للدولة بحكم تضامنهم الاجتماعي مع مجتمعهم المنتمين إليه.

وتعدّ نظرية التضامن الاجتماعي الأقرب إلى تفسير الأساس القانوني للضريبة، ومضمونها أنّ الدولة ضرورة تاريخية واجتماعية لا بد منها، تقوم بتقديم كثير من الخدمات الاجتماعية إلى الأفراد ولتحقيق هذه الأغراض تحتاج الدولة إلى الإنفاق، ولذلك فهي تفرض الضريبة على الأفراد والأموال التي تخضع لسلطتها لتساهم في أعباء التكاليف العامة، فالدولة تطالب الأفراد بالضريبة بما لها من حق السيادة والأفراد يدفعون الضريبة عملاً بمبدأ التضامن الاجتماعي⁽¹⁴⁾.

الفرع الثاني: أنواع الجنسية

هناك نوعين رئيسيين للجنسية هما الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة (الطارئة)، ولغرض عدم الخروج عن موضوع البحث سنحاول بشيء من الإيجاز التطرق لبيان كلا النوعين:

أولاً/الجنسية الاصلية: الجنسية الأصلية هي الجنسية التي تثبت للفرد منذ لحظة الميلاد⁽¹⁵⁾، ووجه وصفها بالأصلية لأنها تلحق بالفرد عند اتصاله بالحياة بالنظر إلى أصله العائلي أو الإقليمي، بعبارة أخرى أنّها تثبت على أساس الولادة من أصل وطني وتسمى أيضاً بجنسية الدم أو البنوة، وإما على أساس الميلاد في إقليم الدولة فيطلق عليها بجنسية الاقليم⁽¹⁶⁾.

1/ حق الدم: هو حق الفرد في أن تثبت له جنسية الدولة التي ينتمي إليها أبويه بمجرد الميلاد بصرف النظر عن مكان ولادته، ويأخذ بالنسب من الأب عادة بوصفه رب

الأسرة، فمتى ما ثبتت بنوة الولد لأبيه تثبت له جنسيته⁽¹⁷⁾، ولا بد من إثبات تمتع الأب بالجنسية الوطنية وقت الميلاد، فلا عبء بجنسيته وقت الحمل أو وقت ثبوت النسب كما لا عبء بالطريق الذي اكتسب به الأب لهذه الجنسية⁽¹⁸⁾.

وقد اعتمد المشرع العراقي في قانون الجنسية المرقم (26) لسنة 2006 على حق الدم في منح الجنسية العراقية للمولود حديثاً اعتماداً على جنسية والديه، حين نص على (يعتبر عراقياً من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية)⁽¹⁹⁾، وقد تمنح الجنسية بناء على النسب من جهة الأم فقط لاعتبارات وطنية خالصة تتعلق بحماية أبناء الأم الوطنية، ولكن غالباً ما تعزز هذه الحالة باعتبار آخر أو أن يكون ميلاد المولود على إقليم الدولة، وبهذا الخصوص نص قانون الجنسية العراقي على (للووزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف)⁽²⁰⁾.

2/ حق الاقليم: هو حق الفرد في اكتساب جنسية الدولة التي ولد على إقليمها سواء أكان اقليمها البري أو البحري أو الجوي، دون النظر للأصل العائلي الذي ينحدر منه وبهذا الخصوص فقد اعتبر المشرع العراقي في قانون الجنسية كل من ولد في العراق من أبوين مجهولين عراقياً عندما نص على (يعتبر عراقياً من ولد في العراق من أبوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعتبر عليه في العراق مولوداً فيه ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك)⁽²¹⁾، فهنا المشرع اعتبر واقعة ولادة المولود في العراق هي أساس منحه الجنسية، وإن كان لا يعرف أبويه وجهالة الوالدين تعني انتفاء ثبوت نسب المولود لهما.

ثانياً/ الجنسية المكتسبة (الطارئة): الجنسية المكتسبة هي التي تثبت للفرد في تاريخ لاحق لواقعة الميلاد، فالدولة قد تضيف جنسيتها لأسباب متعددة على أفراد لم يتيسر لهم اكتساب جنسية التأسيس، أو جنسيتها الأصلية ويمكن إجمال أهم تلكم الأسباب بالآتي:

1. اكتساب الجنسية بالتجنس: يقصد بالتجنس كسب الجنسية كسباً لاحقاً على واقعة الميلاد بناء على طلب المقترن بشروط تحددها الدولة، والتي لها حرية تقدير الموافقة عليه⁽²²⁾، وقد اعتمد قانون الجنسية العراقي التجنس كسب لـاكتساب

الجنسية العراقية وفق شروط محددة، واستثنى من ذلك الفلسطينيين فقط لمنحهم حق العودة إلى فلسطين⁽²³⁾.

2. اكتساب الجنسية عن طريق التجنس: نص قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة 2006 إلى حالة اكتساب الجنسية عن طريق التجنس القائمة على أساس الميلاد في العراق والاقامة المعتادة فيه إذ جاء فيه⁽²⁴⁾ (للووزير أن يعتبر عراقيا من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضا وكان مقيما فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده، بشرط أن يقدم الولد طلبا بمنحه الجنسية العراقية).

3. اكتساب الجنسية عن طريق الزواج: يعتبر زواج الأجنبي من عراقية سبباً من أسباب اكتساب الجنسية العراقية، إذ جاء في القانون (للووزير أن يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الجنسية إذا توافرت فيه الشروط الواردة في المادة (6) من هذا القانون على أن لا تقل مدة الإقامة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة (6) من هذا القانون عن خمس سنوات مع بقاء الرابطة الزوجية)⁽²⁵⁾.

المبحث الثاني: تقدير مبدأ الجنسية من الناحية الضريبية

قبل البحث في تقدير مبدأ الجنسية باعتباره أحد أهم المبادئ المعتمدة لفرض الضريبة على دخل الأشخاص طبيعية كانت أم معنوية، لابد من الإشارة إلى مضمون هذا المبدأ من الناحية الضريبية.

يرجع هذا المبدأ في أصوله من الناحية الضريبية إلى النظرية الشخصية التي نادى بها الفقيه الايطالي (مانسيني) في القرن التاسع عشر، والقائلة بامتداد سلطة الدولة على جميع رعاياها حيثما وجدوا، وعليه فالشخص الذي يتمتع بجنسية دولة ما يخضع لقوانينها سواء تواجد على إقليمها أو خارجه⁽²⁶⁾.

وتطبيقاً لهذا المبدأ، فإنه يحق للدولة أن تفرض الضريبة على دخل كل من يتمتع بجنسيتها، بما لها من سيادة على جميع مواطنيها سواء أكانوا يقيمون داخل حدود تلك الدولة أو خارجها، وبغية تسليط الضوء حول هذا الموضوع سنحاول عرضه في مطلبين، نكسر الأول لبيان مسوغات الأخذ بمبدأ الجنسية، أما الثاني فنخصه لدراسة الانتقادات الموجهة له.

المطلب الأول: مسوغات الأخذ بمبدأ الجنسية

استند أنصار مبدأ الجنسية، أو كما يطلق عليه البعض بمبدأ التبعية السياسية

إلى عدة مبررات يمكن إجمالها بالآتي:

1. إنّ الأساس الذي يستند إليه المبدأ، هو ما تتمتع به الدولة من سلطة على جميع مواطنيها سواء أكانوا متواجدين على إقليمها أو خارجه⁽²⁷⁾، بعبارة أخرى أنّ حق الدولة في فرض الضريبة، وبالتالي حقها في تشريع القوانين الضريبية من أجل مظاهر سيادتها. ولما كانت سيادة الدولة لا تتعدى إقليمها، فقد ظهر مبدأ الجنسية أو التبعية السياسية كمبدأ عام لسريان الضريبة على الدخل المتحققة للمكلف الوطني في الخارج. فالمواطن الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول يتمتع بالحقوق التي توفرها له الدولة، كالحماية والرعاية والتعليم والتأمين الصحي فضلاً عن الضمان الاجتماعي، وبالمقابل فإنّه يخضع للواجبات والالتزامات التي تفرضها عليه الدولة وفي طبيعتها الضريبة شأنه شأن واجب الخدمة العسكرية⁽²⁸⁾.

2. يمكن أن يساهم هذا المبدأ في الحدّ من هجرة رؤوس الأموال الوطنية إلى الخارج، وهذا يعتمد على السياسة الاقتصادية التي تتخذها الدولة بهذا الخصوص⁽²⁹⁾، فإذا استشف للدولة قيام بعض أفرادها بالاستثمار خارج إقليمها، يمكنها أن تحدّ من ذلك باعتماد هذا المبدأ وذلك من خلال خلق ازدواج ضريبي مقصود⁽³⁰⁾.

3. إنّ المكلف الوطني يتمتع بحماية مزدوجة لشخصه وأمواله، من خلال ما توفره له دولته من حماية وطمأنينة، فضلاً عما توفره له من تسهيلات ومساعدات لازمة لتنمية أمواله فيصبح من حقها أن تلزم مواطنيها، ممن يتمتع بقدرة ضريبية لعلها يدل عليها كسبه لأحد الدخول مهما كان نوعه بدفع الضريبة⁽³¹⁾.

المطلب الثاني: معوقات الأخذ بمبدأ الجنسية

على الرغم من المبررات التي ساقها أنصار مبدأ الجنسية إلا أنّه تعرض لعدة

انتقادات يمكن عرضها بالآتي:

1. إنّ هذا المبدأ لا يتفق مع الأساس القانوني لفرض الضريبة بمفهومه الحديث، وهو التضامن الاجتماعي الذي يوجب التضامن فيما بين الأفراد بحكم كونهم أعضاء في الجماعة في تحمل النفقات، التي تمكن الدولة من تحقيق سيادتها والقيام بواجباتها⁽³²⁾.

إلا أنه يمكن دحض هذا الانتقاد، بالقول أنه لا يوجد تعارض بين فرض الضريبة استناداً لمبدأ الجنسية والتضامن الاجتماعي، لأن الفرد الذي يحمل جنسية إحدى الدول يبقى مرتبطاً بمجتمعها برابطة الجنسية التي يحملها وإن كان مقيماً خارج إقليمها.

2. يحول هذا المبدأ فيما لو طبق وحده دون بقية المبادئ الأخرى المعتمدة لفرض الضريبة على الدخل، دون فرض الضريبة الوطنية على المقيمين في الدولة، أو ممن تولد لهم دخل في إقليم الدولة من غير الوطنيين، على الرغم من استفادتهم من خدماتها ومرافقها العامة وما توفره لهم من حماية مزدوجة لشخصهم وأموالهم، من خلال ما توفره لهم دولة الإقامة من حماية وطمأنينة فضلاً عما توفره لهم من تسهيلات ومساعدات لازمة لتنمية أموالهم وإقامتهم في إقليمها، بسبب عدم تمتعهم بجنسيتها وبالتالي إفلات رؤوس أموالهم من الخضوع لضريبة الدخل.

3. عدم استطاعة الإدارة الضريبية في تقدير الضريبة وتحصيلها بالنسبة للمواطن الذي يحمل جنسية الدولة ويحصل على دخل من خارجها، لعدم تمكنها من متابعة نشاطات مواطنيها في الدول المجاورة وضعف قدرتها على حصر قيمة أرباحه على وجه الدقة⁽³³⁾ إلا أنه يمكن الرد على ذلك، بأن مثل هذه الصعوبات يمكن أن تنشأ أياً كان المعيار المطبق، إذ يمكن أن تبرز هذه الصعوبات في ظل تطبيق معياري الإقامة والموطن، في الأحوال التي يتأتى فيها الدخل خارج الإقليم بالنسبة للشخص المقيم أو الذي يرتبط بالدولة برابطة التوطن، كما يمكن أن تبرز الصعوبات ذاتها إذا كان المعيار المطبق هو الإقليمي، في الأحوال التي يحصل فيها شخص غير مقيم على دخل في إقليم دولة ما تطبق مبدأ أو معيار الإقليمي.

4. إن الدولة ومثلما نوهنا آنفاً، لا تستمد سلطتها في فرض الضريبة من فكرة السيادة، إنما من المفهوم الحديث للأساس القانوني الراجح في تسويق فرض الضريبة وهو التضامن الاجتماعي، فهو يحتم على كل الأشخاص الذين يكونون أعضاء في الجماعة الوطنية التضامن فيما بينهم في تحمل الأعباء العامة⁽³⁴⁾.

5. إنّه يؤدي إلى ازدواج ضريبي بالنسبة للمواطنين الذين يكسبون دخولهم من خارج حدود دولتهم، الأمر الذي لا يتفق مع العدالة⁽³⁵⁾، إلا أنه يمكن الرد على ذلك بالقول

بأن ظاهرة ازدواج الضريبي لا يمكن أن تنسب الى معيار بذاته، فهذه الظاهرة تنشأ نتيجة اختلاف المعايير المطبقة بين دول متعددة، أو نتيجة أسباب أخرى كتعدد المعايير التي تأخذ بها الدولة كأساس لفرض الضريبة.

من كل ما تقدم، يتبين لنا أنه على الرغم من الانتقادات التي وجهت لمبدأ الجنسية (التبعية السياسية)، إلا أنه لما يزل يطبق على مستوى التشريعات الضريبية، باعتباره أحد أهم المعايير أو المبادئ التي تعتمد كأساس لفرض الضريبة على دخل الأشخاص، لأن هذا المبدأ مرتبط بالملكف الضريبي الوطني من جانبين، الأول الرابطة التي بينه وبين الدولة والمتمثلة برابطة الجنسية، أما الثاني فهو سلطان الدولة وسيادتها على مواطنيها سواء كانوا داخل اقليم الدولة أو خارجها.

المبحث الثالث: الأثار القانونية لمبدأ الجنسية من الناحية الضريبية

لقد أثرت الجنسية في التشريعات القانونية لمعظم دول العالم، فقد أقرت المواثيق الدولية والديساتير الوطنية هذا المبدأ، وظهر اثره في العديد من النصوص والقواعد القانونية في التشريعات الوطنية ومنها التشريعات الضريبية، إذ اعتمدت هذا المبدأ من خلال جملة من المبادئ والقواعد التي أصبحت أساساً ثابتة لا يخلو منها أي قانون ضريبي، بغض النظر عن الوعاء الضريبي الذي ينظمه القانون.

ولتسليط الضوء حول هذا الموضوع، ارتأينا عرضه في مطلبين، لأول نخصه لبيان المساواة القانونية أمام الضرائب، أما الثاني فنتناول فيه حقوق الملكلف والتزاماته.

المطلب الاول: المساواة القانونية أمام الضرائب

لا شك في أنّ حق المساواة بصفة عامة، يعد أهم المبادئ الإنسانية التي تحرص الأمم والشعوب على التمسك به، ومن الأسس الجوهرية التي استند لها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ودعمه في مختلف نواحي الحياة، فلا ينبغي أن تقوم في المجتمع البشري أي فوارق نابعة من اختلاف الأصل أو الجنس أو الدين، ويعتبر حق المساواة من أهم الحقوق الإنسانية والصقها بالإنسان وأقدمها، وأكثرها أصالة على الإطلاق، فهذا الحق هو أساس كل الحقوق، وهو أساس مرتبط بالوجود الإنساني ارتباطاً لا يقبل الانفكاك، فإنّ الغاية من وجود الإنسان لا تستقيم ولا تتحقق إلا بتمكينه من ممارسة حق المساواة.

يعدّ مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية التي أقرتها كافة الدساتير العالمية، ومنها دستور جمهورية العراق لسنة 2005 الذي نص (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي الاقتصادي أو الاجتماعي)⁽³⁶⁾، والمساواة هنا أمام القانون عامة، وبما أنّ القانون الضريبي هو أحد فروع القانون فالمساواة بين المكلفين بمقتضى أحكامه أي أن يكون جميع المكلفين متساوون في المعاملة أمام القانون، بدون أية تفرقة أو تمييز على أساس الطبقات أو الطوائف أو الأعراف ... الخ، وبهذا فإنّ المساواة أمام الضرائب تشمل تساوي جميع المكلفين أمام أعباء الضرائب (ممن ينجم أو ينشأ لهم دخلاً خاضعاً للضريبة بموجب القانون)، وهناك نظريات عديدة ارتبطت بهذا الموضوع مثل نظرية المساواة في التضحية ونظرية الحد الأدنى للتضحية، فضلاً عن المقدرة التكليفية⁽³⁷⁾.

ولا يؤثر هذا المفهوم في المساواة، وجود بعض الاستثناءات الهادفة إلى استبعاد فئات معينة من أداء الضريبة، إما للأسباب السياسية القائمة على مبدأ المعاملة بالمثل كإعفاء موظفي الأمم المتحدة الذين يعملون في مختلف الأقطار الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة وإعفاء الرواتب والمخصصات التي تدفعها الممثلات الأجنبية لموظفيها الدبلوماسيين⁽³⁸⁾، أو لأهداف اقتصادية ذات منحنى تشجيعي تنموي كتشجيع الاستثمارات الوطنية أو لجذب الاستثمارات الأجنبية إلى داخل البلد، أو لأهداف اجتماعية من قبيل دعم الأنشطة التي لا تهدف إلى تحقيق الربح كالمؤسسات الدينية والرياضية والانسانية... الخ⁽³⁹⁾.

إنّ المساهمة القانونية أمام الضرائب، تعني المساهمة بحصة عادلة تمثل نصيب الفرد في تحمل العبء العام، لكن تحديد العدالة في الحصة المقررة قد تتفاوت بين مرحلتين أوجد افكارها الفقه المالي، أما الأولى فهي المساواة النسبية في أداء الضرائب، إذ يجب أن يتحمل الجميع الضريبة بسعر نسبي واحد دون تمييز بين المكلفين، من حيث مقدار الدخل وطبيعة العوامل المؤدية للحصول عليه والتكاليف التي أنفقت في سبيل ذلك⁽⁴⁰⁾، ولكن نتيجة لكثرة الانتقادات التي وجهت إلى المساواة النسبية، كونها لا تحقق سوى العدل دون العدالة والمساواة النظرية دون المساواة الحقيقية، فقد ظهرت المرحلة الثانية المتمثلة بالمساواة الأفقية أو ما يطلق عليه معيار المقدرة التكليفية⁽⁴¹⁾،

الذي يتحدد بعوامل عديدة منها العوامل الاقتصادية المحيطة بالمكلف فضلاً عن العوامل الاجتماعية المتمثلة بالأعباء الشخصية والعائلية، وهو ما ساهم بدوره بظهور مبدأ التصاعد الضريبي (السعر الضريبي التصاعدي).

من كل ما تقدم، يتجلى لنا أنّ مساواة المكلفين أمام الضرائب يقتضي فرض الضريبة على سائر الأموال، أي كل مال أو دخل مهما كان صاحبه ومصدره، فكل مكلف يجب أن يؤدي نصيبه من الضريبة وهذه هي العدالة الضريبية (النسبية)، إلا أنه ترد عليه بعض الاستثناءات أيضاً تقتضيها في الغالب عدالة فرض الضريبة، ومنها الإعفاء لتحقيق الحد الأدنى من المعيشة أو ما يعرف ب(حد الكفاف)، والإعفاء لمراعاة الأعباء العائلية أي ضرورة مراعاة الأعباء والأوضاع الشخصية للمكلفين، وهذا ما يسمى مالياً ب(شخصية الضريبة).

المطلب الثاني: حقوق المكلف والتزاماته

يمكن تتبع أثر الجنسية بشكل جلي عند تناول حقوق المكلف المقررة قانوناً وواجباته، من خلال الترسخ لقواعد مهمة أبرزت تكلم الحقوق والواجبات، ومن أبرز هذه الآثار التي يمكن اعتبارها نتائج لمبدأ المواطنة ضريبياً، حق المكلف في الحفاظ على الحد الأدنى للمعيشة والالتزام بأداء الضريبة، وستناول دراستهما في فرعين مستقلين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: حق الأفراد في الحفاظ على الحد الأدنى للمعيشة

يعدّ التحصيل الضريبي بقصد التمويل المادي لاحتياجات الدولة الهدف الأقدم للسلطة العامة، لذا فإنّ محاولة الإدارة المنفذة لهذا الهدف في معرفة نوع الدخل المتحقق ومقداره كان أولوية مهمة، لذا كان لابد من إعفاء جزء من دخل المكلف من الخضوع للضريبة، وإلا تحقق الضرر لدى الفرد في عدم العيش الكريم وممارسة حياته، ويسمى هذا الجزء من الدخل بالحد الأدنى للمعيشة، فما هو المقصود به؟

الحد الأدنى اللازم للمعيشة هو حد الكفاف، ويقصد به كما عرفه بعض الفقه⁽⁴²⁾ (مستوى المعيشة اللازم للقيام بأود الأفراد وحفظ الكفاية الإنتاجية للمجتمع، أو بعبارة أدق ذلك الحد الذي يجب ألا تمسه الضرائب وإلا قلت معه مقدرة الأفراد ورغبتهم في العمل والادخار).

فالتعريف أعلاه اعتبر ذلك الحدّ بأنّه المعبر عن مستوى النفقات الدنيا للعيش، وهي النفقات الضرورية التي تتجسد في الاستهلاك الأساسي الأدنى للسكان والتي ترتبط بالدخل الحقيقي للفرد.

في حين عرفه آخر⁽⁴³⁾ بأنّه (أن يترك حداً معيناً من الدخل دون أن تصل إليه الضريبة، هذا الحد الأدنى هو الذي يلزم لمعيشة المكلف ومعيشة أسرته، وهو بهذا المعنى يقتضي أن يعفى هذا الحد من الدخل من كل ضريبة تفرض عليه).

من خلال هذه التعاريف، يتضح أنّ الحد الأدنى اللازم للمعيشة هو ذلك المستوى من النفقات اللازم لمعيشة المكلف وأفراد أسرته، والذي ينبغي أن يبقى في منأى عن الخضوع لأي ضريبة دخل لاعتبارات اقتصادية وإدارية واجتماعية.

فالاعتبارات الاقتصادية تتطلب التمييز في المعاملة الضريبية وفقاً لمصادر الدخل، كما أنّ الاعتبارات الإدارية تتمثل في ضرورة إعفاء الدخل البسيطة لتخفيض الأعباء عن النظام الضريبي، لأنّ حصيلة الضرائب من الدخل الضعيفة ستكون قليلة جداً، لا تبرر الإجراءات التي تتبع في تحصيلها وما تتكلفه من نفقات إدارية، وأخيراً تبقى الاعتبارات الاجتماعية والإنسانية والتي ينبغي أخذها في الاعتبار بالدرجة الأولى، لأنّ الضريبة ينبغي ألا تمس الحد الأدنى من الدخل اللازم لكل فرد في إطار التضامن الاجتماعي والعدالة الضريبية والاجتماعية.

لهذا جرت العادة أن تعطي التشريعات الضريبية هذا النوع من الإعفاء، لمقابلة الحد الأدنى اللازم لتكاليف معيشة المكلفين على أساس اعتبار هذا الإعفاء ضروري لكي يستطيع المكلف أن يواكب الحياة ومتطلباتها، بمعنى أنّه لا يمكن للمكلف أن يعيش دون مستوى هذا الدخل.

غير أنّ ما يمكن ملاحظته بهذا الصدد، هو أنّ مستوى المعيشة ليس مسألة مطلقة، وإّما هي مسألة نسبية، لأنّه يختلف من دولة إلى أخرى، كما أنّه يختلف من وقت إلى آخر، وليس من السهل إطلاقاً تحديد ما يعتبر مستوى معيشياً معقولاً، لذا يجدر بالسلطات المالية مراعاة الحيطة التامة في تقدير الطاقة الضريبية، لأنه قد تؤدي المغالاة في تقدير تلك الطاقة وبالتالي المغالاة في فرض الضرائب إلى المساس بحد الاستهلاك الضروري⁽⁴⁴⁾.

ومهذا الخصوص فقد اعتمد المشرع العراقي في قانون ضريبة الدخل رقم (113) لسنة 1982 على تقرير سماعات عدة تقتضيها في الغالب عدالة فرض الضريبة، ومنها الإعفاء لتحقيق الحد الأدنى من المعيشة أو ما يعرف بـ(حد الكفاف) والإعفاء لمراعاة الأعباء العائلية أي ضرورة مراعاة الأعباء والأوضاع الشخصية للمكلف لذاته ولعائلته (الزوجة والأولاد)⁽⁴⁵⁾.

الفرع الثاني: الالتزام بأداء الضريبة

لم يقتصر قانون ضريبة الدخل بالنص على حقوق وضمانات المكلف، باعتباره أحد اطراف العلاقة الضريبية، بل فرض التزامات قانونية يتوجب عليه الالتزام بها وذلك لتوضيح حدود العلاقة التي تربطه بالادارة الضريبية⁽⁴⁶⁾، يمثل الالتزام بأداء الضريبة المضمون المادي لمفهوم الالتزامات في مبدأ الجنسية، إذ لا بد من أداء الضريبة لاعتبارات قانونية ترجع الى الالتزام بالأوامر والنواهي والأحكام القانونية في إطار النظام القانوني العام للدولة، والالتزام بدفع الضريبة ليس له سوى طريقة واحدة ألا وهي الدفع النقدي.

وتنص معظم التشريعات الضريبية⁽⁴⁷⁾ على حق الخزنة العامة في تتبع أموال المدين بصفته ديناً ممتازاً وله أولوية على سائر الدائنين، وذلك حفاظاً على حق الدولة من الضياع في حين لم يتطرق المشرع العراقي في قانون ضريبة الدخل رقم (113) لسنة 1982، فلم يقرر حق امتياز لدين الضريبة على أموال المدينين والمبالغ الأخرى المستحقة للدولة أو الأموال الملتزمين بتوريدها للخزنة بحكم القانون، إلا أنّ القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951⁽⁴⁸⁾ نص على أنّ لدين الضريبة حق امتياز على جميع الديون الأخرى الممتازة العادية المستحقة، باستثناء المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها، وتجبى الضريبة وفقاً لقانون تحصيل الديون الحكومية رقم (65) لسنة 1977⁽⁴⁹⁾، الذي أوجب قبل البدء بإجراءات الحجز التنفيذي، توجيه إنذار إلى المكلف المدين بالضريبة بضرورة تسديد الدين المترتب في ذمته خلال مدة عشرة أيام.

كما أنّ دين الضريبة يعتبر ديناً محمولاً، بمعنى أنّه يجب على المكلف أن يسعى من تلقاء نفسه إلى الوفاء بذلك الدين في المواعيد المحددة بموجب القانون، وعدم انتظار

أن تقوم الادارة الضريبية بمطالبته بذلك الدين، كما يعتبر دين الضريبة واجب الأداء رغم المنازعة في صحته أو في مقداره، إذ يجب على المكلف أن يبادر أولاً بتنفيذ الالتزام بتاريخ استحقاقه، فيقوم بالوفاء بالضرائب المستحقة عليه، ويجوز له أن يطعن بعد ذلك في صحة فرض الضريبة أو في تقدير مبلغها وذلك وفقاً لقاعدة (الدفع ثم المعارضة)⁽⁵⁰⁾.

وقد منحت العديد من التشريعات الضريبية، ومنها قانون ضريبة الدخل العراقي الدين الضريبي بطائفة من الامتيازات يمكن إجمالها بالآتي:

1. امتياز دين الضريبة، فلهذا الدين امتياز بحكم القانون يتصدر ما عداها من ديون وفقاً للقاعدة المشار إليها آنفاً، إذ أنّ امتياز دين الضريبة يعدّ دليل على ذاتية القانون الضريبي، إذ أنّ النصوص التي قررت امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة وردت مبعثرة في عدة تشريعات مختلفة، وبالرغم من ذلك فقد تمتعت هذه النصوص بذاتية موضوعية خاصة، بل أنّ بعض هذه النصوص ورد في صلب القانون المدني ومع ذلك فقد جاءت النصوص التي قررت امتياز المبالغ المستحقة للخزانة، بأحكام تختلف تمام الاختلاف عن الأحكام التي في القوانين المدنية لحقوق الامتياز العامة منها والخاصة.

2. سلطة حجز الاداري الاحتياطي وهو عبارة عن حجز تحفظي على أموال المكلف (المدين بالضريبة)، توقعه الإدارة الضريبية وتبغي من ورائه الحفاظ على حقوق الخزانة العامة المعرضة للضياع، يراد به تحقيق غايتين رئيسيتين، الأولى أنّ هذا الحجز يمثل إجراءً تحفظياً تلجأ إليه الإدارة الضريبية للمحافظة على أموال المكلف، التي تمثل وعاء الضريبة وضمان الوفاء بديونه ومنها دين الضريبة من محاولات إخفاءها أو تهريبها، أما الثانية فهو وسيلة لإجبار المكلف وإرغامه على أداء المستحقات الضريبية المترتبة عليه وهو ما يهمننا في هذا المقام، وقد أشار قانون ضريبة الدخل العراقي إلى هذا الاجراء حين نص على (للووزير أو من يخوله أن يحجز الأموال التي يحاول صاحبها إخفاءها أو تهريبها أو تقديم كفيل مليء يتعهد بدفعها)⁽⁵¹⁾.

3. تقييد انتقال المكلف وذلك بمنعه من السفر خارج العراق، ويتخذ هذا الاجراء للحيلولة دون هروب المكلف بدفع الضريبة، وقد نص المشرع العراقي في قانون ضريبة

الدخل على هذا الاجراء عندما نص على (إذا اقتنعت السلطة المالية بأن أحد الأشخاص يحاول السفر إلى خارج العراق ليؤخر دفع الضريبة المفروضة... فلها أن تطلب إلى الجهات المختصة تأخيره أو منعه من السفر مبينة هويته وأن الضريبة مستحقة أو قد تستحق عليه وعلى الجهات المختصة أن تمنع ذلك الشخص من مغادرة العراق إلا بعد دفع الضريبة أو تقديم شهادة من السلطة المالية تشير إلى رفع ذلك الحظر عنه)⁽⁵²⁾ كما لم يقتصر القانون بالنص على منع المكلف من السفر، بل أورد الحظر أيضاً حتى على الواسطة التي تنقل المكلف.

4. خول القانون السلطة المالية الحق في أن تطلب إيقاف اجراء المعاملات التي يقوم بها المكلف في دوائر الدولة الأخرى، بشرط أن يكون لها علاقة بالضريبة⁽⁵³⁾.

خاتمة

بعد الانتهاء من كتابة بحثنا الموسوم (مبدأ الجنسية في التشريع الضريبي العراقي) توصلنا في خاتمة البحث إلى عدد من الاستنتاجات، وآخر من التوصيات نحاول إجمالها بالاتي:

أولاً/ الاستنتاجات

1. إنَّ المشرع العراقي في قانون ضريبة الدخل رقم (113) لسنة 1982، أخذ بفكرة التبعية السياسية (مبدأ الجنسية) استناداً لاحكام الفقرة (1) من المادة (5) منه، من خلال فرضه الضريبة على دخل الشخص المقيم العراقي الذي يحصل عليه في العراق أو خارجه بصرف النظر عن محل تسلمه إضافة لمبدأ الإقامة.

2. يركز (مبدأ الجنسية) على أنّ لكل دولة الحق في فرض الضريبة على مواطنيها جميعاً دون غيرهم من رعايا الدول الأخرى، بغض النظر عن موقع أموالهم أو مكان مزاوله نشاطهم بصفتهم أعضاء متضامنين وعلمهم تأدية الضريبة حتى لو لم يتواجدوا على إقليمها، ولكن بمجرد ارتباطهم بهذا الرابط (رابطة الجنسية) يكونوا ملزمين بأداء الضريبة ولو كانوا في بلد أجنبي.

3. تمثل الجنسية أساساً مهماً في إحداث مشروعية قانونية وقبول اجتماعي لفرض الضريبة من السلطة التنفيذية، وبذات الوقت لتبرير التزام المكلفين بأداء الضريبة،

ويبرز ذلك في إطار التطور الاجتماعي والتاريخي والفكري للنظم المالية من خلال نظرية التضامن الاجتماعي.

4. تعرض هذا المبدأ، حاله حال بقية المبادئ المعتمدة لفرض الضريبة على دخل الأشخاص الى العديد من سهام النقد، إلا أنّ تلكم الانتقادات لم تمنع العديد من التشريعات الضريبية من اعتماده، لقيامه على رابطة الهوية السياسية للمكلف.

5. يساهم مبدأ الجنسية من الناحية الضريبية، على أحقية المكلف بالبقاء على جزء من دخله خارج نطاق فرض الضريبة، وبما يكفل له الحياة الكريمة له ولمن يعيله ضمن ما يعرف بالاعفاء لحد الكفاف، أولمواجهة الأعباء المعيشية وبالتالي الحفاظ على جزء من دخله لمواجهة متطلبات الحياة الضرورية .

6. تلجأ العديد من التشريعات الضريبية، ومنها قانون ضريبة الدخل العراقي إلى تضمين الدين الضريبي بالعديد من الضمانات لضمان استيفائه، وبالتالي نقل مبلغ الضريبة من ذمة المكلف إلى الخزنة العامة، بمعنى أدق إحاطة الدين الضريبي بالعديد من الامتيازات لضمان استيفاء الدولة لدين الضريبة، فدين الضريبة ينشأ عند تحقيق الواقعة المنشئة للضريبة، وإذا نشأ دين الضريبة كان واجب الأداء وذلك بعد صدور قرار تحديده بذمة المكلف.

ثانيا/التوصيات

1. معالجة حالة ازدواج الجنسية خاصة بعد إجازتها بموجب احكام الفقرة (رابعاً) من المادة (18) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، فهذه الحالة ستفرض الضريبة على المكلف المتجنس بجنسيتين إحداها عراقية وأخرى أجنبية مرتين، استناداً لمبدأ الجنسية الأولى بموجب التشريع العراقي باعتباره مواطناً عراقياً، والأخرى باعتباره مواطناً في تلك الدولة، الأمر الذي سيؤدي إلى ازدواج ضريبي لا محالة، هذا على افتراض تطبيق مبدأ الجنسية لوحده دون غيره، أما بحالة تطبيق المبادئ الأخرى كمبدأ الإقامة والاقليمية فإنّ النتائج ستكون غير مقبولة اطلاقاً، لذا نرتأي إعادة النظر بحكم الفقرة (رابعاً) من المادة (18) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، من خلال إلغاء حالة ازدواج الجنسية وإن كان لا بد منها، فهنا يأتي دور الدولة في تفادي هذه الظاهرة، من خلال عقد الاتفاقيات الدولية والثنائية منها على وجه الخصوص، فالتعاون الدولي

الإقليمي يمكن أن يساهم في التخفيف من حدة هذه الظاهرة، التي تؤدي إلى إعاقة حرية تداول رؤوس الأموال وتقييد التجارة العالمية، مما يؤثر سلبيًا على توزيع الموارد الإنتاجية في العالم توزيعاً أمثل.

2. العمل على تعميق مفهوم الوعي الضريبي من خلال الأداء الحكومي في تحسين كمية ونوعية الخدمات المقدمة، والتي تشعر المواطن بضرورة المشاركة مع الدولة في تحمل أعبائها العامة.

3. بما أن أداء الضريبة يعدّ التزاماً دستورياً وقانونياً، فهو يحتم على كل الأشخاص الذين يكونون أعضاء في الجماعة الوطنية التضامن فيما بينهم في تحمل الأعباء العامة، وبخلافه لا بد من تشديد العقوبات المقررة في التشريع الضريبي العراقي للمتهربين من أدائها لتحقيق الردع الخاص والعام، فضلاً عن زيادة الضمانات اللازمة لتأمين تحصيل الدين الضريبي للحفاظ على إيرادات الدولة المتأتية من هذا المورد المالي.

الهوامش:

(1) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي : مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص 113.

(2) ابن منظور: لسان العرب، المجلد (13)، بلا مكان طبع، بيروت، لا سنة طبع، ص 451.

(3) إلا أنّ الملاحظ على التشريعات المتعلقة بالجنسية أنّها أوردت الحالات التي بمقتضاها يعتبر الشخص مواطناً، بعبارة أخرى الشروط القانونية الواجب توافرها لاضفاء صفة المواطنة على الشخص، فعلى سبيل المثال لا الحصر نصت المادة (3) من قانون الجنسية العراقي النافذ (يعتبر عراقياً أ. من ولد لأب عراقي أو لأُم عراقية ب. من ولد في العراق من أبوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك)، أما على نطاق التشريعات المقارنة فقد نصت المادة (1) من قانون الجنسية اللبناني رقم (15) لسنة 1925 على (يعدّ لبنانياً كل شخص مولود من أب لبناني وكل شخص مولود في أراضي لبنان...)، وكذا الحال في المادة (3) من قانون الجنسية الأردني رقم (6) لسنة 1954 والمصري رقم (26) لسنة 1975 بموجب المادة (1) منه والمادة (1) من قانون الجنسية القطري رقم (38) لسنة 2005.

(4) د.محمد السيد عرفة : الوجيز في الجنسية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 5 وينفس الصياغة عرفه د.عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص المصري، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، 2003، ص 132.

(5) د.محمد الروبي : الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 213 وأيضاً د.عكاشة محمد عبد العال: الوسيط في أحكام الجنسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 93.

(6) د.محمد عبد المنعم عبد الرضا: مبادئ القانون الدولي الخاص، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1392هـ، ص 23.

(7) د.بدر الدين عبد المنعم شوقي : أحكام الجنسية والموطن (دراسة مقارنة)، ط 1، مكتبة النهضة العربية، القاهرة،

2010، ص 64.

(8) ينظر قرار المحكمة الادارية العليا في الطعن المرقم 1960 لسنة 47 ق جلسة 2000/11/6.

- (9) ينظر قرار المحكمة في الطعن المرقم 8 لسنة 8 ق دستورية في الجلسة المؤرخة في 1992/3/7.
- (10) لقد ثار الخلاف حول اضعاف الجنسية على الشخص المعنوي او الاعتباري، فالبعض ينكر عليه ذلك والآخر يقرر له الحق في منح الجنسية، وإن كان الرأي الراجح يميل إلى الاعتراف له بالتمتع بالجنسية وفق الشروط المحددة بموجب القانون لمزيد من التفصيل ينظر:
- د.عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ط 11، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1989، ص 830 ودهشام صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، المجلد 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 58.
- (11) في كل هذا ينظر: د.فؤاد عبد المنعم رياض: مبادئ القانون الدولي الخاص في القانونين اللبناني والمصري، الدار الجامعية، بيروت، 1969، ص 46 وما بعدها و.د.عكاشة محمد عبد العال : مصدر سابق، ص 121 و د.هشام علي صادق و.د.عكاشة محمد عبد العال و.د.حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 98.
- (12) د.احمد مسلم : موجز القانون الدولي الخاص المقارن، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 230 و د.بدر الدين عبد المنعم شوقي : مصدر سابق، ص 67.
- (13) د.هشام صادق : مصدر سابق، ص 60 و.د.أحمد قسمت الجداوي: القانون الدولي الخاص (نظرية الجنسية)، بلا مكان طبع، القاهرة، 1980، ص 35.
- (14) وتعدّ نظرية التضامن الاجتماعي الأقرب إلى تفسير الأساس القانوني للضريبة ومضمونها أنّ الدولة ضرورة تاريخية واجتماعية لا بد منها، تقوم بتقديم كثير من الخدمات الاجتماعية إلى الأفراد ولتحقيق هذه الأغراض تحتاج الدولة إلى الإنفاق، ولذلك فهي تفرض الضريبة على الأفراد والأموال التي تخضع لسلطتها لتساهم في أعباء التكاليف العامة، فالدولة تطالب الأفراد بالضريبة بما لها من حق السيادة والأفراد يدفعون الضريبة عملاً بمبدأ التضامن الاجتماعي.
- د.حسن عداي الدجيلي: شرح قانون ضريبة الدخل رقم 113 لسنة 1982 المعدل، ط 1، مطبعة عصام، بغداد، 1988، ص 9-10.
- (15) د.بدر الدين عبد المنعم شوقي : مصدر سابق، ص 73.
- (16) د.ابراهيم احمد ابراهيم : القانون الدولي الخاص (الجنسية)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 22.
- (17) د.فؤاد عبد المنعم رياض : المصدر السابق، ص 41.
- (18) د.بدر الدين عبد المنعم شوقي : المصدر السابق، ص 110.
- (19) الفقرة (أ) من المادة (3) من قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 النافذ.
- (20) المادة (4) من قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 النافذ.
- (21) الفقرة (ب) من المادة (3) من قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 النافذ.
- (22) د.بدر الدين عبد المنعم شوقي : المصدر السابق، ص 140.
- (23) المادة (6) من قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 النافذ.
- (24) المادة (5) من قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 النافذ.
- (25) المادة (7) من قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 النافذ.
- (26) ديونس البطريق : في المالية الدولية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1986، ص 76 و عبد الحسن هادي صالح : إقليمية ضريبة الدخل في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص 3.
- (27) د.عادل الحياياري : الضريبة على الدخل العام، مؤسسة الاهرام، القاهرة، 1968، ص 138.
- (28) د.عادل الحياياري : مصدر سابق، ص 139.

(29) حبيب جدي: دور السياسة الضريبية في اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية في الدول الآخذة بالنمو، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982، ص 265 وديونس البطريق: اقتصاديات المالية العامة، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص 216.

(30) الأزواج الضريبي المقصود هو الأزواج الذي اتجه قصد المشرع واراوته إلى احداثه رغبة منه في تحقيق بعض الأغراض الخاصة والمنسجمة مع سياسة الدولة الاقتصادية والتي منها:

- زيادة الحصيلة الضريبية بهدف تغطية العجز المالي، الرغبة في عدم رفع سعر الضريبة تفادياً لاثارة الجمهور ضد ما يرتبه ذلك من اعباء تثقل كواهلهم وذلك من خلال توزيعها بين ضريبتين، الرغبة في التمييز في المعاملة المالية لمستوى الدخل عبر فرض ضريبة تصاعدية إضافية على الدخل العام فضلاً عن الضرائب المفروضة على فروع الدخل المختلفة.

- ينظر د.رفعت المحجوب : المالية العامة، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 154 ود.فوزي عطوي: المالية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 260 و.د.رائد ناجي احمد : علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق، مؤسسة العاتك للطباعة، القاهرة، 2012، ص 98.

(31) د.مجدي محمود شهاب :الاقتصاد المالي، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص165.

(32) د.عادل الحيارى : المصدر نفسه، ص 140.

(33) د. عبد الحسن هادي صالح : مصدر سابق، ص 12.

(34) د. محمد بديع بدوي : دراسات في المالية العامة، دار المعارف، القاهرة، 1966، ص108.

(35) د. يونس البطريق :النظم الضريبية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1987، ص 255.

(36) المادة (14) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(37) د.فوزي فرحات : التشريع الضريبي العام، ط 3، الدار الجامعية، بيروت، 2011، ص 25 و.د.رائد ناجي احمد : مصدر سابق، ص 80.

(38) د. رشيد الدقر: النظرية العلمية للضرائب، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، بلا سنة طبع، ص 39 و.د.عبد القادر حلبي : المحاسبة الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص35.

(39) د.فوزي فرحات : مصدر سابق، ص 20.

(40) د.احمد خلف حسين الدخيل : المالية العامة من منظور قانوني، مطبعة جامعة تكريت، تكريت، 2013، ص 124.

(41) د.سوزي عدلي ناشد : أساسيات المالية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص194.

(42) د.عبد المنعم فوزي : المالية العامة والسياسة المالية، دار النهضة العربية، بيروت، 1971، ص 173 و.د.غازي عبد الرزاق النقاش : المالية العامة، دار وائل، عمان، 2003، ص 213.

(43) د.حامد عبد المجيد دراز: مبادئ الاقتصاد العام، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 2002، ص 212.

(44) د.الموسي السيد الحجازي:النظم الضريبية بين النظرية والتطبيق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2001، ص 122.

(45) المادة (12) من قانون ضريبة الدخل رقم (113) لسنة 1982، والمادة (31) من قانون ضريبة الدخل اللبناني رقم 144 لسنة 1959 التي نصت على (تفرض الضريبة على الربح الحقيقي أو المحدد بصورة مقطوعة بعد أن ينزل منه لكل شخص طبيعي...)، والمادة (13) من قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (91) لسنة 2005 فضلاً عن ذلك فإنّ المشرع المصري كان قد أعطى المكلف الذي يقل مجموع صافي دخله السنوي عن (5000 جنيه) من الخضوع للضريبة استناداً لأحكام المادة (7) من نفس القانون، والفقرة (1) من المادة (5) من قانون الضرائب المباشرة

- والرسوم المماثلة الجزائري لسنة 2010 التي نصت على (يعفى من ضريبة الدخل الإجمالي الأشخاص الذين يساوي دخلهم الإجمالي السنوي الصافي أو يقل عن الحد الأدنى للإخضاع الجبائي المنصوص عليه في جدول الضريبة على الدخل الإجمالي) والمادة (6) منه الخاص بسماع عائلة المكلف.
- ⁽⁴⁶⁾ د. طارق الحاج: المالية العامة، ط 2، دار الصفاء للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 67.
- ⁽⁴⁷⁾ المادة (89) من قانون ضريبة الدخل اللبناني رقم (144) لسنة 1959 و المادة (326) من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الجزائري لسنة 2010 و المادة (102) من قانون الضريبة على الدخل رقم (91) لسنة 2005 المصري.
- ⁽⁴⁸⁾ المادة (1370) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- ⁽⁴⁹⁾ المادة (47) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (113) لسنة 1982.
- ⁽⁵⁰⁾ د. فوزي فرحات: مصدر سابق، ص 65-66 و د. شريف مصباح: إدارة المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضرائب، ط 1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 21 وما بعدها.
- ⁽⁵¹⁾ المادة (52) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (113) لسنة 1982.
- ⁽⁵²⁾ المادة (51) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (113) لسنة 1982.
- ⁽⁵³⁾ المادة (28) من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم (113) لسنة 1982.

التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية *

Mohamed Ahamed Soliman Eisa, Assistant Professor
College of Science and Humanities Ghaty,
Majmaah University, Arabia Saoudite.

محمد أحمد سليمان عيسى، أستاذ مساعد
كلية العلوم والدراسات الانسانية بالغاظ،
جامعة المجمعة، المملكة العربية السعودية.

الملخص:

تناولت في الفصل الأول أشكال التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية، التعاون الأممي وكيف الحاجة ماسة إلى وجود كيان دولي يأخذ على عاتقه القيام بهذه المهمة وتتعاون من خلاله أجهزة الشرطة في الدول المختلفة، خاصة فيما يتعلق بتبادل المعلومات المتعلقة بالجريمة والمجرمين بأقصى سرعة ممكنة بالإضافة إلى تعقب المجرمين الفارين من وجه العدالة. وكذا صور المساعدة القضائية الدولية وتسليم المجرمين.

أما الفصل الثاني الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي وكيفية القضاء عليها وتمثل هذه الصعوبات في عدم وجود نموذج موحد للنشاط الإجرامي، وتنوع واختلاف النظم القانونية الإجرائية وغيرها من الصعوبات.

ثم تضمنت الخاتمة جملة من التوصيات لضرورة مواجهة هذه الجرائم المستحدثة.

الكلمات المفتاحية:

التعاون الدولي، الجرائم الإلكترونية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/06/22 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/07/11 وقُبل للنَّشر بتاريخ 2016/11/27.

The international co-operation against the electronic crimes

Abstract :

In the first chapter we talked about the forms of international cooperation for the confrontation the electronic crimes, the security cooperation and the need for an international entity takes it upon himself to do this task and cooperate through it the police agencies in different countries, especially the exchange of the information in the crime and the criminals as quickly as possible in addition to tracking criminals fleeing from justice, As well as pictures of international judicial assistance and extradition.

In the second chapter, the difficulties faced by international cooperation and how to eliminate them and this difficulties are in the absence of a uniform model of criminal activity, and the variety of different legal systems and other procedural difficulties.

Then the conclusion included a number of the recommendations for necessity for confrontation this novel crimes.

Key words:

International cooperation, counter of cyber crime.

La coopération internationale en matière de lutte contre la cybercriminalité

Résumé:

Dans le but de lutter contre la cybercriminalité, il est nécessaire de créer une instance internationale qui aura pour mission de superviser la coopération entre différents Etat en la matière, surtout en ce qui concerne l'échange d'informations relatives aux crimes et aux cybercriminels. Il est toutefois, important de relever les difficultés qui entour un tel processus du fait des divergences des systèmes juridiques pénaux d'un Etat à un autre.

Mots clés:

Coopération internationale, lutte contre la cybercriminalité.

مقدمة

لقد صاحب التطور في العلوم وانتشار تقنيات تكنولوجيا المعلومات إلى ظهور ما يعرف بالإجرام المعلوماتي وهذه نتيجة حتمية لكل تقدم علمي أو تقني مستحدث، وهذه الجرائم المبتكرة والمستحدثة تمثل ضرباً من ضروب الذكاء الإجرامي، ويبدو أن القوانين العقابية التقليدية عاجزة عن احتواء هذه الظاهرة الإجرامية المستحدثة⁽¹⁾.

لم يقف الأثر السلبي لهذه الجرائم عند الحدود الوطنية للدول بل تعداها لتباشر أنشطتها على مستوى دولي، واستطاعت أن تجمع ثروات طائلة⁽²⁾ تسمح لها بمنافسة سلطات الدول وزعزعة النظام الاقتصادي والديمقراطيات الحديثة⁽³⁾.

وتتمثل الاشكالية التي تثيرها هذه الدراسة في كيف يمكن وضع استراتيجية فعالة من خلال التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية؟

وبناءً على ما تقدم تكون خطة البحث على النحو التالي:

الفصل الأول: أشكال التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية

المبحث الأول: التعاون الأمني على المستوى الدولي

المبحث الثاني: المساعدة القضائية الدولية

المبحث الثالث: التسليم في الجرائم المعلوماتية.

الفصل الثاني: الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي وكيفية القضاء عليها

المبحث الأول: الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي

المبحث الثاني: كيفية القضاء على الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي

الفصل الأول: أشكال التعاون الدولي لمواجهة الجرائم الإلكترونية

المبحث الأول: التعاون الأمني على المستوى الدولي

أولاً/ ضرورة التعاون الأمني الدولي: لقد أثبت الواقع العملي أن الدولة – أي دولة – لا تستطيع بجهودها المنفردة القضاء على الجريمة مع هذا التطور الملموس والمذهل في كافة ميادين الحياة.

لذلك أصبحت الحاجة ماسة إلى وجود كيان دولي يأخذ على عاتقه القيام بهذه المهمة وتتعاون من خلاله أجهزة الشرطة في الدول المختلفة، خاصة فيما يتعلق بتبادل المعلومات المتعلقة بالجريمة والمجرمين بأقصى سرعة ممكنة بالإضافة إلى تعقب المجرمين الفارين من وجه العدالة.

ثانياً/ جهود المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الإنتربول": البدايات الأولية للتعاون الدولي الشرطي ترجع إلى عام 1904م عندما تم إبرام الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الرقيق الأبيض بتاريخ 18/5/1904م والتي نصت في مادتها الأولى على "تتعهد كل الحكومات المتعاقدة بإنشاء أو تعيين سلطة لجمع المعلومات الخاصة باستخدام النساء والفتيات لغرض الدعارة في الخارج ، ولهذه السلطة الحق في أن تخاطب مباشرة الإدارة المماثلة لها في كل الدول الأطراف المتعاقدة."

بعد ذلك أخذ التعاون الشرطي الدولي يأخذ صورة المؤتمرات الدولية⁽⁴⁾: أولها وأسبقها تاريخياً كان مؤتمر موناكو (14-18/4/1914م) والذي ضم رجال الشرطة والقضاء والقانون من 14 دولة، وذلك لمناقشة ووضع أسس التعاون الدولي في بعض المسائل الشرطية، خاصة ما يتعلق بمدى إمكانية إنشاء مكتب دولي للتسجيل الجنائي وتنسيق إجراءات تسليم المجرمين، إلا أنه ونتيجة لقيام الحرب العالمية الأولى لم يحقق المؤتمر أي نتائج عملية تذكر.

وبنهاية عام 1923م نجح الدكتور "جوهانو سويرا" مدير شرطة فينا في عقد مؤتمر دولي يعد الثاني على المستوى الدولي للشرطة الجنائية وذلك في الفترة 3-7/9/1923م، ضم مندوبي تسعة عشر دولة، وتمخض عنه ولادة اللجنة الدولية للشرطة الجنائية International Criminal Police Commission (ICPO) يكون مقرها فيينا، وتعمل على التنسيق بين أجهزة الشرطة من أجل التعاون في مكافحة الجريمة.

وفي بروكسل بلجيكا في الفترة 6-9/6/1946م عقد مؤتمر دولي يهدف إحياء مبادئ التعاون الأمني ووضعها موضع التنفيذ بدعوة من المفتش العام للشرطة البلجيكية (Louvage)، وانتهى الاجتماع إلى إحياء اللجنة الدولية للشرطة الجنائية (ICPO) ونقل مقرها إلى باريس بفرنسا، وغير اسمها ليصبح المنظمة الدولية للشرطة الجنائية⁽⁵⁾ International Criminal Police Organization (Interpol) وحتى كتابة هذه السطور تضم في عضويتها 182 عضواً⁽⁶⁾.

وتهدف هذه المنظمة إلى تأكيد وتشجيع التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول الأطراف وعلى نحو فعال في مكافحة الجريمة، من تجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالمجرم والجريمة، وذلك عن طريق المكاتب المركزية الوطنية للشرطة الدولية الموجودة في أقاليم الدول المنظمة إليها⁽⁷⁾. وتتبادلها فيما بينها، بالإضافة إلى التعاون في ضبط المجرمين بمساعدة أجهزة الشرطة في الدول الأطراف⁽⁸⁾، ومدتها بالمعلومات المتوفرة لديها على إقليمها وخاصة بالنسبة للجرائم المتشعبة في عدة دول ومنها جرائم الإنترنت.

ومن الأمثلة على دور الإنترنت في ما يتعلق بالجرائم المتعلقة بالإنترنت: ما حصل في الجمهورية اللبنانية عندما تم توقيف أحد الطلبة الجامعيين من قبل القضاء اللبناني

بتهمة إرسال صور إباحية لقاصرة دون العشرة أعوام من موقعه على شبكة الإنترنت، وذلك أترتقي النيابة اللبنانية برقية من الإنترنت في ألمانيا بهذا الخصوص⁽⁹⁾.

ولقد مرت جهود المنظمة في هذا المجال بمراحل عديدة، إلى أن تم إنشاء عدة مراكز اتصالات إقليمية في كل من طوكيو، نيوزيلندا، نيروبي، أذربيجان، بيونس آيرس، لتسهيل مرور الرسائل، ويضاف إلى ذلك مكتب إقليمي فرعي في بانكوك.

وعلى غرار هذه المنظمة أنشأ المجلس الأوروبي في لكسمبورج عام 1991م شرطة أوروبية لتكون همزة وصل بين أجهزة الشرطة الوطنية في الدول المنظمة ولملاحقة الجناة في الجرائم العابرة للحدود ومنها بطبيعة الحال الجرائم المتعلقة بالإنترنت⁽¹⁰⁾.

أما على المستوى العربي نجد أن مجلس وزراء الداخلية العرب أنشأ المكتب العربي للشرطة الجنائية⁽¹¹⁾ بهدف تأمين وتنمية التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء في مجال مكافحة الجريمة وملاحقة المجرمين في حدود القوانين والأنظمة المعمول بها في كل دولة. بالإضافة إلى تقديم المعونة في مجال دعم وتطوير أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء.

ثالثاً/تبادل المعاونة لمواجهة الكوارث والأزمات والمواقف الحرجة: هذه الصورة من صور التعاون الأمني تعد من أهم الصور في مجال مكافحة جرائم الإنترنت سيما وأن أجهزة العدالة الجزائية ليست بنفس المستوى والجاهزية في جميع الدول وإنما هناك تفاوت فيما بينها فبعض الدول متقدمة تقنيا وتكنولوجيا ولها صيت كبير في مواجهة الجرائم المعلوماتية ومنها الجرائم المتعلقة بالإنترنت تشريعياً وفنياً، والبعض الآخر تفتقد ذلك، من هنا كان لابد من التعاون بين الدول.

رابعاً/القيام ببعض العمليات الشرطية والأمنية المشتركة: تعقب مجرمي المعلوماتية عامة وشبكة الإنترنت خاصة، وتعقب الأدلة الرقمية وضبطها والقيام بعملية التفتيش العابر للحدود لمكونات الحاسب الآلي المنطقية والأنظمة المعلوماتية وشبكات الاتصال بحثاً عن ما قد تحويه من أدلة وبراهين على ارتكاب الجريمة المعلوماتية، كلها أمور تستدعي القيام ببعض العمليات الشرطية والفنية والأمنية المشتركة، وهي من شأنها صقل مهارات وخبرات القائمين على مكافحة تلك الجرائم، وبالتالي وضع حد لها.

المبحث الثاني: المساعدة القضائية الدولية

وتعَرَّف المساعدة القضائية الدولية بأنها "كل إجراء قضائي تقوم به دولة من شأنه تسهيل مهمة المحاكمة في دولة أخرى بصدد جريمة من الجرائم"⁽¹²⁾.

وتتخذ المساعدة القضائية في المجال الجنائي صور عدة منها:

– تبادل المعلومات : وهو يشمل تقديم المعلومات والبيانات والوثائق والمواد الاستدلالية التي تطلبها سلطة قضائية أجنبية وهي بصدد النظر في جريمة ما، عن الاتهامات التي وجهت إلى رعاياها في الخارج والإجراءات التي اتخذت ضدهم، وقد يشمل التبادل السوابق القضائية للجنة⁽¹³⁾.

ولهذه الصورة من صور المساعدة القضائية الدولية صدى كبيراً في كثير من الاتفاقيات كالبند "و" والبند "ز" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من معاهدة الأمم المتحدة النموذجية لتبادل المساعدة في المسائل الجنائية⁽¹⁴⁾، وهناك البند أولاً من المادة الرابعة من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي⁽¹⁵⁾.

و ذات الصورة نجدها في المادة الأولى من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي⁽¹⁶⁾، و المادة الأولى والثانية من النموذج الاسترشادي لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي الصادر عن مجلس التعاون الخليجي⁽¹⁷⁾. ويوجد لها تطبيق كذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000 في البنود الثالث والرابع والخامس من المادة الثامنة منها.

– نقل الإجراءات : ويقصد به قيام دولة ما بناء على اتفاقية أو معاهدة باتخاذ إجراءات جنائية وهي بصدد جريمة ارتكبت في إقليم دولة أخرى ولمصلحة هذه الدولة متى ما توافرت شروط معينة⁽¹⁸⁾ من أهمها التجريم المزدوج، وأن تكون الإجراءات المطلوب اتخاذها من الأهمية بمكان بحيث تؤدي دوراً مهماً في الوصول إلى الحقيقة.

ولقد أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية منها والإقليمية هذه الصورة كإحدى صور المساعدة القضائية الدولية كمعاهدة الأمم المتحدة النموذجية بشأن نقل الإجراءات في المسائل الجنائية⁽¹⁹⁾، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000م في المادة 21 منها، وذات الشيء نجده في معاهدة منظمة المؤتمر

الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي 1999م في المادة 9 منها، وأيضا المادة 16 من النموذج الاسترشادي لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي الصادر عن مجلس التعاون الخليجي 2003م.

–الإنابة القضائية الدولية: ويقصد بها طلب اتخاذ إجراء قضائي من إجراءات الدعوى الجنائية تتقدم به الدولة الطالبة إلى الدولة المطلوب إليها، لضرورة ذلك في الفصل في مسألة معروضة على السلطة القضائية في الدولة الطالبة ويتعذر عليها القيام به بنفسها. وتهدف هذه الصورة إلى تسهيل الإجراءات الجنائية بين الدول بما يكفل إجراء التحقيقات اللازمة لتقديم المتهمين للمحاكمة والتغلب على عقبة السيادة الإقليمية التي تمنع الدولة الأجنبية من ممارسة بعض الأعمال القضائية داخل أقاليم الدول الأخرى، كسماع الشهود أو إجراء التفتيش وغيرها.

ونظراً لأن مثل هذه الإجراءات قد تتخذ وقتاً طويلاً فقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الجديدة التي ساهمت اختصار الإجراءات عن طريق الاتصال المباشر بين السلطات المعنية بالتحقيق، مثال ذلك الاتفاقية الأمريكية الكندية التي تنص على إمكانية تبادل المعلومات شفويا في حالة الاستعجال⁽²⁰⁾، ونفس الشيء نجده في البند الثاني من المادة 30 من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي 1999م والمادة 15 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي 1983م، والمادة 53 من اتفاقية شينغن 1990 والخاصة باستخدام الاتصالات المباشرة بين السلطات القضائية في الدول الأطراف، والفقرة 13 من المادة 46 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽²¹⁾.

المبحث الثالث: التسليم في الجرائم المعلوماتية التعاون الدولي لملاحقة الجرائم المعلوماتية

تعد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية من أهم صور التعاون الدولي بصفة عامة، وفي مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية بصفة خاصة، ومن أهم هذه المعاهدات والاتفاقيات التي تعمل على التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية

معاهدة بودابست لمكافحة جرائم الإنترنت وتوصيات المجلس الأوروبي بشأن مشاكل الإجراءات الجنائية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات وسيتم تناولهما على النحو التالي:-

— معاهدة بودابست لمكافحة جرائم الانترنت⁽²²⁾: وقد نصت المادة 12 من معاهدة بودابست لمكافحة جرائم الانترنت - تنص علي:

1. سوف يتبنى كل طرف تدابير تشريعية، وأي تدابير أخرى لضمان قيام مسئولية الأشخاص المعنوية عن أي جريمة موصوفة في هذه المعاهدة إذا ما ارتكبت لصالح الشخص المعنوي بواسطة شخص طبيعي اقترفها بشكل منفرد أو بوصفه جزء من عضو في الشخص المعنوي علي أساس من:

- تفويض من الشخص المعنوي.

- سلطة اتخاذ قرارات لصالح الشخص المعنوي.

- سلطة لممارسة رقابة أو سيطرة داخل الشخص المعنوي.

2. إلي جانب الحالات الواردة في البند 1 سوف يتخذ كل طرف التدابير اللازمة لضمان قيام مسئولية الشخص المعنوي إذا ما أدي نقص الإشراف أو السيطرة من قبل الشخص الطبيعي المشار إليه في الفقرة 1 إلي إمكانية ارتكاب جريمة قائمة طبقاً لهذه المعاهدة لصالح الشخص المعنوي بواسطة شخص طبيعي اقترفها تحت سيطرته.

3. هذه المسئولية لن تؤثر علي قيام المسئولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين اقترفوا الجريمة.

ونصت المادة 23 على أن تتعاون كل الأطراف، وفقاً لنصوص هذا الفصل، على تطبيق الوسائل الدولية الملائمة بالنسبة للتعاون الدولي في المجال الجنائي و الترتيبات التي تستند إلى تشريعات موحدة ومتبادلة وكذلك بالنسبة للقانون المحلي على أوسع نطاق ممكن بين بعضهم البعض بغرض التحقيقات والإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية للشبكات والبيانات المعلوماتية وكذلك بشأن الحصول على الأدلة في الشكل الإلكتروني لمثل هذه الجرائم.

وفي إطار هذا التعاون نصت الاتفاقية في المادة 24 على شروط تسليم المجرمين، كما نصت المادة 25 على المبادئ العامة المتعلقة بالمساعدة حيث ورد بها أن: تتفق

الأطراف على أوسع نطاق للتعاون بهدف إجراء التحقيقات أو الإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية للشبكات والبيانات المعلوماتية وجمع الأدلة في الشكل الإلكتروني لهذه الجرائم.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة 25 على أنه "يمكن لكل طرف في الحالات الطارئة أن يوجه طلباً للمعاونة أو للاتصالات المتعلقة بها عن طريق وسائل الاتصال السريعة مثل الفاكس أو البريد الإلكتروني على أن تستوفي هذه الوسائل الشروط الكافية المتعلقة بالأمن وصحتها (ويدخل ضمن ذلك الكتابة السرية إذا لزم الأمر) مع تأكيد رسمي لاحق إذا اقتضت الدولة المطلوب منها المساعدة في ذلك. وتقوم الدولة بالموافقة على هذا الطلب والرد عليه عن طريق إحدى وسائل الاتصال السريعة.

– توصيات المجلس الأوروبي (Eruopcouncil)⁽²³⁾: نظرا للتطور السريع في مجال تكنولوجيا الكمبيوتر والإنترنت وشعور الدول الأوروبية بأهمية إعادة النظر في الإجراءات الجنائية في هذا المجال، فقد أصدر المجلس الأوروبي التوصية رقم 13/95 في 11 سبتمبر 1995 في شأن مشاكل الإجراءات الجنائية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات لحث الدول الأعضاء بمراجعة قوانين الإجراءات الجنائية الوطنية لتلائم التطور في هذا المجال، وأهم ما ورد بتوصية المجلس الأوروبي هو:

أن توضح القوانين إجراءات تفتيش أجهزة الكمبيوتر وضبط المعلومات التي تحويها ومراقبة المعلومات أثناء انتقالها.

أن تسمح الإجراءات الجنائية لجهات التفتيش بضبط برامج الكمبيوتر والمعلومات الموجودة بالأجهزة وفقا لذات الشروط الخاصة بإجراءات التفتيش العادية، ويتعين إخطار الشخص القائم على الأجهزة بأن النظام كان محلا للتفتيش مع بيان المعلومات التي تم ضبطها، ويسمح باتخاذ إجراءات الطعن العادية في قرارات الضبط والتفتيش.

أن يسمح أثناء عملية تنفيذ التفتيش للجهات القائمة بالتنفيذ ومع احترام الضمانات المقررة بمد التفتيش إلى أنظمة الكمبيوتر الأخرى، في دائرة اختصاصهم والتي تكون متصلة بالنظام محل التفتيش وضبط ما بها من معلومات.

أن يوضح قانون الإجراءات أن الإجراءات الخاصة بالوثائق التقليدية تنطبق في شأن المعلومات الموجودة بأجهزة الكمبيوتر.

تطبق إجراءات المراقبة والتسجيل في مجال التحقيق الجنائي في حالة الضرورة في مجال تكنولوجيا المعلومات، ويتعين توفير السرية والاحترام للمعلومات التي يفرض القانون لها حماية خاصة وبصورة مناسبة.

يجب إلزام العاملين بالمؤسسات الحكومية والخاصة التي توفر خدمات الاتصال بالتعاون مع سلطات التحقيق لإجراء المراقبة والتسجيل.

يتعين تعديل القوانين الإجرائية بإصدار أوامر لمن يحوز معلومات (برامج-قواعد-بيانات) تتعلق بأجهزة الكمبيوتر بتسليمها للكشف عن الحقيقة. يتعين إعطاء سلطات التحقيق سلطة توجيه أوامر لمن يكون لديه معلومات خاصة للدخول على نظام من أنظمة المعلومات أو الدخول على ما يحويه من معلومات باتخاذ اللازم للسماح لرجال التحقيق بالاطلاع عليها، وأن تخول سلطات التحقيق بإصدار أوامر مماثلة لأي شخص آخر لديه معلومات عن طريق التشغيل والمحافظة على المعلومات.

يجب تطوير وتوحيد أنظمة التعامل مع الأدلة الإلكترونية، وحتى يتم الاعتراف بها بين الدول المختلفة، ويتعين أيضا تطبيق النصوص الإجرائية الخاصة بالأدلة التقليدية على الأدلة الإلكترونية.

يجب تشكيل وحدات خاصة لمكافحة جرائم الكمبيوتر، وإعداد برامج خاصة لتأهيل العاملين في مجال العدالة الجنائية لتطوير معلوماتهم في مجال تكنولوجيا المعلومات.

قد تتطلب إجراءات التحقيق مد الإجراءات إلى أنظمة كمبيوتر أخرى قد تكون موجودة خارج الدولة وتفترض التدخل السريع، وحتى لا يمثل مثل هذا الأمر اعتداء على سيادة الدولة أو القانون الدولي، وجب وضع قاعدة صريحة تسمح بمثل هذا الإجراء، ولذلك كانت الحاجة الملحة لعمل اتفاقيات تنظم وقت وكيفية اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

يجب أن تكون هناك إجراءات سريعة ومناسبة ونظام اتصال يسمح للجهات القائمة على التحقيق بالاتصال بجهات أجنبية لجمع أدلة معينة. ويتعين عندئذ أن تسمح السلطة الأخيرة بإجراءات التفتيش والضبط. ويتعين كذلك السماح لهذه السلطة بإجراء تسجيلات التعاملات الجارية وتحديد مصدرها، ولذلك يتعين تطوير اتفاقيات التعاون الدولي القائمة.

الفصل الثاني: الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي وكيفية القضاء عليها

تمهيد وتقسيم: مع ضرورة هذا التعاون والمناداة به، إلا أنه ثمة صعوبات ومعوقات تقف دون تحققه وتجعله صعب المنال ومن خلال هذا الفصل سوف نحاول جاهدين أبرز أهم تلك الصعوبات أو المعوقات "مبحث أول" وكيفية مواجهتها "مبحث ثاني".

المبحث الأول: الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي

تمهيد: هناك العديد من الصعوبات تواجه التعاون الدولي مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية أهمها:

أولاً/عدم وجود نموذج موحد للنشاط الإجرامي⁽²⁴⁾: بنظرة متأنية للأنظمة القانونية القائمة في الكثير من الدولة لمواجهة الجرائم المعلوماتية ومنها الجرائم المتعلقة بشبكة الإنترنت يتضح لنا من خلالها عدم وجود اتفاق عام مشترك بين الدول حول نماذج إساءة استخدام نظم المعلومات وشبكة الإنترنت الواجب تجريمها، فما يكون مباحاً في أحد الأنظمة قد يكون مجزماً وغير مباح في نظام آخر.

ثانياً/تنوع واختلاف النظم القانونية الإجرائية⁽²⁵⁾: بسبب تنوع واختلاف النظم القانونية الإجرائية، نجد أن طرق التحري والتحقيق والمحاكمة التي تثبت فائدتها وفعاليتها في دولة ما قد تكون عديمة الفائدة في دولة أخرى أو قد لا يسمح بإجرائها. كما هو الحال بالنسبة للمراقبة الإلكترونية، والتسليم المراقب، والعمليات المستترة، وغيرها من الإجراءات الشبيهة.

ثالثاً/عدم وجود قنوات اتصال: لتحقيق هذا الهدف كان لزاماً أن يكون هناك نظام اتصال يسمح للجهات القائمة على التحقيق بالاتصال بجهات أجنبية لجمع أدلة معينة أو معلومات مهمة، فعدم وجود مثل هذا النظام يعني عدم القدرة على جمع الأدلة

والمعلومات العملية التي غالباً ما تكون مفيدة في التصدي لجرائم معينة ومجرمين معينين، وبالتالي تنعدم الفائدة من هذا التعاون.

رابعاً/مشكلة الاختصاص في الجرائم المتعلقة بالإنترنت: الجرائم المتعلقة بالإنترنت من أكبر الجرائم التي تثير مسألة الاختصاص على المستوى المحلي أو الدولي ولا توجد أي مشكلة بالنسبة للاختصاص على المستوى الوطني أو المحلي حيث يتم الرجوع إلى المعايير المحددة قانوناً لذلك.⁽²⁶⁾

ولكن المشكلة تثار بالنسبة للاختصاص على المستوى الدولي حيث اختلاف التشريعات والنظم القانونية والتي قد ينجم عنها تنازع في الاختصاص بين الدول بالنسبة للجرائم المتعلقة بالإنترنت التي تتميز بكونها عابرة للحدود. فقد يحدث أن ترتكب الجريمة في إقليم دولة معينة من قبل أجنبي، فهنا تكون الجريمة خاضعة للاختصاص الجنائي للدولة الأولى استناداً إلى مبدأ الإقليمية، وتخضع كذلك للاختصاص الدولة الثانية على أساس مبدأ الاختصاص الشخصي في جانبه، وقد تكون هذه الجريمة من الجرائم التي تهدد أمن وسلامة دولة أخرى فتدخل عندئذ في اختصاصها استناداً إلى مبدأ العينية. كما تثار فكرة تنازع الاختصاص القضائي في حالة تأسيس الاختصاص على مبدأ الإقليمية، كما لو قام الجاني ببث الصور الخليعة ذات الطابع الإباحي من إقليم دولة معينة وتم الاطلاع عليها في دولة أخرى، ففي هذه الحالة يثبت الاختصاص وفقاً لمبدأ الإقليمية لكل دولة من الدول التي مستها الجريمة.

خامساً/التجريم المزدوج: التجريم المزدوج من أهم الشروط الخاصة بنظام تسليم المجرمين، فهو منصوص عليه في أغلب التشريعات الوطنية والصكوك الدولية المعنية بتسليم المجرمين، وبالرغم من أهميته تلك، نجده عقبه أمام التعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين بالنسبة للجرائم المعلوماتية سيما وأن معظم الدول لا تجرم هذه الجرائم، بالإضافة إلى أنه من الصعوبة أن نحدد فيما إذا كانت النصوص التقليدية لدى الدولة المطلوب منها التسليم يمكن أن تنطبق على الجرائم المتعلقة بشبكة الإنترنت أو لا. الأمر الذي يعوق تطبيق الاتفاقيات الدولية في مجال تسليم المجرمين، ويحول بالتالي دون جمع الأدلة ومحاكمة مرتكبي الجرائم المتعلقة بالإنترنت.⁽²⁷⁾

سادساً/الصعوبات الخاصة بالمساعدات القضائية الدولية: تتمثل هذه الصعوبات في التباطؤ في الرد، حيث أن الدولة متلقية الطلب غالباً ما تكون متباطئة في الرد على الطلب سواء بسبب نقص الموظفين المدربين أو نتيجة الصعوبات اللغوية أو الفوارق في الإجراءات التي تعقد الاستجابة وغيرها من الأسباب. فكم هو محبط شطب قضية لعدم تلبية طلب بسيط في الوقت المناسب.

المبحث الثاني: كيفية القضاء على الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي

يمكن التغلب على هذه الصعوبات من بعض الإجراءات تتمثل في الآتي:

أولاً/تحديث التشريعات المحلية المعنية بالجرائم المعلوماتية وإبرام اتفاقيات خاصة يراعي فيها هذا النوع من الجرائم.⁽²⁸⁾

ثانياً/السماح باستخدام بعض تقنيات التحقيق الخاصة، الشيء الذي يخفف من غلو واختلاف النظم القانونية والإجرائية ويفتح المجال أمام تعاون دولي فعّال. فمثلاً المادة 20 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية تشير في هذا الصدد إلى التسليم المراقب، والمراقبة الإلكترونية وغيرها من أشكال المراقبة والعمليات المستترة⁽²⁹⁾. وكذلك المادة 29 من الاتفاقية الأوروبية للإجرام المعلوماتي نصت على سرية حفظ البيانات المعلوماتية المخزنة وأجازت لكل طرف أن يطلب من الطرف الآخر الحفظ السريع للمعلومات المخزنة عن طريق إحدى الوسائل الإلكترونية الموجودة داخل النطاق المكاني لذلك الطرف الآخر والتي ينوي الطرف طالب المساعدة أن يقدم طلباً للمساعدة بشأنها بغرض القيام بالتفتيش أو الدخول بأي طريقة مماثلة، وضبط أو الحصول أو الكشف عن البيانات المشار إليها.

والمادة 34 من ذات الاتفاقية التي نصت على التعاون في مجال التقاط البيانات

المتعلقة بمضمون الاتصالات النوعية التي تتم عن طريق إحدى شبكات المعلومات.

ثالثاً/غالباً ما تشجع الصكوك الدولية الدول إلى التعاون فيما بينها وتدعوها إلى إنشاء قنوات اتصال بين سلطاتها المختصة ووكالاتها ودوائرها المتخصصة بغية التيسير في الحصول على هذه المعلومات وتبادلها،⁽³⁰⁾ ومن الأمثلة على هذه الصكوك الدولية اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في المادة 27 منها، والمادة 9 من اتفاقية 1988م، والمادة 48 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. والبند الثاني

من المادة 27 من الاتفاقية الأوروبية بشأن الإجرام المعلوماتي، والمادة 35 من ذات الاتفاقية الأوروبية والتي أوجبت على الدول الأطراف فيها ضرورة تحديد نقطة اتصال تعمل لمدة 24 ساعة يومياً طوال أيام الأسبوع لكي تؤمن المساعدة المباشرة للتحقيقات المتعلقة بجرائم البيانات والشبكات، أو استقبال الأدلة ذات الشكل الإلكتروني. وهذه المساعدة تشمل تسهيل أو، إذا سمحت الممارسات والقوانين الداخلية بذلك، تطبيق الإجراءات التالية بصفة مباشرة أولاً؛ إسداء النصيحة الفنية. ثانياً: حفظ البيانات وفقاً للمواد 29، 30، ثالثاً: جمع الأدلة وإعطاء المعلومات ذات الطابع القضائي وتحديد أماكن المشتبه فيهم.

رابعاً/ضرورة إبرام اتفاقيات دولية ثنائية كانت أو جماعية يتم فيها توحيد وجهات النظر فيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي خاصة بالنسبة للجرائم المتعلقة بالإنترنت.⁽³¹⁾ بالإضافة إلى تحديث القوانين الجنائية الموضوعية منها والإجرائية بما يتناسب والتطور الكبير التي تشهده تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

خامساً/ضرورة إيجاد وسيلة أو طريقة تتسم بالسرعة تسلم من خلالها طلبات الإنابة كتعين سلطة مركزية مثلاً أو السماح بالاتصال المباشر بين الجهات المختص في نظر مثل هذه الطلبات لنقضي على مشكلة البطء والتعقيد في تسليم طلبات الإنابة. وهذا بالفعل ما أوصت به المادة 35 من ذات الاتفاقية الأوروبية والتي أوجبت على الدول الأطراف فيها ضرورة تحديد نقطة اتصال تعمل لمدة 24 ساعة يومياً طوال أيام الأسبوع لكي تؤمن المساعدة المباشرة للتحقيقات المتعلقة بجرائم البيانات والشبكات، أو الاستقبال الأدلة في الشكل الإلكتروني عن الجرائم.

خاتمة

وفي الختام نخلص إلى القول أن دراسة موضوع الجريمة الإلكترونية تكتسي أهمية بالغة كونها تساهم في التعريف بظاهرة إجرامية جديدة بدأت في الظهور والانتشار في معظم المجتمعات، ونظراً لارتباطها بتكنولوجيا متطورة أدى إلى تمييزها عن الجرائم التقليدية بدءاً بتسميتها وصولاً إلى الأفعال التي تدخل ضمن دائرتها.

التوصيات

- نخلص من خلال ما طرح في هذه الورقة إلى جملة من التوصيات أهمها:
- نظرا للطبيعة المتعدية الحدود للجريمة المعلوماتية ولما تثيره من إشكالات قانونية من حيث الاختصاص والمتابعة والإثبات، يتعين على الدول التدخل على محورين أولهما داخلي من خلال ملائمة تشريعاتها مع هذا النمط الجديد من الجرائم، وثانيهما دولي عن طريق إبرام اتفاقيات دولية جماعية وثنائية على حد سواء.
- لا يكفي أن يتم مواكبة نصوص تشريعية للتشريعات المقارنة بدون تجسيدها من الناحية التطبيقية إذ يجب العمل على تكوين فرق من الضبطية القضائية وقضاة متخصصين في هذا النوع من الجرائم ومدتها بكافة الوسائل المادية والتقنية اللازمة لأداء عملها.
- اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية بيانات المستندات الإلكترونية من مخاطر تدخل أصحاب البرمجيات عليها إما بتعديلها أو تغيير مسارها.
- نشر الوعي بين المواطنين وخاصة الشباب بمخاطر التعامل مع المواقع السيئة والمشبوهة على الشبكات.
- تفعيل دور المجتمع المدني والمؤسسات للقيام بدوره التوعوي والوقائي من الوقوع في براثن الرذيلة والممارسات الخاطئة.

الهوامش:

(1) J.Pradel. Conclusion du Colloquesur l'informatique et Droit pénal, paris, Cujas, 1983, p.155
- FMI Bulltin, 5 août 1995, p. 246.

(2) كما يقدرها تقرير مجموعة العمل الدولية لمكافحة غسل الأموال عام 1996 بعدة مئات المليارات راجع :

- GAFI- VII, Rapport sur les typologies du blanchiment de l'argent, juin 1996, p. 13.

(3) Jacques BORICAND, Rapport introductif du colloque organisé par l'ISPEC « Criminalité organisée et ordre dans la société », Aix-en-Provence 5-7 juin 1997, p.9

- تقرير مقدم إلى مؤتمر بسيراكوزا SISCS شباب الجنائيين حول " الأنظمة الجنائية في مواجهة الجريمة المنظمة " الذي عقده المعهد الدولي العالي للعلوم الجنائية د. شريف سيد كامل، الجريمة المنظمة في القانون المقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٦، في الفترة من ٢١_٢٨ سبتمبر ١٩٩٧.

(4) أنظر في ذلك:

- الدكتور. محمد منصور الصاوي ، أحكام القانون الدولي في مجال مكافحة الجرائم الدولية للمخدرات ، دار المطبوعات الجامعية ، غير مؤرخة، الإسكندرية ص 648 & الدكتور. علاء الدين شحاته، التعاون الدولي لمكافحة

الجريمة، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة 2000م ص 174-176.

(5) تم وضع ميثاق هذه المنظمة في الفترة 7-13/6/1956م واعتبر نافذا اعتبارا من 13/6/1956م.

(6) <http://www.interpol.com/public/Icpo/Members/default.asb>

(7) Malcom Anderson : " Policing the world : Interpol the Politics of International Police Co- Operation " , Clarendon press.Oxford,1989,p 168-185

(8) هذا يؤكد أن هذه المنظمة ليست سلطة دولية عليا فوق الدول الأعضاء فالتعاون الشرطي في إطار هذه المنظمة

يحكمه مبدأ احترام السيادة الوطنية للدول الأعضاء

(9) حول هذه الواقعة أنظر جريدة النهار اللبنانية في عددها الصادر بتاريخ 19/7/2001م

(10) الدكتور : جميل عبد الباقي الصغير- الجوانب الإجرائية- المرجع السابق ص 79

(11) هذا المكتب هو أحد المكاتب الخمسة التابعة للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب ومقره دمشق

بالجمهورية العربية السورية

(12) الدكتور. سالم محمد سليمان الأوجلي : أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوضعية ،

رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس 1997م ص 425

(13) المادة 5 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي 1983

(14) صدرت هذه المعاهدة في 14/12/1990 في الجلسة العامة 68 للجمعية العامة للأمم المتحدة . وتقتضي باتفاق

أطرافها على أن يقدم كل منهم للأخر أكبر قدر ممكن من المساعدة المتبادلة في التحقيقات ، أو إجراءات المحاكمة

المتعلقة بجرائم يكون العقاب عليها وقت طلب المساعدة داخلا في اختصاص السلطة القضائية في الدولة الطالبة

للمساعدة.

(15) صدرت هذه المعاهدة واعتمدت عام 1999 من قبل مؤتمر وزراء خارجية دول المنظمة في اجتماعهم المنعقد في

أواغادوغو في الفترة من 28/6/1999م إلى 1/7/1999م.

(16) صدرت هذه الاتفاقية في 6/4/1993م بمدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية.

(17) اعتمد هذا النموذج من المجلس الأعلى لمجلس التعاون الخليجي في دورته الرابعة والتي انعقدت بدولة الكويت في

الفترة من 21-22/12/2003م

(18) الدكتور: سالم محمد سليمان الأوجلي- المرجع السابق ص 427

(19) اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 45/118 بتاريخ 14/12/1990

(20) الدكتور: جميل عبد الباقي الصغير- الجوانب الإجرائية- المراجع السابق ص 86

(21) تعزيز التعاون الدولي في إنفاذ القانون- وثيقة سبق الإشارة إليها ص 33

(22) شهدت العاصمة المغربية بودابست في 23/11/2001م أولى المعاهدات الدولية التي تكافح جرائم الإنترنت ووقعت

عليها 26 دولة أوروبية بالإضافة إلى كندا واليابان وجنوب أفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية، وتضمنت تلك

المعاهدة 48 مادة موزعة على أربعة فصول.

لمزيد من التفصيل راجع:

عمرو زكي عبد المتعال، المعاهدة الدولية لمقاومة جرائم الحاسبات، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية

للتجارة القانونية، مقر جامعة الدول العربية، يناير 2001م.

- (23) انظر د/سليمان أحمد محمد فضل، المواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) رسالة لنيل درجة الدكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة، كلية الدراسات العليا، 2007، ص 433.
- (24) راجع: الدكتور. عبد الفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة 2002، ص 102.
- (25) راجع: تعزيز التعاون الدولي في إنفاذ القانون بما في ذلك تدابير تسليم المجرمين، مرجع سابق، ص 7-8.
- (26) راجع: هذه المعايير الثلاثة هي مكان القبض على المتهم، مكان وقوع الجريمة أو محل إقامة المتهم.
- (27) راجع: الدكتور: جميل عبد الباقي الصغير-الجوانب الإجرائية – المرجع السابق، 91.
- (28) راجع: من الأمثلة على التشريعات المعنية بالجرائم المعلوماتية: حماية البيانات والخصوصية & القانون الجنائي & حماية الملكية الفكرية & الحماية من المضمون الضار & قانون الإجراءات الجزائية & التشفير والتوثيق الرقمية. أنظر:
- ULRICH SIEBER, Legal Aspects of Computer- Related Crime in the Information Society. Com crime Study. 1/01/1998
- (29) راجع: أنظر أيضا المادة 11 من اتفاقية 1988 بشأن التسليم المراقب & المادة 50 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. راجع في ذلك الأدلة التشريعية لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحق بها (منشورات الأمم المتحدة رقم المبيع (E.O.5.V2) الجزء الأول – الفقرة 384.
- (30) راجع: أنظر ما جاء بتوصية المجلس الأوروبي رقم 13(1995) الصادرة في 11/09/1999م بشأن مشاكل الإجراءات الجنائية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات.
- (31) راجع: علي سبيل المثال 22 من الاتفاقية الأوروبية بشأن الإجرام المعلوماتي.

الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري*

Dr. HAMMOUDI Nacer
Département de Droit Public,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira

د. حمودي ناصر
قسم القانون العام،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة

الملخص:

ظهور الإنترنت وما صاحبها من تطورات تكنولوجية رقمية مذهلة، وانتشارها وتطورها ودخولها مختلف مناحي الحياة، لدرجة أن أضحت إحدى مفردات التعامل اليومي بالنسبة للأفراد والمجتمعات على حد سواء، الاستفادة القصوى من مزايا يتطلب توفير حماية قانونية فعالة لها، تضيء الشرعية الحجية على التعاملات التي تتم من خلالها، وتواجه سوء استخدامها، وكذا حمايتها من كل الاعتداءات التي قد تكون عرضة لها.

ولأنّ التعامل عبر الإنترنت يتطلب اتخاذ مواقع إلكترونية عليها، والتي بدورها تحتاج إلى بناء وإنشاء وبرمجة نظم للمعالجة الآلية للمعطيات، فإنه لا يمكن تصور إضفاء حماية قانونية فعلية وفعالة على التعاملات التي تتم عبر الإنترنت، وحمايتها من الاعتداءات التي يمكن أن تكون عرضة لها، ومحاربة سوء استخداماتها، إلا بإضفاء حماية جنائية موضوعية على النظم المعلوماتية التي تعدّ العصب الأساس في استغلال محاسن الثورة المعلوماتية.

الكلمات المفتاحية:

الثورة المعلوماتية، الجريمة المعلوماتية، نظم المعالجة الآلية للمعطيات، المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/01/05 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2014/09/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Criminal protection of automated data processing Systems in Algerian law

Abstract:

The accession of internet was accompanied by a dazzling and unprecedented development in the field of information and communications technologies.

Issues related to the use of internet and its many tools, are considerable. It is not enough to know the risks; one must determine their real presence in a specific activity. To adequately supervise users, one must understand the activities and assess the issues.

In using the tools of internet and the systems of automated data processing, it is not enough to impose prohibitions and punish so that the respect for others is the order of the day and that such systems are protected.

In almost all cases, the person is master of what he does or does not do on internet. Therefore, the best way to ensure respect for the people, property and laws remains the criminalization of such infringements, without neglecting awareness, and training and education. And protect them from attacks that could be vulnerable to them, and fight the bad uses, but by giving objective criminal protection of information systems, which are key nerve to exploit the virtues of the information revolution.

Key words:

Computer revolution, automated data processing, computer offence, infringement of the automated data processing systems.

La protection pénale des systèmes de traitement automatisé des données en droit algérien

Résumé :

L'avènement de l'Internet était accompagné par un développement fulgurant et sans précédent dans le domaine des technologies de l'information et de la communication.

Les enjeux liés à l'utilisation d'Internet et de ses nombreux outils sont considérables. Ce n'est pas tout de connaître les risques, encore faut-il déterminer leur présence réelle dans une activité spécifique. Pour encadrer adéquatement les usagers, il faut comprendre ces activités et en évaluer les enjeux.

Dans l'utilisation des outils de l'Internet et des systèmes de traitement automatisé des données, il ne suffit pas d'imposer des interdits et de sévir pour que le respect des autres soit au rendez-vous, et que ces systèmes soient protégés.

Dans la quasi-totalité des cas, l'individu est maître de ce qu'il fait ou ne fait pas sur Internet. C'est pourquoi, le meilleur chemin pour assurer le respect des personnes, des biens et des lois, demeure l'incrimination de ces atteintes, sans pour autant négliger, la sensibilisation, la formation et l'éducation.

Mots clés :

Révolution informatique, traitement automatisé de données, infraction informatique.

مقدمة

مع التطورات التكنولوجية التي أفرزتها الثورة المعلوماتية، والتي فاقت كل خيال، ومع استعمالها التي أضحت إحدى مفردات الحياة اليومية للأفراد والمجتمعات، التي شكلت لهم عالما افتراضيا رقميا جديدا انفرد بمصطلحاته ومفاهيمه وآثاره، كانت لها الكثير من الانعكاسات القانونية على مختلف فروع القانون، إلا أنها طرحت تحديات كبيرة للقانون الجنائي. إذ أول ما أثارته من جدل فقهي ونقاش قانوني، كان بخصوص مدى قدرة القانون الجنائي بمد هذا العالم بالحماية الجنائية الفعالة، باعتباره القانون الذي يوفر مثل هذه الحماية كلما عجزت باقي فروع القانون الأخرى على حماية نفسها.

حتى وإن تم ضبط الكثير من المضامين وتحديد الكثير من الأبعاد القانونية المختلفة للعالم الافتراضي، سيما على مستوى النواحي المدنية والتجارية، بوضع قوانين خاصة مستحدثة، أو بإجراء بعض التعديلات والتطويبات للقواعد التقليدية. غير أن الإشكال الكبير الذي ظل ولا يزال مطروحا، يتعلق أساسا بمسألة الحماية الجنائية لأهم النظم المعلوماتية التي يقوم عليها العالم الافتراضي. خاصة وأن قانون العقوبات ألف الثبات والاستقرار، إلا أن التطورات المعلوماتية المتسارعة فاجأته بسرعة تحولاتها الرقمية، وبت السؤال مطروحا بخصوص أثر هذه التحولات على قدرة هذا القانون ومدى كفاية قواعده على مد النظم المعلوماتية بالحماية الجنائية الفعالة والكافية؟ أم أن الأمر يحتاج -مثلما احتاج في فروع القانون الأخرى- إلى التعديل والتطويع والملائمة، أم الأمر أعقد من ذلك بكثير ويحتاج إلى إحداث ثورة تشريعية جنائية حديثة؟

لذا بات موضوع الحماية الجنائية لنظم للمعالجة الآلية للمعلومات، من أكثر الموضوعات التي أثارَت التشكيك في قدرة القواعد الجنائية التقليدية وما إن كانت ستظل هذه القواعد حاضرة وقادرة على مسايرة واقع الثورة المعلوماتية وما أفرزته من تحديات إجرامية حديثة، سميت بدورها بالإجرام المعلوماتي. الذي استدعى في بعض الحالات ضرورة التوصل لحلول غير تقليدية لموضوع مستحدث ذو تداعيات قانونية جنائية غير مسبوقه. ولعل ذلك راجع بالأساس لأهم الأسباب التالية:

أولا/النظم المعلوماتية مفهوم حديث وتطبيق تقني جديد: التطورات التكنولوجية غيرت كثيرا من المفاهيم القانونية التقليدية، وأدخلتنا في عصر العولمة وتدويل والرقمنة⁽¹⁾، بوجود بيئة رقمية افتراضية، أزالَت المسافات وتلاشت معها الحدود. الأمر الذي أحدث انقلابا حقيقيا وكبيرا على المفاهيم الجنائية التقليدية، وطرح السؤال حول قدرتها على التأقلم مع هذا التحول، أم عجزها عن ذلك، وما إن كان يتعين هجرها والبحث عن بدائل قانونية حديثة تواكب التطورات التقنية وما أفرزته من نظم معلوماتية لازمة للتعامل مع هذا الوسط الحديث.

ثانيا/مفاهيم مستحدثة تستدعي حولا قانونية مبتكرة: البعد التقني الحديث للنظم المعلوماتية، غير الكثير من المفاهيم القانونية التقليدية وأحل مفاهيم أخرى محلها. هي مفاهيم لم يكن لرجل القانون معرفة بها إلى وقت قريب من الزمن، خاصة بحلول دعائم إلكترونية رقمية أوجب الاعتراف بها وإضفاء الحجية القانونية عليها⁽²⁾، مما أثار في الوقت ذاته مسألة حمايتها جنائيا⁽³⁾. خاصة بعد أن أخذت الطابع الدولي⁽⁴⁾، باعتبارها تتم عبر شبكة دولية مفتوحة ترفض الاعتراف بالحدود وتأبى الخضوع لمفاهيم السيطرة والملكية. الأمر الذي أعجز أهم أحكام القانون الجنائي المتعلقة بالاختصاص المبنية على فكرة الحدود والإقليمية⁽⁵⁾. في حين أن الإنترنت ليست ملكا لأية جهة ولا يسيطر عليها أحد⁽⁶⁾، أضعفت كثيرا المبادئ الجنائية التي كانت متجذرة في السيادة الإقليمية للدولة. وكان لزاما أن يواكب التطورات المعلوماتية الجديدة، تطورات في المتطلبات القانونية، وتجاوز قصور القواعد القانونية الجنائية التقليدية، لمواجهة ظواهر إجرامية مستجدة، سميت عموما بالإجرام المعلوماتي أو الإلكتروني أو الرقمي.

ثالثا/ظاهرة إجرامية مستجدة تتطلب مواجهة مستحدثة: النظم المعلوماتية للإنترنت التي شكلت موضوعا قانونيا جديدا للحماية، صاحبها ظواهر إجرامية معلوماتية حديثة تتم عبر أساليب إجرامية جديدة لم تألفها مبادئ القانون الجنائي التقليدي. ظواهر إجرامية حديثة مستجدة تتمتع بذات خصائص التقنية متجاهلة طرق المواجهة الجنائية التقليدية، وتفاديا لفكرة الفراغ التشريعي الذي يتيح إفلات الكثير من المجرمين من العقاب⁽⁷⁾، تعين لبحث عن أساليب مستحدثة للمواجهة.

خاصة وأن النظم المعلوماتية أساليب تقنية وضعت لكي يتم من خلالها تبادل المعلومات المعالجة إلكترونيا، التي أضحت بدورها موضوعا للجريمة المعلوماتية، هي والنظم التي تعالجها، الأمر الذي حتم إعادة التفكير وإعادة صياغة المفاهيم الجنائية التقليدية لأجل مواجهة ظاهرة الإجرام المعلوماتي بتطوير الظاهرة القانونية.

وما زاد من خطورة هذا النوع من الجرائم، أنها انصببت على قيم معنوية لا تلمسها الأيدي ولا تبصرها الأعين، تتخطى حدود المكان في ظل انفتاح شبكة الإنترنت وتجاهلها للحدود الجغرافية للدول. وزادها تعقيدا؛ أنها جرائم ترتكب من قبل أشخاص من أصحاب المعارف والمهارات الفنية، وفي الغالب من المتخصصين في مجال المعلوماتية، وعلى قدر عال من الاحتراف⁽⁸⁾. يضاف لذلك خفاء الجريمة المعلوماتية كونها تتم عبر نبضات إلكترونية لا تجيد قراءتها سوى برامج الكمبيوتر⁽⁹⁾، كل ذلك في ظل غياب الكفاءات العالية وانعدام الخبرة لدى الأجهزة الأمنية والقضائية⁽¹⁰⁾.

رابعا/وجوب مقابلة تطور الفكر الإجرامي بتطور في الفكر القانوني: ظهور الإنترنت وما أسفرت عنه من ظهور ظاهرة الإجرام المعلوماتي. يستدعي بالضرورة مواجهة جنائية جديدة⁽¹¹⁾. كونه إجرام يقوم على انتهاك المواقع المعلوماتية وسرقة بياناتها وأموالها الإلكترونية. ووجوب أن يكون هناك تطور مواز ومواكب في الإطار القانوني⁽¹²⁾. خاصة في ظل واقع المعلوماتية يتسم بالحركية والتحول الدائمين⁽¹³⁾. وظهور الحاجة إلى الحماية الجنائية للنظم المعلوماتية والبيانات التي تتداول عبرها⁽¹⁴⁾.

هذه الحماية الجنائية؛ في شقها الموضوعي والإجرائي. كانت باستحداث نصوص حديثة من قبل المشرع الجزائري، مستفيدا في ذلك ببعض التجارب الدولية والإقليمية، مثلما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية بواذبست، والتي بالرغم من كونها اتفاقية أوروبية، إلا أن طابعها وتوجهها عالميين⁽¹⁵⁾. كما وجد تجربة أخرى على المستوى العربي، وهي تجربة وضع القانون العربي النموذجي أو الاسترشادي الذي يعد عملا مشتركا بين مجلس وزراء الداخلية والعدل العرب، في نطاق الأمانة العامة لجامعة الدول العربية في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الذي تم إقراره في 21 و22 ماي 2003⁽¹⁶⁾.

أما على مستوى تجارب الدول، نجد التجربة الفرنسية هي الأكثر ثراء وتوجيهاً للمشرع الجزائري، سيما وأن المشرع الفرنسي من بين المشرعين الذين اهتموا منذ البداية بمواجهة هذا النوع من الجرائم بقوانين خاصة، وبالكثير من التشريعات والتعديلات⁽¹⁷⁾. وبالتالي بادر المشرع الجزائري بتعديل قانون العقوبات بموجب القانون 15-04 المؤرخ في 10-11-2004 الذي أفرد القسم السابع مكرر من قانون العقوبات لهذا النوع من الجرائم تحت عنوان "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات" ضمن ثمانية مواد. وبعده بسنتين قام من جديد بإدخال تعديل آخر على قانون العقوبات، بموجب القانون رقم 23-06 المؤرخ في 20-12-2006. وهو التعديل الذي مس القسم المتعلق بالجرائم المعلوماتية، لكن في جانب العقوبة دون جانب التجريم. أما بخصوص الشق الإجرائي، فقام بتعديل قانون الإجراءات الجزائية، بموجب قانون رقم 14-04 مؤرخ في 10-11-2004 الذي من خلاله عامل الجرائم المعلوماتية مع جرائم أخرى بعض المعاملة الخاصة والاستثنائية خروجاً عن القواعد العامة⁽¹⁸⁾.

غير أنه أمام الخطورة المتزايدة لهذا النوع من الجرائم، وإدراكاً من المشرع الجزائري بضرورة تعزيز الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات، اضطر مرة أخرى للتدخل، وذلك بموجب القانون رقم 22-06 المؤرخ في 20-12-2006 معاملاً هذا النوع من الجرائم معاملة خاصة، حيث أدرج تقنيات خاصة للمواجهة. غير أنه ارتأى مرة أخرى أن ذلك غير كاف، فاضطر مرة ثالثة إلى التدخل، لكن هذه المرة بموجب قانون خاص مستقل، وهو القانون رقم 04-09 مؤرخ في 05 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها⁽¹⁹⁾.

غير أن دراستنا في هذا المقال، ستركز فقط على الجوانب الموضوعية للحماية الجنائية المقررة للنظم المعلوماتية في التشريع الجزائري، دون الجوانب الإجرائية لهذه الحماية. خاصة وأن الجانبين حديثين ويتضمنان العديد من التفاصيل المتوجب التطرق لدراستها، الإلمام بها كلها لا يتسع له المقام. لذا نأمل أن نوفق في دراسة الجوانب الموضوعية في هذا المقام، على أن يمكننا الله بعونه من تناول الجوانب الإجرائية في مقال آخر.

الهدف من هذه الدراسة؛ هو دراسة أهم الجرائم التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب التعديل الذي أدخله على قانون العقوبات سنة 2004، كونه تعديل أضاف الحماية الجنائية على النظم المعلوماتية وما تحتويه من بيانات ومعلومات ومعطيات، محاولين قدر الإمكان الإحاطة بجميع أشكال الجرائم المعلوماتية التي يمكن أن تقع في أية بيئة إلكترونية⁽²⁰⁾. محاولين التركيز على تبيان مدى قدرة هذا التعديل على مواجهة الإجرام المعلوماتي وبالتالي تكريس حماية جنائية فعالة للنظم المعلوماتية.

المبحث الأول: جريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات

جريمة الدخول غير المشروع لنظم المعالجة الآلية للمعلومات⁽²¹⁾، من أهم الظواهر الإجرامية التي أسفرت عنها التطورات التكنولوجية⁽²²⁾، وهي وإن كانت جريمة شكلية، غير أنه في الغالب ما يرتبط بالدخول ارتكاب جرائم أخرى مادية. لذا عاقب المشرع على مجرد الدخول لنظم المعالجة الآلية للمعطيات تفاديا للتمادي في الاعتداءات على النظم وما تحتويه من معلومات⁽²³⁾. وشدد العقوبات في حالة ما إذا ترتب على فعل الاختراق نتيجة مادية ما، تتمثل في الإضرار بالمعلومات أو بنظم معالجتها. وذلك بموجب نص المادة 394 مكرر المقابلة لنص المادة 1-313 من قانون العقوبات الفرنسي. والمادة 2 من اتفاقية بودابست⁽²⁴⁾. وسنحاول تفصيل أركان هذه الجريمة من خلال المطالب التالي تناولها.

المطلب الأول: الركن المادي لجريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به داخل النظام

باستقراء نص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، يتضح لنا بأن الركن المادي لهذه الجريمة، يتحقق بإتيان سلوك يتمثل في صورة الدخول لنظم المعالجة الآلية للمعطيات أو البقاء فيها. غير أن بعض الفقه نجده يشترط بدون سند في القانون أن تكون هذه النظم مؤمنة بإجراءات فنية⁽²⁵⁾. عكس البعض الآخر الذي لا يرى ضرورة لذلك - وهو الرأي الغالب⁽²⁶⁾ - غير أننا وبدون الخوض في هذا الجدل، نرى أن المشرع الجزائري لم يتطلب ذلك. لذا سنتناول باختصار من خلال ثلاث فروع، دراسة عناصر الركن المادي لهذه الجريمة.

الفرع الأول: السلوك الجرمي لجريمة الدخول لنظام المعالجة الآلية للمعلومات

تتطلب كل من جرمي الدخول للنظم المعلوماتية أو البقاء فيها، سلوكا أو نشاطا جرميا معينا، يتخذ صورتين، صورة الدخول وصورة البقاء؛ فعل الدخول يتطلب بدهة سلوكا إيجابيا، بينما فعل البقاء يتحقق بسلوك إيجابي عن طريق الترك أو الامتناع. وسنتناول صورتَي السلوك الجرمي في النقطتين التاليتين.

أولا/الدخول غير المصرح به: الدخول "غير المصرح به" أو "عن طريق الغش"⁽²⁷⁾، لنظم المعالجة الآلية للمعطيات، يعد دخولا معنويا، يستدعي أولا البحث عن معناه وعن متى يكون دخولا غير مصرحا به، وما الغش الذي يتم به؟ وهل يكفي الدخول وحده أم هناك أفعالا أخرى سابقة عنه يشترط إتيانها؟ أم أن مجرد الدخول كاف لوحده للتدخل بالعقاب؟ وهي التساؤلات التي سنحاول الإجابة عنها في النقاط التالية:

1- مفهوم الدخول غير المصرح به: الدخول غير المصرح به، يستمد عدم مشروعيته من كونه غير مصرح به وتم دون رضا من صاحب هذا النظام أو رغما عنه⁽²⁸⁾. سواء كان الدخول لكل النظام أو لجزء منه فقط، وفي كلتا الحالتين نكون بصدد دخول معنوي لا يتم بالطرق التقليدية⁽²⁹⁾. لذا نجد تعدد محاولات الفقه في تحديد معناه⁽³⁰⁾، وهي محاولات ركزت جميعها على أنه ولوج بالطرق المعلوماتية ذو مدلول معنوي يشبه الدخول في ذاكرة الإنسان، ومدلول آخر مادي يتمثل في أن الشخص يكون قد حاول الدخول أو دخل بالفعل إلى النظام المعلوماتي⁽³¹⁾. له دالتان؛ دلالة المكان وهو التسلسل لداخل النظام المعلوماتي، ودلالة زمانية وتتمثل في تجاوز وقت وحدود التصريح أو الترخيص بالدخول، إن وجد مثل هذا التصريح⁽³²⁾.

ونجد المشرع الجزائري أسوة بالمشرع الفرنسي، قد صاغ النص بطريقة تشمل جميع طرق الدخول الممكنة، دون تحديد طريقة أو وسيلة بعينها. مما يمكن من مواجهة جميع أشكال الاختراق غير المشروع للنظم المعلوماتية. مع الإشارة أن هذه الجريمة تعد جريمة وقتية لها آثارا مستمرة، وفي ذات الوقت جريمة شكلية لا يتطلب فيها تحقق ضرر معين، كما لا يشترط فيها صفة معينة في الشخص الذي قام بهذا الدخول.

2- مفهوم عدم التصريح بالدخول: التصريح بالدخول يثير مسألتين هامتين، هما: من المسؤول عن إعطاء التصريح، وما هي حدود هذا التصريح وحالاته؟ بخصوص المسألة

الأولى، فإن التصريح يجب أن يمنحه الشخص المسؤول أو المسيطر أو المالك لتنظيم النظام المعلوماتي. وإن كان للنظام أكثر من مسؤول واحد، فهنا يكون لكل منهم الحق في منح التصريح. لذا فالجريمة التي نحن بصدد دراستها، تقوم في الحالة التي لا يكون هناك فيها تصريح بالدخول بتاتا، أو أن يوجد تصريح بالدخول، ولكن المصرح له يقوم بتجاوز الحدود التي رسمت له في هذا التصريح. سواء من حيث الوقت المخصص له أو من حيث تجاوز الغرض الذي لأجله منح الترخيص.

ثانيا/البقاء غير المصرح به: الصورة الثانية من صور السلوك الإجرامي للجريمة التي نحن بصدد دراستها، هي البقاء غير المصرح به في النظام. لذا سنحاول تناول المقصود بالبقاء غير المصرح به. ومن ثم النظر ما إن كان البقاء متلازما مع الدخول، أم أن كل منهما جريمة مستقلة.

1-المقصود بالبقاء غير المصرح به: لم يتطرق المشرع الجزائري ولا المشرع الفرنسي لمعنى البقاء، لذا نجد الفقه قد تصدى لبحث هذه المسألة، وتعددت تعريفاته⁽³³⁾، غير أنها في مجملها تركز على أن البقاء هو أن يكون الجاني قد دخل النظام عن طريق الصدفة أو الخطأ، ومن بعدها يقرر البقاء داخله وعدم قطع الاتصال به⁽³⁴⁾. وبالتالي هي جريمة سلوك إيجابي يتحقق بالترك أو الامتناع. كما أنها جريمة مستمرة.

2-مدى ضرورة التلازم بين فعلي البقاء والدخول: البقاء يتكون أصلا من فعلين؛ أن يكون هناك دخول والفعل الثاني وهو البقاء بعد هذا الدخول، أي أن تتجه إرادة الجاني إلى عدم قطع الاتصال بالرغم من علمه أنه داخل نظام ممنوع عليه الدخول إليه. لكن استعمال المشرع لمصطلحي الدخول والبقاء معا، يعني أن كل دخول غير مصرح به يترتب عليه بقاء غير مشروع. لكننا نرى أن كل جريمة مستقلة عن الأخرى، ولكل منهما سلوكها الخاص، خاصة وأنه سبق القول أن إحداها جريمة مؤقتة والأخرى جريمة مستمرة، وبالتالي فهما من طبيعتين مختلفتين.

الفرع الثاني: محل النشاط الجرمي

هدف المشرع الجزائري من خلال المادة 394 مكرر، لإضفاء حماية جنائية فعالة لنظم المعالجة الآلية للمعطيات. أي حماية النظام ذاته، أي كانت مكوناته، مادية أو

معنوية، وسواء كان ذلك بصفة جزئية أو بصفة كلية، وأيا كانت المعلومات التي يتضمنها النظام أو يتم تبادلها من خلاله.

أولا/نظم المعالجة الآلية للمعطيات:عرفت نظم المعلومات بأنها: " مجموعة الإجراءات التي تقوم بتجميع ومعالجة وتخزين وتوزيع المعلومات بهدف دعم عمليات صنع القرار"⁽³⁵⁾. أو: "عبارة عن آلية وإجراءات منظمة تسمح بتجميع وتصنيف وفرز البيانات ومعالجتها ومن ثم تحويلها إلى معلومات يسترجعها الإنسان عند الحاجة، ليتمكن من إنجاز عمل أو اتخاذ قرار أو القيام بأية وظيفة عن طريق المعرفة التي سيحصل عليها من المعلومات المسترجعة من النظام"⁽³⁶⁾. وعرف المشرع الجزائري، بموجب الفقرة (ب) من المادة 2 من القانون رقم 04-09 المتضمن القواعد الخاصة المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، نظام المعلومات بأنه: " أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية لمعطيات تنفيذها لبرنامج معين". ونرى أنه تم التركيز على فكرة " المعالجة الآلية"، التي يقصد بها مجموعة من العمليات المترابطة والمتسلسلة، التي تخضع لها معالجة المعطيات"⁽³⁷⁾.

ثانيا/المعطيات:المعطيات ووفقا للمادة 2 الفقرة (ج) من القانون 04-09 السابق الذكر، هي: " أي عملية عرض للوقائع أو المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهز للمعالجة داخل منظومة معلوماتية بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها". أي هي عبارة عن حقائق رقمية أو غير رقمية، وهي تختلف عن المعلومات التي تعتبر كل نتيجة مترتبة على تشغيل المعطيات أو تحليلها أو استقراء دلالتها واستنتاج ما يمكن استنتاجه منها"⁽³⁸⁾. ومن هنا نجد بأن الحماية الجنائية مكرسة للنظم المعلوماتية وما تحتويه من بيانات ومعطيات.

الفرع الثالث:النتيجة الإجرامية

بالرجوع لنص المادة 394 مكرر، نجد المشرع قد عاقب على فعلي الدخول والبقاء المجردين للنظم المعلوماتية، دون اشتراط أن يترتب عن ذلك تحقق نتيجة معينة. وبالتالي نحن بصدد جريمة شكلية هدف من خلالها المشرع حماية النظم المعلوماتية ذاتها دون المعلومات التي تحتويها. وإن حدث وأن يترتب عن فعل الدخول أو البقاء أثر

معين ضار كالتعطيل أو التخريب أو التدمير، فالمشرع هنا جعل هذا الأثر نتيجة جرمية تحول الجريمة من مجرد جريمة شكلية إلى جريمة مادية. وواجه المشرع الجزائري ذلك بالفقرتين الثانية والثالثة من المادة 394 مكرر، فنجد الفقرة الثانية من هذه المادة شددت العقاب في حال المساس بالمعطيات، إذ نصت بأنه: "... تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة...". في حين نصت الفقرة الثالثة من ذات المادة، على أنه: "... وإذا ترتب على الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة...". ونرى هنا أن المشرع الجزائري قد اعتد ببعض النتائج فقط التي شدد بتحقيقها العقوبة، دون كل النتائج الأخرى. وهو ما نبينه في النقطتين التاليتين: أولاً/حذف أو تغيير المعلومات التي يحتويها النظام: بحسب الفقرة الثانية من المادة 394 مكرر، إذا ترتب عن الدخول غير المشروع للنظام، حذف في المعطيات أو إزالتها، أو إحداث تعديلات أو تغييرات فيما دون حذفها، يتم تشديد العقاب. وهي جريمة غير التي وردت بنص المادة 394 مكرر المتعلقة بجريمة التلاعب بالمعلومات، التي تعد جريمة مستقلة سببها أركانها فيما بعد، وليست مجرد نتيجة يترتب عليها مضاعفة العقاب. ثانياً/تخريب نظام المعالجة الآلية للمعطيات: وهي النتيجة التي تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة 394 مكرر. ويقصد بتخريب النظام جعله غير قابل للاستخدام أو للاستعمال، وهي النتيجة الأخطر جسامة التي يمكن تصور إحداثها بالنظام، خاصة وأن تخريب النظام يعني ضمناً اعتداء على كل المعطيات التي يحتويها. وهنا نجد بأن المشرع الجزائري لم يبين موقفه من النتائج الأخف من ذلك، كمجرد التعطيل أو الإفساد الجزئي للنظام. ونرى أنه كان من الأجدر العقاب على كل فعل من شأنه جعل النظام يؤدي وظائفه على غير النحو الذي وجد لأجله. حتى يمكن مواجهة كل الأضرار التي قد تصيب النظم المعلوماتية.

المطلب الثاني: الركن المعنوي للجريمة

تعتبر جريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به، جريمة عمدية. حيث استعمل المشرع الجزائري عبارة " عن طريق الغش"، واشترط أن تكون هذه الجريمة عمدية أمر بديهي، كون الواقع اليومي يكشف أن الكثير من عمليات الدخول لنظم المعالجة الآلية للمعطيات والبقاء فيها عمليات روتينية تتكرر بشكل كبير في اليوم الواحد، لذا لو لم

تكن هذه الجريمة عمدية لوقوع الملايين من حسني النية تحت طائلة العقاب. غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن اشتراط القصد من قبل المشرع هو في صورتها الجريمة البسيطة، غير أن الأمر ليس كذلك في صورتها المشددة المبينة في المادة 394 مكرر 1 وهو ما نبينه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الركن المعنوي للجريمة في صورتها البسيطة

جريمة الدخول أو البقاء بطريق الغش، من الجرائم العمدية التي يتطلب قصدا عاما بعنصره العلم والإرادة: عنصر العلم؛ هو وجوب أن يعلم الجاني أن فعله ينصب على نظام معالجة آلية للمعطيات، وأنه ليس له الحق في الدخول إليه أو البقاء فيه، وبالتالي إذا انتفى العلم بذلك انتفى القصد⁽³⁹⁾. وعنصر الإرادة؛ التي يجب أن تنصرف للسلوك فقط دون النتيجة، كون القانون لا يشترط في هذه الجريمة نتيجة معينة، وبالتالي لا يشترط إرادتها. لكن هناك قوانين تتطلب توفر قصد خاص أيضا، يتمثل في الغرض من ارتكاب هذه الجريمة، كغرض السرقة أو التهديد أو النصب، وهو موقف المشرع الإنجليزي في قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية لسنة 1990. في حين هناك قوانين تشترط أن يكون الغرض هو الحصول على فائدة أو ربح للجاني أو لغيره، مثلما هو الشأن بالنسبة للقانون البرتغالي لسنة 1991 الخاص بالجرائم المعلوماتية⁽⁴⁰⁾.

الفرع الثاني: الركن المعنوي للجريمة في صورتها المشددة

عكس الصورة السابقة، نجد المشرع الجزائري في نص المادة 394 مكرر 1 من تقنين العقوبات الجزائري، قد استعمل مصطلح الغش فقط مع فعل الإدخال. معتبرا أن الإدخال لا يمكن إلا أن يقع عمدا، عكس الحذف والتغيير اللذين لا يمكن أن يقعا إلا عن طريق الخطأ. وبالتالي فهذه الجريمة من جرائم الإهمال، مجرد ارتكاب فعلها المادي يعد كافيا لقيام الجريمة، إلا إذا استطاع الجاني إثبات وجود قوة قاهرة أدت إلى وقوعها⁽⁴¹⁾. فإذا قصد الجاني تحقيق النتيجة المشددة يطبق عليه نص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات وليس نص المادة 394 مكرر. أما بالنسبة لظرف التشديد المتعلق بتخريب نظام المعالجة الآلية الذي نصت عليه الفقرة الثالثة من نص المادة 394 مكرر، فهو يتعلق بنتيجة قد تقع في القانون الفرنسي كظرف تشديد غير مقصود، المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 323-1 من قانون العقوبات الفرنسي، أو كجريمة

خاصة مقصودة هي جريمة إعاقة أو إفساد نظام المعالجة الآلية (Atteint volontaire au fonctionnement d'un système de traitement automatisé) المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 2-323⁽⁴²⁾.

المبحث الثاني: جريمة التلاعب غير المصرح به بالمعلومات

بعد أن جرم المشرع الجزائري فعلي الدخول والبقاء بطريق الغش لنظم المعالجة الآلية للمعطيات، قام بتجريم فعل التلاعب غير المصرح به بالمعلومات التي تتضمنها نظم المعالجة الآلية. وهي جريمة مستقلة تضمنها نص المادة 394 مكرر 1 التي عاقبت عن كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها. حاميا بذلك المعلومات بكافة أنواعها وشاملا أيضا لكل وسائل التلاعب دون أن يميز بين وسيلة وأخرى. والعقاب على التلاعب يكون متى كان مقصودا. وسنتناول ركني هذه الجريمة تباعا في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الركن المادي لجريمة التلاعب غير المصرح به بالمعلومات

يتبين من نص المادة 394 مكرر 1 من تقنين العقوبات الجزائري، المقابلة لنص المادة 3-323 من تقنين العقوبات الفرنسي، ونص المادة 4 من اتفاقية بودابست، أن الركن المادي لجريمة التلاعب غير المصرح به بالمعلومات، يتم بسلوك يمكن أن يتخذ صورة الإدخال أو التعديل أو المحو، وهي الصور التي نتناولها في فرع أول. وأن يرد هذا السلوك على محل معين، وهو المعلومات التي يتضمنها نظام المعالجة الآلية للمعطيات. وهو ما نبينه في الفرع الثاني. على أن يحقق نتيجة معينة، تتمثل في تغيير الحالة التي تكون عليها المعلومات في نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وهو ما نبينه في الفرع الثالث.

الفرع الأول: النشاط الجرمي لجريمة التلاعب غير المصرح به بالمعلومات

بين المشرع الجزائري في نص المادة 394 مكرر 1، ثلاثة صور لهذا السلوك الإجرامي الذي تقوم به الجريمة التي نحن بصدد دراستها. وهي الصور التي تمكن من مواجهة مختلف أشكال الاعتداء على المعلومات وهي: (الإدخال أو التعديل أو الإزالة)، وتكفي أية صورة من هذه الصور الثلاث لقيام السلوك الجرمي.

أولا/فعل الإدخال: فعل الإدخال بحسب البعض⁽⁴³⁾، هو تغذية النظام بمعلومات أو إضافة خصائص ممغنطة جديدة في الدعامة الموجودة...⁽⁴⁴⁾. وبالتالي الإدخال فعل

يتحقق بكل حالات تغذية النظام المعلوماتي بمعلومات مغلوبة أو خبيثة - الفيروسات-، أو غير صحيحة، أو إدخال معلومات صحيحة غير مصرح بإدخالها⁽⁴⁵⁾. ثانيا/فعل التعديل:التعديل يتعين أن يكون بطريق الغش، ويعني تغيير المعلومات داخل النظام واستبدالها بمعلومات أخرى⁽⁴⁶⁾، أي تغيير غير مشروع للمعلومات والبرامج، أو إمداد النظام بمعلومات مغايرة تؤدي إلى نتائج مغايرة عن تلك التي صمم البرنامج لأجلها⁽⁴⁷⁾.

ثالثا/فعل الإزالة:الإزالة تعني التدمير، الإضرار، الإلتلاف، المحو، الطمس... وكلها تعني اقتطاع خصائص البيانات والمعطيات عن طريق محوها أو عن طريق طمسها، أو ضغط خصائص أخرى فوقها. وهي مرحلة لاحقة على مرحلة إدخال المعلومات، حيث أن الإزالة تفترض الوجود السابق لعملية الإدخال⁽⁴⁸⁾.

الفرع الثاني:محل النشاط الجرمي

محل هذه الجريمة؛ هي المعلومات التي سبقت معالجتها آليا، والتي تكون متضمنة داخل النظام، وبمفهوم المخالفة، فإن المعلومات غير المعالجة التي لم تدخل إلى النظام، فهي خارج نطاق الحماية الجنائية المقررة بنص هذه المادة⁽⁴⁹⁾. وذلك يستخلص من استعمال نص المادة 394 مكرر 1 ما يفيد بأن تكون المعلومات متضمنة بداخل النظام حيث استعمل عبارة " المعطيات التي يتضمنها".

الفرع الثالث:النتيجة الإجرامية

جريمة التلاعب بالمعلومات، تشترط وقوع ضرر فعلي على هذه المعلومات، ألا وهو تغيير حالتها، وذلك من خلال الإزالة أو التعديل أو المحو. وبالتالي هي من الجرائم المادية ذات النتيجة، وليست مجرد جريمة شكلية.

المطلب الثاني:الركن المعنوي لجريمة التلاعب غير المصرح به بالمعلومات

جريمة التلاعب بالمعلومات، وأيا كانت صورة السلوك المتخذ فيها، هي جريمة عمدية يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي العام. غير أنه مثلما جرت العادة، يثير الفقه مسألة ما إن كانت تشترط بالإضافة إلى ذلك قصدا جنائيا خاصا بالإضافة إلى القصد الجنائي العام. وهو ما يجعلنا نتناول هذا المطلب ضمن فرعين.

الفرع الأول: القصد الجنائي العام

جريمة التلاعب بالمعلومات من الجرائم العمدية، تتطلب القصد الجنائي العام الذي يقوم على علم الجاني بأنه يقوم بإحدى الأفعال التي جرمها النص القانوني، وأن من شأن أفعاله أن تؤدي إلى النتيجة المجرمة المتمثلة في التعديل أو الإزالة أو المحو، أو أن يقبل بحدوثها، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة دون الحاجة للنص عليها. غير أن الفقه وحتى في غياب النص الصريح أثار جدلاً واسعاً بخصوص مدى وجوب توفر قصد جنائي خاص حتى تقوم هذه الجريمة، وهو ما نتناوله ضمن الفرع الثاني.

الفرع الثاني: مدى وجوب توفر القصد الجرمي الخاص

من بناء المادة 394 مكرراً 1 ومن خلال مصطلح " الغش " الذي استعمله المشرع نستنتج أن الأخير اشترط أن تكون الجريمة عمدية⁽⁵⁰⁾. وهو ذات الوضع في نص المادة 3-323 من تقنين العقوبات الفرنسي، وما استقر عليه القضاء الفرنسي وكرسه في العديد من أحكامه، منها النقض الجنائي في 08-12-1999⁽⁵¹⁾. وبالتالي هذه الجريمة لا تتطلب أي قصد خاص⁽⁵²⁾. لكن هناك قوانين أخرى مثل القانون البرتغالي والفنلندي والتركي تشترط قصداً خاصاً لهذه الجريمة، وهونية تحقيق الربح، الأمر الذي كان محل انتقادات فقهية كبيرة- لا يتسع المقام لها-⁽⁵³⁾. ما يهمننا أن المشرع الجزائري لم يشترط صراحة القصد الجنائي الخاص.

المبحث الثالث: جريمة التعامل في معلومات غير مشروعة

بعد أن توجهت الحماية الجنائية التي قررها المشرع الجزائري إلى نظم المعالجة الآلية للمعلومات في الجريمة الأولى، وهي حماية النظام ذاته من الدخول أو البقاء غير المصرح بهما. اتجهت حمايته للمعلومات ذاتها التي يتضمنها النظام؛ فقام بتجريم أفعال التلاعب والإزالة والمحو فيها. ليقوم في هذه الجريمة بتجريم جملة من الأفعال التي تتعرض لها المعلومات أيضاً. حيث عاقبت الفقرة الأولى من المادة 394 مكرر 2 على: "... تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلّة عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم"، وهو ذات المعنى الذي ورد بالمادة 1/3-323 من تقنين العقوبات الفرنسي⁽⁵⁴⁾. وسنفضل في أركان هذه الجريمة من خلال ماسيلي.

المطلب الأول: الركن المادي لجريمة التعامل غير المشروع في المعلومات

لهذه الجريمة صورتين كلاهما تنحصر في مجرد السلوك المجرم، دون تطلب أية نتيجة. بمعنى أنهما صورتين لجريمتين شكليتين. فيكفي للعقاب مجرد قيام الفاعل بأحد الأفعال المبينة بنص المادة 394 مكرر 2، دون اعتبار لأي نتيجة منظورا إليها ماديا. وأن ترد على محل معين. وهو ما نبينه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: النشاط الجرمي لجريمة التعامل غير المشروع في المعلومات

تقوم هذه الجريمة على التعامل في معلومات صالحة لارتكاب جريمة من الجرائم التي سبقت دراستها، أو التعامل في معلومات متحصلة منها. وهي كلها صورا شكلية تقع وتكتمل بمجرد اكتمال الفعل دون تطلب نتيجة معينة⁽⁵⁵⁾. لكنهما صورتين تنطويان على العديد من الأفعال التي نتناولها في النقاط التالية.

أولا/التعامل في معلومات صالحة لارتكاب جريمة: التعامل في المعطيات فعل ينطوي على العديد من الأفعال والأعمال والعمليات السابقة على استعمال المعلومات، مثل تصميمها وبحثها وتجميعها، وصولا إلى توفيرها أو نشرها أو الاتجار فيها، ويكفي أيها لقيام السلوك المادي للجريمة. وسنبين معنى هذه الأفعال فيما يلي.

1-التصميم: هو إعداد معلومات صالحة لارتكاب الجريمة، في العادة ما يقوم به أشخاص مختصين كمصممي البرامج، مثل تصميم الفيروسات أو برامج تمكن من الوصول لنظم المعالجة الآلية للمعطيات⁽⁵⁶⁾.

2-البحث: البحث؛ فعل يقصد به البحث عن كيفية تصميم المعلومات وإعدادها، وليس مجرد البحث عنها، أي البحث عن المعلومات من أجل تصميمها لأغراض تجريبية⁽⁵⁷⁾. مثل البحث عن الشفرات والبيانات التي تمكن من الاستيلاء على التوقيع الإلكتروني للشخص أو فك شفرات تعاملاته المالية الإلكترونية.

3-التجميع: هو فعل يتمثل في القيام بجمع قدر كبير من المعلومات، يمكن أن ترتكب بها إحدى جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات⁽⁵⁸⁾.

4-التوفير: يقصد به عرض المعلومات وإتاحتها وجعلها في متناول الغير وتحت تصرفه وحيازته. مثل كلمات أو شفرات المرور التي تسمح بالولوج لجزء من النظام أو كله.

5-النشر: هو إذاعة المعلومات محل الجريمة وتمكين الغير من الاطلاع عليها، مهما كانت طبيعة هذه المعلومات⁽⁵⁹⁾. ويرى البعض⁽⁶⁰⁾، أن النشر يعد من أخطر الأفعال كونه يعني نقل هذه المعلومات إلى أكبر قدر ممكن من الأشخاص.

6-الاتجار: الاتجار؛ يعني تقديم المعلومات للغير بمقابل أيا كان نوع هذا المقابل. على عكس التوفير الذي قد يكون بدون مقابل. غير أنه للاتجار في مجالنا معنى يستوعب مختلف التعاملات التي يمكن تصور وقوعها على المعلومات، سواء كان ذلك بقابل أو بدون مقابل⁽⁶¹⁾. وهو ما يمكن من القضاء على الجرائم في المهدي⁽⁶²⁾.

ثانيا/التعامل في معلومات متحصلة من جريمة: أفرد المشرع الجزائري صورة ثانية من صور التعامل في معلومات غير مشروعة، تتمثل في التعامل في معلومات متحصلة من جريمة، وذلك بفعل من الأفعال التي حصرتها الفقرة الثانية من المادة 394 مكرر 2 وهي الحيازة، الإفشاء، النشر والاستعمال، وهو ما لم ينظمه لا القانون الفرنسي ولا اتفاقية بودابست، وتقوم الجريمة بأي فعل من الأفعال التي نتناول تبيان معناها باختصار:

1- الحيازة : حيازة المعلومات المتحصلة من إحدى الجرائم السابقة فعل غير مشروع، يعاقب من يحوزها، سواء كان ذلك بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة⁽⁶³⁾. ويمكن تشبيه هذه الجريمة بجريمة حيازة أشياء متحصل عليها من جنحة أو جنائية، أو جنحة إخفاء أشياء مسروقة المعروفة في النصوص التقليدية لجرائم الأموال.

2- الإفشاء: وهو إفشاء معلومات يكون قد تم الحصول عليها بارتكاب جريمة من جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات السابق تبيانها. وهو فعل يفترض انتقال المعلومات من حيازة الجاني إلى غيره من الأشخاص.

3- النشر: النشر شأنه شأن الإفشاء يعني اختراق للنظم المعلوماتية، والحصول على المعلومات منها ومن ثمة القيام بإفشاءها، أيا كانت وسيلة هذا الإفشاء.

4- الاستعمال: استعمال المعلومات المتحصل عليها بطريق غير مشروع فعل مجرم، أيا كانت نوعية هذا الاستعمال والغرض منه، رغبة من المشرع غلق الباب أمام أي استعمال معلومات متحصل عليها بطرق مجرمة⁽⁶⁴⁾.

الفرع الثاني: محل النشاط الجرمي

بموجب المادة 394 مكرر2 من تقنين العقوبات الجزائري، تم تجريم التلاعب في معلومات غير مشروعة، وبذلك تم إضفاء حماية جنائية واسعة للبيانات والمعطيات، سواء كانت في طور المعالجة، أو التخزين أو الإرسال. وهو حال غالبية البيانات والمعطيات التي تتم عبر النظم المعلوماتية.

الفرع الثالث: النتيجة الجرمية

جريمة التلاعب غير المشروع بالمعلومات من الجرائم الشكلية التي لم يتطلب فيها المشرع الجزائري تحقق نتيجة معينة منظورا إليها بمنظور مادي، رغبة منه في وقف هذه الجرائم عند مرحلة الخطر دون انتظار ترتبها الضرر. وهو نوع من الحماية التي لا يقرها المشرع إلا للمصالح البالغة الأهمية، ومنها المعلومات⁽⁶⁵⁾. وبالتالي هي جريمة شكلية تقوم على مجرد السلوك دون اشتراط نتيجة معينة.

المطلب الثاني: الركن المعنوي لجريمة التعامل في معلومات غير المشروع

نص المادة 394 مكرر من تقنين العقوبات الجزائري، تميز باستخدام المشرع الجزائري لعبارة: " عمدا" و " بطريق الغش"، عكس الجرائم السابقة أين اكتفى بمصطلح " عن طريق الغش"، وهو المصطلح الذي جعل البعض يرى أن استعماله من قبل المشرع الجزائري الغرض منه تطلب قصد خاص يضاف للقصد العام⁽⁶⁶⁾. لذا سنحاول من خلال فرعين تناول القصد العام لهذه الجريمة في الأول، لنخصص الثاني لمسألة ما إن كانت هذه الجريمة تشترط قصدا جنائيا خاصا.

الفرع الأول: القصد الجنائي العام

تقوم جريمة التعامل في معلومات غير مشروعة على القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة.. فالجاني يجب أن يكون يحيط علما بكافة العناصر التي تدخل في تكوين الجريمة، أهمها علمه بأنه يتعامل في معلومات غير مشروعة، وأن هذا التعامل قد يستخدم في ارتكاب الجريمة، سواء في صورتها الأولى، أي استعمالها في ارتكاب جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات. أو في صورتها الثانية، المتمثلة في كونها جرائم متحصلة عن جريمة من جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات. بينما عنصر الإرادة، يتضمن وجوب اتجاه إرادة الجاني إلى إتيان

وتحقيق أحد الأفعال السلوكية المجرمة في نص المادة 394 مكرر 2. وأن تنصرف هذه الإرادة إلى النشاط الجرمي فحسب دون إرادة أية نتيجة، على اعتبار أننا بصدد دراسة جريمة شكلية، كون النتيجة ليست عنصرا يعتد به في البناء القانوني لهذه الجريمة.

الفرع الثاني: مدى ضرورة توفر القصد الجنائي الخاص

بحث البعض، فيما إن كانت جريمة التعامل في معلومات غير مشروعة، تشترط بالإضافة إلى القصد الجنائي العام السابق، قصدا جنائيا خاصا، سواء في صورة الجريمة الأولى أو في صورتها الثانية. فبخصوص الصورة الأولى، ذهب هذا الاتجاه للقول بوجود توفر قصد خاص إلى جانب القصد العام حتى تقوم جريمة التعامل في معلومات صالحة لارتكاب جريمة، ويتمثل هذا القصد الخاص في اتجاه إرادة الجاني إلى الإعداد والتهميد لاستعمال هذه المعلومات في ارتكاب جريمة من جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعلومات. غير أن المشرع الجزائري وصرحة لم يشترط هذا القصد الخاص في نص المادة 394 مكرر 2. أما بخصوص الصورة الثانية لهذه الجريمة، فإن القصد الجنائي العام كاف لوحده لقيامها أيضا، وذات الوضع بالنسبة للمشرع الفرنسي، عكس اتفاقية بودابست التي تشترط قصدا خاصا، وهو نية استخدام المعلومات في جريمة من الجرائم - الفقرة (ب) من المادة 6- وأشارت المذكورة التفسيرية لهذه الاتفاقية لأهمية تطلب القصد الخاص، بأنه: "من أجل تجنب خطر العقاب المبالغ فيه، حيث يتم إنتاج هذه الأجهزة وعرضها في السواق لأغراض شرعية من أجل التصدي لاعتداءات على أجهزة الحاسب الآلي، فإنه يجب إضافة عناصر أخرى من أجل تضيق نطاق الجريمة. وبالإضافة إلى اشتراط القصد العام فإنه يجب توافر نية خاصة أو قصد خاص لاستخدام الجهاز من أجل ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها في المواد من 2 إلى 5 من الاتفاقية"⁽⁶⁷⁾.

خاتمة

يتضح لنا أن تدخل المشرع الجزائري بتعديل قانون العقوبات سنة 2004 كان يهدف مواجهة الاعتداءات المعلوماتية التي تكون نظم المعالجة الآلية للمعلومات عرضة لها. فقام بحماية هذه النظم في حد ذاتها من التخريب والإفساد والتعطيل وما إلى غير ذلك، وهي اعتداءات لا يمكن أن تتم إلا من خلال دخول هذه النظم أو البقاء غير

المشروع فيها. كما قام بتجريم الاعتداءات التي تكون البيانات والمعلومات والمعطيات عرضة لها بعد أن يتم مثل هذا الدخول أو البقاء غير المشروعين. وبالتالي يكون قد حى نظم المعلومات ذاتها وكذا المعلومات التي تحتويها، أيا كان شكل ونوع وطبيعة هذه المعلومات. وبالتالي يمكننا القول أن قانون العقوبات أضحى بتعديلاته الأخيرة هذه قادرا على إضفاء حماية جنائية للنظم المعلوماتية، وبالتالي ثبت بأن لظاهرة المعلوماتية قد قابلها تطور في الظاهرة القانونية، وأن قانون العقوبات سيظل القانون الضابط لأي تقدم حضاري أو علمي، وأن ظاهرة الإجرام المعلوماتي شأنها شأن كافة الظواهر الإجرامية الأخرى لا يمكن أن تفلت من حكم القانون، ولا أن يستفيد المجرمين من ظاهرة انفلات الإنترنت من فكريتي الخضوع والسيطرة وتجاهلها للحدود والمرتكزات المكانية والجغرافية.

وحتى وإن انفلتت الظاهرة من الخضوع لقواعد قانون العقوبات التقليدية، كونها قواعد لا تتلاءم في كثير من الأحيان مع متطلبات هذه البيئة الرقمية الافتراضية الحديثة واللامادية، وإن كان من الممكن تطويع وتكييف بعضها. إلا أن الأمر لا يزال يحتاج إلى بعض التحديث والتعديل في كثير من الأحيان، سيما ما تعلق الأمر بتعديل النصوص المتعلقة بجريمة السرقة والنصب وخيانة الأمانة وجعلها شاملة للمال المعلوماتي الذي ينتقل عبر النبضات الرقمية الإلكترونية، وكذا تعديل النصوص المتعلقة ببعض الجرائم التقليدية والتي يمكن أن تتم عبر النظم المعلوماتية، كجرائم التهديد والسب والقذف والتزوير المعلوماتي....وحتى يمكن القول أنه تم إيجاد بيئة قانونية مناسبة للتعاملات الإلكترونية عبر النظم المعلوماتية، ولتجاوز التحديات الكبيرة التي واجهت في البداية النظم العقابية التقليدية، في ظل عجز قواعدها التقليدية على احتواء الظاهرة المعلوماتية وما أفرزته من ظاهرة إجرامية معلوماتية بدورها. يتعين أن يتم التركيز في عملية التجريم على محورين أساسيين؛ محور يتعلق بحماية النظم ذاتها وما تتضمنه من معلومات وبيانات، وهو ما قام به المشرع. ومحور يتعلق باستعمال النظم المعلوماتية كوسيلة لارتكاب الجرائم، وهو لا يزال يشهد نقصا كبيرا في التشريع الجزائري.

ومثلما سبقت الإشارة إليه في المقدمة، فإن تكريس الحماية الجنائية الموضوعية للنظم المعلوماتية يتطلب تدعيم في المواجهة الإجرائية، خاصة وأنا نعلم بأن قانون العقوبات مكون من شقين متلازمين ومتكاملين، هما الشق الموضوعي، الذي كان موضوع دراسة في هذا المقال. وشق إجرائي نأمل أن نتناوله في مناسبات أخرى بإذن الله. وبذلك تكتمل المواجهة الجنائية للإجرام المعلوماتي عموماً، وتكرس حماية جنائية فعلية للنظم المعلوماتية التي أضحت عصب الحياة في مجتمعنا الحاضرة.

الهوامش:

(1) ظهور مصطلح التجارة الإلكترونية، كان نتيجة دخول الإنترنت مجال الاستعمال التجاري، شكل عامل مفاجأة بالنسبة للمشتغلين بهذا المجال، وأسفر عن اختلاف وتباين الآراء ووجهات النظر حول وضع مفهوم دقيق لها. غير أن ما أمكننا استخلاصه، هو أن مرد كل هذا الخلاف كان نتيجة التوصيف الإلكتروني لهذا النوع من التجارة. راجع رسالتنا بالتفصيل بخصوص مختلف جوانب هذا الخلاف: "النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت"، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود امعمري - تيزي وزو، 2009، ص: 54-76.

(2) وهو الأمر الذي تنبه له المشرع الجزائري وقام بإحداث تعديل على القانون المدني سنة 2005 اعترف بموجبه بالمحركات والكتابة والتوقيع الإلكتروني. انظر: أمر رقم 58-75 مؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 مؤرخ في: 20 جوان 2005.

(3) أنظر: أشرف توفيق شمس الدين: "الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد ببدي في الفترة 10/12 ماي 2003، ص: 432.

(4) راجع في هذا المعنى: حسام كامل الأهواني: "الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، يناير - يوليو 1990 ص: 9. وراجع كيفية خلق الإنترنت لاقتصاد جديد :

MAS-FOVEAU Séverine et BENACHOUR-VERSTREPEN Malika, « le commerce électronique en toute confiance, diagnostic des pratiques et environnement juridique », LITEC , Paris 2001, pp :153-154.

(5) راجع في هذا المعنى :

CAPRIOLI Eric et SORIEUL Renaud, le commerce international électronique: vers l'émergence des règles juridiques transnationales transnationales, J.D.I , 1997, p: 326

(6) ITEANU Olivier, Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, Paris, 2000, p :17

(7) راجع في هذا المعنى: جميل عبد الباقي الصغير: "الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان المغنطة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص: 39 وراجع أيضاً: محمد عبيد الكعبي: "الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الإنترنت"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص: 1-2، وص: 7. وراجع تفصيلاً في ذلك: رشدي محمد علي محمد عيد علي: "الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الإنترنت - دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 2009، ص: 78 وما بعدها. هدى حامد قشقوش: "جرائم الحاسب

الإلكتروني في التشريع المقارن"، مرجع سابق، ص: 15- 17، ولزيد من التفاصيل انظر: أحمد بن زايد جوهر الحسن المهندي: "تفتيش الحاسب الآلي وضمائم المتهم"، رسالة ماجستير، القاهرة، مصر، 2009، ص: 11 وما بعدها.

(8) راجع: جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص: 10.

(9) راجع في ذلك: محمد عبيد الكعبي، مرجع سابق، ص: 27-28.

ومما زاد من صعوبة جرائم الإنترنت أن المجني عليهم يجزمون عن التبليغ عنها، راجع في أسباب ذلك: هشام محمد رستم: "الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية - دراسة مقارنة"، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، مصر، 1994، ص: 26. وكذا: محمد سامي الشوا: "ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص: 60 وما بعدها.

(10) لمزيد من التفاصيل، انظر: ماجد عمار: "المسؤولية القانونية الناشئة عن استخدام فيروس وبرامج الكمبيوتر وحمايتها"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص: 293 وما بعدها.

(11) لكن الإنترنت استدعت البحث عن إطار قانوني مدني قبل الإطار القانوني الجنائي. انظر في ذلك:

E.BROUSSEAU « commerce électronique : ce que disent les chiffres et ce qu'il faudrait savoir » en ligne : <http://www.minefi.gouv.fr/minefi/chiffres/comelec/tbce/doss/pdf/insee2.pdf>. Et GAUTRAIS Vincent GOBERT Didier JULIA-BARCELO Rosa Etienne MONTERO Yves POULLET Anne SALAUN QUANTINVAN DAELE : commerce électronique : le temps des certitudes ; Bruyant, Bruxelles 2000 delta 2001 , p :150.

(12) راجع هذه الثورة وأثرها على القوانين: علي عبد القادر القهوجي: " الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي"، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 1997، ص: 1.

(13) راجع تفصيلا في ذلك:

TRUDEL Pierre, *l'influence d'Internet sur la production du droit*, sur http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/trudel_p.pdf. ET pour le même auteur , *les mutations du droit à l'âge numérique*, juillet 2000 , revue droit & toile, <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt1-reflexion.html>.

(14) وهنا حدث تطور في طرق المواجهة الجنائية التقليدية، فأضحى تتطلب حماية جنائية لمواقع وبيانات النظم الإلكترونية، كوننا في بيئة رقمية تقوم على بيانات ومعطيات إلكترونية، هي عبارة عن نبضات إلكترونية وكهرومغناطيسية مؤلفة من الرقمين (0) و(1) دون غيرهما، تعمل عبر أجهزة لا تعرف سوى هذه اللغة. لذا الأمر يقتضي تدخل تشريعي لفرض هيمنة القانون وحماية المصالح القائمة والمشروعة، لكن على أن يكون ذلك في إطار من الشرعية الجنائية التي تقتضي بألا جريمة ولا عقوبة بغير نص.

(15) اتفاقية بودابست اتفاقية أوروبية المنشأ إلا أنها دولية النزعة كونها مفتوحة لكل الدول للانضمام إليها (المادة 2/36 من الاتفاقية)، وهي الاتفاقية المنعقدة في 23-11-2001 ودخلت حيز النفاذ في 01-01-2007 بعد المصادقة عليها من قبل 30 دولة، من بينها أربع دول من خارج المجلس الأوروبي، وهي اليابان، كندا، الولايات المتحدة الأمريكية وجنوب إفريقيا. وهي اتفاقية يمكن اعتبارها الأولى دوليا لمكافحة الجريمة المعلوماتية.

(16) انظر: بوكروشيدة: " جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، دمشق، سوريا، 2010، ص: 94.

(17) حيث كان إدراك المشرع الفرنسي فشل النصوص التقليدية في حماية المعلومات ونظمها، أولا من مبادرة وزير العدل سنة 1985 والتي أثارت العديد من النقاشات والكثير من التعديلات لغاية تعديل أخير لقانون العقوبات الفرنسي، وذلك بموجب القانون رقم 575-2004 المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي.

(18) سيما فيما يخص تمديد الاختصاص. راجع المواد 40-40 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

(19) العدد 47 من الجريدة الرسمية، المؤرخة في: 16 غشت 2009.

(20) المشرع الجزائري وإن كان لم يعرف الجريمة المعلوماتية بموجب تعديل سنة 2004 إلا أنه سعى الباب الذي نظمه ب: "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات". وسنة 2009 أدرج تعريفا لها بموجب المادة 2 من قانون 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها. بالقول: "جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن ريق منظومة معلوماتية أو نظام الاتصالات الإلكترونية".

(21) من الفقه من يستعمل مصطلح "الاختراق" للتعبير عن الدخول، انظر مثلا: عمر محمد أبو بكر بن يونس: "الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص: 331. ومنهم من يستعمل مصطلح "الولوج"، انظر على سبيل المثال: محمد سامي الشوا: "ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، 1994، ص: 204. لكن هناك من يبقى يفضل مصطلح "الدخول" انظر: نائلة عادل محمد فريد قورة: "جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية - دراسة نظرية وتطبيقية"، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005 ص: 315.

(22) أشارت المذكرة التفسيرية لاتفاقية بودابست، بأن الدخول غير المشروع لنظم المعالجة الآلية للمعطيات، يعد الجريمة الرئيسية التي تنطوي على تهديد أمن المعلومات وسريتها وسلامتها... كما يمكن أن تؤدي إلى إتلاف أو تدمير باهظ التكلفة في حالة إعادة البناء... مشارله لدى: هلاي عبد الله: "الجوانب الموضوعية والإجرائية لجرائم المعلوماتية على ضوء اتفاقية بودابست الموقعة في 23 نوفمبر 2001"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص: 69.

(23) انظر: بوكرشيدة، مرجع سابق، ص: 116.

(24) المعنونة بالدخول غير القانوني.

(25) راجع في ذلك: أيمن عبد الله فكري: "جرائم نظم المعلومات - دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2007، ص: 231 ويؤيده بعض الفقه العربي، مثل أحمد حسام طه تمام: "الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص: 267. وبلال أمين زين الدين: "جرائم نظم المعالجة الآلية للبيانات في التشريع المقارن والشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص: 267.

(26) راجع تفصيلا حجج هذا الاتجاه: د. أيمن عبد الله فكري، مرجع سابق، ص: 233-234.

(27) كما تستعمل مصطلحات مثل "الدخول غير المشروع"، "الدخول دون حق".

(28) انظر في تفصيل ذلك:

BENSOUSSAN Alain : Fraude informatique, La protection d'un système informatique par un dispositif de sécurité n'est pas une condition d'application de la loi Godfrain, en ligne : <http://www.alain-bensoussan.com/pages/2903/>

(29) راجع في معنى كل ذلك: محمد حماد مرهج الهيبي: "جرائم الحاسوب: ماهيتها، موضوعها، أهم صورها، والصعوبات التي تواجهها- دراسة تحليلية لواقع الاعتداءات التي يتعرض لها الحاسوب وموقف التشريعات الجنائية منها"، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2006، ص: 182، وانظر: أسامة أحمد المناعسة، جلال الزعي، صايل فاضل الهواوشة: "جرائم الحاسب الآلي والإنترنت"، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ص: 231.

- (30) انظر: خالد ممدوح إبراهيم: " أمن الجريمة الإلكترونية"، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص: 84.
- رامي عبد العزيز: " الفيروسات وبرامج التجسس" دار البراءة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص: 82.
- (31) مشارله لدى: محمد عبيد الكعبي، مرجع سابق، ص: 336.
- (32) أحمد حسام طه تمام، مرجع سابق، ص: 305.
- (33) أيمن عبد الله فكري، مرجع سابق، ص: 238. عمر محمد أبو بكر بن يونس، مرجع سابق، ص: 332.
- (34) بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 154. وانظر: نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص: 347.
- (35) راجع في ذلك كله: بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 29-31.
- (36) عامر قنديلجي ود. علاء الدين الجنابي: " ما هو نظام المعلومات المحوسب"، بحث منشور على الموقع: <http://www.minshawi.com> مشارله لدى: بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 31.
- (37) انظر: بوكروشيدة، المرجع نفسه، الهامش رقم 2 ص: 32.
- (38) مشار له لدى: محمد محمد شتا: " الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002-، ص: 61.
- (39) انظر في تفاصيل أكثر: نائلة عادل فريد قورة، مرجع سابق، ص: 365.
- (40) مشار لهذه القوانين وقوانين أخرى لدى: بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 173.
- (41) انظر في هذا: أيمن عبد الله فكري، المرجع السابق، ص: 244. وبوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 174.
- (42) انظر هذا الرأي: بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 176.
- (43) انظر على سبيل المثال: نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص: 437.
- (44) انظر في ذلك: د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص: 144.
- (45) هناك العديد من القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي بهذا الخصوص، راجع تفصيلا في ذلك: بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 185-186. نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص: 449.
- (46) انظر: علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص: 144.
- (47) انظر: بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 187. نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص: 447.
- (48) راجع قضية طرحت على القضاء بهذا الشأن: عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص: 49.
- (49) راجع في ذلك: علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص: 143.
- (50) انظر في ذلك: بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 198.
- (51) مشارله لدى: المرجع نفسه وكذلك:
- BENSOUSSAN Alain ; Fraude informatique, Les atteintes à un système de traitement automatisé de données, en ligne : <http://www.alain-bensoussan.com/pages/2903/>
- (52) انظر في ذلك: علي عبد القادر القهوجي: " الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا"، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 1997، ص: 60.
- (53) راجع في ذلك: نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص: 223.
- (54) نصت عليها أيضا اتفاقية بودابست في نص المادة 6 تحت عنوان " إساءة استخدام الأجهزة".
- (55) انظر: بوكروشيدة، مرجع سابق، ص: 206.
- (56) المرجع نفسه.
- (57) لمزيد من التفاصيل انظر المرجع نفسه، وفي المعنى: د. هلالى عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص: 101

(58) المرجعين نفسيهما.

(59) انظر: هلاي عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص: 101 .

(60) انظر في ذلك: بوكورشيدة، مرجع سابق، ص: 209-210.

(61) المرجع نفسه.

(62) حيث لا عبء بالوقت الذي تستغرقه الجريمة، كونها جريمة وقتية تقوم وتكتمل وتستحق الجزر بمجرد الحياة
معا العم بأنها حيازة بطريقة غير مشروعة.

(63) متبعاً في ذلك خطة المشرع الفرنسي الذي سبق في المجال، ومسترشداً بأحكام اتفاقية بودابست.

(64) حيث أصبحت المعلومات ذات قيمة اقتصادية كبيرة في الوقت الحاضر، واضحت التفرقة بين الدول قائمة على
أساس من يعلم ومن لا يعلم، لا بين من يملك ومن لا يملك.

(65) رشيدة بوكور، مرجع سابق، ص: 222 وما بعدها.

(66) بوكورشيدة، مرجع سابق، ص: 218 وما بعدها.

(67) انظر في شرح الاتفاقية والبروتوكول الملحق بها: د. إيهاب السنباطي: " الترجمة الجديدة والكاملة للاتفاقية المتعلقة
بالجريمة الإلكترونية (بودابست 2001) والبروتوكول الملحق بها"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008-2009.

إشكالات دفع الثمن ببطاقة الدفع الالكتروني في القانون العراقي والحماية المدنية لحاملها *

Dr. Shurooq Abbas Fadhil , Assistant Professor
College of Law Al-Nahrain University, Iraq.
Dr. Mohamed Ali saheb, Assistant Professor
College Of Law, AL Mustansiriyah University, Iraq.

د. شروق عباس فاضل، أستاذ مساعد
كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق.
د. محمد علي صاحب، أستاذ مساعد
كلية القانون، جامعة المستنصرية، العراق.

الملخص:

نظرا لظهور التجارة الالكترونية وانتشارها، وما شهدته التقدم العلمي في وسائل الاتصال والمعلومات وبصفة خاصة عبر شبكة الانترنت، كانت هناك حاجة لظهور طرق حديثة للدفع تقوم مقام النقود عن طريق بطاقات الدفع الالكتروني، حيث تسمح لحاملها بسداد قيمة مشترياته، وتقديمها كأداة وفاء للسلع والخدمات للشركات والتجار الذين يتعامل معهم. وقد تكون ضامنة للوفاء في التعاملات التجارية عبر الشبكة في حدود مبلغ معين. ولهذه البطاقات أنواع متعددة، كما أنّ لها وظائف متنوعة. غير أنّ الاستخدام غير المشروع لهذه البطاقات الالكترونية يولّد المسؤولية المدنية (العقدية أو التقصيرية). كما أنّ استخدامها عبر الانترنت قد يثير مشاكل التعاقد الالكتروني عن بعد، من حيث الإثبات بالمستند الالكتروني وصحة التوقيع الالكتروني والقانون الواجب التطبيق، مما يتطلب الأمر الوقوف على معالجة حقيقية، سواء من حيث النصوص القانونية أو المعالجات القضائية أو من ناحية البحوث والدراسات القانونية.

الكلمات المفتاحية:

بطاقة الدفع، ائتمان، الاستخدام غير المشروع، التوقيع الالكتروني.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/06/12 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2016/09/26 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

The problems in payment the price by electronic card in the Iraqi law, and the legal protection for its owner

Abstract :

Due to the emergence of e-commerce and spread and witnessed by scientific advances in the means of communication and information, especially via the Internet, and the emergence of modern methods of payment lieu of money through electronic payment terms allow the holder to pay for purchases and to offer as a fulfillment of goods and services for businesses and traders who deal with them.

Or may cards be guarantor to meet the business dealings over the network within a certain amount .so multiple types of cards, they also have the variety functions .but that the illegal use of these electronic tags generates civil liability (contractual or tort).

As can be used via the internet may raise electronic contracting problems remote in terms of proof electronic document and the health of electronic signature and applicable law.

Key words:

payment card, credit, illegal use, electronic signature.

Les problèmes de paiement par carte électronique en droit irakien, et la protection civile de son propriétaire

Résumé:

En raison de l'émergence du commerce électronique et de sa propagation du fait du progrès scientifique dans les techniques de communication et d'information, est apparue la nécessité de nouveaux moyens de paiement, se substituent à la monnaie traditionnelle, concrétisée par l'invention de la carte électronique de paiement. Cette dernière peut non seulement être utilisée dans les paiements, mais également en tant que garantie en matière de transactions commerciales et financières via Internet. Hormais les responsabilités qui peuvent résulter de son usage illégal, la carte de paiement pose des questions ayant trait à la conclusion des contrats à distance, aux moyens de preuve, à la validité de la signature électronique et au droit applicable..

Mots clés:

carte de paiement, crédit, usage illégal, signature électronique.

مقدمة

بطاقة الدفع الإلكتروني بطاقة يصدرها مصرف عادة لعملائه، كوسيلة للوفاء بثمان السلع والخدمات التي يتعاقد حاملها مع التاجر لشرائها، فهي أداة وفاء تقوم مقام النقود توفر أماناً أكثر، وهي وسيلة فرضها التطور التقني في عالم الاتصالات عبر الأنترنت، والتجارة الإلكترونية عامة. لذا يتم معالجتها إلكترونياً بأجهزة معتمدة لدى التاجر أو المؤسسات الائتمانية، بما يعرف بنقاط البيع والصراف الآلي لتحويل النقد

الالكتروني المخزون بالبطاقة إلى نقد عادي. ونتيجة للتطور الذي شهدته التجارة والتعاقد عبر الانترنت وظهور التعاقد الالكتروني والتحول الى بيئة الكترونية رقمية، فقد ظهرت أدوات للتعامل التجاري للوفاء بالالتزامات التعاقدية، منها النقود الالكترونية والشيكات الالكترونية و بطاقات الائتمان والاعتماد كوسيلة تقوم مقام النقود في الوفاء، وظهرت هذه الوسائل الالكترونية في البيئة المصرفية العراقية، وقامت المصارف العراقية بإصدار بطاقات الدفع الالكترونية، مما يدل على انتشارها في البيئة التجارية العراقية بسرعة فائقة. وللأهمية العملية للموضوع فقد اقتضت الدراسة تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث، الأول نتناول فيه ماهية بطاقة الدفع الالكتروني، والمبحث الثاني إشكالات الوفاء ببطاقة الدفع الالكتروني، وكان نصيب المبحث الثالث الحماية القانونية لحامل بطاقة الدفع الالكتروني.

المبحث الاول: ماهية بطاقة الدفع الالكتروني

لإعطاء صورة واضحة لبطاقة الدفع الالكتروني، نتعرض لتعريفها وبيان أنواعها وخصائصها، وقد قسمنا المبحث على مطلبين: الأول لتعريف بطاقة الدفع الالكتروني وأنواعها، والمطلب الثاني لبيان خصائصها.

المطلب الاول: تعريف بطاقة الدفع الالكتروني وانواعها

بطاقة الدفع الالكتروني هي بطاقة مستطيلة مصنوعة من البلاستيك، تحمل اسم الجهة المصدرة وشعارها، ولها رقم وذات فئات محددة وتاريخ انتهاء للصلاحيية ومكان لتوقيع الحامل. وبموجب هذه البطاقة يستطيع حاملها سداد قيمة مشترياته من السلع والخدمات. ولتوضيح ذلك تم تقسيم المطلب على فرعين، الأول لتعريف بطاقة الدفع الالكتروني والثاني لبيان أنواعها.

الفرع الاول: تعريف بطاقة الدفع الالكتروني

لبطاقة الدفع الالكتروني تعريفان من الناحية الموضوعية ومن الناحية الشكلية، فمن الناحية الموضوعية لم ينص قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 صراحة على بطاقة الدفع الالكتروني، بل نص على وسائل الدفع الالكتروني ومن ضمنها بطاقة الدفع الالكتروني في م 27 على اعتبار هذه الأعمال أعمال مصرفية: "تنظم أعمال التحويل الالكتروني للأموال بما في ذلك اعتماد وسائل

الدفع الالكتروني والقيود غير المشروع وإجراءات تصحيح الأخطاء والافصاح عن المعلومات وأي أمور أخرى تتعلق بالأعمال المصرفية الالكترونية بنظام يقترحه البنك المركزي العراقي".

وطرح الفقه عدة تعريفات لبطاقة الدفع الالكتروني، فقد عرفت بأنها " البطاقات التي ينحصر دورها في كونها أداة للوفاء بثمان السلع والخدمات التي يحصل عليها حاملها من بعض التجار المقبولين لدى الجهة المصدرة للبطاقة"⁽¹⁾. أو هي " عقد يتعهد بمقتضاه مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة، الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بثمان مشترياته لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع المصدر بعقد، تتعهد فيه بقبولها الوفاء لمشتريات حاملي البطاقات الصادرة من الطرف الأول، على أن تتم التسوية النهائية بعد كل مدة محددة"⁽²⁾.

وبطاقة الدفع من الناحية الشكلية بطاقة بلاستيكية، تحمل اسم الجهة المصدرة وشعارها وهي عادة مصرف، ورقم البطاقة ولها قيمة محددة وتاريخ معين لانتهاء صلاحيتها، ومكان خاص على ظهرها لتوقيع حاملها⁽³⁾.

وتأخذ الدعامة الالكترونية التي تخزن فيها النقود الالكترونية شكل بطاقة ذات قوام بلاستيكي، تحوي العديد من المعلومات المشفرة والمتنقلة، والتي تصنع وفق مواصفات فنية عالمية محددة لضمان سلامة البيانات الخاصة بها وعدم اختراقها⁽⁴⁾. ومن أهم خصائص المادة المصنوعة منها البطاقة بأنها مادة مرنة وقابلة للتشكيل وشفافية، وفيها ألوان غير قابلة للصدأ وقليلة التأثير بالحرارة والاتصال بالكهرباء، وفي ظهرها شريط ممغنط يحتوي البيانات المدونة بطريقة الكترونية، ومنها مكان توقيع الحامل للتأكد من مطابقة توقيعه للتوقيع الموجود لدى المصدر، للتأكد من حاملها الشرعي وجعلها أكثر أمناً لحاملها من السرقة والتزوير⁽⁵⁾.

ويعرف مصرف بغداد بطاقة الدفع الالكتروني الفيزا الكترون الصادرة منه، بأنها بطاقة بلاستيكية مزودة بتقنية الشريحة الالكترونية (الشريحة الذكية) ورقم التعريف الشخصي PIN، مما يمنح مستخدمها أماناً أكثر في عمليات الدفع الالكترونية، كما وتتميز بطاقة الفيزا الكترون والمقدمة من مصرف بغداد بجانب احتوائها على الشريحة الذكية،

باحتمائها على الشريط الممغنط، والذي يساعد على قبول البطاقة في الأسواق والأماكن التي لم تنتقل إليها تكنولوجية البطاقات الذكية⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: أنواع بطاقة الدفع الإلكتروني

هناك ثلاثة أنواع لبطاقة الدفع الإلكتروني، التي تستخدم لتنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن للبائع، بطاقة الائتمان وبطاقة الوفاء وبطاقة السحب الآلي.

اولا/بطاقة الائتمان: تقوم بطاقة الائتمان كأحد أنواع بطاقات الدفع الإلكتروني بوظيفتين، الأولى كأداة وفاء والثانية أداة ائتمان، وبهذا تشبه الأوراق التجارية، إذ تقوم الجهة المصدرة بالوفاء بقيمة مشتريات الحامل مباشرة، فالمصدر يلتزم بالضمان اتجاه التاجر في حدود الحد الأقصى المحدد للبطاقة. كما أنّ المصدر بموجب بطاقة الائتمان يمنح الحامل ائتماناً فعلياً، يستطيع بموجبه أن يحصل على السلع والخدمات، ويلتزم المصدر بسداد الثمن خلال الأجل المتفق عليه، ويرجع بعد ذلك المصرف على الحامل بما دفعه بموجب الائتمان المصرفي الحقيقي، الذي يمنحه لحامل البطاقة ويقدم المصرف للحامل تسهيلات ائتمانية⁽⁷⁾.

وبموجب بطاقة الائتمان، يحصل الحامل على تسهيلات ائتمانية من المصرف كجهة مصدرة للبطاقة، بحيث يستطيع الحامل رد الثمن مع الفوائد خلال أجل يحدده الاتفاق مع المصدر، مقابل الاعتماد الذي تمنحه إياه هذه البطاقة. وهناك ثلاثة أنواع لبطاقات الائتمان، البطاقة المحلية والبطاقة الدولية والبطاقة الذهبية⁽⁸⁾.

ثانياً/بطاقة الوفاء: وهي بطاقة للوفاء وسداد الثمن بدلاً من النقود، ويتم الوفاء بتحويل الثمن من حساب العميل (الحامل) إلى حساب التاجر إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. أما عن الأولى، إذا قدم الحامل البطاقة للتاجر فيدخلها في نقاط بيع الإلكتروني خاص لقطع القيمة، مع إدخال الرقم السري للتأكد من أنّ الحامل هو الحامل الشرعي، ويتصل الحاسب الآلي الخاص بالتاجر بالحاسب الآلي التابع للمصرف، للتأكد من أنّ البطاقة صالحة للوفاء وعدم وجود معارضة من المصدر على الوفاء ثم يقوم المصرف بالوفاء للتاجر⁽⁹⁾. وقد يتم تحويل القيمة إلى التاجر بصورة غير مباشرة، عندما تسجل القيمة على وصولات البيع الموقعة من قبل الحامل، ثم يقوم التاجر بتقديمها إلى المصدر بالطريقة المتفق عليها سواء بالبريد أو بواسطة الحاسبة الإلكترونية.

وفور تسلم المصدر الفواتير والتأكد من صحتها ومطابقة توقيع الحامل عليها مع التوقيع المثبت لديها، يقوم بالوفاء للتاجر نقداً أو تسجيلها في حسابه أو تحويله إلى حسابه، إذا كان له حساب بمصرف غير المصرف المصدر لبطاقة الدفع الالكترونية.

ثالثاً/بطاقة السحب الآلي: تستخدم المصارف هذا النوع من بطاقات الدفع الالكتروني تسهيلاً لعملائها وتوفير احتياجاتهم من النقود في فترات معينة بطريق السحب الآلي. وعن طريق هذه البطاقة يستطيع الحامل سحب النقود بمبالغ محددة متفقا عليها مع المصدر، من خلال إدخال البطاقة بالجهاز المعدّ لذلك وإدخال العميل رقمه السري الذي يمثل توقيعها الالكتروني، ثم يحدد المبلغ المطلوب وبعد الصرف يسحب الحامل بطاقته بطريقة آلية. ولا يمنح هذا النوع من البطاقات للعميل ائتماناً كما توفره بطاقة الائتمان، ومن المعلوم أنّ هناك علاقة تعاقدية بين المصدر والحامل في بطاقة السحب الآلي، بينما بطاقة الوفاء والائتمان فهناك عقد بين الحامل والمصدر وعقد بين المصدر والتاجر، بقبول الأخير الوفاء بالبطاقة والتزام المصدر بالضمان والوفاء⁽¹⁰⁾. ولا يحصل العميل عادة على ائتمان وفقاً لهذه البطاقة، لأنّ الجهاز سيرفض الصرف إذا لم يكن هناك رصيد كاف لدى البنك، إلاّ أنّه لا يمنع من أن يوفر البنك لعميله غطاء معين وفقاً لاتفاق خاص بحد معين متفق عليه، ويتم ادخاله في الكمبيوتر المنظم لهذا الجهاز.

وتعدّ خدمة الصراف الآلي التي يوفرها مصرف بغداد والفروع التابعة له، من الخدمات التي توفرها المصارف لعملائها والموجودة في مراكز التسوق والمرافق الأخرى، إذ يقوم الحامل بسحب الأموال والحصول على كشف حساب وطلب رصيد وسحب نقد، ويتم ذلك بإدخال البطاقة والرقم السري المتألف من أربعة أرقام ويظهر على الصراف) الرصيد الحالي وكشف الحساب⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني: خصائص بطاقة الدفع الالكتروني

تتميز بطاقة الدفع الالكترونية بالخصائص التالية :

1- من حيث مصدرها: بطاقة الدفع الالكترونية تقوم على علاقات ثلاث استناداً إلى ثلاث عقود، عقد لإصدار بطاقة الدفع الالكتروني بين الحامل والمصدر والذي يترتب التزامات متقابلة. وعقد يرتبط بين الحامل كمشتري والتاجر كبائع في عقد البيع المبرم بينهما، الذي بموجبه يلتزم الحامل بدفع الثمن الذي من أجله صدرت بطاقة الدفع

الالكتروني كوسيلة وفاء بدلا من النقود. وعقد يبرم بين المصدر والتاجر يتعهد المصرف بموجبه بالضمان للتاجر ويلتزم التاجر بقبول الوفاء بالبطاقة بدلا من النقود⁽¹²⁾.

2- من حيث الوظيفة: بطاقة الدفع الالكتروني أداة وفاء فعالة وآمنة، تقوم مقام النقود الورقية والمعدنية التي تتعرض للسرقة بسهولة سواء من التاجر أو الحامل. وبطاقة الدفع الالكتروني أكثر أمانا، كون أن لها رقم سري ويتم معالجتها الكترونيا وتم بمراحل حتى يتم الوفاء بها من المصدر، وهناك توقيع معتمد عند المصدر يطابق توقيع الحامل على البطاقة للتأكد من حاملها الشرعي وعدم وجود تزوير بالبطاقة. كما أنه في حالة سرقة البطاقة، فإنّ الحامل يستطيع تجنب وفائها من المصدر بتبليغ المصدر بذلك لقيامه بالمعارضة للوفاء وإخطار التاجر بذلك⁽¹³⁾.

3- من حيث مضمونها: أداة ضمان للتاجر، فبطاقة الدفع الالكتروني تحقق ضمان كامل للتاجر لاستيفاء دينه من المصدر، ولا يستطيع المصرف أن يدفع بعدم وجود رصيد للحامل، إذ يلتزم المصرف التزاما أصيلا وليس بصفته نائبا عن الحامل، لأنّ العقد الذي ينظم العلاقة بين المصرف والتاجر، والذي يلتزم المصرف بموجبه بالضمان للتاجر مستقل عن عقد البيع الذي ينظم العلاقة بين الحامل والتاجر⁽¹⁴⁾. أما بالنسبة للصك، فيستطيع المصرف عدم الوفاء به لعدم وجود رصيد للمدين الساحب أو إذا كان الرصيد أقل من قيمة الصك، فلا بد من وجود مقابل للوفاء أكثر من قيمة الصك أو على الأقل مساوي لها⁽¹⁵⁾. ولا يُعدّ المصرف بالتزامه بالضمان كفيلاً عن المدين الأصلي الذي هو الحامل، حيث يفترض في الكفالة رجوع الدائن على المدين- المكفول - أولاً ثم رجوعه على الكفيل، لأنّ التزام الكفيل التزم تابع للالتزام الأصلي ويرتبط معه وجودا وعدما وصحة وبطلانا، ويستطيع الكفيل الدفع بالدفع قبل الدائن، والتي تنشأ عن العلاقة التي تربط الدائن بالمكفول، بينما التزم المصرف ببطاقة الدفع اتجاه التاجر مستقل عن عقد البيع بين الحامل والتاجر⁽¹⁶⁾.

4- من حيث مبدأ الاستقلالية: كل طرف من أطراف بطاقة الدفع يرتبط بالآخر بعقد مستقل، لذا إذا أخل التاجر بالتزاماته الناشئة عن عقد البيع المبرم بينه وبين الحامل، لا يستطيع الحامل أن يدفع بها ويبقى المصدر ملتزما بالضمان، لأنّ التزامه مستقل عن عقد البيع⁽¹⁷⁾.

5- هي أداة إلكترونية وليس مادية : بطاقة الدفع الإلكترونية هي بطاقة إلكترونية يتم معالجتها إلكترونياً، سواء بصنعها أو عند الوفاء بها أو عند إمرارها بجهاز نقاط البيع أو الصراف الآلي حيث تتضمن شريطاً ممغنطاً، وتدوّن فيها البيانات الخاصة بها إلكترونياً ولها رقم سري خاص يشفر إلكترونياً، ويمكن استخدامها عبر الإنترنت⁽¹⁸⁾.

6- لكل بطاقة سعر: حيث تحدد فيها المبالغ التي يجوز سحبها بواسطتها ويكون لها سقف مالي محدد لا يجوز تجاوزه، و لكل بطاقة سقف زمني حيث تنتهي صلاحيتها بالتاريخ المحدد لها، ولا يجوز للمصدر الوفاء بها للتاجر بعد انتهاء تاريخ استخدامها وتعتبر بطاقة ملغاة. وهذا ما صرح به مصرف بغداد بخصوص بطاقة الفيزا الكترون الصادرة منه بقوله (وتتم جميع هذه العمليات ضمن سقف محدد للبطاقة بالحد الأعلى للشراء اليومي والحد الأعلى للسحب اليومي وتكون محددة من قبل المصرف للحد من المخاطر أو الأخطاء الناتجة عن استخدام البطاقة)⁽¹⁹⁾.

7- تقوم على الاعتبار الشخصي : بمعنى أنّ هناك اعتبارات متعلقة بشخص العميل، هي التي تدفع الجهة المصدرة للبطاقة إلى التعاقد معه وإعطاءه الاعتماد أي الثقة فيه، وهذا ما يبرر قيام الجهة المصدرة بتحريات واستعلامات عن حالة العميل قبل أن تضع ثقتها فيه، وللجهة المصدرة أن ترفض التعاقد مع الشخص الذي يتقدم بطلب إصدار البطاقة، إذا لم تتوافر فيه عناصر الثقة المطلوبة ولا يجوز له التصرف بها للغير⁽²⁰⁾. ويتربط على مبدأ الاعتبار الشخصي نتيجة مفادها، إنّ بإمكان الجهة المصدرة إلغاء البطاقة بإرادتها المنفردة قبل حلول أجل الاعتماد أو عدم تجديد الاعتماد لفترات لاحقة، إذا حدث ما يخل بالثقة بالعميل كوفاته أو فقدانه الأهلية أو إفلاسه أو تدهور مركزه المالي⁽²¹⁾.

لما كانت بطاقة الاعتماد المتجدد تقوم أساساً على الاعتبار الشخصي، فقد بات من الضروري أن يكون استعمال تلك البطاقة مقصوراً على الحامل الذي صدرت باسمه، ومما يؤكد إضفاء الصفة الشخصية على البطاقة: إعطاء كل حامل لها رقماً سرياً يختلف بالتأكيد عن الأرقام السرية للحملة الآخرين، إضافة إلى ضرورة توقيع الحامل شخصياً على الإيصالات التي يقدمها له التاجر، كشرط لإتمام عملية البيع بنظام البطاقة وضرورة مطابقة هذا التوقيع للتوقيع الموجود على ظهر البطاقة والعائد

لحاملها الشرعي، فضلاً عن ضرورة مطابقة اسم مستعمل البطاقة مع الاسم الموجود عليها، ويتم ذلك من خلال قيام التاجر بالتحقق من الهوية الشخصية لمُقدم البطاقة⁽²²⁾.
ومما يُلاحظ بهذا الشأن، قيام الجهة المصدرة للبطاقة بتضمين عقد الإصدار شرطاً صريحاً بضرورة تقيد الحامل بالاستعمال الشخصي للبطاقة، وعدم إعارتها أو التنازل عنها لأي شخص آخر أياً كانت العلاقة التي تربطه به، وغالباً ما يترتب على مخالفة الحامل لهذا الشرط قيام مسؤوليته التعاقدية أمام الجهة المصدرة عن جميع المعاملات التي تتم بواسطة الغير، مع تمتع الجهة المصدرة في هذه الحالة بإمكانية فسخ العقد واسترداد البطاقة⁽²³⁾.

المبحث الثاني: إشكالات الوفاء ببطاقة الدفع الالكتروني

يثير استخدام بطاقة الدفع الالكتروني كأداة وفاء وخاصة عبر الانترنت العديد من الصعوبات الفنية والقانونية، قد يصل إلى حد تهديد الخصوصية للحامل، وأنّ الوفاء بها يثير مخاطر القرصنة المعلوماتية للبيانات السرية التي تنتقل عبر الانترنت. إضافة الى مشكلة الاستخدام غير المشروع للبطاقة وغيرها من الصعوبات التي نتعرض لها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: إشكالات الوفاء ببطاقة الدفع الالكتروني بسبب الطبيعة الخاصة للبطاقة

نتناول هذه الاشكالات في ثلاثة فروع، الأول إشكالية مدى اعتبار الوفاء ببطاقة الدفع الالكتروني وفاء نهائياً، والثاني مدى اعتبارها عملية مصرفية واشتراط صدورها من مؤسسة مالية. والثالث إشكالية استخدام البطاقة عبر الانترنت.

الفرع الأول: إشكالية مدى اعتبار الوفاء ببطاقة الدفع الالكتروني وفاء نهائياً

من المعلوم أنّ الغاية من إصدار بطاقة الدفع الالكتروني، الوفاء بقيمة المشتريات والوفاء بالتزام الحامل بدفع الثمن للتاجر وإبراء ذمته، ولكن متى يتم الوفاء فعلاً؟ هل وقت تقديم البطاقة إلى التاجر أم وقت دفع المصدر للتاجر قيمة مشترياته؟

من المعلوم أنّ المشتري بموجب المادة 571/أولاً مدني عراقي، يلتزم بدفع الثمن مع المصاريف كأجور البريد وعمولة المصرف ويعدّ هذا تطبيقاً للمادة 398 مدني، التي تقرّر أنّ نفقات الوفاء على المدين مالم يوجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي خلاف ذلك. لذا

فعمولة إصدار بطاقة الدفع الالكتروني والوفاء بها على الحامل، لأنّه هو المدين مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي على خلاف ذلك⁽²⁴⁾.

ولا يشترط أن يتسلم الحامل المبيع، فقد يكون الثمن مؤجلاً ويدفع الأقساط بالبطاقة بدلا من النقد، فلا تنتقل ملكية المبيع إليه ولا يتسلم المبيع إلا إذا دفع كل الأقساط، وانتقال الملكية من وقت البيع كأثر رجعي للشرط الواقف مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك⁽²⁵⁾.

وقد يكون تعليق نقل ملكية المبيع على شرط التسليم كما لو كان الثمن مؤجلاً، فإنّ نقل ملكية المبيع إلى المشتري معلق على وفاء المشتري بكامل أقساط الثمن⁽²⁶⁾. أما مكان دفع الثمن فهو المكان المتفق عليه، وإذا لم يوجد اتفاق يكون ذات مكان تسليم المبيع، وإذا كان زمان تسليم المبيع يختلف عن زمان دفع الثمن فيسلم في موطن المشتري وقت الاستحقاق⁽²⁷⁾. بينما مكان دفع قيمة بطاقة الدفع الالكتروني هو مكان المصرف المصدر لبطاقة الدفع الالكتروني ويجوز تحويله صرفيا الى مصرف اخر يكون للتاجر حسابا فيه.

وفي حالة وجود اتفاق صريح ينص على تقديم بطاقة الدفع الالكتروني، وكونه وفاء نهائيا أم وفاء مشروطا، عن طريق حصول التاجر على قيمة وحدات النقد الالكتروني المستخدمة في الوفاء، أما في حالة غياب مثل هذا الاتفاق فقد اختلف الفقه القانوني حول هذه المسألة في اتجاهين:

الاتجاه الأول: لا يعتبر تقديم بطاقة الدفع الالكتروني إلى التاجر وفاءً نهائياً وبموجب هذا الاتجاه لا تبرأ ذمة الحامل من الدين، وتظل ذمته مشغولة إلى أن يحصل التاجر فعلاً على الثمن من المصدر، فإن لم يتمكن من ذلك كان له حق الرجوع على الحامل المتعاقد معه ومطالبته بالوفاء، ويشترط أن لا يكون التاجر بحاجة للرجوع إلى المصدر، أي عدم اتخاذه إجراء آخر، بينما بالوفاء بالبطاقة يقتضي رجوع التاجر إلى المصدر لتحويل النقد الالكتروني الذي تتضمنه بطاقة الدفع الالكتروني إلى نقود ورقية، وباكتمال عمليتي إصدار البطاقة واستردادها يصبح الوفاء نهائياً وتبرأ ذمة الحامل⁽²⁸⁾.

الاتجاه الثاني: يعتبر تقديم بطاقة الدفع الالكتروني إلى التاجر وفاءً نهائياً، ويبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم أنّه إذا لم يوجد اتفاق على غير ذلك، فإنّ مجرد تقديم بطاقة الدفع

الالكتروني يمثل وفاء نهائيا، ولا يجوز للتاجر الرجوع على الحامل سواء تمكن من استرداد قيمة البطاقة من المصدر أم لا. إلا أنهم اختلفوا حول الأساس القانوني لإبراء ذمة المدين وعدم الرجوع عليه. فذهب رأي منهم إلى فكرة تجديد الدين. في حين استند فريق آخر على فكرة القابلية للتحويل التي تتمتع بها النقود الالكترونية، ومنها بطاقة الدفع الالكتروني باعتبارها سندات دين غير رسمية. واعتمد فريق ثالث على فكرة الدفع المسبق، فتقديم بطاقة الدفع للتاجر مقابل السلع أو الخدمات يعدّ وفاء نهائيا، على افتراض أنّ الحامل قد سبق دفع مقابل إصدار بطاقة الدفع الالكتروني، وبالتالي يكون التاجر متيقنا من وفاء المصدر له، لأنّ المصدر لا يدفعه من ذمته بل من ذمة الحامل، إضافة إلى ملاءة المصدر المالية، فيكون محل ثقة وطمأنينة للتاجر وعدم اتحاذ تحفظ بالرجوع على الحامل⁽²⁹⁾. والرأي الأخير هو الراجح في نظرنا، لأنّ المصدر يلتزم التزاما مستقلا وأصليا، ليس بصفته نائبا عن الحامل بموجب عقد الضمان المبرم بينه وبين التاجر الذي يلتزم بقبول الوفاء بالبطاقة.

الفرع الثاني: جهة إصدار بطاقة الدفع الالكتروني

إنّ تحديد الجهة المنوط بها إصدار بطاقة الدفع الالكتروني له أهمية تتمثل في تعرف المتعاملين معها على النظام القانوني الذي يحكمها، مما يبعث الثقة والاطمئنان إلى مشروعية التعامل بالبطاقة التي يصدرها. وانقسم الفقه القانوني حول الجهة المنوط بها إصدار بطاقة الدفع الالكتروني على اتجاهين.

الاتجاه الأول: ويذهب إلى اقتصار إصدار بطاقة الدفع على البنوك والمؤسسات الائتمانية حصرا، ومنع غيرها من ممارسة هذا النشاط، لضمان الاستقرار في السوق من جهة، وتدعيم الثقة دون إخفاق مؤسسة إصدار النقود الالكترونية، ودون أن يؤثر سلبا على هذه الوسيلة الجديدة من وسائل الدفع، حيث أنّ المؤسسات غير الائتمانية لا تخضع لرقابة البنك المركزي، وتلتزم بتقديم تقارير عن نشاطها للبنك المركزي وتخضع لمحاسبته، إضافة إلى ما تتمتع به المصارف من خبرة وتقنية وتنظيم حكومي شامل لها، وهي أدري من غيرها بالعمل المصرفي⁽³⁰⁾.

الاتجاه الثاني: يرى شمول إصدار بطاقة الدفع الإلكتروني إلى جانب المؤسسات المصرفية المؤسسات غير المصرفية كالشركات⁽³¹⁾. التي تتخذ شكل شركة مساهمة أو محدودة⁽³²⁾.

ونرى أنّ من الأفضل إصدار بطاقة الدفع الإلكتروني من المؤسسات الائتمانية، ثقة التجار لقبول الوفاء بهذه الوسيلة، وثقة المتعاملين بهذه الوسيلة لما تتمتع به المصارف من سمعة ومركز مالي وخبرة في العمليات المصرفية، وتحتاج عملية إصدار البطاقة والوفاء بها إلى عمليات مصرفية مساندة لها، مثل فتح حساب جاري أو اعتماد مستندي وغير ذلك مما تضطلع به المصارف دون غيرها .

والاتجاه المستقر في العراق، أنّ الجهة المصدرة هي مصرف كإصدار بطاقة الفيزا الكرتون من مصرف بغداد، أو الترخيص في إصدار بطاقات عالمية في العراق كالفيزا كارت أو المستر كارت الأمريكية وغيرها⁽³³⁾.

وتعرف المادة الأولى من قانون المصارف العراقي رقم 94 لسنة 2004 المصرف بأنّه (الشخص الذي يحصل على ترخيص أو تصريح من البنك المركزي بمقتضى هذا القانون لمباشرة الأعمال المصرفية من ذلك الشركات الحكومية). وتمنع المادة الثالثة منه الأشخاص من ممارسة الأعمال المصرفية في العراق بدون الحصول على تصريح أو ترخيص صادر من البنك المركزي . وتعتبر المادة 57 من قانون المصارف أي شخص يمارس أنشطة مصرفية دون ترخيص أو تصريح من البنك المركزي مرتكباً لجريمة الاحتيال. ويتبين من ذلك، أنّه لا يتصور إصدار بطاقة الدفع الإلكتروني كعمل مصرفي من أي شركة أو مؤسسة إلا بترخيص أو تصريح من البنك المركزي.

فهل يعتبر إصدار بطاقة الدفع الإلكتروني عملاً مصرفياً كالاعتماد المستندي وخطاب الضمان ؟ للإجابة عن هذا التساؤل فإنّ هناك اتجاهين :

الاتجاه الأول: يرى أنصاره أنّ عملية إصدار بطاقة الدفع الإلكتروني، تندرج ضمن العمليات المصرفية التي تقدمها مؤسسات ائتمانية لعملائها، حيث يتيح لهذه المؤسسات زيادة الودائع والتوسع في أنشطة الائتمان .

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أنّ عملية إصدار بطاقة الدفع الإلكتروني لا تعدّ عملية مصرفية، لأنّ جوهر هذه العمليات هو تلقي المصارف الودائع من الجمهور أثناء متابعتها لأعمالها⁽³⁴⁾.

وقد اعتبرت المادة 27 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي إصدار بطاقة الدفع الإلكتروني عملية مصرفية. في حين أنّ المادة الأولى من قانون المصارف العراقي تقصر الأعمال المصرفية على الودائع "تعني الأعمال المصرفية أعمال استلام الودائع النقدية أو أموال أخرى مستحقة السداد من الجمهور لأغراض إيداع اعتمادات أو استثمارات في الحساب الخاص به" وأشار القانون إلى الأنشطة المصرفية في المادة 27 منه (استلام الودائع منح الائتمان تقديم خدمات المقاصة والتسوية والتحويلات للنقد والأوراق المالية وأوامر الدفع بما في ذلك الشيكات وبطاقات الائتمان والخصم والمدفوعات الأخرى والشيكات السياحية والحوالات المصرفية... الخ).

الفرع الثالث: إشكالية الوفاء ببطاقة الدفع الإلكتروني عبر الانترنت

يتم الوفاء ببطاقة الدفع الإلكتروني عبر الانترنت بإرسال رقم البطاقة من حاملها عبر الشبكة بهدف تحويل المبلغ من حساب المشتري إلى حساب التاجر ثمناً للسلع والخدمات⁽³⁵⁾.

وتتيح فيزا الإلكتروني الصادرة من مصرف بغداد لحاملها إمكانية الوصول إلى حسابه المصرفي على مدار الساعة، وبأي مكان من العالم، من خلال القيام بعمليات سحب الأموال من حساب حامل البطاقة بدون حاجة إلى القيام بأي من العمليات المصرفية المتعارف عليها، حيث تتم عملية السحب مباشرة على أجهزة الصراف الآلي والمعروفة Automated teller machine المتوفرة محلياً وعالمياً والتي تحمل شعار فيزا. وشراء الخدمات والمنتجات من التاجر ومن غير الحاجة إلى استخدام النقود وهو ما يعرف (بنقاط البيع) والتي تكون متوفرة محلياً وعالمياً لدى المحلات التجارية كمراكز للتسوق والمطاعم والفنادق وشركات الطيران وغيرها من الخدمات... وشراء المنتجات والخدمات عبر الانترنت⁽³⁶⁾.

ومن طرق الحصول على أرقام بطاقة الدفع الإلكتروني عبر الانترنت، الاختراق غير المشروع أو استخدام تقنية تفجير الموقع باستخدام أسلوب الخداع، بإنشاء مواقع

وهمية على الشبكة على غرار مواقع الشركات والمؤسسات التجارية الأصلية الموجودة على الشبكة، لإيهام المشتري والدفع الكترونياً لهذه المواقع الوهمية. ومن صور الخداع قيام القرصنة بانتحال صفة الجهات المصدرة لبطاقات الدفع الإلكتروني، بإرسال رسائل الكترونية إلى حاملي البطاقة لطلب تجديد المعلومات الخاصة بهم، مثل معلومات البطاقة وإرسالها مرة أخرى للموقع للحصول على الرقم السري⁽³⁷⁾.

ومن المعلوم أنّ التشفير يسمح بتلافي المخاطر المتوقعة في استخدام الطرق غير القانونية في المعاملات التجارية. ويهدف نظام التشفير إلى توفير أمن التبادل والمتبادلين في الانترنت، هذا وإنّ استعمال التشفير في حالة استخدام بطاقة الدفع الإلكتروني عبر الانترنت، دليل على أنّ الموقع هو حاملها الشرعي فمن غير المفترض علم غيره بهذه الشفرة السرية⁽³⁸⁾. وتثير الشفرة ببطاقة الدفع الإلكتروني مشكلة الاثبات، ولضمان عدم تسرب معلومات خاصة عن حساب الحامل ورقم البطاقة والرقم السري، يقوم الترميز بالحيلولة دون الدخول عبر المشروع من قبل الغير في الاتصالات والمبادلات والرسائل الإلكترونية بين أطراف العقد⁽³⁹⁾.

ويثير الدفع ببطاقة الدفع الإلكتروني عبر الانترنت ذات المشاكل التي يتعرض لها التعاقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية، من حيث حجية التوقيع الإلكتروني ومساواته لقوة التوقيع الخطي في إثبات هوية الموقع، وعدم وجود تزوير أو تعديل في المستند الإلكتروني من جهة، وحجية المستند الإلكتروني في الاثبات كدليل كتابي من جهة أخرى والقانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني: إشكالات الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الإلكتروني

قد يصدر عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالحامل، بسبب الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الإلكتروني، سواء صدر من التاجر أو من المصدر أو من الغير، في ضوء ذلك نقسم المطلب على ثلاثة فروع، الأول الاستخدام غير المشروع للبطاقة من التاجر، والثاني من الغير، والثالث من المصدر.

الفرع الأول: الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الإلكتروني الصادر من التاجر

يقع على التاجر الذي يرتبط مع المصدر بعقد، عدة التزامات، فعليه التزم بقبول الوفاء ببطاقة الدفع الإلكتروني بدلا من النقود العادية، وإذا رفض يعتبر مخلا بالتزامه العقدي وتحقق مسؤوليته المدنية .

كما يلتزم التاجر بالتأكد من صحة بطاقة الدفع الإلكتروني وأنها غير مزورة، أو التأكد من حاملها الشرعي بمطابقة توقيع المشتري مع توقيع الحامل على ظهر البطاقة . والتأكد من عدم انتهاء تاريخها، فإذا أخل التاجر بهذا الالتزام، وقام بالوفاء ببطاقة غير صحيحة أو مسروقة أو منتهية الصلاحية، فإنه يفقد حقه بضمان المصدر بالوفاء له، وللمصدر أن يمتنع عن الوفاء بقيمتها له⁽⁴⁰⁾. وعلى التاجر متابعة قوائم المعارضة من قبل المصدر من خلال الأجهزة اليدوية أو الإلكترونية، للتأكد من أن البطاقة معمول بها وغير ملغاة⁽⁴¹⁾.

و قد تصدر من التاجر أعمال غير مشروعة تلحق ضررا بالحامل، باستخدام التاجر البطاقة استخداما غير مشروع ومن هذه الأعمال غير المشروعة:⁽⁴²⁾

1- قبول الوفاء ببطاقة مزورة أو مسروقة رغم اعتراض المصدر على قبول الوفاء بها، وكان التبليغ عن سرقتها أو فقدانها قبل البيع .

2- تزوير التاجر لتوقيع الحامل على فواتير لمشتريات لم تتم وتقديمها للمصدر لتحصيل قيمتها من الحامل .

3- تغيير الثمن الحقيقي بالزيادة على سند البيع مستغلا غفلة حامل البطاقة وخاصة العملاء الأجانب.

4- كتابة أرقام موافقات وهمية على وصولات البيع بعد الادعاء بعطل الآلة الإلكترونية. وتميرر البطاقة على جهاز نقاط البيع لخصم القيمة أكثر من مرة .

5- التعامل ببطاقات منتهية الصلاحية والملغاة والمزورة بالتواطؤ مع حاملها غير الشرعي بتقديم تواريخ الفواتير.

6- تقديم التاجر فواتير لأكثر من مرة إلى المصدر للحصول على قيمتها، بتقديم الأصل و الصورة للحصول على قيمتها إثراء منه على حساب الحامل .

7- قيام بعض التجار باستخدام الرقم السري للبطاقة. أو بنسخ بيانات البطاقة أثناء تمريرها بجهاز نقاط البيع، ويقوم بطبع هذه البيانات على بطاقة أخرى يستخدمها في أعمال بيع وهمية دون أن يعلم الحامل بنسخ بطاقته.

8- قد يصدر تواطؤ بين التاجر وأحد موظفي المصدر للإضرار بحامل البطاقة، كالموافقة على بيع تم ببطاقات وهمية أو مزورة أو منتهية الصلاحية. أو السماح للتاجر بإدخال رقم البطاقة على الجهاز الإلكتروني بإدخال الرقم على وصلات بيع وهمية⁽⁴³⁾.

الفرع الثاني: الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الإلكتروني بفعل الغير

قد يفقد الحامل بطاقته إهمالاً منه، أو بسبب السرقة أو الحصول على قيمتها عن طريق التزوير، هذا ويعدّ استخدام البطاقات المفقودة والمسروقة من قبل الغير، الصورة الشائعة للمخاطر التي تواجه حاملها، فقد يكون فقد البطاقة أو سرقتها مع الرقم السري أو بدون الرقم السري، وفي كلتا الحالتين على الحامل تبليغ المصدر لاتخاذ الاجراءات اللازمة لعدم الوفاء بالبطاقة⁽⁴⁴⁾.

ويتم تزوير بطاقة الدفع الإلكتروني بوضع بيانات غير صحيحة واستبدال التوقيع والأختام بأخرى مزورة، ومن ثم استخدام البطاقة المزورة في عمليات الوفاء أو سحب النقود بها من الصراف الآلي. ويتم تصنيع بطاقة مماثلة للبطاقة الأصلية، من حيث الشريط الممغنط وآلات الطباعة وتشفير البيانات على الشريط الممغنط وآلات تغليف البطاقة⁽⁴⁵⁾. ثم أنّ الغير قد يقوم بسرقة بطاقة الدفع الإلكتروني، أو أن يعثر عليها ولا يقوم يردها لحاملها أو إلى المصدر ولديه نية استخدامها والحصول على قيمتها، فيعدّ مرتكباً لجريمة السرقة وإن كان يجهل رقم البطاقة السري. كما أنّ قيام الغير بتزوير البطاقة الأصلية يكون جريمة تزوير، بل قد يقترن الأمر بالحصول على الرقم السري أو البطاقة الأصلية نوع من النصب والاحتيال فتصل إلى جريمة الاحتيال⁽⁴⁶⁾. ومهما كانت الطبيعة القانونية لفعل الغير من استخدام بطاقة الدفع الإلكتروني، فإنّها تعدّ في نطاق القانون المدني عملاً غير مشروع يرتب المسؤولية المدنية، ويلتزم بالتعويض للحامل المتضرر إذا توافرت شروطها. ولا يعدّ من الغير، العاملین لدى التاجر والمصدر وغيرهم من الأشخاص الخاضعين لرقابتهم وإشرافهم⁽⁴⁷⁾. ويسأل عنهم التاجر أو المصدر مسؤولية مدنية تقصيرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه⁽⁴⁸⁾.

ولقيام جريمة التزوير، يتم الحصول على معلومات وبيانات البطاقة والمعلومات الخاصة بحساب الحامل وقسائم البيع، أو نسخة التاجر أو طباعة المعلومات من البطاقة الأصلية أو من قسيمة البيع، ويتطلب استنساخ البطاقة طباعة الشريط الممغنط على الكمبيوتر، ومن ثم طباعته على بطاقة مزورة أو مفقودة أو مسروقة، وبهذه الطريقة يحصل على المعلومات الأصلية وحتى الأمنية، وقد يتوفر الرقم السري لدى مزور البطاقة⁽⁴⁹⁾.

الفرع الثالث: الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الإلكتروني الصادر من المصدر
قد يرتكب موظفو المصدر أو مستخدموه بعض الأخطاء، سواء عند إصدار البطاقة أو عند الوفاء بقيمتها، إما عمداً أو اهمالاً، كإصدار بطاقات للعميل بناء على مستندات مزورة أو معلومات غير صحيحة، أو السماح بتجاوز الحد الأقصى للوفاء بالبطاقة أو الوفاء ببطاقة منتهية الصلاحية، أو الاعتماد على وصولات بيع صدرت على بطاقات وهمية أو مزورة، أو تم إلغاؤها تواطؤاً مع التاجر أو كشف أسرار بيانات البطاقة والأرقام السرية لحاملها والتواطؤ مع الغير من مرتكبي جرائم السرقة والتزوير⁽⁵⁰⁾.

هذا وقد تعاني أداة الدفع الإلكترونية من أعطال عرضية، نتيجة إختلالات مادية أو كهربائية أو قصور في أوامر التشغيل الخاصة بتصميم تلك الأداة، مما يؤدي إلى قصور في وظيفة الأداة، كعدم دقة تدوين المدفوعات أو عجزها عن نقل وحدات النقد الإلكتروني إلى التاجر المقصود، أو نقلها إلى شخص غير مقصود. ويلحق بالحامل أضراراً عديدة نتيجة القصور الوظيفي لأداة الدفع الإلكتروني، كخسارته لأرصده النقدية الإلكترونية المخزونة، وحرمانه من السلع والخدمات نتيجة عدم تمكنه من إجراء مدفوعاته في الوقت المناسب⁽⁵¹⁾. فقد يلحق عطل بجهاز نقاط البيع أو الصراف الآلي.

المبحث الثالث: الحماية القانونية لحامل بطاقة الدفع الإلكتروني

تتمثل الحماية القانونية بالإجراءات الوقائية لمنع وقوع الضرر بسبب الاستخدام غير المشروع، والحماية القانونية بموجب القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، والحماية الخاصة بموجب قواعد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وقانون حماية المستهلك.

المطلب الاول: الاجراءات الادارية والفنية الوقائية من المصدر

يلتزم المصدر بموجب عقد إصدار بطاقة الدفع الالكتروني مع العميل -الحامل- باتخاذ الاجراءات الادارية والفنية الآتية :

- 1- من أجل الحد من التزوير، يقوم المصدر وبالتعاون مع شركات التقنية التكنولوجية بتطوير بطاقة الدفع الالكتروني وخلق بطاقة ذات دوائر الكترونية، بحيث يجعلها غير قابلة للاختراق والتزوير من الناحية التقنية من حيث المادة المصنوعة منها البطاقة. وتسعى شركات أمريكية بتطوير رقائـق تزرع الجلد لتحديد الهوية الشخصية، للتعرف على موقع حاملها لتأمين طريقة موثوقة لحامل البطاقة لتفادي الغش⁽⁵²⁾. ومن الشركات العربية التي أخذت بهذا النهج، شركة (Maktoob.com)، فقامت بإصدار بطاقة دفع الكتروني تمكن الحامل من شراء السلع والخدمات على شبكة الانترنت بثقة تامة⁽⁵³⁾.
 - 2- تحديد الحد الأقصى للوفاء بالبطاقة أو للسحب من جهاز الصراف الآلي (الحد الأقصى اليومي والحد الأقصى للسحب من الرصيد)، حيث أنّ الغاية من تحديد حد أقصى للوفاء بالبطاقة، عدم إفراط الحامل بمشترياته وتزايد ديونه، فلا يتمكن من التسديد ولغرض التقليل من الخسائر التي تنتج عن وقوع البطاقة بيد الغير.
 - 3- سحب البطاقة من حق المصدر، فسحب البطاقة وإلغاؤها والطلب من الحامل بإعادتها في أي وقت، دون إبداء أي سبب ودون حاجة إلى إخطار، حتى يحافظ المصدر على حقوقه ولضمان عدم استخدام البطاقة بصورة غير مشروعة بعد إلغائها .
 - 4- المعارضة على قبول البطاقة هو إجراء وقائي يتخذه المصدر لعدم قبول الوفاء، إما بسبب سرقتها أو فقدانها أو لأي سبب آخر يخشى استخدامها بطريقة غير مشروعة⁽⁵⁴⁾.
- ومن الإجراءات الوقائية التي يتخذها مصرف بغداد في حالة نسيان حامل البطاقة رقمه السري، يتم متابعة فرعه للقيام بإجراءات إصدار رقم جديد. والتعرف على الحد الأعلى للشراء اليومي أو السحب اليومي، وعلى الحركات اليومية المسموح بها ومراجعة فرع المصرف لتزويده بها. وللإستخدام الآمن للبطاقة إذا فقدت البطاقة بسبب السرقة أو الضياع، فإنّه يجب على الحامل إشعار المصرف بذلك فوراً، ليقوم المصرف بإلغاء البطاقة وإصدار بطاقة جديدة بدلا منها. وعلى الحامل إشعار المصرف عند الشك

بوجود حالات احتيال عبر الانترنت، لكي يقوم المصرف بمباشرة التحقق عن هذه العمليات واتخاذ الإجراءات اللازمة⁽⁵⁵⁾.

تشفير توقيع حامل بطاقة الدفع الالكتروني فهناك رقم سري خاص لحامل البطاقة. كما يلتزم المصرف مصدر بطاقة الدفع الالكتروني بالسرية مما يتلقاه من بيانات خاصة عن العميل، يتعلق بحسابه وبطاقته ورقمه السري. والتشفير يسمح بتلافي المخاطر المتوقعة في استخدام الطرق القانونية في المعاملات التجارية. ويهدف هذا النظام إلى توفير أمن التبادل والمتبادلين في الانترنت، وأن استعمال التشفير في حالة استخدام بطاقة الدفع الالكتروني عبر الانترنت دليل على أنه حاملها الشرعي، فمن غير المفترض علم غيره بهذه الشفرة السرية⁽⁵⁶⁾.

5- التزام المصرف بالسرية حيث تترتب مسؤوليته في حالة الإخلال، ويعدّ من أهم الاجراءات الوقائية للاستخدام غير المشروع من قبل الغير. وإذا قام المصرف بإفشاء الرقم السري ببطاقة الحامل أو البيانات الأساسية أو عن حسابه وقام الغير بتزوير البطاقة أو استخدام الرقم السري أو غير ذلك، يعتبر مخلاً بالتزامه بالسرية ويتحمل المسؤولية⁽⁵⁷⁾.

المطلب الثاني: الحماية القانونية بموجب القواعد العامة للمسؤولية المدنية

الفرع الاول: المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي

قد يخل المصرف بالتزاماته العقدية بموجب بطاقة الدفع الالكتروني في العقد المبرم بينه وبين الحامل، من حيث إصدار بطاقة صحيحة وصالحة للوفاء أو من حيث الوفاء بقيمتها للتاجر. فعلى المصرف الالتزام بتسليم البطاقة للحامل والالتزام بوفاء ثمن المشتريات للتاجر. وضمان الوفاء بحدود معينة والالتزام بالسرية. وإذا أخل المصرف بالتزامه بالسرية أو إفشاء الرقم السري للعميل والبيانات الخاصة به، يعتبر مخلاً بالتزامه العقدي وتتحقق مسؤوليته العقدية ويحق للحامل المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر⁽⁵⁸⁾.

تنص المادة 173 من ق.ت.ع على أنه "يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على وفاء شيك مزور فيه توقيع الساحب أو حرفت البيانات الواردة فيه إذا لم ينسب أي خطأ للساحب المثبت إسمه في الشيك" وتنص المادة 26/ ثانيا من قانون التوقيع

الالكتروني علمائه " لا يعدّ الزبون مسؤولاً عن أي قيد غير مشروع يدخل على حسابه بواسطة تحويل الكتروني مالم يكن ناجماً عن خطئه أو إهماله" ونرى ضرورة وجود نص مماثل في بطاقة الدفع الالكتروني لتحقيق علة الحكم نفسها . يجعل المصرف مسؤولاً عن الوفاء للتاجر الذي قبل الوفاء ببطاقات مزورة أو مسروقة لم ينسب فيها خطأ للحامل .

فإذا أخل التاجر بالتزامه بعقد البيع كأن يكون المبيع معيباً أو مستحقاً للغير، فمن حق حامل بطاقة الدفع الالكتروني -المشتري- المطالبة بفسخ العقد، وتحقيق مسؤولية التاجر العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي .

وإذا ارتكب المصرف عملاً غير مشروع بقبول الوفاء ببطاقة مزورة أو مسروقة، رغم تبليغه الحامل بذلك أو ارتكاب التاجر غشاً بقبول الوفاء بالبطاقة المسروقة أو المزورة رغم علمه بذلك، أو تزوير العقد أو وصولات البيع، أو إدخال بطاقة الدفع في جهاز نقاط البيع أكثر من مرة وغيرها. وأي عمل غير مشروع من التاجر أو المصرف فتتحقق هنا المسؤولية التقصيرية . وقد يستولي الغير على بطاقات الدفع أو يقوم بسرقتها أو تزوير بياناتها، أو استعمال هذه البطاقة المسروقة أو المزورة في عمليات تحويل أو دفع على البطاقات.

ويسأل المصرف والتاجر والغير عن العمل غير المشروع مسؤولية مدنية تقصيرية إذا توفرت شروطها، ويحق للحامل مطالبتهم بالتعويض عما أصابه من ضرر مالي⁽⁵⁹⁾. ويشترط لقيام المسؤولية المدنية أن يكون الضرر محققاً ومباشراً، وأن يصيب حقاً أو مصلحة مشروعة وأن لا يكون قد سبق التعويض عنه⁽⁶⁰⁾. ويشمل التعويض في المسؤولية العقدية الضرر المباشر المتوقع فقط، إلا إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، فيشمل الضرر المباشر غير المتوقع أيضاً. أما في المسؤولية التقصيرية فيشمل التعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع⁽⁶¹⁾.

جاء في قرار محكمة التمييز: "إنّ التعويض في أحكام المسؤولية العقدية يكون بقدر ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم وفاء المتعاقد الآخر"⁽⁶²⁾.

ويحق للحامل فسخ العقد المبرم بينه وبين المصرف، أو بينه وبين التاجر والمطالبة بالتعويض إذا أخلا بالتزامهما العقدي⁽⁶³⁾. فإذا أخل الموظف في المصرف بالتزاماته التعاقدية إضافة لوظيفته، جاز للحامل فسخ العقد، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها يبيث جاء فيه أن " إخلال المدعى عليه إضافة لوظيفته بالتزاماته التعاقدية مما يجوز للطرف الآخر في العقد طلب فسخه عملاً بأحكام المادة 177 من القانون المدني مع التعويض عما لحقه من ضرر"⁽⁶⁴⁾. وأنّ عقد الحامل مستقل عن التاجر، لكن لو فسخ التاجر عقده مع المصدر فإنه لا يؤثر على حقوق الحامل حسن النية، باعتباره من الغير وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية أيضاً⁽⁶⁵⁾.

وبشمل التعويض في المسؤولية العقدية ما لحق الحامل من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم تنفيذ المصدر لالتزامه أو التأخر فيه، إذا كان الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه⁽⁶⁶⁾. ويشمل في المسؤولية التقصيرية أيضاً ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽⁶⁷⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية عن فعل الغير

وفقاً للمادة 219 مدني عراقي، يسأل المصرف عن أخطاء تابعيه ومستخدميه، كذلك يسأل التاجر عن تابعيه مسؤولية مدنية تقصيرية (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه) القائمة على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس⁽⁶⁸⁾.

هذا وقد يتضمن الوفاء ببطاقة الدفع الالكتروني عبر الانترنت، أو العقد المبرم بين الحامل والتاجر عنصراً أجنبياً، فقد يكون التاجر أو مصدر البطاقة أجنبياً أو المبيع في بلد أجنبي، مما يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية للتاجر أو المصرف اتجاه الحامل، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية للمصرف، أو التاجر أو الغير عن الضرر الذي لحق حامل بطاقة الدفع الالكتروني.

وطبقاً للمادة 1/25 مدني عراقي، فإنه يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يتفق عليه المتعاقدان أي (قانون الارادة)، فإن لم يوجد اتفاق يطبق قانون الموطن المشترك فإن اختلفا يسري قانون بلد إبرام العقد، ووفقاً للمادة 32 من

القانون المدني العراقي، يطبق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للقانون أو النظام العام في العراق⁽⁶⁹⁾.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها بعد أن أكدت تطبيق المادة 25 من القانون المدني وأنه يسري على القانون الأجنبي الأحكام الموضوعية دون قواعد الإسناد⁽⁷⁰⁾.

أما الالتزامات غير التعاقدية فيسري عليها قانون الدولة التي وقعت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، أي التي حدث فيها العمل غير المشروع، ولكن لا يطبق هذا الحكم إذا كان العمل غير مشروع في الخارج مشروعاً في العراق⁽⁷¹⁾.

المطلب الثالث: الحماية القانونية بموجب قانون التوقيع الالكتروني وقانون حماية المستهلك

الفرع الأول: الحماية القانونية بموجب قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية

يثير استخدام التقنيات العلمية عند إبرام العقد مشاكل قانونية، ومنها الإثبات بما ينسجم مع تلك التقنيات عبر الانترنت الذي يتم في ظل غياب الدعامات المادية الخطية، فهو يتم عبر وسائل معلوماتية، سواء من حيث تحديد موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها دون دعامة مادية مكتوبة⁽⁷²⁾.

وبسبب تطور وسائل الاتصالات الحديثة باستخدام الانترنت، سواء في التجارة الالكترونية أو العمليات المصرفية، إذ يتم تسوية المعاملات الالكترونية بوسائل الدفع الالكتروني، كالتحويل المصرفي والصكوك الالكترونية والنقود الالكترونية ومنها بطاقة الدفع الالكتروني، ولكي تواكب المصارف هذا التطور التقني، فقد أنشأت لها مواقع الكترونية خاصة على شبكة الانترنت لسهولة الاتصال بعملائها وانجاز العمليات المصرفية الالكترونية، ومنها بطاقة الدفع الالكتروني واتصال أجهزة الصراف الآلي بالموقع الخاص للمصرف، سواء كان في علاقة المصرف بعملائه أو علاقة المصرف بالتاجر أو علاقة المصرف بمصرف آخر في التحويل المصرفي الالكتروني وغيره.

أنّ العمليات المصرفية التي تجريها البنوك الالكترونية تتم في بيئة غير مادية، مما يثير مشكلة المحررات الالكترونية، ومنها إصدار بطاقة الدفع الالكتروني والوفاء بها، ومعالجة البطاقة عبر الانترنت والتحويل المصرفي الالكتروني.⁽⁷³⁾

وحتى يكون للمحرر الالكتروني حجية المحرر الورقي في الإثبات، لابد أن يكون موقّعا وموثقا، ولكي يعدّ التوقيع الالكتروني صحيحاً وصادراً عن الموقع، وفقا لقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012، فقد اشترطت م 4/أولا توافر وسائل لتحديد هوية الموقع والدالة على موافقته لما ورد في المستند الالكتروني وبحسب اتفاق الموقع والمرسل إليه حول كيفية إجراء المعاملة الالكترونية ثانيا/ يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي، وعليه يحوز التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الآتية:

أولاً- أن يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره ثانيا- أن يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره ثالثاً- أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الالكتروني قابلاً للكشف⁽⁷⁴⁾.

ويرتبط مدى اعتبار المحرر أو الوثيقة الالكترونية كدليل كامل للإثبات، ضرورة أن يكون هذا المحرر موقّعا. والتوقيع الالكتروني يكون على شكل رقم أو رمز معين يختلف عن التوقيع الخطي، لأنّ التوقيع شرط لصحة المحرر ويعبر عن رضا الموقع بما ورد فيه من التزامات، ومن خلال التوقيع يتم التحقق من هوية الشخص الموقع وتمييزه عن غيره وتعبيره عن قبول مضمون الكتابة الواردة على المحرر. وقد تتعرض المحررات الالكترونية للغلط أو التزوير والغش ومنها التوقيع الالكتروني، ويتم معالجتها عبر بيانات رقمية مشفرة، حيث يتم تأمين كافة أشكال الدفع الالكتروني من قبل المصارف عبر توقيعات الكترونية تثبت هوية رسالة الدفع المرسلة للبنك⁽⁷⁵⁾. وهناك مشكلة الهوية وتحقق الذاتية وحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، ولأجل التأكد من عدم وجود تزوير أو تلاعب في البيانات، فلا بد أن يكون للتوقيع الالكتروني حجية في الإثبات⁽⁷⁶⁾. وفيما يتعلق باستخدام التوقيع الرقمي، فلكي يحظى بالصحة والحجية في الإثبات،

ينبغي أن يتسم النظام المعلوماتي المستخدم من البنك أو المؤسسة المالية بالدقة والفاعلية من حيث الأمن والثقة والمصادقية وتشفير هذا التوقيع⁽⁷⁷⁾.

ويثير التشفير ببساطة الدفع الإلكتروني مشكلة الإثبات، ويحدد عادة في العقد المبرم بين المصرف والحامل كيفية إثبات المعاملة عبر الانترنت بواسطة الشفرة السرية، ولضمان عدم تسرب المعلومات عن حساب الحامل ورقم البطاقة والرقم السري، يقوم الترميز للحيلولة دون الدخول غير المشروع من قبل الغير في الاتصالات والمبادلات والرسائل الإلكترونية بين أطراف العقد⁽⁷⁸⁾.

وتتلخص أغراض التشفير في عدم إمكانية تزوير التوقيع، مالم يفقد الموقع السيطرة على المفتاح الخاص بتوثيق الرسالة الإلكترونية، فيعمل هذا التشفير على تحديد هوية الرسالة الموقعة بثقة ودقة ويقين. وأنّ إنشاء التوقيع الإلكتروني والتأكد من صحته بالتشفير يتطلب الفعالية، أي المستوى العال من الضمان بأنّ التوقيع للموقع دون ريب أو شك⁽⁷⁹⁾.

ومن نص المادة 5 من قانون التوقيع الإلكتروني يتبين أنّ شروط حجية التوقيع

الإلكتروني هي :

1- أن يدل التوقيع الإلكتروني على صاحبه والتزامه بمضمون السند الإلكتروني الموقع عليه، أي تحديد الهوية لصاحب التوقيع⁽⁸⁰⁾.

2- أن يكون التوقيع الإلكتروني مقروءاً، مستمراً، مباشراً ويسهل تطبيق هذا الشرط على التوقيع الإلكتروني نظراً لسرعة ودقة إجراء المعاملة من خلال الرقم السري، الذي يبقى واضحاً مقروءاً ومفهوماً من صاحب البطاقة المصرفية والمصرف، ويشترط الحفاظ على التوقيع الإلكتروني بحيث يبقى بالصورة ذاتها الذي صدر فيه من مصدره ووصوله إلى المرسل إليه، وتتم عملية الحفاظ على التوقيع الإلكتروني باللجوء إلى عملية الضغط الإلكتروني، أي ضغط البيانات الإلكترونية، بحيث تتحول إلى مجموعة من أرقام أو حروف تختلف في شكلها عن البيانات الأصلية المضغوطة، لكنها تحتوي على هذه البيانات ذاتها، فإذا أعيدت عملية فك الضغط الإلكتروني تعود البيانات الأصلية في شكلها السابق ذاته⁽⁸¹⁾.

3- أن يتصل التوقيع الإلكتروني بالسند الإلكتروني. وبالرغم من ربط التوقيع بالسند الإلكتروني وتأمينه من التلاعب فهما، فإنّ هناك اتجاه يرى أن يتدخل المشرع لتحديد التقنيات التي إذا ما تم استخدامها، يكون التوقيع الإلكتروني صحيحا وتحقق الارتباط المادي بين التوقيع والسند الإلكتروني، إذ لا بد أن يكون مرتبطا ارتباطا تاما بالاضافة إلى عدم قدرة الغير على الاطلاع على السند وإحداث تغيير فيه⁽⁸²⁾.

ويرى جانب من الفقه ضرورة توفير ضوابط فنية عامة وخاصة في التوقيع الإلكتروني، ليحوز الحجية في الإثبات، والضوابط العامة أن يكون التوقيع خاصا بالموقع وحده لكفالة أكبر قدر من السرية على هذا التوقيع، ويجب أن يقر الموقع كتابة بأن توقيعته الإلكتروني ملزم قانونا ويتساوى مع توقيعته الخطي من حيث الأثر القانوني، ففي بطاقة الائتمان يدخل الحامل بطاقته في الصراف الآلي أولا ثم يدخل الرقم السري، وأخيرا يقوم بإدخال المبلغ الذي يريد سحبه، فالصراف الآلي يعبر عن إرادة الحامل صاحب التوقيع الإلكتروني ودور الصراف الآلي دور القلم⁽⁸³⁾.

4- سيطرة الموقع وحده على وسيلة التوقيع الإلكتروني وبخلافه لا يعتبر التوقيع حجة على الموقع ولا على غيره⁽⁸⁴⁾. حيث اشترطت المادة الخامسة من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي أن يكون التوقيع تحت سيطرة الموقع المباشرة دون غيره.

ويكون للمستندات الإلكترونية حجية المستندات الورقية في الإثبات طبقا للمادة 13/ أولا من قانون التوقيع الإلكتروني إذا توفرت فيها الشروط الآتية:

1- أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت.

2- لا تقبل التعديل بالإضافة أو الحذف.

3- أن يكون هناك ارتباط بين السند والتوقيع الوارد عليها، وأن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها.

و يعدّ المستند الإلكتروني أو أي جزء منه حاملا للتوقيع الإلكتروني و موثقا للمستند بكامله، أو فيما يتعلق بذلك الجزء حسب واقع الحال إذا تم التوقيع خلال

مدة سريان شهادة تصديق معتمدة، ويعدّ المستند الإلكتروني موثقاً من تاريخ انشائه ولم يتعرض إلى أي تعديل ما لم يثبت خلاف ذلك⁽⁸⁵⁾.

الفرع الثاني: الحماية القانونية بموجب قانون حماية المستهلك

يعتبر حامل بطاقة الدفع الإلكتروني في عقد البيع المبرم بينه وبين التاجر مستهلكاً، والمستهلك وفقاً للمادة 1/ خامساً قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010 هو (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها). أي لاستعماله الشخصي. ويلتزم التاجر-المجهز- وفقاً لقانون حماية المستهلك بالاعلام سواء البيانات الخاصة بالسلعة أو الخدمة أو الثمن⁽⁸⁶⁾ وللمستهلك الحق في الحصول على المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة، ومنها المعلومات الناشئة عن مواصفات السلع والتعرف على الطرق السليمة لاستعمالها أو كيفية تلقي الخدمة، وما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبينا فيها قيمة وتاريخ ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها⁽⁸⁷⁾ ..

وقضت المادة 6/ ثانياً من القانون أنّ للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة له إعادة السلع كلاً أو جزءاً إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك، أي تتحقق مسؤوليته المدنية العقدية لإخلاله بالالتزام بالإعلام ويلتزم بالتعويض إذا تحققت شروط المسؤولية المدنية وهو إلحاق ضرر مباشر ومتوقع بالمستهلك⁽⁸⁸⁾.

هذا ويلتزم المجهز بالاحتفاظ بوصولات البيع والشراء أو نسخها وعرضها أو تقديمها إلى الجهات الرسمية المختصة عند طلبها أو تمكينها من الاطلاع عليها في محله دون أية معارضة. وأن يدون على جميع مراسلاته ومطبوعاته وإعلاناته اسمه التجاري وعنوانه وأية علامة يعتمدها قانوناً أن وجدت . ويشمل ذلك أيضاً في التعاقد الإلكتروني الاحتفاظ بالمستندات الالكترونية⁽⁸⁹⁾. وإعلام المستهلك عن الأسعار التي يجري التعامل بها في التعاقد عن بعد للسلعة والخدمة، وحق الرجوع عن العقد بسبب كون إرادة المشتري إرادة متسرعة متأثرة بوسائل الدعاية والاعلان الحديثة، أو تحت ضغط

إجراءات وتسهيلات البائع بحيث لم يأخذ المشتري وقته الكافي للتدبير والتأمل، فضلاً عن قلة خبرته فيما يتعلق بموضوع العقد⁽⁹⁰⁾.

خاتمة

أولاً/النتائج

- 1- بطاقة الدفع الالكتروني هي بطاقة مصرفية تصدرها المصارف لعملائها كأداة وفاء تقوم مقام النقود وتؤدي نفس وظيفة الصك.
- 2- يتولد عن بطاقة الدفع الالكتروني ثلاثة عقود، عقد الحامل وعقد البيع وعقد التاجر. وكل عقد من هذه العقود مستقل عن الآخر ولا يمكن أن يدفع الحامل بدفع له قبل التاجر، لأنّ عقد ضمان المصدر للتاجر مستقل وهذا المبدأ تشترك به بطاقة الدفع الالكتروني مع الاعتماد المستندي وخطاب الضمان.
- 3- بطاقة الدفع الكترونية يتم معالجتها بنقاط البيع أو جهاز الصراف لسحب النقود، أو استخدامه بالوفاء عبر الانترنت مما تثير مشاكل التعاقد الالكتروني عن بعد، من حيث الإثبات بالمستند الالكتروني وحجية التوقيع الالكتروني والقانون الواجب التطبيق.
- 4- إخلال المصدر بالتزامه العقدي قبل الحامل بإصدار بطاقة الدفع الالكتروني، أو إخلال التاجر بالتزامه العقدي يولّد المسؤولية المدنية (العقدية).
- 5- الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الالكتروني من قبل المصدر أو تابعيه أو التاجر أو تابعيه أو الغير يوجب المسؤولية التقصيرية.

ثانياً/التوصيات

- 1- إدراج نص خاص ببطاقة الدفع الالكتروني يتضمن مسؤولية المصدر عن الوفاء ببطاقة مزورة أو مسروقة دون صدور خطأ من الحامل.
- 2- تفعيل قانون التوقيع الالكتروني وإصدار تعليمات من البنك المركزي فيما يتعلق بالنقود الالكترونية ومنها بطاقة الدفع الالكترونية.
- 3- تخصيص نشرة إعلامية للبنك المركزي في القنوات الفضائية المحلية، تُعنى بالجوانب الاقتصادية وكيفية التعامل ببطاقة الدفع وثقيف الجمهور على استخدامها. والثقة بها ونشرها للحد من الظاهرة التقليدية وهي الوفاء بالنقد.

- 4- لا بد من وجود نص يبيّن مسؤولية المصرف عن العيوب المادية للأجهزة المساندة لبطاقة الدفع الالكتروني، مثل جهاز نقاط البيع أو الصراف الآلي و تقوم على أساس المسؤولية الموضوعية وليس على أساس الخطأ.
- 5- استخدام تقنية عالية لبيانات البطاقة واستخدام التقنية الذكية بدلا من الشريط الممغنط .
- 6- إيجاد نوع من الصراف الآلي، بحيث يتم حذف الرقم السري بعد استخدامه وانجاز عملية السحب لعدم استخدامه بعد ذلك من الغير عبر الانترنت .
- 7- الاستفادة من الخبرات العالمية في مجال الدفع الالكتروني لتجاوز السلبيات وتقليل القضايا الناجمة عن استخدامها .
- 8- إقامة إتفاقية بين المصارف العراقية والعالمية المصدرة لبطاقة الدفع الالكتروني، لضمان حقوق حاملي البطاقات المصدرة من هذه المصارف وتحديد المسؤول عنها، المصرف المصدر أم المصرف المرخص .

الهوامش:

- (1) درفعت فخري ابادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، مجلة إدارة الفتوى والتشريع، الكويت، السنة الرابعة، العدد الرابع، 1984، ص15.
- (2) د. فايز نعيم رضوان، بطاقة الوفاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص8.
- (3) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص557.
- (4) د. ذكرى عبد الرزاق، النظام القانوني للبنوك الالكترونية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2010، ص74.
- (5) د. امجد حمدان الجبني، المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الالكتروني، دار المسيرة، عمان، 2010، ص48.
- (6) الموقع الالكتروني لمصرف بغداد تحت عنوان بطاقة الفيزا الكرتون
- <https://www.ibs.Bank of Baghdad.org/ibs/index.jsp.com>
- (7) نضال سليم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص123. د أحمد السيد لبيب ابراهيم، الدفع بالنقود الالكترونية الماهية والتنظيم القانوني، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2009، ص12.
- (8) نضال سليم، مصدر سابق، ص124. د ذكرى عبد الرزاق، مصدر سابق، ص57. د. محمد الصبري، البيع والشراء عبر الانترنت، المكتب الجامعي الجديد، 2008، ص219.
- (9) د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص411.

- (10) د.سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة (البطاقات البلاستيكية) بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق/جامعة بيروت /لبنان، 2001، ص.80.
- (11) الموقع الالكتروني لمصرف بغداد :
- www.ankawa.com/forum/index.php?topic=596568.10;wap2
- (12) د. امجد حمدان، مصدر سابق، ص 37-38. د. ذكري عبد الرزاق، مصدر سابق، ص 56.
- (13) فداء أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقات الائتمان، ط1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص.15.
- (14) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 80 .
- (15) الدكتور فوزي محمد سامي و الدكتور فائق محمود الشماع، القانون التجاري/ الأوراق التجارية، المكتبة القانونية، بغداد، بدون تاريخ، ص 326 .
- (16) د. فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، ط1، دار السيسان، بغداد، 2015، ص.382.
- (17) دنزيه محمد الصادق، نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية/بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكتروني /جامعة الإمارات/كلية الشريعة والقانون، 2003، ص.795.
- (18) الموقع الالكتروني لمصرف بغداد :
- https://www ibs. .Bank of Baghdad .org/ibs/index.jsp .com.
- (19) الموقع الالكتروني لمصرف بغداد:
- .https://www ibs. .Bank of Baghdad .org/ibs/index .jsp .com
- (20) د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص 579.
- (21) د. مصطفى كمال طه و د. وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 358؛ د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص 579.
- (22) د. مصطفى كمال طه و د. وائل أنور بندق، مصدر سابق، ص 358 .
- (23) نضال سليم، مصدر سابق، ص 95-96.
- (24) د. سعيد مبارك و الدكتور طه الملاحويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد 2009، ص 145.
- (25) ينظر المادة 3/534 مدني عراقي.
- (26) د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص 85.
- (27) ينظر نص المادة 573 من القانون المدني العراقي.
- (28) 1Peffaretti {n.}, a theoretical approach to electronic money, feb, 1998, p.10-13
- (29) Rogers {s.j.}, the new old law of electronic money boston collage laws school faculty papers 2005 p.51-52 http://isr.nellco .org/be/belsfp
- (30) وهذا ما أخذ به البنك المركزي المصري الذي قصر إصدار النقود الالكترونية ومنها بطاقة الدفع الالكتروني على المصارف. تنظر المجلة الاقتصادية المصرية المجلد 42 العدد الرابع السنة 2001-2002.
- (31) قامت شركة أردنية بإصدار بطاقة دفع أردنية في 1992 ثم تسجيل شركة عبد الفتاح بإصدار بطاقة نوسنال اكسبرس بترخيص من البنك المركزي الأردني، وفي 1996 سجلت شركة المجموعة الوطنية الأردنية في إصدار بطاقة دفع للشراء من المحلات التجارية الأردنية بدون دفع نقدي على ضمانها ينظر تفاصيل أكثر د. امجد حمدان، مصدر سابق، ص 27 وما بعدها.

- (32) د. أحمد السيد لبيب، الدفع بالنقود الالكترونية/الماهية والتنظيم القانوني، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2009، ص 239.
- (33) الموقع الالكتروني:
<https://www.ibs.Bank of Baghdad.org/ibs/index.jsp.com>
- (34) ينظر هذا الرأي وتفصيله د. أحمد السيد لبيب إبراهيم، مصدر سابق، ص 222.
- (35) د. أحمد السيد لبيب إبراهيم، مصدر سابق، ص 264-265، د. أمجد حمدان، مصدر سابق، ص 336.
- (36) الموقع الالكتروني لمصرف بغداد :
- (37) www.ankawa.com/forum/index.php?topic=596568.10:wap2
- (38) د. أمجد حمدان، مصدر سابق، ص 184 ما بعدها.
- (38) د عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في الإثبات دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم 78 لسنة 2012، ص 51.
- (39) د عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص 52.
- (40) د. أمجد حمدان، مصدر سابق، ص 337.
- (41) د. جميل عبد الباقي الصغير، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي/الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 25.
- (42) د. أمجد حمدان، مصدر سابق، ص 154.
- (43) د. جميل عبد الباقي، مصدر سابق، ص 31.
- (44) د. محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 116.
- (45) نضال سليم، مصدر سابق، ص 158-159.
- (46) ينظر تفصيل ذلك الاستاذان حسن حماد حميد وجاسم خربيط، إساءة استخدام بطاقة الائتمان الالكترونية الملقاة، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 18، العدد 2، سنة 2010.
- (47) د. أمجد حمدان، مصدر سابق، ص 155.
- (48) ينظر المادة 219 قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- (49) د. محمد سامي الشوا، مصدر سابق، ص 117.
- (50) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية/ دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 126-127.
- (51) د. أحمد السيد لبيب، مصدر سابق، ص 274-275.
- (52) عرض في المؤتمر العالمي في باريس عام 1993 أشار إليه د. أمجد حمدان، مصدر سابق، ص 114.
- (53) الموقع الالكتروني
- <http://www.maktoob.com.2992>
- (54) د. عبد الفتاح بيومي، مصدر سابق، ص 116 وما بعدها.
- (55) الموقع الالكتروني لمصرف بغداد :
- www.ankawa.com/forum/index.php?topic=596568.10:wap2
- (56) د عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص 51.

- (57) د أمجد حمدان، مصدر سابق، ص 296.
- (58) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات /مصادر الالتزام/ أحكام الالتزام/اثبات الالتزام، المكتبة القانونية، 2012، ص 179.
- (59) المادة 204 مدني عراقي "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض".
- (60) د سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد 1981، ص 14- 62.
- (61) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، 2006، ص 381 وما بعدها د عبد المجيد الحكيم والأستاذ. عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام المكتبة القانونية، بغداد، 2010، ص 201، د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة، عمان الأردن، 2010، ص 221، د. عبد الرزاق احمد السهري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 682 د. أنور العمروسي، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار العدالة، القاهرة، 2010، ص 273.
- (62) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 304 /هيئة عامة /2008/ تاريخ القرار 25 / 3 / 2008 ينظر القاضي سلمان عبيد عبد الله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، الجزء الأول، القسم المدني، بغداد، 2009، ص 142.
- (63) المادة 177 مدني عراقي .
- (64) قرار رقم 284 - 285 / هيئة عامة /3007/ تاريخ القرار 22/9/2008 ينظر القاضي سلمان عبيد، مصدر سابق، ص 44.
- (65) القرار رقم 93 /هيئة عامة /2008/ تاريخ القرار 22/9/2008 ينظر القاضي سلمان عبيد، مصدر سابق، ص 49.
- (66) المادة 169 / 2/ مدني عراقي.
- (67) ينظر المادة 207 مدني عراقي.
- (68) د حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير، أشرف على تنقيحه د محمد سعيد الرحو، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان الأردن، 2006، ص 260 وما بعدها د عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 259 وما بعدها، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، مطبعة السلام، شبرا، 1988، ص 831، وما بعدها.
- (69) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص/ الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، 1988، ص 125 د. سامح بديع منصور ود نصري انطوان، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2009 ص 385.
- (70) القرار 191 /هيئة موسعة مدنية /2008/ تاريخ القرار 24 / 5 / 2008 ينظر القاضي سلمان بيات، مصدر سابق، ص 126.
- (71) ينظر نص المادة 27 مدني عراقي.
- (72) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص 11.
- (73) د. ذكري عبد الرزاق، مصدر سابق، ص 12-84.
- (74) ينظر المادة 5 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم 78 لسنة 2012..
- (75) د. سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 226 وما بعدها د خالد ممدوح، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2009، ص 244

- (76) chris reet hntnrit law second edition Cambridge university ,press ,2004 ,p.104.
- (77) د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، دار المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 200.
- (78) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص 52 .
- (79) د. عبد الرسول عبد الرضا ومحمد جعفر هادي، المفهوم القانوني للتوقيع الالكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، العدد الاول، السنة الرابعة، ص 148
- (80) د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص 21
- (81) د أيمن سعد سليم، التوقيع الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 55-56.
- (82) د حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 48.
- (83) د. عبد الرسول ود.محمد جعفر، مصدر سابق، ص 164.
- (84) د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص 21.
- (85) ينظر المادة 17/ أولا من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي..
- (86) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، 1982، ص 257.
- (87) ينظر المادة 6/أولا من قانون حماية المستهلك العراقي.
- (88) ينظر الالتزام بالإعلام وجزاء الإخلال به د. نزيه محمد الصادق المهدي، مصدر سابق ص 257 وما بعدها . د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 117.
- (89) ينظر المادة 7 من قانون حماية المستهلك العراقي.
- (90) د.محمد السعيد رشدي، مصدر سابق، ص 20 و 82.

الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري: أيّ فعالية في توفير العقار الموجه للإستثمار في الجزائر؟ *

Dr. MAIFI Laziz

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

د.معيفي لعزيز

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

الملخص:

إنّ السلطات العمومية في الجزائر قصد تحقيق تنمية شاملة ودائمة قد سعت إلى توفير مناخ استثماري ملائم، هذا الأخير تحكّمه عدة عوامل منها ضرورة توفير ما يسمى بالعقار الصناعي أو الاقتصادي لانجاز المشاريع الاستثمارية.

من أجل بلوغ هذا الهدف تم إستحداث هيئات وأجهزة أسندت إليها مهمة تنظيم العقار الموجه للاستثمار، التي تجسدت أساسا في الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري كجهاز مركزي، بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، الذي استحدثها وحدد قانونها الأساسي، المعدل والمتمم.

الكلمات المفتاحية:

العقار الاقتصادي، الاستثمار الوطني والأجنبي، تفعيل الاستثمار، ضبط العقار، ترقية الاستثمارات.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/05/30 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/06/19 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

The National agency of intermediation and land regulation: Witch efficiency to provide a real estate for investment in Algeria?

Abstract :

In order to achieve a global and durable development, the Algerian public authorities worked to provide a suitable investment climate which is controlled by many elements among which the necessity to provide what is named the industrial or economical real estate to realize investment projects.

To reach this target, institution and bodies have been created with a mission of organizing the real estate for investment, these last have been mainly materialized in the national agency of intermediation and land regulation as a central body by virtue of the provisions of the executive decree No 07-119, modified and completed, which has created them and fixed their memorandum of association.

Key words:

Economical real-estate, national and foreign investment, investment activation, real estate regulation, investments' promotion.

L'agence nationale d'intermédiation et de régulation foncière: Quelle efficacité pour le foncier destiné aux investissements en Algérie ?

Résumé :

Afin d'atteindre l'objectif du développement durable, les pouvoirs publics Algériens ont essayé d'asseoir un cadre juridique adapté en prenant en compte beaucoup de facteurs liés notamment à la disponibilité du foncier industriel ou économique. Pour ce faire, de nouvelles structures et organes chargés de la régulation du foncier destiné à l'investissement sont apparus, parmi lesquels on cite l'agence nationale d'intermédiation et de régulation du foncier, comme organe central, créée en vertu des dispositions du décret exécutif n°07-119 modifié et complété.

Mots clés :

Foncier économique, investissement national et étranger, régulation du foncier, promotion des investissements.

مقدمة

مما لا شك فيه أنّ تحقيق التنمية الشاملة والدائمة - خاصة الاقتصادية منها - ، لن تتجسد إلا من خلال تفعيل العملية الاستثمارية، الأمر الذي يستدعي توافر مجموعة من العوامل منها ضرورة توفير الأوعية العقارية⁽¹⁾، فهذا الأخير يعدّ محدّدًا أساسيًا لإنجاح العملية الإستثمارية ومن ثم استقرار المستثمرين خاصة الأجانب منهم، وفي الجزائر خلال مرحلة سابقة، تحديدا قبل تعديل النصوص القانونية المنظمة للإستثمار خلال سنة 1993⁽²⁾، كان العقار رهين الكثير من العراقيل التي تواجه المستثمرين الذين يشكون من مشكل الحصول على العقار الصناعي⁽³⁾، فالمستثمر الراغب في الإستفادة من الأراضي في إطار المشاريع الإستثمارية تعترضه إجراءات إدارية

معقدة إلى جانب موافقة عدة هيئات ذلك في ظل غياب أجهزة مختصة في هذا المجال، وهو الأمر الذي يؤدي بنا للقول بأنّ المشكل ليس في ندرة العقار وإنما يتعلق بالجانب الإداري والتنظيمي له⁽⁴⁾.

وفي مرحلة لاحقة، فإنّ السلطات العمومية في الجزائر قد بادرت لإيجاد حل أو بالأحرى التقليل من هذا المشكل من خلال اتخاذ تدابير قانونية ومؤسسية؛ أين عملت من خلال سن ترسانة من النصوص القانونية المنظمة للعقار الصناعي، على توحيد واختصار الإجراءات واستحداث طرق مرنة للتعامل مع المستثمرين على مستوى مراحل الإستثمار وتمنح الأراضي في إطار عملية الإستثمار من جهة، بل قامت باستحداث مجموعة من الأجهزة مختصة في هذا المجال من جهة أخرى، كالوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري (ANIREF)⁽⁵⁾ كهيئة مركزية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المؤرخ في 23 أفريل 2007 المتضمن تنظيمها وسيرها وتحديد القانون الأساسي لها، المعدل والمتمم في سنة 2012، إثر صدور المرسوم التنفيذي رقم 12 - 126، المؤرخ في 19 مارس 2012⁽⁶⁾، المدعمة بهياكل جوارية محلية في شكل مديريات جهوية تمثل وتقوم بنفس المهام المسندة للوكالة على المستوى المحلي⁽⁷⁾.

وعليه فإنّ دراستنا في هذا الموضوع ستنصب أساسا على تبيان الأحكام العامة المتعلقة بالاطار المؤسسي المنظم للعقار الاقتصادي في الجزائر، ذلك من خلال تبيان الدور الذي تؤديه الوكالة في سبيل توفير الأوعية العقارية للمتعاملين الاقتصاديين العموميين والخواص أجنب كانوا أم وطنيين، ذلك من خلال التمعن في أجهزة إدارتها وسيرها والصلاحيات المخولة لها قانونا، ولن يتسنى ذلك إلا من خلال الاجابة على الاشكالية التالية؛ هل من شأن استحداث المشرع الجزائري للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري تفعيل العملية الاستثمارية، ذلك من خلال توفير العقار الموجه للاستثمار؟

للإجابة على هذه الاشكالية إرتأينا التطرق في هذا الموضوع إلى دراسة الإطار التنظيمي للوكالة (المبحث الأول)، لنتناول بعد ذلك الإطار الوظيفي لها من خلال تعداد صلاحياتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار التنظيمي للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري

لقد تأسست الوكالة وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المؤرخ في 23 أفريل 2007، معدل ومتمم، وتم تكييفها على أنها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (EPIC)، تتمتع بالشخصية المعنوية وبذمة مالية مستقلة تكون خاضعة لوصاية الوزير المكلف بترقية الاستثمارات⁽⁸⁾، بل يعتبر بمثابة القانون الداخلي لها حينما يبين كيفية تنظيم أجهزة إدارتها وسير عملها.

مثل العديد من المرافق العمومية، فإنّ للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري أجهزة تسهر على إدارتها وتسييرها، فيلى جانب مجلس الإدارة (المطلب الأول)، هناك أيضا المدير العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجلس إدارة الوكالة

يمثل مجلس الإدارة الجهاز الأول في الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، إذ يعتبر بمثابة جهاز تداولي جماعي يتولى تحديد سياسة وتوجهات الوكالة، على هذا النحو فقد أسندت إليه مهمة إدارتها، وعليه سنتعرض إلى دراسة تشكيلة مجلس الإدارة (الفرع الأول)، لنبين بعد ذلك سير عمله (الفرع الثاني)، ثم في الأخير نعرض صلاحياته (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تركيبة مجلس إدارة الوكالة

يتأسس مجلس إدارة الوكالة الوزير المكلف بترقية الإستثمارات أو ممثله، على أساس أنه يمثل السلطة الوصية لها، كما يضم ممثلين آخرين ينتمون إلى وزارات مختلفة وإدارات عمومية معنية أساسًا بمجال العقار، على وجه التحديد فإنّ مجلس إدارة الوكالة يتشكل من؛

ممثل الوزير المكلف بالجماعات المحلية، ممثلين إثنين عن الوزير المكلف بالمالية (خزينة/أملاك الدولة)، ممثل الوزير المكلف بالعمران، ممثل الوزير المكلف بالسياحة والصناعة التقليدية، ممثل الوزير المكلف بالنقل، ممثل الوزير المكلف بالطاقة والمناجم، إضافة إلى ممثل الوزير المكلف بالفلاحة وممثل الوزير المكلف بالتجارة، وأخيرا ممثل الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية والبيئة⁽⁹⁾.

وعليه فإنّه بالنظر إلى البنية العضوية التي يتميز بها مجلس إدارة الوكالة نود التنويه إلى أنّه بدلاً من توسيعها أكثر لتشمل قطاعات أخرى لها علاقة بالعقار، فقد تم تقليصها بموجب صدور المرسوم التنفيذي 12 - 126، المعدل والمتمم لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، أين تم إقصاء كل من ممثل الوزير المكلف بالصناعة وممثل الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، إضافة إلى كل من ممثل الوكالة الوطنية لهيئة الإقليم وممثل الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار⁽¹⁰⁾، كما نود أن نشير إلى التمثيل المحتشم لممثلي المنتفعين والمستثمرين على مستوى مجلس إدارة الوكالة، على خلاف التفوق العددي لمثلي الدولة، وبالتالي فإنّ توسيع تمثيل هذه الفئة في المجلس من شأنه تكريس مبدأ مشاركة المنتفعين في تسيير الوكالة واتخاذ القرارات المتعلقة بها بصفة خاصة، وبسير العملية الإستثمارية بصفة عامة⁽¹¹⁾.

وتتولى السلطة الوصية على الوكالة مهمة تعيين أعضاء المجلس بقرار لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد بناء على إقتراح من السلطات التي ينتمون إليها. في حالة شغور لعضوية أحد الأعضاء، يتم استخلافه حسب الأشكال نفسها، ويستكمل العضو الجديد المعين بقية عهدة مستخلفه إلى غاية انتهاءها⁽¹²⁾.

الفرع الثاني: سير عمل مجلس الإدارة

يجتمع مجلس إدارة الوكالة ثلاث (03) مرات في السنة في دورات عادية، ويمكن استدعائه لعقد الإجتماع في دورات إستثنائية بناء على إقتراح من رئيسه أو بطلب من المدير العام للوكالة أو بناء على إقتراح من طرف ثلثي (2/3) أعضائه⁽¹³⁾، وعموماً فإنّ رئيس مجلس الإدارة يرسل إلى كل الأعضاء إستدعاءات شخصية تتضمن تاريخ الإجتماع وجدول الأعمال، ذلك قبل خمسة عشر (15) يوماً على الأقل قبل إنعقاد الجلسة، مع إمكانية تقليص هذا الأجل دون أن يقل عن ثمانية (08) أيام في الدورات غير العادية، ويحضر اجتماعات مجلس الإدارة المدير العام للوكالة، وكل شخص من شأنه أن يقدم مساعدة في المسائل المدرجة في جدول أعمال المجلس.

ولصحة إجتماعات المجلس يشترط حضور ثلثي (2/3) من أعضائه على الأقل⁽¹⁴⁾، وإذا لم يكتمل النصاب القانوني فإنّ المجلس يجتمع مرة ثانية بعد ثمانية (08) أيام الموالية للتاريخ المحدد سابقاً لإجتماعه، وتكون المداولة في هذه الحالة صحيحة مهما

كان عدد الأعضاء الحاضرين، كما تتخذ قرارات المجلس بالأغلبية البسيطة لأصوات الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً، مع العلم أنّ المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المؤرخ في 23 أفريل 2007، المعدل والمتمم، لم يحدد كيفية تمثيل الأعضاء الغائبين.

وتُختتم مداولاته في محاضر محررة وموقعة من طرف رئيسه، وتكون كذلك مرقمة في سجل ودفتر خاص، مع ضرورة موافقة الوزير الوصي المكلف بترقية الإستثمارات عليها خلال العشر (10) أيام الموالية لتاريخ الإجتماع⁽¹⁵⁾.

الفرع الثالث: صلاحيات مجلس الإدارة

لقد تضمنت المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المعدل والمتمم، بنوع من التفصيل لأهم المسائل التي يتداولها مجلس إدارة الوكالة، فهو على وجه الخصوص يتولى الموافقة على مشاريع مخططات التنمية الخاصة بالوكالة على المدى القصير والمتوسط والبعيد، يصادق على البرنامج العام لنشاط الوكالة والميزانية المرتبطة بها، تنظيم الوكالة وسيورها خاصة حصيلة النشاط، يصادق على الشروط المتعلقة لإبرام الصفقات والعقود والإتفاقيات، أخذ مساهمات وإبرام كل أشكال الشركات المتصلة بمجالها، المصادقة مشروع النظام الداخلي للوكالة والتقارير السنوي للتسيير وكذا تقارير محافظي الحسابات، إضافة إلى مشاريع اقتناء وإيجار البنايات كما يوافق على الإتفاقيات والشروط العامة لمنح الأجور الخاصة بمستخدمي الوكالة. وبصفة عامة، يمكن أن يداول المجلس أي مسألة يقترحها المدير العام للوكالة التي من شأنها أن تساعد الوكالة على أداء مهامها على أحسن وجه⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني: المدير العام

يشرف المدير العام للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري على إدارتها، فهو على هذا النحو يمثل الجهاز الثاني لها بعد مجلس الإدارة، إذ يعتبر كجهاز تنفيذي يعمل على تطبيق سياستها، ويتم تعيينه وإنهاء مهامه بمقتضى مرسوم رئاسي بناءً على إقتراح من الوزير المكلف بترقية الاستثمارات.

وعملاً بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 07-119، المتضمن إنشاء الوكالة وتحديد قانونها الأساسي، المعدل والمتمم، فإنّ المدير يتمتع بصلاحيات واسعة، فمنحت له

صلاحيات في مجال التسيير من جانب (الفرع الأول)، ومن جانب آخر خُولت له ممارسة بعض الصلاحيات التي يظهر من خلالها على أنّ المدير ما هو إلا جهاز منفذ وخاضع للسلطة الوصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كجهاز مسير

يتولى المدير العام ممارسة بعض الصلاحيات في مجال التسيير الإداري والمالي على مستوى الوكالة، والمتمثلة أساساً أنّه يتمتع بسلطة العزل وتعيين جميع مناصب العمل التي لم تتقرر طريقة أخرى للتعيين فيها، كما يمارس السلطة السلمية على جميع مستخدميها ويسهر على إحترام تطبيق القانون والنظام الداخلي لها، إضافة إلى ذلك فهو يعدّ مسؤولاً عن سيرها يتصرف باسمها ويمثلها أمام القضاء وفي جميع أعمال الحياة المدنية.

فضلاً عن ذلك، يتولى المدير العام للوكالة إعداد مشاريع ميزانية تسييرها وتجهيزها وإبرامه لكل الصفقات أو العقود والاتفاقات والاتفاقيات المرتبطة بنشاطها، ويقترح برامج نشاطاتها بوجه عام⁽¹⁷⁾.

الفرع الثاني: كجهاز منفذ

يقوم المدير العام للوكالة بتنفيذ توجيهات، مداوات وقرارات مجلس الإدارة، ومن جهة أخرى يعدّ تقريراً سنوياً مفصلاً عن نشاطات الوكالة يكون مرفقاً بحصائل وجدول حسابات النتائج ومقررات تخصيص النتائج، ويتم إرسالها إلى السلطة الوصية والوزير المكلف بالمالية، بعد مداولتها من طرف مجلس إدارة الوكالة⁽¹⁸⁾.

وفي هذا المقام نود أن نشير إلى التمثيل والحضور الشكلي والمحتشم للمدير العام للوكالة على مستوى مجلس الإدارة عند انعقاد جلساته، فبدلاً من منحه لمركز قانوني قوي وتمتعه بسلطة داخل المجلس كتحضير مداواته وإدارة أمانته، إلا أنّ له صوت استشاري فقط غير ملزم عند اتخاذ المجلس لقراراته وهو ما أقرته المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، السالف الذكر: " يحضر المدير العام للوكالة اجتماعات المجلس، ويكون له صوت استشاري"، إضافة إلى أنّ أمانة المجلس تتولاها مصالح الوكالة.

المبحث الثاني: الإطار الوظيفي للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري

على أساس إعتبار الوكالة مرفق عمومي، وكما يدل اسمها عليها، فقد كلفها المشرع بتسيير خدمة عمومية⁽¹⁹⁾ تتمثل في العمل على تفعيل سياسة الدولة من خلال المساهمة في تسيير العقار الاقتصادي العمومي، عموماً فإنّ المهام المسندة للوكالة قد تم تحديدها بنوع من التفصيل ذلك في الفصل الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المعدل والمتمم المشار إليه أعلاه، حيث تنص المادة 03 منه على أنّه: " يمكن الوكالة أن تتولى مهمة التسيير والترقية والوساطة والضبط العقاري ..."، وعليه يمكن تصنيف مهامها على وجه الخصوص إلى مهمة تسيير الحافطة العقارية (المطلب الأول)، إضافة إلى مهمة الوساطة، الضبط والترقية العقارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تسيير حافطة العقار الاقتصادي العمومي

عملاً بمضمون نص المادتين 04 و09 من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المعدل والمتمم⁽²⁰⁾، وبالرجوع كذلك إلى بعض الأحكام التي تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 09 - 153، المؤرخ في 02 ماي 2009⁽²¹⁾، نستشف أنّه من بين المهام الموكلة للوكالة تسيير الحافطة العقارية التي تتكون من الأصول العقارية المتبقية والفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية من جهة (الفرع الأول)، وتسيير الأراضي المتواجدة في المناطق الصناعية ومناطق النشاط (الفرع الثاني)، بحيث تتولى الهيئة الممثلة للوكالة على المستوى المحلي مهمة تسييرها، ذلك على أساس اتفاقية تبرم بينها التي تعمل لحساب وباسم الوكالة ومديرية أملاك الدولة المختصة إقليمياً. كما تتشكل الحافطة العقارية للوكالة على العقارات التي اكتسبتها ضمن إطار نشاطاتها في مجال الترقية العقارية.

الفرع الأول: تسيير الأصول العقارية المتبقية والفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية

يراد بالأصول العقارية للمؤسسة العمومية الاقتصادية الأموال التي تحوزها وتمتلكها المؤسسة خلال حياتها، وتشمل العقارات، المباني، الآلات والتجهيزات... إلخ⁽²²⁾، وعلى العموم يمكن أن نميز بين نوعين من الأصول العقارية التابعة للمؤسسات؛ الأصول العقارية المتبقية⁽²³⁾ (résiduels Actifs) إلى جانب الأصول العقارية الفائضة (Actifs excédentaires).

فالأصول العقارية المتبقية تشمل كل الأملاك العقارية التابعة للمؤسسة العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والمتوفرة، فهي بالأحرى تمثل العقار الصناعي الذي لم يتم التنازل عنه ضمن إطار أشغال تصفية المؤسسات العمومية⁽²⁴⁾.

أما الأصول الفائضة فهي تتضمن بدورها كل الأملاك العقارية التي هي بحوزة المؤسسات العمومية الاقتصادية على سبيل الانتفاع أو التمليك التي لا تعتبر ضرورية موضوعيا لنشاطها، التي يجب على الدولة استرجاعها تدريجيا، وتمثل أساسا في:

- الأملاك العقارية غير المستغلة أو التي لم يتم تخصيصها لوجهة ما،
- الأملاك العقارية التي لا يتطابق استعمالها مع الغرض الاجتماعي للمؤسسة،
- الأملاك العقارية المستقلة أو القابلة للفصل من المجمعات العقارية أو ملك المؤسسات العمومية أو ملك للدولة و غير لازمة لنشاطاتها،
- الأملاك العقارية التي تغير طابعها القانوني بحكم قواعد التعمير والتي أصبحت لا تدخل في إطار النشاط الرئيسي للمؤسسة العمومية،
- الأملاك العقارية المعروضة في السوق بمبادرة من المؤسسة العمومية،
- الأملاك العقارية المتواجدة داخل المناطق الصناعية والمتوفرة التي أعيد إدماجها ضمن الأملاك الخاصة للدولة⁽²⁵⁾.

الفرع الثاني: تسيير المناطق الصناعية ومناطق النشاط الاقتصادي

لما كان العقار الصناعي يشكل إحدى العوامل الأساسية لتحقيق التنمية، كثفت السلطات العمومية في الجزائر جهودها في العمل على توفير الأوعية العقارية للمستثمرين وتمهيتها لانجاز مشاريعهم الاستثمارية، وتجسد ذلك في إنشاء المناطق الصناعية (Les zones industrielles) كمرحلة أولى لتظهر ما يسمى بمناطق النشاط (Les zones d'activités) فيما بعد.

وعلى خلاف التشريعات المقارنة لبعض الدول، فإن المناطق الصناعية لم تحظ بتعريف واضح ودقيق في التشريع الجزائري إلا أنها تُعرّف عموما: مجموع من الأراضي المحددة والمنظمة بأدوات التهيئة والتعمير تكون موجهة لاستقبال نشاطات صناعية⁽²⁶⁾.

فبعد أن يتخذ قرار إنشائها باقتراح من طرف المجلس الوطني للاستثمار، كجهاز تم استحداثه بموجب الأمر 01 - 03، المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم⁽²⁷⁾، لدى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات ويوضع تحت وصاية الوزير الأول، الذي كُلف بالمسائل المتعلقة باستراتيجيات الاستثمارات ودعمها بما في ذلك إنشاء مناطق صناعية جديدة بعد موافقة الحكومة⁽²⁸⁾، لتسند مهمة تسييرها إلى الوكالة بموجب الأحكام التي تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 09 - 153، المؤرخ في 02 ماي 2009، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتيازات على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية وغير المستقلة المحلة وأصول الفائزة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وسيورها، لا سيما نص المادة 13 منه التي تنص على أنه: "يسند تسيير الحافظة العقارية المتكونة من الأصول المتبقية والأصول الفائزة المسترجعة تدريجياً والأراضي المتواجدة في المناطق الصناعية إلى الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري،....".

أما مناطق النشاط الاقتصادي فهي عبارة عن: فضاء ذو مساحة ذات حجم صغير، مجهزة وصالحة لإنشاء الصناعات الصغيرة والمتوسطة⁽²⁹⁾، فهي مساحات مخصصة لترقية وتنمية نشاطات اقتصادية صغيرة كنشاط إنتاج السلع والخدمات أو النشاطات التجارية على خلاف النشاطات الصناعية المنتجة التي تتموقع في المناطق الصناعية.

إنّ إنشاء هذا النوع من المناطق قد عُهد إلى هيئات محلية بعد الموافقة النهائية للوالي، والممثلة في اقتراح كل من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار⁽³⁰⁾، وكذا المجلس الشعبي البلدي⁽³¹⁾، أما تسييرها فقد أُسند للوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين⁽³²⁾، بمشاركة الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري التي كلفت بهذه المهمة الجديدة ضمن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المعدل والمتمم، بحيث تنص المادة 09 على أنه: ".... وهي مؤهلة أيضا للقيام بصفة مباشرة أو غير مباشرة بتسيير المناطق والفضاءات....".

المطلب الثاني: الوساطة، الضبط والترقية العقارية

إلى جانب مهمة تسيير حافظة العقار الصناعي، تتولى الوكالة أيضا مهام أخرى عديدة ومتنوعة تهدف بالأساس إلى تنظيم السوق العقاري والحافظة العقارية لها

وترقيتها من خلال تجهيزها بمختلف الهياكل القاعدية بهدف تثمينها حتى تصبح مهياة وملائمة لتفعيل العملية الاستثمارية، فهي تؤدي في سبيل ذلك دور الوسيط (الفرع الأول)، والمرقي العقاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مهمة الوساطة العقارية

تؤدي الوكالة دور الوسيط العقاري⁽³³⁾، وهو ما أكدت عليه المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المعدل والمتمم حينما نصت على أنه: "يمكن الوكالة أن تتولى أيضا مهمة وساطة عقارية لحساب كل المالكين"، فهي على هذا النحو تسعى إلى التقريب بين المالكين للعقار الموجه للاستثمار والمستثمرين الذين هم بحاجة ماسة إلى أوعية عقارية لانجاز مشاريعهم الاستثمارية.

وفي هذا المقام نود الإشارة إلى أنّ الوكالة قصد تأدية هذه المهمة على أحسن وجه بصفة خاصة ومساهمتها في إبراز السوق العقارية بصفة عامة، قامت بإحصاء العقار الاقتصادي العمومي وتم نشره عبر موقعها الإلكتروني الذي من خلاله يمكنها من ربط ملاك العقار الاقتصادي بالمستثمرين مباشرة.

الفرع الثاني: مهمة الترقية العقارية

طبقا لنص المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المعدل والمتمم، وبالنظر إلى الطبيعة القانونية للوكالة على أساس اعتبارها هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، فإنّها تتمتع بصفة المتعهد بالترقية العقارية، على هذا النحو فالتشريع المعمول به يسمح لها باكتساب أصول وأملاك عقارية، ثم لتتبعها عمليات التهيئة والتجزئة وتقدير التكلفة والتمويل، وليتم بعدها التنازل عنها مجددا واستعمالها في ممارسة النشاطات المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات، كل هذا سيساهم في تحسين العرض العقاري، فالترقية العقارية يراد بها إنشاء، تحضير وتهيئة أوعية عقارية التي تحتضن مختلف المشاريع الصناعية الاقتصادية⁽³⁴⁾.

إلى جانب المهام المذكورة آنفا، فإنّ الوكالة يمكن لها القيام ببعض الأعمال التي لها علاقة بميدان نشاطها والتي تجعلها أكثر فعالية، بحيث يمكن لها القيام بكل العمليات المنقولة، العقارية، المالية أو التجارية، إضافة إلى إمكانية إبرامها لكل

العقود والاتفاقيات، وأخيرا تطوير المبادلات مع الهيئات الأخرى المعنية والمكلفة بالعقار الموجه للاستثمار⁽³⁵⁾.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة يمكن لنا أن نخلص القول إلى أنّ السلطات العمومية في الجزائر قد خطت خطوة هامة من خلال استحداثها للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، الذي كان الهدف المرجو منها يكمن أساسا في توسطها لإقامة مشاريع استثمارية والتقليل من الجهات المتدخلة في تسيير ومنح العقار الاقتصادي الموجه للاستثمار واعتبارها المخاطب الوحيد لدى المستثمرين، وطنيين كانوا أم أجانب، خواص أو عموميين، الراغبين في الحصول على الأوعية العقارية، لكن على الرغم من ذلك مازال العقار الاقتصادي وعلى وجه الخصوص العقار الصناعي يعتبر من أكبر العوائق التي تعيق تفعيل وتطوير العملية الاستثمارية في الجزائر⁽³⁶⁾، فإلى جانب وجود ضبابية في الأحكام المنظمة لاستغلال العقار الصناعي من كل الجوانب، فهي مبعثرة في عدة نظم قانونية تتسم بعدم الاستقرار التشريعي (قوانين المالية، قوانين الاستثمار، نصوص قانونية خاصة وتنظيمية،...إلخ)، هناك تعدد في مراكز إتخاذ القرار الناتج عن تعدد الاطار المؤسسي في تسيير العقار الصناعي، أين أسند ملف العقار الموجه للاستثمار لمؤسسات ذات طبيعة قانونية متعددة وعلى مستويات مختلفة؛ فعلى المستوى السياسي فقد خضع العقار إلى الحكومة، المجلس الوطني للاستثمار، وزارة ترقية الاستثمارات،...إلخ، أما على الصعيد الإداري فقد شهد بدوره تضخما في الأجهزة سواء على المستوى المركزي أو المحلي، ونذكر على سبيل المثال؛ الهيئات المحلية، مديريات أملاك الدولة، الوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري،...إلخ، مما أدى إلى التنافس في صلاحياتها الأمر الذي حال دون أداء مهامها على أحسن وجه، ونخص بالذكر في هذا المقام الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري التي لا تمارس صلاحياتها فعليا.

وعلى هذا الأساس، ينبغي تعزيز دور الوكالة أكثر مما هي عليه الآن سواء على مستوى الجهاز التداولي أو الجهاز التنفيذي لها، لا سيما فيما يخص ضرورة تفعيل مهام المدير العام كإدراجه ضمن تركيبة مجلس الإدارة وبالتالي اشراكه في كل القرارات

المهمة التي يتخذها المجلس، إضافة إلى ذلك فإنه لضمان السير الحسن للوكالة لا بد من توسيع تشكيلة المجلس ليشمل ممثلي المستثمرين والمتفعين، ذلك تجسيدا لمبدأ الشفافية والمشاركة في تسير الوكالة والقرارات التي تتخذها والمتعلقة أساسا بسير العملية الاستثمارية، ضرورة إعطاء بعد وطني وليس جهوي للوكالة من خلال استحداث هيكل لامركزية تابعة لها ذلك على مستوى كل ولاية من ولايات الوطن.

الهوامش:

(1) موهوبي محفوظ، مركز العقار من منظور قانون الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة بومرداس، 2009، ص 02.

(2) نذكر على سبيل المثال، قانون رقم 88-25، مؤرخ في 12 جويلية 1988، يتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية، ر ج ج عدد 28، الصادر في 13 جويلية 1988، مرسوم تشريعي رقم 93-12، مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ر ج ج عدد 64، الصادر في 10 أكتوبر 1993.

(3) بن حمودة محبوب وبن قانة إسماعيل، " أزمة العقار ودوره في تنمية الإستثمار الأجنبي "، مجلة الباحث، عدد 05، لسنة 2007، ص 61.

(4) ساحل محمد، " تجربة الجزائر في مجال جذب الاستثمار الأجنبي -دراسة تقييمية"-، مجلة علوم إنسانية، عدد 41، 2009.

(5) Agence Nationale d'Intermédiation et de Régulation Foncière.

(6) مرسوم تنفيذي رقم 07 - 119، مؤرخ في 23 أبريل 2007، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ويحدد قانونها الأساسي، ج ر ج ج عدد 27، الصادر في 25 أبريل 2007، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 12 - 126، مؤرخ في 19 مارس 2012، ج ر ج ج عدد 17، الصادر في 25 مارس 2012.

(7) عملا بأحكام المادة 02 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، مؤرخ في 23 أبريل 2007، المعدل والمتمم، التي تنص على أنه: " يمكن إنشاء هيكل محلية للوكالة في أي مكان من التراب الوطني "، مرجع سابق، فقد تم إستحداث حوالي عشرة مديريات جهوية متواجدة عبر التراب الوطني حيث كل مديرية تضم مجموعة من الولايات وهي كالتالي: الجزائر العاصمة، سطيف، عنابة، غرداية، البليدة، تيارت، وهران، أدرار، تلمسان، كلفت أساسا بممارسة مهام الوكالة على المستوى المحلي، للتفصيل أكثر انظر: الموقع الإلكتروني للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري www.aniref.dz.

إلى جانب ذلك، فهناك هيئات أخرى على المستوى المحلي أسندت إليها مهمة تقديم المساعدة للمستثمر الوطني والأجنبي في تحديد العقارات المهيأة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، المتمثلة في لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، (Comité d'Assistance à la Localisation et à la Promotion des Investissements et de) المستحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07 - 120، مؤرخ في 23 أبريل 2007، ج ر ج ج عدد 27، الصادر في 25 أبريل 2007، الملغى بموجب صدور المرسوم التنفيذي رقم 10 - 20، مؤرخ في 12 جانفي 2010، يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها، ج ر ج ج عدد 04، الصادر في 17 جانفي 2010.

- (8) انظر المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 07- 119، مؤرخ في 23 أبريل 2007، مرجع سابق.
- (9) راجع المادة 12 من المرجع نفسه.
- (10) المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 12- 126، مرجع سابق.
- (11) لعميري إيمان، "تقييم أداء المرفق العمومي: الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار نموذجًا"، مجلة إدارة، عدد 42، 2011، ص 22.
- (12) انظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 07- 119، المعدل والمتمم، المرجع السالف الذكر.
- (13) انظر المادة 16 من المرجع ذاته.
- (14) بالنظر إلى تشكيلة أعضاء مجلس إدارة الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري التي تضم (12) عضوًا، وعلى هذا الأساس فإن ثلثي (2/3) من أصل (12) عضو، فإنه يستدعي الأمر حضور (08) أعضاء على الأقل.
- (15) انظر المواد 17، 19 و 20 من المرسوم التنفيذي رقم 07- 119، المعدل والمتمم، المرجع السالف الذكر.
- (16) انظر المادة 15 من المرسوم ذاته، التي تم تعديلها بموجب المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 12- 126، مرجع سابق.
- (17) راجع المادة 22 من المرسوم ذاته.
- (18) راجع المادة 31 من المرسوم ذاته.
- (19) مهنان إدريس، تطور نظام الإستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 83.
- (20) انظر المادتين 04 و 09 من المرسوم التنفيذي رقم 07- 119، المعدل والمتمم، المرجع السالف الذكر.
- (21) مرسوم تنفيذي رقم 09- 153، مؤرخ في 02 ماي 209، يحدد شروط وكيفيات منح الامتيازات على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وسيهرها، ج ر ج عدد 27، الصادر في 06 ماي 2010.
- (22) KHELFOUNE Tahar, *Le domaine public en droit Algérien, réalité ou fiction*, l'harmattan, Paris, France, 2000, p 253.
- (23) نود أن نشير في هذا المقام إلى أن العقار الصناعي المتبقي قد تم إسناده في السابق إلى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، عملاً بأحكام المادة 26 من الأمر 01- 03، المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر.ج. عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، لكن أمام غياب صدور أي نص تنظيمي حال دون ذلك.
- (24) راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 09- 153، مؤرخ في 02 ماي 209، مرجع سابق.
- (25) راجع المادة 03 من المرسوم ذاته.
- (26) خوادجية سميحة حنان، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2015/2014، ص 51.
- (27) تنص المادة 18 من الأمر 01- 03، المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، مرجع سابق، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 06- 08 مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج.ر.ج. عدد 47، صادر في 19 جويلية 2006، على أنه: "ينشأ لدى وزير المكلف بترقية الاستثمارات، مجلس وطني للإستثمار يدعى في صلب النص "المجلس"، ويوضع تحت سلطة ورئاسة رئيس الحكومة.
- ويكلف المجلس بالمسائل المتصلة بإستراتيجية الاستثمارات وبسياسة دعم الاستثمارات.....".

- (28) راجع المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 355، المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، يتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للإستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، ج.ر.ج. عدد 64، صادر بتاريخ 11 أكتوبر 2006.
- (29) ورد هذا التعريف الخاص بمناطق النشاط في الموقع الإلكتروني للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري www.aniref.dz
- (30) انظر المادة 9/02 من المرسوم التنفيذي رقم 10 - 20، مؤرخ في 12 جانفي 2010، مرجع سابق.
- (31) راجع المواد 109، 114 و 1/118 من القانون رقم 11 - 10، المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج. عدد 37، صادر في 03 جويلية 2011.
- (32) لقد خول المشرع مهمة تسيير هذه المناطق إلى الوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين بموجب الأحكام التي تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 03 - 408، مؤرخ في 05 نوفمبر 2003، يحدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين وتنظيم ذلك، ج.ر.ج. عدد 68، الصادر في نوفمبر 2003، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 90 - 405، مؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج.ر.ج. عدد 56، الصادر في ديسمبر 1990، ذلك تطبيقا لأحكام المادة 73 من من القانون رقم 09 - 25، مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، ج.ر.ج. عدد 50، الصادر في 19 نوفمبر 1990.
- (33) يعرف الوسيط العقاري وفقا لأحكام المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 09 - 18، المؤرخ في 20 جانفي 2009، يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري، ج.ر.ج. عدد 06، صادر بتاريخ 25 جانفي 2009، على أنه: "يعد وسيطا عقاريا كل شخص تلتزم بالتقريب بين شخصين من أجل إتمام عملية شراء أملاك عقارية أو بيعها أو تأجيرها أو مبادلتها".
- (34) استنادا إلى المادة 9/03 من القانون رقم 11 - 04، المؤرخ في 17 فيفري 2011، ينظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر.ج. عدد 14، صادر في 06 مارس 2011، فإن الترقية العقارية يقصد بها مجموع عمليات تعبئة الموارد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية.
- (35) انظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 119، المعدل والمتمم، المرجع السالف الذكر.
- (36) هذا ما أكدت عليه إحدى التُّقارير الصَّادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتُّنمية (CNUCED)، انظر في ذلك :

- CNUCED, Examen de la politique de l'investissement Algérie, Nations Unis, New-York et Genève, 2004, disponible sur le site : www.unctad.org/ipt/, p 65.

تجنيد الأطفال في إفريقيا: بين واقع الظاهرة وحتمية الحماية*

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

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

الملخص:

يعاني المجتمع الدولي من ظاهرة تجنيد الأطفال التي تتزايد مع تزايد النزاعات المسلحة، لما لها من مميزات تجعلها تشكل خطورة كبيرة على حياة الأطفال وتشكل بذلك تهديدا للسلم والأمن الدوليين، كما أنها برزت بشكل ملحوظ في العقود الأخيرة، لتمثل تحدياً كبيراً بالنسبة للدول والعديد من المنظمات الدولية العالمية والإقليمية وغير الحكومية المعنية بحقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق الطفل بصفة خاصة. وتعتبر القارة الإفريقية من أكثر مناطق العالم تعرضاً لظاهرة تجنيد الأطفال، حيث تنتشر بشكل كبير، أقلق وأزعج المجتمع الدولي ومنظماته الحقوقية. الأمر الذي أوجب دراسة وتحليل واقع ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا، من خلال تحديد مدى خطورة انتشارها، والأسباب التي أدت إلى تزايدها، وعن مدى وجود حماية قانونية للحد منها، ومدى فعالية وفعالية هذه الحماية على أرض الواقع.

الكلمات المفتاحية:

التجنيد، الأطفال، النزاعات المسلحة، إفريقيا

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/04/28 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/06/19 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Recruitment of child in Africa: between the reality of the phenomenon and the inevitability of protection

Abstract:

The international community is suffering from the phenomenon of recruitment of child soldiers which is growing with the increasing of the armed conflicts because of its characteristics which pose a major threat to the lives of children, and thus forming a threat to international peace and security. It is also significant to have emerged in these recent decades presenting a major challenge for several countries and international, regional, and non-governmental organizations which are concerned with human rights in general and child rights in particular.

The African Continent is considered one of the most important places which are exposed to this phenomenon of child recruitment which has spread dramatically and worried and alarmed the international community and human rights organizations. This fact motivated the study and analysis of the reality of this phenomenon of recruitment of child soldiers in Africa by warning about its widespread and the reasons that led to its increase, the extent of the existence of a legal protection to reduce it, and the actual effectiveness of this protection on the ground.

Key words:

Recruitment, children, armed conflicts, Africa.

Le phénomène de recrutement d'enfants soldats en Afrique : entre réalité du phénomène et nécessité protection.

Résumé:

La communauté internationale souffre du phénomène de recrutement d'enfants soldats qui croît avec l'augmentation des conflits armés. En raison de ses caractéristiques, il constitue une menace importante pour la vie des enfants, et forme ainsi une menace pour la paix et la sécurité internationale. Il présente par ailleurs, un défi majeur pour les Etats et les organisations internationales, régionales et non gouvernementales qui sont concernées par les droits de l'Homme en général et les droits des enfants en particulier. L'Afrique est naturellement la plus touchée par ce phénomène. Du fait de la dangerosité de ce phénomène, nous avons jugé judicieux d'étudier les causes de sa propagation et les moyens juridiques prévus ou à prévoir pour son éradication.

Mots clés :

Recrutement, enfants, conflits armés, Afrique.

مقدمة

يعتبر تجنيد الأطفال ظاهرة عالمية إذ تعرفها جميع المجتمعات الإنسانية بدرجات متفاوتة وأشكال مختلفة، ويكمن هذا الاختلاف من حيث حجم التجنيد وسن الأطفال

من ناحية، وأسبابه من ناحية أخرى، وهذا يعني أنّ هذه الظاهرة ليست لصيقة بمجتمع معين دون غيره على الرغم من الاختلاف في حجم الظاهرة وأسبابها.

فيعدّ الأطفال من أضعف فئات المجتمع، لما تتسم به هذه الفئة من الضعف والقصور، وعدم قدرتها على اتخاذ القرار والدفاع عن نفسها، وهذه المميزات التي يتميز بها الأطفال هي التي تخلق الرغبة عند المجموعات المسلحة بضم هذه الفئة إليها، فهي ضحية سهلة المنال، ولا صعوبة في السيطرة عليها والتحكم بها وتوجيهها، فهي تنفذ الأوامر دون أدنى تردد أو مناقشة أو حتى تفكير.

وتعتبر القارة الإفريقية من أكثر مناطق العالم تعرضاً لظاهرة تجنيد الأطفال، وإفريقيا تعاني -ولا تزال- من كثرة النزاعات والصراعات المسلحة، ومن أهم إفرازاتها وانعكاساتها ظاهرة تجنيد الأطفال، وتعدّ هذه الظاهرة في إفريقيا من الظواهر المنتشرة واللافتة للنظر، وقد تزايدت في القارة بشكل أقلق وأزعج المجتمع الدولي والمنظمات التي تُعنى بحقوق الإنسان عامة وحقوق الطفل خاصة.

ويؤكد الواقع أنّه لا يزال الأطفال في كثير من دول القارة يدفعون ثمنها أضعافاً مضاعفة، وقد تعددت الأسباب والعوامل التي أدت إلى ظهور هذه الظاهرة حسب تقارير المنظمات الدولية التي تؤكد وجود الآلاف من ضحايا الأطفال الذين يتم استخدامهم في النزاعات المسلحة في مناطق التوتر في إفريقيا، معظمهم ضحايا لعائلاتهم وكثير منهم تم اختطافهم أو ضرهم أو التفرير بهم وحتى تعرضهم للشراء قصد استغلالهم لاحقاً في عمليات انتحارية لا ناقة لهم فيها ولا جمل، سوى أنّهم وقود لهذه الأزمات.

كل هذه الأسباب وغيرها تدفع بأطفال الرصاص في إفريقيا إلى خيار مربع العنف بشكل يستوجب البحث عن مدى وجود حماية قانونية للحد منها؟ وكذا دراسة مدى فعالية وفعالية هذه الحماية على أرض الواقع؟ ، وقبل ذلك دراسة وتحليل واقع ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا.

وأمام ما تثيره هذه المسألة من إشكالات ارتأينا دراستها من خلال البحث في واقع ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا من جهة (المبحث الأول) ومن جهة أخرى سنحاول إبراز حتمية حماية الأطفال من التجنيد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: واقع ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا

تزامنا مع انتشار ظاهرة استخدام الأطفال في النزاعات المسلحة في كثير من مناطق التوتر حول العالم، لاسيما في إفريقيا التي تعجّ بالنزاعات والصراعات المسلحة، اكتسب تجنيد الأطفال أهمية خاصة ليس على المستوى الحقوقي فحسب، وإنما على عدة مستويات لتشمل الجانب الإنساني والسياسي والاجتماعي والديني، وغيرها من الجوانب التي باتت الشغل الشاغل لكثير من الباحثين والمختصين في مجال القانون الدولي الإنساني.

ولدراسة واقع ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا يقتضي الأمر تسليط الضوء على انتشار ظاهرة تجنيد واستخدام الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الإفريقية (المطلب الأول) ونخصص (المطلب الثاني) لدراسة نماذج عن ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا. المطلب الأول: انتشار ظاهرة تجنيد واستخدام الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الإفريقية.

يعتبر الأطفال في إفريقيا من أكثر الفئات تعرضا لمخاطر وأثار النزاعات المسلحة الإفريقية، وقد تفاقمت انعكاسات هذه الأخيرة على الأطفال نتيجة استخدامهم كأداة في هذه النزاعات والصراعات المسلحة.

ولهذا سنحاول أن نستعرض تزايد ظاهرة الأطفال المجندين في إفريقيا (الفرع الأول) ونتطرق لدراسة أسباب انتشار ظاهرة تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الإفريقية (الفرع الثاني)، أما في الفرع الثالث نخصصه لدراسة الانعكاسات الناتجة عن ظاهرة تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الإفريقية.

الفرع الأول: تزايد ظاهرة الأطفال المجندين في إفريقيا

لقد عرفت ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا تزايدا ملحوظا نتيجة لتزايد الصراعات والنزاعات المسلحة التي كانت القارة الإفريقية ساحة ومسرحا لوقائعها المأساوية، تلك الصورة تعكس حقيقة أنّ مبادئ وحقوق الطفل الإفريقي كإنسان تنتهك على نطاق واسع⁽¹⁾.

وما يلفت النظر أنّ تزايد هذه الظاهرة يشكل عائقا لتحقيق السلم والأمن في دول إفريقيا وهذا ما تعاني منه كل من بوروندي وجمهورية الكونغو الديمقراطية وساحل

العاج، إضافة إلى دول أخرى منها أوغندا وتشاد والسودان وغيرها من الدول، إذ يتم إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة من قبل الأطراف المتنازعة، وذلك من خلال تهيئتهم وتدريبهم على مختلف أنواع القتال ليكونوا وسائل جاهزة للاستخدام عند الحاجة⁽²⁾.

وفقا لتقارير الأمين العام للأمم المتحدة حول تجنيد الأطفال في إفريقيا، فقد أكد على أنه يوجد في السودان حوالي 17 ألف طفل ضمن تشكيلة القوات الحكومية والمليشيات المتحالفة وجماعات المعارضة، كما أدت الأزمة الإنسانية وبالأخص في دارفور إلى آثار مروعة على الأطفال، وتحدثت التقارير عن أطفال مختطفين أرغموا على المشاركة في النزاعات المسلحة⁽³⁾.

أما في الصومال فإن هذه الظاهرة منتشرة ومستمرة، ويقدر تقرير الأمين العام للأمم المتحدة أن نحو 200 ألف طفل أي حوالي 5% من أطفال الصومال قد حملوا السلاح وشاركوا في العمليات العسكرية، وحسب التقرير نفسه فإنّ توظيف الأطفال في العمليات القتالية هو تعبير عن ممارسات متأصلة في الثقافة الصومالية، إذ ما إن يتعدى الطفل السنة الخامسة عشرة من عمره حتى يصنّف في عداد البالغين الذين يتولون تنفيذ العمليات القتالية⁽⁴⁾.

كل هذه الأرقام وغيرها تشير إلى خطورة استخدام الأطفال كجنود في النزاعات المسلحة في الدول الإفريقية.

الفرع الثاني: أسباب انتشار ظاهرة تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الإفريقية

تنسب ظاهرة تجنيد الأطفال في القارة الإفريقية بأنها ظاهرة معقدة سواء فيما يتعلق بخلفياتها وأسبابها، أو فيما يتعلق بنتائجها وتداعياتها، فعلى صعيد الأسباب لعبت العديد من المتغيرات دوراً كبيراً في انتشار هذه الظاهرة⁽⁵⁾.

وقد تعددت الأسباب التي أدت إلى انتشار تجنيد الأطفال منها ما هو متعلق بتدهور الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية للدول، فيعتبر التخلف الاقتصادي سبباً مباشراً لتزايد انتشار ظاهرة تجنيد الأطفال إذ أنّ محدودية القدرات الاقتصادية للدول الإفريقية تؤدي بالضرورة إلى عدم وجود العدالة في توزيع الموارد الاقتصادية، فالقارة الإفريقية تعاني من تخلف اقتصادي واضح يعكس في العديد من المؤشرات كتدني

معدلات النمو الاقتصادي وتدني مستوى دخول الأفراد، فضلا عن تفاقم ديون الدول وتدني مستوى البنية التحتية⁽⁶⁾.

كما يعتبر الفقر عاملاً أساسياً ومهماً للالتحاق الأطفال بالقوات والجماعات المسلحة نظرا لوضعيتهم الاجتماعية المزرية، فلا يجدون حلا أفضل من التجنيد أملا في ضمان قوت يومهم لتدبير أمر معيشتهم، وهو أيضاً السبب في أن بعض الآباء يقدمون أطفالهم إلى الجماعات المسلحة لضمان حياتهم ورزقهم، إلى جانب ذلك تفاقم مشاكل ومخلفات الحروب وانتشار الأسلحة واستمرارية النزاعات وطول مدتها وغيرها من الأسباب التي تساهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة في تجنيد الأطفال⁽⁷⁾.

الفرع الثالث: الانعكاسات الناتجة عن ظاهرة تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الإفريقية

تترتب عن ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا انعكاسات وتداعيات سلبية عديدة ويتجلى ذلك من خلال ما يلي:

أولا/ الانعكاسات الاجتماعية: تتمثل في تلك الاختلالات الاجتماعية التي تحدثها ظاهرة تجنيد الأطفال داخل المجتمعات الإفريقية من خلال رفض المجتمع للأطفال الجنود وخصوصا بعض الفتيات اللاتي تم اختطافهن من طرف الجماعات المسلحة واللاتي تعرضن للانتهاكات الجسدية والنفسية، الأمر الذي يؤدي إلى تفرقة الأطفال عن أسرهم وتفكك أواصر العلاقات الأسرية في المجتمع نتيجة اختطافهم وتجنيدهم، إضافة إلى انتشار الأمية بين الأطفال سواء المجندين أو المدنيين نتيجة لغلاق المدارس وعدم مرورهم بمراحل تعليمية طبيعية⁽⁸⁾.

ومن إفرازات ظاهرة تجنيد الأطفال خلق جيل عديم الإحساس وفاقد للشعور والأمان النفسي والاجتماعي بسبب تعريض الأطفال للعنف خلال فترة انضمامهم للقوات المسلحة، فضلا على إرغام الأطفال على تعاطي المخدرات والكحوليات وحبوب الهلوسة والتهديد بالقتل لافتقارهم المقاومة ولجعلهم أقدر على القتال، الأمر الذي يؤدي إلى التأثير على هذه الفئة من الناحية الاجتماعية والثقافية والسيكولوجية والصحية⁽⁹⁾.

ثانيا/الانعكاسات الاقتصادية والسياسية: تتمثل الانعكاسات الاقتصادية لظاهرة تجنيد الأطفال في فقدان هذه الدول لمواردها البشرية خاصة فئة الأطفال التي تعتبر عمادا لتنمية وتطوير الدول الإفريقية لمرحلة ما بعد الحرب، وبسبب تجنيد الأطفال أدى إلى استمرارية النزاعات والصراعات المسلحة داخل إفريقيا، وما يترتب عن ذلك من عدم الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي.

كما تؤدي هذه الظاهرة إلى تعرض الأطفال لانتهاكات حقوق الإنسان والطفل نتيجة للممارسات التي تعرضوا لها بسبب ضعف بنيتهم الجسدية خلال عملية تجنيدهم وتلقيهم تدريبات قاسية ليصبحوا مقاتلين، فضلا عن التشويه الجسدي و المعنوي نتيجة وضع علامات على أجسادهم باسم الجماعة التي ينتمون إليها حتى يمكن العثور عليهم في حالة هروبهم، وتشكل هذه الانتهاكات ذريعة للتدخل الدولي في الشؤون الداخلية للدول⁽¹⁰⁾.

ثالثا/الانعكاسات الأمنية: من أهم الانعكاسات الأمنية لظاهرة تجنيد الأطفال تحول هؤلاء الأطفال المجندين إلى قتلة مرتزقين، وذلك بعد انتهاء الصراع في إفريقيا وتسريحهم من القوات التي كانوا يقاتلون فيها، بالإضافة إلى سهولة إعادة تجنيد الأطفال من قبل الجماعات المسلحة في المناطق الحدودية بسبب تفشي العنف فيها للعمل بها كمرتزقة مع ما يواجهونه من صعوبات، فضلا عن لجوء الأطفال المجندين إلى الدول المجاورة المضطربة أمنيا، ومحاولة العيش بالطرق الممكنة كالعمل كجنود مرتزقة أو في شركات الأمن الخاصة في ظل الرفض المجتمعي لوجودهم⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني: نماذج عن ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا

على الرغم من الترسنة القانونية الدولية والإقليمية لم تتوقف ظاهرة النزح بالأطفال في الحروب والنزاعات في إفريقيا، وبدأت هذه الظاهرة واضحة في أماكن متفرقة من القارة، وهذا ما أكدته تقارير الأمين العام للأمم المتحدة عن الأطفال والنزاعات المسلحة في مختلف الدول الإفريقية.

ولهذا سنحاول أن نستعرض نماذج ظاهرة تجنيد الأطفال في الصومال (الفرع الأول) ونتطرق لدراسة تجنيد الأطفال في إفريقيا الوسطى (الفرع الثاني)، أما في الفرع الثالث نخصصه لدراسة تجنيد الأطفال في الكونغو الديمقراطية.

الفرع الأول: تجنيد الأطفال في الصومال

أدت الأوضاع غير المستقرة في الصومال بسبب الصراع بين الحكومة والفصائل الإسلامية إلى استغلال الأطفال في النزاعات المسلحة، حيث تشير التقارير التابعة للمؤسسات الدولية إلى تجنيد المئات من الأطفال في هذه الصراعات، وحسب ممثلة اليونيسيف في الصومال "روزان شورلتو" أنّ وضع الأطفال في خط النار وقتلهم وتشويههم في سياق النزاع المسلح من بين أخطر انتهاكات القانون الدولي الإنساني الذي يتوقع من جميع أطراف النزاع الالتزام به، ويعدّ استخدام وتجنيد الأطفال تحت سن الخامسة عشر بمثابة جريمة حرب⁽¹²⁾.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ استمرار تجنيد الأطفال ومعاناتهم وتعرضهم للعديد من الانتهاكات الجسيمة لم يكن حصراً على حركة "الشباب" التي استهدفت الأطفال لتجنيدهم بل تعدى ذلك إلى تبني القوات النظامية نفس النهج، حيث يقاتل عدد من الأطفال إلى جانب الحكومة ضمن ميليشيات تابعة لها، وفي هذا الصدد أُنّهت الميليشيات المؤيدة للحكومة مجدداً بتجنيد الأطفال واستخدامهم في القتال، كما يتم تكليفهم بالمهام البسيطة، مثل نقاط التفتيش أو ما يعرف بالحواجز⁽¹³⁾.

الفرع الثاني: تجنيد الأطفال في إفريقيا الوسطى

لقد تفاقمت ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا الوسطى خصوصاً منذ اندلاع الصراع في هذا البلد، ووفقاً لتقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن الأطفال والنزاع المسلح في إفريقيا الوسطى أنّ في عام 2014 أشارت تقديرات دراسة أعدتها منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف) إلى أنّ أطفالاً يتراوح عددهم بين 6 000 و10 000 من الأطفال مرتبطون بجماعات مسلحة وتجنيدهم يتم من جانب جميع أطراف النزاع بما فيها الجماعات المسلحة الأجنبية مثل الجبهة الشعبية التشاردية للإصلاح وجيش الرب للمقاومة، إلى جانب جماعات مسلحة تنشط داخليا مثل اتحاد القوى الديمقراطية من أجل التجمع، والقوات الديمقراطية الشعبية لأفريقيا الوسطى و حركة محرري إفريقيا الوسطى لنصرة العدالة⁽¹⁴⁾.

وتبين أيضاً أنّ ميليشيات الدفاع عن النفس تقوم بتجنيد الأطفال في صفوفها، وخصوصاً في منطقة أوهام - بندي، وتحظى هذه الميليشيات بدعم من طرف حكومة

جمهورية أفريقيا الوسطى، وأنها كانت تستخدم كقوات مساعدة من قبل القوات المسلحة، وهناك تزايد لوجود الأطفال المسلحين الذي تم تجنيدهم من قبل هذه الميليشيات على طول الطرق الرئيسية من بوسا نغو إلى بوار وبوكارانغ⁽¹⁵⁾.

الفرع الثالث: تجنيد الأطفال في الكونغو الديمقراطية

إنّ الأحداث التي شهدتها الكونغو الديمقراطية ساهمت بشكل كبير في ظهور مشكلة تجنيد الأطفال، فقد تسببت الأوضاع المتدهورة نتيجة المواجهات المسلحة بين الأطراف المتنازعة إلى تردّي حالة ووضعية الأطفال في هذا البلد.

فقد أورد الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره عن الأطفال والنزاعات المسلحة في جمهورية الكونغو الديمقراطية الذي يغطي الفترة الممتدة من جويلية 2005 إلى غاية ماي 2006، إلى أنّه على الرغم من إحراز بعض التقدم في التصدي للانتهاكات الجسيمة لحقوق الأطفال مثلما أشار إليها القرار 1612/2005، فإنّ هذه الانتهاكات تواصلت في تلك الفترة دون وجود لأي ردع، وقد شملت بالتحديد تجنيد الأطفال واستخدامهم في القوات والجماعات المسلحة والاختطاف، والعنف الجنسي، والقتل... إلخ⁽¹⁶⁾.

وتعتبر مقاطعات "كاتانغا" و"إيتوري" و"شمال" كيف "أكثر المناطق التي عرفت ظاهرة تجنيد الأطفال، حيث قامت جماعات "الماي ماي" وعناصر رواندية على صلة وثيقة بالجهة الديمقراطية لتحرير رواندا ولكنها غير خاضعة لها، وأفراد من قوات الأمن الكونغولية بما فيها قوات الشرطة وعناصر من القوات المسلحة الكونغولية والحركات المنشقة بتجنيد الأطفال في هذه المناطق⁽¹⁷⁾.

وذكر تقرير صدر في أكتوبر 2013 عن بعثة الأمم المتحدة لتحقيق الاستقرار في جمهورية الكونغو الديمقراطية، بعنوان تجنيد الأطفال من قبل الجماعات المسلحة في جمهورية الكونغو الديمقراطية في الفترة من جانفي 2012 حتى أوت عام 2013، أنّه تم تجنيد حوالي 1000 طفل، وتم تجنيد الأطفال من قبل أكثر من 25 حركة مسلحة بطريقة ممنهجة⁽¹⁸⁾.

المبحث الثاني: حتمية حماية الأطفال من التجنيد

لا تزال دول القارة الإفريقية من أكثر دول العالم التي يتم فيها تجنيد الأطفال بشكل واسع، سواء من قبل مجموعات مسلحة مختلفة أو من خلال إلحاقهم بالقوات النظامية، الأمر الذي جعل الأطفال وقوداً لتلك الصراعات المسلحة المنتشرة في القارة. ولا شك أنّ مواجهة ظاهرة تجنيد الأطفال أصبحت من أعقد المشاكل التي تواجه القارة الإفريقية، ولضمان عدم إشراكهم في الأعمال المسلحة يقتضي الأمر اتخاذ التدابير الممكنة عملياً لمنع هذا التجنيد والاستخدام، بما في ذلك اعتماد التدابير القانونية اللازمة لحظر وتجريم هذه الممارسات، وتشمل فعالية مواجهة أية ظاهرة غير مشروعة، في مدى وجود الوسائل التي تعتمد على الوقاية من تلك الظاهرة والقضاء عليها، أو على الأقل التقليل من انتشارها.

ولدراسة حتمية حماية الأطفال من التجنيد في إفريقيا، يقتضي الأمر تسليط الضوء على الحماية القانونية لظاهرة تجنيد واستخدام الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الإفريقية (المطلب الأول) ونخصص المطلب الثاني لدراسة دور الآليات الدولية في مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا.

المطلب الأول: الحماية القانونية لظاهرة تجنيد الأطفال

تعتبر ظاهرة تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة من الظواهر التي يعاني منها المجتمع الدولي وتعالى الأصوات بضرورة وضع حد لها، وقد بذلت جهود كبيرة في سبيل منع تجنيد الأطفال وإعادة إدماجهم وتخليصهم من شبح الصراعات المسلحة.

وتجسدت جهود المجتمع الدولي في حماية الأطفال من التجنيد، من خلال تكريسها في مختلف قواعد القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، لذا تناولنا في هذا المطلب الجهود المبذولة من قبل المجتمع الدولي للتصدي لظاهرة تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة، وذلك من خلال الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول) والاتفاقيات الإقليمية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مكافحة تجنيد الأطفال في إطار الاتفاقيات الدولية

إذا كانت ظاهرة تجنيد الأطفال من أهم إفرزات النزاعات المسلحة، فإنّ الاتفاقيات الدولية الرامية إلى القضاء على هذه الظاهرة كانت بدورها الأرضية الأولى

نحو صياغة نصوص تعالج مسألة حماية الأطفال من التجنيد، بداية من البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف لعام 1977 بعدما غفلت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 عن معالجة هذه المسألة.

أولا/البروتوكولين الإضافيين الأول والثاني لاتفاقية جنيف لعام 1977: بالرغم من وجود هذه الظاهرة منذ الحرب العالمية الثانية، إلا أنّ البوادر الأولى لمواجهة مسألة تجنيد الأطفال لم تتحدد ملامحها إلا مع بداية السبعينيات من القرن الماضي من خلال البروتوكولين الإضافيين لعام 1977، فقد احتوى البروتوكول الإضافي الأول الخاص بضحايا النزاعات المسلحة الدولية حماية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة⁽¹⁹⁾.

فقد نصت المادة 77 من هذا البروتوكول على "إلزام أطراف النزاع باتخاذ التدابير الممكنة التي تكفل عدم اشراك الأطفال الذين لم يبلغوا بعد سن الخامسة عشرة في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، وعلى هذه الأطراف بالتحديد الامتناع عن تجنيد هذه الفئة في قواتها المسلحة، ويجب على أطراف النزاع في حالة تجنيد هؤلاء ممن بلغوا سن الخامسة عشرة ولم يبلغوا سن الثامنة عشرة أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سناً"⁽²⁰⁾.

أما بالنسبة إلى النزاعات المسلحة الداخلية، فإنّ البروتوكول الإضافي الثاني نص في البند "ج" من الفقرة الثالثة من المادة الرابعة منه على أنّه "لا يجوز تجنيد الأطفال دون سن الخامسة عشر في القوات أو الجماعات المسلحة، ولا يجوز السماح باسراهم في العمليات العدائية"⁽²¹⁾.

ثانيا/اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989: تعتبر اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة من أهم الاتفاقيات الدولية في مجال حماية الطفل، كما لها أهمية بالغة في مجال مكافحة تجنيد الأطفال، إذ تشمل هذه الاتفاقية مجموع الحقوق الأساسية للطفل⁽²²⁾، كما تضمنت حماية للطفل أثناء النزاعات والصراعات المسلحة ويتجلى ذلك من خلال ما نصت عليه المادة 38 التي أقرت ما يلي:

1- تتعهد الدول الأطراف بأن تحترم قواعد القانون الإنساني الدولي المطبقة عليها في النزاعات المسلحة، وذات الصلة بالطفل، وأن تضمن احترام هذه القواعد.

- 2- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لكي تضمن ألا يشترك الأشخاص الذين لم تبلغ سنهم خمس عشرة سنة اشتراكاً مباشراً في الحرب".
- 3- تمتنع الدول الأطراف عن تجنيد أي شخص لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة في قواتها المسلحة،

وعند التجنيد من بين الأشخاص الذين بلغت سنهم خمس عشرة سنة ولكنها لم تبلغ ثماني عشرة سنة يجب على الدول الأطراف أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سناً".

كما أكدت الاتفاقية في نص المادة 39 أن هؤلاء الأطفال هم ضحايا يجب مساعدتهم على الاندماج في المجتمع من جديد وتأهيلهم⁽²³⁾.

ثالثاً/ البروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في شهر ماي عام 2000 وثيقة أساسية بشأن حماية الأطفال، ويشكل انجازاً مهماً من أجلهم، إذ جاء هذا البروتوكول ليعزز في مجمله مسألة حماية الأطفال من التجنيد والاشتراك في النزاعات المسلحة، حيث تضمن بعض الأحكام المهمة المتعلقة بضرورة حث الدول على تحديد سن التجنيد الإجباري، والتجنيد الطوعي أو الاختياري⁽²⁴⁾.

كما تناول مسألة منع تجنيد الأطفال الذين لم يبلغوا ثماني عشرة سنة في القوات المسلحة للدولة، وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من البروتوكول بنصها " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لضمان عدم اشتراك أفراد قواتها المسلحة الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر اشتراكاً مباشراً في الأعمال الحربية"، وأن تكفل الدول الأطراف عدم خضوع الأشخاص الذين لم يبلغوا الثامنة عشر من العمر للتجنيد الإجباري في قواتها المسلحة⁽²⁵⁾.

كما أنّ البروتوكول يحظر على الحركات المتمردة أو الجماعات المسلحة غير الحكومية أن تقوم بتجنيد أو استخدام من هم دون الثامنة عشر من العمر في الأعمال العدائية أو الحربية مهما كانت الظروف، وأكثر من ذلك فعلى الدول التي يوجد فيها مثل هذه الحركات المتمردة أن تتخذ جميع التدابير الممكنة عملياً لمنع هذا

التجنيد أو الاستخدام، بما في ذلك اعتماد التدابير القانونية اللازمة لحظر وتجريم هذه الممارسات⁽²⁶⁾.

فضلا عن ذلك فقد ألزم البروتوكول الاختياري على الدول الأطراف اتخاذ كل التدابير التي تكفل بتسريح جميع الأطفال الذين جندتهم في صفوف القوات المسلحة التابعة لها، وتوفير لهم المساعدة وكذا التدابير الممكنة والملائمة لتأهيل وإعادة اندماج كافة الأطفال المجندين أو المستخدمين في الأعمال الحربية على نحو لا يتناقض مع هذا البروتوكول⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني: مكافحة تجنيد الأطفال في إطار الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل

يعدّ الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل الوثيقة التي تركز حقوق الطفل الإفريقي، والتي يجب على الدول الإفريقية الأطراف احترامها وضمان صيانتها، وهو أيضا وثيقة رئيسية لتعزيز وحماية حقوق الطفل في منظومة حقوق الإنسان الإفريقية⁽²⁸⁾.

يتضمن الميثاق الالتزام بمجموعة من الحقوق للطفل الإفريقي منها ما يتعلق بالتعليم وتشجيع وتنمية قدرات الطفل، الحق في التمتع بصحة جيدة وتوفير الرعاية الصحية للطفل، كما ضمن لهم حماية من العمالة وكافة أشكال الاستغلال الاقتصادي، وأكثر من ذلك فقد شدّد على عدم اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، وحماية الأطفال من كافة أشكال الاستغلال، فقد نصت المادة الثانية والعشرون من الميثاق التي تتعلق بالنزاعات المسلحة على ما يلي:

1- تتعهد الدول الأطراف في هذا الميثاق باحترام وكفالة احترام قواعد القانون الإنساني الدولي واجبة التطبيق في حالة نشوب نزاع يؤثر على الطفل بصفة خاصة.

2- تتخذ الدول الأطراف في هذا الميثاق جميع التدابير اللازمة لكفالة عدم مشاركة أي طفل مباشرة في أي صراعات وخاصة عدم تجنيد أي طفل.

3- ينبغي على الدول الأعضاء في هذا الميثاق أن تقوم طبقاً للالتزامات التي تقع على عاتقها بموجب القانون الإنساني الدولي لحماية المدنيين في حالة نشوب نزاع مسلح، وأن تتخذ كافة التدابير الممكنة لكفالة حماية ورعاية الأطفال الذين يتأثرون بوقوع نزاع مسلح،

وتطبيق هذه التدابير أيضا على الأطفال في حالات النزاعات المسلحة الداخلية وحالات التوتر والاضطرابات المدنية⁽²⁹⁾.

المطلب الثاني: دور الآليات الدولية في مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا

إلى جانب الحماية المكرسة في إطار الصكوك الدولية المختلفة ذات الصلة بظاهرة تجنيد الأطفال توجد آليات دولية لمكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا، نعني بالدرجة الأولى دور منظمة هيئة الأمم المتحدة والإتحاد الإفريقي في وضع حد لتجنيد الأطفال في إفريقيا وتكريس حماية لهم، إلى جانب هاتين المنظمتين لا يمكن أن نغفل عن الدور الذي يمكن أن تؤديه الآليات الأخرى في تحقيق الهدف ذاته، ونخص بذلك المحكمة الجنائية الدولية.

ولهذا سنحاول أن نستعرض دور منظمة الأمم المتحدة في مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال (الفرع الأول) ونتطرق لدراسة دور الإتحاد الإفريقي في مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال (الفرع الثاني)، أما في الفرع الثالث نخصصه لدراسة دور المحكمة الجنائية الدولية في مكافحة تجنيد الأطفال.

الفرع الأول: دور منظمة الأمم المتحدة في مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا

سعت الأمم المتحدة منذ نشأتها في البحث عن إيجاد حلول لأهم المشاكل التي تواجه المجتمع الدولي، منها النزاعات والصراعات المسلحة التي لها انعكاسات وخيمة، لذا كان في مقدمة أهداف الأمم المتحدة حماية الأطفال من ظاهرة التجنيد زمن النزاعات المسلحة.

ومن أجل ذلك كان من بين اهتمامات منظمة الأمم المتحدة حماية الأطفال، حيث تزايد اهتمام المنظمة بالحدّ من تأثير النزاعات المسلحة على الأطفال، وسيوضح ذلك من خلال استعراض ما يقوم به مجلس الأمن وبعض ممارسات الجمعية العامة في مجال حماية الأطفال في النزاعات المسلحة، فضلا عن دور الأمين العام في هذا السياق.

يعتبر مجلس الأمن الجهاز الأساسي في منظمة الأمم المتحدة والمسؤول الرئيسي على حفظ السلم والأمن الدوليين وفقا للاختصاصات والسلطات الواسعة الممنوحة له بموجب أحكام ميثاق الأمم المتحدة، وتتجلى مساهمة مجلس الأمن في حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة من خلال إصداره للعديد من القرارات التي تمنع تجنيد الأطفال زمن

النزاعات المسلحة لا سيما منها القرار رقم 1355 الصادر في 15 جوان 2001 والمتعلق بجمهورية الكونغو الديمقراطية، حيث أدان فيه استخدام الجنود الأطفال، وطالب القوات والجماعات المسلحة المعنية بوضع حدّ نهائي لجميع أشكال تجنيد الأطفال في قواتها المسلحة⁽³⁰⁾.

كما طالب مجلس الأمن من خلال قراره تحت رقم 1612 – 2005 من الأمين العام بتقديم تقرير يتضمن معلومات عن مدى امتثال الأطراف بوضع حد لتجنيد الأطفال أو استخدامهم أثناء النزاعات المسلحة⁽³¹⁾.

أما دور الجمعية العامة للأمم المتحدة في مكافحة تجنيد الأطفال فيتجلى من خلال تبنيها العديد من الصكوك الدولية وإصدارها لمجموعة من الإعلانات والتوصيات المتعلقة بحظر تجنيد الأطفال، منها الإعلان الخاص بحماية الأطفال والنساء في حالات الطوارئ والنزاعات المسلحة لعام 1974 والإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته ونمائه لعام 1990، كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة "إعلان عالم جدير بالأطفال" في الدورة الاستثنائية الخاصة بالطفولة التي انعقدت في الفترة من 08-10 ماي 2002⁽³²⁾.

كما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 2000 البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل الذي حدد سن 18 سنة كحد أدنى لسن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، وفضلا عن جهود الجمعية العامة ومجلس الأمن في مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال، فإنّ للأمين العام دور هام في حماية الطفل المجند من خلال التقارير التي يصدرها في هذا المجال، ومن هذه التقارير الصادرة عن الأمين العام للأمم المتحدة المتعلقة بوضع حد لتجنيد الأطفال تقريره بشأن الأطفال والنزاع المسلح في جمهورية الكونغو الديمقراطية المتعلق بالفترة الممتدة من جوان 2005 إلى ماي 2006.

وقد تضمن التقرير معلومات عن مدى الامتثال لوضع حد لتجنيد الأطفال واستخدامهم في النزاع المسلح، وغير ذلك من الانتهاكات الجسيمة التي ترتكب في حق الأطفال المتضررين جراء النزاع، وحسب هذا التقرير فرغم إحراز بعض التقدم في التصدي لهذه الانتهاكات إلا أنّها مستمرة دون وجود لأي ردع وتشمل تجنيد الأطفال واستخدامهم في القوات والجماعات المسلحة، والاختطاف، والعنف الجنسي، والقتل، وتضمن التقرير أيضا مجموعة من التوصيات من أجل ضمان اتخاذ الإجراءات اللازمة

لوقف تجنيد الأطفال وحماية الأطفال المتضررين من الحرب في جمهورية الكونغو الديمقراطية⁽³³⁾.

وفي تقريره بشأن الأطفال والنزاع في بوروندي الذي يغطي الفترة الممتدة من سبتمبر 2006 إلى أوت 2007 أشار هذا التقرير إلى ارتفاع الحالات المبلغ عنها من تجنيد الأطفال، واستخدامهم من طرف عناصر قوات التحرير الوطنية من 67 إلى 85 حالة، وذلك راجع للقرار الذي اتخذته قادة هذه القوات لتضخيم عدد المقاتلين في صفوفهم، حتى يتمكنوا من الحصول على تعويضات مالية أكبر أثناء عملية التسريح المنصوص عليها في اتفاق وقف إطلاق النار⁽³⁴⁾.

الفرع الثاني: دور الإتحاد الإفريقي في مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال

يعتبر تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة من التحديات التي يواجهها الإتحاد الإفريقي، التي يسعى جاهدا إلى مكافحتها، نظرا لوجود أعداد كثيرة من الأطفال تتعرض للعديد من ويلات وفظائع هذه النزاعات، وتعد ظاهرة الطفل الجندي أسوأ ما أنتجته الصراعات الإفريقية، لاسيما أنّ هذه القارة هي الأكثر استخداما للأطفال في العالم كجنود في النزاعات المسلحة.

ويتجلى دور الإتحاد الإفريقي من خلال ترحيبه بإنشاء آليات دولية مهمة تتعامل مع الأطفال والنزاع المسلح، خاصة الممثل الخاص للأمين العام للأمم المتحدة حول الأطفال والنزاع المسلح، وفريق مجلس الأمن العامل حول الأطفال والنزاع المسلح، والتنسيق والتعاون مع مختلف المنظمات الدولية والإقليمية للحد من هذه الظاهرة، فضلا عن سعي الإتحاد الإفريقي إلى معالجة مسألة تجنيد الأطفال في عمليات الوساطة التي شارك فيها⁽³⁵⁾.

وفي إطار المنتدى الإفريقي الثاني حول الموقف الإفريقي الموحد بشأن الأطفال المنعقد في القاهرة المتعلق بالنداء إلى العمل المعجل لتنفيذ خطة العمل نحو إفريقيا الملائمة للأطفال (2008 – 2012) تم تكليف مفوضية الاتحاد الإفريقي بإعداد تقرير عن وضع الأطفال في إفريقيا كل سنتين بالإضافة إلى القيام باستعراض التقدم المحرز في تنفيذ هذا النداء وخطة العمل كل خمس سنوات، وتعزيز قدرات اللجنة الأفريقية

للخبراء حول حقوق الطفل ورفاهيته لمتابعة رصد الأحكام الرئيسية المنصوص عليها في خطة العمل والنداء.

كما تم تكليف اللجنة الإفريقية للخبراء حول حقوق الطفل ورفاهيته بالقيام بزيارات للبلدان واستخدام إطار المراقبة والتقييم الخاص بالنداء إلى العمل المعجل كمعلومات إضافية لمراجعة تقارير الدول الأطراف⁽³⁶⁾.

الفرع الثالث: دور المحكمة الجنائية الدولية في مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال

إنّ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في 17 جويلية 1998 كَيّف واعتبر مسألة إشراك الأطفال دون الخامسة عشر سنة إشراكاً فعلياً في العمليات العدائية، أو القيام بتجنيدهم في القوات المسلحة الوطنية عند نشوب نزاع مسلح دولي، وفي القوات المسلحة الوطنية، والجماعات المسلحة الأخرى عند نشوب نزاع مسلح غير دولي تندرج ضمن جرائم الحرب التي تدخل في اختصاص المحكمة⁽³⁷⁾.

فقد نصت المادة الثامنة من نظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الفئرتين (ب) و(هـ) بأنّ تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر إلزامياً أو طوعياً في القوات المسلحة الوطنية أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية يشكّل انتهاكاً خطيراً للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة، وينطبق هذا الوصف سواء على الانتهاكات الواقعة خلال النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية.

ومن بين القضايا التي تناولتها المحكمة الجنائية الدولية بشأنّ تجنيد الأطفال في الكونغو الديمقراطية بعد أن أّحالت هذه الأخيرة إلى المدعى العام في جوان 2004 من أجل التحقيق حول الجرائم المرتكبة وفق للتقارير صادر من منظمة العفو الدولية ولجنة حقوق الإنسان⁽³⁸⁾.

وبتاريخ 10 فيفري 2006 أصدر المدعى العام أول مذكرة اعتقال ضدّ توماس لوبانغا دييلو أحد مؤسسي إتحاد الوطنيين الكونغوليين، وقد تم اعتقاله وسلم إلى المحكمة في 20 مارس 2006، حيث عُرض على الدائرة الابتدائية الأولى وتم عقد جلسات استماع لتأكيد التهم الموجهة، وقد اعتبرت المحكمة أنّ توماس لوبانغا دييلو ارتكب جرائم حرب المتمثلة في تجنيد الأطفال دون 15 سنة المعاقبة عليها وفق لنص المادة 08 من نظام روما⁽³⁹⁾.

كما نظرت المحكمة في قضية جيرمان كاتانغا"، وهو قائد قوات المقاومة الوطنية والتي تنشط في ايتوري في جمهورية الكونغو الديمقراطية، حيث وجهت للمعني عدّة تهم من بينها تجنيد الأطفال دون سن الخامسة عشرة خلال النزاع المسلح، والتجنيد الإلزامي للأطفال دون سن الخامسة عشرة واستخدامهم في المشاركة بنشاط في الأعمال العدائية ضدّ القوات المسلحة والمدنيين⁽⁴⁰⁾.

خاتمة

من خلال دراستنا لظاهرة تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في إفريقيا وضرورة مكافحتها، تبين لنا أنّ قواعد القانون الدولي الإنساني المخصصة لفئة الأطفال أثناء النزاعات المسلحة قد أسهمت في توفير الحماية القانونية اللازمة لهذه الفئة من ضحايا الحرب، كما أقر جملة من الأحكام تلتزم الدول بمنع تجنيد الأطفال. إضافة إلى استحداث آليات لأجل الإشراف على تنفيذ هذه الأحكام لضمان فعالية تطبيقها على أرض الواقع، إلا أنّه ورغم الجهود الهامة المبذولة في سبيل مكافحة ظاهرة تجنيد الأطفال إلا أنّها في تزايد مستمر، وقد أصبحت تكتسب أبعاداً أكثر خطورة على الساحة الإفريقية بعد تزايد النزاعات المسلحة في القارة.

وما يمكن استنتاجه من خلال هذه الدراسة

- تزايد ظاهرة تجنيد الأطفال في إفريقيا نتيجة لتزايد النزاعات والصراعات المسلحة في القارة.

- رغم وجود ترسانة قانونية متمثلة في صكوك دولية توفر حماية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، غير أنّ الإفلات من العقاب مازال يشكل عقبة لحماية هذه الفئة. كما أنّ هذه الدراسة خرجت بمجموعة من المقترحات تتمثل فيما يلي:

- لا يمكن حصر مواجهة ظاهرة تجنيد الأطفال في المعالجة الأمنية فقط، بل تتعداه إلى معالجة المشاكل الاقتصادية التي تعاني منها دول المنطقة، والتي تشكل من الأسباب التي تسهل مهمة المجموعات المسلحة في تجنيد عناصر جديدة، وبالتالي فمن الضروري إيجاد تنمية اقتصادية لاسيما لفائدة الدول الإفريقية التي تعاني من النزاعات.

- ضرورة تضافر جهود كل الشركاء للتصدي لتصاعد ظاهرة التجنيد الأطفال من خلال عملية التنسيق وتبادل المعلومات بين كل الفاعلين الوطنيين و الإقليميين و الدوليين.

- ضرورة إعطاء طابع الديمومة والاستمرارية لمواجهة هذه الآفة والجرائم المتصلة بها، و ينبغي أن تكون مستمرة و منسقة لأنّ الجماعات المسلحة تتوفر على دعائم تسمح لها بالتكيف مع كل مستجدات الأوضاع.

الهوامش:

(1) يتخذ تجنيد الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في إفريقيا عدة صور تتمثل في تجنيدهم للقتال الفعلي في ساحات القتال، استخدامهم كمساندين ومساعدين في نشاطات متعددة مثل نقل العتاد والتجسس والرقابة ونقل الرسائل وأداء الخدمات الجنسية، استخدام الأطفال كدروع بشرية، تجنيد الأطفال من أجل استخدامهم في العمليات الانتحارية .

(2) التقرير السنوي للممثلة الخاصة للأمين العام المعنية بالأطفال والنزاع المسلح الذي يغطي الفترة من 01 ديسمبر 2014 إلى 01 ديسمبر 2015

(3) تقرير الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة عن الأطفال الصراع المسلح في السودان

(4) تقرير الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة عن الأطفال الصراع المسلح في الصومال

(5) يمكن تصنيف هذه المتغيرات في مجموعتين رئيسيتين تتعلق أولاهما بالبيئة الداخلية مثل الطبيعة التعددية للمجتمعات الإفريقية: العوامل الاقتصادية والسياسية، أما ثانيهما فتتعلق بالبيئة الخارجية وما يرتبط بها من دور للقوى الدولية والإقليمية في الصراعات الإفريقية ومن ثم تزايد تجنيد الأطفال.

(6) نجلاء عبدالهادي، ظاهرة تجنيد الأطفال في الصراعات والحروب الإفريقية، مجلة آفاق إفريقية، المجلد السادس، العدد العشرون، 2006، ص 56.

(7) محمد النادي، الأطفال الجنود في ظل القانون الدولي الإنساني، مجلة المستقبل العربي، عدد ، ص 21.

(8) عزيز بدر، التكلفة والآثار الاجتماعية والاقتصادية للصراعات الداخلية وانعكاساتها على التنمية البشرية في إفريقيا، في د/ إبراهيم نصرالدين (محرر) الصراعات والحروب الأهلية في إفريقيا، معهد الدراسات والبحوث الإفريقية، القاهرة، 1999، ص 855.

(9) نجلاء عبدالهادي، المرجع السابق، ص 59

(10) عزيز بدر، المرجع السابق، ص 860.

(11) نجلاء عبد الهادي، المرجع السابق، ص 70.

(12) عائدة العزب موسى، محنة الصومال من التفتيت إلى القرصنة، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2009، 123.

(13) Anahita Karimzadeh Meibody, les enfants soldats. Aspects de droit international humanitaire et de droit compare, Thèse de Doctorat , spécialité droit international public, école doctorale droit ,science politique et histoire, centre d'études internationales et européennes, Université de Strasbourg, 14mai 2014, p 330.

- (14) تقرير الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة عن الأطفال الصراخ المسلح في جمهورية إفريقيا الوسطى
- (15) تقرير الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة عن الأطفال الصراخ المسلح في جمهورية إفريقيا الوسطى
- (16) تقرير الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة عن الأطفال الصراخ المسلح في جمهورية الكونغو الديمقراطية. وأنظر: أيمن السيد شبانة، تقديم محمود أبو العينين، التدخل الإقليمي في الصراعات الداخلية الإفريقية الكونغو الديمقراطية نموذجاً، مركز البحوث الإفريقية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006، 123.
- (17) Mumbala Abelungu junior, le droit international humanitaire et la protection des enfants en situation de conflits armés en République démocratique du Congo, revue internationale interdisciplinaire, N64 /2012, p221.
- (18) تقرير الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة عن الأطفال الصراخ المسلح في جمهورية الكونغو الديمقراطية
- (19) البروتوكول الإضافي الأول البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 المبرمة بتاريخ 8 جوان 1977، ودخلا حيّز التنفيذ بتاريخ 7 ديسمبر 1978. وصادقت عليهما الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 68-89، مؤرخ في 16 ماي 1989، الجريدة الرسمية عدد 20، الصادرة بتاريخ 17 ماي 1989.
- (20) انظر: نص المادة السابعة والسبعون من البروتوكول الأول لسنة 1977.
- (21) انظر: الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من البروتوكول الثاني لسنة 1977.
- (22) اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 (د-44)، ودخلت حيّز التنفيذ بتاريخ 2 سبتمبر 1990، وصادقت عليه الجزائر 19 ديسمبر 1992، الجريدة الرسمية عدد 91، الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1992.
- (23) انظر نص المادة 39 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.
- (24) صدّق على هذا البروتوكول 123 بلداً إلى غاية 2010، وقد صادقت الجزائر على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة بتاريخ 02 سبتمبر 2006، جريدة رسمية عدد 55 الصادر بتاريخ 06 سبتمبر 2006.
- (25) المادة الأولى من البروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الطفل لعام 2000
- (26) المادة الرابعة من البروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الطفل لعام 2000
- (27) تضمن البروتوكول الاختياري خمسة عناصر تتسم بالأهمية على نحو خاص تتمثل في: تتخذ الدول " جميع التدابير الممكنة عملياً لضمان عدم اشتراك أفراد قوتها المسلحة الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر" اشتراكاً مباشراً " في الأعمال الحربية- تكفل الدول الأطراف عدم خضوع الأشخاص الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر للتجنيد الإجباري في قواتها المسلحة- يحظر على الجماعات المسلحة،" في أي ظرف من الظروف"، تجنيد أو استخدام أشخاص دون سن الثامنة عشرة في الأعمال الحربية- تنطبق المعايير الجديدة على النزاعات الدولية والحروب الأهلية على السواء- تدعى الدول الأطراف إلى التعاون، بما في ذلك من خلال التعاون التقني والمساعدة المالية، لمنع تجنيد الأطفال واستخدام الأطفال كجنود، وفي إعادة تأهيل الأطفال الجنود السابقين وإعادة دمجهم اجتماعياً.
- (28) اعتمده منظمة الوحدة الإفريقية -الاتحاد الإفريقي- في يوليو 1990، ودخل حيّز النفاذ في نوفمبر 1999، وصادقت الجزائر على الميثاق بتاريخ 08 جويلية 2003، جريدة رسمية عدد 41 الصادر بتاريخ 09 جويلية 2003.
- (29) نص المادة الثانية والعشرون من الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل.
- (30) القرار رقم 1355 الصادر في 15 جوان 2001، المتعلق بجمهورية الكونغو الديمقراطية.
- (31) القرار رقم 2005/1612.

⁽³²⁾ دحية عبد اللطيف، جهود الأمم المتحدة لمكافحة تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة، مجلة الشريعة و القانون، العدد 54 ، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص269.

⁽³³⁾ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن الأطفال والنزاع في جمهورية الكونغو الديمقراطية المتعلق بالفترة الممتدة من جوان 2005 إلى ماي 2006.

⁽³⁴⁾ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن الأطفال والنزاع في بوروندي الذي يغطي الفترة الممتدة من سبتمبر 2006 إلى أوت 2007.

⁽³⁵⁾ عبد السلام المبروك، الاتحاد الإفريقي دراسة في نظرية التنظيم الدولي الإقليمي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم السياسية بجامعة بيروت، لبنان، 2013، ص167.

⁽³⁶⁾ النداء إلى عمل معجل لتنفيذ خطة العمل نحو أفريقيا الملائمة للأطفال (2008 – 2012)، المنتدى الإفريقي الثاني حول الموقف الإفريقي الموحد بشأن الأطفال استعراض نصف مرحلي، القاهرة، مصر 29 أكتوبر - 2 نوفمبر 2007.

⁽³⁷⁾ المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

⁽³⁸⁾ شيرت عبد الوهاب، دور المحكمة الجنائية في مكافحة جريمة تجنيد الأطفال خلال النزاعات المسلحة، أعمال المؤتمر الدولي السادس حول الحماية الدولية للطفل، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس-2014/11/22، ص 20، 12.

⁽³⁹⁾ مهدي فضيل، التنظيم الدولي للنزاعات المسلحة الداخلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص القانون العام المعقم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 166.

⁽⁴⁰⁾ Ameth fadel kane, la protection des droits de l'enfant pendant les conflits armés en droit international, Thèse de Doctorat en Droit, droit public, Université de Lorraine, 13 juin 2014, p385.

دراسة تحليلية ناقدة لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري*

Dr. MOUKA Abdelkrim
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Univeristé de Jijel, 18000, Jijel- Algerie.

د. موكه عبد الكريم
قسم الحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة جيجل ، 18000، جيجل- الجزائر.

الملخص:

تعتبر قواعد الإسناد من أهم الوسائل التي يعتمد عليها القانون الدولي الخاص لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، خاصة في موضوع الأحوال الشخصية الذي يعد بمثابة العصب الأساسي لتنازع القوانين نظرا إلى ارتباط الموضوع بالنظام العام للدولة والنظام العائلي للشخص، على غرار مختلف التشريعات المقارنة وضع قواعد التنازع لمواجهة العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، من أجل تسهيل مهمة القاضي الفاصل في المنازعات خاصة الأحوال الشخصية منها، ومن بين هذه المواد نجد المادة 13 التي تنص على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص الأهلية"، هذا النص يطرح يثير إشكال حول طبيعة المادة ومجال إعمالها؟

الكلمات المفتاحية:

تنازع القوانين، الأحوال الشخصية، القانون الجزائري، عقد الزواج.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/01/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/18 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Analytical study criticizes the provisions of Article 13 of the Algerian civil law

Abstract:

Conflict rules are the most important means by which a reliable private international law to regulate private international relations, particularly on the subject of personal status, it is the main nerve of the conflict of law because of the link with the public policy of the State and the family system of the person, the Algerian legislator on various comparative similar laws to develop conflict rules for the special relationship regulated international dimension to ease the task of the competent judge in the particular subject in matters of personal status, including those rule is Article 13 which states: "In the cases provided for in Articles 11 and 12, if one spouse is Algerian, at the time of conclusion of the contract, the law Algeria is only applicable, except as regards the ability of this marriage. " it raises an issue of its legal nature and scope are ?

Key words:

personal status, Algerian law, marriage contract.

Étude critique de l'article 13 du code civil Algérien

Résumé:

Les statuts personnels sont le domaine de prédilection des règles de rattachement du droit international privé et ce, en raison du lien entre ce sujet avec l'ordre public étatique et l'ordre familial. A l'instar des législations comparées, le législateur algérien a mis en place des règles de conflits dans le but, d'une part de réglementer les relations particulières à dimension internationale, et pour faciliter la tâche du juge en la matière, d'autre part. Parmi ces règles, celle prévue à l'article 13 du code civil algérien qui dispose que « *Dans les cas prévus par les articles 11 et 12, si l'un des deux conjoints est Algérien, au moment de la conclusion du contrat, la loi Algérienne est seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier* ». La question que pose ce texte est celle de son champ d'application...

Mots clés:

Conflits de lois, statut personnel, loi algérienne, contrat de mariage.

مقدمة

تمثل الحلول المقررة في القانون الدولي الخاص في أي دولة انعكاسات السياسة التشريعية الوطنية على الصعيد الدولي، كونها حلول تفيض من السيادة الوطنية تعبر عن الاهتمامات الوطنية للتنظيم الدولي⁽¹⁾، إذ تعتبر قواعد الإسناد من أهم الوسائل التي يعتمد عليها القانون الدولي الخاص لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، خاصة في موضوع الأحوال الشخصية الذي يعد بمثابة العصب الأساسي لتنازع القوانين نظراً إلى ارتباط الموضوع بالنظام العام للدولة والنظام العائلي للشخص⁽²⁾، وبالنظر إلى طبيعة

قواعد الإسناد نجد أنها من القواعد غير المباشرة من خلال مضمونها، محايدة باعتبار أن دورها يقتصر على تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية ومزدوجة بالنظر إلى الآثار المترتبة على إعمالها باعتبار أنها قد تشير إلى اختصاص القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع أو قد تشير إلى اختصاص قانون أجنبي⁽³⁾.

وعلى الرغم من أن الغالبية من قواعد الإسناد في التشريعات المعاصرة تعد قواعد مزدوجة، إلا أن بعض الآخر يعتمد على الجانب الفردي للقاعدة الإسنادية من خلال عقد الاختصاص للقانون الوطني وحده، وهو ما جسده المشرع الجزائري بصفة خاصة في نص المادة 13 من التقنين المدني بشأن القانون واجب التطبيق على موضوع الأحوال الشخصية استثناءً للمادتين 12، 11 منه. دون أن يترك مجالاً لتطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية، من خلال عقد الاختصاص للقانون الجزائري متى كان أحد أطراف العلاقة جزائرياً وقت إبرام عقد الزواج، إذ يعتبر هذا الموقف تجسيدا للحماية القانونية التي أراد المشرع من خلالها حماية الزوجة الجزائرية أمام الزوج الأجنبي، هذا وعليه يثار الإشكال حول الطبيعة القانونية لهذه المادة وهل تحقق الهدف الأساسي الذي من أجله وضعت قواعد الإسناد والذي يتمثل خاصة في عقد الاختصاص للقانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية؟

المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات المقارنة وضع قواعد التنزع لمواجهة العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، من أجل تسهيل مهمة القاضي الفاصل في المنازعات خاصة الأحوال الشخصية منها، ومن بين هذه المواد نجد المادة 13 التي تنص على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص الأهلية"، هذا النص يطرح ويثير إشكال حول طبيعة المادة ومجال إعمالها.

أولاً/ طبيعة نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري: بالعودة إلى أحكام القانون المدني الجزائري خاصة بعد التعديل سنة 2005، يظهر جلياً تأثر المشرع الجزائري بعنصر حماية حاملي الجنسية الجزائرية خاصة في العلاقات الخاصة الدولية أين يسعى من خلال أحكام قواعد التنزع عقد الاختصاص للقانون الجزائري، بالرغم من أنه نص صراحة على تطبيق القانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

تطبيقا موزعا⁽⁴⁾، وإخضاع الطلاق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى⁽⁵⁾، غير انه جاء باستثناء أساسي في المادة 13 منه أين يعقد الاختصاص للقانون الجزائري وحده.

أ/الطابع الاستثنائي لنص المادة 13: جاءت أحكام المادة 13 من قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني الجزائري لوضع استثناء على القانون واجب التطبيق على بعض مواضيع الأحوال الشخصية (الزواج، آثاره، انحلاله والانفصال الجسماني)، التي تقابلها المادة 14 من القانون المدني المصري⁽⁶⁾.

ب/المادة 13 قاعدة فردية: الأساس في قواعد الإسناد أنها تكون مزدوجة كونها تعقد الاختصاص للقانون الأجنبي أو القانون الوطني، وذلك حسب طبيعة العلاقة المطروحة، فهي لا تترك فراغا، فالعنصر المميز لقاعدة الإسناد هو عنصر أو عامل أو معيار ربط موضوعي يربط العلاقة القانونية بنظام قانوني محدد قد يكون نظام قاضي الدعوى أو نظاما قانونيا أجنبيا ومن هنا تنبع الصفة المسماة بالثنائية أو ازدواجية قاعدة الإسناد إذ أنها تجعل الاختصاص أما للقانون الوطني وأما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية المطروحة⁽⁷⁾، لكن قد نكون أمام قاعدة إسناد لا تتوفر على عنصر الازدواجية وهي حالة استثنائية نجدها في التشريع الجزائري خاصة المادة 13 التي تنص على اختصاص القانون الجزائري كاستثناء للمادتين 11 و12 على التوالي إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، فهذه المادة أفقدت روح قاعدة الإسناد باعتبارها قاعدة أحادية، فهي قاعدة حمائية أكثر منها قاعدة إسناد باعتبارها تسعى إلى حماية الطرف الوطني الحامل للجنسية الجزائرية خاصة الزوجة.

ج/سبب فردية نص المادة 13: عند البحث في مضمون أحكام المادة السالفة الذكر يظهر جليا تغليب المشرع الجزائري لضابط الجنسية الجزائرية من اجل إقرار اختصاص القانون الجزائري ولعل السبب الرئيسي هو حماية الطرف الوطني وحماية المصلحة الوطنية.

- حماية الطرف الوطني: باعتبار أن موضوع الأحوال الشخصية من المواضيع الحساسة لارتباطه الوثيق بالحالة العائلية للشخص، بالإضافة إلى مراعاة عادات وتقاليد الجزائريين المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، كما أن كثرة علاقات

الزواج بالأجانب والإشكالات القانونية التي تثيرها أمام المحاكم الوطنية دفع بالمشرع إلى الحرص على تطبيق القانون الجزائري متى كان احد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، كاستثناء للمادتين 11 و12 وذلك خاصة من اجل حماية المرأة الحاملة للجنسية الجزائرية وللتصدي لظاهرة تغيير الجنسية بعد إبرام عقد الزواج تهربا من اختصاص القانون الجزائري⁽⁸⁾. كما يظهر ذلك خاصة في أحكام المادة 12/ف2 الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني⁽⁹⁾.

- حماية المصلحة الوطنية: إن الإشكالات التي تثيرها العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي خاصة في مجال موضوعي الزواج والطلاق، لا يجب أن يكون على حساب الثوابت الوطنية نظرا لتعلقها بالنظام العام والمصالح الوطنية للدول، خاصة في مسألة الانفصال الجسماني الذي يعتبر نظام دخيل ناتج عن عولمة العلاقات الخاصة الدولية⁽¹⁰⁾، المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والثوابت الوطنية المتعلقة بالنظام العام، دفع بالمشرع الجزائري إلى إيجاد آلية قانونية من شأنها حماية المصلحة الوطنية والنظام العام الجزائري من خلال عقد الاختصاص للقانون الجزائري. وفي هذا المجال اعتبر بعض الفقه النظام العام بأنه قاعدة إسناد إقليمية مرنة ذات دور احتياطي الغرض منها إيجاد أساس استثنائي لتقييد مجال تطبيق القانون الأجنبي الممتد، أو لجعل الاختصاص ينعقد أصلا للقانون الوطني وهو قانون القاضي إذا كان هادفا إلى حماية المجتمع والمصلحة الوطنية⁽¹¹⁾، وهو ما جسده المشرع في أحكام المادة 13 من القانون المدني.

د/انتقادات الفقه لمضمون نص المادة 13: إذا كانت قواعد الإسناد قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة وملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا وأكثر إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره فهي تهدف إلى وضع أكثر الحلول مناسبة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم العلاقات الخاصة الدولية، فان المادة 13 لا تعبر عن المعنى الصحيح لقواعد التنازع باعتبارها قاعدة فردية تعقد الاختصاص مباشرة للقانون الجزائري دون مراعاة طبيعة العلاقة الخاصة ولا تعدد الأنظمة القانونية المتزاحمة بشأنها، وهو نفس النقد المقدم لنص المادة 14 من القانون المدني المصري إذ يؤكد الأستاذ هشام علي صادق على أن تطبيق أحكام المادة 14 يؤدي

إلى نتيجة شاذة⁽¹²⁾، من خلال عقد الاختصاص بصفة مباشرة لقانون القاضي وهذا يتنافى مع خاصية أن قواعد الإسناد قواعد محايدة وغير مباشرة، فهذه المادة فقدت روح قاعدة الإسناد باعتبارها قاعدة أحادية، فهي قاعدة حمائية أكثر منها قاعدة إسناد، فالمشرع الجزائري في هذه الحالة إنما حاول حماية حامل الجنسية الجزائرية على حساب طبيعة وخصائص قواعد الإسناد، كما يؤكد الأستاذ عليوش التوجه نفسه من خلال نقده لنص المادة سالف الذكر خاصة إذا غير الطرف الجزائري من جنسيته بعد إبرام عقد الزواج أين يتحتم على القاضي تطبيق القانون الجزائري وفقا لنص المادة 13 مع أن الشخص قد غير جنسيته ولا تربطه أية علاقة بالجزائر⁽¹³⁾.

هـ/إيجابيات المادة 13: إذا حاولنا البحث عن البعد الإيجابي للمادة 13 وجب علينا البحث عن الدوافع التي أدت بالمشرع إلى إقرار وتشريع هذه المادة من خلال إخضاع موضوعي الزواج وانحلاله إلى القانون الجزائري، إذ يمكن أن نستشف الروح الوطنية ذات البعد الديني الإسلامي، بالإضافة إلى محاولة حماية خصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر، بالتالي يمكن تلخيص إيجابياتها فيما يلي:

- حماية خصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر لارتباطها الوثيق بالنظام العام.
- تكريس المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد لقانون واجب التطبيق، تكريسا للمبادئ الدستورية واحتراما للاتفاقيات الدولية.

ثانيا/مجال تطبيق نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري: جاءت المادة 13 شاملة لموضوع الأحوال الشخصية، إذ حدد المشرع الجزائري مجال أعمالها باعتبارها استثناء عن المادتين 11 و12، إذ تناولت المادة كل من موضوع القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج، الآثار المترتبة عن عقد الزواج الشخصية منها والمالية، وانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، غير أنه يستثنى من أحكام المادة 13 المسائل المتعلقة بالأهلية لإخضاعها من المشرع لنص خاص بها⁽¹⁴⁾ والمسائل الشكلية كذلك⁽¹⁵⁾.

أ/في الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج

- الأصل : وفقا لنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري، تخضع الشرط الموضوعية لصحة عقد الزواج إلى القانون الوطني (قانون الجنسية) لكلا الزوجين، أي التطبيق الموزع للقوانين، ولقد أكد المشرع الجزائري على خضوع الشروط السالفة الذكر للقانون الوطني⁽¹⁶⁾، كما تعبر كذلك المادة 97 من قانون الحالة المدنية على التوجه نفسه "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج"⁽¹⁷⁾.

- الاستثناء : تطبيق القانون الجزائري بصفة مباشرة على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج، إذا كان احد الطرفين جزائريا أثناء إبرام عقد الزواج تطبيقا لأحكام المادة 13، اعتمد المشرع على المعيار الزمني لتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال ربطه بين زمن إبرام العقد والجنسية المتمتع بها من طرف احد الزوجين.

ب/في آثار عقد الزواج

- الأصل : وفقا لنص المادة 12/ف1 من القانون المدني الجزائري، يسري قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج، ولعل سبب تغليب المشرع لجنسية الزوج راجع إلى العادات والتقاليد الجزائرية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية أين يعتبر الزوج هو المتكفل الوحيد بالعائلة، كما أن الزوجة عند قبولها إبرام عقد الزواج رضيت أن تخضع آثار عقد الزواج إلى قانون جنسية زوجها، ويؤكد في هذا الصدد الأستاذ زروتي أن اعتماد المشرع الجزائري على ضابط جنسية الزوج سببه احترام المشرع لتقاليد المجتمع الجزائري الذي ينظر إلى الأب على أنه رب الأسرة والمسؤول عن تدير أمورها وشؤونها⁽¹⁸⁾.

- الاستثناء: يكون الاختصاص للقانون الجزائري وفقا لنص المادة 13 استثناء للمادة 12/ف1 على آثار عقد الزواج إذا كان احد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، غير انه في هذه الحالة نكون أمام افتراضين:

1- الافتراض الأول :حالة الزوج جزائري أثناء إبرام عقد الزواج، في هذه الحالة لا مجال لتطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 على أساس انه سيتم تطبيق الأصل الوارد في المادة 12/ف1 أي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

2- الافتراض الثاني : الزوجة جزائرية أثناء إبرام عقد الزواج، في هذه الحالة يتم اللجوء إلى تطبيق الاستثناء الذي أملتة المادة 13 للمادة 12/ف1 حماية للزوجة الجزائرية (الطرف الجزائري في العلاقة)، بالتالي يسري القانون الجزائري متى كان احد الطرفين حاملا للجنسية الجزائرية أثناء إبرام عقد الزواج، والعبرة في هذه الحالة ليست الجنسية الجزائرية الفعلية في حالة تعدد الجنسيات لدى الزوجة، على اعتبار أن المشرع أورد للمادة 22 استثناء وهو تغليب الجنسية الجزائرية⁽¹⁹⁾، وفي هذه الحالة يتبادر إلى أذهاننا تساؤل ما الجدوى من تطبيق القانون الجزائري على الزوجة الحاملة للجنسية الجزائرية أثناء ابرم عقد الزواج واكتسابها لجنسية زوجها بعد ذلك، بمعنى لم يبقى من أسسها وأخلاقها وعاداتها إلا مصطلح الجنسية الجزائرية؟

ج/ في انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني: اختلفت قوانين الدول حول القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني، منها من تعتمد على ضابط الجنسية، مع اختلافها في كيفية التعامل معه، وفي ذلك دول تمنح الأفضلية للجنسية المشتركة مقارنة بالضوابط الأخرى ذات الطابع الاحتياطي كالقانون التونسي الذي ينص على انه "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقرر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها..."⁽²⁰⁾ ودول أخرى ترجح جنسية الزوج مثل القانون الأردني، السوري والمصري، إذ تنص قوانينها على " ويسري على التطبيق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"⁽²¹⁾ وهو الحل نفسه المكرس من المشرع الجزائري. وجانب آخر من الدول تعتمد على ضابط الموطن المشترك، كالقانون الانجليزي⁽²²⁾، وقد رعى المشرع الفرنسي كلا من الضابطين في المادة 310 من القانون المدني⁽²³⁾.

- الأصل: تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى: وفقا لنص المادة 12/ف2 من القانون المدني الجزائري، المشرع عقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى على الإشكالات التي تثيرها انحلال الرابطة الزوجية، كما انه لم يميز في أسباب الانحلال بين الطلاق والتطليق أو الفسخ في ضابط الإسناد المختص. غير أن الاعتماد على هذا التوجه حتى وان كان يؤكد دائما المركز الذي يحوزه الزوج في الأسرة إلا انه قد يثير صعوبات عملية وإشكالات قانونية في حالة تغيير الزوج لجنسية لقانون دولة يتيح له فرصة الطلاق أو قانون لا يخدم مصلحة الزوجة في حالة الطلاق. وعلى هذا الأساس كان الأجدد النص على القانون المشترك وفي حالة عدم اتحاد الجنسية بين الطرفين يتم تطبيق قانون الموطن المشترك أو موطن الزوجية، أو حتى إعطاء القاضي سلطة تقديرية من اجل البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية المطروحة أمامه.

هذا التوجه في مجال إخضاع انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى منتقد من خلال العديد من النقاط، ولعل أهمها تلك المرتبطة بمصلحة الزوجة خاصة عندما يطبق على الانفصال الجسماني قانون لم تكن تتوقعه الزوجة عند إبرام عقد الزواج، ولم يضع في الحسبان ولذلك تفاجئ بأسباب وآثار للانفصال الجسماني تضر بمصلحتها وتخدم مصلحة الزوج، كذلك الأمر نفسه في حالة تغيير الزوج لجنسيته من اجل الإضرار بزوجته، الذي يحول دون تطبيق قانون جنسيته أثناء إبرام عقد الزواج الذي لا يقدم له ضمانات في حالة الانفصال الجسماني أو انحلال الرابطة الزوجية مقارنة بحقوق الزوجة، وفي هذه الحالة يطبق القانون الجديد المتمثل في قانون جنسيته وقت رفع الدعوى، لاسيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون الوطني لاستبعاد القانون الواجب التطبيق المقرر في المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

- الاستثناء: تطبيق القانون الجزائري: إذا كان المشرع اخضع انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقا لنص المادة 12/ف2، فانه حماية للطرف الجزائري (خاصة الزوجة الجزائرية) أتى بالاستثناء الوارد

في المادة 13 التي أقرت باختصاص القانون الجزائري إذا كان احد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، بالتالي هذه المادة يتم إعمالها على أساس المادة 22 من القانون المدني في حالة تعدد الجنسيات لدى الزوج أو الزوجة إذا كانت من بينها الجنسية الجزائرية.

- صعوبة تطبيق القانون الجزائري : الإشكال في تطبيق القانون الجزائري باعتباره استثناء خاصة في موضوع الانفصال الجسماني، يظهر خاصة في حالة نشوء الحق في دولة أجنبية ومطالب به أمام القاضي الجزائري، (يطرح أمام القاضي الجزائري نزاع حول صحة الانفصال الجسماني كحق مكتسب نشأ في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام، وبذلك فمن المنطق أن يطبق القاضي أحكام هذا القانون الذي انشأ هذا الحق، مثال ذلك إذا طرح أمام القاضي الجزائري نزاع يتعلق بصحة انفصال جسماني نشأ وفق القانون الفرنسي، فيتعين على هذا القاضي الرجوع إلى القانون الفرنسي) على اعتبار أن الانفصال الجسماني نظام غير معروف في القانون الجزائري ومخالف للنظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁴⁾.

في هذه الحالة كان من الأجدر بالمشرع إما أن يتم إخضاع الانفصال الجسماني للقانون الذي انشأ هذا الحق لاسيما إذا لم تبق مدة طويلة لانتهاء الانفصال الجسماني، وإما الاعتماد على الجنسية المشتركة للزوجين، كحالة ما إذا اكتسبا جنسية دولة ما، أو الموطن المشترك لكليهما وفي كلتا الحالتين يظهر ارتباط وانتماء الطرفين إلى الدولة.

خاتمة

إن الغرض الأساسي من وضع التشريعات المقارنة لقواعد الإسناد هو الوصول إلى القانون الأنسب والملائم لحكم العلاقة القانونية التي تتجاوزها العديد من الأنظمة القانونية، فطابعا الحيادي وازدواجي والغير المباشر يجعل من القاضي في منأى عن التطبيق السيئ للقانون، لأنها سترشده لا محالة للقانون الأنسب للعلاقة وفقا للتكييف الذي يقوم به، غير انه وبالنظر إلى مضمون نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري يظهر جليا غياب صفة ازدواجية فيما أين تعقد الاختصاص للقانون

الجزائري وحده، وهنا يثار الإشكال في حالة عدم ملائمة الحلول التي ستوصل إليها القاضي في النزاع المطروح أمامه، ومدى تطابقها مع النظام العام الجزائري خاصة لعدم وجود نصوص موضوعية تنظم بعض المسائل خاصة تلك المتعلقة بالانفصال الجسماني.

كما أن الاعتماد على تطبيق القانون الجزائري في حالة وجود احد الأطراف جزائريا وقت إبرام عقد الزواج، يعد حلا غير منطقي في حالة تغيير الزوج أو الزوجة للجنسية أو التنازل عنها بعد إبرام عقد الزواج، لأنه لا صلة له بالجزائر إلا برابطة الجنسية دون العنصر الأساسي الخاص بالانتماء وفقا لمبادئ وتعاليم الدين الإسلامي والتمسك بالنظام العام الجزائري.

بالتالي يستوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في أحكام نص المادة 13 كونها لا تستجيب لروح ومفهوم قواعد الإسناد، على اعتبار أنها قاعدة حمائية وليست قاعدة إسناد، وإنما يستوجب الاعتماد على ضابطي الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة كحلول احتياطية في حالة تعثر تطبيق قانون جنسية الزوج.

الهوامش:

(1) زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص، دارهومة، الجزائر، 2010، ص 246.

(2) في ذلك انظر:

BATIFFOL Henri : Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002, n° 73, p 159/s.

(3) غصوب عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص ص 23-25، كذلك في النقطة ذاتها، انظر:

Daste (A.), Divorce, séparations de corps et de fait : conditions, procédure, conséquences, contentieux de l'après-divorce, 15e éd. Ed. Delmas, Dalloz, Paris, 2000, p 12/13.

(4) تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة عقد الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

(5) تنص المادة 12/2 من القانون المدني الجزائري على انه "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتهي اليه الزوج وقت رفع الدعوى".

(6) هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 292.

(7) على سبيل المثال قاعدة الإسناد التي جاءت بها المادة 10 من القانون المدني والتي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية قد تشير باختصاص القانون الأجنبي وذلك حسب الجنسية التي يحملها المعني. وكذلك نص المادة 16 من القانون المدني الجزائري التي تخضع الميراث لقانون جنسية الهالك فالجنسية تمثل عامل الربط الموضوعي والقانون واجب التطبيق قد يكون القانون الداخلي الجزائري أو قانونا أجنبي. بينما العكس تماما في مضمون المادة 13 يعتبر

ضابط الإسناد المستعمل في نص المادة 13 من القانون المدني لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ضابط غير موضوعي ذلك انه يأخذ على سبيل الحصر بجنسية أحد الزوجين إن كان جزائرياً بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر، ودون إيلاء أي اهتمام للبحث حول ما إذا كان القانون الجزائري هو الأكثر ملائمة لحكم النزاع المطروح أمام القضاء. يعتبر الموقف الذي اتخذته المشرع في هذا الصدد في أرنبا غريب نوعاً، ذلك أن في نص المادة 11 يعتبر القانون الواجب التطبيق على صحة الزواج هو قانون كلا الزوجين، وفي المادة 12، فيم يتعلق بالآثار القانونية للزواج، رجح المشرع قانون جنسية الزوج باعتباره القانون الملائم لحكم النزاع، وفي هذا الصدد وتطبيقاً لنص المادة 13 فإذا كانت الزوجة جزائرية والزوج غير جزائري عند إبرام عقد الزواج، فإن القاضي سيطبق القانون الجزائري على خلاف ما نص عليه في المادة 12 من القانون المدني، لهذا السبب فإن الترجيح الذي قام به المشرع في نص المادة 13 من القانون المدني لا يمكن اعتباره موضوعياً بالمعنى القانوني. في تفصيل هذه النقطة راجع: أ/ عثمان بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، مداخلة في ملتقى تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية- يومي 24/23 افريل 2014، ص 178.

(8) يظهر ذلك من خلال أحكام نص المادة 22 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على تطبيق قانون الجنسية الفعلية في حالة تعدد الجنسيات (تنازع الجنسيات)، غير انه استثناء متى كان تنازع الجنسيات ومن بينها الجنسية الجزائرية فإنه يسري القانون الجزائري تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة نفسها. بالتالي فتطبيق المادة 13 في هذه الحالة يكون على أساس نص المادة 22 من أجل الوصول إلى حماية الطرف الوطني.

(9) يترتب على أعمال هذه القاعدة، خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفاً للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلاً في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية جديدة ويسمح له القانون الجديد بفك الرابطة الزوجية في حين قانون الجنسية التي كان يتمتع به وقت إنشاء الزواج كان لا يسمح بحل الرابطة الزوجية. إن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقاً لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزوج ويؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ويتأثر مركز المرأة فيكون أكثر إضراراً بمصالحها.

(10) أكثر تفصيل في النقطة، انظر:

TERRE François et FENOUILLET Dominique, Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités, 6ed, Dalloz, Paris, 1996, p511-512/s. voir aussi le Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Ministère de la Justice – Luxembourg, Mars 2013.

(11) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 295.

(12) هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 553.

(13) عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2007،

ص 244-245.

(14) يسري على الأهلية والحالة المدنية للشخص لقانون الجنسية التي ينتمي إليها الشخص، وفقاً للمادة 10 قانون مدني جزائري.

(15) خضوع التصرفات القانونية من جانبها الشكلي إلى قانون الدولة التي تمت فيه، كما أن المشرع اوجد حلولاً أخرى واردة في الفقرة الثانية من نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري

(16) يرجع للقانون الوطني لكلا الزوجين تحديد الشروط الموضوعية الخاصة بصحة عقد الزواج، إذ حددها المشرع الجزائري في قانون الأسرة والمتمثلة أساساً في الرضا ركناً (المادة 9 من قانون الأسرة)، الأهلية (المادة 7 قانون أسرة)،

ولي الزوجة (المادة 9، المادة 11 قانون الأسرة)، شاهدين وصدقا (المادة 9 قانون الأسرة) وان يكون الزوجان خاليين من الموانع الشرعية. الأمر رقم 11/84 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتعلق بقانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم لاسيما بالأمر رقم 02/05 لسنة 2005، ج رعدد 15 لسنة 2005.

(17) أمر رقم 70 - 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية. الجريدة الرسمية عدد 21 مؤرخة في 27 فبراير 1970

(18) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 264.

(19) تنص المادة 22 من القانون المدني الجزائري، على انه " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي قانون الجنسية الفعلية، غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول"

(20) الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، انظر في ذلك انظر، الأستاذ ايت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، ملتقى وطني يومي 21-22 أبريل 2010، كلية الحقوق جامعة ورقلة، ص ص 36-49. أما فيما يخص توجه الدول الأوروبية في هذا المجال، نجد أن مجلس الاتحاد الأوروبي سعى إلى توحيد بعض الأحكام الخاصة بإشكالات تنازع القوانين في موضوع الانفصال الجسماني، أكثر تفصيل في الموضوع:

Le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 20 décembre 2010, le règlement 1259/2010/UE mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Ce règlement vise à simplifier les procédures de divorces et séparations transfrontaliers dans 14 Etats de l'Union européenne et offre la possibilité aux couples de choisir la loi applicable à leur divorce ou séparation. En l'absence de choix, le texte prévoit des critères de rattachement destinés à identifier la loi applicable. Ce règlement a été publié, le 29 décembre 2010, au Journal officiel de l'Union européenne. Il sera applicable à partir du 21 juin 2012, à l'exception de l'article 17 (*Informations fournies par les Etats membres participants*) applicable à partir du 21 juin 2011. Le règlement s'applique à : la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, la Portugal, la Roumanie et la Slovénie. D'autres Etats membres pourront y adhérer à tout moment. (ER/HB). RÈGLEMENT (UE) N o 1259/2010 DU CONSEIL du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Journal officiel de l'Union européenne, L 343/10, 29.12.2010.

(21) في ذلك يمكن ان نستدل بما يلي: المادة 14 / 2 من القانون المدني الأردني، المادة 14 / 2 من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/05/1949، منتدى الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية، المادة 13 / 2 من القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948.

(22) واستقر الفقه الانجلوسكسوني على تطبيق قانون القاضي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين، راجع في ذلك :

MAYER Pierre, Droit international privé, 5e éd, Delta, Paris, 1996, p378.

(23) نصت المادة على ما يلي:

« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

_ Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;

_ Lorsque les époux ont, l'un et l'autre leur domicile sur le territoire français.

_ lorsque aucune loi étrangère ne se reconnait compétence, alors que les tribunaux français sont compétent pour connaitre du divorce ou de la séparation de corps », voir : Hélène Péroz « Loi applicable au divorce d'un couple domicilié dans des États différents et de nationalité différente », L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 15 janvier 2012 n° 1, P. 7, voir aussi : Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-25206.

pour plus de précision au sujets de divorce et de séparation des corps, voir: Murat (P.), Mariage, divorce, concubinage, PACS, filiation, adoption, nom, prénom, autorité parentale, assistance éducative, aide sociale à l'enfance, mineur étranger, obligations alimentaires, protection de l'enfance, protection nationale et internationale des majeurs vulnérables, fiscalité, droit pénal, droit international privé, 5e édition, Dalloz, 2010.

⁽²⁴⁾ أيت منصور كمال، المرجع السابق، 41-42.

إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية -دراسة نقدية للأمر رقم 09/96، يتعلق بالاعتماد الايجاري*-

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

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

الملخص:

إنّ العقد يعني التكافؤ بين مصالح أطرافه، ويتجسد ذلك من خلال التوازن بين حقوقهم والتزاماتهم، خلافا لعقد الاعتماد الايجاري الذي يمنح للمؤجر التمويلي إمكانية نقل جميع التزاماته إلى المستأجر التمويلي، وهذا ما يكرس معاملة تفضيلية لمصلحة المؤجر التمويلي.

الكلمات المفتاحية:

مؤجر تمويلي، مستأجر تمويلي، نقل الالتزامات، معاملة تفضيلية.

The lessor Exemption of his contractual obligations -Critical study of Ordinance No. 96/09 concerning the leasing-

Abstract:

The contract means the equivalence between the interests of the parties led to a balance of rights and obligations, unlike the leasing contract that gives the lessor the option of transferred these duties to the lessee, which reproduced a preferential treatment for the benefit of the lessor.

Key words:

Lessor, lessee tenant, transfers of obligations, preferential treatment.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/09/18 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/10/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Exonération du crédit-bailleur de ses obligations contractuelles -Etude critique de l'ordonnance n° 96/09 relative au crédit bail-

Résumé :

Le contrat signifie l'équivalence entre les intérêts des parties, traduit par un équilibre des droits et obligations, contrairement au contrat de crédit-bail qui accorde au crédit-bailleur la possibilité de transférer ses obligations au crédit-preneur, ce qui conduit un traitement préférentiel au profit du Crédit-bailleur.

Mots clés :

Crédit-bailleur, crédit-preneur, transfert des obligations, traitement préférentiel.

مقدمة

لا شك أنّ التمويل كان ولا يزال يشكل أحد أكبر العقبات تعقيدا في وجه المشاريع الاستثمارية، لذلك كان على الفكر القانوني والاقتصادي البحث في كل مرة عن وسائل تمويل تتماشى أكثر ومتطلبات مجال الأعمال، هذا ما أدى الى ظهور الاعتماد الاجاري كبديل عن الطرق التقليدية للتمويل، لكونه يمنح لصاحب المشروع إمكانية اختيار ما يحتاجه من أصول إنتاجية بنفسه، ثم حيازتها عن طريق تأجيرها لمدة زمنية مقابل أجر يدفعها، وعند انقضاء العقد تكون له إمكانية تملك تلك الأصول مقابل دفع القيمة المتبقية من ثمنها.

إنّ الهدف من إبرام أي عقد هو الوصول الى تحقيق مصلحة معينة (اكتساب حق من الحقوق)، وفي مقابل ذلك يجب على كل طرف أن يقوم بالتزاماته العقدية حتى يتحصل الطرف الآخر على حقوقه، هذا ما لا نجده في عقد الاعتماد الاجاري، الذي كرّس تباينا مطلقا في تنظيم حقوق والتزامات أطراف العقد، إذ جاءت كل الالتزامات الملقاة على عاتق المؤجر التمويلي في شكل قواعد مكملة، هذا ما منحه إمكانية إعفاء نفسه من جميعها، عن طريق نقلها إلى المستأجر التمويلي، وسنحاول من خلال بحثنا هذا البحث عن الاختلال الذي كرّسه أمر رقم 09-96، والذي أدى إلى تكريس معاملة تفضيلية لمصلحة المؤجر التمويلي، ومن أجل ذلك سنقسم دراستنا هذه إلى مبحثين:

المبحث الأول: إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بتسليم الأصول المؤجرة.

المبحث الثاني: إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالضمان ومن المسؤولية تجاه الغير.

المبحث الأول: إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بتسليم الأصول المؤجرة

لا يمكن أن يخرج إبرام عقد الاعتماد الايجاري عن أحد الاحتمالين التاليين، الأول أن يتصل المستأجر التمويلي ببائع الأصول التي يحتاج إليها ويختارها هو بنفسه، ثم يطلب التمويل من طرف المؤجر التمويلي، أما الثاني فيلجأ المستأجر التمويلي أولاً إلى المؤجر التمويلي الذي يمنح له الموافقة للتمويل، ثم يبحث هو عن بائع الأصول التي يحتاجها ويقوم باختيارها بنفسه، والملاحظ أنّ المؤجر التمويلي في كلا الحالتين يتدخل بشكل محدود في شراء الأصول المؤجرة بل يقتصر دوره على دفع ثمنها فقط (التمويل)، فهو لا يقحم نفسه لا في اختيار البائع ولا الأصول رغم أنّه هو الذي سيدفع ثمنها، في حين يتدخل المستأجر التمويلي في اختيار البائع وتحديد أدق التفاصيل المتعلقة بالأصول، ثم يتسلمها من البائع بشكل يوحي بأنّه هو المشتري (المطلب الأول)، ومادام المؤجر التمويلي لم يقحم نفسه في الاختيار وفي التسليم فإنّه يكون بذلك قد أعفى نفسه من المسؤولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قيام المستأجر التمويلي باختيار الأصول ثم تسلمها مباشرة من البائع
إنّ الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المؤجر التمويلي هو تمكين المستأجر التمويلي من الانتفاع بالأصول المؤجرة، وهذا عن طريق تمويل شراء تلك الأصول أو تمويل استعمالها⁽¹⁾، فالتمويل يعدّ أهم عنصر في الاعتماد الايجاري وهذا ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة 2 من أمر رقم 09-96، يتعلق بالاعتماد الايجاري⁽²⁾، والتي تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة الأولى أو استعمالها.

الفرع الأول: انفراد المستأجر التمويلي بمهمة اختيار البائع واختيار الأصول

يقع على عاتق المؤجر التمويلي -إذا ما وافق على تمويل المستأجر التمويلي- إبرام عقد بيع مع بائع الأصول الإنتاجية، يكون هو في مركز المشتري، لذلك يفترض أن يقوم هو باختيار البائع ثم يقوم باختيار الأصول، إلا أنّ المؤجر التمويلي لا يقحم نفسه تماماً في هذه المسألة، بل بمجرد قبوله تمويل المستأجر التمويلي، يختفي تماماً ولا يظهر إلا بمناسبة دفع ثمن تلك الأصول عند بائعها، فدوره تمويلي بحت يقتصر على مجرد دفع ثمن الأصول للمورد⁽³⁾، ممّا دفع بعض الفقهاء إلى القول أنّ إرادة المؤجر التمويلي إرادة

تابعة و مشروطة⁽⁴⁾، فهو يترك المستأجر التمويلي حراً في اختيار بائع تلك الأصول، ثم يمنحه الحرية أيضاً في تحديد المواصفات التقنية وأدق التفاصيل التي تتضمنها الأصول المؤجرة، بالشكل الذي يناسبه ويناسب مشروعه الاستثماري.

إلا أنّ هذا التنازل الذي قام به المؤجر التمويلي لم يغيّر شيئاً في أطراف عقد البيع، لأنّه يبقى من الناحية القانونية طرفاً فيه بصفته المشتري، في حين يبقى المستأجر التمويلي ليس طرفاً في عقد البيع ولا تجمععه بالبائع من الناحية القانونية أياً علاقة، فلا تجمعهما سوى علاقة واقعية⁽⁵⁾. ولقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار المستأجر التمويلي وكيل للمؤجر التمويلي في اختيار البائع وفي اختيار الأصول الإنتاجية، ويسمي هذه الوكالة بالوكالة الأصلية⁽⁶⁾.

إنّ عملية الاعتماد الاجاري تتضمن عقداً أولياً، يتمثل في عقد البيع الذي يتم بموجبه شراء الأصول، والذي يبرم بين المؤجر التمويلي والبائع، تلك الأصول تكون محلاً لعقد الاعتماد الاجاري الذي ينظم العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، إلا أنّ ما يلاحظ في أمر رقم 09-96 يتعلق بالاعتماد الاجاري، هو عدم ذكره لعقد البيع، لذلك لا نجد أثراً للعلاقة القانونية التي تربط بين المؤجر التمويلي والبائع، ولا للعلاقة الواقعية التي تجمع بين المستأجر التمويلي والبائع، في حين أنّ اتفاقية أوتواو لسنة 1988 حول عقد الاعتماد الاجاري الدولي للأصول المنقولة، ذكرت عقد البيع الذي يبرم بين المؤجر التمويلي والبائع، كما نصّت على أنّ اختيار البائع وكذا اختيار الأصول يقوم بهما المستأجر التمويلي وليس المؤجر التمويلي⁽⁷⁾.

حرصت اتفاقية أوتواو على تكريس حماية عادلة ومتكافئة لطرفي عقد الاعتماد الاجاري، إذ وضعت المستأجر التمويلي في مركز المشتري رغم أنّه ليس طرفاً في عقد البيع، ومن أجل ضمان حماية هذا الاختيار الذي قام به المستأجر التمويلي، منعت الاتفاقية في المادة 11 المؤجر التمويلي من القيام بتعديل أحد شروط العقد التي تفاوض عليها المستأجر التمويلي، إلا بموافقة هذا الأخير، وفي حالة عدم موافقته يترتب عن ذلك عدم سرّيان هذا الاتفاق في حقه⁽⁸⁾.

إلا أنّ مصلحة المؤجر التمويلي باعتباره المشتري القانوني للأصول المؤجرة ومالكها، تقتضي هي الأخرى حماية من تعسّف المستأجر التمويلي الذي قد يلجأ الى طلب فسخ

عقد البيع، مما سيؤدي بالتبعية إلى استرداد البائع للأصول فينفسخ عقد الاعتماد الايجاري أيضا، وهي المسألة التي انتبه إليها واضعو اتفاقية أوتاوا، التي منعت المستأجر التمويلي في المادة العاشرة فقرة 2⁽⁹⁾ من طلب فسخ عقد البيع أو طلب إبطاله⁽¹⁰⁾، إلا إذا وافق المؤجر التمويلي على ذلك، مع العلم أنّ المؤجر التمويلي ليس من مصلحته لا فسخ العقد ولا إبطاله، لذلك من المستبعد جدا موافقته على ذلك.

بعد اختيار المستأجر التمويلي لبائع الأصول وكذا اختياره الأصول التي يحتاج إليها، يقوم المؤجر التمويلي بدفع ثمنها وتنتقل بذلك ملكيتها القانونية إليه، يقع على عاتقه القيام بتسليمها إلى المستأجر التمويلي الذي سيحوزها بموجب عقد الاعتماد الايجاري، إلا أنّ المؤجر التمويلي يقوم مرة أخرى بنقل هذا الالتزام إلى المستأجر التمويلي، فيتولى هذا الأخير تسلم الأصول مباشرة من البائع.

الفرع الثاني: تسلم المستأجر التمويلي الأصول المؤجرة مباشرة من البائع

يقع على عاتق المؤجر في عقد الايجار طبقا للقواعد العامة، تسليم الأصل المؤجر إلى المستأجر، ووضعه تحت تصرفه وهو في حالة تمكنه من الاستمتاع به، وهو التزام متتالي ومستمر طوال مدة الايجار حسبما ذهب إليه بعض الفقهاء⁽¹¹⁾، والتسليم قد يكون فعليا إذا كان الأصل المؤجر تحت يد المؤجر ثم يمكن المستأجر منه، كما قد يكون تسليميا حكما إذا كان الأصل المؤجر في يد المستأجر لأي سبب من الأسباب، كما في حالة الاعتماد الايجاري اللاحق⁽¹²⁾.

كما يقع أيضا على عاتق المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الالتزام بتسليم الأصل المؤجر إلى المستأجر التمويلي، وهذا ما نصت عليه المادة 29 من أمر رقم 09-96 يتعلق بالاعتماد الايجاري⁽¹³⁾، أي أن يقوم المؤجر التمويلي -باعتباره مالكا للأصول المؤجرة- بتمكين المستأجر التمويلي -باعتباره مستأجرا لها- من الانتفاع بالأصل المؤجر، أي تسليمها له في حالة تمكنه من استعمالها للأغراض المحددة لها.

إلا أنّ المادة 38 التي حددت جميع التزامات المؤجر التمويلي باعتباره مالكا للأصل المؤجر -بما فيها الالتزام بالتسليم-، منحت للأطراف إمكانية الاتفاق على غير ما جاء فيها، ممّا يعني إعفاء المؤجر التمويلي من تسليم الأصل المؤجر بنفسه إلى المستأجر التمويلي، لذلك فإنّ شركات الاعتماد الايجاري عادة ما تلجأ إلى أعمال سلطان الإرادة،

عن طريق الاتفاق مع المستأجر التمويلي على مخالفة القواعد القانونية المكتملة، كتلك القاعدة التي تضمنتها المادة 38، وهو الاتجاه الذي أيده القضاء الفرنسي في عدّة أحكام قضائية⁽¹⁴⁾.

وقد جرت العادة في هذا النوع من العقود، توكيل المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي بشكل صريح بأن يقوم باستلام الأصول مباشرة من البائع⁽¹⁵⁾، وهي الوكالة التي يسميها الفقهاء بالوكالة التبعية، والتي ينوب بموجبها المستأجر التمويلي مكان المؤجر التمويلي في تسلّم الأصول في المكان والتاريخ المحددان في وصل الطلبية⁽¹⁶⁾.

طرح فقهاء القانون نقاشاً حاداً حول مسألة التزام المستأجر التمويلي بتسلّم الأصل وتحرير محضر استلام، حيث اعتبرت طائفة كبيرة منهم بأنّه التزم بتحقيق نتيجة، وقد ساندتهم في ذلك القضاء الفرنسي في بعض الأحكام القضائية، التي حملت المستأجر التمويلي وحده مسؤولية وجود عيب في الأصول أو عدم تسلّمها في التاريخ المحدد⁽¹⁷⁾، إلا أنّ أحكاماً أخرى اعتبرت أنّ المستأجر التمويلي ليس إلا وكيلاً للمؤجر التمويلي، وهي وكالة تبعية⁽¹⁸⁾، لذا لا يمكن أن يتحمّل المسؤولية لوحده.

المطلب الثاني: إعفاء المؤجر التمويلي حماية له أم حماية للمستأجر التمويلي؟

إنّ عدم إقحام المؤجر التمويلي نفسه في اختيار الأصول ولا في تسليمها إلى المستأجر التمويلي، يعود أساساً إلى عدم دراية المؤجر التمويلي بالجانب التقني للأصول، في حين يكون المستأجر التمويلي في وضعية أحسن لو اختار هو تلك الأصول (الفرع الأول)، كما أنّ عدم التدخل سيعفيه من تحمل المسؤولية تجاه المستأجر التمويلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المستأجر التمويلي أكثر اطلاعاً على الجوانب التقنية المتعلقة بالأصل المؤجر

إنّ المؤجر التمويلي يكون دائماً إما بنك أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري، ونظراً للعدد الكبير من العقود التي يتم إبرامها، فإنّه لا يمكن عملياً أن يكون المؤجر التمويلي متمكناً من الجوانب التقنية المتعلقة بالأصول المنقولة والعقارية، لذلك كان لا بد أن لا يقحم نفسه في اختيار الأصول المؤجرة وترك المجال للمستأجر التمويلي، الذي يفترض فيه علمه بالجانب التقني للأصول التي يريدها، هذا ما يتحقق بقيام المستأجر التمويلي -باعتباره المهني الذي سيستعمل الأصول- بتحديد أدق التفاصيل التي يحتاج

إليها في الأصول المؤجرة، أي أنّ تنازل المؤجر التمويلي عن الاختيار لمصلحة المستأجر التمويلي إنّما تمليه الضرورة العملية، فمن غير الممكن أن يكون المؤجر التمويلي على اطلاع على الجوانب التقنية لكل المنقولات والعقارات، التي يؤجرها بموجب العقود الكم الهائل من العقود التي يبرمها⁽¹⁹⁾.

كما أنّ وتيرة الحياة التجارية التي تتسم بالسرعة تقتضي ربح الوقت، وهذا ما لا يتحقق إذا تسلّم المؤجر التمويلي الأصول التي اشتراها من البائع، ثم قيامه بتسليمها إلى المستأجر التمويلي، لذلك يوكل المؤجر التمويلي المستأجر التمويلي بالقيام بتسلّم تلك الأصول مباشرة من البائع.

الفرع الثاني: عدم تدخل المؤجر التمويلي في الاختيار والتسليم يعفيه من المسؤولية
بعد قيام المستأجر التمويلي باختيار البائع ثم اختيار الأصول التي يريدّها وتسليمها بنفسه من البائع، لا يتحمل المؤجر التمويلي مسؤولية المواصفات الموجودة في الأصول، كما لا يتحمل مسؤولية التسليم غير المطابق والذي ينجم عن وجود عيب في الأصول، إذ تقع المسؤولية على عاتق المستأجر التمويلي، إما لكونه أساء الاختيار أو لكونه قصّر في فحص الأصول أثناء تسلّمها من البائع، هذا ما يترك المؤجر التمويلي بعيدا عن سوء الاختيار أو سوء التسليم⁽²⁰⁾. وعادة ما يلجأ المؤجر التمويلي إلى وضع بند في العقد يحتمل فيه المستأجر التمويلي المسؤولية، على غرار ما ورد في المادة الثانية من نموذج لعقد محرر من طرف شركة ناتيكيسيس الجزائرية والتي جاء فيها: "يحدد المستأجر تحت مسؤوليته المطلقة-بالانفاق مع المورد مواصفات العين المؤجرة وتعليمات استعمالها واستلامها".

كما نجد هذا البند أيضا في نموذج محرر من طرف بنك البركة الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة الرابعة والتي جاء فيها: "يصحّ العميل بأنّه هو الذي قام باختيار الأصول المنقولة وأتّه يصحّ بعدم إقحام مسؤولية البنك بأيّة حال من الأحوال بخصوص مطابقة الأصول المنقولة للمواصفات أو صلاحيتها للاستعمال، وبصفة عامة كل نزاع قد ينشأ بخصوص الأصول المنقولة مع البائع الأول أو مع أي جهة كانت."

يتسلّم المستأجر التمويلي الأصول من البائع ويوقع الطرفان على محضر الاستلام الذي يثبت مدى مطابقتها الأصول، ثم يقوم بإرسال نسخة من المحضر إلى المؤجر التمويلي⁽²¹⁾.

إلا أنّ هناك حالة عملية لا يتحمل فيها المستأجر التمويلي مسؤولية الاختيار والتسليم، بل تبقى على عاتق المؤجر التمويلي، وهي حالة تأجير معدات كانت مملوكة للمؤجر التمويلي قبل إبرام العقد، فالمستأجر التمويلي لم يقدّم بالاختيار والمؤجر التمويلي هو الذي سيسلّمه الأصول مباشرة⁽²²⁾.

المبحث الثاني: إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالضمان ومن المسؤولية تجاه الغير

إنّ المؤجر في عقد الإيجار ملزم بالضمان، باعتباره مالكا للأصول ومؤجرا لها مقابل بدل إيجار، كما أنّ المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الإيجاري أيضا ملزم بضمانهما، إلا أنّ مختلف التشريعات منحت هذا الأخير إمكانية إعفاء نفسه من ذلك، لذلك نجد في كل عقود الاعتماد الإيجاري المبرمة بنودا يعفي من خلالها المؤجر التمويلي نفسه من الضمان (المطلب الأول)، كما يعفي المؤجر التمويلي نفسه من أية مسؤولية بسبب الضرر الذي قد تلحقه الأصول بالغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالضمان

يلتزم المؤجر التمويلي في الأصل بضمان العيوب الخفية وبضمان التعرض، إلا أنّه يقوم بإعفاء نفسه من تحمّل هذه الالتزامات:

الفرع الأول: إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية

تقتضي القواعد العامة في عقد الإيجار إلزام المؤجر بضمان جميع العيوب التي تحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة، أو تنقص منها نقصا فاحشا⁽²³⁾، وهو الالتزام الذي يقع على عاتق المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الإيجاري، بموجب نص المادة 38 من أمر رقم 09-96 في فقرتها السابعة⁽²⁴⁾، إلا أنّ الفقرة الأولى من نفس المادة منحت إمكانية لاتفاق الأطراف على إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية⁽²⁵⁾، والملاحظ أنّ المشرع الأردني نص على إمكانية الإعفاء مع منح المستأجر التمويلي إمكانية الرجوع على بائع الأصول بموجب دعوى ضمان العيوب الخفية، وهو نفس الرأي الذي

استقر عليه القضاء الفرنسي، فقد استقر على أنّ المؤجر التمويلي لا يمكنه إعفاء نفسه من ضمان العيوب الخفية، إلا إذا منح للمستأجر التمويلي وكالة تمكّنه من الرجوع على بائع الأصول⁽²⁶⁾. أما المشرع الجزائري فقد سكت عن ذلك⁽²⁷⁾. كما ذهبت اتفاقية أوتاوا لسنة 1988 حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للأصول المنقولة، إلى إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية، بشرط ألا يكون قد تدخل في اختيار البائع ولا في اختيار الأصول⁽²⁸⁾.

إنّ منح أطراف عقد الاعتماد الايجاري إمكانية الاتفاق على إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية، جعلت البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري تستغل هذه الإمكانية في جميع العقود التي تبرمها، وتضمّن عقودها بندا يتنازل فيه المستأجر التمويلي عن متابعتها بأي شكل من الأشكال، وعن طلب التعويض عن أي عيب خفي يظهر في الأصول المؤجرة⁽²⁹⁾.

الفرع الثاني: إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان التعرض

بالرجوع إلى المادة 38 من أمر رقم 09-96، التي حددت التزامات المؤجر التمويلي، فإنّها أوردت التزام هذا الأخير بعدم إلحاق أي سبب يحول دون انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر، وبعدم إحداث للأصل المؤجر أو لممتلكاته أي تغيير يقلّل من هذا الانتفاع، وكذا الالتزام بضمان المستأجر ضد أي أضرار أو سبب قانوني، باستثناء أي سبب بفعل الغير غير مدع لأي حق على الأصل المؤجر⁽³⁰⁾.

هذا ما يعني أنّ المؤجر التمويلي ملزم بضمان التعرض الصادر عنه شخصيا، وكذا التعرض القانوني الصادر عن الغير والذي يدّعي حقا على الأصول المؤجرة، مع منح إمكانية لأطراف العقد للاتفاق على إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان التعرض بموجب الفقرة الأولى من المادة 38، وفي هذا الصدد نجد المادة الرابعة من نموذج لعقد اعتماد ايجاري للأصول المنقولة محرر من طرف بنك البركة الجزائري، نصّت صراحة على أنّه : " يصرّح المستأجر التمويلي بعدم إقحام البنك بأي حال من الأحوال في كل نزاع قد ينشأ بخصوص الأصول المنقولة سواء مع البائع أو مع أي جهة كانت، فالمؤجر التمويلي لا يتحمل أية مسؤولية تجاه المستأجر التمويلي ولا يضمن له أيّ تعرض من أيّ كان."⁽³¹⁾

إنّ المادة 38 السابق ذكرها، منحت المؤجر التمويلي إمكانية الاتفاق مع المستأجر التمويلي على اعفائه من أيّ ضمان للتعرض، سواء صدر التعرض منه أو من الغير، هذا ما سيؤدي-حسب رأينا- إلى الإضرار بالمستأجر التمويلي، خاصة في الحالات التي قد يكون فيها التعرض ناتجا عن إهمال أو بفعل عمدي من المؤجر التمويلي، لذلك نقترح في هذه المسألة النصّ على بعض الحالات التي لا يعفى منها المؤجر التمويلي من التزامه بالضمان، وهي تلك التي نصّت عليها اتفاقية أوتاوا، التي ضيّقت من حالات إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان التعرض، فالأصل هو عدم إعفاء المؤجر التمويلي، ولا يمكن إعفاؤه إلا إذا كان التعرض ناتجا عن إهمال المستأجر التمويلي أو بسبب تصرّفه، أو في حالة التعرض الذي لم يكن بسبب إهمال أو فعل عمدي أو خطأ جسيم من المؤجر التمويلي⁽³²⁾.

الفرع الثالث: ضرورة حماية مصلحة المستأجر التمويلي عن طريق منحه إمكانية رفع الدعوى المباشرة ضد البائع

إنّ إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية ومن ضمان التعرض، يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المستأجر التمويلي، لأنّه لا يمكنه الرجوع على المؤجر التمويلي، لذلك ومن أجل⁽³³⁾ حماية مصلحته وعدم تركه يتحمّل عبء إعفاء المؤجر التمويلي لوحده، منحت بعض التشريعات⁽³⁴⁾ إمكانية رفع الدعوى المباشرة، والتي تعتبر خروجاً عن مبدأ نسبية العقود، لكونها تمنح له إمكانية مطالبة مدين المدين بأن يؤدي له ما يجب عليه لمدينه.

وتحقق الدعوى المباشرة عدة أهداف يمكن حصرها فيما يلي:

أولاً/اختصار عدد أطراف النزاع وتحقيق السرعة في إصلاح الضرر : المفروض أن يعود المستأجر التمويلي على المؤجر التمويلي ثم يقوم هذا الأخير بالرجوع على البائع، لذلك فإنّ الدعوى المباشرة ستختزل عدد الأطراف من ثلاثة إلى اثنين مما يحقق السرعة في إصلاح الضرر.

ثانياً/تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف : إذا كانت مصلحة المؤجر التمويلي تقتضي إعفاءه من تحمل المسؤولية في مواجهة المستأجر التمويلي، فإنّ مصلحة هذا الأخير

جديرة أيضا بالحماية، لذلك كان لا بد من منحه حق الرجوع على بائع تلك الأصول مباشرة، حتى يستوفي حقه الذي كان بإمكانه أن يطالب به في مواجهة المؤجر التمويلي. ثالثا/ منع إمكانية التواطؤ بين المؤجر التمويلي والبائع: قد تكون للمؤجر التمويلي نية الإضرار بالمستأجر التمويلي، لذلك فإن رجوع المستأجر التمويلي مباشرة على البائع، الذي اختاره هو وتعامل معه حين اختار الأصول، تمكنه من حماية مصلحته⁽³⁵⁾.

إنّ المشرع الجزائري أغفل في أمر رقم 09-96 يتعلق بالاعتماد الايجاري، حماية مصلحة المستأجر التمويلي عن طريق منحه حق الرجوع مباشرة على البائع، عكس ما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا التي منحت المستأجر التمويلي هذا الحق،⁽³⁶⁾ لكن في حدود عدم إمكانية مطالبة البائع بفسخ عقد البيع أو إبطاله⁽³⁷⁾. لذلك نرى أنّه من الضروري إعادة النظر في أمر رقم 09-96، من أجل منح المستأجر التمويلي هذه الإمكانية، ضمانا لتحقيق التوازن بين مصالح الأطراف، فمن جهة تركنا المستأجر التمويلي يقوم باختيار الأصول وتسلمها من البائع حتى نغني المؤجر التمويلي، ومن جهة مقابلة يجب أن نضمن للمستأجر التمويلي حماية، عن طريق منحه إمكانية رفع الدعوى المباشرة.

المطلب الثاني: إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية تجاه الغير

خلال تنفيذ عقد الاعتماد الايجاري عن طريق قيام المستأجر التمويلي باستغلال والانتفاع بالأصل المؤجر، -عقارا كان أو منقولا- فإنّ هذه الأصول قد تلحق ضررا بالغير، ومثال ذلك أن تلحق السيارة محل عقد الاعتماد الايجاري ضررا بأحد الأفراد (حادث مرور)، أو تتهدم البناية محل العقد فتصيب جيرانها بأضرار، وهنا نكون أمام إما مسؤولية المؤجر التمويلي باعتباره المالك لتلك الأصول، أو أمام مسؤولية المستأجر التمويلي باعتباره المنتفع بها، ولقد نص المشرع الجزائري إمكانية الاتفاق في العقد على إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية المدنية تجاه المستأجر التمويلي أو تجاه الغير⁽³⁸⁾، لذلك عادة ما يقوم المؤجر التمويلي بإعفاء نفسه من المسؤولية ويفرض على المستأجر التمويلي تحمّلها، وتقوم مسؤولية هذا الأخير إما على أساس أنّه حارس الشيء بالنسبة للمنقول (الفرع الأول)، أو على أساس تهديم البناء بالنسبة للعقار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مسؤولية المستأجر التمويلي تكون على أساس حراسة الشيء بالنسبة للمنقول

تقضي القواعد العامة في القانون المدني، بأن كل شخص يتولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء⁽³⁹⁾.

والأكيد أنّ الأصل المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري، يكون في حوزة المستأجر التمويلي لكونه ينتفع به خلال مدة العقد، لذلك فرغم كون المؤجر التمويلي هو المالك، إلا أنّ قرينة إثبات الحراسة على المستأجر التمويلي بسيطة، ما دام عقد الاعتماد الايجاري يقتضي تسليم الأصول إلى المستأجر التمويلي، لذلك فإنّ المستأجر التمويلي هو الذي يتحمل مسؤولية الضرر الذي يلحقه الأصل المؤجر بالغير⁽⁴⁰⁾، وبالضرورة فهو من يتحمّل التعويض، كما أنّ مسؤولية الحارس مفترضة، وبالتالي ليس على المضرور إثبات خطأ المستأجر التمويلي، إلا إذا أثبت هذا الأخير أنّ الأصل المؤجر لم يكن بيده لحظة وقوع الحادث⁽⁴¹⁾.

الفرع الثاني: مسؤولية المستأجر التمويلي تكون على أساس تهمّد البناية بالنسبة للعقار

يلتزم مالك البناء بضمان الضرر الذي يحدثه تهمّد البناء بالغير إما كلياً أو جزئياً، ولا يمكن أن يعفى من المسؤولية عن التهمّد، إلا إذا أثبت أنّ الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه⁽⁴²⁾. مع العلم أنّ بالبناء هنا، يقتضي تدخل يد الانسان عن طريق جمع مواد وتشييد وحدة متماسكة متصلة بالأرض، أما التهمّد المقصود في هذا الحالة فهو تفكك الأجزاء المكوّنة لهذا البناء عن بعضها البعض مما يؤدي إلى إصابة الغير بأضرار⁽⁴³⁾.

رغم أنّ مالك البناء هو المؤجر التمويلي، إلا أنّه لا يتحمّل مسؤولية تهمّده بل يتحمّلها المستأجر التمويلي، وهذا خروج عن القواعد العامة، فالمستأجر التمويلي هو الذي يقوم بجميع أعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على الأصل المؤجر، فمادام المؤجر التمويلي أعفى نفسه من أعمال الصيانة، فمن غير المعقول ألاّ يعفى نفسه من مسؤولية الضرر الذي قد يصيب الغير جراء تهمّد الأصل المؤجر، لذلك فإنّ عقود

الاعتماد الايجاري تتضمن دائما بندا يعفي المؤجر التمويلي من تعويض الغير عن الأضرار التي تسببها الأصول المؤجرة، مع تحمّل المستأجر التمويلي بشكل صريح هذه المسؤولية.

خاتمة

إنّ اقتصار ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري على البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري، يؤكد الطابع التمويلي البحث لعقد الاعتماد الايجاري، لذلك جاءت أحكام الأمر رقم 09-96 يتعلق بالاعتماد الايجاري، بقواعد أمرّة في كل مرّة يتعلّق الأمر بحقوق المؤجر التمويلي، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، في حين جاءت المواد المحددة لالتزاماته في شكل قواعد قانونية مكملة، تسمح لأطراف العقد الاتفاق على غير ما ورد فيها، مما فتح المجال أمام المؤجر التمويلي لإعفاء نفسه من كل الالتزامات التي تفرض على صاحب الملكية والتي تفرض على المؤجر في عقد الايجار، حتى أنّه احتفظ بالتزام واحد لا غير وهو دفع ثمن الأصول عند الشراء (التمويل)، عدا ذلك فإنّه يختفي تماما ولا يظهر سوى عند المطالبة بحقوقه في مواجهة المستأجر التمويلي.

لعل الغاية من إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية-حسب اعتقادنا-، هي تشجيع البنوك والمؤسسات المالية على ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري، وكذا تشجيع ظهور شركات متخصصة في الاعتماد الايجاري، إلا أنّه لا يجب أن نهمل الطرف الآخر في العقد، وهو المستأجر التمويلي الذي لا يمكن من دونه إبرام العقد، وبالتالي كان لا بد من أخذه بعين الاعتبار عن طريق حماية مصلحته في العقد.

إنّ المبالغة في حماية مصلحة المؤجر التمويلي عن طريق منحه سلطة واسعة في إعفاء نفسه من جميع الالتزامات، مع منحه جميع الضمانات للحصول على حقوقه، عن طريق إلزام المستأجر التمويلي بكافة الوسائل القيام بواجباته تجاهه، جعلت من عقد الاعتماد الايجاري عقدا غير متكافئ، تغيب فيه إرادة المستأجر التمويلي، فهو يختار إما قبول التعاقد كما أراد المؤجر التمويلي للحصول على التمويل، أو عدم الحصول على التمويل، لذلك يجب إعادة النظر في بعض الجوانب من أجل إضفاء أكثر مرونة على هذا العقد تجاه المستأجر التمويلي، على غرار ما ذهب إليه اتفاقية أوتاوا لسنة

1988، والتي أصابت في إيجاد حلول لعدة إختلالات مكرسة في مختلف التشريعات بما فيها القانون الجزائري.

الهوامش:

(1) يمول الاعتماد الاجباري استعمال الأصول ثم شراءها إذا كان العقد يمنح للمستأجر التمويلي خيار الشراء عند انقضائه، وهذا ما نجد في الاعتماد الاجباري المالي، في حين يمول فقط استعمال الأصول إذا كان العقد لا يمنح للمستأجر التمويلي خيار الشراء، وهذا في الاعتماد الاجباري العملي.

(2) أمر رقم 09-96، مؤرخ في 10 جانفي 1996 يتعلق بالاعتماد الاجباري، ج ر عدد 3 لسنة 1996.

(3) قاسم علي سيد، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 53.

(4) نظرا لتدخل المستأجر التمويلي في الاختيار بدل عن المؤجر التمويلي رغم أنه ليس طرفا في عقد البيع وصفت الأستاذة BOST Emmanuelle إرادة المؤجر التمويلي بقولها:

«Conditionnement Technique de la volonté du crédit bailleur»

(5) نسير رفيق، دراسة نقدية للنظام القانوني لعملية الاعتماد الاجباري للأصول المنقولة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2004-2005، ص 56.

(6) هاني دويدار، "عقد الإيجار التمويلي للمنقولات في ظل القانون اللبناني"، *مجلة الدراسات القانونية*، العدد الأول 2005، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، ص 133.

(7) انظر نص المادة الأولى فقرة 2 أ، من اتفاقية أوتاوا لسنة 1988، حول عقد الاعتماد الاجباري الدولي للأصول المنقولة.

(8) نصّت المادة 11 من الاتفاقية على: " لا يمكن بموجب هذه الاتفاقية المساس بحقوق المستأجر التمويلي التي اكتسبها بموجب عقد التوريد، عن طريق تعديل أي من شروطه التي تفاوض عليها المستأجر التمويلي، إلا إذا وافق هو على هذا التعديل."

(9) جاء في المادة العاشرة فقرة 2 ما يلي:

" إنّ هذه المادة لا تمنح للمستأجر التمويلي الحق في فسخ أو إبطال عقد التوريد بدون موافقة المؤجر التمويلي."

(10) إنّ طلب فسخ عقد البيع من طرف المستأجر التمويلي يكون في حالة إخلال البائع بالتزاماته، أما طلب إبطال عقد البيع فيكون في حالة وجود عيب لحق رضا أطرافه، انظر:

MARTINEZ -BELLET Laurence, *La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris I- panthéon Sorbonne, Paris, 2000. p 195.

(11) فخري رياض، الآليات القانونية المميزة لعقد الإيجار التمويلي-دراسة تحليلية-رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، د س، ص 127.

(12) الاعتماد الاجباري اللاحق هو الذي سمّاه المشرع الجزائري عقد اللّيْزبانك، وهو العقد الذي يكون فيه الأصل المؤجر مملوكا للمستأجر التمويلي قبل إبرام العقد، فيقوم هذا الأخير بالتوجه إلى بنك ويبيعه ذلك الأصل ثمّ يستأجره منه بموجب عقد الاعتماد الاجباري.

(13) والتي جاء فيها: " يتمتع المستأجر بحق الانتفاع بالأصل المؤجر بمقتضى عقد اعتماد إيجاري ابتداء من تاريخ تسليم الأصل المؤجر من قبل المؤجر والمحدد في العقد."

(14) جاء في حكم محكمة أميان بتاريخ 25-2-1960 " أن الالتزام بالتسليم في أحسن حالة من الإصلاح والصيانة ليس من النظام العام، ويمكن خرقه باتفاق خاص...."، انظر: مسيردي سيد أحمد، مرجع سابق، ص 32.

(15) يظهر هذا التوكيل الصريح في كل عقود الاعتماد الايجاري التي تبرم في الجزائر والتي اطلعنا على أغلبها أبرزها العقد المحرر من طرف بنك البركة الجزائري ونايكسيس الجزائر.

(16) فخري رياض، مرجع سابق، ص 128.

(17) C.A. Paris 11-2-1983.GAZ.Pal 1983, p 281 note Bey.

(18) هي وكالة تبعية للوكالة الأصلية فمادام المؤجر التمويلي لم يتدخل في اختيار البائع ولم يتدخل في اختيار الأصول الإنتاجية، عن طريق توكيل المستأجر التمويلي للقيام بذلك، فإنه من المنطقي ألا يقوم هو بالتسليم عن طريق منح وكالة مرة أخرى للمستأجر التمويلي.

(19) عسالي عبد الكريم، عقد الاعتماد الايجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2015، ص 296.

(20) مسيردي سيد أحمد، العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوّن وتنفيذ عقد التأجير التمويلي-دراسة مقارنة-، داروائل للنشر، عمان، 2013، ص 34.

(21) هذا ما ورد في الفقرة الثانية من نموذج لعقد اعتماد الايجاري لأصول منقولة محرر من طرف بنك البركة الجزائري.

(22) فيلالى بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الايجاري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة جيلالي اليابس-سيدي بلعباس، 2002، ص 126.

(23) انظر نص المادة 488 من القانون المدني الجزائري.

(24) أورد المشرع الجزائري في المادة 38 من أمر رقم 09-96، الالتزامات التي تقع على عاتق المؤجر التمويلي باعتباره مالك للأصول المؤجرة، وهي تلك المنصوص عليها في القانون المدني.

(25) والتي استعمل فيها المشرع الجزائري عبارة ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

(26) Com 30 oct 1973, bull, civ, n° 303, 7 mai 1974.

(27) مسيردي سيد أحمد، مرجع سابق، ص 42.

(28) المادة 12 فقرة 5 من الاتفاقية.

(29) هذا ما نصت عليه المادة 9 من نموذج لعقد اعتماد ايجاري للمنقولات والمحرر من طرف بنك البركة الجزائري.

(30) الفقرة الخامسة من المادة 38.

(31) المادة الرابعة من نموذج لعقد اعتماد ايجاري للأصول المنقولة محرر من طرف بنك البركة الجزائري.

(32) عسالي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 307-308.

(33) بسام أحمد مسلم حمدان، التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق في عقد التأجير التمويلي، دارقنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 223.

(34) كالقانون المصري والقانون الأردني وكذا اتفاقية أوتاوا لسنة 1988 حول الاعتماد الايجاري الدولي للأصول المنقولة.

(35) بسام أحمد مسلم حمدان، مرجع سابق، ص 231.

(36) بموجب المادة العاشرة فقرة 1 من الاتفاقية.

(37) وهذا بموجب الفقرة الثانية من المادة العاشرة والتي جاء فيها: "إذا كان الاعتراف للمستأجر بالدعوى المباشرة تجاه المورد معناه أن يستعمل المستأجر حقوق المؤجر التمويلي إلا أن المستأجر لا يخوّل حق فسخ أو إبطال عقد التوريد دون موافقة المؤجر التمويلي."

(38) انظر نص المادة 17 من أمر رقم 09-96 يتعلق بالاعتماد الاجباري.

(39) نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري.

(40) مسيردي سيد احمد، مرجع سابق، ص 118.

(41) السهوري عبد الرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، الجزء الثاني، دار النشر للدامعات المصرية، القاهرة، 2011، ص 1086.

(42) نص المادة 140 من القانون المدني الجزائري.

(43) فيلاللي علي، الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض-موفم للنشر، الطبعة الثانية، 2007، ص 250.

تصرف الشريك في حصة مفرزة من المال الشائع في القانون المدني الجزائري *

Dr. ISSAAD Fatma
Département de Droit privé,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

د. اسعد فاطمة
قسم قانون الخاص،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

إنّ تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يثير إشكالات كثيرة في واقع الحياة العملية، خاصة إذا كان المشتري يعتقد أنّ البائع يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة لا شائعة، ثم يتضح له بعد إبرام العقد عدم ملكية المتصرف للشيء محل التصرف ملكية مفرزة. وقد يعتقد كل من المتصرف أو المتصرف إليه أنّ الحصة المتصرف فيها قد تقع في نصيبه بمقتضى القسمة ولكنها لم تقع، فيؤدي ذلك إلى عدم الاستقرار في المعاملات.

من هذا المنطلق تدخل المشرع الجزائري في المادة 714 ق.م.ج لوضع حكم خاص بتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة، ولكنه سكت عن حكمه قبل القسمة.

الكلمات المفتاحية:

ملكية شائعة، ملكية مفرزة، حكم التصرف في جزء مفرز قبل القسمة و حكمه بعد القسمة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/06/13 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/09/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

The acted of partner in the detachment share from the common property in the Algerian civil law

Abstract:

The acted of partner in the detachment share from the common property raises many questions in practical life , especially when the buyer was thinking that the seller has neither full ownership of the share or common , but it has then realizes in the contract that the seller is not the owner.

Each of the district administrator or the assignee was believed to have disposed of the stake may fall in its share under the division, but did not fall, it leads to instability in the transaction.

From this point the intervention of the Algerian legislator in Article 714 of the Algerian civil law to put a special provision adapted partner in the secreting part of common property after division, but he kept silent about the ruling by the division.

Key words:

Common property, divided property the situation of the co-owner before the dividing and after.

La copropriété á l'indivis d'une part divisée dans le code civil Algérien

Résumé:

La disposition du copropriétaire, à l'indivis, d'une part divisée poses de nombreuses questions pratiques, notamment lorsque l'acheteur pense, à tort, que le vendeur dispose de la plaine propriété de la part divisée (commune à tous les héritiers). Un tel cas, récurrent, conduit par conséquent à l'instabilité des transactions en la matière.

De ce fait, le législateur algérien à insérer une disposition spéciale, article 714 du code civil, adaptée à la disposition du copropriétaire à l'indivis dans la part divisée de la chose commune après la division, mais le texte reste muet quant à la disposition du copropriétaire avant de la division.

Mots clés:

Propriété commune, la propriété divisée, la disposition du copropriétaire avant la division, sa disposition après la division.

مقدمة

يثير تصرف الشريك في جزء من المال الشائع العديد من المشاكل في واقع الحياة العملية، خاصة إذا انصب التصرف على منقول لا يخضع لنظام التسجيل، وأن المتصرف إليه يعتقد بحسن نية أن المتصرف يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة، وليست شائعة، فيقدم وهو مطمئن النفس إلى ذلك، ثم يتضح بعد إبرام العقد أن المتصرف إليه لا يملك إلا حصة شائعة في مال مملوك على الشيوع.

قد يعتقد كل من المتصرف إليه والمتصرف، أنّ الحصة المتصرف فيها قد تقع في نصيب المتصرف، بمقتضى القسمة، ولكنها لم تقع، فيؤدي ذلك إلى عدم الاستقرار في المعاملات.

وما من شك أنّ هذا التصرف فيه اعتداء على حقوق باقي الشركاء، فهؤلاء أيضا يملكون فيما تصرف فيه شريكهم، فتصرف الشريك في حصة مفرزة يعتبر خروجاً عن الحدود المرسومة له، وهذا في الواقع ما أثار الخلاف حول حكم تصرف الشريك في حصته مفرزة.

من هذا المنطلق تدخل المشرع وأجاز لباقي الشركاء حق الاعتراض على هذا التصرف، للاعتراف بحقوقهم الشائعة في الجزء المتصرف فيه، ووضع حكماً خاصاً بتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع.

فما هو موقف الفقه والقضاء بشأن تصرف الشريك، وما هو الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف؟

ولبيان ذلك نقسم هذا الموضوع إلى مبحثين نتناول في الأول موقف الفقه والقضاء بشأن تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع (المبحث الأول) وفي الثاني إلى آثار هذا التصرف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن تصرف الشريك في جزء مفرز

ثار خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية لتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، مما جعل بالفقه ينقسم إلى عدة اتجاهات، وللتطرق لهذا الموضوع، ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول حكم تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة (المطلب الأول)، وفي الثاني إلى حكم تصرفه بعد القسمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز قبل القسمة

تعرض المشرع الجزائري للحالة التي يتصرف فيها المشتاع في جزء مفرز من المال الشائع في نص المادة 714 ف2 من التقنين المدني التي تطابقها المادة 826 ف2 من التقنين المدني المصري والمادة 1031 ف2 من القانون المدني الأردني، والتي تقضي بما يلي: "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند

القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أنّ المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

أما المشرع اللبناني منع التصرف في جزء مفرز أو في كل المال الشائع طبقاً لأحكام المادة 20 من تقنين الملكية العقارية التي تقضي بما يلي: "لا يجوز لأي شريك أياً كان في عقار شائع أن يستعمل حقوقه على كل العقار أو جزء معين منه بدون رضی سائر الشركاء الباقين".

لكن الفقه الإسلامي أوقف التصرف على إذن باقي الشركاء فيما تجاوز حصته إذا وقع الجزء المتصرف فيه بغير نصيبه، وإلا كان التصرف باطلاً. والعلة في عدم جواز تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع هي الضرر الذي يقع على الشركاء الآخرين عند القسمة⁽¹⁾.

إنّ المشرع الجزائري تعرض إلى حالة تصرف الشريك في جزء مفرز بعد القسمة ولكنه سكت عن حكم هذا التصرف قبلها، مما جعل الخلاف بين شراح القانون يشتدّ ويتولّد عنه اتجاهات مختلفة تناولها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنّ تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القسمة هو تصرف صحيح معلق على نتيجة القسمة، فإذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، اعتبر مالكا له منذ بدء الشروع طبقاً للأثر الرجعي طبقاً لنص المادة 730 من ق.م.ج التي تقضي: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشروع، وأنّه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى"، وبالتالي استقر نهائياً في حق المتصرف إليه، أما إذا وقع في نصيب شريك آخر غير المتصرف، فيتأكد صدوره من غير مالك، وعليه يكون للمتصرف إليه حق إبطاله، عكس ما إذا كان التصرف قبل القسمة حيث لا يكون كذلك، ويعني ذلك أنّه معلق على شرط واقف وهو وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، فإذا تحقق الشرط صح التصرف ونفذ بأثر رجعي، وإن لم يتحقق أصبح في حكم المعدوم⁽²⁾. لقد وجهت عدة انتقادات لهذا الرأي منها:

1. أنّ هذا الرأي يؤدي إلى تأخير مصير التصرف إلى غاية تمام القسمة، فيعني أنّ حق الملكية معلق على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمدها، وما تستلزمه من مصاريف كثيرة وجهودا شاقة، ليس من العدل تحميل المتصرف إليه بها⁽³⁾.
2. إنّ تشبيه هذا التصرف بالعقد المعلق على شرط واقف فيه مغالاة، ذلك أنّ الشرط الواقف يتم باتفاق الطرفين ويكون أثره رجعيا مبنيا على الاتفاق، ويترتب على تعليق العقد على الشرط ألا ينتج العقد أي أثر قبل تحقق الشرط. أما توقف مصير بيع الشريك على نتيجة القسمة، فليس نتيجة إرادة المتعاقدين بل لتقرير المشرع قاعدة اثر القسمة الكاشف⁽⁴⁾.
3. إنّ هذا الاتجاه لا يمنح للمتصرف إليه حق طلب إبطال التصرف للغلط⁽⁵⁾، وهو ما يتعارض مع ما قضت به المادة 714 ف 2 من ق.م.ج السابق ذكرها، كما أنّ هذا الرأي يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات المالية، وعليه، يخالف مقصود النظام القانوني المدني.

غير أنّ بعض أصحاب هذا الرأي يعتبرون أنّ التصرف يصبح كأن لم يكن، إذا تمت القسمة ولم يختص المتصرف بالجزء المتصرف فيه، ولا يكون قابلا للإبطال، متأثرين بما ساد آنذاك بفرنسا⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: تصرف صحيح نافذ كتصرف في حصة شائعة

يذهب هذا الاتجاه إلى أنّ تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع يعتبر تصرفا صحيحا صادرا من مالك فيما يعادل حصته، وذلك على أساس أنّ المتصرف إليه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه الذي لم تكن له إلا ملكية شائعة. لم يسلم هذا الرأي من عدة انتقادات ومنها:

1. إنّ هذا الرأي يغير من توجيه إرادة المتعاقدين إلى ما لم يقصدها، لا في الظاهر ولا في الباطن، لأنّ إرادة المتعاقدين اتجهت إلى جزء مفرز و لم تتجه إلى حصة الشريك الشائعة⁽⁷⁾.
2. يؤدي هذا الرأي إلى حلول المتصرف إليه محل المتصرف، مما يجعل منه متقاسما يختص بكل ما يتعلق بالقسمة، غير أنّ ذلك يتعارض مع أحكام المادة 714 التي تقضي

بانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل للمتصرف بمقتضى القسمة، وبذلك يجعل المتصرف هو المتقاسم وليس المتصرف إليه⁽⁸⁾.

3. يبدو أنّ هذا القول لا يستقيم و أحكام المادة 714 ف2 ق.م لأنه لا حاجة إذن لنص المادة، طالما أنّ تصرف الشريك في هذه الحالة يعدّ كأنّه تصرف في حصته الشائعة التي تعادل هذا الجزء المتصرف فيه.

الفرع الثالث: تصرف فيما يملك وفيما لا يملك

إنّ هذا الرأي يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى/إذا كان المتصرف إليه عالماً بالشيوع: في هذه الحالة، يعتبر التصرف صحيحاً فيما بين المتعاقدين في كل الجزء المفرز، ولكنه غير نافذ في حق باقي الشركاء، فلا يستطيع المشتري طلب إبطال البيع- مثلاً لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة في الجزء المفرز المبيع، لأنّ الشريك البائع قد باع ما يملك، ولأنّ المشتري لم يقع في غلط، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة في الجزء المفرز المبيع بدعوى أنّ البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير⁽⁹⁾.

الحالة الثانية/إذا كان المتصرف إليه جهل الشيوع: يكون المتصرف إليه قد وقع في غلط في صفة جوهرية من صفات المتصرف، ومن ثم له حق طلب إبطال التصرف على أساس الغلط في القواعد العامة، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها. لقد انتقد هذا الرأي:

– إنّ هذا الرأي يخالف حقيقة الملكية الشائعة التي ترد على كل المال الشائع المتصرف فيه⁽¹⁰⁾.

– إنّ فكرة، أنّ الشريك بتصرفه في جزء مفرز يكون قد تصرف فيما يملك وفيما لا يملك، هي نفس الفكرة التي انطلق منها الشراح في الاتجاه السابق وسبق انتقادها.

– إنّ القول بأنّ المشتري قد يكون اشترى الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة لا يتفق مع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، إذ أنّ هذه الإرادة قد اتجهت إلى التصرف في جزء مفرز معين بالذات. فهذا الرأي يحمل بين طياته الاتجاه الأول المنتقد.

الفرع الرابع: تصرف صحيح نافذ بين طرفيه، وغير نافذ في مواجهة الشركاء

يرى هذا الاتجاه أنّ الشريك المتصرف يكون متصرفا فيما يملك، فيكون تصرفه صحيحا نافذا في العلاقة بينه وبين المتصرف إليه، فيما يكون غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء⁽¹¹⁾، لأنّه يمس بحقوقهم الشائعة في هذا الجزء، ويكون التصرف قابلا للإبطال على أساس الغلط، إذا كان المتصرف إليه غير عالم بالشيوع.

وقد أكدّ المشرع هذا الحكم بتقريره بمقتضى الفقرة الأخيرة التي وردت في ذيل نص المادة 714 ف 2، المترتبة على ذلك، من منع المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف، على أساس صدوره من غير مالك، وقصر حقه في طلب الإبطال على حالة ما إذا كانت إرادته قد شأها عيب الغلط في طبيعة ملكية المتصرف.

وعليه، يكون المتصرف قبل القسمة مالكا، أو صاحبا لحق، ولكن يكون غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء. كما يرى هذا الاتجاه أنّ نص القانون في إعطاء المتصرف إليه حق طلب الإبطال على أساس الغلط هو نص مطلق يشمل حكمه قبل القسمة وبعدها، مما يستبعد الاحتمال القائم على إبطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك.

– إنّ هذا الأمر كان مقصودا من طرف المشرع لإبراز أنّ حق المتصرف إليه في طلب الإبطال يقوم على أساس الغلط، ونفي كل حق له في طلب الإبطال على أساس صدوره من غير مالك.

– إنّ في إعمال فكرة الحلول العيني، لو تمت القسمة واختص المتصرف بغير الجزء المفرز نفي قاطع لاعتبار التصرف صادرا من غير مالك بعد القسمة، فيكون نفي له من باب أولى أثناء الشيوع وقبل وقوع القسمة. غير أنّه تم انتقاد هذا الرأي:

1. هذا الرأي غير سليم لأنّ الشريك في الشيوع لا يمكنه أن يعطي غيره ملكية مفرزة ما دام لا يملك إلا ملكية شائعة حتى في العلاقة بينه وبين المتصرف.

2. هذا الرأي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، حيث يجعل الشخص مالكا في مواجهة البعض، وغير ذلك في مواجهة البعض الآخر.

نظرا لكل هذه الصعوبات، نعتقد أنه للقضاء عليها يكون من الأصوب القول بوقف هذا التصرف على إجازة باقي الشركاء لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأنه قول سديد ناجع، كونه يغني من جهة، المشتري من رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط أو على أساس بيع ملك الغير، ومن جهة أخرى، يغني باقي الشركاء من المطالبة بأخذ الحصة المباعة بالشفعة إذا كانت عقارا أو استردادها إذا كانت منقولا. بالإضافة أن فكرة الوقف تهدف إلى حماية الشركاء من تصرف شريكهم الذي يضرهم.

المطلب الثاني: حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بعد القسمة

يتبين من نص المادة 714 ف2 ق م ج من أنه إذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع فإما أن يقع هذا الجزء بعد القسمة في نصيب المتصرف أو لا يقع. لذلك، نتناول حالة وقوع الجزء المتصرف فيه بعد القسمة في نصيب المتصرف و حالة وقوعه في غير نصيب المتصرف (الفرع الأول)، ثم نعرض الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف أو في نصيب غيره

قد يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، وقد يقع في نصيب شريك آخر بعد القسمة، لذلك نتطرق أولا إلى حالة وقوع الجزء المفرز في نصيب المتصرف، وثانيا إلى حالة وقوع الجزء المفرز في نصيب غيره.

1- حالة وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف: إن حكم هذه الحالة واضح، بحيث يستمر التصرف صحيحا ويستقر نهائيا، كما لا يهيم إن كان المتصرف إليه عالما بالشيوع أو جاهلا له⁽¹²⁾.

ومنه، لا يحق للمتصرف إليه طلب الإبطال إذا كان جاهلا لعملية الشيوع، لأن الهدف المقصود من ذلك قد تحقق، وبالتالي لا يجوز له أن يتمسك بالإبطال وفقا لأحكام المادة 85 ق.م.ج. المقابلة للمادة 124 ق.م.م والتي تقضي بما يلي: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية". وتخلص ملكية الجزء المفرز للمشتري بالتسجيل بعد أن وقعت في نصيب المتصرف، وهذا بفضل الأثر الكاشف للقسمة، كما أن مبدأ حسن النية واستقرار المعاملات يقتضي ذلك⁽¹³⁾.

2- حالة وقوع الجزء المتصرف فيه في غير نصيب المتصرف: يتضح من المادة 714 ف 2، أنّ تصرف الشريك يكون صحيح ونافذ في حق باقي الشركاء لانتفاء الضرر عنهم، أما بالنسبة إلى المتصرف إليه فيفرق بين حالة علمه بالشيوع و حالة جهله له.

أ- حالة جهل المتصرف إليه بالشيوع: يكون للمتصرف إليه حق إبطال التصرف على أساس الغلط الناتج عن جهله للشيوع، فوقوعه في الغلط يمنحه الحق في طلب الإبطال، إذ أنّ الحصة المفرزة المتصرف فيها لا تتوفر في الحصة التي رجعت له بعد القسمة، وبذلك هذا الجهل يعتبر عيباً من عيوب الإرادة يؤدي إلى إبطال التصرف.

ب- حالة علم المتصرف إليه بالشيوع: إذا كان المتصرف إليه عالم بالشيوع، فلا يحق له طلب الإبطال، وسبب ذلك أنّ المتصرف إليه وهو عالم بالشيوع يكون قد ارتضى مسبقاً بالنتيجة التي تترتب بعد القسمة، وبالتالي تنتقل ملكية هذا الجزء المفرز إلى المتصرف إليه بعد التسجيل، ويحل هذا الجزء محل الجزء المتصرف فيه بالحلول العيني⁽¹⁴⁾.

نخلص، أنّ الفقه القانوني أجاز مثل هذا التصرف ولكن بشروط وضوابط تحكمه ولا تضر بحقوق ومصالح باقي الشركاء، مما يعني أنّ التشريع القانوني أراد أن يخفف من النتائج السيئة التي تترتب على عدم جواز مثل هذا التصرف.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف

اشتهد الخلاف بين الفقهاء حول الأساس القانوني لانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي يقع في نصيب المتصرف، فنعرض لكل اتجاه على حدى:

1/الاتجاه الأول: أساس الانتقال هو وحدة المحل: ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأنّ هذا الانتقال يؤسس على وحدة المحل، لأنّ المشتاع قد تصرف فيما يملك، وهذا الذي يملكه قد يكون هو الذي تعين عند التصرف وقد يكون هو الذي تعين عند القسمة، فحقه قائم على هذا الجزء على حد سواء⁽¹⁵⁾.

2/الاتجاه الثاني: أساس الانتقال هو مجرد نقل التزام: يرى هذا الاتجاه أنّه إذا تمت القسمة، ووقع في نصيب المتصرف جزء آخر غير المتصرف فيه، فيكون التصرف صادر من غير مالك، ومنه، لا يكون للمتصرف إليه حق ملكية، وإنّما مجرد حق شخصي⁽¹⁶⁾.

ولقد نص المشرع في المادة 714 ف2 على انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف فهو يقضي بانتقال حق دائم لم يتأثر بالقسمة، ومن ثم يكون المشرع قد خرج عن حكم القواعد العامة، وذلك بتنفيذ التزام المتصرف بنقل الملكية من الوقت الذي نشأ فيه هذا الالتزام على مال آخر، هو المال الذي أصبح بمقتضى القسمة، أنّ المتصرف كان مالكا له وقت نشوء الالتزام.

و من ثم، فإنّه يرى من الأفضل استبعاد الحلول العيني، وكفي أن يقال بأنّ الالتزام ينفذ على غير محله الذي يرد عليه ابتداء⁽¹⁷⁾، غير أنّه تم انتقاد هذا الاتجاه من الجوانب الآتية:

- إنّ هذا الاتجاه يستند إلى الأثر الرجعي للقسمة رغم ما يقوم عليه من افتراض مخالف للواقع، حيث أنه وجد فقط من أجل حماية المتقاسمين، في حين لا يوجد أي خطر عليهم في حالة تصرف الشريك في جزء مفرز.

- إنّ مسايرة فكرة هذا الاتجاه يقتضي تمكين المتصرف إليه من طلب إبطال التصرف على أساس صدوره من غير مالك، سواء علم بالشيوع أم لم يعلم به، وهو ما يتعارض مع أحكام المادة 714 ف2 التي تقضي بحقه في طلب الإبطال إلا في حالة جهله للشيوع. إنّ إصدار هذا الأمر لمثل هذا المتصرف إليه وحده، دليل على تمسك المشرع بتأسيس إبطال التصرف على عيب من عيوب الرضا هو الغلط، وليس على أساس ما ظهر بالقسمة، ونتيجة أثرها الرجعي من صفة المالك لدى المتصرف⁽¹⁸⁾.

3/الاتجاه الثالث: أساس الانتقال هو الحلول العيني: يرى البعض من الفقهاء أنّ أساس الانتقال هو فكرة الحلول العيني⁽¹⁹⁾، إذ نص المشرع على ذلك في المادة 714 ف2 ق.م. و طبق فكرة الحلول العيني بوجه خاص على الرهن الرسمي في المادة 890 ق م ج التي تقضي: "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي الشأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء

ولا بامتياز المتقاسمين»، المقابلة لنص المادة 1039 ف2 ق.م.م، التي تواجه الفرض الذي يكون فيه المتصرف مالكا على الشيوع لعد عقارات، ولكن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم بشأن مجال أعمال هذه القاعدة:

- يرى البعض منهم⁽²⁰⁾ أنّ مسألة الحلول العيني تعدّ استثناء من القاعدة وليس تطبيقا لحكم للنظرية العامة للحلول العيني، لأنّه ليس هناك تخصيص للجزء الذي تم التصرف فيه، كما لا يوجد له نظام قانوني خاص يتميز به. أنّ المشرع وضع مبدأ عاما مقتضاه انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وطبق المبدأ بصورة خاصة في حالة الرهن الرسمي وهو ما قضت به المادة 890 ق.م.ج. وبذلك يكون المشرع قد حدّد الإجراءات التي يجب إتباعها لانتقال حق الدائن المرتهن إلى ما يقع في نصيب الراهن، ولا يمكن تطبيق هذه الإجراءات على جميع التصرفات الأخرى.

- ذهب البعض منهم إلى القول بأنّه من الممكن تطبيق الإجراءات الواردة في المادة السابقة على جميع التصرفات بطريق القياس. فإذا كان التصرف بيعا انتقل حق المشتري إلى قدر من الجزء الذي وقع في نصيب البائع يعادل قيمة الجزء الذي وقع عليه التصرف ابتداء. فيجب على المشتري أن يطلب من القاضي بأمر على عريضة تخصيص هذا القدر، خاصة إذا كان ما وقع في نصيب البائع أكثر من الجزء الذي انصب عليه التصرف أصلا، ثم يقوم بتسجيل هذا الأمر خلال تسعين (90) يوما كما هو وارد في المادة 890 ق.م.ج، أما إذا كان ما وقع في نصيب البائع أقل من الجزء الذي انصب عليه التصرف ابتداء، فمن حق المشتري أن يطلب الفسخ أو رد جزء مما دفعه⁽²¹⁾.

- ذهب اتجاه آخر إلى وجود قصور في نص المادة 714 ف2، ومن ثم يجب تنظيمها تنظيما حاسما لكل شك يتفق مع كل حالات التصرف غير الرهن الرسمي، ولا يصح القياس على نص المادة 890 م.ج، لأنّ القياس في مسائل الإجراءات غير مقبول، ولكن ليس هناك ما يحول دون خضوع الرهن الحيازي لحكم نص المادة السابقة.

إنّ الأخذ بنظرية الحلول العيني على إطلاقها يؤدي إلى صعوبات كبيرة⁽²²⁾

تتمثل فيما يلي:

- إنَّ الحلول العيني لا يحوي في طياته قوة الإلزام التي بمقتضاها يلتزم أطراف التصرف بالنتيجة المترتبة على القسمة. ويتضح ذلك في صورتين:

- عندما يقع في نصيب المتصرف جزء أقل مما وقع عليه ابتداء، فالأخذ بالحلول العيني في مثل هذه الحالة لا يلزم المتصرف إليه، لأنَّ من حقه طلب الفسخ أو رد جزء مما دفعه.

- وإذا وقع في نصيب المتصرف جزء أكبر مما انصب عليه التصرف ابتداء، فهو ليس بملزم أن يمنح المتصرف إليه منافع هذا الشيء كله، فمن حقه أن يطلب من المتصرف إليه أن يدفع إليه مبلغاً من المال يساوي هذه الزيادة.

- أما في حالة تعادل بين ما وقع عليه التصرف ابتداء وما انتهت إليه القسمة، فإنَّ هذا نتيجة طبيعية للقسمة، وانتقال حق المتصرف إليه يتم وفقاً لما تم الاتفاق عليه مسبقاً.

وعلى كل ذلك، لا يمكن الأخذ بنظرية الحلول العيني على إطلاقها بل يجب أن يراعى ظروف كل حالة على حده. كما أنَّ الحكمة من أعمال الحلول العيني في المادة السابقة، أي في الرهن الرسمي، هي الحصول على المقابل النقدي وليس الحصول على الشيء في حد ذاته كما هو مطلوب، مثلاً المشتري الذي قد يهدف من شراء الشيء تحقيق هدف معين ربما لا يتحقق لو وقع نصيب البائع في غير هذا الشيء.

أما الفقه الإسلامي لا يجيز تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، وذلك لأنَّ هذا التصرف يمس حقوق باقي الشركاء، وفيه ضرر عليهم طبقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁽²³⁾

أما الفقه القانوني، من جواز هذا التصرف، أراد أن يخفف من النتائج السيئة المترتبة على عدم جواز ذلك، من وضع الضوابط التي تحكمه وتتفق مع حقوق باقي الشركاء.

المبحث الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع

لقد رأينا في المبحث الأول، أنَّ هذا التصرف يعدّ صحيحاً فيما بين المتصرف و المتصرف إليه، ولكنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء لأنَّ لهم من الحقوق مثل ما للمتصرف، ولذلك، في هذا المبحث نعرض للآثار والضمانات التي

يمنحها تصرف الشريك في جزء مفرز بالنسبة لطرفيه (المطلب الأول)، ثم بالنسبة للشركاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز بالنسبة لطرفيه

تتمثل هذه الآثار في حق المتصرف في طلب إبطال التصرف على أساس الغلط، في عدم صلاحية التصرف لاعتباره سببا صحيحا للملك، في ترتيب التصرف آثاره الكاملة بين طرفيه فقط، ثم أخيرا عدم حلول المتصرف إليه شريكا على الشيوع، التي نجمها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف على أساس الغلط

لقد اختلف شراح القانون حول ثبوت حق المتصرف إليه في طلب إبطال التصرف، فممنهم من رفض ذلك أصلا، و ممنهم من ذهب إلى الإقرار به على أساس التصرف في ملك الغير، واختلفوا حول ثبوته قبل القسمة أو بعدها، و ممنهم من قصر حق طلب الإبطال على أساس الغلط فقط⁽²⁴⁾.

إنّ الغرض من المشرع بنص المادة 714 ف2 في حق المتصرف إليه في طلب الإبطال على أساس الغلط الناتج عن جهله بحالة الشيوع، هو التأكيد على أنّ حق المتصرف إليه يكون على أساس الغلط فقط، ويستبعد بذلك الرأي الذي يؤسس الإبطال على التصرف في ملك الغير، و على ذلك لا يجوز للمتصرف إليه العالم بالشيوع من سبيل لطلب الإبطال لانتفاء عيب الغلط، لأنّه كان على بينة من أمره⁽²⁵⁾.

إنّ هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات ومنها:

1. إنّ حكم المادة 714 ف2 جاء مطلقا، فيجب إطلاقه على الفترتين قبل القسمة وبعدها، غير أنّه كان بعض الشراح من يقصر حق الإبطال على فترة ما بعد القسمة فقط، أما قبله فيكون قابلا للإبطال على أساس التصرف في ملك الغير⁽²⁶⁾.

2. إنّ أحكام التصرف في ملك الغير، تسوي بين حالة العلم والجهل بأنّ المتصرف مالك، أم غير مالك، وقررت للمتصرف إليه حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين، حتى بعد وقوع القسمة إذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب متقاسم آخر، إلا أنّ المشرع قضى بعكس ذلك، مما يثبت سريان هذا النص بعد القسمة⁽²⁷⁾.

3. إنَّ السريان مع المنطق يقتضي أنَّ التصرف يجب أن يكون قابلاً للإبطال ليعيب يشوبه عند انعقاده، وليس بعده، ولا يتصور أن تقلب القسمة العقد الصحيح عقدا قابلاً للإبطال.

الفرع الثاني: عدم صلاحية التصرف لاعتباره سببا صحيحا للملك

عرفت المادة 728 ف2 ق م ج المقابلة للمادة 969 ف3 ق.م.م السند الصحيح بما يلي: "و السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم، ويجب إظهار السند". كما عرفه بعض الفقهاء بأنّه: "ذلك التصرف الصادر من غير صاحب الحق، والذي من شأنه نقل الحق كما لو أنّه كان صادرا من صاحبه"⁽²⁸⁾.

انطلاقاً من هذا التعريف، فالسبب الصحيح يقتضي أن يكون التصرف صادرا من غير مالك، فيكسب المتصرف إليه حسن النية ملكية هذا الجزء أو الحق العيني المترتب عليه بمقتضى الحياة أو التقادم القصير على حسب الأحوال، كما لو كان صادرا أصلا من صاحب الحق ذاته، ولما كان تصرف الشريك في جزء مفرز، يعد تصرفا صادرا من مالك، فذلك يحول دون اعتبار هذا التصرف سببا صحيحا، يصلح لاكتساب المتصرف إليه حسن النية ملكية الجزء محل التصرف بمضي خمس سنوات من حيازته، وذلك سواء قبل القسمة أو بعدها، لثبوت صحة التصرف في الحالتين.

يؤخذ على هذا الرأي، الخلط بين تصرف صادر من أحد الشركاء على الشيوع قبل القسمة، وهو صادر من مالك لا يصلح اعتباره سببا صحيحا، ويستمر كذلك إلى ما بعدها، وبين تصرف صادر من أحد المتقاسمين بعد القسمة، فيكون صادرا من غير مالك، ويصلح أثر ذلك سببا صحيحا للملك⁽²⁹⁾.

الفرع الثالث: ترتيب التصرف أثاره بين طرفيه على الجزء المفرز محل التصرف

إنَّ تصرف الشريك في جزء مفرز يرتب أثاره فيما بين الطرفين على الجزء المفرز المتصرف فيه قبل القسمة، وليس على الحصة الشائعة التي تعادله، وتأسيسا على ذلك:

1. يرتب التصرف أثاره بين طرفيه وليس في مواجهة الشركاء الذين لا يجوز للمتصرف إليه الاحتجاج عليهم بملكية الجزء المفرز المتصرف فيه. غير أنه انتقد هذا الرأي لأنه من جهة يجعل التصرف ينقل الملكية بين طرفيه، ولا تنقل في مواجهة باقي الشركاء⁽³⁰⁾.
2. تنصب هذه الآثار على الجزء المفرز المتصرف فيه: إن صحة التصرف تجعله يرتب أثاره على الجزء المفرز المتصرف فيه، وانتقال الحق إلى المتصرف إليه، مما يترتب عليه عدم اعتباره شريكا مع باقي الشركاء⁽³¹⁾.

غير أن بعض الشراح يرون العكس، ذلك على اعتبار أن صحة التصرف تعني مجرد تملك المتصرف إليه لحصة شائعة تعادل القدر المفرز المتصرف فيه، ومنه تنصب آثار التصرف، فيحل المتصرف إليه شريكا على الشيوع، وذلك بدعوى أن المشتري لا يكون له حقوق أكثر من سلفه الذي لا يملك إلا حصة شائعة⁽³²⁾.

وردّ على هذا الرأي، أن هذا القول لا يستقيم وغرض المشرع من نص المادة 714 ف2 لأنه لا حاجة إذن لنص هذه المادة، طالما أنه إذا تصرف الشريك في جزء مفرز يعدّ كأنه تصرف في حصته الشائعة، التي تعادل هذا الجزء المتصرف فيه.

الفرع الرابع: عدم حلول المتصرف إليه شريكا على الشيوع

إذا كان تصرف الشريك في الجزء المفرز تصرفا صحيحا بين طرفيه لصدوره من مالك، وغير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء، فإن الآثار المترتبة عنه تبقى بين طرفيه فقط ولا تنتقل في مواجهة الشركاء، وبذلك لا يحل المتصرف إليه شريكا معهم. ويترتب على ذلك:

1. ليس للمتصرف إليه مشاركة الشركاء في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه: إن صوت المتصرف إليه لا يعتدّ به في حساب الأغلبية اللازمة للتصرف فيه، ولا في إدارته، وإنما يبقى ذلك لحق المتصرف كونه لم يفقد صفة الشريك على الشيوع، ويكون هذا المنع فقط بصفته شريكا مالكا، غير أنه يجوز له المشاركة في ذلك بصفة أخرى كوكيل عن المتصرف .

2. عدم تمتع المتصرف إليه بحق طلب القسمة أو الاختصام في الدعوى: إن المتصرف إليه لا يجوز له المشاركة في القسمة ولا طلب إجرائها، ولا يتدخل في الدعوى بصفة متقاسما .

3. عدم تمتع المتصرف إليه بحق ممارسة رخصة الشفعة والاسترداد: إذا تم بيع حصة شائعة من أحد الشركاء، فلا يثبت له حق ممارسة رخصة الشفعة ولا الاسترداد⁽³³⁾.

وعليه، إنّ أثر تصرف الشريك في جزء مفرز في مواجهة باقي الشركاء لا ينفذ في حقهم إلا أنّهم يملكون حق إقرار هذا التصرف وبالتالي يكون نافذا في حقهم، خاصة إذا كان الإقرار بمثابة القسمة واعتبار الجزء المتصرف فيه هو نصيب المتصرف⁽³⁴⁾.

المطلب الثاني: آثار تصرف الشريك في جزء مفرز بالنسبة للشركاء

إنّ دراسة هذه الآثار تقتضي التطرق لها قبل القسمة وبعدها، والسبب في ذلك، أنّه قبل القسمة يمس التصرف حقوق الشركاء، أما بعدها فلا يمس إلا حقوق المتقاسم. لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق إلى تلك الآثار بالنسبة للشركاء قبل القسمة (الفرع الأول)، ثم إلى بعد القسمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار التصرف بالنسبة للشركاء قبل القسمة

إذا كان الفقهاء متفقون في الأصل على عدم نفاذ التصرف في جزء مفرز في مواجهة الشركاء، فإنّهم اختلفوا في ترتيب بعض الآثار القانونية على هذا التصرف وهو ما نتناوله في الآتي:

1/ عدم تمتع الشركاء بحق طلب إبطال التصرف: إنّ التصرف في جزء مفرز يكون صحيحا قابلا للإبطال على أساس الغلط، فيكون هذا الحق لطرفيه فقط، أما باقي الشركاء فلهم حق رفع دعوى عدم نفاذ التصرف فيما يتعلق بحصصهم الشائعة لاعتبارهم ملاكاً لها⁽³⁵⁾.

2/ حق باقي الشركاء في رفع دعوى الاستحقاق: لما كان الحق للشركاء في الاعتراض على التصرف لتعلقه بحصصهم الشائعة فيه، فمنحهم القانون حق رفع دعوى الاستحقاق ضد كل من المتصرف والمتصرف إليه، حتى يكون هذا الأخير على علم بما سيقع بعد إجراء القسمة، وعاد هذا الجزء إلى أحد الشركاء بعد القسمة.

إنّ هذا القول يتفق مع المنطق و مع التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع، وينسجم مع أحكام عدم النفاذ⁽³⁶⁾، وأحكام المادة 714 ق.م.، غير أنّه تم انتقاد هذا الرأي:

- إنَّ حق الاستحقاق يثبت للشركاء في حقوقهم الشائعة، وليس لاستحقاق جزء مفرز، لأنَّ الإفراز لم يتم بعد.

- إنَّ أصحاب هذا الرأي جاء لما يروونه من أنَّ بيع المتصرف للجزء المفرز يكون بيعاً لما يملك في شأن حصته في هذا الجزء، وفيما لا يملك في شأن حصص الشركاء الباقين، وما يتفق مع هذا الرأي هو أنَّ منع الشركاء من رفع دعوى الاستحقاق يكون قاصراً على ما يعادل حصة الشريك البائع في الجزء المفرز، وليس فيما يوازي حصص الباقي من الشركاء، ومنه جعل هذا الرأي المنع مطلقاً يناقض الفكرة المنطلق منها⁽³⁷⁾.

- يعتبر أنصار هذا الرأي أنَّ التصرف في جزء مفرز سبباً لكسب الملكية، في حين لا يجوز للشركاء حق الاستحقاق، وهو ما يضرهم، فهم يمنحون المتصرف إليه حق التملك إذا توفرت الحيابة أو التقادم، في حين يمنعون الشركاء من تأكيد حقوقهم على العقار، وهذا يتعارض مع قصد المشرع من حماية الشركاء من تصرفات بعضهم البعض أثناء الشيوخ.

3/عدم تمتع الشركاء بحق استرداد الجزء المفرز المتصرف فيه : اختلف الفقهاء حول ثبوت حق الاسترداد للمتصرف إليه، رغم صراحة المادة 721 ف1 ق.م.ج التي تقضي بما يلي: "لشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول، أو العقار يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه"، وانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى هذا الفريق أنَّ الشركاء يثبت لهم حق الاسترداد، ما دام يمنع عليهم طلب إبطال التصرف، وبرروا رأيهم على أنَّ الاسترداد لا يكون للحصول على جزء مادي معين من المال الشائع، وإثماً من أجل الاعتراف لهم بحقوقهم شائعاً، فاستبعد الرأي هذا، لأنَّ المادة حددت صراحة أنَّ البيع يجب أن يتم على حصة شائعة، وليس على حصة مفرزة⁽³⁸⁾.

الرأي الثاني: يرى عدم ثبوت حق الاسترداد للشركاء، لأنه لا يكون التصرف إلا لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين⁽³⁹⁾، ولذلك لا يمكن القول بعكس ما جاءت به أحكام المادة 721 ق.م.ج.

4/مدى تمتع الشركاء بحق ممارسة رخصة الشفعة: لقد اشتد الخلاف بين الفقهاء حول مدى تمتع الشركاء بحق المطالبة بممارسة رخصة الشفعة، إذا بيع جزءا مفرزا، وأن المادة 795 م.ج.م.ج. المقابلة للمادة 926 م.م.تقضي بأنه: <<...للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.....>> لما ورد فيها لفظ "جزء" وهو عام، قد ينصرف إلى حصة شائعة أو إلى جزء مفرز، وانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: في حالة بيع المتصرف لجزء مفرز، يجوز للشركاء حق ممارسة رخصة الشفعة لأن هذا البيع لا يحتج به على باقي الشركاء كونه وارد على حصة شائعة. و استدلو على ذلك بأحكام المادة 795 ق.م.م.ج. المقابلة للمادة 926 ق.م.م.م. معتبرين لفظ "جزء" يشمل المفرز والشائع، كما استدلو بأحكام محكمة النقض المصرية للطعن رقم 784 سنة 47 قضائية، جلسة 1980/05/01؛ الطعن رقم 2588 سنة 56 قضائية، جلسة 1991/05/23؛ الطعن رقم 923 سنة 59 قضائية، جلسة 1994/01/19⁽⁴⁰⁾.

انتقد هذا الرأي، لأن الحكمة من تقرير رخصة الشفعة هو منع الأجنبي من الشركاء من الدخول معهم حتى يزيد في عدد الشركاء.

الرأي الثاني: لا يجوز للشركاء ممارسة رخصة الشفعة، لأن التصرف كان على جزء مفرز وليس على حصة شائعة، والمادة تقصد الحصة الشائعة وليس الجزء المفرز⁽⁴¹⁾.

انتقد هذا الرأي على أساس أنه يؤدي إلى التحايل على أحكام القانون، إذ يلجأ إلى طريق الغش والتدليس لبيعها مفرزة حتى يحرمهم منها، الأمر المنافي للعقل والقانون. رد على هذا الرأي بما يلي:

- إنّ المشروع أقر الشفعة لحكمة محددة، إلا بطريقة استثنائية، فإذا انتفت، انتفى معها مبرر الاستثناء وطبق الأصل وهو حرية التعاقد، ومنه كان قيذا بدون مبرر.

- ولاعتبار هذا التصرف غير نافذ في حق الشركاء، فإنّ المشروع كفل لهم هذه الحماية.

5/حق الشركاء في إقرار التصرف: طبقا لأحكام المادة 729 ق.م.ج. المقابلة للمادة 832 ق.م.م.ج. يجوز لباقي الشركاء إقرار التصرف في جزء مفرز، إما بإجماعهم على ذلك، أو

بإجماع غالبيتهم التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع تحسب ضمنها حصة الشريك المتصرف، فيكون ذلك قبولاً منهم، فيسري آثار هذا التصرف في حقهم وينفذ في مواجهتهم⁽⁴²⁾.

6/عدم تمتع الشركاء بحق طرد المتصرف إليه من الجزء المتصرف فيه: إذا كان المتصرف إليه حسن النية ويظن أنّ الجزء المتصرف فيه مملوك له فقط، ثم حاز هذا الجزء، فله قانوناً طبقاً لنص المادة 828 ق.م.ج أن يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية وبالتقدم القصير إذا كان الجزء المفرز عقاراً أو أشهر المتصرف إليه سند التصرف⁽⁴³⁾.

الفرع الثاني: آثار التصرف في حصة مفرزة بعد القسمة

لا تثار أية مشكلة، إذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف، إذ يستقر التصرف نهائياً، ويصبح المتصرف إليه مالكا منذ التصرف إعمالاً للأثر الكاشف للقسمة، وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة، فإنّ حقه في طلب الإبطال يسقط في هذه الحالة لتعارض التمسك به مع مقتضيات حسن النية⁽⁴⁴⁾، طبقاً لأحكام المادة 85 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية..."

أما إذا انتهت القسمة ورجع الجزء المفرز إلى شريك آخر، فإنّه تترتب النتائج الآتية:

1/يخلص الجزء المتصرف فيه للمتقاسم المختص به دون تأثر بالتصرف: ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف، فيحل هذا الجزء الأخير محل الجزء المتصرف فيه حلولاً عينياً⁽⁴⁵⁾، ويعتبر التصرف كأنّه ورد عليه منذ إبرامه، ويخلص هذا الجزء المتصرف فيه لمن اختص به بالقسمة مطهراً، ويكون لهذا الأخير الحق في استلامه من تحت يد المشتري، مما ينفي اعتبار المتقاسم خلفاً لأي من شركائه.

2/حق المتقاسم بالجزء المفرز المتصرف فيه في رفع دعوى الاستحقاق: إذا وقع الجزء المتصرف فيه لغير المتصرف، يكون لباقي الشركاء وخاصة الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز حق رفع دعوى الاستحقاق لاسترداداه من المتصرف، أو المتصرف

إليه. كما لا يجوز لهذا الأخير الاعتراض، لأنّ هذا التصرف غير نافذ في حقه -الشريك الأخر- وليس من حقهم كذلك الاعتراض عن طريق التقادم القصير لأنّ التصرف لا يعتبر أصلا سببا صحيحا لكسب الملكية⁽⁴⁶⁾.

خاتمة

بعد استعراض حالة التصرف في جزء مفرز من المال الشائع وما يستتبعه من آثار مترتبة عليه، نكون قد وصلنا إلى أهم نتائج هذا البحث، والتي نجملها في النقاط الآتية:

1- إنّ الاشتراك في المال قد يؤدي غالبا إلى نزاع، نظرا لاختلاف وجهة نظر الشركاء في استغلال المال المشترك. إنّ سلطة المتصرف في جزء مفرز من المال الشائع مقيدة بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء ذلك يحول دون نفاذ تصرف الشريك في حق باقي الشركاء، مما يعني أنّ المتصرف يستحيل عليه نقل ملكية الشيء محل التصرف إلى المتصرف إليه.

2- إنّ المشرع قيّد حرية الشريك في التصرف في جزء مفرز من المال الشائع بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، فكان على المشرع أن يضع الضوابط التي تحكم مثل هذه التصرفات حفاظا على أموال المتصرف إليه من جهة وكذلك باقي الشركاء من جهة أخرى، وحفاظا أيضا على الاستقرار في التعامل.

3- إنّ المشرع اكتفى من أجل قبول دعوى الإبطال، جهل المتصرف إليه، بعدم ملكية المتصرف للشيء محل التصرف ملكية مفرزة، فقد ألقى على عاتق المتصرف إليه التزاما ببذل عناية الرجل العادي، بالتحري وفحص المستندات، بحيث إذا أخل بهذا الالتزام فلا يكون له الحق في طلب الإبطال، وهو ما يستفاد بمفهوم المخالفة لعبارة ".....وللمتصرف إليه إذا كان يجهل..."، ولا يكون أمامه في هذه الحالة سوى الانتظار إلى حين وقوع القسمة.

4- إذا وقعت القسمة، فقد تؤول ملكية الجزء المفرز، إلى المتقاسم المتصرف الذي يجب أن يقوم بنقل ملكية الشيء إلى المتصرف إليه، فإذا امتنع كان للمتصرف إليه الحق في طلب فسخ العقد عملا بأحكام المادة 119 ف2 ق م التي تنص على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره

المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

قد تؤول إلى المتصرف إليه غير الجزء المتصرف فيه، فينتقل حق هذا الأخير إلى هذا الجزء من وقت التصرف وليس من تاريخ إبرام عقد القسمة عملاً بأحكام المادة 714 ف2.

كما قد يختص المتصرف بمقتضى القسمة بمبلغ من المال، وتؤول ملكية الجزء المتصرف فيه إلى متقاسم آخر، وكون أن للقسمة أثراً رجعياً، فيكون التصرف في هذه الحالة قد ورد على ملك الغير، غير أن المشرع لم يعالج مثل هذه الحالة، مما يعني عدم وجود غطاء قانوني لهذا الفرض. فيستطيع المتصرف إليه طلب الحكم بالإبطال على أساس أحكام التصرف في ملك الغير عملاً بنص المادة 397 م.ج .

إنّ هذه المادة لم تشر إلى تقييد الحق في طلب الإبطال بواقعة الجهل بعدم ملكية المتصرف للعين محل التصرف. وإذا حكم بالإبطال تم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فيكون للمشتري حق طلب استرداد الثمن الذي دفعه، ولكن لا يجوز له طلب الحكم بالتعويض عملاً بالمادة 399 ق م ج التي تنص: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقضي حكم وكان المشتري يجهل أنّ البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

5- إنّ المشرع هدف من وضع أحكام المادة 714 إلى توفير حماية للشركاء على الشيوع، من خلال إلزام المتصرف من فحص المستندات قبل إبرام العقد، وحرمانه من حق طلب الإبطال والتعويض منه إذا أخل بهذا التزام أثناء قيام حالة الشيوع.

غير أنّه من الناحية العملية، تبدو هذه الحالة عديمة الجدوى لأن حكم المادة 714 ق.م ف1 الخاص بعدم نفاذ التصرف في حق باقي الشركاء يتعطل متى كان المتصرف إليه حسن النية، بحيث يمكن له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وبذلك تنتقل إليه ملكية الشيء المتصرف فيه عن طريق الحيازة بمعزل عن التصرف القانوني.

ويكون الرأي الراجح عندنا، هو القول بوقف تصرف الشريك في حصته المفترزة على إجازة باقي الشركاء طبقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية، لأنّه

قول ناجع، كونه يغني من جهة أولى المشتري من رفع دعوى الإبطال على أساس الغلط أو على أساس بيع ملك الغير، ومن جهة ثانية يغني باقي الشركاء من المطالبة بأخذ الحصة المباعة بالشفعة إذا كانت عقارا أو باستردادها إذا كانت منقولا. بالإضافة أيضا أنّ فكرة الوقف تهدف إلى حماية الشركاء من تصرف شريكهم الذي يضرهم.

الهوامش:

- (1) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، ج2، معهد البحوث والدراسات العربية، 1969، ص73؛ حاشية رد المختار، ج4/302: العقود الدرية، ج1/232؛ جمال خليل النشار، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص 173.
- (2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الجديد، ج7، ط3، دار الكتب القانونية، لبنان، 1995، ص747؛ توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، 1993، ص210.
- (3) ناصيف الياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عقد البيع، البيوع الخاصة، ج9، المجلد الثاني، ص 138.
- (4) حسن كيرة، "تصرف الشريك في جزء مفززة من الشيء الشائع"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية السنة الثانية عشر (1962-1963)، العدد الأول، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1964، ص3.
- (5) عبد المنعم فرج الصدة، "الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1978، ص 179؛ مخازني فايظة، تصرف الشريك في المال الشائع، دراسة مقارنة - مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، 2004-2005، ص89.
- (6) بعض الشراح في فرنسا يتمسكون بهذا الرأي، ومنهم: Aynes Laurent, Malaurie Philippe « Droit Civil (Les Contrats Spéciaux, Cujas, PARIS, 1986, p107.
- (7) منصور مصطفى منصور، "تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل متقاسم من تصرفات غيره"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة العدد الأول، مطبعة جامعة عين شمس، 1964، ص 196.
- (8) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 30.
- (9) عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص873.
- (10) مصطفى محمد جمال، "نظام الملكية"، منشأة المعارف، دون سنة النشر، ص 138.
- (11) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، بيروت، 2003، ص 138؛ مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، ص137؛ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، مكتبة الثقافة للنشر، مصر، 2002، ص 128.
- (12) محمد حسين منصور، "الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، وأسباب كسبها" دار الجامعة الجديدة، 2003. - عقد البيع"، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص114؛ عبد المنعم البدرابي، "الحقوق العينية

- الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها" الطبعة الثالثة، مطبعة الكيلاني، 1968، ص 175؛ الياس نصيف، المرجع السابق، ص 137.
- (13) رمضان أبو السعود، " الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها" دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 100؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 189-190.
- (14) حسن كيرة، "الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 342-341؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 190.
- (15) شفيق شحاتة، النظرية العامة للحق العيني، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1951، ص 165.
- (16) منصور مصطفى منصور، "نظرية الحلول العيني و تطبيقاتها في القانون المصري"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1953، ص 170؛ إسماعيل غانم، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية، 1921، ص 171.
- (17) نواف مغيظ عبد الله المطيري، " التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، 2006، ص 224؛ جمال خليل النشار، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 191.
- (18) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 201؛ حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 66.
- (19) عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع و المقايضة، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، فقرة 168؛ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 157؛ سليمان مرقس، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، 1959، ص 81-78؛ أحمد سلامة، التأمينات العينية، الرهن الرسمي، 1963، ص 162.
- (20) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 171؛ جمال النشار، المرجع السابق، ص 192؛ حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 71؛ نواف مغيظ المطيري، المرجع السابق، ص 193.
- (21) عبد الرزاق احمد السهوري، حق الملكية، ج 8، ص 877؛ منصور مصطفى، حق الملكية، ص 175.
- (22) عبد المنعم البدراوي، حق الملكية، المطبعة العربية الحديثة، سنة 1973، ص 160؛ جمال النشار، المرجع السابق، ص 193؛ نواف مغيظ المطيري، المرجع السابق، ص 228؛ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 69-70.
- (23) علي الخفيف، الملكية في الشريعة، المرجع السابق، ص 74.
- (24) سبق التعرض لمناقشة هذه الآراء عند دراسة حكم هذا التصرف في المطلب الأول من المبحث الأول.
- (25) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 26.
- (26) عبد المنعم فرج الصدة، "الحقوق العينية الأصلية والتبعية، حق الملكية فيها وقضاء"، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2000، ص 181-182.
- (27) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 187؛ نواف مغيظ المطيري، المرجع السابق، ص 186.
- (28) حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 28.
- (29) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 187، يرى أنّ أنصار هذا الاتجاه يستندون إلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية نقض مدني، في حكمها الصادر بتاريخ 1942/04/23 حيث جاء فيه: ((إذا باع المشتاع جزءا مفززا محددًا في الملك الشائع فبيعه يصلح لأن يكون سببا صحيحا يمتلك به المشتري ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر لديه حسن النية)).
- (30) منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، 1975، ص 195؛ حسن كيرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 28.

- (31) أكدته محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها: الطعن رقم 1448 سنة 47 قضائية، جلسة 10/03/1981، تناولوه سعيد أحمد شعله، " قضاء النقض المدني في العقود" الجزء الأول، دار الفكر العربي، 2000، ص 802.
- (32) محكمة النقض المصرية في قرارها: طعن رقم 494 سنة قضائية، جلسة 02/12/1962، أنور سلطان، " العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 379.
- (33) عبد الرزاق احمد السهوري، المرجع السابق، ص 874؛ نبيل سعد، المرجع السابق، ص 142.
- (34) جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 203 جاء فيها: ((إنَّ من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع اذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشتاع منه إلا بسنده وفي حدوده أي باعتباره مالكا ملكية مفرزة، ومن ثم فإنَّه لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا و كل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضي ذلك أنّ من تلقى حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا.. ومن تكون دعواه بالشفعة على أساس أنه شريك على الشيوع في العقار المبيع متعينة الرض))
- (35) رمضان جمال كامل، "أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء معلقا عليها بأحدث أحكام محكمة النقض" الطبعة الخامسة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، دون سنة النشر، ص 51.
- (36) عبد الرزاق احمد السهوري، ج 8، المرجع السابق، ص 874؛ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 178.
- (37) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 201-202، جمال مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 142-143؛ حسن كبرة، المرجع السابق، ص 35-36.
- (38) عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 464.
- (39) عبد الرزاق أحمد السهوري، ج 8، المرجع السابق، ص 550: (..الذي لا يجيز التصرف المفرز كالتصرف في حصة شائعة).
- (40) سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 797-802.
- (41) عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنها، ج 9، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 550.
- (42) رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 57-58.
- (43) عبد الناصر توفيق العطار " شرح أحكام حق الملكية"، البستاني للطباعة، القاهرة، 1990، ص 124-125.
- (44) محمد حسن قاسم، مجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2006، ص 141.
- (45) عبد الرزاق احمد السهوري، ج 8، المرجع السابق، ص 876؛ منصور مصطفى، نظرية الحلول، المرجع السابق، ص 19.
- (46) 46- حسن كبرة، تصرف الشريك، المرجع السابق، ص 73؛ جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 204.

قراءة في أثر التعديلات الدستورية الجزائرية على الحقوق والحريات*

Dr. BEN SAID Sabrina
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Batna 1.

د. بن سعيد صبرينة
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة باتنة 1.

الملخص:

كثيرة هي التعديلات الدستورية التي مرت على التاريخ الدستوري الجزائري الفتي، وكثيرة هي الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذه الدساتير، سواء أكانت دساتير الأحادية أم دساتير التعددية الحزبية، فعلى إثر التعديل الأخير 2016 أصبح الدستور الجزائري يحتوي على أكثر من أربعين مادة تتعلق بهذا الموضوع.

لكن بين الواقع والنص هناك فجوة عميقة، وكأنّ هذه التعديلات كانت إما بإرادة وأفكار ومناهج وسمات رئيس الدولة حتى برز إلى السطح ما يسمى بـ"شخصنة الدساتير"، أو كانت نتيجة لأزمات مرّ بها النظام و أُريد بالتعديل تجميل الواجهة ليس إلا.

وبين كثرة هذه التعديلات وكثرة الحقوق والحريات المنصوص عليها بالصيغ الرئانة، نجد أنّ الأحكام الدستورية الأخرى تقيّد هذه الحقوق بشكل واسع، مع غياب واضح للآليات القانونية التي تُحمى بها هذه الحقوق.

الكلمات المفتاحية:

شخصنة الدساتير، أزمة الحقوق والحريات، التعديلات الدستورية، المستويات الدستورية للحريات.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/05/19 وتمّ تحكيّمه بتاريخ 2016/09/20 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Reading in The effect of the Algerian constitutional amendments on the rights and freedoms

Abstract :

There are many constitutional amendments that have passed on the modern Algerian constitutional history, and many are the rights and freedoms was provision in these constitutions, either the constitutions of unilateralism or the constitutions of multi-party politics, for after the last amendment in 2016 became the Algerian Constitution contains more than forty article on this subject.

But between reality and the text there is a deep gap, as if these amendments were either the will, ideas and methods and attributes of the head of state even emerged to the surface what is called "the personalistic of constitutions," or was a result of the crises experienced in the system, and I want the amendment Beauty facade nothing else.

Among the large number of these amendments and the many rights and freedoms set forth resonant formats, we find that the other constitutional provisions restrict these rights broadly, with the absence of a clear legal mechanisms that protect their rights.

Key words:

Personalistic constitutions, the rights and freedoms crisis, constitutional amendments, constitutional levels freedoms.

Lecture à propos de l'impact des amendements constitutionnels sur les droits et libertés

Résumé :

Plus de 40 articles constitutionnels sont aujourd'hui dédiés au sujet des droits et libertés. Cependant, un fossé large sépare entre texte et réalité. De tels amendements sont soit, le fruit de pensées et méthodes personnelles du Président de le République ou le résultat de crises du système voulant orner la face. Face à la consécration expresse des droits et libertés, plusieurs textes constitutionnels en constituent des limitent. L'absence de mécanismes juridiques protégeant ces droits en est une parfait illustration.

Mots clés :

constitutions, droits et libertés, libertés constitutionnelles, crise constitutionnelle.

مقدمة

إنّ الدارس لمواضيع القانون الدستوري يجد نفسه أمام صراع أزلي دائم لحد الساعة قائم، ونستطيع تجسيده حتى في الدساتير الحالية، إنّه ذلك الصراع الكائن بين السلطة والحرية، صراع سالت لأجله الدماء وجفت عليه أقلام الفلاسفة والكتاب والقانونيين منذ عهد أفلاطون وأرسطو مروراً بجون لوك ومونتيسكيو، وغيرهم كثيرون ممن حاولوا إضفاء وإيجاد بعض النظريات والأفكار، استقى منها رواد الثورات

الأوروبية والأمريكية، فجاءت العديد من إعلانات الحقوق والإعلانات الدستورية التي أكدت على أنّ المرء يتمتع بحقوق تثبت له بمجرد إنسانيته، وبالتالي بإقرارها في الدساتير لا يعني أنّها منحة منحها الحاكم لشعبه.

هذا وتنوع الحقوق والحريات تبعا لتنوع الحياة في حد ذاتها، فهناك الحقوق السياسية وهناك الحقوق الاجتماعية وهناك الحقوق الاقتصادية وغيرها كثير، هذه الحقوق التي احتلت مكانة بارزة في دساتير الجزائر، سواء أكانت الدساتير الاشتراكية أم الدساتير ذات الاقتصاد الحر.

وهنا تظهر الإشكالية الرئيسية لهذا المقال: حيث نجد أنّه كلما كانت تعديلات جديدة كلما زادت الفجوة أكثر بين الشعب والسلطة، على الرغم من أنّ هذا الأخير هو مصدر السلطات، وهو سبب التغيير والتعديل الحاصل عن طريق الأزمات التي عاشها، فما مدى التوافق الحاصل بين هذه التعديلات والضمانات الدستورية لحقوق الإنسان؟ ومن هذه الإشكالية تتفرع الأسئلة التالية: فهل مجرد وضع هذه الحقوق والحريات في الدساتير الجزائرية، معناه أنّها مضمونة لا يجوز المساس بها أم يجب إضفاء بعض الضمانات عليها؟ وهل التعديلات المتكررة للدساتير الجزائرية كانت لصالح الحقوق والحريات أم إنّ هذه الحقوق والحريات كانت عبارة واجهة فقط لنظام يتقن جيدا الالتفاف حول المبادئ؟

إنّ هذه الأسئلة وغيرها نحاول الإجابة عنها في هذا المقال، عبر تحليل العلاقة القائمة بين المجتمع الجزائري وحرياته ودستوره، متبعين بذلك المنهج التحليلي الوصفي للوصول إلى هذا الهدف، وذلك عبر العناصر التالية:

أولا: الحقوق والحريات في دساتير الجزائر

ثانيا: التعديلات الدستورية بين الشخصية والأزمات

ثالثا: أزمة الحقوق والحريات في دساتير الجزائر

أولا/الحقوق والحريات في دساتير الجزائر: تعددت الحقوق والحريات واختلفت باختلاف إيديولوجية وتوجه الدولة الجزائرية منذ الاستقلال، فالحقوق التي نصت عليها الدساتير ذات التوجه الاشتراكي ليست بنفس الأفكار الموجودة في الدساتير ذات التوجه الليبرالي، وهذا ما سنؤكدده في النقاط التالية:

1/الحقوق والحريات في دساتير الأحادية الحزبية: كان أولى هذه الدساتير دستور 1963 الذي لم يعمر طويلا بسبب الصراع الشديد الذي كان آنذاك حول السلطة من جهة، ومن جهة ثانية الصراع الحدودي بين المغرب والجزائر مما سرّع بعملية إيقاف العمل بهذا الدستور⁽¹⁾.

وقد احتوت المواد من 12-21 العديد من الحقوق والحريات وعلى رأسها مبدأ المساواة بين الجنسين، كما أكدت على حرمة المسكن وسرية المراسلات، ووضعت المادة 15 أهم الضمانات القانونية للإجراءات الجزائية، كما أضافت المواد 16-17-18 بعض الحقوق الاجتماعية كالحق في الحياة اللائقة والتوزيع العادل للدخل القومي، وحق الأسرة في حماية الدولة والتأكيد على إجبارية التعليم.

كما تضمنت المادتين 19 و20 بعض الحقوق السياسية والجماعية، كالحق النقابي والحق في الإضراب وضمن حرية الصحافة والرأي وحرية تكوين الجمعيات وحرية الاجتماع.

أما دستور 1976 فقد جاء الفصل الرابع منه، والموسوم بعنوان "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن" بالعديد من النصوص الدستورية التي نصت على حقوق الإنسان والمواطن، وكأته أراد بهذا العنوان التفرقة بين حقوق الإنسان من جهة والمواطن من جهة أخرى، كما يلاحظ في هذا المجال أنّ الجزائر اختارت في بداياتها إرجاء بعض الحريات السياسية إلى حين وضع البنى التحتية للدول، لهذا السبب ضيق نطاقها مقارنة مع الدستور اللاحق، بحيث قيّد المؤسس الدستوري في سنة 1976 ممارسة الحقوق والحريات السياسية بالقانون وبأحكام أخرى، ومن بين المبادئ التي أكد عليها هذا الدستور:

أ- مبدأ المساواة: يعتبر هذا المبدأ الهدف الأول وراء جميع الثورات التي عرفها العالم، ويعتبر المبدأ الذي تستند عليه باقي الحقوق والحريات، ولهذا يقال أنّ المساواة أساس الملك، وقد نصت المواد 39 و40 و41 على هذا المبدأ فكل المواطنين متساوين في الحقوق والحريات، ويلغى كل تمييز قائم على أحكام مسبقة تتعلق بالجنس أو العرق، كما تكفل الدولة المساواة لكل المواطنين، وذلك بإزالة العقبات ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي التي تحدّ في الواقع من المساواة بين المواطنين، وتعوق ازدهار

الإنسان وتحول دون المشاركة الفعلية لكل المواطنين في التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي، وإقرار هذا المبدأ فإنه يتم التأكيد على:

- المساواة في ممارسة الحقوق السياسية⁽²⁾؛

- المساواة في تقلد وظائف الدولة دون شروط ما عدا الشروط المتعلقة بالاستحقاق والأهلية⁽³⁾؛

- المساواة أمام القضاء .

هذا وبعد أن أكد على مبدأ المساواة بين المواطنين بغض النظر عن الجنس، وقبل أن يتم السرد لباقي الحقوق والحريات خص دستور 76 عبر المادة 42 المرأة الجزائرية، مؤكداً على أن الدستور يضمن كل الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة الجزائرية، ولهذا جاءت المادة على سبيل التخصيص.

ب- الحقوق والحريات الخاصة بفكر الإنسان: هذه الحقوق يغلب عليها الطابع الفكري والعقلي للإنسان، وتضم حرية العبادة والعقيدة وحرية الرأي والتعبير والاجتماع، وكذلك حق إنشاء الجمعيات والانخراط فيها، كما نص على حرية الابتكار الفني والفكري والعلمي وأن حقوق التأليف محمية بالقانون⁽⁴⁾.

ت- الحقوق الاقتصادية: وتشمل الحق في العمل ويتفرع عن هذا الحق حق تكوين النقابات والحق في الإضراب، ويعتبر الحق في العمل وفقاً للمادة 24 شرطاً أساسياً لتنمية البلاد، وهو المصدر الذي يضمن به المواطن وسائل عيشه، ويحكمه المبدأ الاشتراكي القائل "كل حسب مقدرته ولكل حسب عمله"، وتخضع الأجور للمبدأ القائل "التساوي في العمل يستلزم التساوي في الأجر"، وتحدد طبقاً لنوعية العمل المنجز فعلاً ولحجمه، ويمكن أن يتم التشجيع على العمل والإنتاجية بواسطة حوافز معنوية وبنظام ملائم قائم على الترغيب سواء على المستوى الجماعي أو الفردي، كما تضمن الدولة أثناء العمل الحق في الحماية والأمن والوقاية الصحي⁽⁵⁾.

ث- الحقوق الاجتماعية والثقافية: وهي مجموعة الحقوق التي تضمن كرامة الإنسان، وتشمل الحق في الصحة والراحة وجعل هذا الحق مضموناً عن طريق توفير الخدمات الصحية العامة والمجانية، وتوسيع مجال الطب الوقائي والتحسين الدائم لظروف العيش والعمل، وكذلك عن طريق ترقية التربية البدنية والرياضية ووسائل الترفيه، والحق في الرعاية الاجتماعية للأسرة واعتبر هذه الأخيرة الخلية الأساسية للمجتمع وتحظى بحماية الدولة والمجتمع وتحمي الدولة الأمومة والطفولة والشبيبة والشيوخة بواسطة سياسة ومؤسسات ملائمة، كما أكد على أنّ ظروف معيشة المواطنين الذين لم يبلغوا بعد سن العمل، والذين لا يستطيعون القيام به والذين عجزوا نهائياً تكفله الدولة⁽⁶⁾.

أما عن الحق في التعليم، فقد جاءت المادة 66 لتؤكد أنّ لكل مواطن الحق في التعليم والتعليم مجاني، وهو إجباري بالنسبة لمدة المدرسة الأساسية في إطار الشروط المحددة بالقانون، وتضمن الدولة التطبيق المتساوي لحق التعلم وتسهر على أن تكون أبواب التعليم والتكوين المهني والثقافة مفتوحة بالتساوي أمام الجميع.

وعند الانتهاء من سرد قائمة الحقوق والحريات، جاءت المادة 71 لتؤكد على أنّ القانون يعاقب على جميع المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل مساس بالسلامة البدنية أو المعنوية للإنسان، كما أكد على أنه من واجب الدولة مساعدة المواطن من أجل الدفاع عن حرياته وحصانه ذاته، وهذا الواجب هو في حد ذاته ضمانة دستورية لهذه الحقوق والحريات، شرط أن لا يكون هناك مساس بالدستور أو بالمصالح للمجموعة الوطنية أو بوحدة الشعب والتراب الوطني أو الأمن الداخلي والخارجي للدولة أو بالثورة الاشتراكية، وقد كانت هذه المبادئ هي التي تحكم المجتمع آنذاك.

وبهذا نجد أنّ دستور 1976 جاء بمجموعة لا بأس بها من الحقوق والحريات الأساسية للمواطن وللإنسان، لكن ببعدها الاشتراكي.

2/الحقوق والحريات في دساتير التعددية الحزبية: باعتبار أنّ دستور 1976 جاء بالعديد من الحقوق والحريات تم سردها للتو، فإننا في هذا المقام نحاول مقارنة هذه الحقوق والحريات مع دساتير الأحادية على النحو الآتي:

- أ- حرية الفكر والوجدان والمعتقد: جاءت المادة 36 بالصياغة نفسها التي وردت في المادة 53 من دستور 1976 مع إضافة عبارة حرمة لإعطاء قيمة أكبر لكرامة الإنسان وذلك بقولها: " لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي ".
- ب- حرية التعبير والاجتماع: إذا كان المؤسس الدستوري قد ضيَّق نطاقهما في دستور 1976، فإنَّ الدستور الحالي اكتفى بالتنصيص على أنَّ حرية التعبير والاجتماع مضمونة للمواطن في مادته 41.
- ج- حرية تكوين الجمعيات: وضعت المادة 56 من دستور 1976 حكماً عاماً بقولها: " حرية إنشاء الجمعيات معترف بها وتمارس في إطار القانون "، أما بالنسبة لحرية إنشاء الجمعيات السياسية؛ فإنَّ المسألة محسومة في هذا الدستور إذ تؤكد المادة 94 منه وما يليها على مبدأ الحزب الواحد، أما الدستور الحالي فقد نص صراحة على أنَّ الحق في إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون حسب المادة 42، في حين أنَّ دستور 1989 قد استعمل عبارة الجمعيات ذات الطابع السياسي بدلا من الأحزاب السياسية في المادة 40، والدستور الحالي أكد وأضاف القيود المحددة في دستور 1989.
- أما بالنسبة لتكوين نقابات؛ فإنَّ الدستور ذا التوجه الاشتراكي (1976) لم يمنع إنشاءها، لكن جعلها قابلة للإسقاط، أما الدستور الحالي فإنَّ الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين بمقتضى المادة 56، كما اعترف أيضاً بالحق في الإضراب في كل القطاعات العام والخاص على حد سواء، واعتبر أنَّ ممارسة هذا الحق، يجب أن تكون وفقاً للقانون الذي يقيد أو يمنع ممارسته إذا مس بـ: " ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع " حسب نص المادة 57 من الدستور الحالي.
- د- حق كل فرد في المشاركة في الشؤون العامة لبلده: تنص كل الدساتير الجزائرية على أنَّ السيادة الوطنية ملك للشعب حسب نص المادة 5 من دستور 1976 ونص المادة 6 المشتركة بين دستوري 1989 و 1996، ولكن اختلفت صور ممارسة هذه السيادة حسب التوجه السياسي والاقتصادي لكل دستور.

هـ- إقرار مبدأ المساواة في المشاركة في إدارة الشؤون العامة للبلاد: عبّرت المادة 51 من الدستور الحالي على نفس الفكرة التي جاءت بها المادة 44 من دستور 1976 لكن بأكثر بساطة وذلك بقولها: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أي شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون". ولقد خص التعديل الدستوري للعام 2008 بمادة تخص المشاركة السياسية للمرأة في مادتها 31 مكرر تجسيدا لمبدأ المساواة الإيجابية بقولها: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة". يحدد قانون عضوي كيفية تطبيق هذه المادة".

و- الحق في الترشح والحق في التصويت: نصت كل الدساتير الجزائرية على أنه لكل مواطن تتوافر فيه الشروط القانونية الحق في أن ينتخب وينتخب، في المادة 58 من دستور 1976، المادة 50 من دستور 1996 التي تحمل رقم 47 في دستور 1989 بينما المادة 13 من دستور 1963 اكتفت بالنص على الحق للتصويت دون الترشح.

ز- الحق في العمل: إذا كان الحق في العمل منصوص عليه بالتفصيل وفي العديد من المواد في دساتير الأحادية فإن الدساتير التي تعتمد على الاقتصاد الحر؛ فقد خصت الحق في العمل بمادة واحدة؛ وهي المادة 55 من دستور 1989 والمادة 52 من دستور 1996.

ثانيا/ التعديلات الدستورية بين الشخصية والأزمات: يقول أحد الآباء المؤسسين للولايات المتحدة الأمريكية جورج ماديسون «... في وضعنا لنظام نرغب في أن يستمر لأجيال، لكن علينا أن لا نغفل التغييرات والتعديلات التي ستحدثها الأجيال...» وفي هذا دلالة قاطعة على حتمية التغييرات والتعديلات الدستورية، فالشيء المؤكد أنه لا يوجد دستور جامد على إطلاقه، وإن كان فإنه لن يطبق ويلغى عن طريق ما يسمى بالأعراف المعدلة، وأيا كان موقف الفقه اتجاهها إلا أنها تخفف من الجمودية⁽⁷⁾.

والدساتير الجزائرية ليست بمنأى عن هذا الكلام، فالمتطلع للتجربة الدستورية الجزائرية يجد أنّ الجزائر مرت عليها دستورين إيديولوجيين هما: دستور 76 و89 والكثير من التعديلات 1979، 1988، 1996، 2008 وأخيرا 2016.

فهل هذه التعديلات أكدت على مبدأ احترام الحقوق والحريات أم عملت على تكريس الديكتاتورية نتيجة للظروف والأسباب التي أدت إلى تعديلها، ذلك أن المتطلع يجد نفسه دائما أمام فرضيتين: إما التعديل جاء نتيجة أزمات مر بها النظام أو كان نتيجة فرض كاريزمة خاصة للشخصيات التي تمثله، وهذا ما سوف نؤكدده الآن:

1- شخصنة الدساتير: تمثل هذه الظاهرة أخطر إصابة للدستور لأنها تصيب استقراره وديمومته كما تصيب سموه وعلوه، وعبارة شخصنة الدساتير هي حديثة النشأة، فقد استعملت لأول مرة من طرف الفقهاء الفرنسيين بمناسبة تعليقهم على دستور 1958 - والذي يسمى بالدستور الديغولي- وهي تعني أن الدستور قد جاء نتيجة لأفكار ومناهج وسمات رئيس الدولة، مما تؤدي إلى تقوية السلطة التنفيذية على سائر السلطات الأخرى هذه السلطة التي تكون مفصلة على مقاسه⁽⁸⁾.

وعليه، وحتى وإن كان مشروع تعديل الدستور من صنع هيئات أخرى لكنه تظهر عليه بصمات واضحة لرئيس الدولة، تحمل معها هالة معنوية نجدها في روح الدستور نفسه، ونجسدها بمظاهر السيادة والسلطة والقيادة والنفوذ، هذه المعاني المبلورة في الدستور⁽⁹⁾.

إن هذه المظاهر حظيت بصدى واسع في الوقت الحاضر خاصة في دساتير الدولة النامية، حيث نجد في كل مرة رجل قوي يأخذ النظام بقبضة واحدة، ثم يرتبه على مزاجه وسماته قبل أن يوجهه بإرادته المنفردة نحو الأهداف التي يراها ملائمة، أو بالأحرى الأهداف التي تضمن مستقبله السياسي، وما يجسد هذا الكلام الدساتير الجزائرية، فكلما كان دستورا جديدا كلما كان هناك تعديل جديد، ولهذا يعلق الكثيرون بعبارة "رئيس جديد معناه دستور جديد".

دستور 63 يعتبره البعض من الفقه الجزائري بأنه تجسيدا للرئيس الراحل " أحمد بن بلة"، الذي كان يسعى لبناء دولة قوية عبر تقوية السلطة التنفيذية، حيث قرر لنفسه سلطة التشريع بالأوامر، مما أدى إلى إحداث تغييرات عميقة على النظام والمؤسسات بغية تضيق الخناق على خصومه سواء التابعين للجيش من الداخل أو الحكومة المؤقتة، ورغم هذا فإن هذا الدستور لم يعيش طويلا وتم وقف العمل به.

أما دستور 76 فقد صُمم على مقاس الرئيس الراحل " هواري بومدين " الذي كانت تجمع فيه صفات الزعامة والقيادة والقوة، فهو الذي يجسد القوة السياسية للحزب والدولة، وهو الذي يتولى القيادة لجميع القوات المسلحة ويتولى مسؤولية الدفاع....
و بهذه المظاهر تتجلى شخصية هذا الرئيس الذي أراد تحصين النظام وتقويته إقتداء بالزعماء الشيوعيون أمثال ستالين و موسيليني .

أما بالنسبة لدستور 1996 والذي وُضع بمبادرة من الرئيس اليمين زروال، فمنذ تولي الرئيس عبد العزيز بوتفليقة الحكم ذكر في عدة مناسبات بأنّ هذا الدستور لا يروق له، وفي ذلك تلميح واضح لرغبته في مراجعة هذه الوثيقة على الرغم من أنّ دستور 1996 يشهد بعض التراجع عن بعض المبادئ الدستورية التي كانت في دستور 1989، وقد تكرر هذا أكثر في التعديل الذي كان سنة 2008، هذا التعديل الدستوري الذي اعتبره الكثير من فقهاء الفقه الدستوري أنّه أسوأ تعديل دستوري مرّ على تاريخ الجزائر.

وما يقال عن هذا التعديل يقال على التعديل الأخير الذي نُشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 07 مارس 2016، وهنا يكمن التساؤل: لماذا تم التغييب الكلي للشعب أثناء جميع مراحل هذا التعديل، أليس بهذا يجسد حقا فكرة شخصنة الدساتير، والغريب في الأمر أنّ من كان يدافع عن فكرة فتح العهود الرئاسية، هم نفس الأشخاص الذين دافعوا عن تحديد العهود الرئاسية، ومن كان في يوم من الأيام ضد فكرة ترسيم اللغة الأمازيغية هو الآن من يدافع عن هذه الفكرة كذلك.

فلأول مرة في تاريخ الجزائر الدستوري القصير -وربما في جميع الدساتير العالمية- نشهد تعديلات متتالية في عهدة رئاسية واحدة، فبعد التعديل الدستوري الذي كان سنة 2008 كان تعديلا لاحقا وفي عهدة رئاسية نفسها 2016، ومن كل هذا نستشف أنّ هذه الدساتير أصبحت خاضعة لإرادة بعض الرجال الذين يصوغونها عند وصولهم للسلطة، وهذا ما يؤثر سلبا على المبادئ الدستورية، وهذه الظاهرة تمتاز بها دولة الجزائر بصورة واضحة للعيان ولا نجد مثل هذه الظواهر في الدول المتقدمة، حيث أنّ دساتيرها لا تعرف هذه الديناميكية والحركية⁽¹⁰⁾.

2- دور الأزمات في إنشاء الدساتير الجزائرية: سبق وأن قلنا بأنّ للجزائر دستورين إيديولوجيين دستور 1976 ودستور 1989 والباقي هي تعديلات لهاذين الدستورين، ومن هذا المنطلق وحسب النظرية العامة للدساتير فإنّ أساليب نهاية الدساتير تتمثل في أسلوبين الأسلوب الثوري والأسلوب الانقلابي، وهذا ما تجسد تماما في التاريخ الدستوري الجزائري حيث كان دستور 1976 نتيجة الانقلاب العسكري على حكم أحمد بن بلة بقيادة هواري بومدين الذي كان وزيرا للدفاع في فترة أحمد بن بلة، أما الأسلوب الثاني فتمثل في ثورة 5 أكتوبر 1988 والتي تشهد ولحد اليوم الرواسب الدستورية لهذه الثورة، ولهذا سوف نعطيها حقهما من الشرح:

فقد شهدت الجزائر في سنوات الثمانينات العديد من مظاهر الاحتقان الشعبي والغليان الاجتماعي بسبب تدهور الوضع الاقتصادي وانخفاض سعر البترول وتدهور القوة الشرائية للمواطنين، نتجت عن كل هذا مظاهرات عبر التراب الوطني أعلن على إثرها الحصار بتاريخ 06 أكتوبر 1988، نتج عنه تعديل الدستور وذلك من خلال استفتاء 03 نوفمبر 1988، ولكن هذا الإجراء لم يكن قادرا على تهدئة الرأي العام، لأنّه لم يمس مباشرة الأزمة الاقتصادية وهو ما جعل القطاع العام عرضة للحرق والتخريب من قبل المتظاهرين، الأمر الذي سارع في تبديل الدستور 1976 بدستور 1989 والانتقال من الأحادية الحزبية إلى عهد التعددية الحزبية ومن النظام الاقتصادي الاشتراكي القائم على الملكية العامة لوسائل الإنتاج إلى النظام الاقتصادي الحر، وما ساعد على هذا التحول الجذري الظروف الدولية التي كانت آنذاك كانهيار الاتحاد السوفيتي ونهاية الحرب الباردة بين المعسكرين من جهة، ورغبة الجزائر في الانضمام إلى الهيئات الاقتصادية الدولية " البنك الدولي " و "صندوق النقد الدولي" بغية الحصول على المساعدات المادية على إثر الأزمة الاقتصادية الخانقة التي مرت بها في تلك الفترة، وكما هو معلوم فإنّ هذا الانضمام لا يقبل إلا إذا أقرت الدولة مبدأ خصوصية القطاع العام والعمل على ترقية الديمقراطية والحفاظ على حقوق الإنسان⁽¹¹⁾.

وعليه فقد كانت ثورة 1988 سببا في نهاية دستور 1976 وإنشاء دستور جديد هو دستور 1989، هذا الأخير الذي حمل في طياته أزمة أخرى سرعت بتعديله وإحكامه من طرف السلطة الحاكمة.

حيث نجد أنّ الدستور من أهم المبادئ التي جاء بها مبدأ التعددية الحزبية، وبالتالي حرية إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي، ومواكبة لهذا فقد جرت الانتخابات التشريعية في دورتها الأولى في ديسمبر 1995 وقد أسفرت هذه الانتخابات عن فوز الجبهة الإسلامية للإنقاذ.

هذه النتائج لم ترض السلطة الحاكمة، والدليل على ذلك التصريح الذي أدلى به رئيس الحكومة آنذاك في ساعة متأخرة من ليلة 04 جانفي 1992 بقوله "أنّ الانتخابات غير نزيهة" وكان لهذا التصريح بداية الأزمة، خصوصا بعد الاستقالة الرئاسية التي كانت في 11 جانفي 1992 وثبوت الشغور النهائي لمنصب الرئاسة والذي تزامن مع الشغور التشريعي⁽¹²⁾.

وهنا تدخل الجيش بغية اتخاذ الترتيبات اللازمة للمحافظة على النظام العام وحماية المواطنين، كما أصدر المجلس الأعلى للأمن إعلانا يقضي بإقامة المجلس الأعلى للدولة، وقد كانت لهذه الآليات دور في نفسية المواطن الجزائري، فبالإضافة إلى الأزمات الموروثة من النظام السابق جاءت هذه الإجراءات التي صادرت فيها إرادة شعب بأكمله، واستخفت بإرادته عن طريق إيقاف المسار الانتخابي وخلق أجهزة لم تكن من قبل، كل هذا كان سببا في الرجوع عن الديمقراطية والتمسك بالحكم الديكتاتوري الشمولي، وبالتالي انتهاك أكثر للحقوق وضياع جميع المكتسبات التي جاءت بها ثورة 1988.

وبغية شرعنة هذه الآليات، جاء دستور 1996 بطبيعة نظام يخدم هذا الغرض وذلك بتقوية السلطة التنفيذية مخافة من اقتحام حزب معارض قوي الساحة السياسية مرة أخرى، وبالتالي يمكن القول أنّ هذا الدستور جاء ليحل أزمة نظام الفاقد للشرعية وليس حل لأزمة دولة، لدرجة أنّه جاء بمواد جديدة كان منصوصا عليها في دستور الاشتراكية كالتشريع بالأوامر وتقوية سلطات رئيس الجمهورية.

أما عن التعديل الأخير والذي كان سنة 2016 فقد طرح مشروعه من قبل الرئيس عبد العزيز بوتفليقة سنة 2011، مع اندلاع ما يسمى بـ"ثورات الربيع العربي"، ومحاولة من النظام امتصاص غضب الشعب الجزائري مخافة اجتياح المظاهرات والفضوى التي شهدتها الدول العربية آنذاك، وما أفرزته من نتائج إيجابية في بدايتها -تونس ومصر- سارعت جميع القوى الحاكمة بضرورة تعديل الدستور، لكن مع الأحداث المتوالية التي

شهدتها الساحة الدولية تراث هذا المشروع وأصبح ورقة سياسية في يد النظام لا يعلن عنه إلا في المناسبات الرسمية، مع وجود ضبابية كبيرة في ما يخص بنود التعديل الدستوري، ولهذا وصفت المعارضة هذا التعديل وفي هذا الوقت بالذات أنه "عملية تجميل لواجهة النظام"⁽¹³⁾.

ومن خلال السالف ذكره، نجد أنّ أسباب وجود الدساتير في الجزائر "76 و89" وأسباب تعديله هي أسباب خارجة عن إرادة شعب لا تخدم إلا المصالح الضيقة، فإما دساتير تعكس رؤية رئيس الدولة أو دساتير تلتف حول المبادئ الديمقراطية، وقد نتج عن كل هذا التعدد وتضخم الوثائق الدستورية الجزائرية، مما أثر على مصداقيته وسموه وأثر حتى على منظومة الحقوق والحريات، وهذا ما سوف يأتي تبياناً في الحال. ثالثاً/أثر التعديلات الدستورية على منظومة الحقوق والحريات " أزمة الحقوق والحريات في الجزائر": صحيح أنّ دستور الجزائر يحوي فصلاً كاملاً عن الحقوق والحريات الأساسية للمواطن، وهي حقوق تضاهي الحقوق الغربية الديمقراطية، لكن من يتصفح باقي المواد الدستورية يجد أنّ هذه الحقوق هي عبارة عن واجهة لدستور أضفى الشرعية على الاستبداد والحكم الديكتاتوري، وأنّ الحقوق الدستورية لا توهم إلا من أراد أن يتقبلها، فجميع التعديلات كان لها الأثر السيئ على منظومة الحقوق، فأصبحت جميع السلطات في الدولة هي في يد رئيس الجمهورية، فهو المشرع والمنفذ وهو القاضي الأول والقائد العسكري الأول في البلاد وهو الذي يعدل القوانين والدساتير كيفما شاء ووقت ما أراد، ولهذا فإنّ الدستور الجزائري يفتقد لأهم ضمانات لحقوق الإنسان وهو مبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁴⁾.

هذا المبدأ الذي سواء أقام على الإطلاق أم المرونة فإنه لا يعني بتاتا التأكيد على الحكم المطلق، لأنّ السلطة مفسدة كما قال مونتيسكيو، وبالتالي فإنّ إقرار مبدأ الفصل بين السلطات هو تأكيد على حماية الحقوق والحريات، من خلال إقرار سلطتي البت والمنع في النظام، بمعنى خلق آليات دستورية بمقتضاها يتم التوازن بين السلطات، فلا يجوز أن نؤكد في الدستور الجزائري على مبدأ الفصل بين السلطات وفي المقابل تعطى لرئيس الجمهورية وسائل ضغط تمارس على باقي السلطات، ولهذا يجب خلق آلية بمقتضاها يكون للرئيس حق البت ويكون للبرلمان حق المنع⁽¹⁵⁾.

1/مظاهر تقوية صلاحيات رئيس الجمهورية:

أ- الحق في تقييد صلاحيات البرلمان وإطلاق صلاحيات رئيس الجمهورية، حيث نجد أنّ البرلمان يشرع حصرا في ميادين ومجالات محددة دستوريا، وعلى الرغم من هذا التضييق الدستوري المخصص للبرلمان، يستطيع رئيس الجمهورية أن يغتصب هذا الحق عن طريق ما يسمى بالتشريع بالأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، ورغم أنّ المؤسس الدستوري حاول تضييق هذه الحالة بالمسائل العاجلة، إلا أنّ عبارة المسائل العاجلة يراها الكثيرون أنّها عبارة مطاطية قد تضييق وقد تتسع ويرجع أمر الفصل فيها لرئيس الجمهورية وحده، وبالتالي فإنّ لرئيس الجمهورية يملك حق التشريع خارج حدود الموضوعات التي حددتها المادة 140 للسلطة التشريعية، وهذا ما يؤدي إلى تضالّ سلطة البرلمان وتقليص دوره التشريعي خاصة وأنّ واقع الحال في الجزائر أظهر تحول هذه الوسيلة إلى أداة اعتيادية تمارسها السلطة التنفيذية، وأصبحت تغير وتعديل وتستبدل القوانين بأخرى، مما جعل الكثيرين من فقهاء القانون الدستوري يقرون بأنّ البرلمان الجزائري هو عبارة عن غرفة تابعة للسلطة التنفيذية وظيفتها تسجيل القوانين والتصويت عليها، حتى أنّه في مجال التشريع بالأوامر وحسب المادة 38 من القانون العضوي الناظم للعلاقات بين غرفتي البرلمان والحكومة يصوّت دون مناقشة⁽¹⁶⁾.

ب- خلق مجلس الأمة يقوم رئيس الجمهورية بتعيين الثلث فيه، وذلك من أجل تمرير مشاريع القوانين في كل من المجلس الشعبي ومجلس الأمة والمصادقة عليها، إذ يشترط الدستور للمصادقة على القوانين داخل مجلس الأمة توافر نصاب ثلاثة أرباع (¾) بمعنى أنّ الثلث الذي يعينه الرئيس سيكون له موقف مؤثر، إذ لن تتوفر ¾ إلا بانضمام الثلث الرئاسي الذي سيقوم بدور المعرقل للمشروع.

ت- حل المجلس الشعبي الوطني دون تعليقه على شرط، إذ أنّ قراءة متأنية للمادة 147 من الدستور الجزائري والتطبيقات العملية، تجعل الدارس يسجل أنّ حق الرئيس الجزائري في حل المجلس الشعبي الوطني لا يحده في الحقيقة أي قيد سوى التشاور مع رئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول، هذه الاستشارة التي تعتبر استشارة شكلية غير

ملزمة، و قد تم اللجوء إلى هذا الحق الدستوري في 4 جانفي 1992 دون مراعاة الإجراءات والأشكال المنصوص عليها في الدستور⁽¹⁷⁾.

ث- تعتبر التصرفات القانونية الخارجية التي يمارسها رئيس الجمهورية عن طريق المعاهدات الدولية، مصدرا أساسيا من مصادر القانون الداخلي بمقتضى المادة 91 فقرة 9 التي أعطت له صلاحية إبرام المعاهدات والتصديق عليها ولا يتم الرجوع إلى البرلمان إلا في المعاهدات الهامة، وبالتالي أصبح لرئيس الجمهورية وحده إمكانية توجيه السياسة التشريعية في الدولة.

ج- جميع الأجهزة الرقابية وعلى رأسها المجلس الدستوري حامي الحقوق والحريات ضامن دستورية القوانين والتنظيمات ونزاهة الانتخابات والاستفتاءات، هو تابع لرئيس الجمهورية تبعية دستورية على الأساس الشكلي وحتى الوظيفي، باعتبار أنه يتكون من 12 عضوا أربعة منهم ومن بينهم الرئيس ونائبه يعينهم رئيس الجمهورية والباقي رغم عبارة الانتخابات التي تكون في غرفتي البرلمان والمحكمة العليا والمجلس الدولة، إلا أن هذه المؤسسات كلها تابعة لرئاسة الجمهورية.

ح- مدى استقلالية القضاء: وهنا يتبادر السؤال الآتي: أين تكمن الاستقلالية والقاضي نفسه خاضع للمجلس الأعلى للقضاء الذي يترأسه رئيس الجمهورية ومسئول أمامه، وهو الذي يقرر تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي كما يراقب انضباط القضاة، وفوق هذا أن مسألة تشكيل هذا المجلس وعمله وصلاحيته تحدد وفقا للقانون العضوي، يعني قانون صادر من البرلمان بإجراءات خاصة.

ليس هذا فقط، فلرئيس الجمهورية الحق في الحل محل السلطة القضائية وذلك بموجب المادة 7/91، حيث أن لرئيس الجمهورية الحق في إصدار العفو وتخفيض العقوبات واستبدالها باعتباره القاضي الأول في البلاد، هذا الحق الذي يستعمل غالبا في الأوقات القريبة من الانتخابات الرئاسية أو المناسبات الرسمية خاصة منها الوطنية، وبمجيء الرئيس عبد العزيز بوتفليقة ازداد استعمال هذا الحق حتى أصبح كأنه عرفا، الشيء الذي أفرغه من فعاليته وكثرت سلبات استعماله، كتفشي ظاهرة الإجمام واهتزاز مكانة وهيبة العدالة والأحكام القضائية في المجتمع⁽¹⁸⁾.

إنّ الملاحظ للتعديلات الأخيرة يستشف أنّ هذه التعديلات لا يُراد بها تقوية السلطة التنفيذية، بل تقوية مكانة رئيس الجمهورية في حد ذاته، وبالتالي سحب جميع الاختصاصات التي كانت معقودة لرئيس الحكومة وجعلت الوزير الأول مستشاراً لرئيس الجمهورية لا يوقع أي مرسوم تنفيذي إلا بموافقة الرئيس، حتى طاقمه الحكومي رئيس الجمهورية هو الذي يختارهم ويعينهم ولا يتدخل الوزير الأول إلا في مجال ضيق عن طريق الاستشارة فقط.

ولم يقتصر الاستفراد بالسلطة عند هذا الحد، وإنّما تجاوز حتى في علاقة الوزير الأول بالبرلمان، على الرغم من مسؤوليته أمام هذا الأخير إلا أنّ الوزير الأول ليس له الحق في إعداد برنامجه الحكومي، وإنّما يعدّ مخطط عمل الحكومة على أساس برنامج معدّ من قبل رئيس الجمهورية ويضبطه ثم يعرضه على المجلس الوزاري الذي يترأسه رئيس الجمهورية وبعدها يقدمه إلى المجلس الشعبي الوطني.

2/الإحالة الدستورية للقوانين في مجال الحقوق والحريات: إنّ المبدأ العام الذي يحكم موضوع الحريات العامة أنّ هذه الأخيرة منظمة على ثلاث مستويات: الأولى منها حريات غير قابلة للتنظيم التشريعي لأنّ الدستور نفسه نظمها تنظيماً نهائياً، والثانية قابلة للتنظيم التشريعي بقيود دستورية وواضحة ومحددة صراحة مثلما فعل المشرع الجزائري في نص المادة 52 و 53 من الدستور، والتي نصت على حرية إنشاء الأحزاب السياسية، واستكمل المادة بصريح النص رسم المبادئ والخطوط العامة التي لا يجوز تجاوزها، والثالثة هي حريات قابلة للتنظيم التشريعي دون قيد دستوري صريح على سلطة المشرع⁽¹⁹⁾.

وفي الدستور الجزائري وفي الفصل الرابع من الباب الأول توجد حوالي 41 مادة تتكلم عن الحقوق والحريات، وهو عدد أقل ما يقال عنه أنّه ممتاز، جميل جداً أن يتمتع أفراد المجتمع الجزائري بكل هذه الحريات وأن يكتسب كل هذه الحقوق، لكن ما أن يبدأ المرء في دراسة هذه الحقوق والحريات يجد نفسه أمام جملة من الإحالات الدستورية للقوانين وهذا ما يفرغ تلك الحقوق وتلك الحريات من معناها، صحيح أنّه منصوص عليها في الدستور أو القانون الأسمى في الدولة، لكن التشريع العادي هو الذي يحدد فحواها وكيفية تطبيقها وكيفية ممارستها، فمن بين 41 مادة نجد أكثر من

نصفها تحيلنا إلى القوانين، هذه القوانين التي تتدخل السلطة التنفيذية في إقرارها وإصدارها وحتى لو لم تتدخل فتستطيع بإرادة رئيس الجمهورية وحده أن يبين هذه الحقوق بألية التشريع بالأوامر، أو حتى عن طريق التصديق على المعاهدات باعتبار أنّ هذه الأخيرة تسمو على القانون، وبذلك أصبح رئيس الجمهورية هو الذي يوجه السياسة التشريعية، ولم يعد برنامج الرئيس مجرد برنامج سياسي تنافسي، بل أصبح أكثر من ذلك باعتباره أسمى مصدر موضوعي لأعمال السلطة السياسية، وبهذا نجد أنّه ما من حرية وجدت إلا وضُبطت إداريا، وما من حق أُقر إلا وقد قيّد بنص قانوني.

كذلك ما يلاحظه المرء في هذا المجال هو ترديد عبارة " مضمونة " كنص المادة 1/38 التي تنص على أنّ الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة، والمادة 39 الذي تؤكد على أنّ الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون، والمادة 42 التي تضمن الدولة من خلالها عدم انتهاك حرمة الإنسان، هذه الضمانات وغيرها كثير في هذه البنود الدستورية يراها الكثيرون أنّها عبارات رنانة لا تبت بالواقع بأي صلة، لأنّه لا نستطيع أن نقول أنّه توجد ضمانات دون آليات تؤكدها، وأهم هذه الآليات الإقرار بمبدأ استقلالية القضاء وعدم التدخل السافر للسلطة التنفيذية في أعمال السلطة التشريعية مع إقرار مبدأي المنع والبت لدى المؤسسات الدستورية كما سلف وأن قلنا، ومن هنا نجد أنّ تضمين الحقوق والحريات الدستور الجزائري هو تضمين شكلي، فحتى لو ارتقت الحرية إلى مصاف الحرية الدستورية ودون الإحالة الصريحة للقوانين نجد أنّ المشرع نظمها بنصوص تشريعية، فإذا قلنا مثلا أنّه لا مساس بحرمة حرية المعتقد التي نصت عليها المادة 42 فإنّ هذه الحرمة مصونة دستورية ولا يجب أن تقيد لا إداريا ولا تشريعيا، باعتبارها حرية ارتقت إلى الحريات الدستورية لكن الملاحظ في التشريع الجزائري أنّه أصدر أمر رقم 02/06 المؤرخ في فيفري 2006 المحدد لشروط ومواعيد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين⁽²⁰⁾.

هذه الإحالة التي اعتبرها البعض بأنّها إحالة ضمنية، نجدها كذلك في نص المادة 48 و التي تقول بأنّ حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونة للمواطن، أي حرية التجمع المؤقت الذي يضم عدد غير محدود من الأشخاص، وينعقد في مكان أو

محل له صفة العمومية بقصد عرض الأفكار وتبادل الآراء والتشاور من أجل الدفاع عن المصالح المشتركة دون أي إحالة تذكّر للقوانين، نجد القانون رقم 28/89 المتعلق بالاجتماعات العمومية والمظاهرات قد أفرغ هذه الضمانة من محتواها وذلك بتقييد هذه الحريات، فهل نستطيع أن نقرباًتها إحالة ضمنية؟

وبالتالي فهناك العديد من المواد في مجال الحقوق والحريات ضمّنها الدستور الجزائري بعبارات "تضمن الدولة، الحق في...مضمون"؟ فهل أراد من ذلك المؤسس الدستوري تصنيفها على أعلى درجات الحماية وبالتالي تكون هذا النوع من الحريات ذات مرتبة أسى من نظيراتها الغير مقرونة بتلك العبارات؟

خاتمة

على الرغم من توفيق المؤسس الدستوري في العديد من التعديلات الدستورية الجديدة "2016" وترتيبه لحد الساعة بالنسبة للمواد الأخرى، وعلى الرغم كذلك من أنّ التعديل الأخير ولأول مرة يؤكد على مبدأ الفصل بين السلطات، حيث نجد في الدساتير السالفة تتكلم عن كيفية تنظيم السلطات وليس تأكيداً على المبدأ في حد ذاته، حيث يكفل الدستور هذا المبدأ، كما أكد التعديل الجديد على أنّ الدولة الجزائرية تقوم على مبادئ التنظيم الديمقراطي ويضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، عن طريق استقلال العدالة والحماية القانونية ورقابة عمل السلطات.

إلا أنّنا ومع ذلك نلاحظ أنّ الساحة السياسية مازالت تشهد اليوم -وأكثر من أي وقت مضى- نوعاً من الاغتراب السياسي، و الدليل على ذلك أنّه وعلى الرغم من الإيجابيات الكثيرة التي طرحها الدستور الجزائري إلا أنّ المواطن العادي لم يأبه بتاتا بهذه التعديلات، ربما يرجع ذلك إلى الأوضاع الاجتماعية والثقافية التي تحيط بالمجتمع الجزائري، أو يرجع إلى أنّ هذه الحقوق على الرغم من كثرتها إلا أنّه يشوبها العديد من القيود والصعوبات التي تحول دون تطبيقها على أرض الواقع، وغياب العديد من الضمانات والآليات الدستورية لإضفاء الحماية على هذه الحقوق والحريات.

ونظراً لهذه الثغرات فإننا نقترح الآتي:

- 1- التفعيل الحقيقي لدور البرلمان الجزائري وجعله سلطة فعلية تمتلك حقي البت والمنع.
- 2- يعتبر المجلس الدستوري من بين المؤسسات الدستورية المناط بها حماية الحقوق والحريات، ولهذا نقترح أن تأتي رئاسته عن طريق الانتخاب والرئيس المنتخب يعين نائبه.
- 3- إعطاء استقلالية أكثر للسلطة القضائية.
- 4- تحسين الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمواطن الجزائري، لأن هذه الظروف هي السبب المباشر في تشكيل ما يسمى بالاغتراب السياسي.
- 5- تعزيز الثقة المتبادلة بين المواطن والسلطة عن طريق إضفاء الشفافية السياسية أكثر من قبل السلطة وكذا عقد الكثير من الندوات والملتقيات وما إلى غير ذلك.

الهوامش:

- (1) صدر هذا الدستور بعد الاستقلال مباشرة، وقد استفتي الشعب عليه في 05 سبتمبر 1963 وصدر في 10 سبتمبر 1963.
- (2) المادة 58 من دستور 1963.
- (3) المادة 44 من دستور 1976.
- (4) المواد 56 و55 و54 و53 من دستور 1976.
- (5) شمامة خير الدين، التعديلات الدستورية في العالم العربي بين العولمة الاقتصادية والعولمة السياسية والثقافية، مداخلة ضمن فعاليات المنتدى الدولي الثاني حول التعديلات الدستورية في الجزائر، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية، قسم الحقوق، في الفترة من 05-06-07 ماي 2008، ص 667.
- (6) رابحي أحسن، النقائص المتعلقة بالمراجعة الدستورية في الجزائر "مرجعية تضخم الوثائق الدستورية، ص 186.
- (7) المرجع نفسه.
- (8) المرجع نفسه، ص 192.
- (9) عيسى طيبي، علاقة التعديل والتبديل الدستوريين في الجزائر بالأزمات في ظل مرحلة التعددية الحزبية، ص 132.
- (10) بوكرا ادريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، القسم الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 247.
- (11) تنص المادة 118 من دستور 1996 على أن البرلمان يجتمع في دورتين عاديتين كل سنة ومدة كل دورة أربعة أشهر على الأقل، وقد اختتم البرلمان دورته الخريفية بتاريخ 02 فيفري، وهو ما يعني أن البرلمان قد صادق على هذا الدستور دون مناقشة أو تعديل.
- (12) ابراهيم أبو خزام، الوافي في شرح القانون الدستوري، المطبعة العالمية للنشر والتوزيع، طرابلس، 2002، ص 346.
- (13) لوشان دلال، الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.
- (14) رداة نور الدين، التشريع عن طريق الأوامر وأثره على السلطة التشريعية، بث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 2005-2006، ص 257.

- (15) المادة 38 من القانون العضوي رقم 02-99 المؤرخ في 8 مارس 1999 و المتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة.
- (16) عبد الجليل مفتاح، حل المجلس الشعبي الوطني في الجزائر بين مقتضيات الفعالية وموجبات الضمان، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الحادي عشر، ص 70.
- (17) زينب عبد اللاوي، توزيع السلطة بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة في ظل دستور 1996، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2004.
- (18) سعيد بو شعير، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 46.
- (19) حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات و ضماناتها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.
- (20) الجريدة الرسمية، العدد 12 المؤرخة في 06 مارس 2006 المتعلقة بتحديد شروط و مواعيد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين.

دور القضاء في تكييف ومعاقبة الإعلان التجاري المضلل*

Dr. Bouhafis Djellab Nanaa
Laboratoire le Droit et le Foncier,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Blida 02

د. بوحفص جلاب نعناعة
مخبر القانون والعقار،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة البليدة 2.

الملخص:

لقد أكد المشرع من خلال القواعد العامة والخاصة، على ضرورة الصدق الكافي في كل إشهار خاص بخدمة أو منتج لتجنب كل ادعاء، من شأنه أن يوقع متلقي الرسالة الإشهارية في غلط قد يدفعه إلى التعاقد.

الإعلان المضلل أو الخادع، هو عمل غير مشروع، جرّمه المشرع، فمنع كل أشكال الإشهار المضلل، احتراماً لمبدأ شرعية المنافسة.

لكن هل أنّ المقتضيات القانونية الواردة في كل من قانون العقوبات وقانون حماية المستهلك وقمع الغش تعدّ كافية للحد منه أو لإيقافه في ظل ما نعيشه من زحم قانوني ومؤسّساتي وما مدى فاعلية تدخل القضاء في تكييف وزجر هذه الجريمة؟

الكلمات المفتاحية:

الإعلان التجاري، المستهلك، الإشهار المضلل، القضاء، مشروعية الإعلان.

The role of the judge in the qualification and the Repression of misleading advertising

Abstract:

The legislator always insured by the private and general legal rules, that must be honest in any advertisement about the certain projects or services must not only be false, it must also be misleading, that is to say, likely to mislead those who receive it, the "average" consumer by an ambiguous presentation the use of misleading terms, omission of an indication, illegible inscription.

Any advertising involving allegations, indications or misrepresentation or likely to mislead the scope of commitments by the advertiser is a crime.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/04/12 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/01/03 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Measures to ensure the fairness of advertising concurrently tend to protect the consumer against certain forms of deception and maintain a climate of healthy competition as well, misleading advertising is reprieve given the impact of advertising on a very large audience, the courts see real fraudulent in the misleading advertising it is an offense punishable by the penalties for deception.

Key words:

Commercial advertising, Consumer, misleading advertising, justice, Legal of the advertising,

Le rôle du juge dans la qualification et la répression de la publicité trompeuse

Résumé :

Pour qu'elle soit condamnable, une publicité ne doit pas seulement être mensongère, elle doit être aussi trompeuse, c'est-à-dire de nature à induire en erreur celui qui la reçoit, le consommateur "moyen" par une présentation ambiguë, l'utilisation de termes trompeurs, omission d'une indication, inscription illisible.

Toute publicité comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur sur la portée des engagements pris par l'annonceur constitue un délit.

Les mesures destinées à assurer la sincérité de la publicité tendent concurremment à protéger le consommateur contre certaines formes de tromperie et à maintenir un climat de saine concurrence. Etant donné l'impact de la publicité sur un très large public, les tribunaux voient de véritables manœuvres frauduleuses dans la publicité trompeuse. C'est est une infraction punie des peines prévues en cas de tromperie.

Mots clés :

Publicité commerciale, consommateur, publicité trompeuse, justice, légalité de la publicité

مقدمة

الإشهار التجاري هو الذي تقوم به المؤسسات المنتجة من خلال وسائل ذات الأثر الجماعي لكسب العملاء، زيادة عددهم أو حتى الحفاظ عليهم عن طريق تقديم بعض المعلومات عن السلع الاستهلاكية التي تهتم المستهلك الأخير أو شركات التوزيع، التي تتولى مهمة تصريف هذه السلع مع تعريفه بمزاياها وإعلامه بكيفية استخدامها .

عند تصميم رسالة إشهارية لسلعة أو خدمة معينة، يحدّد المعلن أهدافا وفق استراتيجية إعلامية تتميز بالحذر، ففي إطار تقريب المنتجات والخدمات من المستهلك وترغيبه في اقتنائها، ظهر ما يسمى بالإشهار التجاري الذي يساهم في إعلام المستهلك توعية الجمهور وحتى في توجيه الأذواق حسب رغبات المعلنين، فأصبح يشكل أهم العناصر المكوّنة للتسويق .

يعد الإشهار اليوم مصدرا للمعلومات التي يوفرها المهني حول السلع والخدمات وحلقة وصل بينه وبين المستهلك، فهو فن يمارس تأثيرا بسيكولوجيا على الجمهور لأهداف تجارية، إلا أنّ نظام السوق الحر وتحرير التجارة لا يمكن في الواقع المستهلك اليوم من حرية اختيار حقيقية، بسبب قوة الاشهارات التي قد تضلّله بشأن المعلومات الأساسية على السلعة أو الخدمة.

لقد اهتم المشرع في بلادنا بضبط نظام الاشهار التجاري من الجانب الجزائي، كضرورة للملاءمة مع التوجه العالمي وحماية لحقوق المستهلك الاقتصادية، بسبب الطفرة الكبرى التي عرفها مجال حقوق الإنسان من جهة ولصيانة الحقوق وحماية الحريات الفردية والجماعية والحفاظ على المصلحة العامة، النظام العام والسياسة الاقتصادية من جهة أخرى.

إنّ القواعد القانونية ذات الطابع الاقتصادي بدأت تأخذ دورها في التشريع الجزائري والقضاء أصبح مطالباً باستجابة أكبر للأدوار الجديدة المنوطة به من خلال تطبيق القوانين ذات البعد الاقتصادي والاجتماعي، كما هو الشأن بالنسبة لأحكام القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ومنها الأحكام المتعلقة بزجر جنحة الاشهار المضلل كعمل غير مشروع جرّمه المشرع.

لقد سعت الدول ومنها الجزائر إلى وضع الأطر القانونية القادرة على استيعاب النشاط الاقتصادي فكان لا بدّ من تدخل القانون الجزائري في الميدان الاقتصادي كوسيلة وقائية من سلبيات النشاط المضرّوكرداع للتجاوزات، لأنّ الحماية التي توفرها فروع القانون الأخرى كالقانون المدني تظل ضعيفة لنسبية الجزاء المدني الذي يؤدي إلى التسليم بالأمر الواقع أمام محترفي الخداع وأفعالهم. من خلال هذه الورقة سنحاول البحث في مدى فاعلية تدخل القاضي الجزائري في تكييف أركان واقعة الاشهار المضلل وتأكيد أداء القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بمراقبة التطبيق السليم لها ضمانا لمشروعية هذه الإعلانات وحماية للمستهلك.

1/تحديد هوية الرسالة الإشهارية واثرها على المستهلك: إن الرسالة الإشهارية مهما كان السند الإشهاري المستعمل، يجب أن تكون معرفة ومحددة الهوية فيمنع الإشهار

المجهول وغير المعرف طبقا لنص المادة 12 من القانون الدولي للممارسات الصادقة والأمانة في مجال الإشهار.

يهدف المعلن من خلال رسائله الاشهارية، إلى الترويج بسلعه وخدماته، ومن أجل ذلك عليه تقديم كل المعلومات الضرورية للمستهلك متلقي الإشهار حول خصائصها ومميزاتها وكذا مكان تواجدها، بصفة تجعله يقتنع بها ويتخذ قرار شرائها وتفضيلها عن غيرها من السلع الأخرى في السوق.

يرتكز الإشهار على عنصرين أساسيين هما الإعلام والترويج الذي يتغلب على تردد المستهلك بإغرائه⁽¹⁾ وخلق حالة نفسية معينة يتقبل بمقتضاها ما يقدم إليه. إن هدف التيار الأخلاقي للإعلان هو حماية المستهلك⁽²⁾ التي تعرف بحفظ حقوق المستهلك وضمان حصوله عليها من قبل البائعين بجميع صورهم، سواء كانوا تجارا أو مقدمي خدمات أو ناشري أفكار⁽³⁾ وذلك في إطار التعامل التسويقي.

إن المستهلك هو الشخص الطبيعي المقتني لمنتوج معين، لتحقيق رغبة الاستهلاك الشخصي أو العائلي أو الاستفادة من الخدمات المعروضة للاستهلاك⁽⁴⁾، فيحتل المركز الأخير في العملية الاقتصادية، والاستهلاك عند القانونيين هو كل تصرف قانوني للحصول على شيء أو خدمة لإشباع حاجة شخصية كانت أو عائلية⁽⁵⁾ ولقد تم إدراج مفهوم المستهلك في تعريف الإشهار حتى المضلل منه.

2/ ماهية الإشهار التجاري المضلل: إن الإشهار عندما يتجاوز الوظائف المحددة له يصبح وسيلة للاحتيال والخداع وهو ما يطلق عليه بالإشهار التضليلي، ووجب منعه حماية للنظام العام.

عرف المشرع في المادة 3 الفقرة الثانية من القانون 02-04⁽⁶⁾ الإشهار بأنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج، بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"، كما بينت المادة 28 من نفس القانون حالات اعتبار الإشهار تضليليا إذا تضمن عناصر تؤدي للالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو متى تعلق بعرض معين لسلع أو خدمات، في حين أنّ العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة، بالمقارنة مع ضخامة الإشهار.

لقد تنهت النظم القانونية في كثير من الدول لخطورة الإشهار في جانبه السلبي ومنه برزت فكرة ضرورة حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، فعملت على وضع ضوابط في المجال الإشهاري من خلال إرساء قواعد ومبادئ يخضع لها الإشهار، وكذا توحيد معايير الرسالة الإشهارية. ومتى استعمل العون الاقتصادي إشهارا تضليليا بغية خداع المستهلك، شكّل أساسا للجنة التي نصت عليها المادة 28 من القانون رقم 04-02 المذكور أعلاه.

1/2-تعريف الإشهار المضلل: لقد كان موضوع حماية المستهلك ومكافحة الجرائم الاقتصادية ومنها الغش والاعلانات المضللة من الموضوعات التي بحثها المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات في روما سنة 1953 وكذلك المؤتمر الدولي الخامس للقانون المقارن الذي انعقد في بروكسل عام 1958، كما بحثت هذا الموضوع الكلية الدولية للقانون المقارن سنة 1959 التي تناولت آليات مكافحة الغش الذي قد يكون ماديا وقد يكون معنويا متمثلا في خداع المورد أو البائع للطرف الآخر، بأية طريقة كانت في حقيقة البضاعة، طبيعتها، صفاتها الجوهرية، نوعها، مصدرها، عددها⁽⁷⁾ أو مقدارها وذلك عن طريق القول أو الكتابة.

يبقى القانون الجزائري وحده بفضل قائمة عقوباته الرادعة قادراً على معالجة عدم كفاية الجزاء المدني والإداري بما يقرره من تجريم وعقاب⁽⁸⁾ وقد عرفت دائرة المعارف الفرنسية الكبرى الإشهار بأنه مجموعة الوسائل المستخدمة لتعريف الجمهور بمنشأة تجارية أو صناعية واقناعه بامتياز⁽⁹⁾ منتجاتها لشراء ما يحتاجه إليها.

أما الفقه فيعرفه على أنه مجموعة من الادعاءات، الإشارات والبيانات التي يوصلها المعلن إلى المستهلك حول مزايا ومواصفات السلعة أو الخدمة المراد الإشهار عنها من خلال الوسيلة الإشهارية المناسبة، بغية إعلامه حولها، وحثه في الأخير على ضرورة اقتنائها عن طريق جلب انتباهه⁽¹⁰⁾ وإثارة اهتمامه.

للإشهار وجه إيجابي باعتباره وسيلة لترويج السلع والخدمات، فيساهم في تنمية الاقتصاد الوطني بزيادة عنصر الطلب عليها، كما يؤدي إلى زيادة الإنتاج أي إلى زيادة الاستثمار والتشغيل ويكون في مصلحة المستهلكين، عندما يتخذ صورة إعلام أو إخبار

بوجود العديد من السلع والخدمات التي يجهلونها، لكن له كذلك وجها سلبيا عندما يتحول إلى دعاية مضللة.

فبقدر ما يستخدم الإشهار بطريقة إيجابية محققا وظائفه قدر ما يستخدم لتضليل رضا المستهلك، لذا اهتمت قوانين الاستهلاك بهذا الجانب الأخير ومنعت كل أشكال الإشهار المضلل تجنباً للإخلال بمبدأ شرعية المنافسة.

يهدف تحسين وحماية رضا المستهلك، أصدرت التشريعات الحديثة قوانين لتنظيم هذه الوسيلة المعاصرة للتسويق وزجر الجانب المضلل فيها. والملاحظ على القانون المدني، التجاري والجنائي ومختلف القوانين الصادرة في إطار تنظيم وضبط السوق الاقتصادية ومنعا لإحداث اضطرابات بها، بمخالفة القوانين والمحظورات الشرعية، لم تعط تعريفا للإشهار المضلل في حين أنّ المادة 28 من القانون 02-04 اعتبرت الإشهار التضليلي سلوكا غير شرعي وممنوع، مستحقاً للعقاب ويندرج ضمن مفهوم الجريمة الاقتصادية التي هي مخالفة للقوانين المنظمة للتصرف الاقتصادي⁽¹¹⁾.

فهو من التصرفات المحظورة خلال التنظيم، التنفيذ، التخطيط والرقابة للأنشطة الاقتصادية، لأنّ الإشهار المضلل يؤدي إلى تغييب المستهلك أو من شأنه أن يؤدي إلى ذلك، سواء باستعمال الكذب أو بدونه، عن قصد أو دون قصد حتى وإن كان بإهمال.

الإشهار المضلل يوجد في نقطة تقع بين الإشهار الصادق والإشهار الكاذب وأنّ محتواه بطبيعته يؤدي إلى التغييب، فالإعلان المضلل لا يذكر بيانات كاذبة، بل يصاغ بعبارات تؤدي إلى خداع المستهلك، فهو إعلان ليس بصادق ولا بكاذب.

2/2-الطبيعة المضللة للإشهار: لتقدير الطبيعة⁽¹²⁾ المضللة للإشهار يجب الأخذ بمعيارين، معيار ذاتي ومعيار موضوعي.

أ/المعيار الذاتي: يقاس التضليل بطريقة ذاتية، يؤخذ فيها بشخصية المتلقي، ويقاس هذا التضليل بطريقة مجردة، وليس إلى التضليل في حد ذاته ويتم تحديد التضليل من خلال شخص المتلقي.

لا يعدّ الإشهار مضللاً إلا إذا وقع فيه عامة الناس ويعاب على هذا المعيار أنّه غير دقيق ويقتضى البحث في شخصية المتلقي، نسبة ذكائه، فطنته،... الخ وهو أمر خفي

يصعب على القاضي التأكد منه بدقة، لأنه يختلف من شخص إلى آخر، ورغم هذا نجد أنّ بعض المحاكم الفرنسية أخذت بهذا المعيار.

ب/المعيار الموضوعي: جرد المتلقي من ظروفه الشخصية، حيث يؤخذ بالمستهلك المتوسط الذي يمثل جمهور الناس، فيعفى القاضي من البحث عن ما هو كامن في النفس، وهو معيار لا يختلف في تطبيقه من شخص إلى آخر، إنّ أغلبية أحكام القضاء تتبنى المعيار المجرد، حيث يضع القاضي نفسه مكان المستهلك المتوسط، عند تحديد الطبيعة المضللة للإشهار، فالتضليل لا يقوم إلا متى كان من شأن هذا الإعلان تضليل المستهلك العادي والمتوسط.

إنّ الإشهار الذي يتضمن بيانات صحيحة في ذاتها، ولكنه يعطي انطباعاً إجمالياً زائفاً أو مخادعاً⁽¹³⁾ يعدّ مضللاً، ورغبة من المشرع في حماية المستهلك المتلقي للرسالة الإشهارية من الأضرار التي قد تلحقها به هذه الأخيرة، قام بتحديد الإطار القانوني للرسالة الإشهارية قبل بثها أو نشرها.

أوجب تبيان جملة من الالتزامات والشروط الواقعة على عاتق المعلن، التي فرض تطبيقها وعدم خرقها مع ضرورة احترامه للآداب العامة. إلى جانب التأثير النفسي للرسالة الإشهارية لابد أن يراعي المعلن فيها مبادئ أهمها الصدق والأمانة⁽¹⁴⁾ متجنباً بذلك تضليل المستهلك العادي.

3/2-الجانب الأخلاقي للإعلان: من أهم القضايا الأخلاقية المتعلقة بالإعلان⁽¹⁵⁾ أنّه يحاول المعلن بشتى الطرق لفت نظر المستهلكين ومحاولة إقناعهم بامتياز سلعه أو خدماته، هذه الغاية قد تجعله يخطئ في استعمال الوسيلة فيكذب ويحيط منتوجه بهالة من الفخامة وهو ما يسمى بالتضليل الإعلاني⁽¹⁶⁾ ويسمى إعلاناً مضللاً غير أخلاقي كل وصلة إعلانية زائفة أو خادعة والتي يلجأ فيها المعلنون إلى المبالغة في ذكر الحقائق المتعلقة بالسلعة كخصائصها ومزاياها .

يتضمن هذا الإشهار عنصرين وهما : معلومات مضللة ومزيفة وغير دقيقة، أو ما يؤدي إلى انطباعات مخادعة، تغري المستهلكين بالشراء بناء على تلك المعلومات.

الثناء على السلعة بأراء ذاتية تستخدم صيغ المبالغة بطريقة عمومية وغامضة دون وقائع محددة تستند عليها وتعتبر لجنة التجارة الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية،

المنظم الأول للإعلان المضلل بموجب القانون الصادر عام 1914، الممارسة الإعلانية مضللة إذا كان هناك تمثيل أو حذف أو ممارسة من المحتمل أن تضلل المستهلكين، ويعاقب القانون بالأمر بالتوقف عن الإعلان والإفصاح عن مزيد من المعلومات حول المنتج، بالإعلان التصحيحي أي تصحيح الخداع الذي وقع.

رغم ضرورة احترام الإعلان للقواعد الأساسية للأداب والأمانة والصدق، فإنّ الإشهار لا يمكنه أن يكون صادقا بصفة مطلقة، لأنه لا يقول كل الحقيقة، فالمعلن لا يركز في إشهاره إلا على مزايا السلع والخدمات، فيبقى على الجمهور تمحيص المعلومات المشهر عنها، وكذا التزود بالوعي والفتنة عند تلقيه للرسالة الإشهارية.

3/ أحكام زجر الإشهار المضلل: عرف المشرع الجزائري الإشهار في المادة 2 الفقرة ما قبل الأخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي سنة 1990 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش⁽¹⁷⁾ على أنه " هو جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات".

و ميز القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23-06-2004 المعدل والمتمم بين طائفتين من المخالفات، مخالفة قواعد شفافية الممارسات التجارية ومخالفة قواعد نزاهة الممارسات التجارية وتأخذ الممارسات التجارية غير النزهة المنصوص عليها في المواد 26، 27 و 28 المعاقب عليها في المادة 38 من ذات القانون عدة صور ومنها الإشهار حيث تعتبر المادة 28 الاشهار غير شرعي.

كل إشهار تضليلي وتمنعه لاسيما إذا كان يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته، ويتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه أو يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات عدة، لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة اسناد بصرية أو سمعية بصرية او ان العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الاشهار وتشكل الممارسات التجارية غير النزهة جنحا يعاقب عليها المشرع في المادة 38 من ذات القانون.

قصد المشرع من خلال هذه القواعد توفير حماية جزائية للمستهلك، بأن يدفع عن الحقوق والمصالح التي يحميها، جميع الأعمال غير المشروعة التي تؤدي إلى النيل منها بما يقرره لها من عقوبات⁽¹⁸⁾ فيدفع قانون العقوبات وغيره من القوانين الجنائية، جميع الأعمال غير المشروعة التي تشكل خطرا على صحة المستهلك أو على ماله فجرم هذه الأفعال وفرض جزاءات⁽¹⁹⁾ على مرتكبيها.

1/3-شروط وأركان جنحة الإشهار المضلل

1-1/3-شروط تجريم الإعلان المضلل: يعتبر من الغش كل من خادع المتعاقد أو حاول خداعه في ماهية البضاعة، نوعها الكمية، هوية البضاعة، فيستغل الخطاب الإشهاري في تضليل المستهلك، فيصير الإشهار التجاري وسيلة للتمويه لا وسيلة للتبصير.

إنّ الإشهار باعتباره تقنية تجارية كان على الدوام محل أخذ ورد، فقد ينظر إليه على أنّه وسيلة معتبرة لإعلام المستهلك وتبصيره، إذ يقتصر دوره الأساسي على تقريب المستهلك أمام تعدد المنتوجات ليمارس خياراته بشكل أفضل وعن سابق علم ومعرفة. لكن الواقع كشف عن عدم جدوى الخطاب الإشهاري الذي قد تختلط فيه الحقيقة والمبالغة وبالتالي تتأثر تبعاً لذلك اختيارات المستهلك، فيصبح رضاه في الإقبال على التعاقد معيباً وغير سليم.

لقد اعتبرت أغلب التشريعات الإشهار المضلل جريمة يعاقب عليها، واشترطت أن يكون موضعها كل إعلان تجاري يمكن مباشرة أو بصفة غير مباشرة، صراحة أو ضمناً من إيقاع المستهلك في غلط أو عدم الفهم أو الخلط بشأن السلعة أو الخدمة، وسواء تم ذلك عن حسن نية أو سوء نية.

كما اشترطت أن يكون الإشهار مخادعا لأن الطابع المخادع للإشهار يشكل أهم عنصر في هذه الجريمة وليس لازماً أن يكون الإشهار مخادعا في ذاته، بل يكفي أن يكون من شأنه أن يؤدي إلى التضليل.

1-1/3-2-أركان جنحة الإشهار المضلل: لقيام جريمة الإشهار المضلل لا بد أن يتوفر الركن المادي وقوامه وجود إشهار واتسامه بالتضليل، وأن يقع على أحد العناصر المحددة في القانون وركن معنوي قد يتخذ صورة القصد أو الخطأ، فهو من الجرائم الاقتصادية، ويوجد من شراح القانون والفهاء⁽²⁰⁾ الذين سموها باسم " الجرائم المالية".

1-الركن المادي: وهو القيام بفعل ضار أو الامتناع عن القيام بالعمل وإن العلاقة الاشهارية تقوم بين أطراف عدة :

– المعلن الذي يتوجه برسائله الاشهارية إلى الجمهور قصد التعريف بسلعه وخدماته،
– الوكالات الاشهارية المتخصصة في تخطيط وإدارة وتنظيم الأعمال الإشهارية والتي يلجأ لها المعلن مقابل مبلغ مالي محدد،

– الدعائم الاشهارية التي تصل من خلالها الإعلانات إلى الجمهور، سواء أكانت مكتوبة أو سمعية بصرية، إلى جانب الإشهارات الثابتة أو ما يسمى بالإشهار الخارجي عن طريق الملصقات.

مع التطور التكنولوجي برزت وسائل أخرى جديدة كالهاتف والانترنت، هذا إلى جانب الإشهار الشفوي الذي يعد أقدم هذه الوسائل الذي يعتمد فيه على الصياح.

يقتضي الركن المادي لهذه الجريمة أن يكون الاشهار مضللاً، وأن يقع التضليل حسب نص المادة 28 من القانون رقم 02-04 ، وبخصوص عناصر الإشهار المضلل حددها المشرع على سبيل الحصر بحيث لا يجوز القياس عليها تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية، لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص، ذلك أنّ جريمة الإشهار المضلل لا تقوم إلا إذا تعلق التضليل بواحد أو أكثر من العناصر المحددة قانوناً، كما يتعين على القاضي أن يحدد العنصر أو العناصر التي وقع فيها التضليل.

وقد أثير التساؤل⁽²¹⁾ حول تعداد تلك العناصر هل ذكرت على سبيل الحصر أم على

سبيل المثال ؟

ذهب البعض إلى أنّ هذا التعداد جاء على سبيل المثال، بينما لم تقف المحاكم من هذه المسألة موقفاً موحداً، فذهب بعضها إلى اعتبار أنّ تلك العناصر وردت على سبيل المثال وبالتالي يجوز التوسع فيها، غير أنّ الرأي الراجح⁽²²⁾ يرى بضرورة تجنب التعداد ليكون للنص ميزة الوضوح.

لقد نص قانون الاستهلاك الفرنسي على أنّ الخداع أو محاولة الخداع يجب أن يتحقق بأية وسيلة أو إجراء كان على إحدى خصائص المنتج أو الخدمة، بينما نصت المادة 429 من قانون العقوبات الجزائري على أنّ كل من يخدع أو يحاول أن يخدع

المتعاقد وقد أسقط المشرع عبارة أية وسيلة أو إجراء كان، ومنه يجوز أن يرتكب الخداع بواسطة الغير، كما يجوز أن ينجم عن استعمال وسائل تدليسية، على أن تشكل هذه الوسائل خداعاً حقيقياً وأن تقع على إحدى خصائص المنتوج التي عدتها المادة 429، ففي جريمة الخداع تكون وسيلة الخداع مستهدفة لتضليل المتعاقد دون المساس بالبضاعة أو إدخال أي تغيير على مادتها.

2-الركن المعنوي أو القصد الجنائي: لم يشر المشرع إلى سوء النية لقيام جنحة الإشهار المضلل وهذا راجع إلى أنّ الركن المعنوي في الإشهار المضلل ينبغي النظر إليه بمفهوم اجتماعي وليس قانوني ضيق، ذلك أنّ الإشهار بحكم انتشاره وتأثيره، ينبغي أن يكون صادقا وأن يحمي المستهلك من التضليل.

اشتراط سوء نية المعلن يعني تقييد هذه الحماية والحدّ منها، بما يفتح الباب على مصراعيه للتهرب من أحكام القانون، ولقد قصد المشرع تخفيف عبء الإثبات عن القاضي دون أن يصل الأمر إلى حد استبعاد العمد، وهو أمر ينسجم مع اتجاه تشديد مسؤولية المهني عن طريق افتراض خطئه.

لم تعد جريمة الإشهار المضلل عمدية بل صارت جريمة غير عمدية، تقوم حتى ولو صدر إهمال أو عدم تبصر⁽²³⁾ ففقدت ركنها المعنوي وبحكم تعديل 1992 لقانون العقوبات الفرنسي أصبحت تنشأ بمجرد الفعل المادي وتحقق الضرر بالمستهلك.

وتضيف إلى ذلك المادة 339 من نفس القانون بأنّ " جميع الجنح غير العمدية المعاقب عليها بنصوص سابقة على سريان هذا القانون، تبقى قائمة في حالة عدم التبصر، الإهمال، ... حتى ولو لم ينص القانون على ذلك صراحة".

استخلص الفقه أنّ الإشهار المضلل يبقى جريمة غير عمدية، ولا يمكن أن تكون جريمة مادية، ما دام أن هذا النوع من الجرائم قد تم حذفه من قانون العقوبات الجديد، باستثناء المخالفات وبالتالي فإن جريمة الإشهار المضلل تفترض عدم الاحتياط أو الإهمال في جانب المعلن لمجرد عدم مراقبته للرسالة الإشهارية قبل بثها، ومن باب أولى تقوم هذه الجريمة⁽²⁴⁾ إذا اقترنت بقصد الخداع.

أما بشأن محاولة ارتكابها، فإنه لا يمكن الحديث عن المحاولة إلا في الجرائم القصدية وهذه الجريمة تقتضي توافر خطأ يتمثل عموماً في خرق ما يأمر به القانون ولا يكون الاثبات على عاتق النيابة العامة.

إذا كانت النيابة العامة غير ملزمة بتقديم دليل الاتهام، فلا شيء يمنع المتهم من التمسك بحسن نيته وتقديم الدليل وحتى تتمكن النيابة من تحريك الدعوى العمومية وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية، لا بد من إخطار وكيل الجمهورية بالجرائم والمخالفات الماسة بحقوق المستهلك ويتم إخطاره إما عن طريق شكوى من الطرف المضرور أو محضر محرر من طرف الأعوان المذكورين في المادة 25 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أو عن طريق البلاغ المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش أو بالإخلال بالالتزامات المفروضة بالقانون 02-04.

بعد وصول المحاضر إلى وكيل الجمهورية له أن يأمر بمواصلة الإجراءات، كما يمكنه أن يأمر بإجراء تحقيق ابتدائي يقوم به ضابط الشرطة القضائية، وإما أن يقدم طلباً لقاضي التحقيق بفتح تحقيق أو يأمر بحفظ الملف في حالة عدم كفاية الأدلة. ويقوم بتحرير استدعاء مباشر للمتدخل المخالف يضمّن تاريخ الجلسة واستدعاء الأطراف الأخرى للمحاكمة.

3-الضرر: هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة والضرر شرط لازم لتحقيق مسؤولية المعلن وقد يصاب المستهلك في مصالحه المادية أو في سلامة جسمه. إذا كان الإشهار التجاري مظهرًا من مظاهر التسويق والترويج وأداة لإعلام الجمهور بالسلع والخدمات المطروحة في السوق، فإنّ بعض الإشهارات انعكست سلباً على نظام المنافسة وعلى حق المتلقي في المعلومات الصحيحة لكونها مضللة.

قد يعلن عن معلومات مبالغ فيها بصفة مفرطة إلى حد الكذب والتضليل، وقد تكون منافية للحقيقة فتلحق بمصالح المستهلك المادية ضرراً وذهب القضاء الفرنسي إلى أنّ الإشهار المبالغ فيه والإشهار الهزلي لا يخضع للتجريم فهو جائز ما لم يؤد إلى خداع المستهلكين⁽²⁵⁾

يعدّ القضاء الجزائي مختصا في دعوى التعويض المدني المطالب به من قبل المستهلك، غير أنّه لا يكفي اثبات وجود الفعل الاجرامي وتحقق الضرر بل يشترط أن يكون الضرر ناشئا مباشرة عن الوقائع المادية المكونة لعناصر الجريمة.

4- إجراءات المتابعة والبحث عن المخالفات : يعتبر القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بمثابة الإطار المرجعي القانوني الذي يحدد الأجهزة التي أوكل إليها دور كشف وتبعية أداء كل الأطراف الفاعلة في مجال الاستهلاك، سواء تعلق الأمر بالأفراد او المؤسسات.

نظّم المشرع مسألة مراقبة مدى احترام الأحكام والضوابط القانونية المنصوص عليها، والتي تشكل التزامات على عاتق كل من يتعامل مع أي جهة أو طرف ينطبق عليه وصف المستهلك، وقد استتبعها بأحكام الباب الرابع المتعلقة بالجانب الجزري المخالفات والعقوبات فخصّص لها حيزا هاما.

لقد منح المشرع إلى ضباط الشرطة القضائية وأعوان المراقبة، المعينون من قبل وزارة التجارة الأهلية القانونية للقيام بالأعمال المتعلقة بالبحث عن المخالفات. فنصت المادة 19 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على مجموعة من الأشخاص المؤهلين للقيام بالتحقيقات ومعاينة المخالفات : ضباط وأعوان الشرطة القضائية⁽²⁶⁾ - أعوان قمع الغش التابعين للوزارة المكلفة بحماية المستهلك - الأعوان المعينون التابعون لمصالح الادارة الجبائية، أعوان التجارة المكلفة بالتجارة المادة 29 و 30 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، كما أعطى المشرع السلطات الواسعة لأعوان الرقابة في استعمال كل الوسائل والاطلاع على كل الوثائق والبيانات وجمع كل البيانات والمعلومات، كما لهم صلاحيات واسعة في الفحص والتفتيش في الممتلكات المرتبطة بالبحث.

إذا شكلت وقائع الإشهار التجاري جريمة بكامل أركانها، وجب حماية حق المجتمع بتحريك الدعوى العمومية إما بمبادرة من النيابة العامة ذاتها، وإما عن طريق الادعاء المدني، كما يحق للمستهلك أن يتقدم إلى القضاء الجزائي للنظر في دعواه المدنية بالتبعية⁽²⁷⁾ مع الدعوى العمومية وفقا للمادة 03 فقرة 01 من قانون الإجراءات الجزائية.

إنّ المادة 63 من القانون رقم 02-04 تجيز لممثل الوزير المكلف بالتجارة، المؤهل قانونا حتى ولو كانت الإدارة المكلفة بالتجارة ليست طرفا في الدعوى، أن يقدم أمام الهيئات القضائية المعنية بطلبات كتابية او شفوية في إطار المتابعات القضائية الناشئة عن مخالفة تطبيق هذا القانون ودون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية كما تجيز المادة 65 من ذات القانون لجمعيات حماية المستهلك أو الجمعيات المهنية ذات مصلحة رفع دعوى قضائية ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

تتميز جريمة الاشهار المضلل كغيرها المتعلقة بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بثلاث خصائص أساسية وهي أنّها كلها جنح، لا تطبق عليها العقوبات السالبة للحرية عكس ما هو معمول به مثلا في قانون العقوبات الفرنسي الذي يقضي بسنتين حبس وغرامة مالية وفي حالة تعدد الجرائم تسري عليها قاعدة جمع الغرامات المنصوص عليها في المادة 36 من قانون العقوبات التي تقضي بضم العقوبات المالية ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك بنص صريح.

5- قمع جنحة الإشهار المضلل

1/5-المسؤول جزائيا عن الإشهارات التجارية المضللة: يكون المعلن مسؤولا بصفة شخصية عن الإشهار الذي أعدّ لصالحه في حالة موافقته على النص قبل بثه أو نشره، ويعد معلن كل شخص طبيعي أو معنوي يدرج إعلانا اشهاريا أو يوكل الغير بإدراجه، وهو كل محترف يستخدم الإشهار في سبيل التعريف بمنتوج أو خدمة بهدف جلب العملاء.

إذا بث الإشهار لحسابه فإنّ المسؤولية تقع على مسيريه وأنّ الاشتراك في الجريمة معاقب عليه وفق شروط القانون العام، وبالتالي لا يمكن للمعلن التنصل من مسؤوليته إذا ما وُكّل أو أناب أحدا من عماله للتكفل بالعمل الاشهاري، فالوكيل يبرم العقد باسم ولحساب الموكل المعلن .

1-المعلن الشخص الطبيعي: المعلن هو المسؤول كفاعل أصلي عن الجريمة المرتكبة، هو الذي تم الإشهار لحسابه وبالتالي هو المسؤول بصفة أصلية، كما قد تقع المسؤولية على عاتق الشخص الذي يادر بنشر أو ببث أي إشهار إذا لم يكن المعلن قد أبدى موافقته

المسبقة حول محتوى الإشهار ومع ذلك لا يمكن للمعلن التهرب من مسؤوليته لأنه ملزم بمراقبة محتوى الرسالة الاشهارية قبل بثها.

كثيرا ما يقوم بمساعدة المعلن عدة أشخاص آخرين يتدخلون في العمل الاشهاري فتثار مسؤوليتهم⁽²⁸⁾ بحسب ما إذا قاموا بعملهم بعد إعلام المعلن أو دون ذلك. تقوم مسؤولية المكلف بإدارة الوسيلة الاشهارية⁽²⁹⁾ إلى جانب مسؤولية المعلن إما بصفته فاعلا أصليا أو شريكا وأيضا وكالة الإعلان التي هي عبارة عن منشأة أعمال متخصصة في تخطيط، إدارة، تنظيم، رقابة وتنسيق النشاطات والعمليات الاعلانية للمعلنين⁽³⁰⁾

2-المعلن الشخص المعنوي: أقر المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بموجب القانون رقم 04-15 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري وذلك في المادة 51 مكرر، ولكن نظرا لغياب نص قانوني ينظم الجرائم المتعلقة بالإشهار فلا يمكن القول بإمكانية مساءلة الشخص المعنوي عنها.

إذا بحثنا في التكييفات الأخرى الممكن أن يوصف بها الإشهار المضلل فإنه وحسب نفس التعديل أصبح يسأل الشخص المعنوي على جريمة النصب حسب المادة 382 مكرر2، كما نصت المادة 435 مكرر على مساءلته عن جريمة الخداع وبالتالي إذا أخذ الإشهار الذي صدر عن الشخص المعنوي وصف هاتين الجريمتين فإنّ المعلن يتابع ويعاقب حسب هذين النصين.

على خلاف موقف التشريع الجزائري أخذ المشرع الفرنسي⁽³¹⁾ و بصراحة بمسؤولية الشخص المعنوي عن الجرائم المتعلقة بالإشهار.

2/5-الجزاء: يعد مرتكبا للغش عن طريق الخداع كل من غالط المتعاقد بوسيلة ما في جوهر أو كمية الشيء المصرح به، وقام خرقا لأحكام القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أو النصوص المتخذة لتطبيقه وكذا القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أو خلافا للأعراف المهنية والتجارية، بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرها، ومن ثم نلاحظ أنّ المشرع لم يتوان عن معاينة كل شخص استعمل وسائل الإعلانات من أجل إيهام أو إيقاع المستهلك في الغلط.

يسبب الإشهار المضرل أضرارا عندما يكون هو الدافع والمؤثر على إرادة المستهلك بطرق غير مشروعة، فيستند إلى نظرية عيوب الرضا وأحكام الغلط إذا وقع على ذاتية الشيء أو على نوعه أو على صفة فيه وكانت هي السبب والدافع إلى التعاقد. يمكنه أيضا التمسك بالتدليس عند اكتشافه أنه لم يتلقى المعلومات الصحيحة للمطالبة بإبطال العقد الذي نشأ بالأساس على إثر إشهار مضرل، لإخفاء الحقيقة عنه.

على خلاف المشرع الفرنسي، يعاقب التشريع الجزائري من خلال المادة 38 من القانون 02-04 على جريمة الإشهار المضرل غير المشروع بعقوبة الغرامة فقط دون عقوبة الحبس، والتي تتراوح من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج كعقوبة أصلية دون أن يبين مشرعنا مدى تطبيق العقوبات التكميلية في هذا الصدد وهي التي ينبغي أن تفرض في هذا النوع من الجرائم الاقتصادية.

3/5-العقوبات التكميلية وتدابير التي يمكن للقاضي النطق بها: بعد تحديد المسؤول عن الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك من الإشهارات التجارية المضرلة لتوفر أركان الجريمة، يتولى القاضي ردع هذه الأخيرة بفرض العقوبات الأصلية، غير أن المشرع نصّ أحيانا على عقوبات تكميلية، وهذا ما تبناه بشكل واضح قانون الاستهلاك الفرنسي.

قد تكون العقوبات التكميلية أو التدابير الوقائية أكثر ردعا من العقوبات الأصلية وأهم هذه العقوبات التكميلية لردع الإشهارات التجارية المضرلة نذكر، وقف الإشهار المضرل، تحت تطبيق غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير، الأمر بنشر الحكم القضائي كعقاب أدبي وأخلاقي بالمعلن وتحت نفقاته⁽³²⁾، الحكم بنشر أو ببث الإشهار التصحيحي⁽³³⁾، باستعمال نفس وسيلة الإشهار.

6-دور القضاء في وقف الإشهار المضرل: يمكن لقاضي التحقيق أو للمحكمة المحال إليها المتابعة أن يأمر بوقف الإشهار إما تلقائيا، أو بناء على طلب من النيابة العامة أو الطرف المدني. للمستهلك الذي تضرر من الإشهار المضرل أن يقدم طلب وقف الإشهار، بطريقة شخصية أو أن يكون ممثلا من طرف جمعية حماية المستهلكين.

يكون الأمر بوقف الإشهار الصادر عن قاضي التحقيق الذي يتصل بالدعوى العمومية إما عن طريق طلب افتتاحي من وكيل الجمهورية طبقا للمادة 66 من قانون الإجراءات الجزائية وإما عن طريق الشكوى المصحوبة بالادعاء المدني التي تقدم من

المتضرر من الجريمة طبقا للمادة 72 قانون الإجراءات الجزائية. قد يتراعى لوكيل الجمهورية عند توصله بمحاضر الضبطية القضائية أو بمحاضر أعوان قمع الغش أو محاضر إحدى الجهات المخولة قانونا، بإجراء تحقيقات تمهيدية بشأن الجرائم الماسة بالمستهلك.

إنّ حكم المحكمة يكون قابلا للتنفيذ بالرغم من جميع طرق الطعن، ولعل الغاية من جواز وقف الإشهار قبل صدور الحكم، تكمن في تفادي ببطء إجراءات التقاضي، خاصة وأنّ الإشهار يحدث أثارا فور نشره، وتزداد هذه الآثار جساما مع مرور الوقت. تتولى غرفة الاتهام كدرجة عليا في التحقيق وكهيئة من القضاء الجنائي بمراقبة هذه الأوامر، إذ تختص بالنظر في استئناف الخصوم لأوامر قاضي التحقيق ومراقبة إجراءات التحقيق في المسائل الجنائية⁽³⁴⁾، كما يجوز رفع دعوى لوقف الإشهار المضلل أمام قاضي الاستعجالي إذ كان الضرر جسيما، فيصدر أمرا بذلك لدفع الخطر المحدق بالمدعي دون النظر في موضوع الدعوى، وذلك مؤقتا إلي حين الفصل في الموضوع من الجهة القضائية المختصة⁽³⁵⁾.

7-التكيفيات الأخرى لجريمة الاشهار المضلل: رغم الأحكام الواضحة المنظمة لجنحة الاشهار المضلل من حيث الشروط الأركان والجزاء في القانون رقم 04-02، إلا أنّ القضاة وبحكم سلطتهم التقديرية وتطبيقا لظروف التشديد وقاعدة أنّ القاضي لا يأخذ إلاّ بالتكيف الأشدّ قد يعمدون إلى تكيفها باعتبارها جنحة نصب واحتيال أو جريمة غش وهي جرائم عمدية عكس جنحة الاشهار المضلل التي هي غير عمدية .

1/7-جريمة النصب: يعرف النصب بأنه الاستيلاء على مال الغير بطريق الحيلة بنية تملكه⁽³⁶⁾، والإشهار التجاري المضلل قد يشكل وسيلة ابتزاز ونصب الأموال، فالميزة الخاصة بالكذب الموجودة في جنحة النصب هي محققة عن طريق وسائل اشهارية، ولاعتبار الإشهار المضلل نصبا لا بد من توافر أركان جريمة النصب وهي:

أولا/الركن المادي

-استعمال وسيلة من وسائل التدليس: باستخدام طرق احتيالية، إضافة إلى تعلق الأمر بعملية وهمية وقد يصل الكذب إلى درجة الطرق الاحتيالية إذا اقترن بأعمال مادية أو مظاهر خارجية تحمل على الاعتقاد بصحته .

أما الغرض من هذه الطرق الاحتيالية فيجب أن تكون من بين إحدى الأمور الواردة في المادة 372 من قانون العقوبات الواردة على سبيل الحصر، والمتمثلة في الإيهام بسلطة كاذبة أو بائتمان مالي خيالي أو إحداث الأمل أو الخوف بحصول ربح وهي أو حادثة أو أية واقعة وهمية أخرى.

-الاستيلاء على مال الغير: لا بد من أن يتم الاستيلاء نتيجة استعمال الجاني وسيلة من وسائل التدليس وقد حددتها المادة 372 من قانون العقوبات.

ثانيا/الركن المعنوي: يجب للعقاب على الإشهار المضلل على أساس تحقق عناصر جريمة النصب أن تنصرف إرادة المعلن إلى الاحتيال وتبغني غرضا من الأغراض الواردة في النص العقابي، وعادة ما يتمسك القضاة بهذا التكييف في الإشهار التجاري المتعلق بطرح الأسهم والسندات للاكتتاب العام .

2/7 جريمة الخداع: قد يلجأ المنتج أو الموزع عامدا لأجل الترويج لمنتجاته إلى الدعاية المضللة ، التي قد تنطوي في بعض الأحيان على مغالطات علمية بهدف تحقيق قدر كبير من الربح على حساب المستهلك الذي تخدعه هذه الدعاية⁽³⁷⁾.

نص المشرع على جريمة الخداع في المادة 429 من قانون العقوبات حيث يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2000 إلى 20.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد، سواء في الطبيعة أو الصفات الجوهرية⁽³⁸⁾ أو في التركيب أو في نسبة المقومات لكل هذه السلع .

-الركن المادي: لكي نكون أمام خداع أو محاولة خداع يرى البعض أنه لا بد أن يتم بنشاط إيجابي ملموس كما يحدث في جريمة النصب والاحتيال، غير أن الخداع لا يتطلب طرق احتيالية بل يكون بطرق تكاد ترقى إلى الإحتيال⁽³⁹⁾.

بالرجوع إلى القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁴⁰⁾ يمكن القول بأن جريمة الخداع يمكن أن ترتكب من قبل المنتج، الوسيط، الموزع، المستورد... الخ أي كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا وهو ما نصت عليه المادة 3 الفقرة 7 من القانون رقم 03/09.

حصر المشرع حالات الخداع حسب نص المادة 68 في كمية المنتوجات المسلمة أو تسليم منتوجات غير تلك المعينة-قابلية استعمال المنتج- النتائج المنتظرة من المنتج- تاريخ أو مدد صلاحية المنتج- طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج.

جرّم المشرع الجزائري الغش حيثما وكيفما وقع لما ينطوي عليه من خداع وتضليل بالثقة، ركيزة السوق، دعامة المعاملات التجارية وبدونها تتعرض الحياة الاقتصادية للكساد، فنص المشرع على أحكام جريمة الغش في المادة 431 من قانون العقوبات كما نص عليها في المادة 70 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. هذا وقد عرّفت محكمة النقض الفرنسية جريمة الغش بأنّها "كل لجوء إلى التلاعب أو المعالجة غير المشروعة التي لا تتفق مع التنظيم وتؤدي بطبيعتها إلى التحريف في التركيب المادي للمنتوج.

خاتمة

كخلاصة لهذه الدراسة نوّكد على الاتجاه الأخلاقي للإعلان التجاري الذي يدعو إلى احترام جملة من القواعد والمبادئ العامة، وهو أمر يعود بالفائدة على الجمهور المتلقي والمستهلك حتى لا يقع في المغالطات التي تسبب له الضرر.

كما أنّ احترام موثيق الشرف يعود بفائدة أكبر على المعلنين، وذلك من خلال المنافسة النزيهة التي تجذب المستهلك لمن يستحق ثقته من خلال المزايا الحقيقية للسلعة أو الخدمة وقيمتها، لكن يبقى المشكل ليس في هذه المبادئ الراقية بل في تطبيقها. ورغم ما ظهر ويظهر من تجاوزات للمعلنين خصوصا في ظل العولمة التي كسّرت كل القيود وتلاشت معها الثقافات والقيم المحلية، لا تزال جهود حماية المستهلك متواصلة ولها وزنها وثقلها على كافة المستويات.

يزداد يوما بعد يوم الضغط على المعلنين كي يكفوا عن التفكير بمبدأ الغاية تبرر الوسيلة، وبأنّهم لبننة في عالم له قيمه وتختلف مميزات أفراده باختلاف المكان والزمان. لقد كشفت الممارسة اليومية لتحقيقات ومعاينة مثل هذه المخالفات، عن وجود عدة ثغرات ومشاكل مرتبطة بالنصوص القانونية المطبقة في بلادنا والمتعلقة بقمع جريمة الإعلان المضلل نذكر منها:

-لا تعدّ هذه الأحكام رادعة بشكل كبير،

- ببطء الإجراءات وعدم فعاليتها بسبب عدم جدوى الأساليب الإجرائية المقررة أو عدم كفايتها،
- التشريع المطبق بشأن جنحة الاشهار التضليلي أظهر قصور في مكافحتها
- حدد مشرنا العقوبات الجنائية في الغرامة دون العقوبات السالبة للحرية
- لم ينص المشرع على سلطات القاضي الجزائري بشأن العقوبات التكميلية خاصة منها نشر الإعلانات الاستدراكية، تحديد مضمونها، كيفية نشرها أو بثها والغرامة التهديدية...
- أخيرا لا بد على المقتني أو المشتري سوءا كان مستهلكا عاديا أو محترفا أن يتمتع بنوع من النضج الاستهلاكي لتتوفر لديه حماية تلقائية ذاتية.

الهوامش:

- (1) بشير عباس العلاق وأ-علي محمد ربابعة، الترويج والإعلان التجاري، أسس-نظريات- تطبيقات، دار البارودي العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص: 10.
- (2) علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ص: 15.
- (3) محمد حسن العامري، الإعلان وحماية المستهلك، دار العربي للنشر والتوزيع، العراق، ط1، 2007، ص: 77.
- (4) المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ج ر عدد 05 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 315-01 المؤرخ في 10-16-2001 ج ر عدد 61 صادر في 10-21-2001.
- (5) لوناوس يوسف، الحماية الجزائرية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2010-2011، ص: 14.
- (6) القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر عدد 41 صادر في 27 جولية 2004.
- (7) محمد حسن العامري، مرجع سابق، ص: 22.
- (8) أحمد محمد علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، 2005، ص: 52.
- (9) عبد الجبار منديل، الإعلان بين النظرية والتطبيق، دار البارودي العلمية للنشر والتوزيع عمان، 1999، ص: 22.
- (10) بشير عباس العلاق وأ-علي محمد ربابعة، مرجع سابق، ص: 135.
- (11) سيد شوريجي عبد المولى، مواجهة الجرائم الاقتصادية في الدول العربية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض 2006، ص: 1.
- (12) بليمان يمينة، محاضرات في الإشهار التجاري، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق .
- (13) بليمان يمينة، المرجع السابق

(14) le juge national doit se référer à l'attente présumée d'un consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et avisé- D 1998 "le dilemme de l'appréciation du caractère trompeur"

(15) فهد بن عبد الرحمان شميمري: التربية الإعلامية: كيف نتعامل مع الإعلام؟، الفصل التاسع: أخلاقيات الإعلان. كتاب منشور في الإنترنت على الرابط:

http://digital-mediaph.com/book/index.php?option=com_content&view=article&id=113.

(16) حسن نيازي الصيفي، أخلاقيات الإعلان في الفضائيات العربية، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 201، ص: 11

(17) ج ر عدد 05.

(18) محمد حسن العامري مرجع سابق، ص: 9.

(19) أحمد علي محمود خلف، مرجع سابق، ص: 52.

(20) هيثم عبد الرحمن البقلي "الأحكام الخاصة بالدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المالية – دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص: 15

(21) غسان رباح، قانون العقوبات الاقتصادي، الطبعة الأولى مارس 1990، منشورات بحسون الثقافية، بيروت، ص: 28.

(22) Le législateur français devrait donc par l'emploi du même adverbe « notamment » supprimer le caractère limitatif de l'énumération ou « mieux supprimer l'énumération : le texte gagnerait en clarté et concision » Jean calais-Auloy Frank steinmetz «Droit de la consommation 6ed DALLOZ 2003 p 139

(23) Le doute n'est plus permis depuis la promulgation du nouveau code pénal : il s'agit d'un délit d'imprudience l'article 121-3 du code pénal Français

(24) Jean calais-Auloy Frank steinmetz «op cite p 141-

(25) La jurisprudence française admet donc la publicité emphatique ou hyperbolique du moment quelle ne trompe pas les consommateurs-RTD com 1985 /379 :obs ;Bouzat

(26) المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية.

(27) المادة 33 من القانون رقم 03-09 والمادة 50 من القانون رقم 02-04 -مرجع سابق.

(28) فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، دار البدر الجزائر 2008، ص: 19.

(29) L'annonceur ، l'agence, le support sont souvent des personnes morales en pareil cas la responsabilité pénale incombe aux dirigeants ، L'agence et le support ne sont pas a l'abri de toute responsabilité pénale : ils peuvent être poursuivis comme complice ، voire comme coauteurs Jean calais-Auloy Frank steinmetz «Droit de la consommation 6ed DALLOZ 2003 p 141.

(30) بشير عباس العلاق وأ- علي محمد رابعة، مرجع سابق، ص: 198.

(31) L'article L.213-1 du code de la consommation français /Si l'infraction est commise par une personne morale, dans le cadre d'une entreprise, la responsabilité incombe à ses dirigeants (article 121-5 du code de la consommation). D'autre part, la condamnation peut s'étendre à l'agence de publicité qui a fabriqué la publicité s'il est prouvé qu'elle a participé à constituer le mensonge. Le responsable du support de publicité, par exemple le directeur d'un journal, peut être poursuivi et condamné/ Jean calais-Auloy Frank steinmetz op cite p 142.

(32) المادة 9 و 18 قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 23-06 ج ر عدد 84.

(33) L'article L.121-6 du code de la consommation stipule: que le non respect de cette loi est passible d'une amende maximale de 38 112,25 € (250 000 frs) et de deux ans d'emprisonnement . Il est prévu que le maximum de l'amende peut être porté à 50% des dépenses de publicité constituant le délit . Par la suite, les tribunaux peuvent ordonner la cessation de la publicité litigieuse si elle persiste, ainsi que la publication du jugement et la diffusion d'une annonce rectificative.

(34) المادة 176 و 211 من قانون الإجراءات الجزائية.

(35) l'Article L121-3 du code de la consommation français.

(36) المادة 372 من قانون العقوبات .

(37) أحمد السيد طه كردي، إطار مقترح لحماية حقوق المستهلك من مخاطر التجارة الإلكترونية، كلية التجارة الدراسات العليا، قسم إدارة الأعمال، جامعة بنها، مصر، 2011، ص: 70.

⁽³⁸⁾ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية دار النهضة العربية، القاهرة 1979، ص:40.

⁽³⁹⁾ بودالي محمد، تطور حركة حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس عدد خاص، افريل 2005.

⁽⁴⁰⁾ الحميد الشواربي جرائم الغش والتدليس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص:12.

مساهمة المقررين الخاصين في تعزيز حماية حقوق الطفل *

Dr. BEN BELKACEM Ahmed
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Univeristé Mohamed Lamine Debaghine , Sétif 2.

د. بن بلقاسم أحمد
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2.

الملخص:

اهتمت الأمم المتحدة بتعزيز حماية حقوق الأطفال، ومنع الانتهاكات التي يتعرضون لها في مختلف مناطق العالم، وذلك من خلال شمولهم بألية الرقابة وفقا لنظام المقررين الخاصين، حيث أوجدت عدة ولايات على علاقة بحقوق الطفل . الأمر الذي أعطى مع مرور الوقت واستمرار هذه الولايات دفعا قويا لتلبية الاحتياجات الأساسية للأطفال خاصة المتأثرين منهم بالنزاع المسلح، كما تحسنت التدابير الوطنية والإقليمية والدولية الهادفة إلى حماية حقوقهم ومنع الانتهاكات الموجهة ضدهم.

الكلمات المفتاحية:

المقرر الخاص، تعزيز، حقوق الطفل، التدابير، الانتهاكات.

The contribution of the Special Rapporteurs on strengthening the protection of the child rights

Abstract:

The United Nations focuses on the protection of children's rights and prevented violations which they suffered in various regions of the world, through buyout control mechanism according to the system of special rapporteurs so that it created several states directly to child rights.

This fact gave with the passage of time and the continuation of these States a strong impetus to meet the basic needs of children, especially those affected by armed conflict, and national, regional and international measures are improved in order to protect their rights and prevent violations against them.

Key words:

Special rapporteur, strengthening, children's rights, measures, violations.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/04/11 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/05/12 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

La contribution des rapporteurs spéciaux au renforcement de la protection des droits de l'enfant

Résumé:

L'organisation des Nations-Unies déploie beaucoup d'efforts pour la protection des droits des enfants et protège contre les abus auxquels ils sont exposés et ce, selon le système des rapporteurs spéciaux. Avec le temps, ce processus de rapporteurs spéciaux a donné une forte impulsion dans la réponse aux besoins des enfants touchés par les conflits armés et a contribué à l'amélioration des mesures nationales, régionales et internationales de protection de leurs droits.

Mots clés:

Rapporteur spécial, droits des enfants, mesures, abus.

مقدمة

يحتلّ الطفل على الصعيد القانوني الدولي مكانا متميزا، وقد تركز هذا الاهتمام الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبيّن حقوقه وتحمي مصالحه سواء وقت السلم أو وقت الحرب. وقد حرصت المنظمات والمؤسسات الدولية على ترجمة هذه المبادئ والحقوق التي اشتملتها الإعلانات والصكوك إلى برامج عمل وإلى ممارسات عملية دائمة من خلال العديد من الآليات التي تسهر على تكريس هذه الحقوق وتعزيزها. ومن هذا الآليات نظام الإجراءات الخاصة أو نظام المقررين الخاصين لحقوق الإنسان⁽¹⁾، الذي يرصد ويفحص حالة حقوق الإنسان في كل أنحاء العالم ويقدم تقارير علنية عنها، فيلّي أيّ مدى يسهم هذا النظام في تكريس حقوق الطفل وتعزيز حمايتها؟ وماهي الإجراءات والأساليب المتبعة لحماية حقوق الطفل؟

الإجابة عن ذلك تكون من خلال مبحثين، نتناول في المبحث الأول مهام المقررين الخاصين ذات الصلة بحقوق الطفل، وفي المبحث الثاني الأساليب والإجراءات المتبعة في عملهم وأثرها في حماية حقوق الطفل.

المبحث الأول: المقررون المعنيون بحماية حقوق الطفل ومهامهم

يشكّل المقررون الخاصون عنصرا أساسيا في نظام الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وهو نظام يغطي جميع حقوق الإنسان المدنية والسياسية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية، ولذلك فإنّ حقوق الطفل وحمايتها لم تستثن من الاهتمام والرعاية في هذا النظام، يدلّ على ذلك اهتمام الكثير من المقررين بحقوق الطفل، غير أنّ هذا الاهتمام لم يكن على درجة واحدة بسبب الحقوق المعنية بالرعاية ومدى صلتها القوية

بالطفل؛ فبعض المقررين يهتمون بحقوق الطفل بصفة مباشرة (مطلب أول)، وبعضهم الآخر بصفة غير مباشرة (مطلب ثان).

المطلب الأول: المقررون الخاصون المعنيون بحقوق الطفل بصفة مباشرة

هناك ولاية واحدة تركز بشكل حصري على الأطفال، وهي ولاية المقرر الخاص المعني ببيع الأطفال وبغاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية (أولا)، وولاية ثانية تركز على الأطفال بشكل خاص، وهي ولاية المقرر الخاص المعني بالإتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال (ثانيا).

أولا/المقرر الخاص المعني ببيع الأطفال وبغاء الأطفال واستغلالهم في المواد الإباحية: مع ازدياد الاهتمام الدولي بحقوق الأطفال عامة، وأمام تفاقم ظاهرة استغلال الأطفال في الجنس التجاري وبيعهم، خلص الفريق العامل المعني بأشكال الرق المعاصرة عام 1989 إلى أنّ الوضع يستلزم اتخاذ تدابير عاجلة لمنع هذه التجاوزات، واقترح برنامج عمل لمنع بيع الأطفال واستخدامهم في البغاء والمواد الخليعة. كما أوصى بتعيين مقرر خاص للنظر في المسائل المتصلة ببيع الأطفال واستخدامهم في البغاء والمواد الخليعة. وهو الأمر الذي وافقت عليه لجنة حقوق الإنسان بقرارها 68/90 المؤرخ في 7 مارس 1990، ومنذ ذلك الحين وولاية هذا المقرر تجدد وتمدد إلى يومنا هذا⁽²⁾.

وقد أسند قرار التعيين للمقرر الخاص التحقيق في استغلال الأطفال في جميع أنحاء العالم وتقديم تقارير إلى الجمعية العامة ولجنة حقوق الإنسان تتضمن أنشطته المتصلة بهذه المسائل بما في ذلك تواتر تلك الممارسات ومداهما، علاوة على استنتاجاته وتوصياته لحماية حقوق الأطفال المعنيين⁽³⁾. بينما أضاف مجلس حقوق الإنسان للمقرر الخاص المعني ببيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية مهاما أخرى أهمها:

- تحليل الأسباب الكامنة وراء بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية.
- تحديد الأنماط الجديدة لهذه الظاهرة وتقديم توصيات محددة لمنعها ومكافحتها.
- تحديد أفضل الممارسات بشأن تدابير المكافحة وتبادل هذه الممارسات وترويجها.

– تقديم توصيات بشأن تعزيز وحماية حقوق الأطفال من الضحايا الفعليين أو المحتملين، وأخرى بشأن إعادة تأهيل الأطفال ضحايا البيع والاستغلال الجنسي⁽⁴⁾.

كما يسترشد المقرر الخاص في عمله أيضا باتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 والبرتوكول الإضافي الملحق بها والمتعلق ببيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية لعام 2005⁽⁵⁾. كما يبحث جميع المسائل والاتجاهات والآثار المتعلقة بالاستغلال الجنسي للأطفال عبر الأنترنت وأثناء السفر والسياحة، وفي سياق الأحداث الرياضية الكبرى، والاتجار بالأطفال لأغراض البيع والاستغلال الجنسي، وبيع الأطفال لأغراض التبني غير القانوني، ونقل الأعضاء، وزواج الأطفال، والعمل القسري⁽⁶⁾.

ثانيا/المقرر الخاص المعني بالإتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال: أنشأت لجنة حقوق الإنسان ولاية المقرر الخاص المعني بمسألة الاتجار بالأشخاص، لاسيما النساء والأطفال عام 2004 بموجب قرارها 2004/110 للتركيز على جوانب حقوق الإنسان الخاصة بضحايا الإتجار بالأشخاص، ومن ذلك الحين ومجلس حقوق الإنسان يجدد ويمدد في هذه الولاية⁽⁷⁾، كان آخرها القرار 8/26 لعام 2014، بغية القيام بمهام عديدة منها:

- تعزيز التطبيق الفعال للقواعد والمعايير الدولية ذات الصلة وتحسينها.
- إدراج منظور جنساني ومنظور مراعي للسن في جميع الأعمال التي يضطلع بها المقرر الخاص بوسائل منها تحديد جوانب الضعف المرتبطة بنوع الجنس وتلك المرتبطة بالسن فيما يتصل بمسألة الإتجار بالأشخاص.
- تحديد الممارسات الجيدة وتقاسمها وتعزيزها بغية الدفاع عن حقوق الإنسان لضحايا الإتجار بالأشخاص وحمايتهم، وتحديد ثغرات الحماية في هذا الصدد.
- دراسة مدى تأثير التدابير الوطنية والإقليمية والدولية المعتمدة للتصدي للإتجار بالأشخاص على حقوق الإنسان لضحايا الإتجار بغية اقتراح الاستجابات المناسبة للتصدي للتحديات في هذا الصدد.

– التركيز بوجه خاص على توصيات تتضمن حلولاً عملية لإعمال الحقوق ذات الصلة بالولاية، بما يشمل تحديد المجالات والوسائل الملموسة للتعاون الدولي والإقليمي وبناء القدرات من أجل التصدي لمسألة الإتجار بالأشخاص.

– التعاون الوثيق مع الحكومات ومختلف الهيئات والأجهزة الدولية والمؤسسات الوطنية الحكومية وغير الحكومية ذات العلاقة بمكافحة الاتجار بالأشخاص، خاصة في مجال طلب وتلقي المعلومات وتبادلها والاستجابة بطريقة فعّالة، للمعلومات الموثوقة المتعلقة بالانتهاكات المزعومة لحقوق الإنسان بغية حماية الحقوق الإنسانية لضحايا الإتجار بالأشخاص الفعليين أو المحتملين⁽⁸⁾.

المطلب الثاني: المقررون الخاصون المعنيون بحقوق الطفل بصورة غير مباشرة

هناك الكثير من المقررين لهم علاقة غير مباشرة بحقوق الطفل باعتبار الطفل جزءاً من مجالات ولايتهم، غير أنّ ذلك يختلف من ولاية إلى أخرى، وسنتناول مقررين على سبيل المثال نظراً لاهتمامهم الكبير بتمكين الطفل من حقوقه في مجال ولايتهم؛ وهما، المقرر الخاص المعني بالغذاء (أولاً)، والمقرر الخاص المعني بالصحة (ثانياً).

أولاً/المقرر الخاص المعني بالغذاء: يعتبر الحق في الغذاء من أهم الحقوق التي يجب أن ينالها الشخص ولاسيما الأطفال، فهو يؤثر على تمتعهم بحقوقهم الأخرى كالالتعليم والصحة وغيرها، فالجوع وسوء التغذية يضعف من قدرات الأطفال على التعلّم وقد يضطرهم إلى التوقف عن المدرسة والعمل بدلاً من ذلك. كما أنّه يجعلهم عرضة للأمراض التي تفتك بحياتهم، ولذلك أنشأت لجنة حقوق الإنسان ولاية المقرر الخاص المعني بالحق في الغذاء⁽⁹⁾ عام 2000⁽¹⁰⁾، من أجل تعزيز وحماية هذا الحق، ومن مهامه ذات العلاقة بالأطفال:

- دراسة سبل ووسائل التغلب على العقبات القائمة والناشئة لإعمال الحق في الغذاء⁽¹¹⁾.
- تعميم مراعاة المنظور الجنساني، والبعد العمري في إعمال الحق في الغذاء باعتبار أنّ النساء والأطفال يتأثرون أكثر بالجوع وانعدام الأمن الغذائي والفقر.
- تقديم توصيات بشأن الخطوات الممكنة بغية التوصل بشكل تدريجي إلى الإعمال الكامل للحق في الغذاء والتحرر من الجوع.

والملاحظ أيضا أنّ حق الطفل في الغذاء له الاهتمام الأكبر في عمل ومساعي المقرر الخاص، باعتبار أنّ الطفل من أكبر الفئات التي تتأثر بشكل واضح وكبير بالجوع والفقر. ثانيا/المقرر الخاص المعني بالصحة: أنشأت لجنة حقوق الإنسان ولاية المقرر الخاص المعني بالصحة عام 2002⁽¹²⁾، وذلك للتركيز على حق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية، وإعطاء اهتمام خاص لاحتياجات الأطفال وغيرهم من الفئات الضعيفة والمهمشة لدى إعمال هذا الحق⁽¹³⁾.

لقد نال الطفل عناية خاصة في المهام المكلف بها المقرر المعني بالحق في الصحة، حيث ركّز هذا المقرر على علاقة الحق بالصحة بحق الطفل في البقاء والنمو السليم، وعلى مشتملات هذا الحق بالنسبة للطفل، وعلى مساحات القلق المتعلقة بصحة الأطفال، فضلا عن تأكيده على حق الأطفال في المشاركة في عمليات صنع القرارات التي تؤثر على حقوقهم وعلى ضرورة المساءلة القائمة على الرصد والاستعراض والجبر. كما أنّه يركّز في نشاطه على تعزيز حق الطفل في الصحة وتوضيح ملامح ومضمون هذا الحق، وتحديد الممارسات الجيدة لإعماله على الصعيد الوطني والدولي، وعلى حظر العقاب البدني للأطفال في جميع الأوساط لما يترتب عليها من تأثيرات ضارة وخطيرة على صحته ونمائه، وأنّ على جميع الأطراف الفاعلة المساهمة في تحقيق نماء صحي آمن للأطفال الصغار، وضرورة الاستثمار في النماء الصحي لهم⁽¹⁴⁾.

المبحث الثاني: أساليب عمل الخبراء المستقلين المعنيين بحقوق الطفل وأثرها

ينفذ المقررون الخاصون مهامهم طبقا لولاياتهم من خلال وسائل وأنشطة مختلفة ورد تحديدها في مختلف القرارات المتعلقة بالولاية (مطلب أول)، وهي ذات أثر كبير في حماية وتعزيز حقوق الطفل (مطلب ثان).

المطلب الأول: أساليب العمل

يستعمل المقررون الخاصون أساليب ووسائل متنوعة في عملهم، كالتقارير السنوية والزيارات القطرية والدراسات المواضيعية. وهو ما نعرضه في النقاط التالية:
أولا/إعداد الدراسات: يمكن لأصحاب الولايات القيام بدراسات مواضيعية سواء بمبادرة منهم أو بطلب من مجلس حقوق الإنسان. وتتناول هذه الدراسات جوانب من الحق الذي يقع في دائرة صلاحياتهم، وتحلل كيفية وقوع الانتهاكات وأسبابها، وتفصّل

المعايير الواجب توافرها، وتقدّم توصيات عامة عن كيفية منع انتهاكات حقوق الإنسان وكيفية تدارك عواقبها⁽¹⁵⁾.

ويسعى المقررون الخاصون من خلال هذه الدراسات إلى وضع قواعد ومعايير ذات حجية لتطبيقها في مجال عملهم، وهذه المبادئ يسترشد بها ممثلو الدول وجميع السلطات الأخرى والمجموعات والأفراد والمنظمات الدولية الحكومية والمنظمات غير الحكومية عند معالجة المسائل المتعلقة بالحقوق المعنية⁽¹⁶⁾.

وقد قام المقرر الخاص المعني ببيع الأطفال وبغاء الأطفال واستخدام الأطفال في المواد الإباحية بأكثر من 12 دراسة لها علاقة ببيع الأطفال وبغائهم واستخدامهم في المواد الإباحية، كتكنولوجيا المعلومات والاتصالات وبيع الأطفال واستغلالهم جنسيا⁽¹⁷⁾.

كما قام المقرر المعني بالحق في الغذاء بدراسات منها، الأطفال وحقهم الإنساني في الغذاء (A/HRC/4/30)، وهو الأمر نفسه بالنسبة للمقرر المعني بالحق في الصحة من خلال دراساته التي لها علاقة بحق الأطفال في الصحة، كحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه (A/HRC/22/31)، والأطعمة غير الصحية والأمراض غير السارية (A/HRC/26/31)، والحق في الدواء (A/HRC/23/42) وغيرها.

ثانياً/التقارير السنوية: يقوم المقررون الخاصون بتقديم تقارير سنوية عن ولايتهم لمجلس حقوق الإنسان وللجمعية العامة يستعرضون فيها أنشطتهم خلال العام المنقضي، حيث يحتوي التقرير على الصلاحيات وأساليب العمل (الزيارات القطرية التي قام بها، والبلاغات الواردة إليه والرسائل المحالة إلى الدول وردود الحكومات عليها، والتعاون مع مختلف الهيئات والمنظمات)، والتحليل النظري لحالة الحق المعني به، أو الدراسات المواضيعية المتصلة بهذا الحق والتقدم المحرز في مجال حماية حقوق الطفل وتعزيزها على المستوى الوطني والإقليمي والدولي، بالإضافة إلى الاستنتاجات والتوصيات. والملاحظ على تقارير المقررين الخاصين تناولها حالة حقوق الأطفال في مختلف أنحاء العالم كل في مجاله، والتشجيع على إعطاء الأطفال الأولوية والعناية المستمرة، والحرص على مصالحهم الفضلى في جميع الإجراءات المتخذة المتعلقة خصوصاً بالأطفال الضحايا. كما أنهم يوصون الدول بالمصادقة على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل المتعلق بإجراء تقديم البلاغات، وذلك لضمان توافر آلية قضائية دولية للأطفال

الذين انتهك حق من حقوقهم. كما يشجعون الدول على الاعتراف باختصاص اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تلقي وبحث البلاغات المقدمة بين الدول، لما في ذلك من أثر إيجابي على حقوق الطفل⁽¹⁸⁾.

ثالثا/الزيارات القطرية: يولي المقررون الخاصون أهمية كبرى للزيارات القطرية⁽¹⁹⁾، لكونها تشكل فرصة عظيمة لجمع المعلومات، والوقوف على مدى إعمال الحق المعني به، والتعرف على المسائل المثيرة للقلق، وتقييم الحالة على الطبيعة، واقتراح توصيات محددة لتحسين الأوضاع⁽²⁰⁾.

ويلتقي المقرر أثناء الزيارة بممثلي الحكومة، وممثلي المجتمع المدني، أو الضحايا، أو أقربائهم، وبالمنظمات الدولية والبعثات الدبلوماسية في ذلك البلد. ومن الضروري تمتعه بحرية إجراء التحريات والاتصال بممثلي المنظمات غير الحكومية ودخول المنشآت ذات الصلة. ولذلك فإنّ المقررين لا يتوجّهون إلى أيّ بلد دون موافقة سلطاته المختصة⁽²¹⁾، كما أنّهم يقومون بإحالة التوصيات إلى الحكومات طالبين منها تقديم تعليقاتها، وبيان التدابير التي اتخذتها أو تعزم اتخاذها كي تنفذ، ولو بالتدرج حقوق الأطفال المعنيين بها⁽²²⁾.

ولمتابعة استنتاجاتهم وتوصياتهم المتعلقة بهذه البلدان يقيمون حوارات مستمرة مع الحكومات المعنية حتى تتصدى هذه الحكومات لأوجه القلق التي أعربوا عنها.

وقد قام المقرر الخاص المعني ببيع الأطفال وبغاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية منذ بداية الولاية إلى نهاية 2014 بأكثر من 36 زيارة قطرية شملت 31 بلدا⁽²³⁾، بينما قام المقرر الخاص المعني بالإنجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال بأكثر من 18 زيارة قادته إلى عدة بلدان من مختلف مناطق العالم⁽²⁴⁾. بينما قام المقرر الخاص المعني بالحق في الغذاء بزيارة أكثر من 28 بلدا⁽²⁵⁾، وقام المقرر الخاص المعني بالحق في الصحة بأكثر من 22 زيارة شملت 20 بلدا وبعض المنظمات الدولية والمؤسسات المالية من أجل البحث في كيفية إعمال الحق في الصحة⁽²⁶⁾.

وللإشارة فأحيانا تكون الزيارة مشتركة تجمع بين مجموعة من المقررين، وذلك عندما تكون مشاكل حقوق الإنسان التي تنطوي عليها الحالة المحددة هي مشاكل

متعددة، كالزيارات في سياق النزاعات المسلّحة مثلما حصل في تيمور الشرقية وفي يوغسلافيا سابقا، وإلى نيجيريا في جانفي 2016⁽²⁷⁾.

رابعا/استقبال شكاوى الأفراد والمجموعات:يستطيع الأفراد أو المجموعات ممن يتأثرون بانتهاكات حقوق الإنسان أو ممن لديهم معرفة مباشرة أو موثوقة بهذه الانتهاكات التقدم بشكاوى إلى المقرر المعني، وبناء على ذلك فإنّ المقرر الخاص يكتب إلى الحكومة المعنية سواء بشكل مستقل أو بالاشتراك مع غيره من المقررين الآخرين على صلة بهذه الانتهاكات، ويدعو المقرر الحكومة إلى التعليق على هذه المزاعم ويطلب توضيحات منها، مذكرا إيّاها بالتزاماتها بموجب القانون الدولي، وعند الاقتضاء فإنّه يطلب منها معلومات على الخطوات المتخذة من قبلها لمعالجة الوضع.

ويتخذ اتصال المقرر الخاص بهذه الحكومة أحد الشكليات، إمّا النداءات العاجلة⁽²⁸⁾، أو رسائل الادعاء⁽²⁹⁾.

وما تجب الإشارة إليه هنا أنّ الاتصالات من المقرر الخاص إلى الحكومة حول هذه الشكاوى تكون في سرية تامة إلى غاية إعلان تقريره، مالم يقرر إصدار بيان صحفي قبل ذلك، ويتضمن التقرير ملخص الرسائل المرسلّة والردود الواردة من الحكومة وتعليقات المقرر الخاص⁽³⁰⁾. كما أنّه يجب أن تكون المعلومات المقدمة في الشكاوى دقيقة وواضحة وكافية⁽³¹⁾، وهذا لتمكين المقرر من الاستمرار في متابعة القضية.

وللإشارة فإنّ المقرر المعني ببيع الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية تلقى 124 بلاغا في الفترة ما بين 2004 و2008، بينما تلقى المقرر المعني بالإتجار بالأشخاص خاصة النساء والأطفال لنفس الفترة 49 بلاغا، وتلقى المقرر المعني بالحق في الغذاء 126 بلاغا، والمقرر الخاص بالصحة 148 بلاغا، غير أنّ نصيب الاستجابة منها من قبل الدول المعنية لم يتعد 30%⁽³²⁾؛ وهو ما يشكّل عقبة في وجه المقررين الخاصين لمتابعة الانتهاكات التي تصل إليهم.

خامسا/الاجتماعات السنوية: يعقد رؤساء الفرق العاملة والمقررون الخاصون والممثلون الخاصون والخبراء المختلفون اجتماعات سنوية لتحقيق التوافق بين جهودهم وترشيد عملهم حسبما جاء في إعلان "برنامج عمل فيينا" لعام 1993.

ويعدّ التنسيق وسيلة فعّالة لتبادل الدروس المستفادة ومواجهة التحديات المشتركة ورفع المعايير المهنية، وتعمل لجنة التنسيق بين أخصائي الإجراءات الخاصة على تسهيل التنسيق بين المقررين وبينهم وبين المفوضية السامية لحقوق الإنسان، ويظهر زيادة التنسيق من خلال زيادة رسائل الادعاء المشتركة والبيانات الصحفية وحتى الزيارات القطرية المشتركة.

سادسا/الأنشطة المختلفة: يحضر المقررون الخاصون المؤتمرات والندوات التي لها صلة بولايتهم تعزيزا لإعمال الحق من خلال الحوار مع الجهات ذات الصلة⁽³³⁾، كما أنهم يصدرن بيانات صحفية فردية أو جماعية، فضلا عن المؤتمرات الصحفية التي تبرز الحالة المحددة والمعايير الدولية التي يتعين أن تحترمها حكومة معينة أو بشأن قضية معينة⁽³⁴⁾، كما أنهم يقومون بأنشطة أخرى للتعريف بعملهم⁽³⁵⁾.

المطلب الثاني: أثر عمل المقررين الخاصين في تعزيز حماية حقوق الطفل

يقوم نظام الإجراءات الخاصة بشكل عام بدور هام في تشكيل محتوى المعايير الدولية لحقوق الإنسان، وتسهيل الضوء على مدى التزام الدول بهذه المعايير، وتعزيز التدابير الرامية إلى تحسين مستوى الاحترام⁽³⁶⁾. ومن هنا فإنّ المقررين الخاصين ذوي الصلة بحقوق الطفل يعملون على تحويل المعايير الدولية لحقوق الطفل إلى واقع ملموس، وإلى لفت الانتباه إلى قضايا حقوق الطفل المستجدة، وإجراء تحليل نقدي لممارسات الدول في الامتثال لالتزاماتها، وحتمًا ومساعدتها على احترامها، وتشجيعها على التعاون الكامل معهم، وتوفير الاستجابة الفورية والموضوعية للانتهاكات المزعومة لحقوق الأطفال التي تأتي إلى علمهم.

وبلا شك، فإنّ عمل المقررين الخاصين ونشاطاتهم المختلفة ذات الصلة بحقوق الطفل تنطوي على الحالات التي تبعث على القلق، كما تنطوي على تحليلات قيّمة لحالة حقوق الطفل في شتى أنحاء العالم، وهو ما يؤدي إلى معرفة مختلف الانتهاكات التي يتعرض لها الأطفال وأسبابها والأساليب الكفيلة بمكافحتها والحدّ منها بما يمكن الطفل من التمتع بحقوقه كاملة. الأمر الذي أدى إلى زيادة التوعية بحقوق الطفل والتعبئة حولها، وهو ما سهّل على تكوين شبكات وائتلافات جديدة على الصعيد الوطني والإقليمي والدولي، وتعزيز التحالفات الاستراتيجية داخل منظومة الأمم المتحدة

وخارجها لبناء عالم يتمتع فيه الأطفال بحقوقهم كاملة، بل وعلى إدراج الشواغل المتعلقة بالأطفال في الخطط السياسية والإنمائية للدول⁽³⁷⁾.

كما أنّ الكشف عن الانتهاكات الواسعة والمستمرة، من خلال عمليتي الرصد والإبلاغ، يحرج السلطات في هذه البلدان ويدفعها إلى المسارعة إلى وقف هذه الانتهاكات، خاصة وأنّ التقارير التي تنشر فيها هذه الانتهاكات تحدد الضحايا وتورد الادعاءات كاملة مكانا وزمانا وأشخاصا، فإذا تدخل المقررون بالنيابة عن الضحايا من خلال النداءات العاجلة أو رسائل الادعاء ومتابعتها، فإنّ ذلك حتما سيؤدي إلى تغيير الحالة وتحسينها، لاسيما عندما تتجاوب الحكومات مع صاحب الولاية وتدخل في حوار بناء وتقديم معلومات سريعة وشاملة⁽³⁸⁾.

وتوفر الزيارات القطرية فرصة جيّدة لنجاح المقررين في المساعدة على إنصاف الضحايا أو توقيف الانتهاك⁽³⁹⁾، من خلال إثارة القضايا مباشرة مع مسؤولي الحكومات وعلى أعلى المستويات وتقديم المشورة لهم بشأن إصلاحات محددة، فضلا عن أنّها تحفّز الجهات الفاعلة داخل الحكومة وخارجها لتركيز طاقاتها نحو إثبات الحقائق وتحديد الانتهاكات واقتراح سبل الإصلاح.

كما أنّها تكون فرصة لممثلي المجتمع المدني الذين يعملون على إبلاغ الخبراء بمشاكل حقوق الطفل في البلد ومساعدتهم على التواصل مع الضحايا واقتراح سبل تحسين التزام الدولة بالمعايير الدولية⁽⁴⁰⁾. ولعلّ مصداقية الخبراء واستقلاليتهم وبعدهم عن الاعتبارات السياسية يدفع الدول إلى قبول التوصيات والعمل بها حتى وإن عبرت هذه الدول عن رفضها لهذه التقارير⁽⁴¹⁾.

كما أنّ دراسة حالة حقوق الأطفال بشكل متواصل يبيّن للضحايا أنّ المجتمع الدولي لا يتجاهل محنتهم ويعطيهم الفرصة للتعبير عن مظلهم، وبالتالي يتأكد منتهكو حقوقهم بأنّهم تحت المراقبة، وتعلم السلطات المعنية في البلدان التي تنتهك فيه حقوق الطفل أنّ فحص حالتها سيكون له تأثير على الاعتبارات السياسية والإنمائية والإنسانية، وهو ما يؤدي إلى تحسين المساءلة والتغيير نحو الأفضل. كما يؤدي دورهم هنا أيضا إلى تحرر الأطفال وذويهم من الخوف، وبالتالي التبليغ عن الانتهاكات، وتوثيقها، وهو ما يسهم في إنهاء ظاهرة الإفلات من العقاب⁽⁴²⁾. فضلا عن مساهمتهم في ربط قنوات

الاتصال والتعاون بمختلف الجهات الفاعلة المحلية والدولية لتعزيز حقوق الطفل وحمايتها.

أما التوصيات التي يقدمونها، سواء من خلال دعوة الدول إلى التصديق على جميع الصكوك الإقليمية والدولية ذات الصلة بحقوق الطفل⁽⁴³⁾، أو من خلال دعوتهم إلى اعتماد استراتيجيات شاملة لحماية الأطفال، قوامها التشريعات المناسبة، والكشف والإبلاغ ومقاضاة المنتهكين، وإعادة تأهيل الضحايا وإدماجهم، ووضع برامج وقاية وحماية بمشاركة الأطفال، والتعاون الدولي الدائم والمستمر، كل ذلك يسهم بشكل فعال في حماية حقوق الأطفال، ويقلل من الانتهاكات الموجهة ضدهم.

والأكيد أنّ عملهم وجهودهم كان له الأثر الكبير في رفع الوعي والتعبئة لتعزيز حقوق الطفل، ووضع احتياجاته لاسيما وقت النزاعات المسلحة في قائمة الأولويات السياسية في جداول أعمال المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية⁽⁴⁴⁾، بل إنّ الاهتمام بحقوق الطفل وتعزيزها صارت من الملامح البارزة لسياسات الكثير من الحكومات. كما ازدادت المؤتمرات والندوات الدولية التي تبحث في موضوع حقوق الأطفال وتعزيزها، بالإضافة إلى إدخال فكرة مشاركة الأطفال في رسم السياسات التي تستهدف حماية حقوقهم من خلال الاستماع إليهم وإلى أوليائهم.

كما أنّ تقاريرهم يمكن أن تكون بمثابة إنذار مبكر⁽⁴⁵⁾ لما يمكن أن يحدث من انتهاكات لحقوق الأطفال في بلد ما، وهو ما يعطي المجتمع الدولي فرصة التدخل وإنقاذ ما يمكن إنقاذه في الوقت المناسب. ويجب أن نشير في الأخير إلى أنّ عدم تعاون بعض الحكومات وعدم كفاية الموارد المالية وعدم وجود عملية منظمة لمتابعة توصياتهم يعتبر من العقبات التي ما تزال تواجه أعمالهم، وهو ما يفرض على الحكومات مزيد من الثقة والتبرع والتعاون لتجاوز هذه العقبات وكفالة احترام وتعزيز أكبر لحقوق الطفل.

خاتمة

يلعب المقررون الخاصون ذوي الصلة بحقوق الأطفال دورا كبيرا ومهما في حماية حقوق الطفل وتعزيزها، وهذا الدور لا يخفى على أحد، ولذلك نجد مجلس حقوق الإنسان يمدد ولاياتهم في كل مرة، ويوسّع من مهام واختصاصات الولايات الأخرى لتشمل المواضيع ذات الصلة بحقوق الأطفال، خاصة وأنّ نهج المقررين الخاصين يركّز

على ضرورة تطبيق الدول مقارنة قائمة على احترام حقوق الإنسان في قوانينها وسياساتها وبرامجها وميزانياتها، وأن تكون الممارسات السلمية في تطبيق حقوق الإنسان هي القاعدة وليست الاستثناء. وهو ما يعزز حقوق الطفل ويحميها، وخاصة عندما تتعزز المراقبة المستقلة لحقوق الإنسان بآليات وطنية⁽⁴⁶⁾.

ومع هذا الدور البارز، فإنّ الأمر ما يزال يتطلب جهداً أكبر لكشف السبل المستجدة للانتهاكات التي يتعرض لها الأطفال ومعالجتها، مع زيادة التعاون والتنسيق والتكامل فيما بينهم، ومع الآليات الدولية الأخرى ذات الصلة بغية تلبية احتياجات الأطفال في الوقت المناسب، لاسيما أثناء النزاع المسلح.

ونظراً لكون ولاية المقررين الخاصين لحد الآن معنية ببعض جوانب حقوق الأطفال فقط، فحبذا لو يتمّ توسيع هذه الولايات إلى جميع حقوق الطفل، ولو اقتضى الأمر إلى جعله فريق عمل، تحدد له في كل مرة المواضيع ذات الأولوية في نشاطه واهتماماته.

كما أنّ على الدول سرعة الاستجابة لطلبات الزيارة التي ترد إليها من قبل الخبراء المعنيين بقضايا الطفل وحقوقه، وحبذا لو أنّ الدول التي لم توجه دعوة دائمة بعد لأصحاب الإجراءات الخاصة أن تسارع في هذا الأمر⁽⁴⁷⁾، وأن تستجيب لجميع البلاغات المتعلقة بالأطفال في الوقت المناسب.

ومن جهة أخرى يجب على الأمم المتحدة زيادة الميزانيات المخصصة لهؤلاء الخبراء حتى يؤدوا واجباتهم المنوطة بهم ويحققوا الأهداف المرسومة لهم، ويجب عليها أن تدعو الدول ومختلف المنظمات الحكومية وغير الحكومية وتشجّعها للمساهمة في هذا الشأن سواء بالتبرع مباشرة أو بالتكفل بالمشاريع والدراسات التي يطرحها هؤلاء الخبراء، ولاسيما التي تمسّ أطفال الدول الفقيرة والدول التي تعاني من النزاعات المسلحة.

الهوامش:

(1) نظام الإجراءات الخاصة: هو ولايات حقوق الإنسان أو المقرر الخاص، أو الخبير المستقل أو الممثل الخاص، كلّها أسماء لمعنى واحد وهو، تكليف خبراء مستقلين في مجال حقوق الإنسان بولايات لتقديم تقارير ومشورة بشأن حقوق الإنسان، سواء من منظور مواضيعي أو خاص ببلدان محددة، ويوجد لحد الآن 55 ولاية لحقوق الإنسان

تابعة لمجلس حقوق الإنسان، منها 41 ولاية تتعلّق بمواضيع محددة، و 14 ولاية تتعلّق ببلدان بعينها. لمزيد من المعلومات يمكن العودة إلى الموقع : www.ohchr.org

(2) مرّ على هذا المنصب خمسة مقررين لحد الآن، وهم على التوالي: السيد فيتيت مونتابورون Vitit Muntarbhorn (تايلاند) 1991-1994، السيدة أوفيليا كالسيستاس سانتوس Ofelia Calcetas-Santos (الفلبين) 1994-2001، السيد خوان ميغويل بيتيت Juan Miguel Petit (أورغواي) 2001-2008، السيدة نجاة معلا ماجد (المغرب) 2008-2014، وأخيرا السيدة مود دي بور بوكينشي Mand de Boer-Buquicchio (هولندا) منذ مارس 2014.

(3) وثيقة الأمم المتحدة: E/CN.4/1991/50 P P 3-4

(4) انظر: قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 7/13 المؤرخ في 27 مارس 2008.

(5) اتفاقية حقوق الطفل هي اتفاقية تعاهدتها الأمم المتحدة بقرارها 25/44 في 20/11/1989، ودخلت حيز النفاذ في 9/2/1990، وصدّقت عليها 196 دولة. وقد أحقها بالاتفاقية ثلاث برتوكولات؛ اثنان اعتمدا في ماي 2000، ودخلا حيز النفاذ في 2002، ويتعلق البرتوكول الأول باشتراك الأطفال في النزاعات المسلّحة، وقد صدّقت عليه 162 دولة، بينما يتعلّق البرتوكول الثاني ببيع الأطفال واستغلالهم في المواد الإباحية، وقد صدّقت عليه لحد الآن 171 دولة، بينما دخل البرتوكول الاختياري الثالث المعتمد في ديسمبر 2011 حيز النفاذ في أبريل 2014 (إلى غاية مارس 2016 وقّعت عليه 50 دولة وصادقت عليه 26 دولة).

(6) <http://www.ohchr.org/ar/Issues/Children/Pages/ChildrenIndex.aspx>

(7) مرّ على هذا المنصب كلا من: السيدة: سيغما هدى Sigma Huda (بنغلادش) 2004-2008، السيدة: جوي نغوزي يازيلو Joy Ngozi Ezeilo (نيجيريا) 2008-2014، والسيدة: ماريا غراتسيا جيمامارينارو Maria Grazia Giammarinaro (إيطاليا) منذ 2014.

(8) انظر: نص القرار في الوثيقة: A/HRC/REC/26/8

(9) مرّ على منصب المقرر الخاص المعني بالغذاء كل من السيد: جان زيجلر (سويسرا) 2000 - 2008، والسيد: أوليفييه دي شوتير (بلجيكا) 2008 - 2014، والسيدة: هلال الفار (تركيا) منذ 2014.

(10) تمّ ذلك بموجب قرارها 2000/10 المؤرخ في 17 أبريل 2000، وقد مدد مجلس حقوق الإنسان هذه الولاية بقراره 6/3 عام 2007، ثم بقراره 13/4 عام 2010.

(11) يتمّ إعمال الحق في الغذاء حسب لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عندما يتاح ماديا واقتصاديا لكل رجل وامرأة وطفل بمفرده أو مع غيره من الأشخاص في كافة الأوقات، سبيل الحصول على الغذاء الكافي أو وسائل شرائه. ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر العناصر الأساسية التالية: التوافر، إمكانية الوصول، الكفاية، والاستدامة. لمزيد من التفاصيل انظر: التعليق رقم 12 للجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بتاريخ 12 ماي 1999، رقم الوثيقة: E/C.12/1999/5

(12) أنشأت لجنة حقوق الإنسان ولاية المقرر المعني بالصحة بموجب قرارها 2002/31، وجددها عام 2005 بموجب القرار 2005/24، ثمّ أقرّ مجلس حقوق الإنسان هذه الولاية ووسّع نطاقها بموجب قراراته: 29/6 لعام 2007، ثم بقراره 22/15 لعام 2010. وقد مرّ على هذا المنصب كل من السيد: بول هنت (نيوزيلندا) 2002-2008، والسيد: آناند عزوفر (الهند) 2008-2014، والسيد: داينوس بوراس (ليتوانيا) منذ 2014.

(13) انظر قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 29/6 المؤرخ في 14 ديسمبر 2007.

- (14) انظر: تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في الصحة أمام مجلس حقوق الإنسان في أبريل 2015، رقم الوثيقة: A/HRC/29/33، وكذا تقريره إلى الجمعية العامة في 30/07/2015، رقم الوثيقة: A/70/213
- (15) شوقي سمير، المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، ملتقى ضمانات الحق في التعبير والإعلام في المواثيق الدولية والإقليمية والتشريعات العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، أيام 15 و16 مارس 2015، ص7.
- (16) مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، صحيفة الوقائع الأممية، العدد27، ص 11.
- (17) من هذه الدراسات: وضع برامج شاملة للرعاية والتعافي وإعادة الإدماج لضحايا البيع والاستغلال الجنسي (A/70/222)، وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات وبيع الأطفال واستغلالهم جنسيا (A/HRC/28/56)، والاستغلال الجنسي للأطفال في السفر والسياحة (A/HRC/22/54)، واستغلال الأطفال في المواد الإباحية على الانترنت (A/HRCL12/23)، وفيروس نقص المناعة البشرية والاستغلال الجنسي للأطفال (E/CN.4/2002/88)، والعنف المنزلي (E/CN.4/2000/73)، ووسائل الإعلام والتعليم (E/CN.4/1998/101). يمكن الاطلاع على تقارير هذه الدراسات على الموقع: <http://www.ohchr.org/AR/Issues/Children/Pages/AnnualReports.aspx>
- (18) انظر مختلف التقارير السنوية للمقررين الخاصين المذكورين سابقا على الموقع: <http://www.ohchr.org/>
- (19) تتمّ الزيارة إما بطلب من صاحب الولاية إلى الحكومة لدعوته أو رداً منه على دعوة دائمة من الحكومة، وإلى غاية مارس 2016 هناك 115 دولة عضو، و1 دولة مراقبة غير عضو (وهي فلسطين) وجهت دعوة دائمة لأصحاب الولايات لزيارتها، كما أنّ بعض الدول رفضت مطلقاً زيارتها، وفي هذه الحالة يقوم أصحاب الولايات بزيارة بلدان مجاورة للحصول على معلومات من أقرب الجهات الفاعلة ذات الصلة، كما نشير إلى أنّ تنظيم الزيارات يتمّ عادة بالتنسيق مع فريق الأمم المتحدة الموجود في البلد المعني.
- (20) مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، صحيفة الوقائع، العدد 34، ص 43.
- (21) مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، صحيفة الوقائع، العدد 27، ص 10.
- (22) المرجع نفسه، ص 12.
- (23) لمزيد من المعلومات، انظر: <http://www.ohchr.org/AR/Issues/Children/Pages/CountryVisits.aspx>
- (24) لمزيد من المعلومات، انظر: <http://www.ohchr.org/en/Issues/Trafficking/Pages/visits.aspx>
- (25) لمزيد من المعلومات، انظر: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Food/Pages/Visits.aspx>
- (26) لمزيد من المعلومات، انظر: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/CountryVisits.aspx>
- (27) جمعت الزيارة التي كانت إلى نيجيريا في الفترة من 18 إلى 22 جانفي 2016، كل من المقررة الخاصة المعنية ببيع الأطفال واستغلالهم في المواد الإباحية وبيعاء الأطفال، والمقررة الخاصة المعنية بالأشكال المعاصرة للعبودية، والمقرر الخاص المعني بالحق في الصحة، وكانت بهدف دراسة التدابير المتخذة من قبل الجهات الفاعلة الحكومية والدولية والمنظمات غير الحكومية للمساعدة في إعادة تأهيل وإدماج النساء والأطفال الذين تضرروا من التمرد الذي تقوده جماعة بوكو حرام شمال شرق البلاد.
- (28) النداءات العاجلة: هي تستخدم في الحالات التي تكون فيها الانتهاكات المزعومة تنطوي على خسائر في الأرواح أو في الحالات التي تهدد الحياة أو أيّ ضرر محقق أو قائم ذي طابع خطير للغاية والتي لا يمكن معالجتها في الوقت المناسب قبل إجراء رسائل الادعاء، والهدف من هذا الإجراء هو ضمان تبليغ سلطات الدولة بأسرع وقت ممكن حتى تتمكن من التدخل ووضع حدّ لهذه الانتهاكات أو تجنب أيّ انتهاك لحقوق الإنسان. انظر:

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Food/Pages/Complaints.aspx>

(29) رسائل الادعاء: تستخدم لنقل المعلومات عن الانتهاكات التي يقال أنها وقعت بالفعل أو في الحالات التي لا تشملها النداءات العاجلة.

(30) <https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/OHCHRngohandbook5.pdf>

(31) يجب أن تحتوي الشكاوى المقدمة على اسم الضحية أو الضحايا وعلى مقدمي البلاغ، وعلى تاريخ ومكان الانتهاك ووصف للملابساته، وسبل الانتصاف القانونية إن وجدت على المستوى الوطني أو الإقليمي.

(32) في الفترة بين 2004 و2008 تلقى المقرر المعني ببيع الأطفال 124 بلاغا، كان نصيب الاستجابة منها 33 بلاغا (26.6%)، بينما بقية البلاغات (91 بلاغا 73.4%) كانت الاستجابة منعدمة أو غير مجدية أو رفضت الدولة التدخل مطلقا. وبالنسبة للمقرر الخاص بالاتجار بالبشر تلقى 49 بلاغا، وقد استجيب لـ 15 بلاغا بنسبة 30.6%، وتلقى المقرر المعني بالحق في الغذاء 126 بلاغا، كانت نسبة الاستجابة 30 حالة أي 23.8%، وبالنسبة للمقرر المعني بالحق في الصحة تلقى 148 بلاغا كانت الاستجابة لـ 29 حالة بنسبة 19.6%. لمزيد من التفاصيل انظر: نيد بيكون، مساهمة أخصائيو الإجراءات الخاصة لتنفيذ معايير حقوق الإنسان على المستوى الوطني، ص ص 13- 15، دراسة منشورة في فيفري 2011 على الموقع:

http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2010/10/human-rights-piccone/10_human_rights_piccone_arabic.pdf

(33) من ذلك، مشاركة المقرر الخاص المعني بالصحة في 19 سبتمبر 2014 في الاجتماع الرفيع المستوى الذي عقد بجنيف بشأن إعداد دليل تقني لتطبيق نهج قائم على حقوق الإنسان بغية الحد من وفيات وأمراض الأطفال دون سن الخامسة والقضاء عليها.

(34) تتوج الزيارة القطرية في نهايتها ببيان صحفي يلخص فيه المقرر الحالة ويحدد أهم الإجراءات التي اتخذها، انظر مثلا البيان الصحفي الذي أصدره مجموعة من المقررين منهم المقرر المعني ببيع الأطفال وبغائهم عقب الزيارة المشتركة التي قادتهم إلى نيجريا في الفترة من 18 إلى 22 جانفي 2016. على الموقع:

http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/NewsSearch.aspx?MID=SR_Sale_Children

(35) شوقي سمير، مرجع سابق، ص 7

(36) نيد بيكون، مرجع سابق، ص 1

(37) انظر مختلف التقارير السنوية للمقررين الخاصين المعنيين بحقوق الطفل.

(38) انظر: <https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/OHCHRngohandbook5.pdf>

(39) مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، صحيفة الوقائع، العدد 27، ص 14

(40) نيد بيكون، مرجع سابق، ص 6

(41) معظم الدول لا ترد بشكل رسمي على تقارير البعثات القطرية، وعلى الانتقادات التي تأتي من جانب المقررين والممثلين الخاصين، فبعضهم يقوم بتقديم بعض الملاحظات إلى مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان أو الإدلاء ببيانات عامة أو الإجابة عن الاستفسارات اللاحقة الصادرة عن أصحاب الولايات. لمزيد من التفاصيل انظر: نيد بيكون، مرجع سابق، ص 6

(42) انظر مثلا التطورات الحاصلة في مجال المساءلة عن الانتهاكات الجسيمة في حق الأطفال الحاصلة في كل من الكونغو الديمقراطية وأفغانستان وإفريقيا الوسطى، والتي تعرض لها التقرير السنوي للممثل الخاص المعني بالأطفال والنزاع المسلح، رقم الوثيقة: A/HRC/31/19، أو A/70/162.

(43) نتيجة هذه التوصيات ارتفع عدد الدول المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل والبروتوكولات الملحق بها.

⁽⁴⁴⁾ حيث صارت حماية الأطفال ولاسيما أثناء النزاع المسلح من صميم اهتمامات مجلس الأمن، كما لا يخفى على أحد أن حماية الأطفال صارت أيضا من أولويات المنظمات الإقليمية كالاتحاد الأوروبي والاتحاد الإفريقي، والجامعة العربية وحلف شمال الأطلسي وغيرها. انظر: التقرير السنوي لعام 20015 للممثل الخاص المعني بالأطفال والنزاع المسلح، رقم الوثيقة: A/HRC/31/19.

⁽⁴⁵⁾ لقد سبق للمقرر الخاص المعني بحالات الإعدام خارج نطاق القضاء أن تنبأ بما سيحصل حين قام بزيارة لرواندا قبل اندلاع عمليات الإبادة الجماعية فيها، وقدّم تقريرا عما يحدث من عنف عرقي خطير. غير أنّ المجتمع الدولي لم يبد رد الفعل المناسب إزاء هذا الإنذار المبكر والهام. انظر: مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، صحيفة الوقائع، العدد 27، ص 14.

⁽⁴⁶⁾ انظر، الفقرتين 111 و 112 من التقرير المقدم من قبل المقرر الخاص "داينيوس بوراس" المعني بالحق في الصحة إلى الجمعية العامة في 2015/07/30، رقم الوثيقة: A/70/213

⁽⁴⁷⁾ الدعوة الدائمة هي دعوة مفتوحة توجهها حكومة إلى جميع الإجراءات الخاصة المواضيعية، وتوجيه دعوة دائمة تعلن الدول أنّها ستقبل دائما طلبات الزيارة المقدمة من قبل جميع الإجراءات الخاصة.

النظام القانوني لجرائم الجلسات (دراسة مقارنة)*

Dr. Mohammad Jiad Zaidan, Instructor
College of Law, University of Fallujah, Iraq.

د. محمد جواد زيدان، مدرس
كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق.

المخلص:

جرائم الجلسات هي الأفعال التي تقع داخل جلسة المحاكمة أثناء نظر الدعوى، وهي إما أن تعدّ مجرد أفعال تشويش أو إخلال لا ترقى إلى مرتقى الجريمة، أو أن تشكل جريمة سواء كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة، وهي في كلا الحالتين تخل بالنظام الواجب توفيره للمحكمة، ومن أجل ذلك فقد منح المشرع للمحكمة بشأنها سلطات استثنائية، وهذه السلطات تختلف باختلاف ما إذا كانت المحكمة جنائية أو مدنية، وباختلاف ما إذا كانت الجريمة واقعة من الأفراد العاديين من قبل المحامي، فالسلطات التي منحها المشرع للمحاكم الجنائية إزاء جرائم الجلسات أوسع من السلطات الممنوحة للمحاكم المدنية، كما أنّ الإجراءات التي تتخذها المحكمة لمواجهة هذه الجرائم تضيق بالنسبة لما يقع من المحامي أكثر فيما لو وقعت الجريمة من الأفراد العاديين سواء كانوا خصوصاً أو أحد الحاضرين.

وتتمثل السلطات الاستثنائية التي منحها المشرع للمحاكم لمواجهة هذه الجرائم بعدم تقيد المحكمة بقواعد الاختصاص، فالمحكمة لا تتقيد بالاختصاص النوعي أو الشخصي أو المكاني عندما تتخذ الإجراءات القانونية تجاه هذه الجرائم، كما أنّ المحكمة تجمع عند مواجهتها لتلك الجرائم بين سلطتي الاتهام والمحاكمة فهي التي تحقق في الجريمة وتحكم فيها في بعض الأحيان، إضافة إلى أنّ القواعد الخاصة بمنع القضاة وردهم عن نظر الدعوى لا يعمل بها في هذه الجرائم.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/09/14 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2016/10/13 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

الكلمات المفتاحية:

جرائم الجلسات، قواعد الإختصاص، سلطة الإتهام، نظر الدعوى، جلسات المحاكمة.

The legal system of hearing crimes (Comparative study)

Abstract:

A crime of hearings (preliminary hearing) is the general sense of this term is any acts which happen within hearings and during look into the proceeding. It is either merely acts of confusion or breach (violated) but it is not like the crime accomplishment 'but if it is like the crime 'it will be either crime 'offense or violation in two situations will disturb in the system which must be provide in the court. For that reason 'the lawmaker (lawgiver) of the court granted exceptional rules .These rules are differences according to the type of the court whether it was criminal or civilization court 'and also are differences if the crime was happening from a formal people or from a lawyer. The rules which are granted to the criminal court by lawmaker for criminal of hearing. It was wider then civilization court. The procedures which are taken by the court are used to face the crime which happens from the lawyer than from that happen from the formal people whether are quarrelers or one of the attendants.

The exceptional rules which are granted by lawmaker in order to face the crimes represented by unrestricted the court for rules which must be regarded if the crime is not from the criminals hearings. The criminals hearings are not restricted in qualitative 'individual or locative specialization when the procedures of legality are taken for these crimes 'and also when the court faced those crimes it is gathering between the rules of accusation and the rules of judgments and sometimes investigating in the crime as well as the special rules which prevented and reacted the judges from looking to the case and which are not operated in these crime

Key words:

preliminary hearing 'Hearings crimes 'rules of jurisdiction 'the authority of the accusation 'considering the case 'court hearings.

Le régime juridique des infractions d'audience (Étude comparative)

Résumé:

Les infractions d'audience sont celles qui peuvent avoir lieu dans les salles d'audience pendant le déroulement d'un procès. Elles peuvent être de simples troubles d'audience ou de véritables crimes, délits ou contravention. Elles sont de toutes manières considérées comme portant atteinte à l'ordre d'une audience. Dans ce cadre, le législateur confère au tribunal des prérogatives exceptionnelles et différenciées selon la constitution du tribunal (pénale ou civile), différentes également au regard de leurs auteurs (émanant de l'assistance ou d'avocats).

Les attributions conférées à la cour criminelle dans ce cadre sont nettement plus larges que celles attribuées à la juridiction civile. De telles prérogatives sont prises sans prendre en compte les règles de compétence personnelle ou matérielle et, le

tribunal cumul entre l'accusation et le procès. Il est à noter également que les règles d'empêchement et de récusation des juges ne sont pas prises en compte dans ce cadre.

Mots clés:

Infractions d'audiences, règles de compétence, accusation, audiences

مقدمة

الإجراءات الجنائية لا غنى عنها في كل جريمة، فهي همزة الوصل بين ارتكاب الجريمة وتوقيع العقوبة على مرتكبها استيفاءً لحق الدولة في توقيع الجزاء عليه، لذلك تعدّ القوانين المنظمة لهذه الإجراءات من أهم القوانين التي تبنتها الدولة، وهي بنفس الوقت تتميز بخطورة خاصة لا تقل . بأي حال . عن قواعد التجريم والعقاب المقررة في قانون العقوبات، لأنّها تمس الحريات والاستقرار في الحياة الاجتماعية، كما أنّ قواعد التجريم والعقاب تصبح بعيدة عن الهدف الذي شرعت من أجله، وتكون وسيلة للتحكم والاستبداد بيد السلطة المطبقة للقانون إذا لم تكن هناك قواعد خاصة بالتحقيق والمحاكمة والطعن بالأحكام وتنفيذها تضمن التدبر العميق والتفكير الجاد بمصلحتي المشتكي والمتهم على السواء .

ولكن من ناحية أخرى قد تتعطل القواعد العامة المنظمة لإجراءات المحاكمة، سواء ما تعلق بتحريك الدعوى أو المحاكمة، لعلّة تقتضي هذا التعطيل، وهذا ما نراه في جرائم الجلسات، فهذه الجرائم تنطوي بطبيعتها على أفعال تنافي الاحترام الواجب لعمل القضاء، وهي أفعال إما أن تنطوي تحت نص قانوني يعاقب عليها فتعدّ جريمة، أو لا تنطوي تحت مثل ذلك النص فلا تعتبر جريمة، وإنّما مجرد اخلال بنظامها، وفي كل الأحوال فقد قدر المشرع لهذه الأفعال نظاماً إجرائياً خاصاً لاعتبارات عدة من أهمها المحافظة على كرامة القضاء وهيئته وكفالة الاحترام الواجب له حتى يتمكن من أداء رسالته في جو من الهدوء والاحترام، هذا بالإضافة إلى أنّ المحكمة التي تشهد جلساتها وقوع جريمة فيها تكون أقدر من غيرها على تحقيقها وإثباتها والفصل فيها، لاسيما وأنّ هذه الجرائم تعدّ من الجرائم المشهوددة .

وعلى هذا الأساس فإنّنا ارتأينا أن يكون موضوع "النظام القانوني لجرائم الجلسات" محلاً لبحثنا، لنبيّن القواعد الإجرائية الخاصة والاستثنائية التي تنطبق على هذه الفئة من الجرائم، لاسيما وأنّ المكتبة القانونية تفتقر الى الدراسات الخاصة بهذا الموضوع.

وللوقوف على هذا النظام سنبدأ الدراسة بمبحث أول نتناول فيه التعريف بجرائم الجلسات، ثم نتناول في مبحث ثاني القواعد الاستثنائية الخاصة التي تنطبق على جرائم الجلسات تحت عنوان النظام القانوني لجرائم الجلسات في القانون الوضعي، ولغرض معرفة ما ورد في الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص، فسنفرد بمبحث ثالث لبيان النظام القانوني لجرائم الجلسات في الشريعة الإسلامية، وسنهي البحث بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها .

وبذلك نتمنى أن نكون قد وفقنا في إعطاء صوره للقارئ في التعرف على النظام القانوني الذي ينطبق على جرائم الجلسات .

المبحث الأول: التعريف بجرائم الجلسات

نتناول في هذا المبحث تعريف جرائم الجلسات، وتمييزها عن غيرها من بعض النظم الإجرائية التي تشترك معها في بعض القواعد الإجرائية، وذلك في مطلبين الأول نخصه لبيان تعريف جرائم الجلسات، والمطلب الثاني نتناول فيه تمييز جرائم الجلسات عما يشتهر بها من نظم إجرائية .

المطلب الأول: تعريف جرائم الجلسات

المقصود بجرائم الجلسات هي تلك التي ترتكب في مجلس القضاء (جلسة المحكمة)، وتخضع لقواعد استثنائية تملها اعتبارات المحافظة على هيبة القضاء، ولتعريف هذه الجرائم بصورة أكثر دقة يتطلب الأمر تحديد نطاقها والمتمثل بتحديد معنى الجلسة، وتحديد ما يشكل اختلالاً بنظام الجلسة، وهذا ما سوف نبينه في الفرعين الآتيين .

الفرع الأول: تحديد معنى الجلسة

فكرة الجلسة هي فكرة زمنية ومكانية، ويعني ذلك أنّ الجريمة حتى تعدّ من جرائم الجلسات يجب أن ترتكب في المكان والزمان المحدد للجلسة، والمكان المحدد للجلسة ينصرف الى المكان الذي تنعقد فيه المحكمة وتباشر نظر القضايا المطروحة عليها فعلاً، سواء كان هذا المكان المعتاد للانعقاد أو أي مكان آخر يتقرر عقدها فيه⁽¹⁾، أما تحديد معنى الجلسة زمانياً فقد تباينت الآراء فيه، فهناك من يرى أنّ هذا المعنى ينصرف إلى الفترة الواقعة بين بداية عمل القاضي ونهايته، أي أنّ هذا المعنى يشمل الفترة التي

تكون فيها المحكمة قد رفعت الجلسة للمداولة والفترة التي تقتضيها في المداولة وتظل الجلسة منعقدة إلى الوقت الذي يتم فيه مغادرة القضاء لمكان انعقاد الجلسة بعد رفعها تمهيداً للانصراف⁽²⁾، في حين يفرق جانب آخر بين "الجلسة" و "انعقاد الجلسة" فالجلسة يتحدد معناها حسب ما ذهب إليه الرأي الأول بالفترة الواقعة بين دخول القاضي إلى مكان انعقاد الجلسة وافتتاحها وبين ختامها تمهيداً للانصراف، في حين أنّ معنى انعقاد الجلسة يتمثل بالوقت والمكان الذي تجلس فيه المحكمة فعلاً لمباشرة إجراءات الدعوى، ويتحدد بالنطاق الكائن بين افتتاح الجلسة من القاضي ورفعها من جانب تمهيداً للمداولة، أي أنّ الجلسة لا تكون منعقدة إلا في الأوقات التي تباشر فيها المحكمة بالفعل إجراءات الدعوى دون أن يشمل ذلك الوقت والمكان المخصص للمداولة⁽³⁾، وقد تبنت محكمة النقض المصرية هذا الرأي في أحد أحكامها بقولها (إذا كانت المحكمة قد اعتبرت الجريمة واقعة في الجلسة، حتى إذا وقعت أثناء اجتماع القضاة للمداولة، فإنّ قضاءها يكون مخالفاً للقانون مما يستوجب نقضه مع القضاء بقبول الدفع ببطالان إجراءات تحريك الدعوى الجنائية)⁽⁴⁾.

ومن جانبنا نرى أنّ الرأي الأول أولى بالترجيح لأنّ أيّ إخلال يقع أثناء هذه الفترة يعتبر مساساً بالحرمة الواجبة للمحاكم، إلا أنّه بالرجوع إلى نص المادة (159) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 الخاصة بجرائم الجلسات نجد أنّها استعملت عبارة "إذا ارتكب شخص في قاعة المحاكمة أثناء نظر الدعوى" أي أنّ المشع اشترط أن تقع الجريمة في قاعة المحاكمة وهذا هو تطبيقاً للرأي الثاني .

الفرع الثاني: الإخلال بنظام الجلسة

ابتغى المشع رعاية حرمة جلسات المحاكم ومحافظة على هيئة القضاء، فأعطى للمحكمة ممثلة برئيسها سلطة ضبط الجلسة وإدارتها واتخاذ الإجراءات القانونية بحق كل من يخل بهذا النظام⁽⁵⁾، وتشمل الأفعال التي تمثل انتهاكاً لحرمة الجلسة ما يأتي:
 أولاً/الإخلال بنظام الجلسة: تناول المشع العراقي صورة الإخلال بنظام الجلسة في المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمادة (63) من قانون المرافعات، ويقابل ذلك في القانون المصري المادة (243) من قانون الإجراءات الجنائية المعدل والمادة (104) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1986، وهذه الصورة

هي غير ذات صفة إجرامية، ولكنها تكتسب خطورتها من مجرد صدورها في الجلسة، وهي تتكون من كل فعل من شأنه أن يؤثر في الهدوء الذي يجب أن يسود الجلسة لتتمكن المحكمة من مباشرة عملها والفصل في الدعاوى المطروحة عليها، وصورة الاخلال هذه قد تأخذ فعل مجرد الصباح أو ألفاظ اعتراض أو موافقه لا تلتئم مع جو الهدوء والحياد الذي ينبغي أن يسود في الجلسة.

ثانياً/ ارتكاب فعل يشكّل جريمة: وهو ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (159) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمادة (64) من قانون المرافعات ويقابل ذلك في القانون المصري المادة (243) من قانون الاجراءات والمواد (106، 107) من قانون المرافعات، وهذه الصورة تمثل كل اخلال بالجلسة يشكل جريمة سواء كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة، كأن تقع جنائية قتل في الجلسة أو جنحة سرقة بين الجمهور الحاضرين وسواء كانت الجرائم موجهة على هيئة المحكمة أو أحد أعضائها أو أحد الموظفين بالمحكمة أو على الجمهور الحاضرين.

والسؤال الذي يطرح هنا هل تعتبر جرائم شهادة الزور وجريمة الامتناع عن أداء

الشهادة أو عن أداء اليمين من جرائم الجلسات؟

لم يتطرق المشرع العراقي إلى طبيعة هذه الجرائم باستثناء ما نص عليه قانون أصول المحاكمات الجزائية في المادة (176) والتي أجازت للمحكمة التي امتنع أمامها الشاهد عن أداء الشهادة أو عن أداء اليمين بأن تحكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة، وما نصت عليه المادة (177) من جواز الطعن في الأحكام الصادرة على الشهود، ولكن القانون المصري نص صراحة على عدّ شهادة الزور من جرائم الجلسات في المادة (107) من قانون المرافعات دون أن يتطرق إلى طبيعة الامتناع عن أداء الشهادة أو عن أداء اليمين، وبذلك تباينت آراء الفقه بشأن طبيعة هذه الجرائم، حيث اتجه رأي إلى عدم عدّ هذه الجرائم من جرائم الجلسات، لأنّ الجرائم الأخيرة فيها مساس بالمحكمة وبالاحترام الواجب للجلسات ولا تتوفر في الجريمتين المذكورتين تلك الحكمة وإن كانا من طبيعتهما أن تقعا في الجلسة ويجوز أن يصدر الحكم فيهما قبل الدعوى الأصلية⁽⁶⁾، في حين يعتبر البعض الآخر هذه الجرائم من جرائم الجلسات⁽⁷⁾، وهو الرأي الذي نميل إليه.

المطلب الثاني: تمييز جرائم الجلسات عما يشتهر بها من نظم إجرائية

قد تشترك بعض النظم الإجرائية مع جرائم الجلسات في بعض القواعد الإجرائية، إلا أنّها لا تعدّ من قبيل جرائم الجلسات، ومن هذه النظم حق المحاكم في تحريك الدعوى الجزائية وحقها في محو العبارات الجارحة من اللوائح أو من أي ورقة من أوراق المرافعة وهو ما سوف نبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حق المحاكم في تحريك الدعوى الجزائية

بعد أن بين قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي في المادة الأولى الفقرة (أ) وسائل تحريك الدعوى الجزائية وحددها بالشكوى والاخبار، وحدد من له الحق في تحريك الدعوى، وهم كل من المتضرر من الجريمة أو من يقوم مقامه قانوناً أو أي شخص علم بوقوعها، أو بإخبار يقدم الى أي منهم من الادعاء العام، ختم المشرع نص الفقرة بالقول (مالم ينص القانون على خلاف ذلك)، ومفهوم هذه العبارة يعني أنّ هناك وسائل أخرى أجاز القانون بواسطتها تحريك الدعوى الجزائية غير ما ذكر آنفاً ومنها إعطاء الصلاحية للمحاكم عامة بتحريك الدعوى⁽⁸⁾، فقد ترى المحكمة المختصة عند نظرها الدعوى أنّ هناك متهمين آخرين غير من أقيمت عليهم الدعوى، أو أنّ هناك وقائع إجرامية غير تلك المسندة الى المتهم أو أنّ هناك جنائية أو جنحة مرتبطة بالجريمة المحال عليها ولكن التحقيق الابتدائي لم يتطرق إليها، فإنّ للمحكمة في هذه الحالة اتخاذ قرار تحريك الدعوى الجزائية، ويتضمن القرار الذي تتخذه المحكمة في هذه الحالة عادةً حالة المتهمين الجدد أو الوقائع الجديدة إلى محكمة التحقيق كي تتولى التحقيق في القضية كأي قضية أخرى، وإلى هذا نصت المادة (155) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بنصها (إذا تبين للمحكمة قبل الفصل في الدعوى أنّ هناك أشخاص آخرين لهم صلة بالجريمة بصفتهم فاعلين أو شركاء ولم تتخذ الاجراءات ضدهم فلها أن تنظم الدعوى بالنسبة للمتهم المحال عليها وتطلب الى سلطات التحقيق اتخاذ الاجراءات القانونية ضد الأشخاص الآخرين أو أن تقرر إعادة الدعوى برمتها إليها لاستكمال التحقيق فيها)، ويقابل هذه المادة في القانون المصري مع بعض الاختلاف المادة (11) من قانون الاجراءات الجنائية⁽⁹⁾، وهذا الحق لا يقتصر على المحاكم الجزائية فقط بل للمحاكم المدنية إحالة أي شخص الى التحقيق إذا رأت أنّه قد ارتكب جريمة

في ضوء ما يتراءى لها عند نظر الدعوى المدنية⁽¹⁰⁾، كما في حالة الطعن بالتزوير في مستمسك مقدم الى محكمة البداية أو محكمة الأحوال الشخصية.

ومن كل ما تقدم يتضح أنّ حق المحاكم في تحريك الدعوى الجزائية وفقاً لما تقدم هو مجرد إجراء أولي من إجراءات تحريك الدعوى الجزائية فيما يتعلق المتهمين جدد أو وقائع ليس لها علاقة بالاحترام الواجب للقضاء، في حين أنّ جرائم الجلسات تشكّل اعتداء على هيبة القضاء ومن أجل ذلك أعطى المشرع للمحكمة فيها سلطات واسعة قد تشمل سلطة التحقيق مع المتهم وفي بعض الأحيان محاكمته.

الفرع الثاني: حق المحاكم في محو العبارات الجارحة

ورد هذا الحق في المادة (65) من قانون المرافعات المدنية العراقية بنصها (للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر شطب العبارات الجارحة أو المخالفة للأداب أو النظام العام من اللوائح أو من أية ورقة من أوراق المرافعة). وهذا ما أقره المشرع المصري أيضاً في المادة (105) من قانون المرافعات والتي جاءت بنفس الصيغة التي جاءت بها المادة (65) تقريبا، والعلة من إقرار هذا الحق هو الحد من الطعن في شرف الخصوم وفي أسباب الحكم وفي كرامة الغير⁽¹¹⁾، وقد خوّل المشرع المحاكم استعمال هذا الحق، فلها إذن استعماله أو إهماله، وإذا اختارت أحد الأمرين فهي ليست مطالبه ببيان الأسباب التي اعتمدت عليها في هذا الاختيار، كما أنّ المحكمة عندما تستعمل هذا الحق تستعمله من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم، وتقدير كون العبارات جارحة أو مخالفة للأداب أو النظام يدخل أيضاً في سلطة المحكمة التقديرية.

ولكن استعمال هذا الحق لا يحول دون إمكانية لجوء أطراف الدعوى إلى استعمال عبارات القذف أو السب إذا كان ذلك لازماً في اثبات واقعة معينة تستلزمها الدعوى أو لدحض أمر معين يقضي موضوع الدعوى دحضه أو كانت الدعوى لا تثبت إلا بإيراد هذه العبارات، وعلى هذا الأساس جاءت المادة (1/436) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 بالقول (لا جريمة فيما يسنده أحد الخصوم أو من ينوب عنهم إلى الآخر شفاهاً أو كتابة من قذف أو سب أثناء دفاعه عن حقوقه أمام المحاكم وسلطات التحقيق أو الهيئات وذلك في حدود ما يقتضيه الدفاع).

المبحث الثاني:النظام القانوني لجرائم الجلسات في التشريع الوضعي

فرّق المشرّع في بيان النظام القانوني الذي ينطبق على جرائم الجلسات بين سلطات المحاكم الجنائية وغيرها من المحاكم المدنية، وبين الأفراد العاديين من جهة والمحامين من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس فإننا سوف نتناول هذا الموضوع ضمن ثلاث مطالب، الأول نخصه لبيان سلطات المحاكم الجنائية في مواجهة جرائم الجلسات، ونتناول في المطلب الثاني سلطات المحاكم المدنية إزاء هذه الجرائم، ونوضح في المطلب الثالث جرائم الجلسات التي تقع من المحامين.

المطلب الأول:سلطات المحاكم الجنائية في مواجهة جرائم الجلسات

إنّ سلطات المحاكم الجنائية إزاء الجرائم التي تقع في الجلسة تختلف باختلاف نوع الاخلال الواقع في الجلسة، وقد فرّق المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية بين ثلاث حالات للإخلال، هي الاخلال بنظام الجلسة، وارتكاب جنحة أو مخالفة، وأخيراً حالة ارتكاب جنائية، وبذلك سوف نتناول سلطات المحاكم الجنائية إزاء كل حالة من هذه الحالات مخصصين لكل حالة فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول:سلطة المحاكم الجنائية في حالة الاخلال بالجلسة

تضمنت هذه الصورة المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والذي يجري نصها بالآتي (ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها وله في سبيل ذلك أن يمنع أي شخص من مغادرة قاعة المحاكمة وأن يخرج منها كل من يخل بنظامها فإن لم يمثل جاز للمحكمة أن تحكم فوراً بحبسه حبساً بسيطاً أربعاً وعشرين ساعة أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثة دنانير ولا يجوز للمحكوم عليه الطعن في مثل هذا الحكم وإنما يجوز للمحكمة إلى ما قبل انتهاء الجلسة التي صدر فيها الحكم عليه أن تصفح عنه وترجع عن الحكم الذي أصدرته) ويقابل هذا النص في القانون المصري المادة (243) من قانون الاجراءات الجنائية⁽¹²⁾.

وبهذا يتضح أنّ لرئيس الجلسة الحق في منع أي شخص من مغادرة قاعة المحكمة كما له أن يخرج كل من يخل بنظام الجلسة . وهذا الاخلال كما بينا سابقا هو غير ذي صفة اجرامية . ولو اقتضى الأمر إخراج كل الحاضرين، بشرط أن يتوقف عن الاستمرار في نظر الدعوى إلى حين دخول جمهور آخر احتراماً لشروط العلانية⁽¹³⁾ ، وهذا الحكم

يشمل حتى المتهم إذا أخل بنظام الجلسة، إذ يجوز للمحكمة إخراجها من القاعة إذا أخل بالنظام ولمدة تمكنها من إعادة الضبط والهدوء في القاعة ثم يعاد بعدها إلى قاعة المحاكمة إذا كف عما صدر منه، وتعدّ الاجراءات التي تمت بغيابه بمثابة الاجراءات التي تمت بحضوره، بشرط أن يخبر بها، وهذه الحالة لا يصار إليها إلا عند الضرورة القصوى لأنها خلاف الأصل الموجب بعدم إبعاد المتهم عن قاعة المحاكمة⁽¹⁴⁾.

ولا يعدّ أمر رئيس المحكمة فيما تقدم حكماً، ولذا لا يشترط قبل صدوره أخذ رأي باقي الأعضاء أو سماع أقوال الادعاء العام، ولكن إذا لم يمتثل من أخل بنظام الجلسة لأمر رئيسها بالخروج من القاعة وتمادى في التشويش شكّل ذلك في حقه جريمة يجوز بموجبه للمحكمة وليس للرئيس فقط أن تصدر على الفور "حكماً" بحبس الجاني حبساً بسيطاً أربعاً وعشرين ساعة أو تغريمه مبلغ لا يتجاوز ثلاث دنانير⁽¹⁵⁾، وبهذه الحالة فإنّ المشرع جعل من الاخلال بالنظام المتخذ شكل عدم الامتثال للأمر بالخروج من القاعة والتمادي في التشويش جريمة خاصة يجوز للمحكمة أن تحرك الدعوى الجنائية عنها في الحال وأن تحكم بها فوراً.

كما ويلاحظ في هذا الصدد أنّ للمحكمة أن ترجع عن الحكم إلى ما قبل انتهاء الجلسة، فإن انتهت دون أن ترجع عنه صار حكماً نهائياً غير جائز للطعن فيه، كما ويلاحظ من ناحية ثانية أنّ هذا الحكم ليس سوى عقاباً على التشويش الحاصل بمجلس القضاء باعتباره مجرد إخلال بالنظام فيه، ولا شأن له بما قد يحتويه التشويش من الجرائم الأخرى مثل القذف والسب، لأنّ هذه الجرائم ينظر بها بالطرق القانونية المرسومة، فإذا حكمت محكمة على متهم بسبب تشويش بالجلسة، فإنّ هذا الحكم لا يمنع من محاكمته محاكمة قانونية على ما تضمنه هذا التشويش من قذف⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني: سلطات المحاكم الجنائية في الجرح والمخالفات التي تقع في الجلسة

تناولت المادة (159/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية حالة ما إذا وقعت في جلسة المحكمة جنحة أو مخالفة بقولها (إذا ارتكب شخص في قاعة المحاكمة أثناء نظر الدعوى جنحة أو مخالفة جاز للمحكمة أن تقيم الدعوى عليه في الحال ولو توقفت إقامتها على شكوى وتحكم فيها بعد سماع أقوال ممثل الادعاء العام إن كان

موجوداً ودفاع الشخص المذكور أو تحيله مخفوراً على قاضي التحقيق بعد تنظيم محضر بذلك) وهو ما يقابل المادة (244) من قانون الاجراءات الجنائية المصري⁽¹⁷⁾.

ومهذا النص يتضح أنّ المشرع أعطى للمحاكم الجنائية سلطة إقامة الدعوى على المتهم الذي يرتكب جنحة أو مخالفة في مجلس القضاء في الحال والحكم عليه، بمعنى أنّ المحكمة تجمع بيدها في هذه الصورة إلى جانب سلطة الحكم سلطة الاتهام ، ولا يتقيد حق المحكمة في تحريك الدعوى والحكم فيها بقيد الشكوى إذا كانت الجريمة التي وقعت بالجلسة من الجرائم التي علّق القانون تحريك الدعوى فيها على تقديم الشكوى كجرائم القذف والسب، لأنّ الجرائم في هذه الصورة لا تكون قاصرة على المجني عليه وحده بل أنّها تعتبر واقعه أيضاً على المحكمة لإخلالها بالاحترام الواجب لها وبنظام جلستها⁽¹⁸⁾، ولكن الذي يلاحظ على النص أعلاه أنّه ذكر الشكوى وأغفل ذكر الاذن والطلب في حال ما إذا كانت الجرائم الواقعة في الجلسة من الجرائم التي يتطلب تحريك الدعوى الجزائية فيها الاذن أو الطلب، وهو ما فعله المشرع المصري عندما ذكر الشكوى والطلب ولم يذكر الاذن، ومع ذلك فإنّ هناك من يقول أنّ هذا الاغفال ليس له معنى تشريعي لأنّه جاء من باب السهو⁽¹⁹⁾، في حين أنّ هناك رأي يقول أنّ هذا الاغفال مقصوداً لأنّ الجريمة الواقعة في الجلسة هي في حالة تلبس ومع التلبس لا تلتزم المحكمة باستئذان أحد⁽²⁰⁾، وهو الرأي الذي نميل اليه.

هذا ويتم تحريك الدعوى في هذه الصورة من المحكمة وليس من رئيسها، ويجب أن يتم تحريك الدعوى في الحال لأنّه إذا وقعت الجريمة في الجلسة ولم تحرك المحكمة الدعوى فيها حال انعقادها فلا يجوز تحريكها في جلسة تاليه، وإنّما يكون نظرها وفقاً للقواعد العامة⁽²¹⁾، وللمحكمة بعد تحريك الدعوى الخيار بين أن تحكم فيها بعد سماع اقوال ممثل الادعاء العام إن كان موجوداً ودفاع الشخص، أو تحيل المتهم مخفوراً على قاضي التحقيق بعد تنظيم محضر بذلك، وإذا اختارت المحكمة الطريق الأول وهي الحكم على المتهم فيستوي بعد ذلك أن يصدر الحكم في نفس الجلسة التي وقعت خلالها الجريمة أو في جلسة ثانية المهم هو أن يكون تحريك الدعوى في جريمة الجلسة أثناء انعقادها⁽²²⁾، وإذا اختارت المحكمة الطريق الثاني وهي إحالة المتهم على قاضي التحقيق، واستلزم الأمر من الأخير إحالة القضية إلى المحكمة للفصل فيها، ففي هذه

الحالة لا يجوز لأحد أعضاء المحكمة التي أقامت الدعوى أن يشترك في الحكم في الدعوى الجديدة، وذلك لسبق توافر المعلومات الشخصية لديه عنها، فيكون في مركز يسمح له بأداء الشهادة فيها ولا يجوز الجمع بين صفتي الشاهد والقاضي.

ووفقاً لنص المادة (159) فإن المحكمة إذا حكمت في الجريمة الواقعة في الجلسة فإنه لا يشترط أن تحرر محضر بالواقعة، وإنما تكتفي ببيان الواقعة في حكم الدعوى الأصلية، أما إذا اكتفت بتحريك الدعوى دون الحكم فيها فإنه يجب عليها تحرير محضر عنها، ولكن من جانبنا نرى أنه من المستحسن في جميع الأحوال تحرير محضر بالواقعة وظروفها، لأن من المحتمل إلغاء الحكم الأصلي، وبالتالي سوف لا يبقى ما يثبت جريمة الجلسة. وللمحكمة في حدود ما تسمح به القواعد العامة حق القبض على المتهم إذا كانت الجريمة مما يجوز فيها القبض قانوناً، كما يجوز الطعن في الأحكام الصادرة في جرائم الجلسات وفقاً للقواعد العامة للاختصاص وعلى حسب المحكمة التي أصدرت الحكم.

وقد اختلف الفقه في مدى جواز حق المحكمة النظر في جرائم الجلسات التي لا تدخل في اختصاصها النوعي والشخصي، حيث ذهب البعض إلى اطلاق حق المحاكم الجنائية في رفع الدعوى الجنائية والحكم فيها ولو كانت الجريمة لا تدخل في اختصاص المحكمة⁽²³⁾، بينما يرى جانب آخر أن توزيع الاختصاص بين المحاكم هو من النظام العام، ولا يجوز الخروج عليه إلا بنص صريح، وبذلك يشترط في جواز حق المحاكم في الحكم في جرائم الجلسات أن تدخل أصلاً في اختصاصها، أما إذا كان ما وقع في الجلسة يدخل في الاختصاص النوعي لمحكمة أخرى أو لمحكمة أعلى درجة، فلا يجوز للمحكمة سوى الحق في تحريك الدعوى وإحالتها إلى الادعاء مع المحضر والمتهم مقبوضاً عليه. إذا اقتضى الحال القبض عليه⁽²⁴⁾. ونعتقد أن الرأي الأول أولى بالترجيح، لأنه يتفق مع العلة التي من أجلها حوّل المشرع للمحاكم سلطة التصدي لجرائم الجلسات.

الفرع الثالث: سلطات المحاكم الجنائية في الجنايات التي تقع في الجلسة

تضمنت هذه الصورة الفقرة (ب) من المادة (159) والذي يجري نصها بالآتي (أما إذا ارتكبت جناية فتنظم المحكمة محضراً بما حدث وتحيل الجاني مخفوراً على

قاضي التحقيق لإجراء اللازم قانوناً)، وهذا ما نصت عليه المادة (244) من قانون الاجراءات الجنائية المصري⁽²⁵⁾.

وبهذا يتضح أنّ المشرع أوجب على سلطات المحاكم الجنائية في الجنايات التي تقع اثناء انعقاد جلساتها على مجرد تحريك الدعوى الجنائية وتنظيم محضراً بما حدث ومن ثم إحالة الجاني مخفوراً على قاضي التحقيق لإجراء اللازم قانوناً، دون أن يكون للمحكمة حق الحكم في الواقعة، وهذا يرجع في الواقع إلى ما تتميز به الجناية من خطورة تستوجب إجراء التحقيق الابتدائي فيها قبل رفع الدعوى إلى القضاء.

ولقاضي التحقيق بعد ذلك مطلق الحرية في تقدير الواقعة المحالة إليه والتصرف في الدعوى على ضوء التحقيق الذي يجريه، فقد يصدر أمراً بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى أو أن يأمر بإحالة المتهم الى محكمة الجنايات، وإذا أحيلت الدعوى على المحكمة فلا يجوز أن يشترك في نظرها أحد أعضاء المحكمة التي حركت الدعوى.

المطلب الثاني:سلطات المحاكم المدنية في مواجهة جرائم الجلسات

خلافاً للسلطات الواسعة التي أعطاها المشرع للمحاكم الجنائية في التصدي لجرائم الجلسات، فقد منحت المحاكم المدنية سلطات أضيق نطاقاً إزاء هذه الجرائم وهو أمر له ما يبرره بطبيعة الحال، إذ أنّ المحاكم الجنائية لها في هيبتها والأحكام التي تصدر منها ما يشعر الفرد بخطورة ما قد يرتكب من الجرائم في جلساتها بينما قد لا يتوافر مثل هذا الجول للمحاكم المدنية⁽²⁶⁾.

والسلطات التي تختص بها المحاكم المدنية إزاء ما يخل بنظام الجلسة، يختلف بحسب نوع الاخلال، فإذا كان ما وقع في الجلسة مجرد اخلال بالنظام لا يشكل جريمة جنائية أو جنحة أو مخالفة، فإنّ للمحكمة المدنية وفقاً للمادة (63) من قانون المرافعات المدنية العراقية ما للمحاكم الجنائية من سلطات لمواجهة هذا الاخلال ويجري نص المادة بالآتي (1) - ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها . وله في سبيل ذلك أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها فإن لم يمتثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسه أربعة وعشرين ساعة أو بتغريمه مبلغاً لا يتجاوز ألف دينار، ويكون حكمها بذلك باتاً، دون إخلال بما نص عليه في القوانين الأخرى. 2 - للمحكمة إلى ما قبل انتهاء الدوام الرسمي أن ترجع عن الحكم الذي أصدرته بناء على الفقرة السابقة)

هو نفس ما نص عليه المشرع المصري في المادة (104) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وبذلك فإنه يجوز لرئيس الجلسة أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها فإن لم يمثل وتمادى في الاخلال كان للمحكمة على الفور أن تحكم بحبسه أربع وعشرين ساعة أو بتغريمه مبلغاً لا يتجاوز ألف دينار⁽²⁷⁾ ويكون حكمها في هذه الحالة باتاً، أما إذا كان ما وقع من اخلال يشكل جريمة فإنه المادة (64) من قانون المرافعات تناولت هذه الصورة بالقول (تأمر المحكمة بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء انعقادها وبما ترى اتخاذه من اجراءات التحقيق فإذا كانت الجريمة التي وقعت جنائية أو جنحة كان لها أن تأمر بالقبض على من وقعت منه)، وبالتالي فإنّ على المحكمة المدنية في حال ارتكاب جريمة في جلستها تأمر بكتابة محضر بذلك سواء تعلق الامر بجنائية أو جنحة أو مخالفة، وتأمر بما ترى اتخاذه من إجراءات التحقيق، وإذا كان الفعل الواقع يشكل جنحية أو جنحة فلها أن تأمر بإلقاء القبض على المتهم وفقاً للقواعد العامة، وهذا ما نص عليه المشرع المصري أيضاً في المادة (106) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا أنّ المشرع المصري اختلف عن المشرع العراقي في المادة (107) حيث أعطى بموجب هذه المادة للمحاكم المدنية الحق في أن تحاكم من تقع منه اثناء انعقاد المحكمة جنحة تعد على هيئة المحكمة أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة وتحكم عليه فوراً⁽²⁸⁾، وهو ما لا يوجد له مقابل في القانون العراقي.

ومن كل ما تقدم يمكن القول أنّ سلطات المحاكم المدنية إزاء جرائم الجلسات مقصور على تحريك الدعوى الجزائية، وذلك بإحالة الدعوى إلى قاضي التحقيق دون أن يكون لها سلطة الحكم في الدعوى، ونعتقد أنّ سلطة المحكمة في هذه الحالة لا يحده قيد، لأنّ نص المادة (64) جاء مطلقاً ويلزم المحكمة باتخاذ الاجراءات المحددة في المادة دون قيد أو شرط، وهذا يعني أنّه إذا كانت الجريمة الواقعة في الجلسة من الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى فيها إلا بشكوى أو بطلب أو إذن، فإنّ المحكمة لا تتقيد بهذا وإنما عليها اتخاذ ما يلزم واحالة الدعوى إلى قاضي التحقيق لإتخاذ ما يلزم.

المطلب الثالث: جرائم الجلسات التي تقع من المحامين

إهتم القانون بالمحامي وعمله، فوفر له أثناء أدائه لواجباته الحماية التي تمكنه من أداء هذا الواجب في جو من الحرية وعدم التردد، ومن أجل ذلك نرى أنّه تم التمييز

بين وضع المحامي في الجلسة وبين غيره من الحاضرين، إذ أنّ غالبية قوانين العقوبات الحديثة أعفت وبنصوص صريحة الخصوم في الدعاوى أو من ينوب عنهم من الخضوع للقانون بالنسبة لما قد يبدر منهم تحريراً أو شفويّاً من أقوال تكون جرائمًا في الأصل أثناء المرافعة عن حقوقهم أمام المحاكم، وذلك حماية لحق الدفاع أمام القضاء الذي يتطلب إطلاق حرية الدفاع للمتقاضين بالقدر الذي تقتضيه مدافعهم عن حقوقهم، وهذا ما نهجه المشرع العراقي في المادة (436) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969⁽²⁹⁾، وما نص عليه في المادة (24) من قانون المحاماة رقم 173 لسنة 1965⁽³⁰⁾.

والحصانة التي يتمتع بها المحامي وفقاً لما تقدم مقتصرة على الجرائم القولية، وبالقدر اللازم الذي تقتضيه طبيعة المدافعة. أما إذا ارتكب المحامي جريمة من الجرائم القولية التي لا تستلزمها طبيعة الدفاع أو ارتكب جريمة أخرى داخل الجلسة من غير الجرائم القولية، فإنّها تخضع لقانون العقوبات وفي هذه الحالة يثار التساؤل عن الاجراءات التي يمكن للمحكمة اتخاذها إزاء هذه الجرائم؟

بالرجوع إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية نجد أنّه لم يميز ما بين المحامي وغيره من الأفراد العاديين في جرائم الجلسات من حيث الاختصاص الممنوح للمحكمة، ولكن قانون المحاماة نص في المادة (28) على أنّه (لا يجوز توقيف المحامي عما ينسب إليه من جرائم القذف والسب و الإهانة بسبب أقوال أو كتابات صدرت منه أثناء ممارسة المحاماة ولا يجوز أن يشترك الحكام أو حاكم المحكمة التي وقع عليها اعتداء من المحامي في نظر الدعوى التي تقع عليه).

يفهم من هذا أنّ المحامي إذا ارتكب في الجلسة جريمة قوليه لا ينطبق عليها نص المادة (436) من قانون العقوبات ولا المادة (24) من قانون المحاماة، أي مما لا تقتضيه طبيعة الدفاع فإنّ فعله يخضع لقانون العقوبات، إلا أنّه يتمتع وفقاً للمادة (28) بحصانه إجرائية تتمثل بعدم جواز توقيفه، كما لا يجوز أن يشترك القاضي أو قضاة المحكمة التي وقع عليها الاعتداء أمامها في نظر الدعوى⁽³¹⁾، وهذا يعني أنّ حق المحكمة التي وقع في جلستها الاخلال يقتصر على تحريك الدعوى الجزائية، أما إذا كان ما وقع في الجلسة يشكل جريمة أخرى غير الجرائم القولية، فلم يبيّن المشرع بشأنها الاجراء الذي يمكن للمحكمة اتخاذه، ولذلك نرى أنّ ما ينطبق على جرائم الجلسات التي تقع

من الأفراد العاديين أمام المحاكم الجنائية والمدنية ينطبق عليها، ونعتقد أنّ العلة في عدم افراد هذه الجرائم بنصوص خاصة يرجع لعدم علاقتها بحقوق الدفاع، الأمر الذي لا يستلزم اخضاعها لنظام قانوني مختلف، وهذا بعكس المشرع المصري الذي أفرد لجرائم الجلسات التي تقع من المحامين نصوص خاصة في قانون الاجراءات الجنائية وفق المادة (245) وقانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 وفقاً للمواد (49،50)، ولكن ما تضمنه القانون الأخير من أحكام هي الأولى بالتطبيق، لأنه قانون لاحق على القانون الأول⁽³²⁾، ومما جاء به قانون المحاماة من أحكام والتي لم تختلف كثيراً عما جاء به قانون الاجراءات الجنائية، هو أنّه إذا وقع من المحامي أثناء وجوده في الجلسة لأداء واجبه أو بسببه اخلال بالنظام أو أي أمر يستدعي مؤاخذته نقابياً أو جنائياً يأمر رئيس الجلسة بتحرير مذكرة بما حدث ويحيله إلى النيابة العامة ويخطر النقابة المختصة بذلك، وللنائب العام أن يتخذ الاجراءات إذا كان ما وقع من المحامي يشكل جريمة يعاقب عليها في قانون العقوبات أو أن يحيله إلى مجلس النقابة إذا كان ما وقع منه مجرد اخلال بالنظام أو الواجب المهني، ولا يجوز أن يشترك في نظر الدعوى الجنائية أو الدعوى التأديبية المرفوعة ضد المحامي أحد أعضاء الهيئة التي وقع الاعتداء أمامها، كما لا يجوز القبض على المحامي أو حبسه احتياطياً بالنسبة للجريمة المذكورة، وهذه الأحكام تنطبق في حال كان ما وقع من المحامي في الجلسة أثناء الواجب أو بسببه، فإذا كان ما وقع منه في الجلسة لم يكن أثناء الواجب أو بسببه، جاز للمحكمة في هذه الحالة أن تعامله بما تقتضي به الأحكام العامة⁽³³⁾.

المبحث الثالث: النظام القانوني لجرائم الجلسات في الشريعة الإسلامية

إنّ التشريع الإسلامي قد رسم خطة القضاء وأرشد الى مبادئه، وترك التفصيل للسنة وعمل المجتهدين في الأمة الإسلامية شأنه في ذلك شأن الكثير من الأمور المتعلقة بالمعاملات ونظام الدولة، لأنها تتأثر بالمكان والزمان، وعلى أسس هذا المنهج الشرعي سنتبع النظام القانوني لجرائم الجلسات في التشريع الإسلامي من خلال الكتاب والسنة وعمل المجتهدين، مقسمين المبحث الى مطلبين، الأول نتناول فيه إجراءات ضبط الجلسة في الشريعة الإسلامية ونبين في المطلب الثاني ما يخل بنظام الجلسة وما يترتب على ذلك من إجراءات.

المطلب الأول: إجراءات ضبط الجلسة في الشريعة الإسلامية

سنبحث هذه الإجراءات في عهد الرسول (صل الله عليه وسلم)، وفي عهد الخلفاء الراشدين (رضي الله عنهم)، ثم نبين بعد ذلك ما يقوله الفقهاء المسلمون بهذا الشأن، وذلك كل في فرعٍ مستقل.

الفرع الأول: إجراءات ضبط الجلسة في عهد الرسول (صل الله عليه وآله وسلم)

كان أساس الأحكام ومداها هو الكتاب، فالنبي (صل الله عليه وآله وسلم) كان يرجع في قضائه إلى الكتاب الكريم وما يوجبه إليه ربه أو يراه بفطنته، وكثيراً ما كان يستشير أصحابه في بعض الأمور مما ليس فيه وحي، ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولاية القضاء عن غيرها من الولايات العامة، وإنما قام بها بنفسه وعلم أصحابه كيف يقومون بها، وهذا يرجع في الواقع إلى أنّ الدولة الإسلامية في عهده لم تكن اتسعت وتعددت، وإنما كانت منحصرة في جزيرة العرب⁽³⁴⁾.

ولم يكن للقضاء في عهده عليه الصلاة والسلام نظام معين من حيث مكانه ووقته وحفظ النظام فيه، فمكان القضاء قد يكون في المسجد وهو الغالب وقد يكون في الطريق أو في البادية أو أي مكان آخر، كما لم يكن للقضاء أشخاص معينين لضبط الجلسة وحفظ النظام فيها، حيث كانت الجلسة تنعقد تحت إدارته والصحابة من حوله، وكان مجلسه مهياً لدى الجميع لما له (صل الله عليه وآله وسلم) من مكانة في قلوب المسلمين وحرصهم على امتثال أوامره ونواهيه⁽³⁵⁾، وكان عليه الصلاة والسلام يرفض التدخل في عمل القضاء والتوسط في الأحكام وفي ذلك يقول (صل الله عليه وآله وسلم) ((يا أيها الناس إنّما هلك من كان قبلكم أنّه إذا سرق فيه الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أنّ فاطمة بنت محمد سرقت لقطع يدها))⁽³⁶⁾، وكان عليه الصلاة والسلام يهتم بحفظ كرامة الانسان في أي موضع كان عليه سواء في مجلس الحكم أو عند التنفيذ على الجاني، ومن ذلك ما روي عنه عند تنفيذ الحكم على الغامدية وأمر الناس فرجموها، فقبل خالد بحجر فرمى رأسها فنضح دم على وجه فسمها فسمع النبي (صل الله عليه وآله وسلم) سبّه إيّاها فقال ((مهلا يا خالد فو الذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تاهبها صاحب مكس لغفر له)) ثم أمر بها فصلى عليها ودفنت⁽³⁷⁾.

الفرع الثاني: إجراءات ضبط الجلسة في عهد الخلفاء الراشدين

وسنتولى بيان أهم ما يميز هذا العهد من خلال التركيز على أهم الأحداث التي مرت على الخلفاء الراشدين الأربعة رضي الله عنهم، خلال فترة توليهم الخلافة، و ذلك في فقرات أربع كالآتي:

أولاً/ في زمن أبو بكر الصديق (رضي الله عنه): سار أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) على ما سار عليه النبي (صل الله عليه وآله وسلم) في أمر القضاء، فهو لم يفصل القضاء عن الولاية العامة، إلا أنه لما تولى الخلافة قال له عمر (رضي الله عنه) أنا أكفيك القضاء فمكث عمر سنه لا يأتيه رجلان، وهذا لا يدل أنّ أبا بكر (رضي الله عنه) لم يباشر القضاء بنفسه غاية ما في الأمر أن عمر (رضي الله عنه) كان يساعده، وكان أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) إذا ورد عليه الخصمان نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإذا لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله (صل الله عليه وآله وسلم) في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين قائلاً (أتاني كذا وكذا، فهل علمتم أنّ رسول الله قضى في ذلك قضاءً)، فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله فيه، فيقول أبو بكر (رضي الله عنه) الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياه أن يجد عن سنة رسول الله (صل الله عليه وآله وسلم) جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإن اجتمع رأيهم على أمر قضى به والا قضى بما يؤدي إليه اجتهاده⁽³⁸⁾.

ثانياً/ في زمن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه): كان عمر (رضي الله عنه) يحذو حذو أبي بكر في أمر القضاء، إلا أنّ الذي حدث في عهده أنّه كثّر فتح الأمصار واتسع نطاق العمران، وأصبح من المتعسر على الخليفة أن يجمع في النظر بين الولاية العامة والقضاء، ففصل القضاء عن الولاية العامة، وعهد به إلى شخص غير الوالي⁽³⁹⁾، إلا أنّه أبقى سلطة القضاء تابعة له مباشرة، فكان يختار القضاة بنفسه أو يفوض الأمر إلى الوالي، وصار يرسل القضاة ويسأل عنهم ويطلب منهم مكاتبته والرجوع إليه في شؤون القضاء دون أن يتدخل الحاكم أو الوالي في أعمالهم⁽⁴⁰⁾، وقد بين (رضي الله عنه) في كتابه الذي أرسله إلى أبي موسى الأشعري عندما ولاه القضاء في الكوفة، نظام القضاء والتقاضي، والطريقة التي يتبعها القاضي في إدارته للجلسة، حيث قال (رضي الله عنه)

في وجوب فهم القاضي للدعوى المعروضة أمامه (فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له)، وقال في وجوب التسوية بين الخصمين (أس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك)، كما بين (رضي الله عنه) طريقة التثبيت في عرض الأدلة حيث قال (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، وذكر (رضي الله عنه) الآداب التي يجب أن يتحلّى بها القاضي في مجلس الحكم حيث قال (إِيَّاكَ والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس في مواطن الحق الذي يوجب الله سبحانه وتعالى به الأمر ويحسن به الذخر)⁽⁴¹⁾.

ثالثاً/ في زمن عثمان بن عفان (رضي الله عنه) : كان القضاء في زمنه يسير في منهجه ونظامه كما كان عليه الحال في زمن من تقدمه من الخلفاء الراشدين، إلا أنّ ما يتميز به القضاء في عهده هو تطوره من الناحية الشكلية حيث يعدّ عثمان (رضي الله عنه) أول من اتخذ داراً للقضاء وكان القضاء في عهده الخليفتين قبله في المسجد، وهذا جاء نتيجة اتساع دائرة التقاضي بين الناس في ذلك العهد⁽⁴²⁾.

رابعاً/ في زمن على بن ابي طالب (كرم الله وجهه): اقتفى علي (كرم الله وجهه) أثر أسلافه في القضاء ولم يخرج عن إطاره الذي رسمه له الشرع الحنيف، وكان يتولى القضاء بنفسه في عاصمة الخلافة، أما في الولايات الاسلامية الأخرى، فتركها لولاة الأمصار يختارون من يتولى أمر القضاء، وقد أرشدهم وحدّد لهم صفات من يتولى أمر القضاء، ويظهر ذلك في وصيته للأشتر النخعي حين ولاه مصر فقد جاء فيها (ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك في نفسك، ممن لا تضيق به الأمور، ولا تمحكه الخصوم، ولا يتمادى في الزلة، ولا يحصر من الفياء إلى الحق إذا عرفه) كما بين (كرم الله وجهه) طريقة إدارة جلسة القضاء من القاضي بقوله (... ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه، و أوقفهم في الشبهات، وأخذهم بالحجج وأقلهم تبرما بمراجعة الخصم، وأصبرهم على تكشف الأمور وأصرمهم عند اتضاح الحكم، ممن لا يزدهيه إطرأ ولا يستميله إغواء)⁽⁴³⁾.

ومما يلاحظ إجمالاً أنّ القضاء في زمن الخلفاء الراشدين كان مستقلاً ومهاباً مجلساً وحكماً ، فالحكم يستند إلى كتاب الله وسنة رسوله، ومن يتولى القضاء كان

الخليفة نفسه أو من ينوب عنه، وبالتالي لم يستطع أحد أن يتجرأ على مجلس الحكم بغير وجه حق، لما في نفوس الرعية من تعظيم وتبجيل للأمراء والقضاة.

المطلب الثالث: إجراءات ضبط الجلسة لدى الفقهاء المسلمين

اهتم الفقهاء المسلمون بإجراءات ضبط الجلسة، سواء ما تعلق بمكان الجلسة أو وقتها، وكذلك ما تعلق بأداب القاضي أو الخصوم، وهذا ما سوف نبينه تباعاً وعلى النحو الآتي:

أولاً/مكان انعقاد الجلسة:لابد للقاضي من مكان يباشر فيه عمله، وقد ذكر الفقهاء بعض الأوصاف لمكان القاضي، فقالوا يستحب أن يكون مكان القاضي وسط البلد، وفي موضع بارز ليعرفه من أراده من مستوطن أو غريب، وأن يكون المكان فسيحاً لا يضيق بالخصوم ولا يؤدي بهم إلى الملل، وأن يكون مصوناً من أذى البرد والحرومن كل ما يؤدي كالروائح والدخان ونحو ذلك كالأصوات المزعجة⁽⁴⁴⁾.

ثانياً/أوقات القضاء:ينبغي على القاضي أن يعين أوقات جلوسه وسماع دعاوى الناس والنظر فيها، وأن تكون ساعات عمله غير مرهقة حتى لا يخطيء، وأن يكون جلوسه للقضاء في ساعات من طرفي النهار، وأن لا يجلس للقضاء في أيام العيدين وما شابه ذلك، كيوم عرفه ويوم التروية، وكذلك يوم الجمعة ليستريح القاضي ويتفرغ إلى حوائجه وأشغاله الخاصة⁽⁴⁵⁾.

ثالثاً/آداب القاضي:ذكر الفقهاء آداباً للقاضي في نفسه وفي مجلسه وفي هيئته وفي تصرفه مع الخصوم، وهي على العموم لا تخرج عن المأثور مما ورد عن الرسول (صل الله عليه وآله وسلم) وعن الصحابة واجتهاد الفقه ومن أهمها ما يأتي:

1. التهيؤ لمجلس القضاء، فإذا أراد القاضي أن يخرج من بيته إلى مجلس الحكم خرج بسكينة ووقار ودعا بما أثر عن الرسول (صل الله عليه وآله وسلم) قائلاً (اللهم إني أعوذ بك أن أزل أو أزل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو أجهل علي ثم يصلي ركعتين ويجلس ويستقبل القبلة)⁽⁴⁶⁾.

2. وإذا جلس القاضي للقضاء فيجب أن يكون في حالة نفسية هادئة رضيه حتى يكون مستعداً تمام الاستعداد لسماع الدعاوى وما يقدمه الخصوم من بيان، ولهذا قال

الفقهاء يكره أن يقضي القاضي في حالة غضب وجوع أو شبع مفرطين، وفي كل حالة يسوء خلقه فيه كالمريض ومدافعة الأخبثين وشدة الحزن والسرور وغلبة النعاس⁽⁴⁷⁾.

3. ينبغي أن يكون القاضي في مجلس القضاء غاض البصر كثير الصمت قليل الكلام، ويقصر كلامه على سؤال أو جواب، ولا يرفع صوته إلا لجزر أو تأديب، وأن يكون جلوسه بسكينه ووقار، وأن لا يتضحك بما لا علاقة له بالدعوى، وأن لا يتشاعل بالحديث في مجلس قضائه، وإذا أراد اجمام نفسه وإراحتها فله أن يرفع الجلسة ويترك مجلس قضائه لفترة مناسبة لا راحة نفسه⁽⁴⁸⁾.

4. وعلى القاضي التسوية بين الخصمين، فإذا دخل الخصوم عليه ساوي بينهما في الاذن والدخول عليه معاً، كما يستوي بينهما في جلوسهما بين يديه واقباله عليهما، واستماعه منهما وأن يسوي بينهما في النظر ولين الكلام والبشاشة، فلا يتسم لأحدهما ويعبس في وجه الآخر ولا يظهر الاهتمام أو الاصفاء لأحدهما دون الآخر⁽⁴⁹⁾.

5. ويجلس مع القاضي جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجله من الأحكام، والمشاورة ينبغي أن لا تكون بحضرة الناس، لأن ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يتهمونهم بالجهل، لذلك يجب أن يخرج الناس من المجلس ثم يشاورهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان⁽⁵⁰⁾.

6. وأن يكون للقاضي "جلواز" والمسعى بصاحب المجلس، يقوم على رأس القاضي لهذيب المجلس، ويديه سوط يؤدب به من يخل بالنظام، وأن يكون له أعوان يستحضرون الخصوم ويقومون بين يديه ليكون المجلس مهاباً ويذعن المتمرّد للحق⁽⁵¹⁾.

رابعاً/أدب الخصوم: إذا حضر الخصوم مجلس القضاء جلسوا بين يدي القاضي على بعد مناسب، بحيث يستطيع أن يسمع كلامهم ويستطيعون أن يسمعوا كلامه دون حاجة إلى رفع الصوت، ولا يتكلم الخصمان إلا إذا وجه القاضي الكلام والسؤال إليهما أو أذن لهما، فيتكلم من أذن له القاضي بالكلام وعلى خصمه أن يستمع ولا يقاطع خصمه⁽⁵²⁾.

المطلب الثاني: النظام القانوني لجرائم الجلسات في الشريعة الإسلامية

مجلس القضاء ليس نادياً ولا مقربى يباح فيه الكلام والتصرفات كما يشتهي الانسان، وإنما هو مكان جدّ ووقار وقضاء وفصل بين الناس في خصوماتهم، فلا مجال

فيه للعبث والتطاول وسوء الأدب والكلام القبيح من قبل الحاضرين سواء كانوا من خصوم الدعوى أو شهود أو غيرهم، وبناءً على ذلك إذا صدر من أحد الخصمين ما لا يليق ولا يناسب مجلس القضاء ، نظر إليه القاضي شزراً تأديباً له، وله أيضاً أن يرفع صوته عليه، وإذا نهى القاضي أحد الخصمين عن الكلام ولم يمثل لأمر القاضي جاز للقاضي أن يأمر أعوانه بإخراجه تأديباً⁽⁵³⁾. وقد ذكر عن الشافعي أنه قال يكره للقاضي أن ينهرهما، ولأنه إذا فعل ذلك بهما لحقهما حصر وخوف وانقطاع عن حجتهما، أما إذا عاد فإنه يزيرو ولا يحبسه ولا يضربه إلا أن يكون في ذلك ما يستوجب، فإن لم يكتف عن ذلك جاز للقاضي كما ذكر البعض أن يتجاوز زواج الكلام إلى الضرب والحبس تعزيراً وأدباً يجتهد رأيه فيه بحسب اللدد⁽⁵⁴⁾.

أما إذا ارتكب أحد الخصمين ما يستوجب التعزير أو الحد أو القصاص فإن القاضي يوقع عليه العقوبة التي تناسب الفعل، باستثناء ما إذا كان الفعل المرتكب ضد شخص القاضي كتطاول أحد الخصمين في مجلس الحكم على القاضي بكلام يصل إلى حد القذف في شخصه، ويدخل ذلك في جرائم القذف، فإن القاضي في هذه الحالة أن يثبت شهوداً من الحضور على ما قاله ثم يقوم بإحالة هذه القضية إلى قاض آخر ليحكم فيها وليس للقاضي في هذه الحالة أن يحكم عليه بنفسه ، لأنه أحد الخصوم، أما إذا لم يصل التطاول على القاضي إلى حد القذف فإن للقاضي أن يعزره بما يرى من أدب كما له أن يعفو عنه⁽⁵⁵⁾.

خاتمة

1- إن الهدف الأساس من النصوص القانونية الخاصة بهذه الجرائم هي رعاية حرمة الجلسات أثناء المحاكمة والمحافظة على هيبة القضاء وتمكينه من متابعة عمله في نظام على نحو يحقق العدل، وفي سبيل تلك الغاية منحت المحاكم في هذه الجرائم سلطات خاصة. علماً أنّ المشرع فرق لاعتبارات بيناها بين سلطة المحاكم الجنائية وسلطة غيرها من المحاكم وبين الأفراد العاديين من جهة، والأفعال التي تقع من المحامين من جهة أخرى. وقد جاءت هذه السلطات استثناء من قواعد أساسية مهمة، منها الاختصاص، والفصل بين سلطتي الاتهام والمحاكمة، ومنع القضاة من نظر الدعوى ورددهم.

2- تعني قاعدة "الاختصاص" أنّ المحكمة لا تكون مختصة بنظر الدعوى المرفوعة إليها إلا إذا كانت مختصة بالنسبة للشخص وبالنسبة لنوع الجريمة المنسوبة إلى المتهم ومن حيث المكان، يتوقف العمل بها في جرائم الجلسات، إذ يكون حق المحاكم في نظر الجريمة ليس مؤسساً على القواعد العامة للاختصاص، وإنما هو مؤسس على أنّ جريمة الجلسة هي من جرائم التلبس لوقوعها أمام هيئة القضاء.

3- يقصد بقاعدة "الفصل بين سلطتي الاتهام والمحاكمة" الفصل بين جهات تحريك الدعوى أو مباشرتها وجهات التحقيق والمحاكمة، وهي من أهم ضمانات الافراد في تحقيق العدالة، خرج عنها المشرع في جرائم الجلسات عندما خوّل المحاكمة سلطة الاتهام والتحقيق والحكم أيضاً في بعض الاحيان، وهذا هو تطبيق لما يعرف "بنظام الاتهام القضائي" والذي كان سائداً في وقت ما ثم هجرته التشريعات الجنائية تقريباً إلا فيما يتعلق بجرائم الجلسات، والسبب عيوبه التي من أهمها أنّه يجمع في أيدي القاضي سلطتين من المفروض أن تظلا منفصلتين وأن لا تباشرهما نفس السلطة، وهما سلطة الاتهام والقضاء، فلا يمكن أن يكون القاضي خصماً وحكماً في الوقت نفسه، وإلا فلن تتحقق العدالة المتوخاة في القضاء.

4- وقاعدة "منع القضاة من نظر الدعوى وردهم" هي أيضاً من القواعد التي تم الخروج عنها في جرائم الجلسات، فالمشرع ضمنا لحياد القاضي وصيانة مكانته وعلوّ كلمته في أعين الناس نص في قانون المرافعات المدنية على جملة من الأسباب التي تجعل القاضي غير صالح للنظر في الدعوى، ومن هذه الموانع ما إذا كانت الجريمة وقعت على القاضي شخصياً، وهذا مانع طبيعي إذا توافر يمتنع على القاضي نظر الدعوى، لما بينه وبين وظيفة القضاء من تعارض، إذ لا يجوز أن يكون الشخص خصماً وحكماً في آن واحد، ولكن المشرع تجاوز هذا المانع في جرائم الجلسات وأعطى الحق للمحكمة لا سيما المحاكم الجنائية منها في الفصل في الدعوى على الرغم من أنّ القاضي قد يكون هو المجني عليه، وكذلك الحال في القاضي الذي سبق أن أدى الشهادة في الدعوى، إذ تعدّ هذه الحالة من أسباب امتناع القاضي عن نظر الدعوى، لأنّ صفة الشاهد تتعارض مع صفة القاضي، فلا يجوز أن يركن القاضي على أقوال نفسه التي سبق أن أداها في التحقيق أو في الدعوى، لأنّه من جهة أخرى إنّما يحكم في هذه الحالة بناءً على

معلوماته الشخصية، ومن جهة أخرى يكون قد ارتبط بما سبق أن قرره من شهادته، وهذا يؤدي إلى فقدان المتهم ضمان تمحيص هذه الشهادة بمعرفة المحكمة، ولكن المشرع في جرائم الجلسات خرج على هذا الأصل وأعطى الحق للمحاكم في رفع الدعوى والحكم فيها رغم أنّ القاضي في أغلبها قد يكون في موقف الشاهد في هذه الجرائم لوقوعها تحت سمعه وبصره، وتتوافر بشأنها المعلومات الشخصية مما يجعله في مركز يسمح له بأداء الشهادة فيها.

5- أمّا بالنسبة لجلسة المحاكمة في الشريعة الإسلامية، فهي محاطة بالنظام والوقار، لذلك فقد اهتم الفقه الإسلامي في تحديد الآداب الواجب مراعاتها في جلسة المحاكمة، ومحاسبة كل من يخلّ بهذا الأدب، ولقاضي الجلسة نفسه محاسبة كل من يقع منه هذا الإخلال باستثناء ما إذا كان الفعل يشكل جريمة واقعة ضد شخصه، ففي هذه الحالة تكون محاكمة الجاني من اختصاص قاضي آخر، وهذا يقابل في القانون الوضعي ما إذا كان الفعل يشكل جنائية، حيث يقتصر دور المحكمة في هذه الحالة على كتابة محضر عن الجريمة و من ثمّ تحليلها لقاضي التحقيق لتنظر بعد ذلك من المحكمة على أن لا يكون أحد أعضائها ممن قد شهدوا الجريمة.

الهوامش:

- (1) د. حسن صادق المرصفاوي، أصول الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، ص 155.
- (2) د. حسن صادق المرصفاوي، نفس المرجع، ص 155.
- (3) د. محمد زكي أبو عامر، الاجراءات الجنائية، ط1، منشورات الحلبي، 2010، ص 342، د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 124.
- (4) نقض 1965/3/30 احكام النقض س16 ق 68، ص 319، نقلاً عن د. محمد زكي أبو عامر، نفس المرجع، ص 343.
- (5) وهذا ما اشارت اليه المواد (153، 154، 159) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والمواد (63، 64) من قانون المرافعات العراقي المرقم 83 لسنة 1969.
- (6) د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 160
- (7) درؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، ط8، مطبعة نهضة مصر، 1970، ص 99، المستشار احمد عبد الظاهر الطيب، جرائم الجلسات، توزيع المكتبة القانونية، بلا سنة طبع، ص 109، د. سليمان عبد المنعم، أصول الاجراءات الجنائية، منشورات الحلبي، 2006، ص 469.
- (8) د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط5، مطبعة يادكار، السليمانية، 2016، ص 2322.

(9) ونص المادة (11) من قانون الاجراءات الجنائية المصري هو (إذا رأَت محكمة الجنائيات في دعوى مرفوعة أمامها أنّ هناك متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم ، أو وقائع أخرى غير المسندة فيها إليهم ، أو أنّ هناك جنائية أو جنحة مرتبطة بالتهمة المعروضة عليها فلها أن تقيم الدعوى على هؤلاء الأشخاص أو بالنسبة لهذه الوقائع ، وتحيلها إلى النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها طبقاً لباب الرابع من الكتاب الأول من هذا القانون. وللمحكمة أن تندب أحد أعضائها للقيام بإجراءات التحقيق ، وفي هذه الحالة تسري على العضو المنتدب جميع الأحكام الخاصة بقاضي التحقيق.

وإذا صدر قرار في نهاية التحقيق بإحالة الدعوى إلى المحكمة وجب إحالتها إلى محكمة أخرى ، ولا يجوز أن يشترك في الحكم فيها أحد المستشارين الذين قرروا إقامة الدعوى. وإذا كانت المحكمة لم تفصل في الدعوى الأصلية ، وكانت مرتبطة مع الدعوى الجديدة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، وجب إحالة القضية كلها إلى محكمة أخرى.)

(10) د. براء منذر كمال عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 24.

(11) هذا وقد أعطى المشرع في المادة (154) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الحق للمحاكم الجزائية من أن تمنع الخصوم ووكلائهم من الخروج عن موضوع الدعوى أو التجاوز على بعضهم البعض أو على الغير بنصها (للمحكمة أن تمنع الخصوم ووكلائهم من الاسترسال في الكلام إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو كرروا أقوالهم أو أخلوا بالنظام أو وجه أحدهم إلى الآخر أو إلى شخص أجنبي عن الدعوى سباً أو طعناً لا يقتضيه الدفاع).

(12) ونص المادة (243) هو(ضبط الجلسة وادارتها منوطان برئسها وله في سبيل ذلك أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها فإن لم يمثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبسها اربعا وعشرين ساعة أو بتغريمه عشر جنهات ويكون حكمها بذلك غير جائز استئنافه فإذا كان الاخلال قد وقع ممن يؤدي وظيفة في المحكمة كان لها أن توقع عليه أثناء انعقاد الجلسة ما لرئيس المصلحة توقيعه من الجزاءات وللمحكمة إلى ما قبل انتهاء الجلسة أن ترجع عن الحكم الذي أصدرته).

(13) د. محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 344.

(14) ينظر المادة (158) من قانون أصول المحاكمات الجزائية

(15) هذا وإنّ مبلغ الغرامة ليست له قيمة في الوقت الحاضر لذلك فإنّ هذا المقدار يحتاج الى تعديل.

(16) د. محمد زكي أبو عامر، مرجع السابق، ص 345.

(17) ويجري نص المادة (244) بالآتي (إذا وقعت جنحة أو مخالفة في الجلسة يجوز للمحكمة أن تقيم الدعوى على المتهم في الحال وتحكم فيها بعد سماع اقوال النيابة العامة ودفاع المتهم ولا يتوقف رفع الدعوى في هذه الحالة على شكوى أو طلب إذا كانت الجريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد 8،9،3، من هذا القانون.....)

(18) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، 2015، ص 103.

(19) المستشار احمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص 117.

(20) د. محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، هامش ص 347.

(21) ووفقاً للقواعد العامة يمكن للمدعي العام تحريك الدعوى الجزائية عن وقائع في الجلسة وإلى هذا نصت المادة (10/10) من قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979 (إقامة الدعوى في الجرائم التي ترتكب في قاعة المحكمة ولو توقف إقامتها على شكوى).

(22) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، مرجع سابق، ص 103.

(23) د. رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 98، د. سلمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 464، المستشار أحمد عبد ظاهر، مرجع سابق، ص 105.

ولكن من أصحاب هذا الرأي من يستثني من هذه القاعدة ما يقع من الاحداث، فإذا ارتكب أحد الاحداث جريمة من جرائم الجلسات فلا يحق للمحكمة التي وقعت الجريمة في جلستها بنظرها ولا يكون لها سوى تحريك الدعوى الجنائية دون اتخاذ أي اجراء من اجراءات التحقيق سوى القبض على المتهم إذا اقتضى الحال، لأن محكمة الأحداث دون غيرها تختص بالنظر في أمر الحدث عند اتهامه في الجرائم وعند تعرضه للانحراف، المستشار أحمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص 108.

(24) د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 159.

(25) ويجري نص المادة (244) بالآتي (أما إذا وقعت جناية ، بصدر رئيس المحكمة أمراً بإحالة المتهم إلى النيابة العامة بدون إخلال بحكم المادة 13 من هذا القانون .

وفي جميع الأحوال يحذر رئيس المحكمة محضراً ، ويأمر بالقبض على المتهم إذا اقتضى الحال ذلك).

(26) د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 167.

(27) ومقدار مبلغ الغرامة يحتاج الى تعديل لضالة قيمته.

(28) وتنص المادة (107) على انه (مع مراعاة أحكام قانون المحاماة للمحكمة أن تحاكم من تقع منه اثناء انعقادها جنحة تعد على هيئتها أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة وتحكم عليه فوراً بالعقوبة).

(29) ونص المادة (436) هو (1. لا جريمة فيما يسنده أحد الخصوم أو من ينوب عنهم الى الآخر شفاهاً أو كتابة من قذف أو سب اثناء دفاعه عن حقوقه أمام المحاكم وسلطات التحقيق أو الهيئات الأخرى وذلك في حدود ما يقتضيه هذا الدفاع).

(30) ونص المادة (24) هو (للمحامي أن يسلك الطريقة المشروعة التي يراها مناسبة في الدفاع عن موكله ولا يكون مسؤولاً عما يورده في عريضة الدعوى أو مرافعاته الشفوية أو التحريرية مما يستلزمه حق الدفاع).

(31) إضافة الى ذلك ذكرت المادة (30) من قانون المحاماة بأنه في غير حالة الجرم المشهود لا يجوز استجواب المحامي أو التحقيق معه لجريمة منسوبة إليه بممارسة مهنته إلا بعد اخبار النقابة بذلك.

(32) د. محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 354.

(33) د. محمد زكي أبو عامر، نفس المرجع ، ص 355، د. رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 102.

(34) د. عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط1، جامعة أم القرى، 1409. 1989، ص 223.

(35) جعيدان ابن متعب المطيري، ضبط الجلسة ومخالفاتها في النظام الاجرائي السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2010. 1431، ص 22 وما بعدها.

(36) صحيح مسلم ، ترقيم وترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، القاهرة، دار ابن حزم، ص 478.

(37) صحيح مسلم ، ص 480

(38) عيسى بن عثمان بن عيسى بن غازي الغزي، أدب القضاء، ط1، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، 1417. 1996، ص 60.

(39) عيسى بن عثمان بن عيسى بن غازي الغزي، نفس المرجع، ص 60.

(40) د. عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي، مرجع سابق، ص 244.

(41) الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406 . 1986، ص 9.

- (42) د. عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي، مرجع سابق، ص 260.261.
- (43) أبو الحسن محمد بن الحسين ، نهج البلاغة، دارومطابع الشعب، المكتبة الخاصة، ص 339.340.
- (44) الإمام العلامة معي الدين ابي زكريا يعي بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المتقين، ط1، دار المنهاج ، جدة، 2005.1426، ص560.
- (45) د.عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، مكتبة البشائر، عمان، 1409.1989، ص120
- (46) القاضي شهاب الدين ابي إسحاق إبراهيم بن عبدالله الهمداني ، كتاب أدب القضاء، تحقيق د. معي هلال السرحان، ج1، ط1، مطبعة الرشاد، بغداد، 1984.1404، ص 164.165.
- (47) الإمام علاء الدين أبي بكرين مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص 9.
- (48) د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 122.
- (49) الإمام العلامة معي الدين أبي زكريا بن شرف النووي، مرجع سابق، ص 561، القاضي شهاب الدين ابي إسحاق إبراهيم بن عبدالله الهمداني، مرجع سابق، ص 165.
- (50) الإمام علاء الدين أبي بكرين مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص 11.
- (51) الإمام علاء الدين أبي بكرين مسعود الكاساني، نفس المرجع، ص 12.
- (52) د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 124.
- (53) د. عبد الكريم زيدان، نفس المرجع، 123،
- (54) ينظر القاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني، مرجع سابق، ص 169.
- (55) ينظر جعيدان ابن متعب المطيري، مرجع سابق، ص 277.

تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري *

AISSAT Elyazid, M A "A"
Département des enseignements de Base en droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

عيسات اليزيد، أستاذ مساعد قسم "أ"
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بتنظيم العلاقات الأسرية، وذلك بوضعها الفلسفة التشريعية التي تقوم عليها، لما لها من أثر بالغ الأهمية في المحافظة على كيان الأسرة في المجتمع، فأرست مبادئ الرحمة والمودة بين أفرادها، وإبعاد كل ما يتسبب في انحلالها وتفككها، فأعطت للزوج حق تأديب زوجته، وفق ضوابط وشروط وفلسفة حكيمة ليس المقصود منها الضرب لذاته، لأنّ هذا يتنافى مع الفطرة الإنسانية المتميزة بالعقل والحكمة، وإنما القصد من ذلك اتخاذ الزوج الوسيلة المناسبة للإصلاح، ورجوع الزوجة إلى طاعته الواجبة له شرعا وقانونا.

هذا، وقد اهتمت التشريعات الوضعية بالأسرة اهتماما كبيرا، وذلك في معالجتها لقضايا الأسرة، والتشريع الجزائري واحد منها، من خلال نصوص قانون الأسرة، والقانون المدني، وكذا قانون العقوبات، حيث وضع القواعد التي تكفل حماية الأسرة، وأمنها. وانطلاقا من ذلك فسوف أتطرق إلى تأديب الزوجة في الشريعة الإسلامية، ثم إلقاء نظرة حول الموضوع في القانون المقارن وبعدها موقف المشرع الجزائري من موضوع تأديب الزوج لزوجته، وبعدها الخاتمة.

الكلمات المفتاحية:

التأديب، الأسرة، الزوجة، الشريعة الإسلامية، القانون المقارن، قانون الأسرة، القانون الجنائي.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/07/03 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2016/09/18 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

The wife disciplining of Islamic law and the Algerian law

Abstract:

Islamic law has focused on the organization of family relations, and this by applying a legislative philosophy as a base, because of its crucial impact on the preservation of the family structure in society, which creates principles of compassion and affection between its members and the removal of all causes of degeneration and decay, which give the husband the right to discipline his wife, according to the guidelines and conditions and wise philosophy which is not intended to hit her or use violence, because it goes against the human nature that is distinguished by logic and wisdom, but it is to guide the husband to take the proper way to repair the marital relationship, and the return of the woman to its mandatory obedience legitimately and legally given to her husband.

And positivist law give the family a great interest, and that in dealing with the affairs of the family, and the Algerian law is one of them, by the provisions of the Family Code, the Civil Code and the Penal Code, which has put the rules that ensure the protection of the family, and secured it.

And basing on that, I will approach the discipline of a woman in Islamic law, and then I'll have a look around the subject in comparative law, and then the position of the Algerian legislature concerning the right of the husband to discipline his wife, and finish with the conclusion of the subject.

Key words:

Disciplining, family, wife, Islamic law, comparative law, family law, criminal law.

La discipline de l'épouse entre la Shari'a et le droit algérien

Résumé :

La Shari'a ou la loi Islamique s'intéresse à l'organisation des relations familiales en mettant en avant une philosophie législative basée sur les principes de clémence et de compassion. De tels principes permettent la préservation de la structure de la famille et éloignent les causes de sa désintégration. Cette philosophie législative réserve dans ses commandements une part belle au processus de discipline entre époux ; notamment le pouvoir du mari de discipliner son épouse et ce, selon une méthode basée sur le principe du respect et en dehors de toute forme de violence à l'égard de l'épouse, puisque celle-ci (violence) est contraire à l'instinct humain caractérisé par la sagesse. On entend par pouvoir de discipliner, conféré à l'époux, la prise, par ce dernier, des moyens nécessaires en vue d'une conciliation afin de permettre le retour de l'épouse à son obligation légale d'obéir à son époux.

Le droit positif s'intéresse également à la situation familiale en ce qu'il encadre ses affaires en détails. Le droit Algérien, à travers les dispositions du code de la famille, du code civil et du code pénal, ne manque pas de faire référence à la protection de la famille et à sa sécurité.

Notre étude sur la discipline de l'épouse vis-à-vis de son époux sera menée à la lumière de la loi Islamique et du droit comparé sans omettre de faire référence au droit algérien en la matière.

Mots clés:

Discipline, famille, épouse, loi islamique, droit comparé, droit de la famille, droit pénal.

مقدمة

انطلاقاً من أنّ الروابط بين أفراد الأسرة تختلف في طبيعتها عن غيرها من الروابط في المجتمع، لا بد من أن تكون القواعد القانونية التي تنظمها مختلفة أيضاً تبعاً لذلك، ولكن قد يحصل الغموض والتعارض في أهداف التشريعات التي يضعها المشرع لتنظيمها، مما يوجب السعي والاجتهاد لرفع التعارض قصد الوصول إلى الحكم الذي قصده المشرع من خلال تداوله النص بالنقد والتحليل والتفسير. لذا وددت البحث في موضوع مهم جداً يجري النقاش حوله وهو تأديب الزوجة، نظراً لاختلاف طريقة معالجته من قبل المشرع في إطار القانون الجنائي "أسباب الإباحة" وقانون الأحوال الشخصية المستمد من الشريعة الإسلامية أصلاً، إلى درجة التعارض في أهداف المشرع في بعض الدول العربية، فبينما يجيزه القانون الجنائي في بعض الدول العربية ويعدّه من أسباب الإباحة لا يجيزه القانون الجنائي في دول أخرى، كما أنّ بعض قوانين الأحوال الشخصية تعدّه من أسباب الضرر والشقاق الموجب للتفريق القضائي بين الزوجين.

انطلاقاً من ذلك فسوف أتطرق إلى حق تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي في محور أول، نظرة حول الموضوع في القانون المقارن، وكذا موقف المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة والقانون الجنائي في محور ثاني:

المحور الأول: تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي

لقد أحاطت الشريعة الإسلامية الرابطة الزوجية المقدسة بمجموعة من الأحكام التي تكفل لها الاستقرار وتعضمها من التفكك والانحلال، ومن تلك الأحكام إقرار قوامة الرجل على زوجته وما يتفرع عنها من وجوب طاعتها له فيما أوجبه الله عليها، وعليه إن لمس منها عصياناً ونشوزاً فله الحق في تأديبها بالوسائل والضوابط الشرعية دون تعسف أو ظلم، وانطلاقاً من ذلك فسوف أتطرق للتأديب الشرعي للزوجة في هذا المحور من حيث المفهوم، وأساسه الشرعي، وما يؤدّب فيه، وكذا ضوابط التأديب، وغيرها من النقاط.

أولا/ مفهوم التأديب:

1/التأديب لغة:الأدب الذي يتأدب به الأديب من الناس، والتأديب مصدر أدّبه تأديبا أي علمه الأدب، ويسمى الأدب أدبا لأنه يؤدب الناس إلى المحامد وينهاهم عن المقابح، والأدب أدب النفس والدرس، وأدّبه فتأدب علّمه، وفلان قد استأدب بمعنى تأدّب⁽¹⁾، وأدب فلان أدب روّض نفسه على المحاسن، وأدب فلان حذق فنون الأدب فهو أديب، وأدّبه على محاسن الأخلاق، وأدبه لقنه الأدب وجازاه على إساءته، والأدب كل ما أنتجه العقل الإنساني من ضروب المعرفة⁽²⁾، وعليه فإنّ التأديب مصدر أدّبه تأديبا أي علّمه الأدب وعاقبه على إساءة النفس وهو رياضة النفس وحملها على محاسن الأخلاق⁽³⁾ يقول الرسول(ص): "أدبني ربي فأحسن تأديبي"⁽⁴⁾. فالتأديب في اللغة يأتي بمعنيين: المعنى الأول:بمعنى رياضة النفس على المحاسن الأخلاقية، والنهي عن المقابح. المعنى الثاني: المجازاة على الإساءة، فإتيان الفعل الشائن يفضي إلى العقوبة قصد التقويم، فيأتي التأديب بقصد العقوبة التي ينزلها الولي غير القاضي لمن له الولاية عليه بقصد تصحيح انحراف سلوكه، وقال الفراهي:الأدب أدب النفس والدرس، وأدبته فتأدّب⁽⁵⁾.

2/التأديب اصطلاحا:يتجه معنى التأديب إلى عدة معان منها تهذيب الأخلاق وحملها على فعل كل محمود والابتعاد عن الرذائل، فيرجع معناه هنا إلى الأدب والتأديب حمل الغير على التحلي بمكارم الأخلاق، يقول الغزالي:"الأدب تهذيب الظاهر والباطن، ولا يتكامل الأدب في العبد إلا بتكامل الأخلاق، وهي في مجموعها من تحسين الخلق"⁽⁶⁾، وأما التأديب فإنّما نعني به أن يروض غيره"⁽⁷⁾.

من خلال ما تقدم فإنّ التأديب جزء من التربية التي هي الوعاء الشامل لجميع معاني تطوير الشخصية وذلك بالتعويد على الفضائل، فقد يطلق لفظ التربية ويراد به التأديب وكذلك العكس. مع الملاحظة أنّ التربية أعم وأشمل من التأديب، وتهدف إلى إيجاد شخصية متكاملة من جميع جوانبها⁽⁸⁾ العقلية الجسمية والنفسية، ومن هنا يختلف الناس عن بعضهم بسبب طرائق التربية التي تعرضوا لها⁽⁹⁾.

وعند النظر إلى آراء المذاهب السنية المعروفة نجد أنّها تعددت وتباينت أحيانا، فالأحناف عرفوه بأنّه إسم لفعل يبقى المؤدب حيا بعده⁽¹⁰⁾، وعرفه الشافعية بأنّه تهذيب الأخلاق وإصلاح العادات⁽¹¹⁾، وقال الحنابلة أنّه "الضرب والوعيد والتعنيف"⁽¹²⁾،

أما المالكية فيستعملونه بمعنى التعزيز أي العقوبة عند ارتكاب المعاصي كما هو الحال عند تأديب الزوجة⁽¹³⁾.

إلا أنّ الظاهر منها أنّها مقيدة بما ينبغي أن يكون عليه التأديب من حيث استعماله في المجال الأسري، وما يتضمنه من وسائل و ضمانات، فإذا كان للرجل حق تأديب زوجته، تفرّعا عن قوامته و ولايته عليها، وفق ما بينته الشريعة الإسلامية من وسائل و قيود، فإنّه يمكن تعريف التأديب الأسري كما يلي: "هو استعمال من تقررت له سلطة شرعية في الأسرة من وسائل شرعية بضوابطها، متى توفرت مبررات التأديب والإصلاح لمن هم تحت سلطته بصفة مشروعة دون تجاوز حدود استعمال هذا الحق"، على اعتبار أنّه من حقوق الزوج المعنوية التي يفرزها عقد الزواج التي تستمد أساسها الشرعي من أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا/ الأساس الشرعي لتأديب الزوجة: يستند تأديب الزوجة إلى أساسه الشرعي من القرآن العظيم، والسنة النبوية الشريفة، والإجماع والمعقول :

1/ من القرآن العظيم: قال الله تعالى " الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا"⁽¹⁴⁾. بداية نلاحظ أنّ سبحانه وتعالى قد قسم النساء إلى صنفين: الأول: هن الصالحات المطيعات واللواتي لا يحتجن إلى التأديب، فهن ذوات الأخلاق، وليس للأزواج عليهن سبيلا، الصنف الثاني: هن النسوة الناشزات العاصيات لأوامر الله سبحانه وتعالى بحكم الفراغ الديني، وسوء التربية، والخضوع للتطور الغربي الفاسد اعتقادا منهن بأنّ ذلك هو التطور، وبالتالي فكل حرام باسم التطور يصبح مباحا وحلالا، مما يؤدي إلى محاولتهن التمرد عن الزوج وعدم طاعته، ويصبح تأديبهن ضرورة بالموعظة والهجر، وإلا فإننا نطبق قاعدة أهون الضررين، بإحداث الأصغر لدرء الأكبر أي اللجوء إلى الضرب غير المبرح وهو الإيذاء الخفيف حسب التعبير القانوني.

إنّ الآية الكريمة السابقة وضعت الوسائل التي يجب على الأزواج أن يستعملوها لتأديب زوجاتهم وهذا دليل على مشروعية التأديب. ويقول الإمام القرطبي: "دلت هذه

الآية على تأديب الرجال نساءهم، فإذا حفظن حقوق الرجال فلا ينبغي أن يسيء الرجل عشرتها"⁽¹⁵⁾، فلا يكون ذلك إلا بعد أن يكون الزوج قد أوفاهما بكامل حقوقها المادية والمعنوية بما فيها التزام المساكنة وحسن المعاشرة.

2/ من السنة: لقد جاءت أحاديث كثيرة تخص تأديب النساء في حالة نشوزهن ومنها: ما جاء في خطبته (ص) في حجة الوداع حيث قال: "فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بحق الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح"⁽¹⁶⁾. ووجه الاستدلال أن للرجل ضرب امرأته ضربا غير مبرح، لأن ضربها أبيض بسبب عصيانها له فيما يجب من حقه عليها⁽¹⁷⁾، وقال الرسول (ص): "لا تضربوا إماء الله" فجاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى رسول الله (ص) فقال: ذنر النساء أزواجهن، فرخص في ضربهن، فطاف بآل رسول الله (ص) نساء كثير يشكون أزواجهن فقال النبي (ص): "لقد طاف بآل محمد نساء كثير يشكون أزواجهن، ليس أولئك بخياركم"⁽¹⁸⁾. وفي رواية "لن يضرب خياركم"، وفيه دلالة على أن ضربهن مباح في الجملة"⁽¹⁹⁾.

وعنه (ص) عندما سأله رجل ما حق المرأة على الزوج؟ قال: "تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت"⁽²⁰⁾. كما ورد عنه (ص) هجر نساءه شهرا⁽²¹⁾ مما يدل على جواز الهجر تأديبا.

3/ الإجماع: لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على إباحة حق تأديب الزوج لزوجته⁽²²⁾. فلم ينقل على أحد خلاف ذلك، فإذا وقعت معصية لا حد فيها كأن تنشز الزوجة على زوجها وتمنعه حقه، فله أن يؤديها على ذلك اعتمادا على الأدلة الشرعية، قال ابن قدامة: "لا نعلم خلافا بين الفقهاء في جواز تأديب الزوج زوجته فيما يتعلق بحقوقه الزوجية"⁽²³⁾.

4/ المعقول: إن طبيعة البشر تقضي بأنهم مختلفون في العقول والميول وطرق التفكير ومدى تأثيرهم وتأثرهم، فمنهم من تكفيه الإشارة، ومنهم من يتأثر بالنظرة الحادة، ومنهم من يحتاج إلى التهديد والتخويف، وهناك صنف لا يرتدع لا بموعظة ولا هجر، وهن اللواتي جاء التأديب بالعقوبة والضرب، فقد يرجعن بعدها إلى صوابهن إذا علمن أنه لا مناص من التأديب ولو بعقوبة تمس أجسادهن. إن المنطق والعقل السوي يقضي

بضرورة مداواة المرض، ولو بدواء مر نوعا ما، فالنشوز والعصيان مرض، والدواء هو التأديب حفاظا على الأسرة من الانهيار، وبالتالي نطبق قاعدة أهون الضررين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى هل من كرامة الرجل أن يهرع إلى طلب محاكمة زوجته كلما انحرقت؟ أتقبل أن يهرع زوجها كلما وقعت في شيء من المخالفة إلى أبيها أو إلى القاضي لينشر ثوبها أمامه؟ هل ترضى أن تترك تسترسل في نشوزها فتهدم بيتها، وتشرذم أطفالها وتفكك أسرته؟ أم تقبل وهي هادئة مطمئنة أن ترد إلى رشدها بشيء من التأديب المادي من زوجها، إعمالا لولايته الشرعية عليها، والذي لا يتجاوز المألوف والمعروف في تربيتها لأبنائها⁽²⁴⁾؟ لاشك في جواب العاقلة الهادئة أنه يكون واضحا في اختيار الأصلح.

ثالثا/ولاية تأديب الزوجة: من خلال استقراء آية النشوز السابقة فإن القوامة للزوج ومن المتفق عليه شرعا أن الزوج هو ولي على زوجته، والولاية لغة مشتقة من الولي وهو القرب يقال: أوليته إياه، أدنيته منه، وولي الأمر أي تقلده، ومن قوله تعالى: "اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا"⁽²⁵⁾ وكل من ولي أمر آخرفه ووليه، ومنه ولي المرأة وهو القائم عليها، وولي البلد هو القائم على أمور أهله بالتدبير والأمر والنهي⁽²⁶⁾.

و الولاية في الاصطلاح الفقهي بمعنى سلطة الشخص في إلزام الغير وتنفيذ القول عليه، شاء ذلك الغير أم أبى، وتشمل الإمامة العظمى، كما تشمل قيام شخص راشد على تدبير شؤون القاصر الشخصية والمالية. كذلك وردت على ألسنتهم بمعنى إقامة الغير مقام النفس في تصرف جائز معلوم، وينصرف الحكم إلى سلطة الزوج في تأديب زوجته الناشز⁽²⁷⁾.

فمن أحكام عقد النكاح ولاية الزوج على تأديب زوجته إذا نشزت وعن طاعته ترفعت، فله أن يؤديها على ذلك تطبيقا لما جاء في القرآن الكريم. حيث دلت آية النشوز⁽²⁸⁾ على أن أمام الزوج وسائل تأديب ثلاثة يتبعها مراعي الترتيب الوارد فيها، أخذا بعين الاعتبار طبيعة الزوجة، ودرجة الذنب المرتكب، أو ذاك الذي يخاف وقوعه منها قصد ردها إلى مكانتها الطبيعية، حتى لا تتعرض العلاقة الزوجية للاضطراب والأسرة للتفكك بسبب نشوزها أو الخوف من ذلك، حيث فسر الخوف في الآية السابقة بمعنيين: الأول: إن خفتم بمعنى إن ظننتم نشوزهن فعظوهن، وفي هذا إرشاد

للمبادرة بالعلاج قبل وقوع الداء⁽²⁹⁾. والثاني: إن تخافون بمعنى تعلمون وتيقنون ويكون المعنى: إن علمتم نشوزهن وتيقنتم منه، فاسلكوا معهن هذه الوسائل⁽³⁰⁾، فالخوف هو خلاف الأمن، ويقول ابن كثير المقصود النساء اللواتي تتخوفون أن ينشزن على أزواجهن⁽³¹⁾.

وقد نهج الشرع الإسلامي منهجين: الأول هو منهج الترغيب والتحفيز المعنوي، على الطاعة عند الخوف من النشوز. والثاني منهج التقويم والإصلاح الفعلي في حالة عدم الطاعة حيث أعطي الزوج آلية تمكنه من ترسيخ قيادته لأسرته بوسائل تتناسب مع أدميتها بقصد تنبيهها للإقلاع عن نشوزها، وليس قهرها عضليا أو إيذاؤها جسديا⁽³²⁾. رابعا/ ما يؤدب فيه: من المتفق عليه أنّ للزوج تأديب زوجته بصورة عامة على المعاصي التي لا حدّ فيها، كمقابلة غير المحارم، والخروج دون إذن، وعصيان أوامر الزوج، وتبذير ماله وترك فرائض الله إذا كانت مسلمة وصدور خطأ عنها يلحق الضرر بالأسرة وتثاقلها على الزوج إذا دعاها⁽³³⁾. والنشوز هو الارتفاع. ويراد به هنا النشوز لغة يعني الارتفاع أو ما ارتفع من الأرض ولكنه بالنسبة للزوجة لعصيانها ومخالفة زوجها والترفّع عن طاعته، وقد توسع الفقهاء في "النشوز" فجعلوه شاملاً " لكل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر"⁽³⁴⁾.

إنّ التأديب بالموعظة والهجر كوسيلتين تقريبا لا خلاف بصدهما عموما، ولكن بعض الخلاف يثور بالنسبة للضرب كوسيلة ثالثة حيث يرى الإمام مالك وأبو حنيفة أنّ الضرب لا يكون لأول معصية وإنما يكون لتكرار المعصية والإصرار عليها. فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين، فإن عادت كان له أن يضربها، وحجة أصحاب هذا الرأي أنّ (الواو) وردت للترتيب في آية النشوز السابقة، وأنّ المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل⁽³⁵⁾.

ويترب على الأخذ بهذا الرأي أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثاني معصية، أما من يضربها للثالثة فلا عقوبة عليه، لأنّه استعمل حقه في حدوده المقررة. ويعاقب أيضاً من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك، فعلى الضارب ليعفى من العقوبة أن يثبت أنّها عصت قبل الضرب مرتين، وأنّه وعظها في أولاهما وهجرها في الثانية. بينما الرأي الراجح في المذهبين الشافعي والحنبلي

يقول أنّ من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أم لم تتكرر، وسواء سبق الضرب وعظ الزوجة وهجرها أم لا، على أساس أنّ عقوبات المعاصي لا تختلف بالترتيب، لأنّ (الواو) في الآية جاء لمطلق الجمع وليس للترتيب⁽³⁶⁾.

خامساً/ حدود الضرب وضوابطه: لقد أقر الإسلام ضرب الزوجة للإصلاح ولم يقصد منه الإيذاء الحسي والبدني. فهو إجراء وقائي قد يكون بسواك أو بمنديل أو بطرف الرداء وما إلى ذلك بعيداً عن الوجه والمواضع الحساسة والمخوفة، وبشرط أن لا يترك أثراً ولا يحدث عاهة في جسمها، والرسول (ص) يقول (اتقوا الله عز وجل في النساء فإنهن عندكم عوان لا يملكن لأنفسهن شيئاً وأنّ لهن عليكم ولكم عليهن حقاً ألا يوطئن فرشكم أحداً غيركم ولا يأذنن في بيوتكم لمن تكرهونه، فإن خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح⁽³⁷⁾.

والضرب غير المبرح هو الذي لا يؤلم ولا يكسر عظماً ولا يدمي الجسم⁽³⁸⁾، وإلا عدّ فعله اعتداءً لا تأديباً. وفي رأي أبي حنيفة والشافعي أنّ الزوج إذا ضرب زوجته بقصد التأديب فتلفت من الضرب أو أصيبت بعاهة، فإنّه يضمن التلف، لأنّ التأديب مقيد بشرط السلامة وإلا فقد يتحول فعله إلى جرم جنائي، ويكيف على أنّه تعسف في استخدام الحق وبالتالي فإنّه يتعرض للمسؤولية الجنائية والمدنية⁽³⁹⁾.

اتفق الفقهاء على ضرب الرجل زوجته الناشز إذا أصرت على نشوزها ولم يفد معها الوعظ أو الهجر، واعتقاد الزوج أنّ الضرب مفيد فهو مباح⁽⁴⁰⁾. وإن كان تركه أفضل، لكن بضوابط نذكر بعضها باختصار:

1/ ضابط شخصي: ومفاده أنّ حق التأديب شخصي، وبالتالي لا يجوز شرعاً، وممنوع قانوناً أن يمارسه غير الزوج على زوجته، لأنه نتاج عقد الزواج المقدس

2/ ضابط نفسي: وهو الذي يتعلق بنفسية الزوج أثناء التأديب، فيتحتم عليه وهو الطرف الأقوى من حيث التكوين الطبيعي والشخصي والجسماني، أن يحذر الانسياق مع انفعاله⁽⁴¹⁾ وغضبه، فإنّه لا يدري أين تقع صفة يده أو ركلة رجله، وإنّما يمارس حقه بهدوء وروية وهو في حالة نفسية هادئة واعية، مقدراً العواقب، فالهدف هو الإصلاح وليس التعذيب، فالتأديب مشروع، والعنف محظور⁽⁴²⁾.

3/ ضابط التدرج: حيث يجب عليه أن يوفيهما جل حقوقها المادية والمعنوية بما في ذلك المعاشرة بالمعروف، ثم بعدها الوعظ والإرشاد، ترغيباً وترهيباً، ثم الهجر في المضجع، حسب ما ورد في آية النشوز، وإذا لم تنفع يلجأ إلى الدواء المر الأخر، وآخر الدواء الكي، أي الضرب غير المبرح وذلك ما يعرف في القانون بالإيذاء الخفيف.

4/ ضابط الوسيلة: وهذا قيد تضبط به الوسيلة المناسبة، كي لا يظهر أي أثر على البدن كالجرح أو الكسر⁽⁴³⁾، إنَّ الضرورة تقدر بقدرها، والضرب أبيض للضرورة، فالوسيلة تكون بسيطة حيث قال البعض باستعمال المنديل الملفوف أما إذا كان الزوج يستعمل العصي والآلات، أو اللكم والركل، فإنه يعتبر اعتداء وعنفاً.

5/ ضابط المكان: ولهذا القيد وجهان: الوجه الأول من جهة المكان الذي تضرب فيه الزوجة، فيجب أن يكون في بيت الزوجية، ولا يكون أمام الأولاد حتى لا يرضعوا ذلك في الصغر ويفرزونه في الكبر، كما لا يجب أن يكون في الشارع أو أمام الجيران، فتلك فضيحة كبرى وقد يؤدي بالزوجة إلى طلب التطلاق. الوجه الثاني: يتعلق بموقع إيقاع الضرب على الجسد بحيث يجب تجنب المناطق الحساسة كما لا يجب أن يقع على الوجه فهو مجمع المحاسن⁽⁴⁴⁾، والحواس التي قد تتضرر وذلك مرفوض شرعاً، بل هل يرضى الزوج أن يحدث ذلك لابنته أو لأمه⁽⁴⁵⁾.

6/ يجب على الزوج الكف عن التأديب: إذا هي أعلنت العدول عن النشوز، وقالت بإتيان الطاعة في غير معصية لقوله تعالى: "فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا"⁽⁴⁶⁾.

تلك هي بعض القيود التي يستوجبها التأديب شرعي حتى يتحقق الإصلاح، وتهنأ الأسرة ويصلح المجتمع، أما تجاوزها فإنه عنف وعدوان يفضي إلى تفكك الأسرة.

المحور الثاني: تأديب الزوجة في القانون المقارن والتشريع الجزائري

تتأرجح تشريعات الدول في أحكامها بخصوص تأديب الزوجة بين الإباحة والتجريم، فمنها من يسمح به أو يأذن بذلك، ومنها من يمنعه بنص صريح، ومنها من يحيله إلى الشريعة الإسلامية، والتشريع الجزائري واحد منها، انطلاقاً من ذلك سوف أتطرق باختصار ضمن هذا المحور إلى موقف بعض القوانين الجنائية المقارنة أولاً، ثم إبراز موقف التشريع الجزائري ثانياً:

أولاً/تأديب الزوجة في القوانين الجنائية المقارنة: لقد جعلت التشريعات الجنائية لبعض الدول تأديب الزوجة استعمالاً للحق وضمن أسباب الإباحة والتبرير بنص صريح، كقانون العقوبات العراقي لسنة 1969 الذي ينص في المادة 41 على أنه: (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعدُّ استعمالاً للحق: تأديب الزوج وزوجته وتأديب الآباء ومن في حكمهم للصغار في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً، فمن أمثلة الحقوق التي يقرها الشرع حق تأديب الزوجة، ومن أمثلة الحقوق التي يقرها العرف حق التأديب الذي للمخدوم على خادمه.

– وهناك تشريعات جنائية لدول أخرى تعدّ تأديب الزوجة من قبيل إجازة القانون، كقانون العقوبات المصري، والقاعدة في ذلك أنّ الأفعال التي يجيزها القانون تعدّ أفعالاً مبررة، لأنّه لا يعقل أن يجرم القانون أو يعاقب على ما أجازته أو رخص به. فإجازة القانون هي غير الحق. لأنّها مجرد رخصة، وهي غير الواجب القانوني⁽⁴⁷⁾.

فالقانون قد يجيز أعمالاً تعدّ في ذاتها غير مشروعة، لولا أنّ فيها فائدة اجتماعية تعلو على تلك التي تتحقق بتجريم هذه الأفعال، ومن أمثلتها تأديب الزوج لزوجته والذي قدر فيه الشارع مصلحة للأسرة والمجتمع تقتضي أن تكون لبعض أفرادها سلطة على بعضهم الآخر، وأن تدعم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها. وهذه المصلحة التي ترقى إلى مرتبة حق للمجتمع ترجح على حق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه بالغاية من التأديب، وهذه الغاية هي تهذيب من يخضع له وحمله على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الأسرة المجتمع.

ولكن مجرد منح رئاسة الأسرة للزوج لا يمنحه حق تأديب زوجته دون إجازة القانون بنص صريح. فالقانون المدني الفرنسي لعام 1965 مثلاً اعترف للزوج برئاسة الأسرة دون أن يمنحه حق تأديب زوجته⁽⁴⁸⁾.

– في حين نجد تشريعات جنائية لدول أخرى أجازت للزوج تأديب زوجته ولكن بصورة غير مباشرة باعتمادها المبدأ المقر لهذه الإجازة في الشريعة الإسلامية، كقانون العقوبات المصري الذي نصت المادة 60 منه على أنه: (لا تسري أحكام هذا القانون على من ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة)، وقبل ذلك نص المشرع المصري

في قانون العقوبات على أنه لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء⁽⁴⁹⁾.

— كما أنّ تشريعات جنائية لدول أخرى سكتت عن إجازة تأديب الزوجة، ولكن الفقه والقضاء جعلاه من صور الأفعال التي يجيزها القانون، تارة على أساس القياس وتارة أخرى على أساس الشريعة الإسلامية أو العرف العام، كما هو الحال في الأردن وسورية. حيث أنّ الشريعة الإسلامية تعد أحد مصادر التشريع فيها، وهي ضمن الإطار القانوني العام وهي تقربح الزوج في تأديب زوجته⁽⁵⁰⁾.

فأنصار تأديب الزوجة استندوا إلى الشريعة الإسلامية التي أجازت للزوج تأديب زوجته بشرط التقيد بالحدود الشرعية وبوسائل ثلاث هي: الوعظ والهجر في المضجع والضرب. والوسيلة الثالثة هي التي يبدو تعارضها مع أحكام قانون العقوبات.

إنّ التشريعات الجنائية التي أجازت تأديب الزوجة بصورة غير مباشرة بقولها: (لا تسري أحكام القانون الجنائي على من ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة الغراء " إستندت إلى الشريعة وآية النشوز السابق ذكرها. وقول رسول الله (ص) في حجة الوداع: (استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة⁽⁵¹⁾ مبينة فإنّ فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح فإذا أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً⁽⁵²⁾).

وانطلاقاً مما تقدم فإن شروط تأديب الزوجة في التشريعات التي تجيزه بصورة غير مباشرة يمكن حصرها فيما يلي:

1/ وجود الإجازة: وتتوافر هذه الإجازة بارتكاب الزوجة معصية لم يرد في شأنها حدّ مقرر ولم يرفع أمرها إلى "ولي الأمر"، أي السلطة العامة بالتعبير الحديث على أنّ يكون الزوج قد لجأ إلى ضروب التأديب الأخرى التي أشارت إليها الآية الكريمة، وهي الوعظ أولاً والهجر في المضجع ثانياً. فلا يجوز للزوج أن يضرب زوجته تأديباً قبل أن يستنفذ الوسيلتين ويثبت عدم جدواهما.

2/ التزام حدود الإجازة: وهذا الشرط مقيد بحدين هما: حد مادي، وهو ألا يكون الضرب شديداً مبرحاً، وقد فسر القضاء المصري الضرب غير الشديد بأنه ذلك الضرب

الذي لا يترك في الجسم أي أثر ولو سحجات⁽⁵³⁾ بسيطة، ومن باب أولى لا يؤدي إلى عاهة مستديمة ولا يفضي إلى الوفاة وإلا فيسأل الزوج عن جريمة ضرب مفضي إلى الموت. وحد معنوي بأن يتوافر لدى الزوج حسن النية الذي يتطلبه القانون باستهداف الغرض الذي من أجله جاءت إجازة القانون. فإذا ثبت أنه يريد به غرضاً سواه، فهو سيئ النية وليس له أن يحتج لإباحة فعله بتلك الإجازة إذا لم يكن الفعل مؤدياً وظيفته الاجتماعية التي تحددها غاية التأديب التي هي الإصلاح والتهديب للزوجة ومواجهة لنشوزها وردّها عن هذا النشوز، ولذلك يتعين أن يكون الباعث للزوج على قيامه بالتأديب هو تحقيق هذه الغاية. فمن ابتغى غاية سوى ذلك وأخفى باعثاً إجرامياً، مثل الانتقام أو مجرد الإيذاء أو الحمل على معصية أو إشباع شهوة الانتقام يخرج عن حدود التأديب المباح ويسأل جنائياً طبقاً لقصده الجنائي⁽⁵⁴⁾، وذلك لأنه يقتضي الحفاظ على الأسرة بأن يكون لراعيا سلطة على أفرادها، يستطيع بمقتضاها أن يحمل الآخرين على السلوك القويم قاصداً التهديب والإصلاح، وهو غاية الجماعة في سلوك الأفراد،

وهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه: وإن أبيع للزوج تأديب زوجته تأديباً خفيفاً على أية معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، إلا أنه لا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً وحدّ الضرب الفاحش أن يؤثر في الجسم ويغير لون الجسد، وأن يكون محكوماً بغاية الإصلاح والتهديب وهو ما يتفق مع العلة في تقريره⁽⁵⁵⁾ وعلى هذا فأفعال الضرب البسيط أو الإيذاء الخفيف مباحة، أما أفعال الضرب المفضي إلى عجز أو وفاة أو عاهة مستديمة فهي تتجاوز حدود هذه الإجازة لأنها لا تتفق ومعنى التأديب، أي معنى التأثير في نفس الزوجة بما يحملها على إصلاح سلوكها وبما يتفق وصالح الأسرة والقيم الخلقية والاجتماعية السائدة. ولذلك عاقبت محكمة النقض المصرية زوجاً جاوز حد الضرب غير المبرح فأحدث أذى بجسم زوجته رغم أنّ الأذى لم يترك سوى سحجات بسيطة إلا أنها اعتبرت تعدياً يخرج عن حدود التأديب⁽⁵⁶⁾.

فإذا خالف الزوج تلك القواعد المرسومة يدخل فعله في نطاق التجريم. وإذا كان تجاوزه عمداً كانت الجريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال.

فضرب الزوج زوجته على رأسها ووفاتها بسبب ذلك يعدُّ ضرباً مفضياً إلى الموت، وإن كان التجاوز بحسن نية ونتيجة خطأ في توجيه الفعل كانت الجريمة غير عمدية، وإذا شرع الزوج في ضرب زوجته بما لا يخالف قواعد التأديب، ولكن الضربة أصابها في عينها فأحدثت لها عاهة نتيجة إهمال الزوج وعدم اتخاذ الحيطة اللازمة في توجيه ضرباته، كانت الجريمة غير عمدية لا جريمة ضرب مفضٍ إلى عاهة⁽⁵⁷⁾.

3/ عدم جواز الإنابة في تأديب الزوجة: نظراً لأنَّ طبيعة حق التأديب تحول دون ذلك، حيث تكون الإجازة فيه للزوج فقط، ولا يجوز له أن ينقل هذا الحق الشخصي لغيره ولو كان ذا قرى⁽⁵⁸⁾.

ثانياً/ تأديب الزوجة في التشريع الجزائري: إنَّ البحث عن الأساس القانوني لتأديب الزوجة في المنظومة الوطنية، يستوجب تصفح النصوص المتعلقة بذات الموضوع، خاصة وأنَّ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً من مصادر القانون فيها، وعليه وبالرجوع إلى بعض القوانين، فإنَّ الغموض يزول، وأعلى تلك القوانين الدستور الذي نص في مادته الثانية على أنَّ الإسلام دين الدولة، ثم يأتي القانون المدني في المادة الأولى التي تقضي بضرورة عودة القاضي إلى الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص تشريعي، ثم يأتي قانون الأسرة وبعده قانون العقوبات، وسوف نقصر الحديث حول ق. الأسرة وق. العقوبات باختصار فيما يلي:

1/ قانون الأسرة: إنَّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على التأديب، إلا ما كان مستنتجاً من المادتين (36، و222 من قانون الأسرة).

إنَّ المادة 36 ق.أ.ج تتحدث عن حقوق وواجبات الزوجين التي يبني عليها المشرع العلاقة الأسرية بين الزوجين على قاعدة مثالية، لو فرضنا جدلاً أنَّ الفقرات السبعة التي تضمنها النص تطبق كلية، لجعلنا نتصور بأنَّ الزوجين ملكين، ولكن الواقع غير ذلك، لأنَّهما مختلفين في الطبائع والميول والتدين والعلم وبالتالي التوافق المطلق مبتغى لا يدرك، لكن يجب الحرص فقط على أنَّ كل طرف يؤدي ما عليه من التزامات تجاه الآخر.

إنَّ إلغاء نص المادة 39 التي كانت تفرض على الزوجة طاعة زوجها، يجعلنا نفهم أنَّ المشرع قد أبعد حق الزوج في التأديب بصيغته الصريحة، وأقر بشكل ضمني حق

التأديب الأسري، وذلك ما يستشف من مضمون نص المادة 222 ق. أ. التي تقول: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

والتي تم تدعيمها بالمادة 223 من ذات القانون، يقول المشرع فيها: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون" أي أنّ أي قانون يخالف ما هو وارد في ق. أ.، الذي يحيل التأديب إلى الشريعة الإسلامية، فإنّه يلغى فقط، مما يؤكد إقرار المشرع لحق التأديب الأسري. حفاظا على الأسرة والمجتمع وهو أمر يتعلق بالمصلحة العامة، وإلا كيف نفسر ما أورده المشرع في المادة 3 مكرر من ذات القانون والتي تقول: "تعدّ النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

2/ قانون العقوبات: إنّ المشرع في قانون العقوبات يدرج تأديب الزوجة، حسب شرح القانون الجزائري، ضمن تطبيقات استعمال الحق وتحت مظلة أسباب الإيابة⁽⁵⁹⁾، باستعمال عبارة ما أذن به القانون، وذلك ما يفهم ضمنا في نص المادة 39 يقولها: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون"، وتلك إحالة إلى المادة 222 ق. أ. كما جاء المشرع في ذات القانون في المادة 269 حيث استثنى من العقاب من يقوم بالإيابة الخفيف، أو غير المبرح بتعبير الفقه الإسلامي، للقاصر دون السادسة عشر، وهذه إشارة واضحة إلى إيابة التأديب، وفي قانون العقوبات دائما وفي المواد 330، 331، 332 تحدث المشرع عن تجريم ترك الأسرة وذلك ما يلحق الزوج طبعاً، فإذا لم يقيم بالنفقة أو ترك أو أهمل أو تقاعس فإنّه يعاقب، ولكن السؤال لماذا يحرص المشرع على ذلك؟ الجواب صيانة الأسرة والأولاد من الضياع والتسول والتشرد. هل الزوج الذي كوّن أسرة ليس حريصاً على ذلك؟ كيف نجبره على أداء واجبه من جهة، ونغل يده على نزع كل شوكة، نشوز في المنزل، فلا يؤدب الزوجة والأولاد من جهة أخرى؟

إنّ المشرع الجزائري مؤخراً قد أجرى تعديلات مهمة لقانون العقوبات⁽⁶⁰⁾، منها إضافة مادتين هما 266 مكرر و266 مكرر 1، تتمحوران حول العنف ضد الزوجة والمرأة عموماً، حيث تنص المادة 266 مكرر في الفقرة 1 و2 على أنّ كل من أحدث عمداً جرحاً أو ضرباً بزوجه، يعاقب بالحبس من سنة إلى 3 سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح والضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق 15 يوم. وبالحبس من 2 إلى 5 سنوات إذا نشأ عجز عن العمل يزيد عن 15 يوم.

كما تطال الزوج، حسب المادة 266 مكرر¹، إذا ارتكب أفعالاً موصوفة بالتعدي سواء اللفظي أو النفسي المتكرر التي تمس بكرامة المرأة أو سلامتها البدنية أو النفسية، عقوبة قد تصل إلى 3 سنوات، كما أنّ الإثبات بكل الوسائل في حالة العنف الزوجي، وتضيف المادة ذاتها بأنّ الفاعل لا يستفيد من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملاً أو معاقاً أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت تهديد السلاح، على أن صفح الضحية يضع حداً لكل متابعة جزائية.

هناك جملة من الملاحظات حول هذه التعديلات والتي تفيد أنّ المشرع قد أقر الإيذاء الخفيف، الضرب غير المبرح بتعبير الفقه الإسلامي، ضمناً، وأنّ تلك التعديلات جاءت لمحاربة ظاهرة العنف الأسري:

1- أنّ المشرع استخدم مصطلح الجرح والضرب وذلك ما لا يؤدي إليه التأديب الشرعي إن ما مورس بضوابطه الشرعية، وشروطه القانونية السابق ذكرها، بل أنّ هناك فرق كبير بين الإيذاء الخفيف من حيث المفهوم والضرب :

فالإيذاء الخفيف هو المساس بجسم المجني عليه دون ضرب أو جرح، أي دون ضغط على أنسجته أو تمزيق لها، كالבصق على الوجه، أو الرش بالماء، ونثر الرمال والتراب عليه لكن الأمر يصبح دقيقاً، إذا اتخذ العدوان شكل الدفع باليد، والجذب من الثياب، إذ أنّ هذه الأفعال تحدث بنحو ما ضغطاً على أنسجة المجني عليه، على نحو يشتهه بالضرب⁽⁶¹⁾.

- أما مفهوم الضرب فهو صدمة choc تمارس من طرف الجاني على المجني عليه، إما بصفة مباشرة مثل الضرب باليد والرأس والرجل، أو غير مباشرة أي بواسطة سلاح أو آلة كالسكين والعصا والحجارة، ولا يشترط في الصدمة أن تترك أثراً جسمانية ولا أن تتسم بنوع مخصص من العنف⁽⁶²⁾، ويعتبر القانون الجزائري في حكم الضرب أو الجرح أعمال العنف أو التعدي الأخرى autres violences ou vois de faits وعليه فإنّ قص الشعر بالقوة أو جذب الأذن أو القذف بالماء أو البصق في الوجه من مخالفات الإيذاء الخفيف⁽⁶³⁾، وتخرج من مفهوم الضرب، بل أنّ المشرع قد ترك الأمر للقاضي لإقرار ما يدخل في حكم الضرب المعاقب عليه قانوناً من غيره، ذلك أنّ الضرب العمدي هو الذي يفضي إلى الجرح وكلاهما لا يدخلان في مفهوم التأديب الشرعي، الذي له مدلول

معنوي أكثر إن تم في حدوده الشرعية والقانونية، وتجاوزها تعدي صارخ، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله " كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه...".

إنّ المعيار هو في درجة شدة الفعل وجسامة الضرر، فإذا كان الإيذاء خفيفا، فإنّ الفعل لا يعدّ ضربا ولا تنطبق عليه أحكامه، أما إذا تخطى حدّا معيّنا من الجسامة أصبح ضربا ولو وقعت جسامته عند الحدود الدنيا، كالضغط على عنقها، أو جذبها أو إيقاعها أرضا، حيث يعتبر ذلك ضربا لتجاوز حدود الإيذاء الخفيف، وتقدير الجسامة مسألة موضوعية.

2- أعتقد أنّه لا يجب أن نوسع ضيقا، فلا يجب أن نجعل الضرب مرادفا للتأديب، إنّما الضرب الخفيف هو جزء ضئيل جدا من مفهوم التأديب الذي يشمل الوعظ أولا، والهجر في المضجع ثانيا، والضرب غير المبرح أخيرا يكون عند الضرورة القصوى وممزوج بعاطفة المؤدب والوسيلة منديل قماش مثلا، وعند توفر سبب جدي، كأن تحرّمه من حقه الشرعي في تمكينه من نفسها، بل شرعا لا يسأل الزوج فيما أدب زوجته، ذلك أنّ الحياء يمنعه من ذكر السبب، وإن ذكر غيره كذب، فهل يشكوها إلى والدها، أم إلى القاضي؟ أم يؤدبها بشكل خفيف كي تستيقظ؟

3- إنّ المشرع ذكر الظروف المخففة في نص المادتين السابقتين بقوله: لم تكن حامل، وليست معاقة، وعند غياب الأبناء، ودون تهديد بالسلاح، وكأنتنا بالمشرع يحصر لنا شروط ممارسة حق التأديب. كما اشترط المشرع في نص المادة 266 مكرر1/الفقرة1 عنصر تكرار الأفعال، ألا يفيد ذلك الإجازة الضمنية للتأديب، بشرط عدم التكرار؟

4- لو فرضنا جدلا بأنّ المشرع من خلال التعديل الأخير قد منع التأديب، فإنّ ذلك يسقطه في التناقض مع نص المادة 222 من قانون الأسرة، وقبلها مع قوله تعالى في آية النشوز، والخالق أدرى بما خلق. وهل يعقل أن تلغى آية قرآنية بنص قانوني بشري؟ ولكل عاقل الحكم. بل هناك سؤال هو: هل نصوص قانون الأسرة تطبق على اعتبار أنّها شرع الله؟ أم باعتبارها قانونا وضعيا مثل بقية القوانين الأخرى؟⁽⁶⁴⁾

إنّ الحل لظاهرة العنف الأسري، تكمن ببساطة في التوعية الدينية، والأخلاقية، وضرورة إدراك كلا الزوجين لواجباتهما المتبادلة، خاصة المعاشرة بالمعروف، عسى ذلك

يخفف من تفاقم هذه الظاهرة وما ينجر عنها من آثار فتاكة، دون الاكتفاء بوضع نصوص قانونية عقابية التي تظهر فعاليتها عند وقوع الكوارث أكثر من دورها الردعي.

خاتمة

إنّ العقل والمنطق يقضيان بضرورة إقرار حق التأديب كوسيلة في يد رب الأسرة لبلوغ نفس الغاية التي يبتغيها المشرع تحقيقها، ذلك الحق الذي يتفرع عن منح الزوج رياسة الأسرة وقيادتها نحو الاستقرار ويصح المجتمع ككل هذا من جهة، ومن جهة أخرى ماذا يكون حال الأسرة لو فرضنا أنّ المشرع يمنع التأديب منعاً باتاً بقاعدة قانونية أمرة صارمة؟ النتيجة معروفة مسبقاً، الانحلال والآفات الاجتماعية بالألوان⁽⁶⁵⁾، وهل حينها الطلاق والتطليق والخلع والعقوبات والسجون هي الحل؟ إنّ حق تأديب الزوجة في التشريع الجزائري يندرج ضمن أسباب الإباحة، وذلك ما يستنتج من حمل النصوص بعضها على بعض، خاصة المادة 39 من قانون العقوبات والمادة 222 من قانون الأسرة.

إنّ التعديلات الأخيرة لقانون العقوبات تخص العنف الأسري كظاهرة اجتماعية، يريد المشرع معالجتها، خاصة للذين يتخذون التأديب مطية لممارسة العنف. إنّ حق التأديب الأسري ثابت في المنظومة القانونية الجزائرية، اعتماداً على ما ذكرناه من حجج وبراهين قانونية، وهي ذاتها صالحة للرد على القائلين بأنّ حق التأديب الأسري تبخر بإلغاء المادة 39.ق.أ والتي حملت معها إلى الزوال طاعة الزوجة لزوجها.

إنّ المشرع قد أحال حق التأديب للزوجة والولد إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر جزءاً من النظام القانوني العام، وهي تعدّ بذلك مصدراً يرتقي بالحقوق إلى مرتبة الحقوق القانونية وعليه فالتأديب الأسري من تطبيقات استعمال الحق مادام القانون قد أذن بذلك. وهو رأي غالبية الفقه في الجزائر⁽⁶⁶⁾ إنّ هذا الاتجاه في إقرار التأديب الأسري ذهب إليه العديد من تشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية بعضها نص صراحة وبعضها ضمناً، في حين نجد التشريعات الغربية تعترف بالسلطة الأبوية دون حقه في التأديب.

هكذا نخلص إلى أنّ مختلف التشريعات تحمل المبدأ المنبثق على قيادة الأسرة بعضها يقر مباشرة وصراحة، والبعض الآخر منها تشير إليه بشكل ضمني، في حين أنّ التشريعات الغربية تمنعه باحتشام نظرا لاصطدامها بالمطالب النسائية المطالبة بالمساواة، وذلك ما يظهر جليا في تشريعاتها، وانعكس حتى على المستوى الدولي ولعل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 أكبر دليل على ذلك، إنّ التأديب ظلما حرام شرعا وممنوع قانونا، ولكن إهمال واجب حماية الأسرة من أي خطر خيانة للأمانة وإخلال بالتزام، بل يجب اقتلاع الضرر من الجذور، وطمس كل نشوز أو عصيان، فخير الأمور أوسطها فلو أبعدنا كلية التأديب للأسرة تكون في خطر قد تتفكك، ولو أفرطنا في التأديب فإنّها تصبح قطعة جحيم⁽⁶⁷⁾ و النتيجة ذاتها هي التي تحدث ولكن لا يجب فقط أن نجعل مثلما عبر عن ذلك الإمام محمد الغزالي، من النساء ضحايا وملائكة، والرجال شياطين⁽⁶⁸⁾.

إنّ التأديب بضوابطه أمر أقره الخالق للزوج في الأسرة، وهو أدري بما خلق، كما جعله بيد الحكام في الأمم، ولولا التأديب والعقاب لما قامت أمة أو دولة.

الهوامش:

- (1) ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب، بيروت، ط/1. د.س. باب الهمزة، مادة أدب، ج 1، ص 43.
- (2) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، اسطنبول تركيا، د. ط/د. س، باب الهمزة، مادة أدب، ج 1، ص 9، 10.
- (3) جلال الدين بانقا أحمد، حق تأديب الزوجة والصغار، مجلة العدل، العدد 18، السودان السنة 8، ص 157.
- (4) محمد بوزواوي، معجم ومصطلحات الأدب، الدار الوطنية للكتاب، ط/2009، د.ب.ن. ص 11.
- (5) الفارابي: إسماعيل بن حماد الجوهري، انظر ترجمته في: الحموي، ياقوت، معجم الأدباء، إحياء التراث العربي، بيروت 1988، ص 151.
- (6) الغزالي أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، دار الفكر، بيروت، ج 5، د.س. ص 197.
- (7) الغزالي أبو حامد... نفس المرجع، ص 260.
- (8) فرحان إسحاق أحمد، التربية الإسلامية بين الأصالة والمعاصرة، دار الفرقان، عمان الأردن، ط 4، 2000 ص 34.
- (9) عدنان حسن صالح، مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد، دار المجتمع، جدة، ط 5/، 1996 ص 81.
- (10) علاء الدين بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1991، ج 10، ص 416.
- (11) ابن قدامة موفق الدين، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت 1992، ج 1، ص 647.
- (12) حسن العطار، حاشية العطار على جميع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت 1999، ط 1، ج 1، ص 470.

- (13) الدردير أبو البركات: الشرح الكبير للدردير، دار الفكر، بيروت، د.س، ج 2، ص 527.
- (14) الآية 34 من سورة النساء.
- (15) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2000/1، ج 5، ص 111.
- (16) صفي الرحمان المباركفوري، الرحيق المختوم، دار المستقبل، د.ب.ن، ط 1، 2005، ص 337
- (17) ابن حجر العسقلاني:فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مكتبة السلام الجديدة، السدار البيضاء، ط 2003/1 ج 9، ص 243.
- (18) النسائي أحمد بن شعيب ، سنن النسائي الكبرى :، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط /1991 كتاب عشرة النساء، باب ما جاء في ضربها، ج 8، ص 263، 264، رقم الحديث 9122.
- (19) ابن حجر العسقلاني: المصدر السابق، ص 244
- (20) النسائي أحمد بن شعيب ، سنن النسائي الكبرى :، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط /1991، ج 10، ص 64، رقم الحديث 11038.
- (21) البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت ط/3، 1987، ج 6، ص 180.
- (22) مروك نصر الدين:الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 1، 2003، ص 200.
- (23) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1987، ج 10، ص 61.
- (24) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، طبعة دار الشروق، القاهرة، د.س.. ص 164، 165.
- (25) الآية 257 من سورة البقرة.
- (26) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مكتبة النوري ، دمشق، د.س، ج 5، ص 281.
- (27) الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ، مطبعة الجمالية، مصر، 1327، ج 2، ص 234.
- (28) الآية 34 من سورة النساء.
- (29) الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط /، 1984 ج 2، ، ص 268..
- (30) القرطبي، الجامع أحكام القرآن، ج 5، مرجع سابق، ص 112.
- (31) ابن كثير الحافظ، تفسير القرآن العظيم، دار الفيحاء، دمشق، ط 1994/1 ج 1، ، ص 645.
- (32) حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2007، ص 177، 178.
- (33) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/2، 1986، ج 1، ص 514.
- (34) الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:، مرجع سابق، ص 334.
- (35) الشيرازي: أبي إسحاق إبراهيم، طبقات الفقهاء، دار القلم، بيروت، د.س، ج 2—ص 69
- (36) ابن قدامة:، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 162، 163.
- (37) أخرجه الترمذي في الجامع كتاب الرضاعة باب ما جاء في حق المرأة على زوجها جزء 3 ص 467. وقال الترمذي حسن صحيح. وقال معنى عون: يعني أسرى في أيديكم.
- (38) . المغني لابن قدامة: المرجع السابق ج 8، ص 163.
- (39) إحياء علوم الدين: الإمام أبي حامد الغزالي، مرجع سابق، ج 2، ص 45 المغني لابن قدامة: المرجع السابق ج 10 ص 349.

- (40) محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات. القسم العام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1997 ص 217.
- (41) الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الشرائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 2، ص 334.
- (42) حسني نصار، حقوق المرأة، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، مصر، ط 1/ 1958 ص 369.
- (43) عدلي السمري، العنف في الأسرة، دارا لمعرفة الجامعية، القاهرة، ط/ 2001، ص 239.
- (44) أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س، ج 1، ص 535.
- (45) وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1991، ص 57.
- (46) الآية 34 من سورة النساء.
- (47) نايف محمد الجنيد، عضل النساء، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1/ 2010، ص 111.
- (48) مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 195.
- (49) مأمون سلامة، قانون العقوبات. القسم العام. دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3/ 1990 ص 193.
- (50) نائل عبد الرحمن صالح، محاضرات في قانون العقوبات، دار الفكر، عمان ط 1/ 1995، ص 145.
- (51) الفحش والفحشاء والفاحشة: القبيح من القول والفعل، وجمعها الفواحش، وقال الله تعالى 'إلا أن يأتيين بفاحشة مبينة، قيل: الفاحشة المبينة أن تزني فتخرج للحد، وقيل الفاحشة خروجها بغير إذن زوجها وكل خصلة قبيحة في فاحشة من الأقوال والأفعال. انظر لسان العرب لابن منظور ج 6 ص 325.
- (52) سبق تخريجه.
- (53) سحجه: خدشه. وهو من سحج الجلد، وسحجت جلده أي قشرته. والسحج: ان يصيب الشيء الشيء فيسحجه أي يقشر منه شيئاً قليلاً. انظر لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق ج 2 ص 296.
- (54) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، نظرية الجريمة، الإسكندرية 1994 ج 1 ص 240، 241/، محمد صبيح نجم، شرح قانون العقوبات الأردني القسم العام، دار الثقافة للنشر عمان ط 2، 1991 ص 91 / مأمون محمد سلامة المرجع السابق، ص 195/ محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 6، دار النهضة العربية، القاهرة 1988 ص 169/ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، دون سنة، ط 1، ج 5، ص 829
- (55) نقض مصري 1965/6/7 مجموعة الأحكام س 16 رقم 110 ص 55 نقلاً عن مأمون محمد سلامة، المرجع السابق ص 197.
- (56) نقض مصري 10 نوفمبر 1941 مجموعة القواعد القانونية ج 5، رقم 298، ص 567 نقلاً عن الدكتور جلال ثروت، المرجع السابق ص 241.
- (57) الدكتور مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 197.
- (58) مأمون محمد سلامة مرجع سابق، ص 197 / والدكتور نجيب حسني، المرجع السابق ص 169
- (59) سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، عمار القرقي، باتنة 1992، ج 1، ص 101. // عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ج 1، ص 126. / أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، بوزريعة ط 7، 2006 م، ص 124.

- (60) قانون رقم 15، 19 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، ج ر ج عدد 71 مؤرخ في 30، 12، 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66، 156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.
- (61) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط/5، 2005، ص534.
- (62) دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ج1، 2005، ديوان المطبوعات، الجامعية، قسنطينة، ط/2005 ص170.
- (63) محمد صبيح نجم، المرجع السابق، ص50.
- (64) محمد بشيري، مناقشة المطالب النسائية الهادفة إلي تغيير مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 1995/1994، ص 415
- (65) يعيش نحو 100 م طفل في العالم في حالة تشرذ بسبب تخلي أسرهم عنهم، حيث يعملون في أعمال شاقة أو في التسول أو في الدعارة أو إلى الإجرام. يوجد نحو 100 م طفل في العالم في تتراوح أعمارهم بين 6، 11 سنة محرومون تماما من حق التعليم والتربية. يموت حوالي 5 م طفل في العالم بسبب أمراض يمكن الوقاية منها أو على الأقل علاجها بفضل الأسرة. يعيش حوالي 155 م طفل دون الخامسة من العمر في البلدان النامية في فقر مدقع، بالإضافة إلى ملايين الأطفال يعانون من سوء المعاملة والإهمال والاستغلال الجنسي أو ضحايا المخدرات // عن: منتصر سعيد صمودة، حقوق الطفل. في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة القاهرة. د، س/د ط، ص10.
- (66) بارش سليمان، مرجع سابق، ص101. / عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص103. / إسحاق إبراهيم منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1980، ص75.
- (67) حدث منذ مدة في احدي محاكمنا: (امرأة وقفت في المحكمة أمام القاضي الذي وجه لها سؤالاً بسيطاً مستفسراً. لماذا يا أمة الله أخرجت ابنتك ليلا عارية والشتاء بارد، والمطر يسقط؟ فأجابت بكل عفوية وسرعة: لا لا سيدي القاضي لم يكن أصلا يسقط المطر، بل الثلج لأنَّ المنطقة مرتفعة وجبلية. وأضاف القاضي قائلا: ما السبب الذي دفعك إلى ذلك؟ فأجابت: إنني أريد فقط تأديبها وتربيتها ولم أكن أعلم أنَّها سوف تموت... كما أنَّها ابنتي وأنا حرة أتصرف فيها كيفما أشاء.) إذن بغرض التأديب، والتربية، وبسبب الجهل الممتاز وقعت حادثة قتل غير عمدية. داخل أسرة أدت إلى تفككها، فالأم في السجن والأولاد شردوا خاصة بعد حضور زوجة الأب الثانية، فهدمت خلية أساسية في المجتمع. وما أكثر مثل هذه الحالات وما تفرزه من سلبيات ضارة جدا. هذا يحدث بسبب التأديب المفرط.
- (68) محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والسوافدة، دار الهناء للطبع والنشر والتوزيع، ط1، 2001، ص145.

انتهاج سياسة عقابية خاصة لمواجهة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 01-09 *

DJEBIRI Nedjma, M A "A"
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

جيبيري نجمة، أستاذة مساعدة "أ"
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

لقد سنّت معظم الدول في السنوات الأخيرة قوانين لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية وعاقبت بشدة هذه الجريمة بما فيها الجزائر، فقد تبني المشرع الجزائري سياسة عقابية خاصة لمواجهة ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، من جهة اتبع نهجا عقابيا مشددا حيث فرض عقوبات رادعة على الفاعلين وشركائهم سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين كما فرض غرامات كبيرة على مرتكبي هذه الجرائم، ومن جهة أخرى اتبع سياسة الكشف عن الجريمة من خلال الإعفاء من العقوبة أو تخفيضها رغبة في تشجيع وتحفيز الجناة للإبلاغ عن الجريمة، وذلك سعيا منه إلى حماية جسم الإنسان وصون كرامته وإبعاد أعضائه البشرية من إطار المعاملات المالية كسلعة تباع وتشتري حتى لا يصبح الإنسان محلا للمزايدات.

الكلمات المفتاحية:

الاتجار بالأعضاء البشرية، مكافحة الجريمة، العقوبة، ظروف التشديد، الظروف المخففة، الأعدار القانونية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/07/11 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/09/18 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

The adoption of a special punitive policy to face the trafficking of human organs in the law 09-01

Abstract:

In recent years, most countries have enacted laws to prohibit Organ trafficking, note that this trade is severely repressed in the world including Algeria, where the Algerian legislature adopted a special policy for punitive confront and combat this offense, first it has imposed dissuasive sanctions against perpetrators and their accomplices. Whether physical or moral persons, he also imposed heavy fines on those criminals.

on the other hand it exempted or reduced – according to the case- the penalty to encourage offenders to inform specialized authorities of organ trafficking offenses and denounce its authors, all that in order to protect the body human of any infringement on his dignity and exclude his organs of the frame of financial operations as a commodity bought and sold for not that the human person becomes auction item.

Key words:

organ trafficking, the fight against the offense, the penalty, aggravating circumstances, the mitigating circumstances, legal excuses.

L'adoption d'une politique punitive spéciale pour affronter le trafic d'organes humains dans la loi 09-01

Résumé:

Ces dernières années, la plupart des pays ont adopté des lois interdisant le trafic d'organes humains. Il faut savoir que ce commerce est très sévèrement réprimé dans le monde entier notamment en Algérie, où le législateur a adopté une politique punitive spéciale pour affronter et combattre cette infraction. Le législateur a imposé d'une part, des sanctions dissuasives contre les auteurs et leurs complices, qu'ils soient des personnes physiques ou morales, ainsi que de lourdes amendes à ces criminels ; il a d'autre part, dispensé ou réduit –selon les cas- la peine encourue en vue d'encourager les délinquants d'informer les autorités spécialisées des infractions de trafic d'organes et de dénoncer les auteurs et ce, dans le seul but de protéger le corps humain de toute atteinte à sa dignité et exclure ses organes du cadre des opérations financières comme une marchandise vendue et achetée.

Mots clés:

Trafic d'organes, la peine, les circonstances aggravantes, les circonstances atténuantes, les excuses juridiques.

مقدمة

يعدّ الاتجار بالأعضاء البشرية من الجرائم المستحدثة التي برزت مع تطور الطب ونجاح الجراحة في مجال زرع ونقل الأعضاء، وقد ساهم في انتشارها ازدياد حاجة الناس إلى عمليات الزرع الذي يقابله قلة المتبرعين بالأعضاء مما فتح الباب أمام المساومات والاستغلال⁽¹⁾. تضطلع بها عصابات الإجرام المنظمّة العابرة للحدود الوطنية

مما جعلها تمثل خطرا داهما بحقوق الإنسان، حيث تشير الإحصائيات إلى أنّ تجارة الأعضاء البشرية تمثل ثالث أكبر نشاط إجرامي على مستوى العالم بعد تجارة السلاح والمخدرات.

كل هذا استقطب الاهتمام الدولي بها بحيث تم عقد عدة اتفاقيات دولية للحدّ من هذه الظاهرة كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية والبروتوكول المكمل لها المتعلق بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، وقد صادقت عليهما الجزائر⁽²⁾ وكانت هذه المصادقة خطوة أولى ترتب عليها تعديل قانون العقوبات الجزائري بالقانون رقم 01-09⁽³⁾ الذي خصص قسما كاملا لهذه الجريمة، وهو القسم الخامس مكرر 1 تحت عنوان "الاتجار بالأعضاء" (من المادة 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29).

حدّد المشرع الجزائري بموجب هذا القانون صور السلوك الإجرامي لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، حيث يظهر من خلال المواد المنظّمة لها أنها تقوم عند الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء والأنسجة البشرية حسب ما تنص عليه المادتان 303 مكرر 16 فقرة أولى و 303 مكرر 18 فقرة أولى، وكذا عند الإخلال بشرط الموافقة المتطلبية لانتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية حسب ما جاء في المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19، كما تقوم كذلك عند التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول عليها طبق المادتين 303 مكرر 16 فقرة ثانية و 303 مكرر 18 فقرة ثانية.

وباعتبار الجريمة -بالخصوص جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية- أحد أكثر الظواهر الاجتماعية تعقيدا وأشدّها فتكا بالمجتمعات، بالمقابل توجد العقوبة كوسيلة اعتمدها المجتمعات للتصدي لتلك الظاهرة، وقد تبنيّ المشرع الجزائري سياسة عقابية خاصة لمواجهة ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، من جهة اتبع نهجا عقابيا مشددا حيث فرض عقوبات رادعة على الفاعلين وشركائهم سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين كما فرض غرامات كبيرة على مرتكبي هذه الجرائم بغرض ردعهم وتضييع غايتهم في الحصول على أرباح هائلة من جرائم الاتجار بالأعضاء، ومن جهة أخرى اتبع سياسة الكشف عن الجريمة من خلال الإعفاء من العقوبة أو تخفيضها رغبة في تشجيع وتحفيز الجناة للإبلاغ عن الجريمة، وذلك سعيا منه إلى حماية جسم الإنسان

وصون كرامته وإبعاد أعضائه البشرية من إطار المعاملات المالية كسلعة تباع وتشتري حتى لا يصبح الإنسان محلاً للمزايدات.

من هذا المنطلق كان محور الإشكالية هو ما مدى نجاعة السياسة العقابية المنتهجة في ظل القانون 09-01 في مكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية؟ وبناء على ما تقدم سنحاول حصر عناصر هذا الموضوع في نقطتين نوضح في الأولى السياسة العقابية القمعية المنتهجة من المشرع الجزائري لمواجهة جريمة الاتجار بالأعضاء، وفي الثانية نبين نظام الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها كوسيلة لتحفيز التبليغ عن الجريمة.

أولاً/ انتهاج سياسة عقابية قمعية لمواجهة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية: لا شك أنّ السياسة العقابية الوطنية تمثل أحد أهم مظاهر مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية والذي سينعكس أثره على انحسارها، وقد تبنى المشرع الجزائري نهجاً عقابياً مشدداً في مواجهتها، وقسم العقوبات إلى عقوبات أصلية (1) وأخرى تكميلية (2).

1- العقوبات الأصلية: لأغراض الدفاع الاجتماعي والهدوء والأمن الواجب داخل الدولة ترسي هذه الأخيرة مجموعة من القواعد، احترامها واجب الجميع تحت تهديد عقوبة تتمثل أساساً في العقوبة الأصلية، وبصدد جريمة الاتجار بالأعضاء ميز المشرع الجزائري في هذه العقوبة ما بين إذا كان مرتكب الجريمة شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، لذا سنتناول العقوبات المقررة للشخص الطبيعي (1-1)، ثم العقوبات المقررة للشخص المعنوي (2-1).

1-1- العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي: فرّق المشرع الجزائري في العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي وجعلها متفاوتة تبعاً لجسامة الفعل المرتكب، بين جريمة الاتجار بالأعضاء في صورتها البسيطة (1-1-1) و جريمة الاتجار في صورتها المشددة (2-1-1).

1-1-1- عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء في صورتها البسيطة: اعتبر المشرع الاتجار بالأعضاء البشرية جنحة بسيطة حيث قرر لها عقوبة الحبس لمدة تتراوح من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وغرامة وجوبية إلى جانب الحبس، تتراوح من 100.000 دج إلى 500.000 دج، وذلك عندما يتعلق الأمر بفعل انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد

الجسم مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على تلك الأنسجة أو الخلايا أو المواد من شخص وفقا للمادة 303 مكرر 18 من قانون العقوبات.

نفس الحكم ينطبق على جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أو ميت دون الحصول على رخصة تبرر ذلك⁽⁴⁾، وهذا في نص المادة 303 مكرر 19 من قانون العقوبات.

وما يلاحظ مما سبق أن عقوبة الجريمة في صورها السابقة خفيفة نوعا ما مقارنة بما سيأتي الحديث عنه لاحقا، والسبب في ذلك أنّ الجريمة هنا ترد على مشتقات الجسم البشري (خلايا، أنسجة أو مواد) باعتبارها عناصر قابلة للتجديد.

2-1-1- عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء في صورتها المشددة: سنتناول الحالات التي تأخذ فيها جريمة الاتجار بالأعضاء وصف جنحة مشددة (أ) والحالات التي يتغير فيها وصف الجنحة لتصبح جناية (ب).

أ- جريمة الاتجار بالأعضاء جنحة مشددة: نتعرض لعقوبة جريمة الحصول أو التوسط للحصول على الأعضاء (أ-أ)، ثم لتشديد عقوبة جنحة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم بتوافر الظروف المشددة (أ-ب).

أ-أ- رصد عقوبة مشددة لفعل الحصول أو التوسط للحصول على الأعضاء: لقد غلظ المشرع العقوبة على كل من يحصل أو يتوسط للحصول على الأعضاء مقابل منفعة مالية⁽⁵⁾ أو دون احترام شرط موافقة صاحب العضو -سواء كان حيا أو ميتا- وذلك في المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 من قانون العقوبات حيث جاء في الأولى: "يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص".

وتنص الثانية على أنه: " يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من ينتزع عضوا من شخص

على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول."

وهو ما يصنّف هذه الجرائم في فئة الجرح رغم أنّ العقوبة هنا تتسم بالشدّة بهذا الوصف المتقدم.

أ-ب- تشديد عقوبة جنحة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم بتوافر الظروف المشدّدة: إيماننا من المشرع الجزائري بخطورة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وتأثيرها الوخيم على ضحاياها بصفة خاصة وعلى المجتمع بصفة عامة، فقد شدّد عقوبة هذه الجنحة في صورها الواردة في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19 من قانون العقوبات لتتقلب من جنحة بسيطة إلى جنحة مشدّدة، وهي حالة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد الجسم بمقابل وحالة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أو ميت دون الحصول على موافقته وفقا للتشريع ساري المفعول، حيث يعاقب على هذه الجرائم بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المشدّدة⁽⁶⁾ الواردة على سبيل الحصر في المادة 303 مكرر 20 فقرة أولى من قانون العقوبات. ويمكن تقسيمها إلى ظروف شخصية وأخرى موضوعية.

-الظروف الشخصية المشدّدة: تكون الظروف شخصية إذا تعلقّت بصفة تتوافر لدى الجاني أو المجني عليه⁽⁷⁾، ويمكن تقسيم هذه الظروف المشدّدة حسب المادة 303 مكرر 20 إلى ظروف مرتبطة بحالة ضعف المجني عليه، وظروف متصلة بصفة الجاني المسهلة لعملية الاتجار.

- الظروف المرتبطة بحالة ضعف المجني عليه: هناك ظروف مشدّدة للعقاب مقترنة بحالة ضعف المجني عليه، نص عليها المشرع الجزائري في المادة 303 مكرر 20 فقرة أولى حيث قرر تشديد العقوبة إذا كانت الضحية قاصرا⁽⁸⁾ أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، والحكمة من تشديد العقوبة في هاتين الحالتين هي رغبة المشرع في تقرير حماية خاصة للأطفال والمعاقين ذهنيا، وكذا أخذه بعين الاعتبار استغلال الجاني لضعف

الضحية وعدم قدرتها على التصرف⁽⁹⁾، حيث تتصف هذه الفئات بالضعف الأمر الذي يجعل منها فريسة سهلة بالنسبة للجاني الذي عادة ما يلجأ إلى اختطاف الأطفال والمجانين لأخذ أعضائهم وبيعها بمبالغ طائلة⁽¹⁰⁾. كما أن هذا يكشف مدى خطورة الجاني الذي فقد كل معاني الإنسانية حيث لم تؤثر فيه حالة الاستضعاف التي بها المجني عليه⁽¹¹⁾.

- الظروف المتصلة بصفة الجاني المسهّلة لعملية الاتجار: اعتبر المشرع الجزائري صفة الجاني المسهّلة لعملية الاتجار بالأعضاء ظرفاً مشدداً في المادة 303 مكرر 20 فقرة 1 من قانون العقوبات في نصها: "- إذا سهّلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة". ذلك أنّ أغلب هذه الجرائم يكون وراءها أطباء -أصحاب الشهادات العليا- متخصصون في نقل وزرع الأعضاء، الذين يخالفون ضميرهم الإنساني والمهني حيث يقومون أثناء العمليات الجراحية بانتزاع الأعضاء البشرية من الضحية دون موافقتها أو يقومون بإجراء عمليات زرع الأعضاء مع علمهم بأنّه تم الحصول عليها مقابل مبلغ مالي، كما قد يقوم بعض الأطباء بدور التاجر بالترويج والتوزيع مقابل الحصول على نسبة من عملية المتاجرة والبيع⁽¹²⁾، كما قد تشمل العاملين في مجال الصحة كالممرضين وكذا رجال الحدود والجمارك⁽¹³⁾، عند قيامهم بتسهيل عملية تهريب الأعضاء المتحصل عليها بطريقة غير قانونية.

والحكمة وراء تشديد العقاب هنا هو معاقبة الموظف على استغلال وظيفته أو مهنته النبيلة وإساءة استعمالها في ارتكاب جرائم شنيعة تمس بكرامة الإنسان وسلامة جسمه.

- الظروف الموضوعية المشدّدة: تكون الظروف موضوعية إذا اتصلت بالفعل ونتائجه وظروف الزمان والمكان⁽¹⁴⁾. تتنوع هذه الأسباب فمنها ما يتعلق بنطاق ارتكاب الجريمة ومنها ما يتعلق بوسائلها.

لقد جاءت المادة 303 مكرر 20 فقرة أولى من قانون العقوبات بثلاث حالات تشدّد فيها العقوبة إذا توافرت إحداها، نبيها فيما يلي:

- ارتكاب الجريمة من طرف أكثر من شخص: نص قانون العقوبات الجزائري على تشديد العقاب في حالة تعدد الجناة، ويتحقق التعدد عندما ترتكب الجريمة من طرف

شخصين فأكثر. وترجع العلة في التشديد في هذه الحالة إلى أنّ تعدد الفاعلين يسهّل ارتكاب الجريمة كما يقلّل من مقاومة المجني عليه ويضعفها في الحالة التي يتم فيها انتزاع الخلايا والأنسجة من جسمه دون موافقته.

وفي الواقع يصعب تصور وقوع جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من طرف شخص واحد حيث غالبا ما ترتكب الجريمة من تاجر كفاعل أصلي إلى جانب وسطاء في إتمام العملية بالإضافة إلى شركاء آخرين كل حسب دوره، حتى الطبيب الذي يقوم بالعملية يحتاج إلى مساعدين طبيين.

- ارتكاب الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله: تشدّد العقوبة كذلك إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله، يستوي في ذلك أن يكون السلاح ظاهرا أو لا، تم استعماله أو لم يتم.

الحكمة من تشديد العقاب في هذه الحالة أنّ السلاح وسيلة تهديد وإكراه يعدم أو يقلّل من مقاومة المجني عليه للجناة⁽¹⁵⁾.

- ارتكاب الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية: من خصائص جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أنّها غالبا ما تكون منظمة حيث تقوم بها عصابات تحترف الإجرام، وعابرة للحدود الوطنية متى تعدى النشاط الإجرامي حدود الدولة الواحدة وامتد لأكثر من بلد. وقد نصّ المشرع الجزائري على تشديد العقاب إذا توافر أحد الطرفين السابقين.

ويلاحظ من أسباب التشديد السابقة أنّها تنم أو تكشف عن خطورة إجرامية كبيرة لدى الجناة تقتضي التصدي لها بتشديد العقوبة.

ب- جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية جنائية: تنص المادة 303 مكرر 20 فقرة 2 من قانون العقوبات على أنّه: "ويعاقب بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 17، إذا توافرت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة".

ويبدو من العقوبة المقررة لهذه الجرائم أنّ المشرع صنّفها من الجرائم الجسيمة، حيث غيّر وصف الجريمة من جنحة إلى جنائية. وقد رصد المشرع هذه العقوبة المشدّدة

لفعل الحصول على عضو من أعضاء الجسم بمقابل أو منفعة وفعل انتزاع عضو من شخص على قيد الحياة أو من شخص ميت دون الحصول على الموافقة. تطبق هذه العقوبات بتوافر ظرف على الأقل من الظروف الشخصية أو الموضوعية المذكورة أعلاه. يلاحظ من المادة 303 مكرر 20 فقرة 2 أنّ المشرع غيّر وصف الجريمة بتوافر الظروف المشدّدة إلى جنائية، حينما يتعلق الأمر بالحصول على أعضاء الشخص بالنظر للضرر الجسيم الذي يلحق المجني عليه باعتبار أعضائه غير مستخلفة.

يتضح من كل ما سبق أنّ المشرع الجزائري وسّع من نطاق العقاب في جريمة الاتجار بالأعضاء نظرا لخطورتها وأبعادها الوخيمة التي تجعل من جسم الإنسان وأعضائه-الذي قدسته كل الديانات السماوية وكرست حمايته الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية- مجرد سلعة⁽¹⁶⁾.

2-1- العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي: ترجع أهمية الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن الاتجار بالأعضاء إضافة إلى الشخص الطبيعي، أنّ الكثير من جرائم الاتجار بالأعضاء يكون وراءها أشخاص معنوية كالمستشفيات الخاصة.

نص المشرع الجزائري صراحة على مسؤولية الأشخاص المعنوية في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، إذ تنص المادة 303 مكرر 26 من قانون العقوبات على أنه: "يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون.

وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون".

وتتمثل العقوبات الأصلية الموقعة على الشخص المعنوي في الغرامة، وقد قدرت في مواد الجنائيات والجنح بما يساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي⁽¹⁷⁾. فعلى سبيل المثال إذا كان الحد الأقصى للغرامة المقررة للفاعل في جنحة الاتجار بالأعضاء في المادة 303 مكرر 18 هي 500.000 دج، فعقوبة الشخص المعنوي هي الغرامة التي تتراوح بين 500.000 دج إلى 2.500.000 دج.

وتعتبر الغرامة من أنسب العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي، وحسنا فعل المشرع الجزائري بالحكم عليه بعقوبة مضاعفة من مرة إلى خمس مرات لما يحكم بها على الشخص الطبيعي.

2- العقوبات التكميلية: العقوبة التكميلية عقوبة ثانوية لا يتصور توقيعها بمفردها، ولكنها تلحق بالجريمة دون الإخلال بعقوبتها الأصلية، ولا توقع إلا بالنص عليها صراحة في الحكم⁽¹⁸⁾. وقد نص المشرع الجزائري على عقوبات تكميلية توقع على مرتكب جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية⁽¹⁹⁾، سنتناول العقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي (1-2) وتلك المطبقة على الشخص المعنوي (2-2).

1-2- العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي: تنص المادة 303 مكرر 22 من قانون العقوبات على أنه: "تطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لارتكابه جريمة منصوص عليها في هذا القسم عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون".

بالعودة للمادة 9 من قانون العقوبات نجد أنها تنص على 12 عقوبة تكميلية وهي: الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط⁽²⁰⁾، إغلاق المؤسسة⁽²¹⁾، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر أو تعديل حكم أو قرار الإدانة⁽²²⁾.

الأصل أنّ الحكم بالعقوبات التكميلية يكون جوازا للقاضي حيث يختار من تلك العقوبات ما يراه مناسبا، إلا أنّ المشرع جعل الحكم ببعضها وجوبا في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، فالقاضي يأمر وجوبا بالحجر القانوني وكذا الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في حالة الحكم بعقوبة جنائية⁽²³⁾، ويكون ذلك في الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 17 متى اقترنت بالظروف المشددة المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20⁽²⁴⁾.

أما المصادرة⁽²⁵⁾ فيحكم بها وجوبا في جريمة الاتجار بالأعضاء سواء كانت جنحة أو جناية وفق ما تنص عليه المادة 303 مكرر 28 من قانون العقوبات، وكذلك الحكم بالمنع من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر سنوات على الأكثر على الأجنبي مرتكب الجريمة طبقا للمادة 303 مكرر 23 من قانون العقوبات.

ومن أوجه التشديد العقابي التي أقرها المشرع الجزائري لمواجهة الاتجار بالأعضاء هو مصادرة جميع الأموال المتحصل عليها من هذه الجرائم، والعلة من ذلك أنّ هدف الجناة من ارتكاب هذه الجرائم هو الكسب والثراء الفاحش بطريقة غير مشروعة، وبالتالي فإنّ إقرار عقوبة المصادرة يرجع على الفاعلين قصدهم من ارتكاب هذه الجرائم، حيث قصد المشرع إيلام الجاني من الناحية المالية بانتقاص المال أو المنفعة التي حصل عليها، وهو ما قد يكون سببا في حصر هذا النوع من الجرائم⁽²⁶⁾.

2-2- العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي: وفقا للمادة 303 مكرر 26 من قانون العقوبات، تطبق على الشخص المعنوي المدان بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتي بيانا: حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات⁽²⁷⁾، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، نشر وتعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، وتنصيب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

ثانيا/تقرير نظام الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها كوسيلة لتحفيز التبليغ عن الجريمة: تسهила للكشف عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وتشجيعا منه على التبليغ عن الجرائم التي يصعب الوصول إليها، قام المشرع الجزائري بتقرير بعض الأعدار القانونية في المادتين 303 مكرر 24 و303 مكرر 25 من قانون العقوبات.

والأعدار القانونية حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعدارا معفية أو تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة⁽²⁸⁾.

سنتناول الأعدار المعفية من العقاب (1) والأعدار المخففة للعقاب (2).

1-الإعفاء من العقوبة: الإعفاء نظام يمحو المسؤولية القانونية عن الجاني رغم ثبوت إدانته، ومن ثم يعفي الجاني من العقاب ليس بسبب انعدام الخطأ وإنما لاعتبارات وثيقة الصلة بالسياسة الجنائية وبالمنفعة الاجتماعية⁽²⁹⁾.

نص المشرع الجزائري بصدد جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية على نوعين من الأعدار المعفية من العقوبة وهما: عذر المبلغ عن الجريمة (1-1) وعذر القرابة العائلية في حالة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء (2-1).

1-1-الإعفاء من العقوبة لوجود عذر المبلغ عن الجريمة: تنص على الحالة الأولى من حالات الإعفاء المادة 303 مكرر 24 فقرة أولى كما يلي: " يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها".

من خلال تحليل نص الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 24 أعلاه، نستخلص أنّ المشرع اشترط للاستفادة من هذا العذر أن يكون التبليغ قد تم قبل البدء في تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها.

ويرى البعض⁽³⁰⁾ - بحق - أنّ هذا الشرط المتعلق بزمن الإخبار يثير إشكالا، حيث لا يعدّ النشاط جريمة قبل البدء في تنفيذه ولا يعدّ الشخص مجرما إذا لم تدخل جريمته مرحلة التنفيذ، فالجريمة تمر أساسا بثلاث مراحل هي مرحلة التفكير ومرحلة التحضير ومرحلة التنفيذ، والمشرع لا يتدخل بالعقاب إلا إذا دخلت الجريمة حيز التنفيذ ويتطلب ذلك البدء في تنفيذ الجريمة فهو لا يعاقب على النوايا والأعمال التحضيرية، فإذا أتم الجاني الأفعال المكونة للجريمة جميعها وحقق نتائجها فإنه يرتكب ما يسمى بالجريمة التامة، أما إذا قام بجميع أو بعض الأفعال المكونة للركن المادي ولم تتحقق النتيجة لأسباب خارجة عن إرادته فنكون أمام ما يسمى بالشروع، أما قبل البدء في التنفيذ فليس هناك جريمة وبالتبعية ليس هناك جان، ومن هنا ليس هناك مسوغ لوجود عذر معفي من العقاب الذي يستفيد منه الجاني بعد وقوع الجريمة وثبوت مسؤوليته جزائيا. وحذا لو يعدل المشرع عبارة " قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها"

بعبارة " قبل إتمامها"، حيث يستفيد من العقاب من ساهم في المشروع الإجرامي الذي يبلّغ عن الجريمة وهي في مرحلة الشروع وقبل إتمامها.

الحكمة من إقرار المشرع الجزائري لهذا العذر هي الرغبة في تشجيع المساهمين في الجريمة على عدم السير في مشروعهم الإجرامي الذي بدأوا في تنفيذه بإعفائهم من العقاب، في المقابل يقدم هؤلاء معلومات من شأنها تمكين السلطات المختصة من كشف الجريمة. ويلتزم القاضي بتنفيذ هذا الإعفاء إذا توافرت شروطه.

2-1- الإعفاء من العقوبة لوجود عذر القرابة العائلية: تنص على الحالة الثانية من حالات الإعفاء المادة 303 مكرر 25 من قانون العقوبات كما يلي: " كل من علم بجريمة الاتجار بالأعضاء، ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

في ماعدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة". حيث أعطى المشرع الجزائري من العقاب أقارب وحواشي وأصهار الجاني من الدرجة الرابعة في حالة علمهم بارتكاب قريبهم جريمة الاتجار بالأعضاء ورغم ذلك لم يبلغوا عنها، أخذوا بعين الاعتبار لصلة القرابة أين يستحيل على الأهل التبليغ عن قريبهم خاصة في حالة الأصول والفروع والإخوة، باستثناء الأحوال التي يكون فيها الضحية قاصرا لم يتجاوز 13 سنة.

وهذا يعتبر خروجاً عن الأصل العام أين أورد المشرع تجريماً لكافة صور المساعدة اللاحقة للجريمة والتي تشكل في حد ذاتها جرائم مستقلة، في إطار وضع نظام عقابي شامل لمواجهة الاتجار بالأعضاء، ومن صور تلك الجرائم عدم إبلاغ السلطات المختصة بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء. يتمثل الركن المادي للجريمة هنا في سلوك سلبي يتمثل في الامتناع عن إبلاغ السلطات المختصة بأي معلومات عن جريمة الاتجار بالأعضاء، أيا كان السبب، الخوف من الجاني أو مساعدته على الفرار من العدالة، الخ... تأخذ الجريمة هنا وصف الجنحة المعاقب عليها بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبالعقوبة التي تتراوح من 100.000 دج إلى 500.000 دج. والحكمة من ذلك

تفويت الفرصة على الجناة من الفرار من العقاب، فللمجتمع مصلحة جوهرية في العلم بالجرائم التي تقع كي يتخذ حيالها الإجراءات اللازمة المحددة قانوناً، فضلاً عن أنّ عدم الإخطار يكون من شأنه الإضرار بالدولة وتفشي الجريمة وعدم ضبط الجناة. يترتب على ذلك نشوء التزام قانوني على كل شخص يعلم بارتكاب جريمة بضرورة إخطار الجهات المختصة لمتابعة الجناة، ويتمثل الركن المعنوي للجريمة - كما هو الشأن في أي جريمة - في القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، حيث يجب أن يحاط علم الجاني بأركان الجريمة وأن تتجه إرادته إلى الفعل، ومن ثم يجب أن يعلم الجاني بالجريمة ومرتكبها ويرفض الإبلاغ عن الجريمة، حتى ولو كان ملزماً بالسر المهني، وأن يريد تحقيق هذه النتيجة أياً كان الباعث وراء ذلك كالخوف من الجاني أو مساعدته على الفرار من العدالة... الخ.⁽³¹⁾

2- تخفيف العقوبة: قرر المشرع أسباب تخفيف العقوبة لحماية الأشخاص الذين يرتكبون الجريمة من أجل دوافع إنسانية ولجعل العقاب أكثر اتفاقاً مع حالة المتهم الخاصة، من شأن هذه الأسباب إذا توفرت في شخص الجاني أن ينزل القاضي عن الحد الأدنى للعقوبة المقررة. ويتضمن قانون العقوبات نوعين من الأسباب التي قد تؤدي إلى تخفيض العقوبة في الجريمة عامة، سنبيها فيما يلي مع توضيح مدى تطبيقها على جريمة الاتجار بالأعضاء.

1-2- عدم تطبيق الظروف المخففة في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية: يتمثل النوع الأول من الأسباب التي قد تؤدي إلى تخفيض العقوبة في الظروف المخففة، هي أسباب قضائية جوازية متروكة لتقدير القاضي في إفادة المحكوم عليه بها، يستنبطها من ظروف الجريمة أو من شخصية الجاني وظروفه. هي أسباب عامة تسمى الظروف المخففة⁽³²⁾ منصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات، هذه الأخيرة لا يستفيد منها الشخص المدان لارتكابه جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية وفقاً للمادة 303 مكرر 21 من قانون العقوبات ولو توافرت فيه. ويعتبر حرمان الجاني في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من ظروف التخفيف من قبيل التشدد المطلوب لمواجهة هذه الجريمة، والعلّة في ذلك أنّ المشرع أخذ بعين الاعتبار خطورة جرائم الاتجار بالأعضاء والضرر الجسيم الذي تلحقه بالضحايا فلم يرأف بالجاني⁽³³⁾.

2-2- تطبيق الأعدار القانونية المخففة في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية: أما النوع الثاني عبارة عن أسباب قانونية وجوبية، حصرها المشرع وبينها في القانون، هي أسباب خاصة مقصورة على جرائم محددة تسمى بالأعدار القانونية المخففة، تؤدي إلى تخفيف العقوبة إلى أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً⁽³⁴⁾.

لقد أورد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 24 من قانون العقوبات العذر الذي بموجبه تخفض عقوبة جريمة الاتجار بالأعضاء إلى النصف، إذا قام الجاني بالإبلاغ عن الجريمة بعد الانتهاء من تنفيذها أو بعد الشروع فيها لكن قبل تحريك الدعوى العمومية، كما يمكن للجاني أن يستفيد من التخفيف إلى النصف حتى بعد تحريك الدعوى العمومية إذا مكّن السلطات المختصة من ضبط وإيقاف الفاعلين الأصليين والشركاء في تلك الجريمة.

في هذه الحالة الأخيرة يكون أمر الجريمة قد انكشف للسلطات، ومن ثم فإنّ إعفاء مشروط بالإبلاغ عن كافة عناصر الجريمة فيتم ضبط بقية الجناة، وإن كانت سياسة المشرع في تخفيض العقوبة هنا لها ما يبررها إلا أنّه قد يحدث تلاعب من الجناة كمن يرتكب جريمة اتجار بالأعضاء ويشعر أنّ القبض عليه آت لا محالة فيبادر بالإبلاغ قبل ضبطه ليستفيد من تخفيض العقوبة.

خاتمة

في ختام هذا البحث نرى أنّ التدخل التشريعي بالقانون رقم 09-01 المعدل لقانون العقوبات جاء مسائرا للتطورات في عالم الإجرام التي أفرزها التطور العلمي والطبي، حيث جاء لأول مرة بقواعد عقابية تحمي مكونات الجسم البشري من الاتجار بها وتحويلها إلى مجرد سلعة تباع وتشتري، كخطوة أولى هامة في إطار تجريم الأنماط المستحدثة من الإجرام، خصص هذا القانون قسما كاملا للحديث عن العقوبات. وقد جاء هذا التعديل من منطلق إدراك الجزائر لبشاعة جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية بما تمثله من إهانة لكرامة الإنسان وانتهاك لحقوقه الأساسية خاصة أنّ الجزائر ليست بمنأى عن هذه الظاهرة التي تستقطب الفئات المستضعفة من قبل عصابات الاتجار بالأعضاء.

من خلال ما سبق بيانه في خصوص العقاب في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية

استخلصنا النتائج، الملاحظات والتوصيات التالية:

- سوى المشرع الجزائري في المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات في العقاب بين صورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخصا على قيد الحياة وصورة الجريمة التي يكون ضحيتها شخصا متوفى، بالرغم أن الجريمة في صورتها الأولى تخلف أضرارا أشد بالنسبة للسلامة الجسدية للمجني عليه، حيث يتم حرمانه من الانتفاع بعضوه الشيء الذي سيؤثر بشكل كبير على صحته والسير العادي لأعضاء جسمه، عكس الحالة الثانية التي يكون فيها المجني عليه ميتا.

- رصد المشرع لجنة الحصول أو التوسط للحصول على عضو بشري (المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 17 من قانون العقوبات) عقوبة مغلظة مقارنة بجنة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من شخص مقابل منفعة أو دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها قانونا (المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19)، وهذا راجع إلى أن انتزاع أو الحصول على عضو من جسم شخص فيه ضرر أكبر من الضرر الذي يلحق به في حالة نزع نسيج أو خلايا أو مواد مادامت هذه الأخيرة مستخلفة ومتجددة في جسم الإنسان، بعكس العضو الذي لا يمكن استبداله.

- عقوبة الحصول على عضو دون الحصول على الموافقة (الحبس من 5 إلى 10 سنوات) أشد من عقوبة الحصول على عضو بمقابل (الحبس من 3 إلى 10 سنوات)، المشرع يعطي أهمية كبيرة لرضا الضحية في تغليظ العقوبة، ففي الحالة الثانية هناك موافقة فكانت العقوبة أخف نوعا ما عن الحالة الأولى في حالة عدم وجود قبول.

- قصر المشرع ظروف التشديد في الأشخاص المصابين بإعاقة ذهنية دون باقي الحالات المتعلقة بنقص الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني أو قانون الأسرة، كما لم يورد الضعف الجسدي كالمريض بالإعاقة من بين ظروف التشديد.

- حاول المشرع وضع عقوبات صارمة لتتلاءم مع خطورة هذه الأفعال الإجرامية سيما إذا اقترنت بظروف شخصية أو عينية مشددة، محاولة منه لبناء سد منيع يقف أمام الانحرافات والتجاوزات للأخلاقية، إلا أنه لم يكن متشددا في العقوبة بالقدر الذي يحقق التناسب مع بشاعة هذه الجريمة باعتبارها أخطر صور المساس بسلامة الجسم

وكرامته وأكثر الجرائم خسة حيث يتم فيها استغلال أعضاء الفئات المستضعفة في المجتمع وجعلها قطع غيار للأغنياء.

- حسنا فعل المشرع الجزائري بالاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، فهي ضرورة اجتماعية ملحة في ظل تزايد أنشطتها في مختلف المجالات وبصفة خاصة للأشخاص المعنوية التي تعمل في المجال الطبي كالمستشفيات الخاصة التي تملك من المؤهلات والوسائل ما يمكنها من ارتكاب هذه الجرائم.

- حسنا فعل المشرع بإقرار الغرامة لهذه الجريمة لأنّ هدف الجناة من ارتكاب هذه الجريمة هو الكسب والثراء الفاحش بطريقة غير مشروعة، وبالتالي فإنّ إقرار هذه العقوبة يرجع على الفاعلين قصدهم من ارتكاب هذه الجرائم، حيث قصد المشرع إيلاء الجاني من الناحية المالية بانتقاص المال أو المنفعة التي حصل عليها، وهو ما قد يكون سببا في حصر هذا النوع من الجرائم.

- حبذا لو يعدّل المشرع في نص المادة 303 مكرر 24 فقرة أولى من قانون العقوبات عبارة " قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها" بعبارة " قبل إتمامها"، حيث يستفيد من العقاب من ساهم في المشروع الإجرامي الذي يبلغ عن الجريمة وهي في مرحلة الشروع وقبل إتمامها لتتفق مع الأحكام العامة في قانون العقوبات.

في الأخير يجب ألا يفهم أنّ العقوبة لوحدها تؤدي إلى مكافحة جريمة الاتجار بالأعضاء، بل هي آلية من آليات المكافحة لكنها ليست الوحيدة بل يجب تضافر كافة الجهود على المستوى الداخلي وكذلك التعاون الدولي من أجل وضع حد لها.

الهوامش :

(1) LAPORTE Sylvie, Le trafic d'organes en Europe, mémoire de magister, Université de Lille 2, 2003, (p. 22).

(2) صادقت الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-55، المؤرخ في 05 فبراير 2002، جريدة رسمية عدد 09، صادر بتاريخ 1 فبراير 2002. وعلى البروتوكول المكمل لها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417، المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، جريدة رسمية عدد 69، صادر بتاريخ 12 نوفمبر 2003.

(3) قانون رقم 09-01، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس 2009.

- (4) هامل فوزية، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2016، (ص. 160).
- (5) هامل فوزية، المرجع السابق، (ص. 159).
- (6) الظروف المشددة عبارة عن وقائع محددة قانونا يترتب عليها عقوبة أشد من تلك المقررة عادة، قد تكون عينية مرتبطة بالتنفيذ المادي للجريمة أو شخصية مرتبطة بالأشخاص، البعض منها لها تأثير تحويل الجنحة إلى جناية.
- LARGUIER Jean, CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, Droit pénal général, 21^{ème} édition, Dalloz, 2008, (pp. 149-150).
- (7) فتيحة محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر دراسة في القانون الإماراتي المقارن، مجلة الشريعة والقانون، العدد 40، 2009، (ص. 234).
- (8) يقصد بالقاصر الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني وهو 19 سنة كاملة، وفقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.
- (9) رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع المصري والمقارن، دار النهضة العربية، 2011، (ص. 192).
- (10) منجد منال، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالأشخاص في القانون السوري (دراسة تحليلية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد 2، 2012، (ص. 55).
- (11) فايز محمد حسين محمد، حقوق الإنسان ومكافحة جرائم الاتجار بالبشر دراسة في القانون المقارن، دار المطبوعات الجامعية، 2014، (ص. 614).
- (12) زهدور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 1، 2014، (ص. 49-50).
- (13) المرجع نفسه، (ص. 50).
- (14) الشيخلي عبد القادر، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، (ص. 168).
- (15) رامي متولي القاضي، المرجع السابق، (ص. 193).
- (16) درياد مليكة، الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2012، (ص. 285).
- (17) وفقا للمادة 18 مكرر من الأمر 155/66، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.
- (18) خالد مصطفى فهي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2012، (ص. 625). انظر كذلك:
- BOULOC Bernard, Droit pénal général, 21^{ème} édition, Dalloz, 2009, (p. 456).
- (19) إن إقرار عقوبات تكميلية كافية بجانب العقوبات الأصلية لا يدل إلا على توجه السياسة العقابية نحو تفريد الجزاء الجنائي بالنظر إلى طبيعة العقوبة، جسامه الجريمة المرتكبة، الظروف الملموسة التي ارتكبت في ظلها الجريمة، وكذلك شخص الجاني ودرجة مسؤوليته، خبرته في مجال الإجرام... الخ. انظر:
- MUNTEANU Cristina- Daniela, Les peines complémentaires dans la réglementation du nouveau code pénal, thèse de doctorat, Université Nicolae Titulescu, 2014, (p. 08).
- (20) تعتبر هذه العقوبة من العقوبات الشديدة بالنسبة للطبيب الذي حقت عليه المسؤولية بمخالفته لضمير المهني ومتاجرته بالأعضاء البشرية لأن العمل بالنسبة له هو الكيان المعنوي الخاص به وكرامة وشرف المهنة، كما يعمل

وقف النشاط على إيلاام الجاني وحرمانه من تحقيق ربح لفترة معينة، وبالتالي يقضي على سبب الجريمة فيحول دون تكرارها مستقبلا. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، (ص ص. 631 - 637).

⁽²¹⁾ يعتبر الغلق في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية عقوبة تكميلية تهدف لوضع نهاية لنشاط المنشأة التي تمثل خطرا على المجتمع، والحيولة دون وقوع جرائم من جديد من هذه المنشأة، قد توقع على المستشفى أو عيادة الطبيب الذي ارتكب الجريمة. راجع في ذلك: خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، (ص. 634).

⁽²²⁾ يلعب نشر الحكم دورا فعالا في ردع الشخص والحيولة دون ارتكابه أفعالا مماثلة لما يشكله ذلك من أضرار بالغة على سمعته. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، (ص 639).

⁽²³⁾ وفقا للمادتين: 9 مكرر فقرة 1 و9 مكرر 1 فقرة 2 من الأمر 155/66، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

⁽²⁴⁾ راجع ما سبق شرحه حول الظروف الشخصية والعينية المشددة لهذه الجريمة أعلاه.

⁽²⁵⁾ وتشمل الوسائل المستعملة في ارتكاب الجريمة كالألات الجراحية والأجهزة الطبية وكذا الأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

⁽²⁶⁾ رامي متولي القاضي، المرجع السابق، (ص. 195).

⁽²⁷⁾ تعتبر هذه العقوبة من العقوبات الشديدة على نشاط المؤسسات الطبية متى كان لها ضلع في الجريمة حيث تحرمها من ممارسة نشاطها لمدة من الزمن، وهذا من شأنه الإضرار بها وبسمعتها.

⁽²⁸⁾ المادة 52 من الأمر 155/66، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

⁽²⁹⁾ بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دارهومه، 2011، (ص. 278).

⁽³⁰⁾ منجد منال، المرجع السابق، (ص. 70).

⁽³¹⁾ رامي متولي القاضي، المرجع السابق، (ص. 206).

⁽³²⁾ بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، (ص. 283).

⁽³³⁾ لا يستفيد الشخص المدان في جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية من أحكام المواد 53 ، 53 مكرر 4 و53 مكرر 7 من قانون العقوبات.

⁽³⁴⁾ LARGUIER Jean, CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, op.cit, p. 151.

وضع قطاع التجارة الخارجية في الجزائر: تراجع في التحرير أم ضبط للقطاع *

HADJARA Rabiha, M A "A"
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

حجارة ربيحة، أستاذة مساعدة "أ"
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

بعدما عرف قطاع التجارة الخارجية تحريراً رسمياً بموجب أحكام الأمر رقم 04/03 المتعلق بالاستيراد والتصدير، تدخل المشرع مؤخراً بموجب مجموعة من النصوص القانونية ليعدّل من مبدأ التحرير التام للمبادلات التجارية الدولية وذلك بظهور الدولة من جديد بدور اقتصادي متدخل تفرض من خلاله رقابة على نشاط الاستيراد والتصدير.

حيث أصبح العون الاقتصادي يخضع لرقابة صارمة من طرف الدولة، وذلك بخضوعه لمجموعة من الإجراءات قبل وأثناء تنفيذ المعاملات التجارية الدولية، وهي من شأنها أن تشكل عراقيل تحدّ من مبدأ تحرير المبادلات التجارية، وهو مبدأ نصت عليه المنظمة العالمية للتجارة وتعمل على تكريسه، وهو في ذات الوقت التزام دولي للجزائر بإبرامه اتفاقات دولية في نفس الصميم ومفاوضاتها من أجل الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة.

الكلمات المفتاحية:

تحرير، دولة متدخلة، عراقيل، رقابة التجارة الخارجية، استيراد وتصدير، المنظمة العالمية للتجارة، التزامات الجزائر الدولية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/05/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

The situation of the sector of foreign trade in Algeria: backward in the liberation or the regulation of the sector

Abstract :

After the official consecration of the liberalization of sector of the foreign trade by the law n° 03-04 relative to the applicable rules on the imports and the exports; the legislator revises, and modifies this principle by a legal system; thus limit the liberalization of the sector and strengthen the intervention of the state while using a set of instruments as permits prerequisite of export in particular import.. and so on.., That benefit in order to check the transactions of the economic operators regarding the foreign trade.

thing which engenders obstacles, see infringements on the algerian's international obligations, and questions the principle of free exchange promulgated and defended by the WTO (world trade organization); just when Algeria continuous to negotiate its membership to this big economic institution.

Key words:

Liberalization, interventionist state, obstacles, control of the foreign trade, the import and the export, the World Trade Organization, the international obligations (bonds) of Algeria.

La situation du commerce extérieur en Algérie :recul dans la libéralisation ou régulation du secteur

Résumé :

Après la consécration officielle de la libéralisation du commerce extérieur par la loi n° 03-04 relative aux règles applicables à l'import-export, le législateur revoit et modifie ce principe par un dispositif juridique qui limite la libéralisation du secteur et renforce l'intervention de l'Etat tout en utilisant un ensemble d'instruments, comme les licences préalables d'export et d'import...etc., De telles mesures consacrent le retour de l'Etat dans le contrôle des transactions des opérateurs économiques en matière du commerce extérieur.

Ces atteintes aux obligations internationales de l'Algérie, remettent en cause le principe même de libre échange défendu par l'OMC au moment où l'Algérie continue à négocier son adhésion à cette grande institution économique.

Mots clés :

Libéralisation, Etat interventionniste, entraves, contrôle du commerce extérieur, import et export, organisation mondiale du commerce, obligations internationales de l'Algérie.

مقدمة

تولي الدول المتقدمة منها والنامية اهتماما بالغا لقطاع التجارة الخارجية باعتباره عصب التجارة الدولية وإحدى معالم القوى والتنمية الاقتصادية، إذ يربط بين هيئات ومؤسسات اقتصادية عديدة كقطاع الجمارك، الضرائب، القطاع المصرفي، قطاع

التأمينات، كما ينشط فيه عدة أعوان اقتصاديين من خلال نشاطات الاستيراد والتصدير أو ما يسمى بالمبادلات التجارية الدولية.

لقد مر قطاع التجارة الخارجية في الجزائر بعدة مراحل تراوحت بين التحرير تارة وانتهاج نظام الحمائية من خلال احتكار القطاع من طرف الدولة تارة أخرى.

بعد الاستقلال إلى أواخر الستينيات، اتصفت تجارة الجزائر الخارجية بنوع من الحرية بحكم استمرار معالم التجارة الخارجية الفرنسية في الجزائر، فتم اللجوء إلى تطبيق بعض الإجراءات عبر الوسائل التقليدية (نظام الحصص، الرقابة على الصرف، التعريفات الجمركية)، وفي نفس الإطار تم تنصيب جمعيات مهنية للشراء عن طريق شركات تخضع للقانون التجاري⁽¹⁾.

في بداية السبعينيات استخدمت الدولة أداة احتكار الواردات إلى المؤسسات العمومية لتأمين تجارتها الخارجية مع الإبقاء على تجارة التصدير حرة وفقا للأمر رقم 11-74⁽²⁾، وتم حصر بعض المنتجات الخاضعة لاحتكار المؤسسات العمومية في قائمة أعدتها وزارة التجارة بالتعاون مع الهيئات المعنية والمسموح بتصديرها⁽³⁾.

بصدور دستور الجزائر لسنة 1976⁽⁴⁾ تحتكر الدولة للتجارة الخارجية بشكل رسمي ويظهر ذلك جليا في نص المادة 14 منه، كما صدر القانون رقم 02-78⁽⁵⁾ ليجسد مبدأ احتكار الدولة للقطاع⁽⁶⁾.

ابتداء من السنوات الأولى للثمانينيات، عرف الاحتكار الخاص بالاستيراد بعض الليونة، وتم تصنيف الواردات إلى المنتجات التي تستورد في إطار الاحتكار بترخيص من الوزارة الوصية (القائمة أ)، والمنتجات التي تم استيرادها من قبل المؤسسات العمومية غير المحتكرة (القائمة ب).

في بداية التسعينيات تبنى المشرع نوعا من التحرير للمبادلات التجارية الدولية وذلك بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 37-91⁽⁷⁾ والقانون رقم 14-90⁽⁸⁾ من خلال إدخاله طائفة التجار بالجملة، مع وقوع تناقض بصدد الليونة التي أضفها المشرع على القطاع من خلال استمرار سريان أحكام القانون رقم 29-89⁽⁹⁾، ولم يتم إلغاء احتكار الدولة للتجارة الخارجية بشكل صريح، إلا بموجب أحكام الأمر رقم 04-03⁽¹⁰⁾، وهو تشريع يزيل احتكار الدولة الطويل على قطاع التجارة الخارجية، ويعترف لطائفة واسعة

من الأعوان الاقتصاديون اقتحام الأسواق الخارجية بجانب الدولة. كما أنّ القانون يكرس في طياته عدة مبادئ تقوم عليها المنظمة العالمية للتجارة وأهمها مبدأ حرية المبادلات التجارية الدولية⁽¹¹⁾، وهو مبدأ يقوم على أساس تنقل السلع والبضائع والخدمات بكل حرية دون أي قيود أو حواجز تحدّ من هذا النشاط من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي بشرط الإقامة في الجزائر ودون التحديد الكمي والنوعي للمنتجات محل التصدير والاستيراد، أو حتى دون فرض إجراءات أو شروط قبلية لممارسة مثل هذا النشاط⁽¹²⁾.

إلا أنّ الوضع لم يستمر على هذا المنوال، أين ضيّق المشرع من خلال مجموعة من النصوص القانونية من مبدأ حرية المبادلات التجارية، منها خاصة أحكام قانون المالية التكميلي لعام 2009⁽¹³⁾ وقانون المالية لسنة 2014⁽¹⁴⁾ وتعديل قانون الاستيراد والتصدير في عام 2015⁽¹⁵⁾ وقانون المالية لعام 2016⁽¹⁶⁾ ومجموعة من النصوص التنظيمية الصادرة في مجال التجارة الخارجية والصادرة في نفس الفترة أي بعد 2003. ومن خلال ما سبق ذكره، فإنّ دراسة الموضوع تحتل طرحة إشكالية الغرض من تعديل قانون الاستيراد والتصدير، فهل هو إعادة لتنظيم قطاع التجارة الخارجية بالنظر إلى الظروف الاقتصادية المستحدثة، أم هو العودة مجددا لتقييد القطاع بعدما تم تحريره من احتكار الدولة؟

و من أجل دراسة الموضوع وفقا للإشكالية المطروحة، نتطرق إلى تكريس مبدأ تحرير قطاع التجارة الخارجية في الجزائر (المبحث الأول)، وكيفية رجوع الدولة لمراقبة القطاع في مرحلة لاحقة لتحريره وبنصوص تشريعية وتنظيمية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عن تحرير قطاع التجارة الخارجية

لقد كرس المشرع الجزائري تحرير قطاع التجارة الخارجية بشكل متذبذب وفي فترات مختلفة وذلك من فترة بعد الاستقلال إلى غاية 2016 بشكل يوحي بالتردد أحيانا وعدم الوضوح أحيانا أخرى⁽¹⁷⁾، إلا أنّ تكريس تحرير القطاع تم بشكل رسمي وصرح (المطلب الأول)، ونظرا لتأكيد تحرير القطاع بنص صريح بموجب القانون المعدل لقانون الاستيراد والتصدير، يستدعي الأمر إبداء مجموعة من الملاحظات متعلقة بتأثير القطاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التكريس القانوني لقطاع التجارة الخارجية

إذا كان تحرير قطاع التجارة الخارجية بشكل رسمي في الجزائر أمر حديث العهد، إلا أنّ تكريس المبدأ الأصل أو المبدأ الدستوري كان بموجب تعديل أحكام دستور 1996 والذي كان استجابة لمعالم النظام الرأسمالي ونهج اقتصاد السوق (الفرع الأول)، ليكرّس المبدأ بعدها كقاعدة تشريعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التكريس الدستوري لتحرير قطاع التجارة الخارجية في الجزائر

تم تكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة بموجب نص المادة 37 من دستور 1996 والمعدلة بموجب نص المادة 43 من تعديل الدستور لسنة 2016⁽¹⁸⁾ في نصها "حرية الاستثمار والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون"، تم تقرير العديد من المبادئ التي تأتي ترسيخا للمبدأ الدستوري، ومن بينها حرية المبادرة وتحرير قطاع التجارة الخارجية، وتجسد المبدأ بشكل تدريجي من خلال انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وتغيير دورها من الدولة المحتكرة إلى الدولة المراقبة والضابطة⁽¹⁹⁾.

الفرع الثاني: التكريس التشريعي لتحرير قطاع التجارة الخارجية

كان تكريس المبدأ بصفة رسمية في سنة 2003 (أولا) والتأكيد على الأمر كان بموجب القانون المعدل له (ثانيا).

أولا/ التكريس الرسمي بموجب الأمر رقم 04-03: يكرس المشرع الجزائري بموجب نص المادة 02 من الأمر رقم 04-03 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها بصريح العبارة تحرير قطاع التجارة الخارجية، أو بعبارة أخرى مرادفة حرية المبادلات التجارية، حرية الاستيراد والتصدير، حرية المبادرة في التجارة الخارجية أو حرية الاستثمار في قطاع التجارة الخارجية، إذ هي عبارات تنصب في نفس السياق، ألا وهو إمكانية اقتحام الأسواق الخارجية والدولية عن طريق الاستيراد والتصدير.

فتنص المادة 1/2 من الأمر رقم 04-03 على: "تنجز عمليات استيراد المتوجات

وتصديرها بحرية ..."

فمن سياق نص المادة يفهم بوضوح إزالة احتكار الدولة للتجارة الخارجية وإمكانية كل عون اقتصادي سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا، شخص عام أو خاص اقتحام الأسواق الدولية والمنافسة الأجنبية بجانب الدولة.

ثانيا/التأكيد على تحرير قطاع التجارة الخارجية في تعديل قانون الاستيراد والتصدير في 2015: يحتفظ المشرع الجزائري بموجب تعديل أحكام قانون الاستيراد والتصدير لعام 2015 بنفس الموقف بل ويؤكد على تحريره لقطاع التجارة الخارجية، إذ جاءت صيغة المادة 02 منه بالعبارات التالية: "تنجز عمليات استيراد المنتوجات وتصديرها بحرية..."، الأمر الذي يؤكد موقف الجزائر باعتمادها مبادئ العولمة الاقتصادية والاستمرار في الإعلان عن رغبتها في اعتناق المبادئ التي تقوم عليها المنظمة العالمية للتجارة وعلى رأسها مبدأ حرية المبادلات التجارية.

المطلب الثاني: ملاحظات حول تعديل أحكام قانون الاستيراد والتصدير

قام المشرع الجزائري بتعديل أحكام قانون الاستيراد والتصدير بموجب أحكام القانون رقم 15-15 ولقد صدر التعديل في ظروف خاصة (الفرع الأول)، كما أنّ القانون الجديد أتى بمفاهيم جديدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العوامل المحيطة بتعديل قانون الاستيراد والتصدير

نميز بين العوامل الاقتصادية والعوامل الإدارية

أولا/العوامل الاقتصادية: وتتمثل في مجموعة من الظروف لها طابع اقتصادي دفعت المشرع إلى إعادة النظر في قانون الاستيراد والتصدير وهي كالآتي:

1/تحقيق احترافية في قطاع التجارة الخارجية: وذلك بإجبار كل متعامل في التجارة الخارجية التسجيل لدى المركز الوطني للسجل التجاري، بعدما تبين أنّ أكثر من 60 بالمائة من الأعوان الاقتصاديين يمارسون اقتصاد موازي.

2/تنظيم السوق الوطنية: إذ تبين أنّ هناك ضرورة قصوى في إعادة تنظيم معظم القطاعات الاقتصادية وعلى رأسها قطاع التجارة الخارجية بغية الحدّ من التجاوزات المسجلة في مجال إبرام العقود والصفقات التجارية، كيفية تنفيذ المعاملة أو حتى في مجال التهرب الضريبي والخضوع للرسوم الجمركية أو إبرام صفقات وهمية، فمثلا تم تنظيم السوق الوطنية للسيارات وذلك وفقا لأحكام قانون المالية لسنة 2014.

3/ إعطاء الأولوية للإنتاج الوطني: وذلك ما قصده المشرع من وراء أحكام قانون المالية لسنة 2014، باعتبار أنّ أحكامه تهدف إلى تقليص الاستيراد وترقية الإنتاج الوطني، أين تعطى مثلا الأولوية للسيارات التي أقامت الجزائر بخصوصها شراكة أجنبية، مثلما نجد في هذا الإطار الشراكة الجزائرية الفرنسية لإنتاج السيارات مع المتعامل رونو أين يعفي قانون السيارات المنتجة محليا من كل أنواع الرسوم على معاملات السيارات⁽²⁰⁾ الجديدة. كما تم توسيع القاعدة الجبائية الخاضعة للرسم على القيمة المضافة في ما يخص الحلي الفاخرة المستوردة، وذلك من أجل تشجيع إنتاجها من طرف حرفيين محليين .

4/ مراقبة العملة الصعبة من طرف البنك الجزائري: يجبر قانون المالية لسنة 2009 كل متعامل اقتصادي في مجال التجارة الخارجية استخدام تقنية الاعتماد المستندي والتحصيل المستندي كوسيلتي دفع إجبارية في مجال الاستيراد وذلك بهدف مراقبة كل خروج للمبالغ المالية بالعملة الصعبة من أجل المحافظة على توازن ميزان المدفوعات ومكافحة جريمة تبييض الأموال.

ثانيا/العوامل الإدارية: نظرا لارتباط المبادلات التجارية الدولية بالبيئات الإدارية كإدارة الضرائب وإدارة الجمارك، كان لابد من إعادة النظر في الجانب الإداري لقطاع التجارة الخارجية وذلك لتحقيق ما يلي:

1/ إمكانية الإحصاء الحقيقي للأعوان الاقتصاديين في مجال التجارة الخارجية: لقد ارتفعت نسبة الأعوان الاقتصاديين الذين يمارسون نشاطات الاستيراد والتصدير بدون أي تسجيل في السجل التجاري أو حصولهم على ترخيص من طرف مجلس النقد والقرض فيما يخص معاملاتهم المالية بالعملة الصعبة والتي تجاوزت نسبة 60 %، بشكل جعل السوق الجزائرية سوقا موازية في مجملها، مما ينعكس سلبا على الاقتصاد الوطني، فمثل هذا الوضع يؤدي إلى تشكيل صعوبة في التعرف على المستوردين والمصدرين الحقيقيين، وهو أمر يعود بالخسارة على الخزينة العمومية في مجال تحصيل الرسوم والضرائب الجمركية.

2/ إعادة تنظيم قطاع التجارة الخارجية إداريا: وذلك من خلال إعادة النظر في العلاقة بين المستورد و/أو المصدر مع الإدارات الناشطة في مجال التجارة الخارجية.

الفرع الثاني: مضمون قانون الاستيراد والتصدير

جاء القانون رقم 15-15 ليعدل الأمر رقم 04-03 المتعلق بالاستيراد والتصدير، فمن الأحكام ما احتفظ بها (أولا)، أما التعديل يدخل أساسا إجراءات إدارية تغير من مسارات تحرير المبادلات التجارية (ثانيا).

أولا/ ما احتفظ به التعديل: المشرع الجزائري في تعديله لقانون الاستيراد والتصدير يؤكد على تحريره لقطاع التجارة الخارجية وذلك كما يلي:

- جاءت صياغة نص المادة 02 من القانون رقم 15-15 صريحة في مجال تحرير المبادلات التجارية الدولية.

"تنجز عمليات استيراد المنتوجات وتصديرها بحرية....." وهو نفس مضمون نص

المادة 02 من الأمر رقم 04-03.

- بقاء تخصيص المشرع لمجال تحرير المبادلات التجارية على المنتوجات (سلع وبضائع) دون الخدمات، وذلك ما يفهم من عنوان الأمر رقم 04-03 وكذلك القانون رقم 15-15 "القواعد..... استيراد البضائع وتصديرها..."، وكذلك في صياغة مجمل المواد التي تشكل النص القانوني وتعديله، أين يشير المشرع إلى مصطلح المنتوجات⁽²¹⁾ منها المواد 01 و02...، فنتساءل هل المشرع قصد فعلا تهميش قطاع الخدمات من مجال حرية المبادلات التجارية الدولية؟ أم يريد تخصيص لها تنظيم قانوني مستقل؟

- لم يخصص المشرع الجزائري في صياغته لكلا النصين المنتوجات التي تكون موضع حرية المبادلات التجارية، على عكس ما نجده في التشريعات المقارنة، فنجد مثلا المشرع التونسي من خلال المرسوم التنفيذي رقم 94-1742 المؤرخ في 29 أوت 1994 يحدّد قائمة المنتوجات المستبعدة من الاستيراد والتصدير وذلك بصريح العبارة كاستثناء عن تلك المنتوجات التي تكون قابلة للتصدير والاستيراد بكل حرية المحددة في مضمون نص المادة 03 من القانون 94-41 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بالتجارة الخارجية⁽²²⁾.

- أشار المشرع إلى رخص الاستيراد والتصدير في أحكام الأمر رقم 04-03 بموجب المواد 08 إلى 16 منه، وشدد عليها بموجب أحكام التعديل بموجب المواد 04، 06 مكرر، إلى غاية 06 مكرر 08.

- يبقى المشرع على الاستثناءات الواردة على حرية التبادل التجاري الواردة في نص المادة 02 من الأمر رقم 04-03 المتعلقة خاصة بالنظام العام والآداب العامة، مع التوسيع في هذه الاستثناءات بموجب التعديل .

ثانيا/الجديد الذي أتى به تعديل قانون الاستيراد والتصدير لعام 2015: إنّ المشرع حينما يعدّل من أي نص قانوني أو يتممه ليس لأي شيء وذلك ما نجده في تعديل أحكام الأمر رقم 04-03 المتعلق بالاستيراد والتصدير.

فأول ما يمكن ملاحظته من سياق نص المادة 01 من القانون رقم 15-15 أنّ المشرع يوسّع من المجالات التي يجب احترامها أثناء ممارسة حرية المبادلات التجارية، فبالإضافة إلى ضرورة احترام الأمن والنظام العام والآداب العامة الواردة في نص المادة 02 من الأمر رقم 04-03، يضيف المشرع بموجب نص المادة 02 من القانون رقم 15-15 ضرورة حماية صحة الأشخاص والحيوانات والثروة الحيوانية والنباتية ووقاية النباتات والثروة البيولوجية وبالبيئة والتراث الثقافي والتاريخي.

و المشرع وهو بصدد تعديله لنص المادة 02 من الأمر رقم 04-03، إنّما يعمل على تطبيق المبادئ المنصوص عليها في الاتفاقات التي تعمل المنظمة العالمية للتجارة على تطبيقها، وهي مبادئ تحكم بصفة عامة المبادلات التجارية الدولية.

- ينتهج المشرع بشكل صريح منهج حمائي في مجال التجارة الدولية وذلك بالنص على إمكانية اتخاذ تدابير وقيود كمية أو نوعية وتدابير مراقبة المنتوجات أثناء التصدير والاستيراد وهو ما تم تأكيده في نص المادة 21 من تعديل الدستور لسنة 2016 بنصها "تنظيم التجارة الخارجية من اختصاص الدولة، يحدد القانون شروط ممارسة التجارة الخارجية ومراقبتها"⁽²³⁾.

- ينص المشرع على إمكانية اللجوء إلى انتهاج رخص الاستيراد والتصدير ويدقق فيها⁽²⁴⁾.
- وفي نفس الإطار يشير المشرع إلى إخضاع جمركة البضائع المستوردة في إطار القبول المؤقت من أجل تحسين الصنع لترخيص مسبق من طرف إدارة الجمارك⁽²⁵⁾.

المبحث الثاني: رجوع الدولة لمراقبة قطاع التجارة الخارجية

إنّ تحرير قطاع التجارة الخارجية بموجب أحكام الأمر رقم 04-03 بشكل رسمي كان ميلادا لمرحلة اقتصادية جديدة في الجزائر، ألا وهي مرحلة تحرير قطاع التجارة الخارجية والمبادلات التجارية وذلك بموجب نص المادة 02 منه بعدما تم احتكاره من طرف الدولة.

إلا أنّه لاحقا وبحكم عوامل وظروف متعددة، يتراجع المشرع عن التحرير التام، ويتدخل لمراقبة القطاع عن طريق مجموعة من الآليات يكتفيها البعض بآليات حمائية، ومن المعلوم أنّ نظام الحماية يقوم نقيض التحرير الذي تصبو إلى تحقيقه معظم الدول المنتهجة للنظام الرأسمالي واقتصاد السوق القائم على حرية المبادرة، كما أنّ المنظمة العالمية للتجارة تهدف إلى تحقيق التحرير التام للمبادلات التجارية الدولية وذلك منذ عهد الغات إلى حدّ الآن، فكيف ولماذا أصبحت الدولة تتدخل في قطاع التجارة الخارجية بعدما حررته بشكل تام (المطلب الأول)، وهل تعدّ مثل تلك الإجراءات متطابقة مع التزامات الجزائر الدولية أم مخلة بها؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب وآليات رقابة الدولة لقطاع التجارة الخارجية

هناك مجموعة من الأسباب (الفرع الأول) دفعت الدولة إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات من أجل رقابة قطاع التجارة الخارجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسباب عودة الدولة لمراقبة قطاع التجارة الخارجية

يمكن إجمال هذه الأسباب فيما يلي:

— عمل الاستثمارات الأجنبية المستثمرة في الجزائر إلى زيادة رفع نسبة البطالة بـ 25% وحل الملايين من المؤسسات العامة منها والخاصة بسبب المنافسة الأحادية للمستثمرين الأجانب.

— عدم الاستقرار الاقتصادي والسياسي في الجزائر، نتج عنه نفور المستثمر الصناعي وبالتالي تفويت فرص تحقيق مناصب الشغل والرفع من التنمية والوتيرة الاقتصادية⁽²⁶⁾.

— عدم مثول المؤسسات الأجنبية للنظام الجبائي الساري المفعول مثلما فعل أقدم عون اقتصادي في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية جازي، حيث قام بتحويل

عائدات استثماره من العملة الصعبة إلى الخارج دون تنفيذ التزاماته، والمتمثلة أساسا في ضرورة إعادة استثمار نسبة من أرباحه في البلد المضيف⁽²⁷⁾.

— كما نجد أنّ أكثر من نصف المؤسسات الاقتصادية الناشطة في المجال الاقتصادي الجزائري تنتمي إلى الاقتصاد الموازي بعدم مبالاتها بتسجيل نشاطها التجاري أو التصريح بعائداتها وبالتالي الخضوع للنظام الضريبي و/ أو الجمركي.

الفرع الثاني: آليات رقابة الدولة لقطاع التجارة الخارجية

في إطار رقابة الدولة لقطاع التجارة الخارجية يتعيّن على المتعامل الاقتصادي الحصول على رخص استيراد أم تصدير مسبقا(أولا)، وإجبار الشركة الأجنبية إقامة شراكة مع متعامل جزائري(ثانيا)، كما أنّ الاعتماد المستندي أو التحصيل المستندي تعدّ وسيلتي الدفع الوحيدة أثناء الاستيراد بشكل إجباري(ثالثا)، وحتى تقديم طلب الإعفاء المسبق من الحقوق الجمركية(رابعا).

أولا/ضرورة الحصول على رخصة استيراد أو تصدير: لا يعدّ إجراء الحصول المسبق على رخصة الاستيراد و/أو التصدير إجراء حديثا تماما، بحيث تم الإشارة إليه بموجب نص المادة 06 من الأمر رقم 03-04 بنصها:

" يمكن أن تؤسس تراخيص استيراد المنتوجات أو تصديرها لإدارة أي تدبير يتخذ بموجب أحكام هذا الأمر أو الاتفاقيات الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها".

غير أنّه تم إحالة تحديد شروط و كفاءات تنفيذ نظام تراخيص الاستيراد أو التصدير للتنظيم، الأمر الذي لم يتم تطبيقه إلا ببروز أزمة انخفاض أسعار البترول الفاحش في الجزائر و السعي وراء تخفيض فاتورة الواردات من خلال إعادة تنظيم قطاع التجارة الخارجية و اتخاذ في سبيل ذلك آليات تنظيمية و من بينها نجد وضع نظام الحصص و ذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-306 الذي جاء تطبيقا لأحكام القانون رقم 15-15 المعدل و المتمم للأمر رقم 03-04، المتعلق بالاستيراد و التصدير.

وتم الجمع في تعريف رخص الاستيراد و التصدير و الإجراءات المتعلقة بكلا منهما⁽²⁸⁾، و يراد بها كل إجراء إداري يفرض كشرط مسبق لتقديم وثائق لجمركة البضائع زيادة على تلك المخصصة لأغراض الجمركة، بينما الإجراء الإداري هو تصريح تصدره الإدارة

المختصة تسمح له بموجها جلب كميات محددة من بضائع وسلع لا يمكن استيرادها إلا بموجب تلك الرخصة⁽²⁹⁾.

بينما ميز المشرع بين كل من رخص التصدير والاستيراد التلقائية عن غير التلقائية. 1/ رخص الاستيراد والتصدير التلقائية: يقصد بها تلك التي تمنح في كل الحالات التي يقدم فيها الطلب والتي لا تدار بطريقة تفرض عليها قيود على الصادرات والواردات، مفتوحة لكل شخص طبيعي أو معنوي تتوافر فيه شروط ممارسة نشاطات الاستيراد والتصدير للمنتوجات الخاضعة للرخصة التلقائية وتمنح في مدة أقصاها 10 أيام⁽³⁰⁾. 2/ رخص الاستيراد والتصدير غير التلقائية: هي تلك التي تمنح في الحالات التي يقدم فيها الطلب وتدار بطريقة يفرض عليها قيود على الصادرات والواردات، مفتوحة لكل شخص طبيعي أو معنوي تتوافر فيه شروط ممارسة نشاطات الاستيراد والتصدير على أن تمنح على قدم المساواة⁽³¹⁾.

ثانيا/ إجبارية إقامة شراكة: ففي إطار رقابة الدولة لقطاع التجارة الخارجية يجبر المشرع الجزائري الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطات الاستيراد فتح رأسمالها في حدود 30% للشريك جزائري⁽³²⁾. وهو نفس الأمر يؤكد عليه المشرع في أحكام الأمر رقم 296-09⁽³³⁾. بالتالي نسبة المشاركة في استثمارات التجارة الخارجية تكون 70% بالنسبة للمستثمر الأجنبي و30% بالنسبة للمستثمر الوطني، وهو إجراء تراقب به الدولة حركة تحويل أرباح شركات الاستيراد والتصدير من وإلى الخارج والرقابة على الصرف الأجنبي عن طريق تحديد التحويل في حدود 30% من حصة الاستثمار.

ثالثا/ الاعتماد المستندي و التسليم المستندي وسيلتي دفع إجبارية أثناء الاستيراد: لقد أصبح المستورد وفقا لنص المادة 81 من قانون المالية لسنة 2014⁽³⁴⁾ مجبرا على استخدام تقنية الاعتماد المستندي وإضافة تقنية التحصيل المستندي كوسائل دفع وحيدة على غرار وسائل الدفع الأخرى التي يستخدمها المتعامل الاقتصادي في مجال التجارة الخارجية.

1/ الاعتماد المستندي: نميِّز بين مضمون الالتزام والبحث وراء إجبار البنوك والمؤسسات المالية من استخدام تقنية الاعتماد المستندي.

أ/مضمون الالتزام: أصبح المستورد وفقا لنص المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 مجبرا على استخدام تقنية الاعتماد المستندي كوسيلة دفع وحيدة على غرار وسائل الدفع الأخرى التي يستخدمها المتعامل الاقتصادي في مجال التجارة الخارجية، وذلك خلافا للأصل الذي هو حرية الأطراف في اختيار إحدى وسائل الدفع الأخرى المتعامل بها في مجال التجارة الخارجية⁽³⁵⁾، وهي قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها.

بمعنى ضرورة التوطين البنكي للواردات⁽³⁶⁾ أمام إحدى البنوك المعتمدة.

ولقد أثارت هذه المسألة ردود فعل كثيرة في مجال الأعمال خاصة من طرف تجمع رؤساء المؤسسات le forum des chefs d'entreprise، الذين اعتبروا أنّ تقييد مؤسسات الاستيراد باستخدام الاعتماد المستندي كوسيلة دفع وحيدة يؤدي إلى تجميد مبالغ مالية هامة ولفترة زمنية معتبرة مما يلحق أضرارا بعمال المؤسسة⁽³⁷⁾.

ب/هدف إجبار البنوك والمؤسسات المالية من استخدام الاعتماد المستندي: فإجبار المستورد اللجوء إلى الاعتماد المستندي كوسيلة دفع إجبارية دون غيرها من وسائل الدفع الأخرى إنما يهدف تحقيق ما يلي:

- التقليل من فاتورة الواردات.
- رقابة رؤوس الأموال المتعامل بها في التجارة الخارجية من العملة الصعبة وذلك بإجبار توطئتها أمام بنك أو مؤسسة مالية معتمدة.
- تأكد الإدارة من خضوع المستورد للإجراءات الجمركية والضريبية نظرا لوجود تكامل من حيث الإجراءات بين إبرام عقد الاستيراد والإجراءات الإدارية.

2-التحصيل المستندي: للتحصيل المستندي تعريف يشمل مضمون الالتزام، ولعلّ بإضافة هذه التقنية بجانب الاعتماد المستندي غاية محددة.

أ/مضمون الالتزام: تم إدخال تقنية التحصيل المستندي كإحدى وسيلتي الدفع الإجبارية أثناء الاستيراد بجانب الاعتماد المستندي في ظل أحكام قانون المالية لسنة 2014، ولقد سبق الإشارة إلى هذه التقنية بجانب الاعتماد المستندي بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011 كطريقة لدفع قيمة الواردات، إلا أنه تم حصر مجال تطبيقهما على مؤسسات إنتاج السلع والخدمات التي تلجأ لواردات التجهيز والمواد الداخلة في الصنع والمواد الأخرى المستعملة للإنتاج والمواد الإستراتيجية ذات الطابع

الاستعجالي، وأدخل قانون المالية التكميلي لسنة 2011 تقنية التحويل الحر للمؤسسات المنتجة في واردات المواد الداخلة في الصنع و قطع الغيار و التجهيزات الجديدة المساعدة على رفع الإنتاجية ولا ينبغي أن تفوق قيمتها السنوية 4 ملايين دج⁽³⁸⁾.

ونجد للتحصيل المستندي عدة تعاريف نجد من أهمها أنّ التحصيل المستندي هو عملية تبادل السلع بإنشاء أوراق تجارية تكون واجبة التحصيل في الآجال المتفق عليها تنشأ هذه العملية على استعمال البنوك كوسطاء لتبادل السلع بوثائق الدفع.

ويعرف كذلك بأنه وسيلة تحصيل من قبل البنك للثمن المستوجب على المشتري مقابل استلامه للمستندات المطلوبة، ويقوم البنك بوظيفة وكيل تأمين أو وسيط بين المصدر (البائع) والمستورد (المشتري) فهو يقدم للمستورد بناء لأوامر المصدر أو بنكه، مستندات تشير إلى شحن البضائع ويقوم بالمقابل بتحصيل الثمن المتوجب على المستورد لصالح المصدر وهي تستخدم عندما يكون المشتري والبائع على معرفة تامة بعضهما البعض وعلى درجة من الثقة القائمة بين الجانبين.

وبالتالي فإنّ البنوك تقوم بدور الوسيط أو الوكيل بين المشتري والبائع وتكون مسؤوليتها محصورة بتحويل المستندات مقابل الدفع أو القبول بالدفع ويشترك في عملية التحصيل المستندي أربعة أطراف هم : الأمر (البائع أو المصدر)، بنك البائع، المشتري، والمكلف بالتحصيل.

ب/هدف إجبار البنوك والمؤسسات المالية من استخدام التحصيل المستندي: يمكن التوصل إلى أنّ وسيلة التحصيل المستندي هي أكثرها شيوعا في عمليات التجارة الخارجية لما تكتسيه من سهولة وسرعة ومرونة، تقدم خدمة مصرفية بتدخل البنوك كوسيط بالتزام المستوردين لصالح المصدرين الأجانب وجعل كلا الطرفين مطمئنا بخصوص حصوله على حقوقه .

رابعا/تقديم طلب الإعفاء من الحقوق الجمركية في إطار اتفاقيات التبادل الحر:إذا كان التصدير لا يعدّ إشكالا باعتبار أنّ أغلب صادرات الجزائر من المحروقات، بل حتى هذا القطاع عرف في الآونة الأخيرة تراجعاً كبيراً نتيجة للانخفاض الفاحش في أسعار البترول في الأسواق الدولية، إلا أنّ مسألة الرقابة تخص مجال الواردات، إذ في إطار تحقيق ذلك، يفرض على كل مستورد في إطار اتفاقيات التبادل الحر أن يقدم طلب

مسبق إلى مديرية التجارة للولاية التي يقطن فيها وهذا الأخير يحيل طلبه إلى وزير التجارة، ويتمثل موضوع الطلب في إمكانية الإعفاء من الحقوق الجمركية قبل أي عملية استيراد⁽³⁹⁾، وتمنح لإدارة الجمارك مدة 30 يوم من أجل منح طلب الاستيراد للمستورد دون تحديد مصير الطلب في حالة عدم رد الإدارة في المدة المحددة، فهل ذلك يفيد الرفض أم قبول ضمني⁽⁴⁰⁾؟

المطلب الثاني: مدى اعتبار رقابة الدولة لقطاع التجارة الخارجية متطابقا مع التزامات الجزائر الدولية

بذلت الجزائر جهودا معتبرة في إطار بناء علاقات تجارية واقتصادية وتفعيل المبادلات التجارية الدولية واستقطاب رؤوس الأموال، حيث قامت بإبرام اتفاق شراكة مع الاتحاد الأوروبي وعلى المستوى العربي أبرمت اتفاق التبادل الحر العربي (الفرع الأول)، ولا تزال الجزائر تسعى من خلال مفاوضاتها للانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي واتفاق التبادل الحر العربي

نتطرق تبعا لاتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي (أولا)، ثم لاتفاق التبادل الحر العربي (ثانيا).

أولا/مضمون اتفاق الشراكة الجزائري مع الاتحاد الأوروبي: نتطرق لكل من مضمون الاتفاق ولمسألة توافق التزام الجزائر مع الاتحاد الأوروبي.

1-مضمون الاتفاق: نظرا لحجم المبادلات التجارية الضعيفة التي ربطت الاتحاد الأوروبي ببلدان البحر الأبيض المتوسط⁽⁴¹⁾ منذ فترة 1972 إلى غاية 1980، أعلن مجلس الوزراء الأوروبي في عام 1990 رغبة الاتحاد الأوروبي تدعيم الشراكة والامتيازات التجارية مع بلدان البحر الأبيض المتوسط وتأكد ذلك في قمة برشلونة لعام 1995⁽⁴²⁾.

وفي هذا الإطار دخلت الجزائر مع الإتحاد الأوروبي في مفاوضات منذ 1995، انتهت بإبرام اتفاق شراكة بين الطرفين وهي الشراكة الأورو-جزائرية⁽⁴³⁾ وذلك بفالونسيا الإسبانية بتاريخ 22 أبريل 2002، وتمت المصادقة عليه من قبل البرلمان في 2005⁽⁴⁴⁾.

2-مدى تطابق إجراءات رقابة قطاع التجارة الخارجي مع التزام الجزائر مع الإتحاد الأوروبي: تنص المادة 11 من اتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي أنه " يمكن للجزائر أن تتخذ تدابير استثنائية في شكل زيادة حقوق أو استرجاعها لفترة محدودة.. ولا يمكن تطبيق هذه التدابير إلا على الصناعات الفتية أو على بعض الصناعات التي تخضع لإعادة الهيكلة أو تواجه صعوبات....."

وفي صعيد مخالف، نجد أنّ وزارة التجارة فتحت حصص استيراد المنتجات الزراعية والغذائية الخاضعة لنظام الرخص في إطار اتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي من 5 جانفي إلى 26 جانفي 2016 وهي قائمة تضم 63 بند جمركي وذلك طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-306، ويعطي نظام "الحاضر الأول المستفيد الأول" إمكانية الإعفاء من الحقوق الجمركية وبموجب تلك التعلية سيتم إلغاء الإعفاءات الجمركية على كل السلع المستوردة من المنطقة والعودة للعمل بالنظام العام الذي كان مطابقا قبل دخول اتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي والإعفاءات تصبح مشروطة بحصول المتعامل على حصة ضمن نظام الرخص الجديدة⁽⁴⁵⁾.

ونلاحظ أنه بالرغم من وجود مبررات إعادة تنظيم الواردات من الإتحاد الأوروبي باعتبار أنّ الاتفاق غير متوازن يخدم أكثر مصلحة الإتحاد الأوروبي بدليل خسارة 8 ملايين دولار من سبتمبر 2005 إلى 2013 بسبب إغراقها بمنتجات السوق الأوروبية وعدم تصدير إلا البترول والغاز، إلا أنه لا يمكن تعديل أو إلغاء التزام دولي بهذا الحجم بطريقة إصدار تعلية من وزارة التجارة وتطبيقها من طرف إدارات الجمارك. ثانيا/اتفاق التبادل التجاري الحر مع الدول العربية: تأسست المنطقة العربية للتبادل الحر في عام 1981 وصادقت عليه الجزائر في عام 2004⁽⁴⁶⁾، غير أنّ الاتفاق لم يدخل حيز النفاذ إلا في عام 2009.

نتطرق لكل من مضمون الإنفاق والنظر في مسألة المساس بالتزاماتها في إطار تحرير التجارة الدولية من عدمه.

1/مضمون الاتفاق: في إطار تطبيق أحكام الاتفاق فإنه تعمل الدول الأعضاء على تحرير التبادل التجاري بين الدول العربية من الرسوم والقيود المختلفة، وتعفى السلع العربية

المحددة في مضمون نص المادة 06 من الاتفاق من الرسوم الجمركية والضرائب ذات الأثر المماثل ومن القيود غير الجمركية المفروضة على الاستيراد.

2/مدى تطابق إجراءات رقابة قطاع التجارة الخارجي مع التزام الجزائر في اتفاقية التبادل العربي الحر: تنص المادة 15 من الاتفاق أنه "يجوز لأي دولة طرف أن تطلب فرض بعض الرسوم والضرائب ذات الأثر المماثل أو القيود الكمية والإدارية أو الاحتفاظ بالقائم منها وذلك بصفة مؤقتة لضمان نمو إنتاج محلي معين على أن يقر المجلس ذلك وللمدة التي يحددها".

وفي هذا الإطار أعلنت الحكومة الجزائرية عن قائمة سلبية بمنتجات تستوردها من المنطقة العربية للتبادل الحر فرضت بموجبها تعريفات جمركية بداية من جانفي 2016 وهي قائمة تشمل 1141 منتج تدخل ضمن المنتجات ذات الأولوية التي يجب حمايتها من 3 إلى 4 سنوات منها الصناعة الغذائية والزراعية والنسيج والورق، الكرتون والآلات الالكترونية المنزلية⁽⁴⁷⁾ إلا بدأت الجزائر في تطبيق القرار قبل طرحه على المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للجامعة العربية بالرغم من أنّ نص المادة 15 السالفة الذكر واضحة، الأمر الذي يجعل الجزائر في مسألة عدم احترامها لإجراء الموافقة القبلية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي.

الفرع الثاني:مفاوضات الجزائر مع المنظمة العالمية للتجارة

باعتبار المنظمة العالمية للتجارة الإطار المسير للتجارة الدولية وذلك من خلال المبادئ والقواعد التي تضمنها اتفاق مراكش المنشئ للمنظمة والملاحق المرفقة بها، تسعى الجزائر الحصول على العضوية فيها من خلال استمرارها في المفاوضات أين فرضت عليها مجموعة من الالتزامات(أولا)، لكن هل إعادة تنظيم قطاع التجارة الخارجية كان على حساب محاولة انضمامها إلى المنظمة أم أنّ إجراءات رقابة القطاع جاء متناسقا مع مبادئ المنظمة العالمية للتجارة(ثانيا).

أولا/مضمون مفاوضات الجزائر مع المنظمة العالمية للتجارة: تدخل معظم الإصلاحات التي انتهجتها الدولة مؤخرا مثل تحرير العديد من القطاعات الاقتصادية، تكريس سلطات إدارية مستقلة...إلخ، في إطار تدعيم موقفها والتأكيد على رغبتها في الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، وبالرغم من كل ذلك لا تزال الجزائر في مرحلة التفاوض.

منذ 1987 قدمت طلب الانضمام وذلك بإيداعه إلى الاتفاق العام للتعريف الجمركية والتجارة إلا أنّ الطلب قوبل بالرفض وذلك بالنظر للوضع الاقتصادي الجزائري المزري، وجدّد الطلب بدخول اتفاق مراكش المنشئ للمنظمة حيز النفاذ في 1 جانفي 1995، وفي سنة 1996 قدمت الجزائر وثيقة أساسية تدعى بمذكرة حول النظام الاقتصادي والتجاري في الجزائر كتعريف عن بنيتها القانونية والاقتصادية⁽⁴⁸⁾، وتلتها سلسلة من المفاوضات وآخرها كانت في مطلع 2015، كما تم التقدم في المفاوضات الثنائية وإبرام 06 اتفاقيات ثنائية مثل ذلك المبرم مع كوبا في 2014.

ومن بين الشروط التي تفرضها المنظمة على الدول الأعضاء أو الراغبة في الانضمام تطابق نصوصها الداخلية التام مع أحكام اتفاقات مراكش تطبيقاً لقاعدة "أولوية اتفاقات المنظمة على القوانين الداخلية للدول الأعضاء"⁽⁴⁹⁾، كما أنّ المنظمة تجعل من مبدأ حرية المبادلات التجارية وإعمالها بدون قيود أو عراقيل مبدأً أساسياً.

ثانياً/رخص الاستيراد والتصدير ومدى تطابقها مع التزامات الجزائر الدولية: يرى مختصون في قطاع التجارة الخارجية أنّ اعتماد نظام الرخص يندرج ضمن قواعد المنظمة العالمية للتجارة وليس لهذه الرخص أي علاقة بتلك المعمول بها في السبعينيات والثمانينيات من القرن الماضي وأنّ الجزائر تلتزم بالمبادئ التي تحكم التجارة الدولية التي تقتضي تقييداً على الكميات لما يكون بلداً في مواجهة صعوبات ميزان المدفوعات وأنّ رخص الاستيراد هي مجرد إجراءات إدارية تستخدم كشرط مسبق لعملية استيراد البضائع يحصل عليها كل من تتوافر فيه الشروط القانونية .

والرخص المعمول بها والتي تنص عليها المنظمة ترمي إلى ضمان جودة وسلامة أفضل للمنتوجات والبضائع من أجل حماية الصحة البشرية والحيوانية والنباتية في البلاد وجانب الرقابة الذي تمارسه الإدارة المختصة لا يشمل سوى جوانب الجودة والمطابقة وليس الجوانب التجارية.

فبالرغم من تطابق نظام الرخص مع تلك المنصوص عليها في اتفاق مراكش، إلا أنّ اللجوء لتلك الإجراءات الإدارية يعطي صورة عن عدم قدرة الجزائر منافسة السلع الأجنبية لاسيما منها التكتلات الاقتصادية مما يبعدها عن الانضمام مرة أخرى عن الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة⁽⁵⁰⁾.

خاتمة

نتوصل في الأخير إلى أنّ المشرع الجزائري كرس بصفة رسمية حرية المبادلات التجارية من خلال أحكام الأمر رقم 03-04 المتعلق بالاستيراد والتصدير، مما يزيل احتكار الدولة الطويل لقطاع التجارة الخارجية بالاعتراف لأعوان اقتصاديين كثيرين التدخل في القطاع، إلا أنّ الأمر لم يدم طويلا إذ أنّ دور الدولة المتدخلة يعود من جديد وذلك من خلال مجموعة من النصوص القانونية خاصة منها قوانين المالية لعام 2009 و2016 والقانون رقم 15-15 المعدل للأمر رقم 03-04 المتعلق بالاستيراد والتصدير ومجموعة من النصوص التنظيمية لذات الأمر.

وهي نصوص من شأنها أن تضيق من تحرير المبادلات التجارية، أين أصبح نشاط الاستيراد والتصدير يخضع لمجموعة من الإجراءات والقيود سواء قبل إنشاء النشاط الاستثماري (ضرورة إجراء شراكة أو حتى الدراسة المسبقة للمشروع إن كان الشريك أجنبيا، أو الحصول على رخصة استيراد و/أو تصدير)، أو أثناء تنفيذ المشروع الاستثماري وذلك بضرورة إخضاع الاستيراد لأحكام قانون المنافسة وإجبارية الدفع بموجب الاعتماد المستندي أو التحصيل المستندي أثناء الاستيراد.

و هي إجراءات من شأنها التضيق من حرية المبادرة واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، وذلك بدلا من إقرار المزيد من الإجراءات والنصوص القانونية المرنة التي تحرر التجارة الخارجية باعتبارها عصب الاقتصاد الوطني.

ولقد صرح مسؤولون في الدولة أنّ الإجراءات الجديدة بمثابة إعادة تنظيم قطاع التجارة الخارجية وحماية المنتوجات الوطنية من المنافسة، وإعطاء الصناعات الناشئة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة فرصة الإنتاج بدل القضاء عليها.

كما أنّ صياغة نصوص القانون السالفة الذكر توضح الأمر بصريح العبارة، أي هو نفس موقف المشرع الجزائري، لكن هل هو موقف ترجّحه الأطراف التي التزمت معها الجزائر دوليا خاصة منها المتعددة الأطراف، إذ نجد مثلا أنّ اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي شمل بندا صريحا يمنع لجوء الجزائر التضيق على التجارة الدولية، أو صياغة نصوص تشريعية من شأنها التضيق من حرية التجارة، وهذا البند لم يبق على

السلطات لإهامش البيروقراطية أي التضييق الإداري وذلك باستغلال بعض الهوامش المسموحة ضمن علاقة المستوردين ببعض الإدارات خاصة إدارة الجمارك.

الهوامش:

- (1) BOUZIDI M'HAMSADJI Nachida , «L'autonomie de l'entreprise publique et le monopole de l'état sur le commerce extérieur », revue RASJEP, volume 28, n° 02, Alger, mars 1989, p265.
- (2) أمر رقم 74-11 مؤرخ في 1974/01/30، يتضمن تحرير تجارة التصدير، ج ر عدد 14، ل 1974/02/15.
- (3) راجع أصناف السلع التي تم تحديدها للاستيراد في أحكام الأمر رقم 74-12 مؤرخ في 1974/01/30، يتعلق بشروط استيراد البضائع، ج ر عدد 14، ل 1974/02/15.
- (4) أمر رقم 76-97 مؤرخ في 1976/11/22، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في الجريدة الرسمية، ج ر عدد 94، ل 1976/11/24.
- (5) راجع أحكام القانون رقم 78-02 مؤرخ في 1978/01/30، يتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج ر عدد 07، ل 1978/02/04.
- (6) المادة 09 من القانون نفسه.
- (7) المرسوم التنفيذي رقم 91-37 مؤرخ في 1991/02/13، يتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج ر عدد 12، ل 1991/03/20.
- (8) القانون رقم 90-10 مؤرخ في 1990-04-14، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 16، الصادر في 1990/04/14 (ملغى).
- (9) القانون رقم 88-29 مؤرخ في 1989/07/19، يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج ر عدد 29، ل 1989/08/20.
- (10) أمر رقم 03-04 مؤرخ في 2003/07/19، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع واستيرادها، ج ر عدد 43، ل 2003/07/20، معدل ومتمم.
- (11) المادة 2/1 من الأمر نفسه.
- (12) وذلك بالحصول على ترخيص مسبق من السلطة الإدارية المختصة لإجراء نشاطي التصدير والاستيراد.
- (13) القانون رقم 09-01 مؤرخ في 2009/05/22، يتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2009، ج ر عدد 44، ل 2009/05/26.
- (14) القانون رقم 13-08 مؤرخ في 2013/12/30، يتضمن قانون المالية لعام 2014، ج ر عدد 68، ل 2013/12/31.
- (15) القانون رقم 15-15 مؤرخ في 2015/07/15، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 2003/07/19، والمتعلق بالقواعد المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر عدد 41، ل 2015/07/29.
- (16) القانون رقم 15-18 مؤرخ في 2015/12/30، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر عدد 72، ل 2015/12/31.
- (17) مثلما سبق الإشارة إليه في مقدمة الموضوع.
- (18) دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 1996/12/07، ج ر عدد 76، الصادر في 1996، معدل ومتمم.

(19) كتو محمد شريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2005/2004، ص 44.

(20) راجع في ذلك أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-58 مؤرخ في 2015/02/08، يحدد شروط و كفاءات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، ج ر عدد 05، ل 2015./02/08 وكذلك القرار الوزاري المشترك ل 2015/07/23، يتعلق بكفاءات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 15-58 المؤرخ في 2015/02/08، الذي يحدد شروط و كفاءات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، ج ر عدد 41، ل 2015/07/29.

(21) ويعرف المنتج على أنه كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا، وذلك وفقا لنص المادة 32 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، ل 2009/03/08.

(22) BARKATY Chelby , Les textes juridiques du commerce extérieur tunisien (organisation fonctionnement, procédure...etc.), Editions, CLE, Tunis, 2000 .P55.

(23) المادة 03 من القانون رقم 15-15، يعدل ويتمم الأمر رقم 04-03 مرجع سابق. و- المادة 21 من القانون رقم 16-01 مؤرخ في 2016/03/06، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، ل 2016/03/07.

(24) المواد 04، 4 مكرر 5، 6 مكرر 1، 6 مكرر 2، 6 مكرر 3، 6 مكرر 6، 6 مكرر 7 من القانون نفسه.

(25) القانون رقم 15-18، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، مرجع سابق.

(26) MENOUEUR Mustapha, Droit de la concurrence, éditions Berti, Alger, 201 3, p. 58.

(27) إذ يتعين على المؤسسات الأجنبية المستثمرة في الجزائر أن تعيد استثمار أرباحها بصفة مساوية للقيم والأصول المعفاة من الالتزامات في أجل 4 سنوات وذلك وفقا لأحكام المادة 57 من القانون رقم 09-01، يتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2009، مرجع سابق.

مع ورود استثناء بإعفاء المستثمر الأجنبي الذي حصل على إعفاء إعادة استثمار الأرباح المحققة في أحكام نص المادة 40 من القانون رقم 12-12 مؤرخ في 2012/09/26، يتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2013، ج ر عدد 72، الصادر في 2012/09/30.

(28) وذلك بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-306 المؤرخ في 6 ديسمبر 2015، يحدد شروط و كفاءات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع، ج ر عدد 66، الصادر في 09 ديسمبر 2015، ص 08.

(29) المادة 6 مكرر 01 من القانون رقم 15-15، مرجع سابق.

(30) المواد 6 مكرر 5 و 6 مكرر 6 من القانون نفسه.

(31) المادة 6 مكرر 7 من القانون نفسه.

(32) المادة 58/3 من القانون رقم 01/09، مرجع سابق.

(33) راجع أحكام المرسوم التنفيذي رقم 09/296 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 09/181 المؤرخ في 2009/05/12، الذي يحدد شروط ممارسة أنشطة استيراد المواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيها الشركاء أو المساهمون أجنب، ج ر عدد 51 ل 2009/09/06.

(34) المادة 81 من القانون رقم 08-13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68، ل 2013/12/31 تعدل وتتم أحكام المادة 68 من الأمر رقم 01-09، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق.

(35) إذ أنه وفقا للمادة 18 من النظام رقم 01-07 المؤرخ في 03/02/2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج ر عدد 31، ل 2007/05/13، تتمثل وسائل الدفع المستخدمة في التجارة الخارجية في: الأوراق النقدية، الصكوك البريدية أو المصرفية، خطابات الاعتماد (الاعتماد المستندي والتحصيل المستندي)، السندات التجارية.

كما تشير المادة 18 من النظام رقم 01-07 أنه بإمكان استخدام كل وسيلة دفع مقومة بالعملة الأجنبية القابلة للتحويل بصفة حرة مهما كانت الأداة المستعملة، مما يعني أنّ النظام رقم 01-07 نص على استخدام وسائل الدفع المنصوص عليها في الأوراق التجارية والمتمثلة في تقنية التحويل المصرفي وتقنية الحوالة البريدية.

(36) يقصد بالتوطين البنكي للواردات جعل لكل من السلع والخدمات المستوردة موطنًا لها وهذا لدى بنك أو مؤسسة مالية وسيطة معتمدة من اختيار المستورد، راجع في هذا الخصوص أحكام نص المادة 29 من النظام رقم 01-07، مرجع سابق.

(37) MENOUER Mustapha, Droit de la concurrence, op.cit., p61.

(38) انظر في هذا الخصوص المادة 23 من الأمر رقم 11-11، مؤرخ في 18/07/2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40، الصادرة في 20/07/2011، تعدل وتتم المادة 69 من الأمر رقم 01-09، مؤرخ في 22/07/2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق.

(39) المواد 2، 3 و 5 من المرسوم التنفيذي رقم 10-89 مؤرخ في 10 مارس 2010، يحدّد كفاءات متابعة الواردات المعفاة من الحقوق الجمركية في إطار اتفاقيات التبادل الحر، ج ر عدد 17، الصادر في 14 مارس 2010، ص 06. المادة 6 من المرسوم التنفيذي نفسه.

(41) YVARD Bernard, Economie de l'union européenne, DUNOS, Paris, 2003, p 80 .

(42) دريال عبد القادر وزير بلقاسم، "تأثير الشراكة الأورو-متوسطية على أداء وتأهيل القطاع الصناعي في الجزائر"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، عدد 1، الجزائر، 2002، ص 02.

(43) وذلك بموجب القانون رقم 05-05 مؤرخ في 26/04/2005، يتضمن الموافقة على الإتحاد الأوربي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من رقم 01 إلى رقم 07 والوثيقة النهائية المرفقة به، ج ر عدد 30، الصادر في 27/04/2005.

(44) مرسوم رئاسي رقم 05-195 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوربي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيه من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل، وكذا ملاحقه من رقم 01 إلى 06 والبروتوكولات من رقم 01 إلى رقم 07 والوثيقة النهائية المرفقة به، ج ر عدد 31، الصادر في 30 أبريل 2005.

(45) تم الاطلاع على إعلان طلب حصص استيراد المنتوجات الزراعية على الموقع www.mincommerce.gov.dz/arab وذلك في 16/03/2016 على الساعة 06:06

(46) وذلك وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 04-223 المؤرخ في 03/08/2004، يتضمن التصديق على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية المحررة بتونس في 27/02/1981، ج ر عدد 49، ل 08/08/2004.

⁽⁴⁷⁾ تم الاطلاع على الموقع في 2016/02/26 على الساعة 23:10 <http://www.elkhabar.com/press/article/101197>

⁽⁴⁸⁾ ARAB Yasmina, « OMC : Principes économiques et normes sociales », RASJEP , n°2, Alger, 2001, p 95.

⁽⁴⁹⁾ سمير محمد عبد العزيز، التجارة العلمية بين جات 94 ومنظمة التجارة العالمية، مكتبة الإشعاع الفنية،

الإسكندرية-، 2001، ص 140.

⁽⁵⁰⁾ راجع المسألة على الموقع www.djazairess.com/echaab/42555 تم الاطلاع عليه في 2016/02/27 على

الساعة 22:26

ملاحظات نقدية حول التأطير القانوني لسلطة ضبط السّمي البصري*

AIDEN Razika, M A"B"
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie

عیدن رزيقة، أستاذة مساعدة "ب"
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

أثارت الدراسة النقدية للتأطير القانوني لسلطة ضبط السّمي البصري مجموعة من الملاحظات التي لا تعود فقط إلى غموض مركزها القانوني، وما يحمله من آثار على مستوى المقتضيات الأساسية التي ينبغي أن تستجيب لها تقنيات الضبط في قطاع السّمي البصري. وإنّما أيضا إلى محدودية الصلاحيات المخوّلة لها بموجب النصوص القانونية ذات الصلة بهذا المجال.

الكلمات المفتاحية:

قانون، السّمي البصري، الضبط، السلطة الإدارية المستقلة.

Critical notes on the legal framing of the regulatory authority audiovisual

Abstract:

The critical study of the legal framing of the audio-visual regulatory authority, evokes a series of remarks, as well on the level of its ambiguous legal status which often does not fulfill the fundamental requirements of the technicality of the regulation in the audio-visual sector;

That on the level of the limits which characterize its attributions which were entrusted by the texts on the matter.

Key words:

Right, Audiovisual, Regulation, independent administrative authority.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/05/03 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/06/05 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Remarques critiques sur le cadre juridique de l'autorité de régulation de l'audiovisuel

Résumé:

L'étude critique du cadre juridique de l'autorité de régulation de l'audiovisuel évoque une série de remarques, aussi bien au niveau de son statut juridique ambigu, qui ne répond pas souvent aux exigences fondamentales de la technicité de la régulation dans le secteur audiovisuel, qu'au niveau des limites qui caractérisent ses attributions qui ont été confiées par les textes en la matière.

Mots clés:

Droit, audiovisuel, régulation, autorité administrative indépendante.

مقدّمة

تُعتبر السّلطات الإدارية المستقلّة ضابطا بديلا للدولة في القطاعات الحسّاسة، فهي بذلك ليست كسائر الهيئات الإدارية المألوفة، بل نموذجا مؤسّساتيا لم يسبق للتنظيمات الإدارية الكلاسيكية أن عرفته. إذ يرجع أوّل ظهور لها في المنظومة القانونية الجزائرية إلى العشرية الأخيرة من القرن الماضي، حيث كانت البداية بإنشاء المجلس الأعلى للإعلام⁽¹⁾، وبعده مباشرة مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية⁽²⁾، إلى أن بلغ عددها حاليا 18 سلطة إدارية مستقلّة بمناسبة تأسيس سلطة ضابطة للقطاع السّمي البصري. وقبل تحديد المعالم القانونية لهذه الأخيرة، ينبغي الإشارة إلى أنّ الأحكام المؤطّرة للسلطة المماثلة في فرنسا-المجلس الأعلى للسّمي البصري-، قد ظهرت في أواخر الثمانينات وبالتحديد في 30 سبتمبر 1986 تاريخ تبني القانون المتعلّق بحرية الاتصال⁽³⁾. بينما في الجزائر، يُعدّ قانون الإعلام لسنة 2012 اللبنة الأولى لتنظيم هذا المجال، وذلك من خلال إحالته الصريحة إلى صدور نص تشريعي لاحق يتناول الجوانب التفصيلية لسلطة ضبط السّمي البصري التي استحدثها والقطاع المعني بها⁽⁴⁾.

وبصدور هذا القانون سنة 2014⁽⁵⁾ أصبح من الممكن الجزم بإخضاع النشاط السّمي البصري لقواعد قانون الضبط الاقتصادي بما له وما عليه؛ بمعنى أنّ هذا التوجّه وإن كان ينطوي على مبادئ ديموقراطية تُفضي إلى تكريس حق المؤسّسات في ممارسة هذا النوع من النشاط والتعبير بكلّ حرية⁽⁶⁾. فإنّ عجز القاعدة القانونية عن مساندة هذا التطوّر من شأنه أن يُسفر عن نتائج في غاية من الخطورة، نظرا لحجم التأثير الذي تحوزه هذه المؤسّسات ازاء المجتمع المدني، سيما أنّها تُعدّ وسيلة اعلام

ممتازة لدى هذا الأخير من وسائل الإعلام المكتوبة وأقرب إليه، نتيجة اعتمادها على تقنيات يسهل فهمها كاللغة المحلية مثلا.

ولما كانت فعالية الضبط الاقتصادي من هذه الناحية، مرهونة بمدى اصابة أو اخفاق المشرع الجزائري في وضع نظام قانوني فعال للهيئة المشرفة على القطاع، فإنّ الزاوية التي على أساسها يتمّ خوض غمار البحث في هذا الموضوع يكمن في طرح الإشكالية التالية: إلى أيّ مدى وفقّ المشرع الجزائري في تأطيره القانوني لسلطة ضبط السّمي البصري؟

تقتضي الدراسة النقدية للتأطير القانوني الخاص بسلطة ضبط السّمي البصري التوقّف في (المبحث الأول لدراسة المركز القانوني لها، ثمّ في (المبحث الثاني) سيتمّ التركيز على الدور الوظيفي لها.

المبحث الأول: عن غموض المركز القانوني لسلطة ضبط السّمي البصري

تستدعي معالجة المركز القانوني لسلطة ضبط السّمي البصري المستحدثة مؤخراً في المنظومة القانونية الجزائرية، النظر بدءاً في مدى توافق طبيعتها القانونية مع نظرية السلطات الإدارية المستقلة (المطلب الأول): وباعتبار أنّ هذه الأخيرة تجسّد في ظهورها ذلك الموضوع القانوني غير المحدّد المعالم⁽⁷⁾ لما يُثيره من اشكالات عديدة، سيما من حيث تبيان موقعه ضمن هيكل الإدارة الكلاسيكية، فإنّه ينبغي التطرّق عبر (المطلب الثاني) إلى البحث عن مكانة هذه السلطة في النظام المؤسّساتي للدولة.

المطلب الأول: مدى توافق طبيعتها القانونية مع نظرية السلطات الإدارية المستقلة

لما كانت نظرية السلطات الإدارية المستقلة تعكس مفهوماً ذو طابع تشريعي عزّزه الفقه والقضاء⁽⁸⁾، فإنّه من الطبيعي أن يكون النص القانوني هو المصدر الأوّل في إلحاق هيئة ما بهذا التكييف⁽⁹⁾. لكن إخفاق هذا الأخير في ضبط تكييف تشريعي دقيق لسلطة ضبط السّمي البصري (الفرع الأوّل من شأنه أن يفسح المجال أمام اقتراح تكييف بديل لها (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: مفهوم السلطة المستقلة: تكييف تشريعي غير دقيق

يتّضح من خلال استقراء النصّ القانوني المؤطّر لسلطة ضبط السّمي البصري، أنّ هذه الهيئة تُعدّ على غرار نظيرتها في قطاع الإعلام-سلطة ضبط الصحافة المكتوبة-

بمثابة سلطة مستقلة⁽¹⁰⁾. هذا التكييف، وإن كان يتطابق من حيث تصريحه بعنصري السّطة والاستقلالية مع بعض العناصر المكوّنة لنظرية السلطات الإدارية المستقلة (أولاً)، إلا أنّ انتفاء عنصر الطابع الإداري فيه، من شأنه أن يثير إشكالات عديدة (ثانياً).
 أولاً/التصريح بعنصري السّطة والاستقلالية: يُعتبر عاملاً السّطة والاستقلالية من الرّكائز الأساسية التي تقوم عليها نظرية السلطات الإدارية المستقلة؛ إذ لا يترتب على تنصيب المشرّع صراحة بالأوّل أنّ دور سلطة ضبط السّمي البصري يقتصر على الاستشارة فحسب⁽¹¹⁾، بل يتعدّاه، نظراً لما تفرضه ضرورة أقلمة تقنيات الرّقابة التقليدية المعتمدة مع المستجدات الرّاهنة⁽¹²⁾ إلى التمتع بأدوار أخرى. وذلك بنقل بعض المهام الأصلية لكلّ من السلطة التنفيذية -وزير الاتصال- والسلطة القضائية -القاضي الجزائي-، وإدراجها ضمن صلاحيات هذه الهيئة⁽¹³⁾.

أمّا عن العنصر الثاني الذي يُعدّ نتيجة حتمية للأوّل وشرطاً لتحقيقه نظراً لكون عامل السّطة الفعلية يتنافى مع منطق التبعية مثلما ذهب إليه أحد الكُتّاب⁽¹⁴⁾، فإنّ الاعتراف الصريح به من قبل المشرّع يضمن لهذه الهيئة مركزاً حائماً إزاء السلطة التنفيذية ومؤسسات القطاع؛ تتجلى استقلاليتها عن السلطة التنفيذية في انفلاتها من قبضة آليات الرّقابة الإدارية⁽¹⁵⁾؛ سواء في صورتها الوصائية، والتي تمارسها السلطة المركزية بكيفيات مختلفة على الأشخاص المعنوية غير الدولة، أو في صورتها الرئاسية⁽¹⁶⁾ لعدم وجود أيّة سلطة عليها تُمارس رقابتها على أعمال أو شخص أعضائها⁽¹⁷⁾ نتيجة تكريس مدّة عهدهم بست سنوات غير قابلة للتجديد ولا للقطع⁽¹⁸⁾ إلاّ في الحالات الاستثنائية المحدّدة صراحة بموجب قانون⁽¹⁹⁾. وبالنسبة لاستقلاليتها عن مؤسسات القطاع، فهي تظهر من خلال تكريس التشريع الخاص بها للنظام التنافسي؛ هذا الأخير الذي يُعتبر آلية للوقاية من تضارب المصالح⁽²⁰⁾ من شأنه أن يكفل خلق نوع من القطيعة بين وظائف الأعضاء الضبطية ومصالحهم الشخصية⁽²¹⁾. إذ تتنافى العضوية بهذا النحو إلى جانب المنع المتعلق بامتلاك مصالح بصفة مباشرة أو غير مباشرة في المؤسسات المحدّدة طوال مدّة العهدة وبعدها بسنتين⁽²²⁾؛ مع كلّ الوظائف باستثناء المهام المؤقتة في التعليم العالي والإشراف في البحث العلمي⁽²³⁾. كما ينبغي في هذا الصدد، أن يتم الأخذ بعين الاعتبار أحكام التشريع العام المتعلّق بحالات التنافس والالتزامات الخاصة ببعض

المناصب والوظائف، التي عمدت فضلا عن تمديد المنع السالف الذكر إلى خارج البلاد⁽²⁴⁾، إلى تقييد تحرّهم من هذا الأخير على ضرورة استصدار تصريح كتابي مدّة ثلاث سنوات من الهيئة المختصة-الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته-؛ وذلك بعد نهاية مدّة سنتين المذكورة أعلاه⁽²⁵⁾.

هذا، ولا يكفي التوقف في هذا الصدد على مدلول عنصرى السلطة والاستقلالية المنصوص عليهما صراحة بموجب القانون، بل أنّ المفاهيم التي تقوم عليها نظرية السلطات الإدارية المستقلة، تستلزم الخوض في العنصر الثالث المشكّل لها، ألا وهو الطابع الإداري. مما يؤدّي إلى إثارة التساؤل عن أهمية وجوده من انتفائه؟

ثانيا/ إشكالية عدم التصريح بعنصر الطابع الإداري: يُثير عدم ضبط الطابع الإداري لسلطة ضبط السّمي البصري بموجب نصّ قانوني من الناحية العملية عدّة إشكالات؛ تتمحور في المقام الأوّل حول ما إذا كان من الممكن إلحاقها بالقضاء الإداري المتخصّص⁽²⁶⁾ طالما أنّ الدستور حدّد حصرا الهياكل القضائية ذات الولاية العامة⁽²⁷⁾؟

هذا الطرح، يستند لاعتبارات تجد أسسها من جهة، في وجود قاسم مشترك بينهما جرّاء الاستحواذ على مظهرى السلطة والاستقلالية. ومن جهة أخرى في التقارب الموضوعي بينهما نتيجة تدخّلها الملحوظ في الحقل الوظيفي للقاضي الجزائي بموجب سلطتي التحكيم والعقاب اللتان تُعتبران حسب المفهوم المادي من مظاهر الوظيفة القضائية⁽²⁸⁾؛

سيما أمام وجود رابط التعاون بين هذين الطرفين⁽²⁹⁾ وقابلية النص التالي «يُمكن الطعن في هذه القرارات لدى الجهات القضائية الإدارية طبقا للتشريع والتنظيم ساري المفعول»⁽³⁰⁾

لاستيعاب جميع صور الطعون القضائية المعروفة الإلغاء، الاستئناف والنقض؛ علما أنّ الأخيرتين تخدمان فكرة الطابع القضائي لهذه الهيئة. وهي ذات الفكرة التي تفقد حجّيتها بعد العلم أنّه إلى جانب ترجمة هذه العلاقات بالتكامل الذي يرمي إلى التطبيق السليم للقانون وتحقيق العدالة⁽³¹⁾؛ فإنّ مسألة تحديد طبيعة الطعون المرفوعة ضد

قرارات السلطات الإدارية المستقلة بما فيها السلطة محلّ الدراسة لم تعد تُثير أيّ إشكال نتيجة وجود سابقة تقضي بأنّه يُعتبر طعن إلغاء، وذلك لكون قراراتها ليست أحكاما نتيجة حيازتها لحجّية الشيء المقرّر لا الشيء المقضي فيه⁽³²⁾، فالأمر سيّان بين ورود نصّ يُشير إلى ذلك صراحة أو ضمّنيا بموجب عبارات مهمة وبين سكوتة⁽³³⁾. لكن هل

بنفي مسألة تبعية هذه السلطة لنظرية القضاء الإداري المتخصّص يمكن الجزم بأنها سلطة إدارية مستقلة؟ أبعد من ذلك، هل ظهور فئة موازية لهذه الأخيرة تحت تسمية السلطات التجارية المستقلة⁽³⁴⁾ من شأنه أن يفتح المجال أمام إلحاقها بهذه الأخيرة؟ هذا التساؤل، يدفعنا إلى ضرورة التوقف في المقام الثاني على مدى انسجام طبيعتها مع هذا التكييف.

تكون الهيئة سلطة تجارية مستقلة متى استحوذت على كلّ أو بعض مظاهر السلطة والاستقلالية اللذان سبق وأن تمّ التطرّق إليهما وكانت خاضعة في علاقاتها مع الغير لقواعد القانون التجاري⁽³⁵⁾، وكانت أعمالها تحت ولاية القاضي العادي لا الإداري⁽³⁶⁾. وباستبعاد تطبيق هذا الشرط الأخير على سلطة ضبط السّمي البصري يتربّط مباشرة استبعاد إمكانية إلحاقها بهذا التكييف.

إنّ عدم دقّة التكييف التشريعي لسلطة ضبط السّمي البصري على النحو السالف الذكر، يستند بالأساس إلى اعتياد المُشرّع تقنية التقليد الإيمائي المحضبة⁽³⁷⁾ عند استيراد النصوص القانونية دون الاعتداد بالسياق الذي ينبغي أن تندرج ضمنه القاعدة القانونية، سيما في مثل هذه المجالات. هذا، ويبقى انتقال المجلس الأعلى للسّمي البصري الفرنسي من تكييفه كسلطة مستقلة إلى السلطة العمومية المستقلة⁽³⁸⁾ خير دليل على ذلك. لمثل هذه الأسباب يمكن الاجتهاد في اقتراح تكييف بديل لهذه الهيئة بما يتوافق والمستجدات الراهنة التي يستدعيها الضبط في هذا المجال.

الفرع الثاني: فكرة السلطة العمومية المستقلة: اقتراح تكييف

أمام غموض وعدم دقة النصوص المؤطرة لسلطة ضبط السّمي البصري بالنسبة لمسألة تحديد طبيعتها القانونية، فإنّه ينبغي الخوض في اقتراح تكييف مغاير من شأنه أن يضمن استمرارية تبعيتها للنظرية الأمّ المتمثلة في السلطات الإدارية المستقلة (أولاً) ويحتفظ في الوقت نفسه بخصوصية تمتّعها بالشخصية المعنوية (ثانياً).

أولاً/تبعية التكييف للنظرية الأمّ: السلطات الإدارية المستقلة: إذا كان اعتماد تسمية السلطات الإدارية المستقلة قد طغى على معظم النصوص التشريعية المنشئة لهذا النموذج المؤسّساتي الجديد منذ زمن ليس ببعيد في القانون المقارن -الفرنسي خاصة- فإنّه مع بروز موجة من التكييفات الأخرى على غرار السلطات الدستورية المستقلة⁽³⁹⁾، تُعرف بالسلطات العمومية المستقلة، والتي بلغت ما يقارب سبعة (7) هيئات منها

المجلس الأعلى للسمعي البصري بمناسبة تعديل نصّه التأسيسي سنة 2013⁽⁴⁰⁾، يتوجّب التساؤل عن طبيعة الصلة القائمة بين نظرية السّطات الإدارية المستقلّة وهذا التكييف الذي تمّ اقتراحه كبديل لقصور التكييف التشريعي للسلطة محل الدراسة على ضوء ما هو معمول به في القانون الفرنسي؟

يُعتبر تكييف سلطة ضبط السّمي البصري كسلطة عمومية مستقلّة دون أثر على طبيعتها كسلطة إدارية مستقلّة، طالما أنّها تتمتع بكافة العناصر المكوّنة لهذه النظرية على النحو المبين سلفا. غير أنّ هذا التطابق المستقر عليه، يدفع حتما إلى التساؤل عن خصوصية هذا التكييف الجديد؟

ثانيا/ارتباط التكييف بشرط التمتع بالشخصية المعنوية: يستند تقييد السلطات الإدارية المستقلّة بضرورة تجريدتها من الشخصية المعنوية إلى التخوّف من الإفراط في منحها الاستقلالية التامة. وذلك نظرا لما تنطوي عليه من مزايا تُفضي إلى تعزيز استقلاليتها، سيما من الناحية الوظيفية. فهي من جهة، تضمن لهذه الهيئات حقّها في وضع النظام الداخلي والمصادقة عليه دون تدخّل السلطة التنفيذية في ذلك، ومن جهة أخرى، تكفل لها ذمّة مالية مستقلّة عن الدولة وحق التقاضي⁽⁴¹⁾. غير أنّ تجاوز هذه العقبة التي كیفها أحد الكُتّاب بالعقدة النفسية⁽⁴²⁾ والاحترازية في الوقت نفسه، وذلك من خلال الإقرار للعديد من هذه الهيئات بالشخصية المعنوية سواءً في القانون المقارن أو الجزائي، من شأنه أن يجعل هذه الفكرة مؤشرا ايجابيا لقياس درجة استقلالية هذه الهيئة وحيادها⁽⁴³⁾. كما تُعتبر أيضا نقطة تحوّل لدى المشرّع الفرنسي من الدمج بين مختلف السّطات الإدارية المستقلة إلى الوقوف على خصوصيات كلّ منها بإيراد تكييف تشريعي موحد خاص بتلك المعترف لها بالشخصية المعنوية، تحت تسمية مغايرة ألا وهي السلطات العمومية المستقلّة التي تُمثّل تلك الجزئية من النظرية الأم⁽⁴⁴⁾. ولعلّ أنّ هذا الطرح هو الذي ساق بنا إلى اقتراح تكييف السلطات الإدارية المستقلّة ذات الشخصية المعنوية في الجزائر وسلطة ضبط السّمي البصري على وجه الخصوص بهذا التكييف الجديد. وذلك ليس لدواعي مسايرة ذات الوجهة التشريعية المقارنة فحسب، بل لأهميته أيضا في الانتقال من التكييف الأدنى مستوى لآخر أعلى منه، نظرا لدوره في تعزيز عامل الاستقلالية أكثر من سابقه، سيما أنّ طبيعة الأعباء الملقاة على

هذه الهيئة والمرتبطة بالدرجة الأولى بحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم الأساسية⁽⁴⁵⁾ تحتاج إلى هذا النوع من الضمانة.

هذا، وبعد تحديد جنسية سلطة ضبط السّمي البصري كسلطة عمومية مستقلة، ينبغي البحث عن مكانتها في النظام المؤسّساتي للدولة.

المطلب الثاني: البحث عن مكانتها في النظام المؤسّساتي للدولة

يقوم التنظيم الإداري الجزائري حاليا على سياسة الجمع بين نظامي المركزية الإدارية التي تتجسّد أساسا في صورة هيكل ذات اختصاص وطني تتّسم بخضوعها لميكانيزمات الرّقابة الرئاسية؛ واللامركزية الإدارية التي تمّ تكريسها من خلال انشاء هيكل محلية تحكمها آليات الرّقابة الوصائية. لكن إذا كان من اليسير إدراج بعض الإدارات ضمن إحدى النظامين السالفين، فإنّه من الصعوبة إيجاد النظام الذي على أساسه يمكن إلحاق سلطة ضبط السّمي البصري كسلطة إدارية مستقلة، وأمام هذه المسألة يقتضي أن تنصّب محاولتنا في بادئ الأمر على دراسة النظريات الفقهية المستبعدة (الفرع الأول) ثمّ بعد ذلك يتمّ الوقوف على النظريات الفقهية الملائمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظريات الفقهية المستبعدة

يستلزم البحث عن مكانة سلطة ضبط السّمي البصري في النظام المؤسّساتي للدولة، استبعاد طائفة النظريات الفقهية التي ذهب إلى إخراجها وسائر الهيئات المماثلة لها من التنظيم الإداري التقليدي (أولا). وتلك القائلة بتبعيتها للإدارة المركزية (ثانيا).
أولا/ النظرية القائلة بموقعها خارج التنظيم الإداري التقليدي: إنّ الطبيعة القانونية للسلطات الإدارية المستقلة المتميّزة عن أسس التنظيم الإداري التقليدي القائمة على مبدأي تبعية الإدارة للحكومة ومسؤولية الأخيرة أمام البرلمان⁽⁴⁶⁾، كانت الدافع وراء توجّه البعض نحو الاجتهاد في سبيل منحها موقعا موازيا للتنظيمات الإدارية المركزية واللامركزية، إذ يقول GOHIN في هذا الصدد:

«On doit considérer que toutes les AAI sont situées au sein de l'Etat mais en dehors de son organisation administrative de principe, c'est-à-dire en dehors de l'administration centrale ou déconcentrée de l'Etat »⁽⁴⁷⁾.

غير أنّ استقرار القانون الدستوري والعرف الإداري على ازدواجية أساليب التنظيم الإداري-المركزي واللامركزي-، من شأنه أن يؤكّد استحالة الإقرار لسلطة ضبط السّمي البصري بمثل هذا المركز.

ثانيا/النظرية التي تُدرجها ضمن الإدارة المركزية: خلافا للموقف السابق الذي عمد إلى البحث عن مكانة السّلطات الإدارية المستقلّة خارج التنظيم الإداري المألوف، فإنّ هذا الاتجاه فضّل الغوص في قلب الإدارة المركزية لإيجاد حيّز مكاني قابل لاحتوائها. وذلك من خلال التركيز على اقتران تواجدها بضرورة تجديدها من الشخصية المعنوية مثلما هو كائن لدى الإدارة المركزية لإحاطها بالهيكل المركزي للدولة⁽⁴⁸⁾ تحت تسمية مغايرة، ألا وهي السلطات المركزية المستقلّة⁽⁴⁹⁾.

لكن إلى جانب تحديد الدستور جميعا وحصرها هيئات الإدارة المركزية⁽⁵⁰⁾، فإنّ هذه النظرية تفقد حجّيتها بمجرد ثبوت تمتع الهيئة محلّ الدراسة بالشخصية المعنوية.

الفرع الثاني: النظريات الفقهية الملائمة

إنّ عدم قابلية الهيئة محلّ الدراسة للتأقلم مع محدّدات النظريات السالفة لا يعني بالضرورة تبني طابعها الإداري دون أيّ تساؤل، ذلك أنّه توجد بعض وجهات النظر تستحقّ الوقوف عندها بامتياز؛ إمّا على سبيل مناقشتها أوّلا أو قبولها (ثانيا).

أوّلا/مناقشة مسألة إلحاقها بالهيئات العمومية الوطنية: حاول بعض من الفقه التركيز على التوافق الموجود بين السّلطات الإدارية المستقلّة والإدارة اللامركزية المرفقية من ناحية التمتع بالشخصية المعنوية وتغطية نشاط كلّ منهما لكافة التراب الوطني⁽⁵¹⁾ في حدود مقتضيات مبدأ التخصّص⁽⁵²⁾، لتبرير تصنيفها ضمن المؤسّسات العمومية الوطنية⁽⁵³⁾. غير أنّ هذا الطرح وإن كان ينسجم في الظاهر مع طبيعة سلطة ضبط السّمي البصري، فإنّ التمعّن في مصطلحات التكييف المُقترح لهذه الهيئة كسلطة عمومية مستقلّة يعكس بوضوح أنّ رغبة المشرّع الفرنسي في تعميمه على السلطات الإدارية المستقلّة ذات الشخصية المعنوية لم يكن بمحض الصدفة⁽⁵⁴⁾، فهو يبتغي من ورائه تجنّب فكرة إلحاقها بالهيئات العمومية الوطنية⁽⁵⁵⁾ نتيجة انفلاتها من الآليات الرقابية للسلطة المركزية على الهيئات اللامركزية.

ثانيا/قبول تصنيفها كأجهزة خاصة للإدارة المركزية: دون الإخلال بأسس التنظيم الإداري التقليدي، يبدو أنّ القول بانتماء سلطة ضبط السّمي البصري إلى الأجهزة الخاصّة للإدارة المركزية التي تضمّ من جهة، الأجهزة الاستشارية للسلطة المركزية؛ ومن جهة أخرى، السلطات الإدارية المستقلّة بمختلف فروعها⁽⁵⁶⁾؛ هو الرأي الفقهي الأكثر تلاؤما مع البنية القانونية لهذه الأخيرة، ليس بسبب قابليته لاحتواء كلّ فئاتها فحسب، إنّما أيضا لكونه يحتلّ المركز الوسطي بين مقتضيات الاستقلالية التي تفترضها مثل هذه الهيئات وخصوصية طابعها الإداري.

وعليه، فإنّه بعد ازالة الغموض عن المركز القانوني لسلطة ضبط السّمي البصري، من خلال الإقرار بتبعيتها للنظرية الأمّ -السلطات الإدارية المستقلّة- وتحديد مكانتها كأحد الأجهزة الخاصّة للإدارة المركزية، سيتمّ التعرّض فيما يلي إلى الدور الوظيفي لها. المبحث الثاني: عن تعدّد الأدوار الوظيفية لسلطة ضبط السّمي البصري ومحدودية ممارستها

تتطلب دراسة الجانب الوظيفي لسلطة ضبط السّمي البصري الذي يُعبّر عن ضرورة تكييف مهام الدّولة مع دورها الجديد في ظل سياق اقتصادي يتعلّق بالتحوّل من نموذج تدخلي لآخر يعتمد على لغة المنافسة وحرية السوق، تبيان نمط تدخّلها عبر (المطلب الأوّل)، ثمّ تقدير مدى فعليته في (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: اتّسام نمط تدخّلها بالطابع التنويحي

على الرّغم من سوء استعمال المشرّع للمفاهيم القانونية الخاصّة باليات الضبط، حين فصل صلاحيات سلطة ضبط السّمي البصري الرقابية، الاستشارية، التحكيمية والقمعية عن المجال الضبّطي⁽⁵⁷⁾، الدال في حقيقة الأمر على جميع هذه الصور؛ يُمكن تقسيم صلاحياتها إلى قسمين: غير تنازعية (الفرع الأوّل) وأخرى تنازعية (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: الصلاحيات غير التنازعية

بالموازاة مع مظاهر الاستبدال والحلول الطارئة على مهام السلطة التنفيذية لفائدة سلطات الضبّط المستقلّة، تضطلع سلطة ضبط السّمي البصري إلى جانب مهامها الرقابية على القطاع المعني بها (أولا)، بصلاحيات المساهمة في السّطة التنظيمية (ثانيا).

أولاً/الرقابة على القطاع السّمي البصري: قصد ضمان تحكّم سلطة ضبط السّمي البصري بكل مجريات القطاع الذي تشرف عليه، مكّنها المشرّع من سلطة رقابة ذات نظام دوري ومستمر، تنصب عضويها على كلّ الأشخاص المعنوية التي تستغل خدمة الاتصال السّمي البصري العامة منها والمرخّص لها، وموضوعياً على مدى احترام المطابقة مع القوانين والتنظيمات سارية المفعول، وكذا قواعد الحذر المتعلقة بالحصص الدنيا للإنتاج السّمي البصري⁽⁵⁸⁾.

أما عن الأساليب والوسائل القانونية المتاحة أمام هذه الهيئة لأداء مهمّة الرقابة، فإنّه يُستنتج من عبارة «تجمع كلّ المعلومات الضرورية من الإدارات والهيئات والمؤسسات دون الخضوع لأية حدود غير تلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم...»⁽⁵⁹⁾ أنّه قد تمّ تزويدها بكافة الوسائل التي من شأنها إظهار الحقيقة، وهو ما يتأكد أكثر من خلال الزام صاحب رخصة إنشاء خدمة اتصال سمي بصري مشقّرة بتمكين هذه السلطة من كلّ العناصر التي تسمح لها بالدخول بصفة دائمة إلى مضمون البرامج التي تُبث⁽⁶⁰⁾.

ثانياً/المساهمة في السلطة التنظيمية: إذا كان الاختصاص التنظيمي من حيث الأصل يؤوّل للسلطة التنفيذية⁽⁶¹⁾، فإنّه توجد من ناحية التطبيق أشكال متعدّدة له لدى غيرها من الهيئات الأخرى، كالذي تمارسه الجماعات المحلية في مجال الضبط الإداري، الوزراء بصفتهم رؤساء مصالح في إطار اختصاصهم القطاعي⁽⁶²⁾ والسلطات الإدارية المستقلة التي اعترف لها المشرّع بممارسة هذا الاختصاص⁽⁶³⁾ أو المساهمة فيه مثلما هو كائن لدى سلطة ضبط السّمي البصري التي تحوز -خلافًا للمجلس الأعلى السّمي البصري المخوّل قانوناً بصلاحيّة النطق بقرارات ذات طابع تنظيمي⁽⁶⁴⁾ - دور تشاركي محض في هذا الأخير، وذلك بموجب صلاحيّاتها في تقديم توصيات من أجل ترقية المنافسة في القطاع الذي تُشرف عليه و ابداء آراء أو اقتراحات حول تحديد اتاوات استخدام الترددات الراديوية في الحزمات الممنوحة لخدمة البث الإذاعي⁽⁶⁵⁾.

الفرع الثاني: الصلاحيات التنازعية

تنطوي فكرة الاختصاص التنازعي على الصلاحيات القمعية و/أو التحكيمية التي تمّ اخراجها من المجال الوظيفي للقاضي العادي لفائدة السلّطات الإدارية المستقلّة.

وبالرجوع للهيئة محلّ الدراسة، يتّضح أنّها تجمع بين مظهري هذه الوظيفة من خلال سلطتها في توقيع العقوبات الإدارية المحضّة (أولاً) والتحكيم (ثانياً).

أولاً/توقيع العقوبات الإدارية المحضّة: تُسلّط سلطة ضبط السّمي البصري بعد استنفاد اجراء الاعذار المسبّقة المنصوص عليه بموجب قانون⁽⁶⁶⁾ على مُستغلي خدمة الاتصال السّمي البصري عقوبات إدارية ذات طابع مالي يتراوح مبلغها حسب معيار رقم الأعمال بين اثنين وخمسة بالمائة من رقم الأعمال المحقّق خارج الرسوم، خلال آخر نشاط مغلق محسوب على فترة اثني عشر شهراً. أو حسب معيار الدينار الذي يستوجب ألاّ يتجاوز مبلغها مليوني دينار إذا لم يكن هناك نشاط سابق. وفي حالة استمرار التجاوز رغم العقوبة المالية، يمكن لهذه الهيئة اللجوء للعقوبات التي تستهدف النشاط، وذلك بالتعليق الجزئي أو الكليّ للبرنامج الذي وقع بثّه أو تعليق الرّخصة عن كلّ إخلال غير مرتبط بمحتوى البرنامج لمُدّة شهر واحد كأقصى حدّ⁽⁶⁷⁾. لكن بمناسبة ذكر نظام الرخصة الدال في حقيقة الأمر على الترخيص⁽⁶⁸⁾، لا بدّ من التساؤل إن كانت هذه العقوبات إدارية محضّة أم تأديبية؟

صحيح أنّ وجود معيار العلاقة السّابقة في هذه العقوبات من شأنه أن يُقرّبها من النظام القانوني للعقوبات التأديبية السائدة في القطاع المالي⁽⁶⁹⁾، لما له من ثقل في الكشف عن طبيعة هذه الأخيرة. لكن عدم تضمين التشريع المتعلّق بالنشاط السّمي البصري بما يدلّ على معيار أخلاقيات المهنة، يؤكّد طبيعتها الإدارية المحضّة.

ثانياً/سلطة التحكيم: إذا كان التحكيم التقليدي يرمي إلى تأسيس هيئة حكم بناءً على الإرادة التعاقدية لأطراف النزاع، يؤدي إلى اتّخاذ عمل ذو طبيعة قضائية من طرف المحكّمين الخواص الذين يفصلون في هذا النزاع بصفتهم قضاة⁽⁷⁰⁾، فإنّ التحكيم في قانون الضبط الاقتصادي ينعقد في غنى عن هذا المبدأ التعاقدية الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁷¹⁾ باعتبار أنّ المشرّع هو صاحب الولاية في الاعتراف به لسلطة إدارية مستقلّة من عدمه⁽⁷²⁾، ولعلّ أصدق مثال عن ذلك هو ذكره حصراً في القوانين المتعلّقة بالقطاع البورصي، الكهرباء والغاز، البريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية⁽⁷³⁾ والنشاط السّمي البصري مؤخّراً تحت عنوان تسوية النزاعات⁽⁷⁴⁾، والذي باعتباره نموذجاً لهذا البحث، ينبغي التساؤل عن مدى مطابقته لمحدّدات التحكيم

المقصود في الوظيفة التنازعية، والمتمثلة في وجود النزاع، موضوع النزاع والطابع الإداري للعمل التحكيمي⁽⁷⁵⁾؟

بالنسبة للمحددين الأول والثاني، فإنهما يظهران من خلال تحقُّق هذه الهيئة في كلّ النزاعات التي تثور بين مستغلي خدمة اتّصال سمعي بصري أو بينهم وبين المستعملين بناء على شكاوي صادرة من طرف الجهات المحدّدة قانوناً⁽⁷⁶⁾. وبذلك يكون التحكيم في هذا القطاع -على عكس نظيره في القطاع البورصي الذي تمّ تقييده على تلك النزاعات الناجمة عن تفسير القوانين⁽⁷⁷⁾ - غير خاضع لأيّة حدود موضوعاتية. أمّا بالنسبة للمحدّد الأخير فإنّ الإقرار بالطابع الإداري للهيئة المكلفة بوضعه حيّز النفاذ كفيل أن يؤكّد تصنيفه ضمن أعمال الإدارة عامة والقرارات الإدارية خاصة.

إذا كانت سلطة ضبط السّمي البصري تتقلّد من الناحية النظرية أدوار وظيفية متعدّدة، فإنّه من اللزوم التساؤل عن مدى فعالية ممارستها من الناحية التطبيقية؟

المطب الثاني: محدودية الممارسة الفعلية لصلاحياتها الضبطية

تتجسّد الحدود الواردة على مهام سلطة ضبط السّمي البصري الضبطية، من خلال الاحتفاظ للسلطة التنفيذية بهامش واسع من التّدخل (الفرع الأول، وتكريس مبدأ مشاركة السلطة القضائية في ضبط القطاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمتّع السّلطة التنفيذية بهامش واسع من التّدخل

يُمكن للسلطة التنفيذية أن تتدخّل في الحقل الوظيفي للهيئة محلّ الدراسة عبر مجالين متلازمين، يتعلّق الأول بممارسة الرّقابة على القطاع السّمي البصري (أولاً) والثاني باتّخاذ العقوبات الأكثر شدّة (ثانياً).

أولاً/ في مجال الرّقابة على القطاع السّمي البصري: نتج عن تفويض القانون بموجب نصّ دستوري بمسألة وضع قيود على مبدأ حرّية النشاط السّمي البصري⁽⁷⁸⁾، اخضاع العديد من القطاعات لضوابط الدخول بما فيها القطاع السّمي البصري، وذلك نتيجة تقييد الالتحاق بهذا الأخير على ضرورة استصدار ترخيص من طرف السلطة التنفيذية، أمّا عن دور سلطة ضبط السّمي البصري في هذا المجال فإنّه لا يعدو أن يكون اعداديا في مرحلة تنفيذ اجراء الإعلان عن الترشح، واستشاريا في مرحلة دراسة طلبات تجديد الترخيص⁽⁷⁹⁾.

ثانيا/ في مجال التّطّق بالعقوبات الأكثر شدّة: يُستشف من النصّ على أن «يتمّ سحب الرّخصة المنصوص عليها في أحكام المادتين 102 و103 أعلاه بموجب مرسوم...»⁽⁸⁰⁾، أنّ المشرّع الجزائري قد اعتمد على المعيار العضوي في تحديد الجهة المختصة بتوقيع العقوبات الأكثر شدّة تبعا لمنح السلطة التنفيذية صلاحية سحب التراخيص التي سبق وأن اتّخذتها في الحالات المحدّدة قانونا والتي نذكر منها الحالي الاخلال بمقتضيات الدفاع والأمن الوطنيين والمساس بالنظام العام والآداب العامة⁽⁸¹⁾.

بالإضافة إلى استحواد السلطة التنفيذية على هاتين الوظيفتين، لأبأس من الإشارة في هذا المقام إلى أنّ سلطة ضبط السّمي البصري على الرّغم من الاعتراف لها بالشخصية المعنوية إلّا أنّها لا تمتلك ذمة مالية مستقلة وأهلية التقاضي⁽⁸²⁾.

الفرع الثاني: مشاركة السلطة القضائية في وظيفة الضبط

إن كان للسلطة التنفيذية دور في الحدّ من مهام سلطة ضبط السّمي البصري على النحو المبين سلفا، فإنّه للسلطة القضائية كذلك ضلع في التضييق من المجال الوظيفي لهذه الهيئة جرّاء تولّيها الرّقابة على أعمالها(أولا) واختصاصها في توقيع العقوبات الجزائية على نوع محدّد من المخالفات (ثانيا).

أولا/الرّقابة القضائية على أعمال سلطة ضبط السّمي البصري: إنّ أوّل سؤال يتبادر إلى ذهن القارئ بمناسبة إثارة مسألة الرّقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية المستقلّة محلّ الدراسة يكمن في مدى تعارض ذلك مع استقلاليتها الوظيفية؟ وفقا لما ذهب إليه بعض الكُتّاب بمناسبة تعليقهم على قرار «Retail» الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 10 جويلية 1981، أنّ هذه الهيئات -وسيط الجمهورية- لا تكون مستقلّة إلّا إذا استفادت من نظام الحصانة القضائية، إذ يقول M. Gaudemet في هذا السياق:

« À travers la compétence du juge administratif sur ses actes, c'est la subordination de l'action du second au contrôle du premier qui se réalise... »⁽⁸³⁾.

كما ولقد طرحت ذات الفكرة مرّة أخرى، بشأن المجلس الأعلى للإعلام السّمي البصري من طرف التيار الرّاغب في جعله مؤسّسة مستقلّة تندرج ضمن ما يُعرف بالسلطة الرّابعة، لكنها تبقى دون جدوى نتيجة تبني المجلس الدستوري مسبقا لمبدأ رقابة القضاء

الإداري على أعمال السلطات الإدارية المستقلة حتى في حالات سكوت النص عنه، نظرا لمساس هذا الطرح بدولة القانون مثلما عبّرت عنه M. Teitgen-Colly :

« Celle-ci appelle les plus vives réserves tant elle est en contradiction avec notre histoire marquée depuis la révolution par la progression de l'Etat de droit »⁽⁸⁴⁾.

لهذه الأسباب، على الرغم من أنّ ولاية القضاء الإداري على أعمال سلطة ضبط السّمي البصري تبدو في الظاهر أنّها تحدّد من وظيفتها الضبطية، إلا أنّها في الواقع ضمانة دستورية تتطلّبها أسس دولة القانون⁽⁸⁵⁾.

ثانيا/ إخضاع بعض المخالفات لنظام الردع الجزائي: تُترجم إزالة التجريم في قانون الضبط الاقتصادي بتلك السياسة الرّامية إلى التحوّل من نمط الردع الجزائي لآخر إداري⁽⁸⁶⁾ يسمح للسلطة الإدارية المستقلة المعنية بتطبيقه أن تكون هي الأمر والنهي في مجال المحافظة على النظام القائم على مستوى القطاع الذي تُشرف عليه. فبالتالي أيّ تدخل من طرف جهة أخرى- السلطة القضائية- يتنافى مع التطبيق الكلي لهذه السياسة، وفي المقابل يُعدّ من بين الحدود الواردة على الوظيفة الضبطية لهذه الهيئات عامة وسلطة ضبط السّمي البصري على وجه الخصوص، نتيجة آلية إزالة التجريم الجزئية السائدة في هذا القطاع من خلال أفراد نظام ردي ذي صبغة جزائية لطائفة محدّدة من المخالفات. ومن أمثلة ذلك معاقبة كلّ شخص طبيعي أو معنوي تنازل عن الترخيص دون الحصول على الموافقة المسبقة للسلطة المانحة أو تخلف عن التزامه بتبليغ سلطة ضبط السّمي البصري بأيّ تغيير في الرأسمال الاجتماعي و/أو المساهمة فيه في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ هذا التغيير بغرامة مالية تتراوح من مليون إلى خمسة ملايين دينار⁽⁸⁷⁾. وفي هذا الصدد لا بأس من الإشارة إلى أنّ التشريع المقارن - الفرنسي- أيضا قد أورد حدودا على السلطة القمعية للمجلس الأعلى السّمي البصري بمناسبة تخصيصه بابا مستقلا يحمل عنوان الأحكام الجزائية، والتي تُثبت من خلال استقراء بنودها أنّ المشرّع الفرنسي لم يكتف فقط بالنصّ على الغرامات المالية مثلما هو الحال في الجزائر، بل وصل إلى حدّ منح السلطة القضائية في بعض الحالات، كامل الصلاحيات للنطق بالعقوبات السالبة للحرية⁽⁸⁸⁾.

بذلك، فإنّ الدراسة التطبيقية لصلاحيات سلطة ضبط السّمي البصري المتنوّعة قد أسفرت عن محدودية ممارستها الفعلية بسبب عدم اقضاء السلطة التنفيذية والقضائية من مجالها الوظيفي.

خاتمة

يتّضح جلياً من خلال الدراسة التحليلية للتأطير القانوني لسلطة ضبط السّمي البصري، أنّ المشرّع الجزائري قد بادر بوضع جملة من الآليات بُغية تمكينها من أداء مهامها الضبطية، وذلك من خلال الخوض في تنظيم مسألة الحياد العضوي بإسهاب والسعي إلى الاقرار لها بصلاحيات متنوعة.

غير أنّ عدم قطع الحبل السّري بين هذه الهيئة والسلطات الأخرى، التنفيذية منها والقضائية ليس دون أثر، فهو يدلّ على اعتماد المشرّع تقنية الطابع التزييني⁽⁸⁹⁾ بصدّد سنّ النصوص التأسيسية للسلطات الإدارية المستقلة عامة والسلطة محلّ الدراسة خاصة، وتبقى الحدود الواردة على صلاحياتها الضبطية أفضل دليل على ذلك.

وعلى هذا الأساس، تظهر الضرورة الملحة إلى تدارك المشرّع الجزائري هذا الوضع عن طريق العمل على ارساء دعائم الاستقلالية الخاصة بهذه الهيئة، بداية بمنحها مركز قانوني مُحدّد المعالم، لما له من تأثير مباشر على الممارسة الفعلية لمختلف الأدوار الوظيفية المقرّرة لها.

الهوامش:

(1) بخصوص انشاء هذا المجلس والغائه، أنظر المادة 59 من القانون رقم 07-90، المؤرخ في 30 أبريل 1990، المتعلق بالإعلام، ج.ج.ج. عدد 14، الصادر في 4 أبريل 1990، الملغى جزئياً بالمرسوم التشريعي رقم 13-93، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، ج.ج.ج. عدد 69، الصادر في 27 أكتوبر 1993.

(2) انظر على التوالي المادتين 32 و143 من القانون رقم 10-90، المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ج.ج. عدد 16، الصادر في 18 أبريل 1990، المعدل والمتمم بالأمر 01-01، المؤرخ في 27 فيفري 2001، ج.ج.ج. عدد 14، الصادر في 28 فيفري 2001، (ملغى).

(3) Loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, www.legifrance.gouv.fr/, Consulté le : 04/11/2014.

(4) انظر المادتين 64 و65 من القانون العضوي رقم 05-12، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالإعلام، ج.ج.ج. عدد 2، الصادر في 15 جانفي 2012.

(5) قانون رقم 04-14، مؤرّخ في 24 فيفري 2014، يتعلّق بالنشاط السمي البصري، ج.ج.ج. عدد 16، صادر في 23 مارس 2014.

(6) تنص المادة 48 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج. ر. ج. ج. عدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر. ج. ج. عدد 25، الصادر في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر. ج. ج. عدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، ج. ر. ج. ج. عدد 14، صادر في 7 مارس 2016، على ماييلي: « حريات التعبير مضمونة للمواطن » .

(7) « *Objet juridique non identifié* ». LETTERON Roseline, Libertés publiques, 9ème édition, Coll. Précis, Dalloz, Paris, 2012, p.131.

(8) راجع في هذا الصدد، بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2007، ص ص. 8-23.

(9) عیدن رزيقة، الاختصاص التأديبي للسلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الهياكل العمومية والحوكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص. 19.

(10) انظر المادتين 40 و64 من القانون العضوي رقم 12-05، المتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

(11) « *Le terme autorité exclut les entités purement consultatives* ». DUMONT Clémence, Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une autorité de régulation indépendante, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, N° 9-10, 2010, p. 23.

(12) Sur la question des nouvelles formes d'intervention de l'Etat ; V. ZOUAÏMIA Rachid, «De l'État interventionniste à l'État régulateur: l'exemple algérien », *Revue critique de droit et sciences politiques*, N°1, 2008, pp. 7-41.

(13) سيتم التعرُّض إلى مختلف هذه الصلاحيات بالتفصيل في المطلب الأول، من المبحث الثاني.

(14) « *L'autorité est la possibilité d'agir sans faire de compromis* ». KOJEVE Alexandre, La notion de l'autorité, Coll. Bibliothèque des Idées, Editions Gallimard, Paris, 2004, p. 59.

(15) AUTIN Jean-Louis, «Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, N°5, 2010, p. 878.

(16) Sur la question du pouvoir de tutelle et du pouvoir hiérarchique; V. ZOUAÏMIA Rachid et ROUAULT Marie Christine, *Droit administratif*, Editions Berti, Alger, 2009, pp. 98-107.

(17) من أجل معرفة التشكيلة العضوية لهذه الهيئة، انظر المادة 57 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمي البصري، مرجع سابق.

(18) انظر المادة 60 من المرجع نفسه.

(19) انظر المواد: 68، 69، 70 و85 من المرجع نفسه.

(20) Commission Europe, Rapport des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attributions répressives, Paris, 2012, www.leclubdesjuristes.com. Consulté le : 27/03/2014, p.11.

(21) ZOUAÏMIA Rachid, «Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes», *Revue académique de la recherche juridique*, N° 1, 2013, p. 6.

(22) انظر المادتين 64 و65 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمي البصري، مرجع سابق.

(23) انظر المادة 61 من المرجع نفسه.

(24) انظر المادة 2 من الأمر رقم 07-01، المؤرخ في 1 مارس 2007، المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج. ر. ج. ج. عدد 16، الصادر في 7 مارس 2007.

(25) انظر المادة 4 من المرجع نفسه.

(26) للاستزادة حول موضوع القضاء الإداري المتخصّص، عد إلى:

LABETOULLE Daniel, « L'avenir du dualisme juridictionnel: point de vue d'un juge administratif », AJDA, N° 32, 2005, p.1770.

(27) انظر المادة 171 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق.

(28) V. PERROUD Thomas, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2013, p.8, 11, 13, 18 et 19.

(29) تنصّ المادة 3/55 من القانون رقم 04-14، المتعلّق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق، على أنّه: «...تبدي رأيها بطلب من أية جهة قضائية في كلّ نزاع يتعلّق بممارسة النشاط السمعي البصري».

(30) المادة 2/105 من المرجع نفسه.

(31) HERVIEU Meryll, Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2012, p. 577.

(32) ZOUAÏMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Editions Belkeise, Alger, 2012, p. 130.

(33) للاستزادة حول هذا الموضوع، عد إلى: عيدين رزيقة، مرجع سابق، ص ص. 27-29.

(34) V. ZOUAÏMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Op.cit., pp.59- 84.

(35) انظر على سبيل المثال، المادة 38 من القانون رقم 14- 05، المؤرخ في 24 فيفري 2014، المتضمن قانون المناجم، ج. ج. ج عدد 18، الصادر في 30 مارس 2014.

(36) ZOUAÏMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendante face aux exigences de la gouvernance, Editions Belkeise, Alger, 2013, p. 61.

(37) مثلما أثار هذا التكييف أستاذنا الفاضل زوايمية رشيد في الكثير من المناسبات.

(38) Le Conseil supérieur de l'audiovisuel après avoir été qualifié par l'article 3-1 de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, comme « autorité indépendante... » ; Est devenu à l'occasion de la modification de cet article par la loi n°2013-1028, du 15 novembre 2013, une « autorité publique indépendante ».

(39) V. DELAUNAY Benoit, « Les autorités constitutionnelles indépendantes, autorités administratives », AJDA, N°15, 2011, p. 817.

(40) Consultez le site : www.legifrance.gouv.fr/.

(41) CAPITANT Henri (Association), La personnalité morale, Coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, Paris, 2010, p. 17, 23-26.

(42) LINOTTE Didier, « L'autorité des marchés financiers précurseur d'une évolution? », AJDA, N° 38, 2003, p.2001

(43) « La personnalité juridique...permettrait peut-être de mieux garantir l'indépendance des AAI ». CAPITANT Henri (Association), Op.cit., p.22.

(44) DEGOFFE Michel, «Les autorités publiques indépendantes», AJDA, N°12, 2008, pp. 622-629.

(45) انظر مثلا نصّ المادة 54 من القانون رقم 04-14، المتعلّق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(46) GJIDARA Marc, « Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes », www.pravst.hr/, p.271. Consulté le : 03/11/2014.

(47) GOHIN Olivier, Les institutions administratives indépendantes, 4ème édition, LGDJ, Paris, 2002, p. 233.

(48) « La confusion entre autorités de régulation et services centraux a compétence nationale », Citée par: BARKAT Djouhra, «Les autorités de régulation indépendantes en Algérie : un autre mode de contrôle?», Actes du Colloque National sur les autorités administratives indépendantes en Algérie, Faculté de droit et sciences politiques, Université de 8 mai 1945 Guelma, 13-14 novembre 2012, p. 196.

(49) « Les autorités administratives centrales indépendantes ». CHAPUS René, L'administration et son juge, PUF, Paris, 1999, p. 206.

(50) انظر على سبيل المثال المواد، 84، 91، 92 و93 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق.

(51) TERNEYRE Philippe, « La compétence du juge administratif », AJDA, N°9, 2000, p. 700.

(52) DEGOFTE Michel, Op.cit., p. 627.

(53) ZOUAÏMIA Rachid, « Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien », Revue Idara, N° 29, 2005, p. 16.

(54) LINOTTE Didier, « L'autorité des marchés financiers précurseur d'une évolution? », AJDA, N° 38, 2003, p.2002.

(55) GUETTIER CHRISTOPHE, Institutions administratives, 5ème édition, Dalloz, Paris, 2010, p. 8.

(56) ZOUAÏMIA Rachid et ROUAULT Marie Christine, Op.cit., p. 114.

(57) انظر في هذا السياق عناوين التقسيمات التي أوردها المادة 55 من القانون رقم 04-14، المتعلق بالنشاط السمي البصري، مرجع سابق.

(58) انظر المادتين 3 و 2/55 من المرجع نفسه.

(59) المادة 2/55 من المرجع نفسه.

(60) انظر المادة 39 من المرجع نفسه.

(61) انظر المادة 143 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق.

(62) بوجمليين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص.106.

(63) ZOUAÏMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendante face aux exigences de la gouvernance, Op.cit., p.94.

(64) « Celles des décisions du conseil ... qui présentent un caractère réglementaire ». Art. 6 de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, Op.cit.

(65) انظر المادة 3/55 من القانون رقم 04-14، المتعلق بالنشاط السمي البصري، مرجع سابق.

(66) انظر المواد 98.99 و 103 من المرجع نفسه.

(67) انظر المادتين 100 و 101 من المرجع نفسه.

(68) V. Art. 20 de la loi n° 14-04, du 24 février 2014, relative à l'activité audiovisuelle, JORADP. n° 16, du 23 mars 2014.

(69) لتفاصيل أكثر حول هذه النقطة، ارجع إلى: عیدن رزيقة، مرجع سابق.

(70) ZOUAÏMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendante face aux exigences de la gouvernance, Op.cit., p. 144.

(71) انظر المادتين 1007 و 1011 من القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ج. ج. عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

(72) «...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». ZOUAÏMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendante face aux exigences de la gouvernance, Op.cit., p. 145.

(73) انظر حسب الترتيب، المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة،

ج. ج. ج. عدد 34، الصادر في 23 ماي 1993، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-10، المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج. ج. ر.

ج. ج. عدد 03، الصادر في 14 جانفي 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03-04، المؤرخ في 17 فيفري 2003، ج. ج. ر.

ج. ج. عدد 11، الصادر في 19 فيفري 2003، (استدراك فيج. ج. ج. عدد 32، الصادر في 7 ماي 2003)؛ قانون رقم

01-02، مؤرخ في 5 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج. ج. ج. عدد 8، صادر في 6

فيفري 2002؛ قانون رقم 03-2000، مؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المطبقة على البريد والمواصلات

- السلكية واللاسلكية، ج. ر. ج. عدد 48، صادر في 6 أوت 2000، معدّل ومتمم بالقانون رقم 06-24، مؤرّخ في 26 ديسمبر 2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج. ر. ج. عدد 85، صادر في 27 ديسمبر 2006.
- ⁽⁷⁴⁾ انظر المادة 4/55 من القانون رقم 04-14، المتعلّق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.
- ⁽⁷⁵⁾ PERROUD Thomas, Op.cit., p.377.
- ⁽⁷⁶⁾ راجع المادة 4/55 من القانون رقم 04-14، المتعلّق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.
- ⁽⁷⁷⁾ انظر المادة 52 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.
- ⁽⁷⁸⁾ انظر المادة 3/50 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق.
- ⁽⁷⁹⁾ انظر المواد: 22، 25 و28 من القانون رقم 04-14، المتعلّق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.
- ⁽⁸⁰⁾ المادة 104 من المرجع نفسه.
- ⁽⁸¹⁾ انظر المادتين 102 و103 من المرجع نفسه.
- ⁽⁸²⁾ انظر المادتين 73 و76 من المرجع نفسه.
- ⁽⁸³⁾ HERVIEU Merryll, Op.cit., p.569.
- ⁽⁸⁴⁾ Ibid., p.569 et 570.
- ⁽⁸⁵⁾ انظر المادة 161 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق.
- ⁽⁸⁶⁾ SAINTOURENS Bernard (S/dir.), *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, Litec, Paris, 2009, p. 92.
- ⁽⁸⁷⁾ انظر المادتين 108 و109 من القانون رقم 04-14، المتعلّق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.
- ⁽⁸⁸⁾ Art.71 de la loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, Op.cit.
- ⁽⁸⁹⁾ Sur la question, v. ALLOUI Farida, «Le caractère décoratif des autorités administratives indépendantes », Actes du Colloque National sur les autorités de régulation indépendantes en matière économique et financière, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Université de Bejaia, 23-24 mai 2007, pp. 37-53.

نظام الإخضاع الضريبي لمداخيل الأسهم والسندات المسعرة بالبورصة مقاربة قانونية*

KANDLI Ramdane, M A "A"
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tahri Mohamed, Béchar

قندلي رمضان، أستاذ مساعد "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة محمد طاهري بشار.

الملخص:

لقد انضمت الدولة الجزائرية إلى عديد الاتفاقيات الدولية كلها مستفاداً من الاتفاقية النموذج (l'OCDE) والتي تقرر كأصل عام، مفهوم المقر الجبائي، وقواعد الضم أو الإلحاق للمداخيل، وأخيراً طرق حساب الضريبة. بحيث قام المشرع الجزائري بتفعيل محتوى الاتفاقية هذا ضمن النظام الجبائي الجزائري ابتغاء رصد مجموعة نصوص قانونية كفيلة بتحديد كفاءات الإخضاع الضريبي للأسهم والسندات المسعرة بالبورصة، وهو ما سيتم التطرق إليه خلال هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية:

المداخيل، ربوع الأسهم، السندات، اقتطاع من المصدر، جدول تصاعدي، القرض الجبائي.

Income taxation regime of stock exchange's Shares and bonds

Abstract:

Amid the OESCD's attractive tax arrangement that aims at defining tax domicile, income linkage rules and tax calculation methods, Algeria has signed many agreements which have been inspired mainly from those put by the OECD. The purpose envisaged through these agreements is to build up the state's own tax legislation, and to elaborate a regime for stock exchange's shares and bonds.

That's what we are going to tackle in this paper

Key words:

Revenues, dividends, bonds, pay as you earn deduction, progressive scale, tax rebate.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/06/22 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/11/10 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Le régime d'imposition des revenus des actions et des titres cotés en bourse Approche juridique

Résumé :

Dans le cadre du dispositif mis en place par l'organisation de coopération et de développement économique, qui vise la définition de la résidence fiscale, les règles de rattachement des revenus et les méthodes de calcul de l'impôt, l'Algérie a adhéré à plusieurs conventions qui s'inspirent essentiellement des cadres de l'OCDE. Ces adhésions ont pour objectif d'instaurer une législation fiscale propre aux actions et titres cotés en bourse.

Mots clés :

Droit fiscal international, revenus, dividendes, titres, retenu à la source, barème progressif, crédit d'impôt.

مقدمة

تمثل الورقة المالية صك ملكية كالأسهم أو مديونية كالسندات وهي أدوات لجذب المستثمرين لما تحققه من عوائد ومداخيل، بحيث أنه وبفضل خاصية التداول واشتراط قيدها في البورصة قبل إجراء التعامل بها بواسطة الوسطاء، أضحت هذه الأخيرة سلعة تباع وتشتري في البورصة عن طريق التسعيرة الرسمية⁽¹⁾، التي تنشرها لجان تسعيرة البورصة كوثيقة أصلية في كل جلسة. ابتغاء المحافظة على مستوى الأوراق المالية الموضوعة للتداول وضمانة للمتعاملين بها⁽²⁾، ليتم شطب تلك التي لم تستوف الشروط المقررة لقبولها، أو اشهار إفلاس الشركة ذات الشأن من جدول الأسعار بناء على قرار لجنة البورصة⁽³⁾. فالبورصة إذن المرآة الحقيقية التي تعكس الحالة الاقتصادية ومدى نجاح السياسة المالية ومظهر من مظاهر التقدم الحضاري والثقافي، لذلك بات إنشاؤها من المسائل المتعلقة بالنظام العام⁽⁴⁾. فهي تهدف من حيث الأساس إلى توفير الأموال والمدخرات اللازمة للمشروعات الاستثمارية عن طريق تغطية إصدارات الشركة المساهمة من جهة، وتحقيق السيولة وسرعة التداول بما يتوافق ورغبات المستثمرين وحملة الأسهم من جهة أخرى⁽⁵⁾.

وتعدّ الضرائب هي الأخرى قاسما مشتركا لموارد موازنات غالبية الدول- وإن اختلفت أهميتها النسبية من دولة إلى أخرى-، فعادة ما تكون محور اهتمام يهدف إلى الوقوف على كيفية تأثيرها على أسواق رأس المال⁽⁶⁾. وإن كان الكثير من رجال الأعمال يرون أنّ الضرائب لا تمثل إلا شكلا من أشكال الاستغلال المشروع للدولة، بحيث تمس بالحريتين الأكثر قدسية ألا وهما: حرية العمل وحرية المقابلة⁽⁷⁾. غير أنّ الضرائب بطبيعة

الحال وسيلة الدولة في مواجهة الاحتياجات العامة لجميع المواطنين، وتوجيهها لأنشطة الشركات لتشجيعها على الاستثمار في قطاع أو في منطقة جغرافية ما. وبالنتيجة يؤدي هذا إلى القول بأن القانون الجبائي ليس وسيلة لخدمة السلطة العامة والمتعاملين الاقتصاديين فقط بقدر ما هو توضيح للنظام الاقتصادي والسياسي للدولة⁽⁸⁾. غير أن الحكومة قد تلجأ وبغية تشجيع وجلب الاستثمار في موازنة ميزانية الدولة، إلى انتهاج سياسة جبائية تتسم بالإعفاء أو بتخفيض معدل الضريبة على أرباح كافة المنشآت. وهو ما من شأنه أن يترك أثرا إيجابيا على أرباحها الصافية، بحيث يترتب عليه تباعا؛ ارتفاع أسعار الأسهم بصفة عامة وتقلص في موارد موازنة الدولة كأثار سلبية جراء تخفيض الضريبة، الشيء الذي قد يضطرها للجوء إلى التمويل بالعجز⁽⁹⁾.

فالتطور الذي عرفه القانون الجبائي الوطني، لا يمكن فهمه إلا من خلال مرجعية القانون المقارن، فعندما تقوم الدولة بإصدار قاعدة قانونية ضد التعسف من أجل حماية المال العام وجب اتباعها، لأنّ عملية انتقال النماذج الجبائية حقيقة أيضا وجب تفسيرها ضمن إطار واسع للقانون الجزائري. وعلى النقيض من ذلك قد يحصل وأن تقوم الدولة بتشديد سياستها الجبائية، رغبة منها للدسعي لجعل قانونها أكثر فعالية يدفع جيرانها إلى احترامه. فالى أي مدى استطاع المشرع الجزائري إخضاع المعاملات في بورصة القيم المنقولة لقواعد النظام الجبائي؟

المبحث الأول: الضريبة على ربوع الأسهم

يعكس السوق الكفاء سعر السهم وكافة المعلومات المتاحة عن المنشأة التي أصدرته، بما يعني أنّ قيمته السوقية هي قيمة عادلة تعكس قيمته الحقيقية؛ حيث يحقق السهم عائدا يكفي لتعويض المستثمر عما ينضوي عليه الاستثمار في ذلك السهم من مخاطر⁽¹⁰⁾. لما كان السهم أحد أدوات جذب المستثمرين فإنه يعطي لحامله حقوق الملكية التي تتضمن القيمة الاسمية للسهم المكتتب فيه، علاوة الإصدار إن وجدت، إضافة إلى الاحتياطات والأرباح⁽¹¹⁾. وعليه فإنّ الإخضاع الضريبي لربوع الأسهم يتضح من خلال الآليات والميكانيزمات الضريبية (المطلب أول)، وتحديد المنتجات الخاضعة للضريبة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ميكانيزمات الإخضاع الضريبي

إن الآلية التي اعتمدها المشرع الجزائري والفرنسي فيما يتعلق بنظام الإخضاع الضريبي لريوع الأسهم، هو خضوعها كأصل عام إلى اقتطاع من المصدر وفق جدول تصاعدي للضريبة على الدخل حالة ما تعد هذه الأخيرة أجرا⁽¹²⁾ (فرع أول)، بالإضافة إلى أنها تحتل اقتطاعات اجتماعية تحسب على المبلغ الإجمالي قبل خصم الأعباء والمصاريف والتخفيض الضريبي (فرع ثان).

الفرع الأول: الضريبة على الدخل

تخضع ريوع الأسهم كأصل عام إلى الاقتطاع من المصدر⁽¹³⁾، حسب المادة 60 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، بحيث يحدّد المعدل وفقا لجدول تصاعدي (barème progressif) للضريبة على الدخل الإجمالي (L'IRG)، حسب ما قضت به المادة 104 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة ضمن فئة مداخيل رؤوس الأموال المنقولة، بعد⁽¹⁴⁾:

- تطبيق تخفيض ضريبي بنسبة 40 % محررة من الضريبة (حالة ما يكون الربع أجرا)؛
- اقتطاع (Déduction) المصاريف والأعباء المستند إليها في اقتناء وحفظ المداخيل (المادة 168 و المادة 67 من ق ض م ب و ر م)؛
- تطبيق تخفيض سنوي محدد ثابت حسب الجدول المنصوص عليه بالمادة 104 من قانون الضرائب والرسوم المماثلة كالتالي:

نسبة الضريبة	قسط الدخل الخاضع للضريبة
0 %	لا يتجاوز 12.000 دج
20 %	120.000 إلى 360.000 دج
30 %	360.000 إلى 440.000 دج
35 %	أكثر من 1.440.00

وزيادة على ذلك فإن ريوع الأسهم تمنح الحق في قرض جبائي مساو لمبلغ الاقتطاع (المادة 106 ق ض م و ر م). كما يمكن أن تخضع لخيار أو لانتقاء (option) (المادة 45 فقرة 3 و 4)، ولاقتطاع جزافي كذلك محرر من الضريبة لغير المقيمين

بالجزائر بنسبة 15% (prélèvement forfaitaire libérateur) ونسبة 10% كخيار أو انتقاء محتفظ به للأشخاص الطبيعيين المقيمين بالجزائر.

الفرع الثاني: الاقتطاعات الاجتماعية

تحتل ريعو الأسهم بالإضافة للضريبة على الدخل، لنسبة مقدرة ب 10% محررة من ضريبة الاقتطاعات الاجتماعية، يتم حسابها على المبلغ الصافي للريع، بمعنى: قبل خصم المصاريف والأعباء. كما تخضع كذلك وفي ظل وجود تخفيضات ضريبية لاقتطاعات اجتماعية من المداخيل القابلة للاقتطاع. وسواء أختار المكلف بالضريبة الاقتطاعات الجزافية المحررة من الضريبة أو لم يختارها، فإنه يتم تغطيتها (الاقتطاعات) في المصدر من خلال تأسيس مسير للحساب الجاري للسندات (compte-titre teneur du) بالجزائر⁽¹⁵⁾. على أن يتم هذا تزامنا مع الاقتطاع الجزافي التحريري حالة الخيار لهذا الأخير، أو في تاريخ قبض ريعو الأسهم من قبل المكلف بالضريبة من خلال الاقتطاع من المصدر⁽¹⁶⁾.

أما حالة ما تخضع ريعو الأسهم لجدول تصاعدي للضريبة على الدخل (L'IRG)، فإنه يتم خصم جزء من المساهمة الاجتماعية العامة (contribution sociale généralisé) خلال السنة التي تم فيها التصريح بريعو الأسهم. بحيث يتم حساب المبلغ الواجب خصمه بصفة آلية من الإدارة الجبائية؛ بالنظر إلى العناصر التي ذكرها المكلف بالضريبة في تصريحه بالدخل. أما عند انتقائه للاقتطاع الجزافي التحريري، فإنه لا يتم خصم المساهمة الاجتماعية العامة خلال السنة المالية. على أن لا تستفيد من التخفيض الذي يتم تغطيته عن طريق الإخضاع للجدول العام السنوي (rôle général) أثناء التسوية الجبائية للمكلف بالضريبة، الاقتطاعات الاجتماعية التي تتم بمناسبة ريعو الأسهم المدفوعة من قبل الشركة المسيرة للحساب خارج الجزائر⁽¹⁷⁾.

المطلب الثاني: المنتجات الخاضعة للضريبة

يعدّ مفهوم الدخل أكثر اتساعا من مفهوم ريعو الأسهم⁽¹⁸⁾، لكنه وبعيدا عن هاته الأخيرة وتوزيعات أخرى ناتجة عن قرار هيئات مختصة للشركة، فإنها تعتبر من الناحية الجبائية، وكأنها موزعة؛ جميع الأرباح أو المنتجات التي لم يتم الاحتفاظ بها أو تم إدراجها في رأس المال⁽¹⁹⁾. بالإضافة إلى كل المبالغ أو القيم التي وضعت تحت تصرف

المساهمين ولم يتم اقتطاعها من على الأرباح (المادة 46 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة ولها ثمانية (08) حالات)⁽²⁰⁾.

أما مداخيل رؤوس الأموال المنقولة التي لا تتلاءم ومفهوم ريع الأسهم (أجور، أو امتيازات سرية أو خفية، المداخيل الموزعة بعد تعديل نتائج الشركة) فإنها لا تستفيد من التخفيض الضريبي ولا من التخفيض السنوي الثابت (l'abattement fixe annuel). فمن أجل حساب الضريبة على الدخل، نجدها مضروبة في معامل 1.25 مع تطبيق الزيادة المقدرة ب 25% لأجل حساب الاقتطاعات الاجتماعية كغرامة جبائية نتيجة عدم التصريح بها (المادة 164 ق ض م و ر م). لذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع رئيسية كما هوأت:

الفرع الأول: ريع الأسهم

تخضع ريع الأسهم المدفوعة من الشركة للضريبة على أرباح الشركات (IBS) سنة دفعها، باسم الشخص الذي استلمها بداية من تاريخ دفعها، سواء أكانت نقدية (numéraire) أو عن طريق أسهم، أو تم تسجيلها كقرض على حساب المساهم (credit du compte)، مهما كانت المبالغ التي تم فعلياً اقتطاعها⁽²¹⁾. وهو ما تم تأكيده بمقتضى المادة 150 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المعدلة بموجب المادة 12 من قانون المالية 2015 التي أخضعت جميع الأنشطة لنسبة موحدة تقدر ب 23%⁽²²⁾.

ومن أجل الحصول على أمر الدفع النقدي (ordre au comptant)، حالة ما يتم دفع ريع الأسهم ما بين تنفيذ أمر الشراء (يوم) وعند عقد الصفقة (يوم زائد 3)، فإن المشتري يعتبر كمساهم من اليوم الذي تم فيه تنفيذ الأمر من أجل تطبيق التخفيض الضريبي والتخفيض السنوي الثابت، بالرغم من أن نقل الملكية لا يتم في الوقت الذي تنعقد فيه الصفقات⁽²³⁾.

أما بالنسبة للأمر مع التسديد لأجل (ordre avec service à règlement différé) فإنه وفي حالة وجود تدخل مفصلي لريوع الأسهم بين يوم التفاوض والتصفية، تطبق القواعد كالآتي:

- إنَّ بدل التعويض المدفوع للمشتري يتم تحليله جباييا كتصحيح لسعر الشراء الموجه لاستيعاب تسليم منفصل لريع السند: لأن هذا لا يؤسس نقل للقسيمة البائع، وبالتالي فهو غير خاضع للضريبة كمثل دخل فوائض القيم عند إعادة بيع السهم؛

- يخضع البائع للضريبة على مبلغ ريع السهم حالة حيازته للسند في المحفظة وقت فصل ريع السهم. وفي المقابل، وجب أن يدفع بدل تعويض للمشتري بمبلغ مساو للمبلغ الصافي لريع السهم، وهو مبلغ آت من انتقاصه من سعر بيع السند لأجل تحديد فوائض القيم الخاضعة للضريبة على فوائض القيم⁽²⁴⁾. علما من أنَّ هناك بعض الحالات التي وجب تمييزها وهي:

1/دمج الأرباح أو الاحتياطات في رأس المال: لا يعتبر التوزيع المجاني المتتالي أو المتعاقب للأسهم من أجل دمج الأرباح أو الاحتياطات في رأس المال توزيعا للدخل، فهي عملية معفاة من الضريبة على الدخل⁽²⁵⁾.

2/التوزيع المرتبط بتخفيض رأس المال: وهي ثمانية (08) حالات السابق ذكرها في المادة 46 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، فعندما يترجم تخفيض رأس المال إلى توزيع لمصلحة المساهمين، فإنَّ المبالغ الموزعة تخضع مبدئيا للضريبة. ذلك أنَّها موجهة في طبيعتها لسداد حصص المساهمات أو لعلاوات الإصدار (primes d'émission). وبالتالي يمكن أن لا تخضع للضريبة، شريطة أن تكون جميع الأرباح والاحتياطات وأخرى غير الاحتياطات القانونية قد تم توزيعها أو تقسيمها قبلا ومسبقا. وهو ما تم تأكيده بمقتضى المادة 49 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة التي نصت على أن: «المبالغ التي تكتسي بالنسبة للشركاء أو حاملي الأسهم طابعا تسديديا لمساهماتهم أو لعلاوات الإصدار. غير أنَّ التوزيع لا يكتسي هذا الطابع، إلا إذا سبق توزيع كل الأرباح والاحتياطات ما عدا الاحتياطات القانوني...». وبهذا الصدد لا تعتبر مساهمات:

- الاحتياطات المدرجة في رأس المال،

- المبالغ المدرجة في رأس المال، أو في الاحتياطات (مكافآت الاندماج) عند اندماج شركتين.

3/إعادة شراء الشركة لسنداتها: عندما لا تتم عملية إعادة الشراء مرة ثانية بدافع الخسارة، لا بد من إقامة التفرقة ما بين الضريبة على الدخل الموزع والربح المحقق.

ويعتبر جزء السعر الملحق بالأرباح الموزعة وكذا الاحتياطات كمثل الدخل الذي تم توزيعه على الشركاء، كما أن القسم الملحق على المساهمات لا يؤسس بأي شكل من الأشكال دخلاً⁽²⁶⁾. أما بالنسبة للمستفيدين من الأشخاص الطبيعيين، فإنّ الضريبة محددة بفائض تسديد الحقوق الاجتماعية التي تم استبعادها أو إلغاؤها من على:

- مبلغ المساهمات المتضمن في السندات التي أعيد شراؤها ثانية؛

- سعر أو قيمة الحصول على هذه الحقوق إذا كان أعلى.

ويؤسس الفرق بين سعر إعادة شراء السندات ثانية وقيمتها أو سعر الحصول عليها المنقوص من مبلغ الدخل الموزع، فائضا للقيمة يخضع لنظام فوائض القيم الناتجة عن التنازل الكلي أو الجزئي للقيم المنقولة. ومن أجل تقدير العتبة السنوية لنقل أو لتحويل الملكية، فإنه يجب إضافة مبلغ نقل الملكية المحقق من نفس السنة، إلى مبلغ الدخل الموزع الخاضع للضريبة، منقوص منه مبلغ سعر إعادة شراء السندات⁽²⁷⁾.

أما إذا تمت عملية إعادة الشراء وفقا لإجراءات أخرى (كإسناد أسهم الشركة للأجراء ضمن إطار مخطط إعادة شراء الأسهم)، فإن المبالغ والقيم المسندة للشركاء تخضع لنظام فوائض القيم لنقل قيم منقولة، وهو ما ذهبت إلى تأكيده المادة 172 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة التي تقضي بأن: «خلافًا لأحكام المادة 1-140، تخضع للضريبة فوائض القيم الناتجة عن التنازل عن الأملاك التي هي جزء من الأصول المثبتة، حسبما كانت قصيرة أو طويلة الأمد، تطبيقًا للمادة 173...».

4/ استهلاك رأس المال: عندما تقوم الشركة بسداد أسهم أو حصص اجتماعية من خلال اقتطاع على الاحتياطات دونما الإنقاص من رأس المال، فإنّ المبالغ المتطابقة تعتبر مثل مداخيل موزعة. وفي هذا الصدد تنص المادة 88 ف/02 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة بأنه: «...إنّ التوزيعات التي تنتج في وقت لاحق عن توزيع الأرباح والاحتياطات (منح الدمج) بمناسبة دمج شركات أو عمليات مماثلة لها، تدرج في أسس الضريبة على الدخل...»⁽²⁸⁾.

5/ علاوة التصفية: في حالة حل الشركة، فإنّ جميع المبالغ المخصصة للشركاء التي تتجاوز مبلغ مساهماتهم الحقيقية (علاوة التصفية) هي خاضعة مبدئيا للضريبة على

أساس أتمها مداخيل موزعة بخلاف تلك التي تماثل سداد مبلغ مساهماتهم، وغير الخاضعة للضريبة على الدخل. أما علاوة التصفية التي هي بين أيدي الشركاء فإنها تخضع لضريبة مساوية للفرق بين المبلغ الساري الصافي (montant de l'actif) ومبلغ المساهمات الحقيقية أو المساوية. لكنه وبالنسبة للشركاء الذين تحصلوا على حقوقهم الاجتماعية بمناسبة الشركة بسعر يفوق مبلغ المساهمة، فإن الضريبة محددة بالفرق ما بين المبالغ المقسمة باسم علاوة التصفية وسعر اكتساب الحقوق الاجتماعية⁽²⁹⁾.

ولكن إذا ما تسببت تصفية الشركة في إحداث خسارة بالنسبة للشركاء (كعدم تسديد لكل أو جزء من مساهماتهم)، فإنّه من غير المعقول إلحاق هاته الخسارة بدخل الشركاء الخاضع للضريبة⁽³⁰⁾. فهي حواصل لا تكتسي طابع مداخيل موزعة نتيجة تصفية شركة ما عندما:

- تمثل تسديدا للمساهمات،
- تطبق على المبالغ والقيم التي فرضت عليها الضريبة على الدخل الإجمالي خلال حياة الشركة.

الفرع الثاني: الضريبة على أساس جدول تصاعدي

يخضع مبلغ ريعو الأسهم للضريبة على جدول تصاعدي كلما اعتبر أجرا، انطلاقا من التخفيض المقدر نسبته بـ 10% بعد خصم الأعباء والتكاليف، وأخيرا تطبيق التخفيض السنوي الثابت. وهو ما سنتناوله بالدراسة في البنود التالية:

البند الأول/التخفيض بنسبة 10%: يطبق التخفيض المقدر بنسبة 10% على المداخيل المدفوعة من الشركات الجزائرية؛ أو في دولة أو إقليم أبرم مع الجزائر اتفاقية جبائية. كما تخضع إلى اقتطاع قدره 50% إيرادات سندات الصندوق غير الاسمية ولحاملا بالنسبة للضريبة على الدخل الإجمالي والضريبة على أرباح الشركات. وتكون هذه الشركات عرضة لتطبيق الضريبة على الشركات (أو ضريبة مماثلة)، حتى ولو كانت معفاة بحكم بعض الأحكام الخاصة (بما في ذلك ريعو الأسهم المدفوعة من قبل الشركات المستثمرة في العقارات المسعرة التي تفتح الحق في التخفيض)، علما أنّ مبلغ التخفيض لا يكون مرتفعا⁽³¹⁾.

ويشمل مجال تطبيق التخفيض المقدر بـ 10% جميع المداخيل الموزعة بقرارات قانونية من هيئات مختصة: ريع أسهم، تسبيق على ريع الأسهم، توزيع مقرر حالة إعادة شراء السندات، التخفيض في رأسمال أو تصفية شركة. على أن لا تستفيد المداخيل الموزعة من قبل شركات لا تملك مقرا اجتماعيا بإقليم احدى الدول التي لا ترتبط باتفاقية جبائية تتضمن شروط المساعدة الإدارية (assistance administrative) مع الجزائر، الحق في التخفيض الضريبي⁽³²⁾.

البند الثاني/الأعباء والتكاليف المخصومة: يمكن للمكلف بالضريبة أن يخصم من مبلغ ريع الأسهم المصرح بها حقوق الاحتفاظ بالأسهم في المحفظة من المبلغ الحقيقي المبرر، بالإضافة إلى أعباء قبض أو استلام ريع الأسهم، في ظل غياب أية إمكانية للتخفيض الجزافي. أما بالنسبة للأجور المدفوعة للموكل في حالة التسيير بوكالة للمحفظة، فإنه وجب أن يتم خصمها هي الأخرى، متى اعتبرت بأنها مسددة أساسا لمداخيل المحفظة وليس لتكوين رأس المال⁽³³⁾. على أن لا يتم خصم أعباء السمسرة، أو أرباح السلفة المبرمة من أجل امتلاك سندات وكذا أعباء الاشتراك في مجالات مالية⁽³⁴⁾. (المادة 141 و 168 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة).

البند الثالث/التخفيض السنوي الثابت: ويبدأ من تحديد مبلغ التخفيض وكيفيات التطبيق إلى الحق في القرض الضريبي أخيرا:

1/ مبلغ التخفيض، تستفيد ريع الأسهم من تخفيض نسبي من الضريبة الإجمالية يساوي نسبة 40%، على أن لا يقل التخفيض عن 12.000 دج سنويا أو يزيد عن 18.000 دج سنويا (أي بين 1000 دج و 1500 دج سنويا المرتبات والأجور)⁽³⁵⁾.

- يطبق التخفيض السنوي الثابت عموما على جميع المداخيل الموزعة التي كانت هدف التخفيض المقدر بنسبة 40% بما في ذلك المداخيل الموزعة من قبل الشركات الأجنبية.

- يطبق التخفيض السنوي الثابت كذلك على الأشخاص الحاصلين على نسبة من الحقوق الاجتماعية في الشركة الموزعة غير المسعرة⁽³⁶⁾.

2/ كيفيات التطبيق، ويتم تطبيق التخفيض عندما تدفع ريع الأسهم عن طريق وسيط أو من نادي استثمار أو من شركة أشخاص غير خاضعة للضريبة على الشركات.

بحيث يتم تطبيقه بصفة آلية وليس من المكلف بالضريبة شخصياً، على الدخل المصرح به ضمن التصريح السنوي كمثل دخل ينشأ الحق في التخفيض. ليتم تطبيق التخفيض بعد تطبيق التخفيض المقدر نسبته بـ 40% وبعد خصم الأعباء والتكاليف. أما إذا كان مبلغه يفوق مبلغ المداخيل الخاضعة للضريبة، فإنّ الفائض لا يمكن إرجاعه، ولا يمكن تأجيله للسنة الموالية.

3/القرض الضريبي، تفتح المداخيل التي تم توزيعها والتي استفادت من التخفيض المقدر نسبته بـ 10% والتخفيض السنوي الجزافي، الباب في الحق في القرض الضريبي؛ مساو لـ 50% من مبلغ ريع الأسهم التي تم توزيعها قبل تطبيق التخفيض. بحيث يتضمن الضريبة على الدخل المدفوع خلال السنة من أجل امتلاك ريع الأسهم، بعد إدخال الخصومات الضريبية على القروض الضريبية والاقطاعات والخصومات غير المحررة من الضريبة؛ أما إذا كانت مبالغها تفوق الضريبة المستحقة، فإنّه لا يتم إرجاع الفائض إلا إذا كان المبلغ المراد إرجاعه أقل.

أما إيرادات سندات الصندوق غير الاسمية فإنّها تخضع لاقطاع تقدر نسبته بـ 50% من المصدر للضريبة على الدخل الإجمالي (IRG) والضريبة على أرباح الشركات.

الفرع الثالث: خيار الاقتراع الجزافي التحريري

إنّ خيار الاقتراع الجزافي التحريري (المادة 45 ف 3 و 4 من ق ض م ورم)، مخصص للأشخاص الطبيعيين الذين لهم مقر جبائي بالجزائر، بما في ذلك ريع الأسهم الآتية من قبل وسيط شركة أشخاص لها نشاط مدني (شركة مدنية لتسيير المحفظة). فالخيار أو الانتقاء متعلق بريوع الأسهم وحدها، ذلك لو أنّها خضعت للجدول التصاعدي للضريبة على الدخل، لأنشأت الحق في التخفيض المقدرة نسبته بـ 40%⁽³⁷⁾. البند الأول/ممارسة الخيار: عندما تنعقد الشركة الماسكة لحساب الأوراق المالية بالجزائر، فإنّه وجب أن يمارس الخيار أمامها على أقل تقدير عند قبض ريع الأسهم، فالمبدأ أن يتم إنشاؤها بطريقة سريعة من أجل القبض الكامل. ومن الناحية العملية وعند ممارسة الخيار، فإنّ المكلف بالضريبة يمكنه أن يتفق مسبقاً مع الشركة التي تدير وتسيير حساب الأوراق المالية على أن الخيار يبقى سارياً لمدة طويلة. بحيث يمكن

أن يكون شاملا، بمعنى؛ حملة على مجمل أو على جزء من ريع الأسهم التي تم دفعها خلال السنة الجارية، حتى لا تطبق إلا على المداخيل⁽³⁸⁾.

أما إذا كانت الشركة التي تدير وتسير الحساب الجاري منشأة في دولة أخرى أو في مجال اقتصادي تكون الجزائر فيه عضوا، فإنه يمكن للمكلف التفويض لممارسة الخيار بدلا عنه. وبالمقابل إذا لم تكن الشركة في دولة ضمن مجال اقتصادي لم تكن الجزائر عضوة فيه، فإنّ الخيار يمارس من خلال إيداع تصريح خاص، مصحوب بدفع الاقتطاع الجزافي، يودع خلال 20 يوما الأولى من الشهر الموالي لدفع ريع الأسهم⁽³⁹⁾.

البند الثاني/عدم جواز إلغاء الخيار: لا تسمح ممارسة الخيار بإلغاء، فإذا اهتدى المكلف للخيار وقت القبض أو الاستلام، فإنه لا يستطيع بالمقابل طلب رجعية الاعفاء من الاقتطاع وتطبيق الضريبة على جدول تصاعدي على الدخل؛ حتى ولو لم يتم بالتعبير عن نيته في الخيار (PFL الاقتطاع الجزافي التحريري). فهو يعتبر وكأنه خاضع لنظام الضريبة على جدول تصاعدي، وبالتالي لا يمكنه طلب وضعية الأثر الرجعي لنظام الاقتطاع الجزافي⁽⁴⁰⁾.

البند الثالث/أثر الخيار: يهدف المكلف بالضريبة من وراء الاحتكام إلى (PFL) الاقتطاع الجزافي التحريري) الحصول على ريع الأسهم، فالخيار يحرم ريع الأسهم الأخرى المقبوضة من أن تكون عرضة لتطبيق الجدول التصاعدي على الأرباح للتخفيض المقدره نسبته بـ 10% وكذا للتخفيض الجزافي الثابت والقرض الضريبي. وبقدر ما يكون الخيار غير قابل للإلغاء فإنه لا يمكن ممارسته بعديا، إذن فإنه ومنذ القبض أو الاستلام لأولى أرباح ريع الأسهم، فللمكلف أن يتساءل حول فرصة الاهتداء لخيار الاقتطاع الجزافي، دون أن يكون مجبرا على معرفة التاريخ الذي يتم فيه دفع مبلغ ريع الأسهم التي سيقبضها خلال السنة الجارية⁽⁴¹⁾.

البند الرابع/فائدة الخيار: يتغير تطبيق التخفيض المقدر بنسبة 15% والتخفيض الجزافي الثابت، وفقا للحالة العائلية للمكلف بالضريبة، فريوع الأسهم الخاضعة للجدول التصاعدي على الدخل تفلت من كل ضريبة ما دام المبلغ السنوي لا يتجاوز 120.000 دج، وهو سقف في الواقع يزيد إذا ما أخذنا بعين الاعتبار الاقتصاد الضريبي الذي يجلب المساهمة الاجتماعية العامة (CSG) التي يتم خصمها⁽⁴²⁾.

وبعيدا عن هذا المبلغ، فإن خيار الاقتطاع الجزافي التحريري له بالغ الأثر بداهة، متى كانت ربوع الأسهم على الأرجح خاضعة للضريبة على جدول تصاعدي بمبلغ يفوق أو يتجاوز الاقتطاع الجزافي (10%). لذلك وجب تقديره من خلال المبلغ الهامشي للضريبة (TMI) للموطن الجبائي⁽⁴³⁾.

أما إذا كان المبلغ الهامشي للضريبة للمقر الجبائي يفوق أو يساوي 30% من رقم الأعمال، فإن خيار الاقتطاع الجزافي على الدخل يصبح من دون فائدة يحققها، مهما كان مبلغ ربوع الأسهم الخاضعة للضريبة⁽⁴⁴⁾.

ولكن إذا كانت ربوع الأسهم لاتخضع إلا على 50% من مبلغها للضريبة على جدول تصاعدي على الدخل، فإن الضريبة تكون في كل مرة أقل من (10%، 30% و 50%)، بعد اقتطاع أو خصم التخفيض الثابت، مع الأخذ بعين الاعتبار القرض الضريبي والاقتصاد الضريبي الذي تم اقتناؤه من خلال تخفيض المساهمة الاجتماعية العامة (CSG)⁽⁴⁵⁾.

المبحث الثاني: الضريبة على مداخيل السندات

يهدف الاستثمار إلى امتلاك أصل من الأصول على أمل أن يتحقق من ورائه عائدا في المستقبل، فقد يكون في أصل حقيقي أو في أصل مالي، من خلال أدوات الاستثمار المباشرة، ألا وهي الأوراق المالية، التي تعطي لحاملها حق مباشر في عائد يحصل عليه من الجهة المصدرة لها. والحق قد يكون حق ملكية شائعة في أصول الجهة المصدرة للورقة المالية كما هو الحال في الأسهم العادية، كما قد يكون حق دائنية كما هي الحال في السندات⁽⁴⁶⁾. فالعائد الذي يحصل عليه حامل الورقة المالية هو محور دراستنا في هذا المبحث، الذي بمقتضاه نهتدي للتعرف على نظام الإخضاع الضريبي لمداخيل السندات: من خلال تقسيمه إلى مطالب ثلاثة رئيسية نوردها في الآتي:

المطلب الأول: المنتجات الخاضعة للضريبة

سنقوم بالبحث في هذا المطلب عن المنتجات التي تدخل ضمن فئة السندات ألا وهي الفوائد المحضة وكذا أقساط السداد، وهو مبعث تقسيمنا لهذا المطلب الذي نورده كالتالي:

الفرع الأول: الفوائد

يخضع المكلف لضريبة على مبلغ الفوائد المدفوعة كل سنة والمسجلة في القرض على حسابه. بحيث لا يمكنه أن يخصم من المبلغ جزءاً من الفوائد المستحقة المتضمنة في سعر الشراء (لأن هذا الجزء يأخذ بعين الاعتبار لأجل تحديد فوائض القيم وقت إعادة البيع)⁽⁴⁷⁾. أما في حالة تحويل السند ودفع مبلغ القسيمة قبل أن يتم تسجيل السند على حساب المستفيد من التحويل، فإن الشخص الخاضع للضريبة هو الشخص الذي اقتنى القسيمة عن طريق الاكتتاب للقرض على حسابه. فعملية نقل القسيمة إلى شخص آخر لا تثير أي إشكال في تحديد من يخضع للضريبة، في الحالة التي يتم فيها سداد القرض عن طريق قسط سنوي ثابت مع مبلغ الفائدة السنوي وكذا جزء من رأس المال، ذلك أن مبلغ الفائدة هو وحده الذي يخضع للضريبة⁽⁴⁸⁾.

الفرع الثاني: علاوة السداد

تخضع علاوة السداد للضريبة وقت سداد السند، حسب نفس الكيفيات التي تخضع لها الفوائد. فهي محددة جبائياً بأنها الفرق بين المبالغ المقبوضة حسب أجل استحقاق السند والمبالغ المدفوعة وقت كسب أو اقتناء السند. بمعنى آخر؛ أنه يتم حسابها من خلال الفرق ما بين المبلغ المقبوض وقت السداد وسعر الاقتناء (وليس سعر إصدار السند). مثال: بالنسبة لسند تم إصداره بمبلغ 150 دج وتسديد 150 دج للاقتناء في البورصة بسعر 120 دج، الفرق؛ يكون 30 دج، فهو يعالج مثل علاوة تسديد⁽⁴⁹⁾ ووفقاً لذلك، تعد علاوة تسديد كذلك ما يلي:

- القسيمة الوحيدة المدفوعة في أجل الاقتناء في نفس الوقت مع تسديد القيمة الاسمية؛
- علاوة السداد بمعنى الكلمة؛ سواء أكانت لاصقة بالسندات بقسيمة صفر (السند الذي لا يتضمن أية فائدة) أو كأن يتعلق الأمر بعلاوة سداد حقيقية (السندات التي يتم تسديدها بمبلغ أكبر من قيمته الاسمية)؛
- علاوة الإصدار، بمعنى؛ الفرق بين سعر الإصدار والقيمة الاسمية للسند؛
- الفوائد المدفوعة مسبقاً والفوائد التي تم رأسملتها (intérêts capitalisés)⁽⁵⁰⁾.

ويحسب مبلغ الدفع بتطبيق النسبة المعمول بها على مدفوعات الفترة، ويكون في 20 يوما الأولى التي تلي الشهر أو الثلاثين يوما الذي تمت فيه الاقتطاعات من صندوق قابض الضرائب ويرفق بجدول إشعار في نسختين يكون مؤرخ وموقع من الجهة القائمة بالدفع ويتضمن المعلومات التالية:

- اسم الشركة وعنوانها
- رقم التعريف الجبائي.
- الشهر الذي تمت فيه الاقتطاعات
- أرقام الوصولات لإثبات الدفع
- المبلغ الإجمالي للمدفوعات⁽⁵¹⁾.

الفرع الثالث: السندات المجزئة

إذا ما تم تجزئة السندات إلى عدة صكوك مختلفة موجود بها سند تمثيلي لرأس المال الذي يتم تسديده في الأجل، بحيث تمثل جميع الصكوك الأخرى قسيمات الفوائد الواجب دفعها مدى حياة القرض. فإنّ الدخل الخاضع للضريبة يكون على كل صك ممثل بقسيمة فائدة: من خلال الفرق بين المبلغ المقبوض لتسديد الحقوق وسعر الشراء، بحيث يخضع للضريبة وقت تسديد الحقوق ووفقا لنفس شروط الفوائد⁽⁵²⁾.

المطلب الثاني: كفيات الخضوع للضريبة

تخضع منتجات السندات (الفوائد وعلاوة السداد) للضريبة تحت خيار المستفيد لاقتطاع جزافي تحريري، والذي يفترض خضوعها لجدول تصاعدي للضريبة على الدخل. وبالتالي فإنه يكون من فائدة المستفيد الانصياع للاقتطاع الجزافي التحريري في كل مرة تكون المداخيل المعنية على الأرجح خاضعة للضريبة على الدخل بمعدل أعلى من الذي تم اقتطاعه. على أن يكون الاقتطاع دوما من المصدر بالكيفية التالية:

الفرع الأول: الاقتطاع من المصدر

ويكون خلال 20 يوما من الشهر الموالي لشهر الدفع، وفي حالة ما يكون الاقتطاع خارج الجزائر وجب التأكد من التسديد⁽⁵³⁾.

البند الأول/ خيار الاقتطاع الجزافي التحريري: إنّ خيار الاقتطاع الجزافي التحريري مخصص بصفة أساسية للأشخاص الطبيعيين بما فيهم الشركاء في شركة أشخاص أو

ما يماثلها بالنسبة لحصص المنتجات التي تلقتها الشركة، ويكون كذلك إذا ما كانت هذه الأخيرة تمارس نشاطا مدنيا (تسيير ملكية عقارية أو محفظة بقيم منقولة)⁽⁵⁴⁾.

علاوة على ذلك، فإنّ الخيار محتفظ به لمنتجات السندات إذا كان للمصدر مقر إقامة بالجزائر. وهو امتياز مقصور فقط على المداخيل المصرح بها بانتظام والتي تستفيد من تخفيض مقدرة نسبته بـ 15% محررة من الضريبة. وفي هذه الأثناء يكون بمقدور حملة السندات الصادرة من هيئات أجنبية أو دولية بالجزائر خيار الخضوع للاقتطاع الجزافي التحريري⁽⁵⁵⁾.

1. نطاق ممارسة الخيار: إذا كانت الشركة الدافعة منشأة بالجزائر، فإنّه وجب أن يتم تشكيل الخيار على أقل تقدير وقت قبض المداخيل، بمعنى؛ إما قبل استلامها نقدا، وإما قبل تسجيلها في قرض الحساب. بحيث يمارس (الخيار) من قبل الشركة الدافعة (بمعنى الوسيط المالي الماسك للحساب أو مدين المداخيل عنما يكون هذا الأخير هو الضامن للدفع). دونما التقييد بأي تصريح خاص وجب القيام به قبل الإدارة الجبائية. كما يمكن أن يكون الخيار جزئيا، بمعنى؛ أن يملك المكلّف امكانية الخيار على بعض المنتجات بخاصة: فوائد السندات، مثال، في داخل نفس فئات المداخيل أ و ب، دون مداخيل السندات ج. فعمليا، للمكلف أن يتفق قبلا ومسبقا مع وسيطه المالي على نظام جبائي لمداخيله. وتبقى هذه المداخيل موضوعة تحت هذا النظام ما دام أنّ المكلف لم يظهر نيته في تغييره⁽⁵⁶⁾.

أما إذا كانت الشركة منشأة خارج الجزائر، فيتم ممارسة الخيار من خلال إيداع تصريح بالمداخيل المعنية ومدفوعات الاقتطاع المناسبة خلال 20 يوما التي تلي الشهر الجاري الذي تم فيه قبض المداخيل⁽⁵⁷⁾.

2. دفع الاقتطاع : إذا كانت الشركة منشأة بالجزائر فإنّه يتم دفع مبلغ الاقتطاع الجزافي بمعدل 24% مع الاقتطاعات الاجتماعية، مباشرة من قبل الشركة الدافعة إلى قباضة الضرائب. أما المكلف فيمكنه تسديد الاقتطاع بصفة شخصية حسب المعدلات التالية:

- من شركة أجنبية 24% محررة من الضريبة،
- لتأدية خدمات 24% محررة من الضريبة،

- مداخيل مجهولة 40% محررة من الضريبة،

- مداخيل الديون والودائع 10% محررة من الضريبة.

ويتم تصفية الاقتطاع على المبلغ الصافي للمنتجات المدفوعة، من دون أية تخفيضات للأعباء أو التكاليف المنسوبة للمداخيل. أما فيما يتعلق بالمنتجات ذات المصدر الأجنبي، فإنّ الضريبة على الدخل الخارجي يخصم من الاقتطاع في حدود القرض الجبائي الذي يؤسس الحق بمقتضى الاتفاقيات الدولية⁽⁵⁸⁾.

الفرع الثاني: الخضوع الضريبي وفقا لجدول التصاعدي

في ظل غياب الخيار بنية الاقتطاع الجزافي أو كان الأمر متعلق بمداخيل السندات الخارجية (خارج المجال الاقتصادي الجزائري) المقبوضة بالجزائر أو بالخارج، فإنّ مداخيل السندات تخضع لا محالة لجدول تصاعدي للضريبة على الدخل⁽⁵⁹⁾. بحيث يتم التصريح بمبلغ المداخيل الصافي بعد خصم الأعباء والتكاليف: (حق الاحتفاظ)، لجنة فحص التوزيع وأعباء قبض القسيمات، لأنّه في نظر هذه الأخيرة أنّ الشركة الدافعة لم تقم باقتطاعها بعد من المبلغ المنوه عنه بالتصريحات⁽⁶⁰⁾.

زيادة للضريبة على الدخل، فإنّ هذه المنتجات تحتمل نسبة مقدرة بـ 15% من الاقتطاعات الاجتماعية، يتم تغطيتها مباشرة من قبل الشركة الدافعة عندما تكون منشأة بالجزائر ومحفوظ بها للخزينة العمومية في 20 يوما الموالية لشهر دفع الفوائد. بحيث يخصم من الدخل الإجمالي الخاضع للضريبة جزء من المساهمة الاجتماعية العامة (contribution sociale généralisé CSG) سنة الدفع⁽⁶¹⁾ فمن الناحية العملية وجب على المكلف أن يضمن التصريح بفوائد المداخيل السنوية، مبلغ المساهمة الاجتماعية العامة (CSG) مخصصة من اقتطاع من المصدر للشركة الدافعة:

- 1% محررة من الضريبة، عندما يكون المبلغ أقل من 50.000

- 10% محررة من الضريبة، عندما يتجاوز المبلغ 50.000

المطلب الثاني: الامتيازات الجبائية الممنوحة في مجال ربوع الأسهم الموزعة ومنتجات الأسهم

لا يعد تخفيض معدل الضريبة الأداة الوحيدة لتشجيع الاستثمار، بل هناك التشريعات الضريبية المباشرة والتي تتمثل في الخصم الضريبي الذي تستفيد منه بعض

المنشآت. وفي هذا الصدد يوجد نوعان من الإعفاءات: إعفاء تحصل عليه المنشآت الجديدة التي تعمل في مناطق جغرافية معينة أو المنشآت التي تنتمي لصناعة معينة، وإعفاء تحصل عليه المنشآت التي تنفق المزيد على تركيباتها الصناعية لزيادة طاقتها الإنتاجية، أو التي تنجح في تصدير نسبة معينة من حجم إنتاجها. وبالنسبة للنوع الأول فعادة ما يكون في صورة إعفاء ضريبي كامل يمتد لسنوات. أما النوع الثاني فيتمثل في نسبة معينة من قيمة الإنفاق الاستثماري الجديد، أو نسبة من قيمة الصادرات⁽⁶²⁾. وهو ما قامت به الدولة الجزائرية والتي تسعى في توجهاتها الحالية إلى جلب تشجيع الاستثمار بما في ذلك بورصة الجزائر. وهو ما سنقف على دراسته تباعا في التقسيم التالي:

الفرع الأول: إعفاء حواصل الأسهم والسندات المماثلة المسعرة بالبورصة

أنه وبمقتضى قانون المالية الصادر سنة 2006 والذي يشمل الإعفاء لحاملي السندات والأوراق المالية، فقد تم إعفاء حواصل السندات والأوراق المالية المماثلة لها المسعرة بالبورصة أو التي تم تداولها في سوق منظمة، من الضريبة على الدخل الإجمالي (L'IRG) والضريبة على أرباح الشركات (IBS) لأجل مدته 05 سنوات ابتداء من 01 جانفي 2003 بحيث يشمل الإعفاء كامل مدة صلاحية السند الصادر خلال هذه الفترة حسب ما أقرته المادة 52 من قانون المالية 2003. ووفقا لقانون المالية الصادر سنة 2006 فإنّ الإعفاء يشمل حاملي السندات والأوراق المالية المماثلة التي يقل أجل دفعها عن 05 سنوات والذين يختارون تأجيل استحقاق سنداتهم لمدة أدناها 05 سنوات وذلك بالاستفادة من تسديد الضريبة المدفوعة من قبل.

أما فيما يخص الحاملين للسندات الذين يختارون التحصيل المسبق لسنداتهم قبل أجل 05 سنوات يتعين عليهم أن يقوموا خلال التحصيل بدفع الضريبة على النتائج المحققة خلال الفترة المنصرمة لحفظ ديونهم مضافا إليها الفائدة⁽⁶³⁾.

في هذا المقام أقر قانون المالية الصادر سنة 2013 كذلك باستبعاد من مجال التطبيق الضريبة على أرباح الشركات لهيئات التوظيف أو الاستثمار في مجال القيم المنقولة (OPCVM) إذا كانت مكلفة فقط بتسيير محفظة أسهم المكتبتين. وهي معفاة من الضريبة على الدخل العام والضريبة على أرباح الشركات، لمدة 05 سنوات ابتداء من 1

جانفي 2003، حواصل الأسهم وحصص هيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة بمقتضى المادة 63 من قانون المالية 2003 (OPCVM)⁽⁶⁴⁾.

وضمن نفس السياق قام المشرع الجبائي بإعفاء فوائض القيم بالكيفية التالية:

1. فوائض القيم لنقل الأسهم والسندات المماثلة ضمن إطار عملية الدخول للبورصة: استبعاد وإعفاء من مجال تطبيق الضريبة على الدخل الإجمالي (IRG) أو من الضريبة على أرباح الشركات (IBS) منتجات فوائض القيم لنقل الأسهم أو السندات المماثلة التي تم تحقيقها في عملية الدخول للبورصة. وبنفس الكيفية تعد معفاة من حقوق التسجيل، العمليات التي تمت لأجل الدخول للبورصة.

2. فوائض القيم لنقل الأسهم أو السندات المسعرة بالبورصة: استبعاد وإعفاء من مجال تطبيق الضريبة على الدخل الإجمالي أو على أرباح الشركات، لمدة 05 سنوات بداية من 01 جانفي 2008، فوائض القيم لنقل الأسهم أو السندات المسعرة بالبورصة. أ- الأسهم والسندات المتداولة في سوق منظمة: استبعاد وإعفاء من مجال تطبيق الضريبة على الدخل الإجمالي أو على أرباح الشركات، فوائض القيم لنقل الأسهم والسندات المماثلة المسعرة بالبورصة والتي تم تداولها بسوق منظمة، لأجل 05 سنوات كحد أدنى بداية من 01 جانفي 2008، هذا الإعفاء يشمل إعفاء كاملا مدة صلاحية السند الصادر خلال هذه الفترة.

ب- وبنفس الكيفية، تعد معفاة من حقوق التسجيل جميع العمليات التي تكون على قيم منقولة مسعرة بالبورصة أو متداولة في سوق منظم لمدة 05 سنوات بداية من 1 جانفي 2008.

ت- فوائض القيم لنقل الأسهم وحصص هيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة: وهي معفاة من الضريبة على الدخل العام L'IRG والضريبة على أرباح الشركات IBS، لمدة 05 سنوات ابتداء من 1 جانفي 2008 فوائض القيم لنقل الأسهم وحصص هيئات التوظيف الجماعي في القيم المنقولة.

الفرع الثاني: إعفاء ريع الأسهم الموزعة من الشركات التابعة للشركة الأم

طبقا أحكام المادة 138 ف/3 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، فإن ريع الأسهم الآتية من الشركات بمناسبة مساهماتها في رأسمال شركات أخرى أعضاء

التجمع، هي معفاة من الضريبة على أرباح الشركات، وفي هذا وجب التذكير بأنّ الأمر يتعلق فقط بريوع الأسهم الموزعة من الشركة الأم عن طريق الشركات التابعة لها، فالمساهمات المتقاطعة غير مسموح بها، وعليه لا يمكن السماح بتوزيع ريع الأسهم من الشركة الأم لمصلحة الشركات التابعة لها⁽⁶⁵⁾.

خاتمة

ما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة، هو أنّ النظام الضريبي للأسهم والسندات المسعرة بالبورصة، ذو أهمية بالغة وملحة. وهو ما حاولنا، أن نستشفه من خلال هذه المقاربة، مع القانون الفرنسي، والذي يتوافق إلى حد كبير مع التشريع الجزائري.

فالدقة والتحديد ضرورة لا مناصه منها، لأنّه غالبا ما ينظر إلى الجباية على أنّها تقنية غريبة عن الحقل القانوني، لكن وجب الانتباه ضمن هذا إلى الجانب الآخر من الحقيقة، وهو أنّ التقنيات الجبائية ما هي إلا مبادئ قانونية كلاسيكية حذت بها الصياغة القانونية ووضعت ضمن نصوص وجب تفسيرها تفسيراً قانونياً.

وهو ما يتجلى لنا من خلال الوقوف على الامتيازات الجبائية الممنوحة في مجال ريع الأسهم والسندات الموزعة. ذلك أنّ الواقعة المنشئة للضريبة في هذا الإطار هي مصدر الدخل وتحققه، الذي قد يكون أرباحاً.

فالقانون أبعد من أن ينحصر ضمن المقاربة الاقتصادية للجباية فقط، لكن وجب الإمعان والنظر على أنّ بناءات وأسس النظام الجبائي تؤثر على الاقتصاد والعكس صحيح، فعند وجودنا على أرض السياسة الجبائية وجب التطرق لهما معاً. وقد لا حظنا، كيف يساهم تخفيض معدل الضريبة على تشجيع الاستثمار والاعتناء بالمؤسسات الاقتصادية، باعتبارها أداة لخلق الثروة. بحيث لا يمكن تصور نظام متكامل، يوطر سوق الأوراق المالية دون إطار تشريعي يتماشى ومستجدات المعاملات المالية على المستوى الكوني. وهو ما يعد في حد ذاته عامل ثقة واثمان يعزز التعامل في السوق المالي؛ وبالتالي سينعكس لا محالة على كفاءته وتنظيمه وسياسهم بذلك، في ضبط ميزانية الدولة وتوجيهها لمواجهة متطلبات واحتياجات المواطنين، وتحقيق الرفاه العام، كأحد أهم أهداف دولة الحق والقانون.

وعليه، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد حاول جاهدا التوفيق، بين متطلبات النظام الجبائي، وضروريات العمل التي يقتضيها السوق المالي.

الهوامش:

(1) تنص المادة 45 من القانون رقم 04-03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المعدل والمتمم المرسوم التشريعي رقم 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، على أنه: «...تتخذ اللجنة قرارها بشأن قبول القيم المنقولة في المفاوضات وشطبها. ويمكن للجنة أن تأمر بتعليق تحديد سعر الأسهم ضمانا للإعلام وحماية المدخرين...». منشور في: ج، ر، ج، العدد 11 السنة الأربعون، لسنة 2003.

(2) انظر، د. عمر ناطق يحيى الحمداني: الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة (دراسة تحليلية مقارنة)، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 25-26.

(3) انظر، د. شمعون شمعون: البورصة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، (بدون تاريخ النشر)، ص 46-47.

(4) أنشأت الجزائر بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 10-93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم مؤرخ في 23 ماي 1993 معدل ومتمم بالأمر رقم 10/96 مؤرخ في 10 جانفي 1996 منشور في: ج، ر، ج، عدد 03 لسنة 1996/01/14 وكذا القانون رقم 04-03 مؤرخ في 17 فبراير 2003، منشور في: ج، ر، ج، عدد 11 لسنة 19 فبراير 2003.

(5) La bourse de paris a été crée sous Napoléon au début du XIXème siècle. Longtemps considéré comme l'apanage des riches, l'investissement en bourse s'est démocratisé depuis 30 ans. Aujourd'hui, la France compte environ 7 million de petits porteurs et c'est une chance pour le développement économique du pays, car la bourse est un rouage essentiel d'une économie moderne. V, Catherine Karyotis : l'essentiel de la bourse, Gualino éditeur, lextenso éditions-Paris, 2009, p. 9.

(6) انظر، د. عمر ناطق يحيى الحمداني: المرجع السابق، ص 62.

(7) V, DIDIER Ferrier : liberté du commerce et de l'industrie (libertés et droits fondamentaux), sous la direction de : Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revêt, 9ème édition, DALLOZ, France, 2005, p. 620.

(8) انظر، د. منير إبراهيم هندي: أساسيات الاستثمار وتحليل الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، ط 2، دار المعرفة الجامعية، اسكندرية- مصر، 2011، ص 123-124.

(9) V, Rachid Zouaïmia : les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, éditions Houma, Alger, 2005, p. 61-62.

(10) انظر المرسوم الرئاسي رقم 65-03 مؤرخ في 8 فبراير سنة 2000، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة البحرين بشأن تشجيع وحماية الاستثمار، منشور في: ج، ر، ج، عدد 10 لسنة 2003.

(11) انظر، د. منير إبراهيم هندي: المرجع السابق، ص 375.

(12) V, Odile Barbe et Philippe Barré : op, cité, p., 25-24.

(13) V, Francis Lefebvre (Mémento pratique) : Patrimoine, ouv, coll, , édition Francis Lefebvre, France, 2009-2010 ; p..

(14) انظر، أ. حميد بوزيدة: جباية المؤسسات، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 25.

(15) المادة 104 معدلة بموجب المادة 8 من ق. م لسنة 2015، منشور في: ج، ر، ج، عدد 78.

⁽¹⁶⁾ تنص المادة 104/4 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على أن: «...تخفض هذه النسبة إلى 10% بالنسبة للحواصل المقبوضة من طرف أشخاص آخرين غير أولبتك المشار إليهم في المقطع 2 من المادة 54 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة...» .

⁽¹⁷⁾ انظر، أ. حميد بوزيدة: مرجع سابق، ص 146.

⁽¹⁸⁾ V, Francis Lefebvre (Mémento pratique) : op, cité, p., 62-63

⁽¹⁹⁾ V, l'article 109, 1-1° et 2° du code général des impôts français.

⁽²⁰⁾ المادة 46 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة:

07 حالات وهي:

1- الأرباح والإيرادات التي لا تدرج في الاحتياطات أو في رأسمال،

2- المبالغ والقيم الموضوعة تحت تصرف الشركاء أو حاملي الأسهم،

3- إيرادات الأموال المستثمرة.

4- القروض والتسبيقات الموضوعة تحت تصرف الشركاء،

5- المكافآت والامتيازات غير المعلن عنها،

6- أنعاب مجلس إدارة الشركة.

7- الأرباح المحولة إلى الشركة الأجنبية غير مقيمة من قبل شركاتها الفرعية المقيمة بالجزائر،

⁽²¹⁾ L'art. 30 al. 3 de la loi n° 2003-04 modifié et complété le décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilière dispose en effet que : « ...au bon fonctionnement et à la transparence du marché des valeurs mobilières... » .

⁽²²⁾ المادة 150 معدلة لموجب المادة 16 من ق. م لسنة 1997، 14 و 15 من ق. م لسنة 1999 و 10 من ق. م لسنة

2001، 20 من ق. م لسنة 2003 و 2 من ق. م لسنة 2008 و 7 من ق. م لسنة 2009 و 7 و 7 من ق. م لسنة 2014 و

12 من ق. م لسنة 2015 منشور في: ج، ر، ج، ج، 31 ديسمبر 2014، عدد 78.

⁽²³⁾ انظر، د. عبد الباسط كريم مولود: مرجع سابق، ص 375 وما يليها.

⁽²⁴⁾ V, Le message n° 998 MF/DGI/DLRF/LF 2015 du 31 décembre 2014.

⁽²⁵⁾ Maurice Cozian : op, cité, p., 147 .

⁽²⁶⁾ V, Francis Lefebvre (Mémento pratique) : op, cité, p., 390 .

⁽²⁷⁾ انظر المادة 89 ف/2 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.

⁽²⁸⁾ انظر المادة 81 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.

⁽²⁹⁾ انظر نص المادة 141 ف / 03 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الجزائري.

⁽³⁰⁾ V, Francis Lefebvre (Mémento pratique) : op, cité, p 391.

⁽³¹⁾ تنص المادة 89 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على ما يلي: «لا يدرج الربح الممنوح أثناء تصفية

شركة، لأصحاب الحقوق في الشركة، زيادة عن دعمهم، في أسس الضريبة على الدخل الإجمالي، إلا في حدود فائض

تسديد الحقوق المخصوصة من سعراقتناءها، في حالة ما إذا كان سعراقتناءه فوق مبلغ الدعم» .

⁽³²⁾ أما في فرنسا فيطبق التخفيض المقدر بـ 40 % على شركات لها مقر اجتماعي في أحد دول المجموعة الأوروبية أو

في دولة أو إقليم أبرم مع فرنسا اتفاقية جبائية.

⁽³³⁾ V, L'article 27 alinéa 3V, décret présidentiel n° 90-299 du 30 octobre 1990 portant ratification de la convention entre le gouvernement de la république algérienne démocratique et populaire et le gouvernement du royaume du Maroc en vue d'éviter les doubles impositions et établir des règles d'assistance réciproque en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune.

- (34) انظر، د. نصر علي طاحون: شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر (دراسة تأصيلية لبرصات المال وشركات الإدارة في مصر مقارنة بالدول العربية)، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 225.
- (35) انظر، د. عمر ناطق يحيى الحمداني: الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة (دراسة تحليلية مقارنة)، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 214.
- (36) انظر المادة 168 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الجزائري.
- (37) V, Francis Lefebvre (Mémento pratique) : Patrimoine, ouv, coll, , édition Francis Lefebvre, France, 2009-2010 ; p.,392-391.
- (38) أولى التزامات شركة إدارة المحفظة هو إدارة الحافظة إدارة حسنة والإدارة الحسنة هذه تتطلب أن يقوم بها فنيون أكفاء في سبيل تعظيم الحافظة (مبدأ تعظيم الثروة) وهو ما يطلق عليه الشق الإيجابي للإدارة. وأما الشق السلبي فهو البعد عن المخاطر التي تهدد الحافظة وهذا ما أقره القانون الجزائري بمبدأ عناية الرجل الحريص. ثم تأتي الالتزامات الثانوية والتي تفرضها طبيعة المهنة ووضعها كوكيل بالعمولة كإخطار العميل وإخطار هيئة سوق المال بصفة دورية كأسلوب رقابي. نقلا عن، د. نصر علي طاحون: مرجع سابق، ص 402 وما يليها.
- (39) انظر المادة 150 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.
- (40) V, décret présidentiel n° 90-299 du 30 octobre 1990 portant ratification de la convention entre le gouvernement de la république algérienne démocratique et populaire et le gouvernement du royaume du Maroc : op, cité.
- (41) V, Benali Brahim : Fiscalité des capitaux mobiliers; Bulletin des services fiscaux ; Imp, Algérie ; juin 2000; p.,10-11.
- (42) V, Benali Brahim : op, cite, P., 10-11.
- (43) انظر المادة 104 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الجزائري.
- (44) V, Francis Lefebvre (Mémento pratique) : op, cité, p., 393-394.
- (45) انظر، أ. حميد بوزيدة: جباية المؤسسات، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 20.
- (46) انظر المادة 46 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة السابق الإشارة إليها.
- (47) انظر، د. منير إبراهيم هندي: أساسيات الاستثمار وتحليل الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، ط 2، دار المعرفة الجامعية، اسكندرية- مصر، 2011، ص 5-6.
- (48) V, Odile Barbe et Philippe Barré : les principales questions sur l'impôt sur le revenu, diffusion PUF, Paris-France, 2013, p. ; 47.
- (49) انظر، د. شمعون شمعون: البورصة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، (بدون تاريخ النشر)، ص 28 وما يليها.
- (50) انظر قانون الضرائب الفرنسي المادة 238 وما يليها.
- (51) V, Francis Lefebvre (Mémento pratique) : op, cité, p., 394-395.
- (52) انظر المادة 157، 158، 159 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.
- (53) انظر، د. شمعون شمعون: مرجع سابق، ص 29.
- (54) تنص المادة 60 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على أنه: «يترب على دفع فوائد، بمفهوم المادة 55 أو تسجيلها في الجانب الدائن أو المدين لحساب ما، عندما يتم بالجزائر، تطبيق اقتطاع من المصدر من طرف المدين يحدد معدله بموجب المادة 104 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة....».
- (55) تنص المادة 45 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على أن: «تتمثل ريعو الأسهم وحصص الشركات والإيرادات المماثلة لها في الإيرادات التي توزعها:
- شركات الأسهم بمفهوم القانون التجاري؛

- الشركات ذات المسؤولية المحدودة؛
- الشركات المدنية المتخذة شكل شركة أسهم؛
- شركات الأشخاص وشركات المساهمة التي اختارت النظام الجبائي لشركات رؤوس الأموال المنقولة». (56)
- انظر المادة 92 وما يليها من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الجزائري. (57)
- انظر، د. عمر ناطق يحيى الحمداني: الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة (دراسة تحليلية مقارنة)، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 138-146.
- انظر المواد من 123 إلى 127 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الجزائري. (58)
- V, décret présidentiel n° 90-299 du 30 octobre 1990 portant ratification de la convention entre le gouvernement de la république algérienne démocratique et populaire et le gouvernement du royaume du Maroc : op, cité. (59)
- انظر المادة 104 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة السابق الإشارة إليها. (60)
- انظر، د. شمعون شمعون: البورصة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، (بدون تاريخ النشر)، ص 4-49. (61)
- انظر المادة 46 من قانون ضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الجزائري. (62)
- انظر، د. منير إبراهيم هندي: أساسيات الاستثمار وتحليل الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، ط 2، دار المعرفة الجامعية، اسكندرية-مصر، 2011، ص 123-124. (63)
- انظر قانون المالية، ج، ر؛ ج، عدد لسنة 2006. (64)
- (65) Guide Fiscal de l'investisseur, ministère des finances, direction générale des impôts, Alger, édition 2012.

الأمر الجزائري كآلية مستحدثة للمتابعة الجزائية في التشريع الجزائري*

BOUKHALFA Faical, M A "A"
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Univeristé Mohamed Lamine Debaghine , Sétif 2.

بوخالفة فيصل، أستاذ مساعد "أ"
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2.

الملخص:

لقد استحدث المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/15 المتعلق بتعديل قانون الإجراءات الجزائية وسائل بديلة للمتابعة الجزائية استجابة منه لنداءات الفقه الجنائي المعاصر، والتي تقضي بضرورة تبسيط إجراءات التقاضي وتخفيف العبء على القاضي والمتقاضي.

ويعتبر نظام الأمر الجزائري إحدى أهم هذه الوسائل، ومما لا شك فيه أنّ إجراءات إصداره تنطوي على إهدار كبير لمختلف المبادئ المعروفة في أصول المحاكمات الجزائية، سيما ما تعلق منها بمبدأي العلانية والوجاهية، باعتبار أنّ أغلب القضايا التي تعرض بمقتضى هذا النظام تستجلى حقيقتها الواقعية بالاستناد إلى المحاضر و الأوراق المعروضة على القاضي، إلا أنّ هذه السلبيات ليست بشيء إذا ما قيست بالمزايا التي تنجم عن هذا النظام، و التي من أهمها تبسيط إجراءات التقاضي في الجرائم القليلة الأهمية.

الكلمات المفتاحية:

المتابعة الجزائية، عقوبة الغرامة، الدعوى العمومية، تبسيط الإجراءات.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/04/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/05/12 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Criminal order as a new mean of criminal prosecution in the Algerian legislation

Abstract:

In response to the appeals of the modern criminal jurisprudence, the Algerian legislation has innovated, by virtue of the order 15/02 relative to the modification of the criminal procedure, new ways prosecution that implies of the instance procedures and the relief of either the judge's charges or the justiciable.

The criminal order system is one of the principal instruments. in fact, the procedures of its issuing represent a wipe out of different the fundamentals rules known within of the code of the criminal procedure, especially in regards to the principles of the publicity and being face to face, considering that the fact of the majority of the files submitted through this system become evident only in support of the minutes and documents exposed to the judge.

However, these inconveniences don't represent anything, towards he advantages that arise from this system the most important of which is the simplification of the procedures of the minor offenses judgment.

Key words:

Prosecution, criminal fines, public action, procedures simplifications.

L'ordonnance pénale en tant que nouveau mécanisme de poursuite pénale en droit algérien

Résumé:

En réponse aux appels de la jurisprudence pénale moderne, le législateur algérien a, en vertu de l'ordonnance n° 15/02 modifiant et complétant le code de procédure pénale, innové de nouvelles voies de la poursuite pénale concourant à la simplification des procédures d'instance aussi bien pour le juge que pour le justiciable.

Le système de l'ordonnance pénale est parmi l'une de ces principales voies nouvelles. Cependant, la procédure de sa prononciation représente une annihilation des différents principes connus dans le procès pénal, notamment celui de la publicité et de la contradiction, en ce sens que de la majorité des dossiers présentés dans le cadre de ce système ne deviennent manifestes qu'a l'appui des procès-verbaux et documents exposés au juge.

Néanmoins, ces inconvénients ne représentent rien, eu égard aux avantages découlant de ce système, et dont le plus important est la simplification des procédures des jugements des délits de moindre importance.

Mots clés:

La poursuite pénale, Peine d'amende, L'action publique, simplification des procédures.

مقدمة

بتزايد القضايا الجزائية وتعدد إجراءات المتابعة الجزائية أصبح لزاما إيجاد آليات

كفيلة بتخفيف الضغط على قضاء الحكم، وقد سعى الفقه الجنائي المعاصر إلى إرساء

قواعد إجرائية كفيلة بتحقيق التوازن بين ضرورة الحفاظ على مبادئ أصول المحاكمات الجزائية في إطارها العام، مع استحداث نوع من الخصوصية الإجرائية لصيقة بالجرائم القليلة الأهمية، وهو ما سعت إليه مختلف التشريعات العالمية، لأجل التخفيف من أزمة العدالة الجنائية وتسريع اقتضاء حقوق المتقاضين بتخفيف إجراءات المتابعة الجزائية، وقد كان لنظام الأمر الجزائي من المزايا ما دفع بالمشرع الجزائري الجزائري إلى اعتماده من خلال الأمر 02/15 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية.

في هذا الشأن، ومن أجل تقصي كنه هذا النظام، سيتم تناوله بالدراسة من خلال هذه الورقة البحثية بطرح الإشكالية الآتية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في الأخذ بنظام الأمر الجزائي، في إطار تسريع إجراءات التقاضي وتخفيف الضغط على قضاء الحكم من جهة، وكفالة حقوق المتقاضين من جهة أخرى؟

لمعالجة الإشكالية المطروحة سيتم إتباع التسلسل المنهجي المبين أدناه.

أولا/تعريف الأمر الجزائي و بيان مبرراته: يعتبر نظام الأمر الجزائي من بين الوسائل المستحدثة من طرف المشرع الجزائري لتجنب مختلف الإشكالات التي انتابت النظام الإجرائي الجزائي في الآونة الأخيرة، ومن ثم فإنّ تبيان كنهه و عرض مبررات الأخذ به ضرورة تقتضيها هذه الدراسة.

1/تعريف الأمر الجزائي: الأمر الجنائي⁽¹⁾ هو قرار قضائي يفصل في الدعوى الجزائية دون محاكمة⁽²⁾، في الجرائم القليلة الأهمية، بأمر يصدره القاضي المختص بعد اطلاعه على الأوراق وبغير مرافعة ولا سماع للخصوم، وتنقضي الدعوى الجنائية بهذا القرار إذا لم يعترض عليه الخصوم خلال الميعاد المحدد قانونا⁽³⁾، ويقتصر تطبيقه على جرائم معينة محددة العقوبة متمثلة في الغرامة فقط، كما سيرد تفصيله لاحقا⁽⁴⁾.

وهو يختلف عن نظام الصلح، كون هذا الأخير لا يرمي إلى إنهاء الدعوى العمومية بغير رفعها، وإتّما يرمي إلى الحكم فيها بالعقوبة وبإجراءات مبسطة⁽⁵⁾.

على الرغم من أنّ نظام الأمر الجزائي يتعارض مع بعض المبادئ الأساسية في المحاكمات الجنائية كالشفوية والعلانية والمواجهة، إلا أنّ العديد من التشريعات

الجنائية أخذت به في مجال الجرائم البسيطة، بدءا من القوانين الألمانية القديمة، حيث تم الأخذ به لأول مرة بالقانون البروسي في عام 1846، وتناولته الأعمال الخاصة بإعداد قانون الإجراءات الجنائية أمام محاكم برلين في عام 1848، ومع ذلك يرجع البعض أصوله إلى الأنظمة الانجلوسكسونية، وقد عرفت فرنسا الأمر الجنائي جزئيا عند ضم الالزاس واللورين الى ألمانيا في عام 1871، واستمر العمل به حتى بعد عودتهما لفرنسا.

2/ مبررات الأخذ بنظام الأمر الجزائري: من العسير تبرير الأخذ بنظام الأمر الجنائي بالنظر إلى تعارضه مع أهم المبادئ العامة المعروفة في أصول المحاكمات الجنائية، إذ يركز هذا النظام على وجوبية الفصل في موضوع الدعوى دون إجراءات محاكمة سابقة، والتي من شأنها استجلاء حقيقة الواقعة الإجرامية للقاضي، وكذا تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، فمن هذا القبيل فإنه يتعارض مع مبادئ العلانية والشفوية والوجاهية السائدة في إجراءات المحاكمة.

لكن الاعتبار العملية هي وحدها الكفيلة بتبرير الأخذ به من طرف مختلف التشريعات العالمية ومن بينها التشريع الجزائري، والتي من بينها بساطة الجرائم المعنية بهذا النظام، ومن ثم فإنها لا تقتضي إجراءات محاكمة تفصيلية⁽⁶⁾.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه يكفل سرعة الفصل في الدعاوى الجزائية الناشئة عن الجرائم ذات الخطورة اليسيرة، الكثيرة العدد، ويعمل على تبسيط إجراءاتها، مما يؤدي إلى توفير الوقت والجهد والاقتصاد في مصاريف القضايا، فهو يخفف العبء على المحاكم الجزائية لكي تتفرغ لنظر القضايا الهامة، وبالنتيجة تحقيق سرعة الفصل في القضايا⁽⁷⁾.

يمكن إجمال مبررات الأخذ بهذا النظام من خلال مشروع الأمر 02/15 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية في الآتي:

- تخفيف العبء على الأقسام الجزائية بالمحاكم لأجل تفرغه للقضايا الهامة.
- تبسيط إجراءات التقاضي في بعض الجرائم البسيطة.
- سرعة معالجة القضايا الجزائية المعنية بهذا النظام.

من الانتقادات التي وجهت لهذا النظام أنه يتعارض مع مبادئ أساسية استقرت في القانون الحديث، وهي مبادئ العلانية والشفوية والمواجهة، وكذا تعارضه مع مبدأ " لا عقوبة بغير محاكمة" مما يعني أنّ الأمر الجزائي يصدر دون علم كاف بعناصر الدعوى.

من المبادئ الدستورية التي يتعارض معها الأمر الجزائي ما نصت عليه المادة 56 دستور 1996، من اعتبار كل شخص بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمّن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه، وهو أمر مفقود في نظام الأمر الجزائي.

مع ذلك فإنّ المشرع لم يستبعد تطبيق المبادئ السابقة في مجال الأمر الجزائي، إذ جعل ذلك منوطا بعدم اعتراض الخصوم عليه، ومن ثم فإنّ القول بتعارضه مع الدستور في تقريره لمبدأ "لا عقوبة بغير محاكمة" فهو مردود عليه باعتبار أنّ هذا الأمر يصدر في حقيقته مسبقا بمحاكمة من نوع خاص⁽⁸⁾.

ثانيا/تكييف الأمر الجنائي: يثير تكييف الأمر الجنائي إشكالات متعددة، توعز إلى عدم اتساقه مع المبادئ العامة المستقرة في المحاكمات الجزائية، واختلاطه بالحكم من حيث اعتباره يفصل في موضوع الدعوى، ويحوز القوة التنفيذية في إنهاؤها إذا لم يعترض عليه الخصوم، ولكنه يختلف عن الحكم من حيث أنّ القانون لا يجيز إصداره إلا في حالات محدودة، ولا تسبقه محاكمة في صورتها التقليدية، وترتهن قوته بعدم اعتراض الخصوم عليه⁽⁹⁾. وفي المقابل فإنّ حق الخصوم في الاعتراض على هذا الأمر لا يؤثر في طبيعته القانونية، فالأحكام الغيابية لا تتأثر بطبيعتها باعتبارها أحكام تسقط بمجرد حضور المتهم أو القبض عليه خلال فترة التقادم، ويمكن القول أنّه حكم له طبيعة خاصة يصدر دون مرافعة⁽¹⁰⁾.

يؤكد البعض أنّ الأمر الجزائي ليس بحكم على الرغم من أنّه قرار قضائي، ومع ذلك فإنّه لا يصل إلى مرتبة الأحكام لأنّه لا يصدر في خصومة جنائية بالمعنى الدقيق، ويدلّل الفقه على ذلك بأنّ الاعتراض على الأمر ليس بطعن فيه و لكنه يمثل عدم القبول به⁽¹¹⁾، ويختلف عن الحكم بالإدانة في الآتي:

- أنه قاصر على جرائم وعقوبات محددة.
 - أنه يصدر دون تحقيق أو مرافعة على خلاف الحكم.
 - أنه يصدر دون علانية في حين أنّ الحكم لا بد أن يصدر في جلسة علنية.
 - يختلف الأمر الجزائي على الحكم الغيابي في أنه يصدر دون علانية ودون مراعاة لمبدأ الشفوية في المرافعة⁽¹²⁾.
- اعتبر المشرع الأمر الجزائي طريقا مستحدثا لتحريك الدعوى العمومية، من خلال الأمر 02/15 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، على خلاف المشرع المصري الذي كيّفه على أنه أحد بدائل الدعوى العمومية في حالة إصداره من طرف النيابة العامة، في حين اعتبره طريقا من طرق تحريكها عند إصداره من طرف القضاء.
- ثالثا/شروط و إجراءات إصدار الأمر الجنائي: سوف يتم التطرق بداية إلى الشروط الموضوعية والشخصية المتعلقة برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة بإجراء الأمر الجنائي، ثم نعكف على تناول مختلف إجراءاته.
- 1/شروط رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة بإجراء الأمر الجزائي: سيتم التطرق إلى الشروط الموضوعية و الشخصية تباعا وهي:
- أ-الشروط الموضوعية المتعلقة بالجريمة ذاتها: بالنظر إلى أحكام الأمر 02/15، في المواد 380 وما يليها، يمكن إجمال الشروط الواجب توفرها في الجريمة محل الأمر الجزائي في الآتي:
- أن تكون الجريمة المرتكبة تحمل وصف الجنحة، وبالنتيجة فإن الجنايات مستبعدة من تطبيق هذا النظام.
 - أن تكون الجنحة معاقبا عليها بغرامة و/ أو الحبس لمدة تساوي أو تقل عن السنتين.
 - الوقائع المسندة للمتهم قليلة الخطورة ويرجح أن يتعرض مرتكبها لعقوبة الغرامة فقط.
 - أن لا تكون الجنحة مقترنة بجنحة أو مخالفة أخرى لا تتوافر فيها شروط تطبيق الأمر الجزائي.
 - أن لا تكون هناك حقوق مدنية تستوجب المناقشة الواجهية للفصل فيها.

ب- الشروط الشخصية المتعلقة بالمشتبه فيه : يمكن إجمالها في ما يلي:

– أن تكون هوية المتهم معلومة.

– أن لا يكون حدثا.

– أن لا يكون أكثر من متهم واحد فيما عدا المتابعات التي تتم ضد شخص طبيعي وآخر معنوي على نفس الأفعال⁽¹³⁾.

2/إجراءات و سلطة القاضي للفصل في الأمر الجزائي: أساس نظام الأمر الجزائي التبسيط في الإجراءات، من حيث رفع الطلب إلى القضاء عن طريق إحالة ملف القضية من طرف النيابة العامة، مرفقا بطلبات وكيل الجمهورية، التي تكون مكتوبة ومتضمنة وقائع القضية وتكييفها القانوني، ومرفقة بمحضر جمع الاستدلالات، شهادة ميلاد المتهم وصحيفة السوابق القضائية.

تفصل محكمة الجنج في الأمر الجزائي دون مرافعة مسبقة و في غيبة المتهم، وفي غرفة مشورة لا علانية، ويستشف ذلك من خلال المادة 380 مكرر 2 من الأمر 02/15 السالف ذكره، والتي نصت على ما يلي: "يفصل القاضي دون مرافعة مسبقة في الأمر الجزائي ...".

فإذا قبل قاضي قسم الجنج الفصل في طلب الأمر الجزائي يكون حكمه إما ببراءة المتهم أو بالإدانة بعقوبة الغرامة المقررة للجنحة المرتكبة. والسؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا الموضوع هو: هل يجوز الحكم بالغرامة موقوفة التنفيذ في الأمر الجزائي؟ بالرجوع إلى أحكام المادة 593 من قانون الإجراءات الجزائية، فإنه لا يمنع من جعل عقوبة الغرامة المحكوم بها موقوفة النفاذ إذا ما توافرت شروط تطبيقها، وبالنظر إلى أحكام المادة 380 مكرر 2 من ق إ ج، فإنها لم تشترط أن تكون العقوبة المحكوم بها نافذة، وإنما اشترطت فقط الحكم بعقوبة الغرامة، وعلى القاضي تنبيه المحكوم عليه كتابيا عملا بأحكام المادة 594 ق إ ج بأنه في حالة صدور حكم جديد عليه بالإدانة فإن العقوبة الأولى ستنفذ عليه. ويمكن للقاضي المختص رفض إصدار الأمر الجزائي في الحالات الآتية⁽¹⁴⁾:

– الوقائع المشككة للجريمة المرتكبة لا يمكن الفصل فيها دون تحقيق أو مرافعة.

– وجود ظروف تشديد تقضي تسليط عقوبة أكبر من السنتين.

– المتهم حدثا أو غير معلوم الهوية.

– عدم إرفاق صحيفة السوابق العدلية.

– وجود حقوق مدنية تستوجب مناقشتها وجاهية.

فإذا وجد القاضي المختص أنّ الشروط المنصوص عليها قانونا للأمر الجزائي غير متوافرة، فإنّنه يعيد ملف القضية إلى النيابة العامة لاتخاذ ما تراه مناسبا وفقا للقانون⁽¹⁵⁾.

يمكن الاعتراض على الأمر الجزائي من طرف كل من النيابة العامة أو المتهم وفقا للإجراءات المبينة أدناه:

أ/الاعتراض على الأمر الجزائي من طرف النيابة العامة: الاعتراض أو عدم القبول هو تعبير الخصم عن إرادته في عدم قبول الأمر الجزائي، ولا يعتبر طعنا فيه وإتّما هو إعلان رفض أسلوب المحاكمة الذي يفترضه هذا الأمر، بالمطالبة بإجراءات محاكمة تجرى وفقا للقواعد العامة⁽¹⁶⁾.

ولما كان نظام الأمر الجزائي استثناء من أحكام القانون العامة وما تقرره من ضمانات للمحاكمات الجنائية العادية، فقد علق في النهاية على رضاء المحكوم عليه، ومن اجل ذلك كان حق المحكوم عليه في الاعتراض على نظر دعواه بهذه الوسيلة مقررا في جميع القوانين، ومن بينها التشريع الجزائري الذي أقرّ للنيابة العامة حق الاعتراض على الأمر الجزائي خلال مدة أقصاها عشر أيام ابتداء تاريخ صدوره، عن طريق تسجيل اعتراضها عليه أمام أمانة الضبط، وان تباشري إجراءات تنفيذه⁽¹⁷⁾.

ب/الاعتراض على الأمر الجزائي من طرف المتهم: للمتهم مهلة شهر من تاريخ تبليغه لتسجيل اعتراضه على الأمر، وهو ما من شأنه ترتيب إجراءات المحاكمة العادية .

وفي حالة عدم اعتراض المتهم، فإنّ الأمر الجزائي ينقذ وفقا لقواعد تنفيذ الأحكام الجزائية، وفي حال الاعتراض عليه، فإنّ أمين الضبط يخبر المتهم شفاهة بتاريخ الجلسة، ويثبت ذلك في المحضر⁽¹⁸⁾.

في حالة اعتراض النيابة العامة أو المتهم على الأمر الجزائي فإنّ القضية تعرض على محكمة الجنح التي تفصل فيها بحكم غير قابل لأي طعن إلا إذا كانت العقوبة المحكوم بها تتضمن عقوبة سالبة للحرية أو غرامة تفوق 20.000,00 د ج بالنسبة للشخص الطبيعي، و 100.000,00 د ج بالنسبة للشخص المعنوي⁽¹⁹⁾. ويمكن للمتهم التنازل عن اعتراضه قبل فتح باب المرافعة، وفي هذه الحالة يستعيد الأمر الجزائي قوته التنفيذية، ولا يكون قابلاً لأي طعن⁽²⁰⁾.

لم يتم التطرق من طرف المشرع الجزائي لحالة عدم حضور المتهم المعترض لجلسة المحاكمة، ومن ثم فإنّ المحكمة تتصدى لموضوع النزاع بغض النظر عن حضوره أو غيابه، ويعتبر الحكم حضورياً اعتبارياً طالما أنّ المتهم بلغ شخصياً، وهذا تطبيقاً لمقتضيات المادة 345 من قانون الإجراءات الجزائية.

خاتمة

تبنى المشرع الجزائري نظام الأمر الجزائي بموجب الأمر 02/15 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية مواكبة منه لمقتضيات السياسة الجنائية المعاصرة، المرتكزة على وجوب تخفيف الضغط على قضاء الحكم باستبعاد الجرائم البسيطة عن جداول الأقسام الجزائية الجنحية، وتبسيط إجراءات التقاضي، وهو ما كان محل دراسة هذه الورقة البحثية، والتي توصلنا من خلالها إلى جملة من النتائج نوجزها في الآتي:

– من خلال النظرة الاستشرافية للجرائم محل تطبيق هذا النظام فإنه يمكن حصرها في تلك الموسومة بالجرائم الاصطناعية، سيما ما تعلق منها بالجرائم المرورية والاقتصادية.

– الأمر الجزائي له حجية الأحكام الموضوعية ولا يجوز معه إعادة محاكمة المتهم بناء على ظهور أدلة جديدة، أو وقائع جديدة ما دام يملك المقومات القانونية للدفع بسبق الفصل في الدعوى، الأمر الذي يمكن أن يترتب عنه هضم حقوق الدفاع.

– إنّ نظام الأمر الجزائي من شأنه تفعيل دور مرفق القضاء في تخفيف الضغط على القاضي باستبعاد القضايا البسيطة من ولايته، وبالتالي التخفيف من أزمة العدالة الجنائية.

- تقليص الهوة بين النيابة العامة ممثلة الحق العام وقضاء الحكم من حيث توافق الطلبات مع منطوق الحكم الصادر في القضية، عكس ما كان سائدا في ظل النظام الإجرائي التقليدي.
- قصور النظام القانوني للأمر الجزائي باعتباره لم يتناول الإشكالات التي يمكن أن تعترض تنفيذه.
- لم يتطرق المشرع إلى إمكانية فصل المحكمة المختصة بإصدار الأمر الجزائي في المصاريف القضائية والعقوبات التكميلية.
- لقد جانب المشرع الصواب عند استبعاد القضايا التي يكون فيها مدع بالحقوق المدنية من دائرة الأمر الجزائي، الأمر الذي من شأنه تضيق نطاق تطبيقه.
- ولتفادي القصور الذي انتاب النظام القانوني للأمر الجزائي اقترح ما يلي:
- استحداث قنوات قانونية تمكن المتهم من الطعن في الأمر الجنائي، سيما إذا تعلق الأمر بالفصل في المصاريف القضائية كما هو سائد في التشريع الجزائي المصري.
- البت في مسألة إشكالات التنفيذ التي يمكن أن تعترض تنفيذ الأمر الجزائي، بتضمين خصوصيات إجرائية مبسطة تختلف عن تلك المألوفة في الأحكام العادية.
- توسيع نطاق تطبيق هذا النظام من خلال تضمينه للقضايا ذات الحقوق المدنية، لأجل تحقيق الأهداف المتوخاة من استحداثه، سيما ما تعلق منها بتخفيف الضغط على قضاء الحكم.
- تحديد القيمة القصوى للغرامة التي يمكن أن تكون محلا لتطبيق هذا النظام، باعتبار أنّ وطأتها في بعض الأحيان قد تفوق العقوبة السالبة للحرية.

الهوامش:

(1) اصطلح المشرع المصري على تسميته بالأمر الجنائي أما في لبنان فسعي بالأصول الموجزة، وفي المغرب الأمر القضائي وفي لبنان والعراق بالأمر القضائي.

(2) مدحت عبد الحليم رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية، في ضوء تعديلات قانون الإجراءات الجنائية، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.99.

(3) عوض عوض محمد، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص.751.

- (4) حيث تم الأخذ به من طرف المشرع الجزائري من خلال الأمر 02/15 المؤرخ في 23 يوليو 2015، المعدل للأمر 156/66 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج عدد 40 لسنة 2015.
- (5) السعيد مصطفى السعيد، في تبسيط الإجراءات الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الأول، 1951، ص.594.
- (6) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.1062.
- (7) رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1985، ط 16، ص.849.
- (8) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص.1064.
- (9) عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص.751.
- (10) مشار إليه في كتاب: مدحت عبد العليم رمضان، مرجع سابق، ص.138.
- (11) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص.ص.870، 869.
- (12) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.335.
- (13) المادة 380 مكرر 1 من الأمر 02/15، مرجع سابق.
- (14) المواد 380 مكرر و 380 مكرر 1، من الأمر 02/15، مرجع سابق.
- (15) المادة 380 مكرر 2 / 3 من الأمر 02/15 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية ، مرجع سابق.
- (16) محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص.1076.
- (17) المادة 380 مكرر 4 من الأمر 02/15، مرجع سابق.
- (18) المادة 380 مكرر 4، مرجع نفسه.
- (19) المادة 380 مكرر 5، مرجع نفسه.
- (20) المادة 380 مكرر 6، مرجع نفسه.

نظام مدريد كألية للتسجيل الدولي للعلامات التجارية *

BARA Saida, Doctorante
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

باره سعيدة، طالبة دكتوراه
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تمّ اعتماد نظام للتسجيل الدولي للعلامات من خلال اتفاق مدريد للتسجيل الدولي للعلامات المبرم في 14 أبريل 1891 لتيسير حماية العلامات في عدد من الدول، والبروتوكول الملحق بهذا الاتفاق والمبرم في 27 جوان 1989. تشكل الدول الأطراف في إحدى هاتين الاتفاقيتين أو كلاهما اتحاد مدريد، وتبسيطاً لهذا الإجراء تمّ إبرام لائحة تنفيذية مشتركة بين هاتين الاتفاقيتين والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 أبريل 1996.

الكلمات المفتاحية:

اتفاق مدريد، بروتوكول اتفاق مدريد، اتحاد مدريد، التسجيل الدولي، العلامة التجارية.

Madrid system, as a mechanism for the international registration of trademarks

Abstract:

An international trademark registration system was set up by the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks at April 14, 1981, which tends to facilitate the protection of brands in a number of countries, and the Protocol on that Agreement of 27 June 1989.

The States Parties to one or other of these conventions constitute the Madrid Union. For simplicity, the Common Regulations under both instruments was developed and entered into force on 1 April 1996.

Key words:

The Madrid Agreement, the Protocol Relating to the Madrid Agreement, the Madrid Union, International registration, the trademark.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/10/12 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/01/28 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Système de Madrid comme mécanisme d'enregistrement international des marques commerciales

Résumé :

Un système d'enregistrement international des marques a été mis en place par l'Arrangement de Madrid du 14 avril 1891 ayant trait à l'enregistrement international des marques, qui tend à faciliter la protection des marques dans un nombre de pays. Dans le même but, un protocole additionnel de cet arrangement a été adopté le 27 juin 1989.

Les États parties à l'une ou l'autre de ces conventions forment l'Union de Madrid. Par souci de simplicité, un règlement d'exécution commun à ces deux instruments a été élaboré et est entré en vigueur le 1^{er} avril 1996.

Mots clés:

L'arrangement de Madrid, le protocole relatif à l'arrangement de Madrid, l'Union de Madrid, enregistrement international, la marque commerciale.

مقدمة

نظرا للتطورات العالمية الراهنة خاصة التكنولوجية منها والاقتصادية، والحركة التجارية الكبيرة للسلع والخدمات وسهولة تداولها من بلد لآخر بعد تحرير التجارة العالمية، ازدادت حالات تزوير وتقليد العلامات التجارية على المستوى الدولي، وأمام خطورة هذه الظاهرة لما لها من آثار وخيمة على صاحب العلامة لمساسها بأهم عناصر ملكيته المعنوية والتجارية، فإنه يسعى إلى حماية علامته التجارية في عدد كبير من البلدان.

وباعتبار العلامات التجارية – كسائر حقوق الملكية الفكرية – حقوقا إقليمية مما يستوجب حمايتها التسجيل الوطني، وبالتالي يجب تسجيل العلامة التجارية في كل بلد يُرغب استخدامها وحمايتها فيه، إلا أنّ اختلاف الإجراءات والقوانين التي تحكم الأمر من بلد لآخر يكون أكبر عائق لتحقيق الحماية المنشودة، مما يتطلب وقتا وجهدا ونفقات لا يستهان بها.

ومن هنا ظهرت ضرورة وجود آلية لحماية العلامات التجارية على الصعيد الدولي، مما دفع إلى إيجاد نظام مدريد لتحقيق هذه الغاية، والذي يتعلّق بالتسجيل الدولي للعلامات التجارية، ومن هنا يثار التساؤل حول المقصود بنظام مدريد للتسجيل الدولي للعلامات التجارية، وفيما تتمثل آلية عمل هذا الأخير؟

وسنجيب على هذا من خلال تقسيم الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: المقصود بنظام مدريد للتسجيل الدولي للعلامات التجارية

المبحث الثاني: آلية عمل نظام مدريد للتسجيل الدولي للعلامات التجارية

المبحث الأول: المقصود بنظام مدريد للتسجيل الدولي للعلامات التجارية

يعدّ " نظام مدريد " الاسم غير الرسمي المستخدم للتعبير عن النظام الذي يؤمّن التسجيل الدولي للعلامات التجارية ضمن إطار اتفاقيتين دوليتين متعددتي الأطراف⁽¹⁾، الأولى اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات والمبرمة في 1891، والثانية هي بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات والذي أبرم في عام 1989⁽²⁾.

المطلب الأول: اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات 1891

ترجع بوادر نظام التسجيل الدولي للعلامات إلى اتفاقية باريس لسنة 1883 لحماية عناصر الملكية الصناعية، التي سمحت بتسجيل العلامات الأجنبية في السجلات الوطنية للدول الأعضاء في اتحاد باريس⁽³⁾، ثمّ تمّ تكريس هذا النظام حقيقة مع اتفاق مدريد المتعلّق بالتسجيل الدولي للعلامات، الذي تمّ التوقيع عليه في 14 أبريل عام 1891 وأصبح ساري النفاذ في عام 1892⁽⁴⁾.

الفرع الأول: الهدف من اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات

لتوفير حماية أفضل للعلامات التجارية وتيسيرا لتسجيلها في جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الدولي لحماية حقوق الملكية الصناعية، وضع اتفاق مدريد كنظام للتسجيل الدولي للعلامات التجارية، وبمقتضاه يمكن لكلّ شخص تابع لإحدى الدول المتعاقدة أن يكفل حماية علامته التجارية المسجلة في بلده الأصلي في جميع دول الاتحاد.

إذ تكمن أهمية هذا النظام، بما يضيفه من تدليل للصعوبات التي يواجهها مالك العلامة التجارية رغبة في تحقيق حماية لعلامته على نطاق دولي، حيث يجب عليه أن يسجلها بشكل منفصل في كل دولة من الدول التي يرغب في حماية علامته فيها، بما يتطلبه ذلك من صعوبات جمّة، حيث يلزم مالك العلامة بتقديم طلب مستقل لكل دولة، وترجمة المستندات إلى لغات الدول المتعددة⁽⁵⁾، والحاجة لوجود وكيل محلي في كل دولة وغيرها من المتطلبات، خاصة منها المتعلقة بالرسوم والتكاليف الباهضة.

حيث يحقق التسجيل الدولي للعلامة بموجب اتفاق مدريد منافع عدّة لمالك العلامة التجارية، تتمثل في تقديم طلب واحد وبلغة واحدة بدلا من إيداع طلبات منفصلة بلغات عدة، كما أنّ مالك العلامة يسدّد الرسوم المطلوبة لمكتب واحد، وهو

المكتب الدولي بدلا من تسديدها لكل مكتب بصورة منفردة، مما يؤدي إلى التوفير في الرسوم والنفقات، إضافة إلى تيسير إجراءات تجديد تسجيل العلامة وإجراءات تعديلها⁽⁶⁾، حيث يعدّ نظام مدريد وسيلة فعّالة لحماية العلامات التجارية وإدارتها دوليا.

الفرع الثاني: المبادئ الرئيسية لاتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات

من بين أهم المبادئ التي ركّز عليها اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات نجد:

أولا/ المعاملة الوطنية لفئات معينة من الأشخاص: يتجلى ذلك من خلال تمتع مواطني البلدان الأعضاء بحماية علاماتهم لدى جميع البلدان الأطراف الأخرى، وذلك شريطة أن يتمّ إيداع وتسجيل العلامة في السجل الدولي بالمكتب الدولي عن طريق مكتب بلد المنشأ، وبالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة 1 من اتفاق مدريد، نجد أنّ المقصود ببلد المنشأ البلد الذي يكون عضوا في اتفاق مدريد، وفي نفس الوقت يكون للمودع فيه إمّا مؤسسة صناعية أو تجارية حقيقية و جدية، وفي حالة عدم وجود مؤسسة يجب أن يكون للمودع محل إقامة في أحد بلدان الاتحاد، أو أن يكون من رعاياه إذا لم يكن له محل إقامة، إذ يتحدد البلد الأصلي بموطن المؤسسة أو محل إقامة المالك أو جنسيته.

كما نجد المادة 2 من اتفاق مدريد والتي تحيلنا إلى المادة 3 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، تقتضي معاملة مواطني البلدان التي لم تنضم إلى هذا الاتفاق، والذين يستوفون في أراضي الاتحاد الخاص المؤسس بمقتضى الاتفاق الشروط المنصوص عليها في المادة 3 من اتفاقية باريس معاملة مواطني البلدان المتعاقدة.

ثانيا/ استمرار الحماية: يتمّ تسجيل أيّ علامة تجارية لدى المكتب الدولي لمدة عشرين سنة⁽⁷⁾، ويجوز تجديد التسجيل لنفس المهلة اعتبارا من تاريخ انقضاء المدة السابقة، وذلك بصورة مستمرة بمجرد دفع الرسم الأساسي - وعند الاقتضاء - الرسوم الإضافية والرسوم التكميلية، مع عدم جواز أن يشمل التجديد أي تعديل للتسجيل السابق في صيغته الأخيرة⁽⁸⁾.

ثالثا/ إحلال التسجيل الدولي محلّ التسجيلات الوطنية السابقة: حيث أنّه بمقتضى هذا الاتفاق، إذا سبق أن أودعت علامة في بلد واحد أو أكثر من البلدان المتعاقدة، ثمّ بعد ذلك تمّ تسجيلها دوليا من طرف المكتب الدولي باسم صاحبها نفسه أو من آلت

إليه حقوقه، فإنّ التسجيل الدولي يحلّ محلّ التسجيلات الوطنية السابقة، وذلك دون الإخلال بالحقوق المكتسبة نتيجة لهذه التسجيلات⁽⁹⁾.

الفرع الثالث: أسباب تعديل اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي

بالرغم من أنّ اتفاق مدريد استخدم على نطاق واسع ولفترة تجاوزت القرن من الزمن، إلّا أنّ هناك العديد من الدول التي توانت عن الانضمام إليه، ومن أهم هذه الدول نجد الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة واليابان وذلك لعدة أسباب، ممّا استلزم تعديله وتمثل هذه الأسباب فيما يلي:

أولاً/يتطلب اتفاق مدريد للتقدم بطلب دولي لتسجيل العلامة التجارية وجود تسجيل وطني، في حين يستغرق فحص الطلب وتسجيل العلامة في العديد من الدول وقتاً طويلاً خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁰⁾، بما في ذلك من ضرر لمالكي العلامات التجارية، إذ يحتمل أن يسبقهم غيرهم من الدول الأخرى في تسجيلها.

ثانياً/ أنّ اللّغة الرسمية الوحيدة للاتفاق والتي يجب أن يكتب بها طلب التسجيل الدولي للعلامات هي اللّغة الفرنسية.

ثالثاً/يمنح اتفاق مدريد للمكاتب الوطنية مهلة اثني عشر شهراً، أي سنة واحدة من تاريخ تقديم الطلب لرفض التسجيل الوطني للعلامات المطلوب تسجيلها دولياً، وهي مهلة قصيرة نسبياً لفحص العلامة وإصدار إخطار بالرفض مبيناً فيه جميع أسباب الرفض⁽¹¹⁾، فإذا لم يتم الرفض خلالها فإنّ طلب التسجيل الدولي يعدّ مقبولاً حكماً.

رابعاً/كما يرتبط التسجيل الدولي للعلامة التجارية وفقاً لاتفاق مدريد بالتسجيل الوطني الأساسي لمدة خمس سنوات، وبالتالي فإنّ إلغاء أو انقضاء التسجيل الوطني في بلد المنشأ خلال هذه المدة يؤدي إلى إلغاء التسجيل الدولي في جميع الدول التي سجلت العلامة فيها بموجبه.

خامساً/كما ترى بعض الدول، بأنّ اتفاق مدريد يضع جدول رسوم منخفضة بالمقارنة مع الرسوم المفروضة على مقدمي الطلبات الوطنية، خاصة الدول المزودة بنظام فحص سابق، وبذلك تكون تقدم إعانات للعلامات الدولية على حساب العلامات الوطنية.

المطلب الثاني: بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات 1989

يعتبر بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات المبرم بتاريخ 27 جوان 1989 في مدريد والمعدّل في 3 أكتوبر 2006 وفي 12 نوفمبر 2007 مكملاً لاتفاق مدريد.

الفرع الأول: نشأة بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات

اعتبر غياب عدد من الدول الكبيرة في مجال العلامات التجارية كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا واليابان عن الانضمام إلى اتفاق مدريد مشكلة حقيقية، فتمّ إبرام هذا البروتوكول المكمل لاتفاق مدريد للعمل على إزالة الصعوبات التي حالت دون هذا الانضمام، حيث حاولت المنظمة العالمية للملكية الفكرية منذ زمن إيجاد حل لهذه المشكلة، إذ تمّت في العقد الأخير عدّة محاولات لإيجاد نظام جديد حول التسجيل الدولي للعلامات التجارية، وفي عام 1989 عقد في مدريد المؤتمر الدبلوماسي لإنجاز هذا البروتوكول وذلك تحت إشراف وتنظيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية، وقد تبنّاه المؤتمر بالإجماع في جوان 1989⁽¹²⁾.

ويعتبر هذا البروتوكول معاهدة مستقلة عن اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات، والعضوية فيه ليست مشروطة بالعضوية في اتفاق مدريد، حيث يمكن لأيّ دولة أن تنضمّ إلى اتفاق مدريد بدون الانضمام إلى بروتوكول مدريد والعكس صحيح، ومن أبرز التطبيقات العملية الحديثة على ذلك ما صدر عن سوريا بموجب المرسوم رقم 179 لعام 2012 القاضي بإلغاء انضمام حكومة الجمهورية العربية السورية إلى اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات، كما تضمّن المرسوم استمرار العمل بأحكام المرسوم رقم 92 لعام 2004 المتضمّن انضمام سوريا إلى بروتوكول مدريد⁽¹³⁾.

وتتمّ إدارة بروتوكول مدريد واتفاق مدريد من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية، وتشكل الأطراف المتعاقدة في "بروتوكول مدريد" و"اتفاق مدريد" مجتمعة "اتحاد مدريد"، ويخضع تنفيذهما لأحكام اللائحة التنفيذية المشتركة، والتعليمات الإدارية التي يتمّ استكمالها بانتظام.

الفرع الثاني:الهدف من بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات
لقد تمّ اعتماد بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات لتحقيق عدّة أغراض تتمثل أساسا فيما يلي:

– إجراء بعض التغييرات والسمات الجديدة في نظام التسجيل الدولي للعلامات وفقا لاتفاق مدريد، وذلك في سبيل إزالة الصعوبات التي تحول دون انضمام بعض الدول، فبعدما كان عدد الدول المتعاقدة فيه هو 9 دول سنة 1995 فقد ارتفع في نهاية سنة 2005 إلى حوالي 70 دولة⁽¹⁴⁾.

– إقامة روابط بنظام العلامات التجارية الذي تطبّقه الجماعة الأوروبية، حيث بمجرد أن تصبح الجماعة الأوروبية طرفا في البروتوكول، حتّى يكون في الإمكان أن يستند طلب التسجيل الدولي المقدم بناء على البروتوكول إلى طلب أو تسجيل لدى مكتب الجماعة الأوروبية للتنسيق في السوق الداخلية (العلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية)، وبالتالي يستفيد التسجيل الدولي الذي يتمّ بناء على البروتوكول من آثار التسجيل الأوروبي⁽¹⁵⁾.

الفرع الثالث:الإجراءات التي يتضمنها بروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات

يتضمّن البروتوكول تغييرات ومستجدات رئيسية تتمثل فيما يلي:

أولا/بينما يشترط اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات أن يستند طلب التسجيل الدولي إلى تسجيل وطني في بلد المنشأ، فإنّ البروتوكول يجيز أن يستند الطلب الدولي إلى مجرد طلب للتسجيل في مكتب بلد المنشأ الوطني أو الإقليمي، ومن شأن هذا التدبير أن يرفع عقبة أساسية تحول دون انضمام عدة دول إلى نظام مدريد، وتكمن العقبة – كما أشرنا سابقا – في كون الحصول على التسجيل الوطني غالبا ما يستغرق وقتا طويلا، لاسيما في البلدان المزودة بنظام فحص كامل، وبالتالي تسقط إمكانية المطالبة بالأولوية المنصوص عليها في اتفاقية باريس إذا ما تمّ الحصول على التسجيل الأساسي بعد ستة أشهر من تاريخ إيداع الطلب.

ثانيا/يجب وفقا لاتفاق مدريد، أن يرسل أيّ اخطار أو رفض من قبل دولة معيّنة في طلب التسجيل الدولي إلى المكتب الدولي في مدّة أقصاها سنة واحدة، ونصّ البروتوكول من جهته على الاحتفاظ بتلك المهلة مع وضع استثناءات وذلك في المادة 5 الفقرة 2/ "ب" و "ج" منه، والتي تنصّ على إمكانية تمديد المهلة إلى 18 شهرا أو أكثر، وهذا بغرض تمكين الدول التي تعتبر أنّ مهلة السنة قصيرة من الانضمام إلى البروتوكول⁽¹⁶⁾.

ثالثا/يجوز لمكتب كلّ دولة متعاقدة أن يحصل مبلغا أكبر للرسوم ممّا هو منصوص عليه في اتفاق مدريد، وذلك بتطبيق نظام الرسوم الفردية الذي يجوز بموجبه لأيّ بلد متعاقد أن يختار بين نظامين للرسوم، إذ يجوز له أن يختار نظام مدريد الذي ينص على دفع رسم عند تعيين طرف متعاقد، وهو نفس الرسم لأيّ بلد متعاقد ينطبق عليه هذا النظام، كما يجوز له أن يختار نظام الرسم الفردي.

رابعا/إمكانية تحويل أيّ تسجيل دولي ملغي لأيّ سبب إلى تسجيل وطني لهذه العلامة، وذلك من أجل الاستفادة من تاريخ تقديم الطلب وأولويته إن وجدت⁽¹⁷⁾، وذلك لتخفيف آثار ما يسمى بالظعن المركزي، وهذه الإمكانية لا ينص عليها اتفاق مدريد. خامسا/يوفر البروتوكول إمكانية الانضمام إليه لأيّ منظمة دولية حكومية يكون لها مكتب إقليمي لأغراض تسجيل العلامات.

سادسا/ يجيز هذا البروتوكول وفقا للمادة 16/1/ "أ" منه تقديم طلب التسجيل الدولي باللغة الفرنسية أو الإنجليزية أو الإسبانية.

المبحث الثاني: آلية عمل نظام مدريد للتسجيل الدولي للعلامات التجارية

تتطلب دراسة آلية عمل نظام مدريد لتسجيل العلامات التجارية دوليا وفقا لاتفاق وبروتوكول مدريد ولإلزامهما المشتركة، التطرق أولا إلى الجهة المختصة بالتسجيل الدولي للعلامات والتي تتمثل في المكتب الدولي، ثمّ التعرض إلى الإجراءات الواجب اتخاذها في سبيل تسجيل العلامة التجارية دوليا.

المطلب الأول: الجهة المختصة بالتسجيل الدولي للعلامات

يعدّ المكتب الدولي أحد أهم أجهزة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، الواقع بجنيف، سويسرا، وهو الجهاز المختص بتسجيل العلامات التجارية، وهو يحتفظ بسجل دولي يقيّد فيه طلبات تسجيل العلامات التجارية، كما أنّه يقوم بنشر

التسجيلات الدولية الجديدة، وتجديدات وكذا تعديلات التسجيلات الدولية، والتعيين اللاحق لدول جديدة تمّ طلب مدّ الحماية بها، في نشرة الويبو للعلامات الدولية، ويعتبر المكتب الدولي بمثابة الجهة الإدارية لنظام مدريد، وقد نصّت اللائحة التنفيذية المشتركة بين اتفاق وبروتوكول مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات، على الإجراءات المنظمة لكيفية التعامل مع المكتب الدولي.

الفرع الأول: الاتصال بالمكتب الدولي

أحالت المادة 2 من اللائحة التنفيذية المشتركة بين اتفاق وبروتوكول مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات في تنظيم الاتصالات بالمكتب الدولي إلى التعليمات الإدارية الخاصة بتطبيق اتفاق مدريد والبروتوكول المتعلق به، ويتمّ ذلك كالآتي:

أولاً/التبليغ الكتابي: ترسل التبليغات الموجهة للمكتب الدولي مكتوبة بالآلة الكاتبة أو آلة أخرى، وتكون موقعة شرط مراعاة أن تباشر الاتصالات عن طريق الوسائل الإلكترونية بين المكتب الدولي والمكتب الوطني المعني بما فيها طلب التسجيل الدولي.

ثانياً/التوقيع: يتمّ التوقيع بخط اليد أو مطبوعاً أو مختوماً، ويجوز أن يستعاض عنه بخاتم أو بطريقة تعريف متفق عليها بين المكتب الدولي والمكتب الوطني المعني، في حالة إذا كان التبليغ من قبيل التبليغات الإلكترونية⁽¹⁸⁾.

ثالثاً/التبليغ بالفاكس: يجوز توجيه أيّ تبليغ إلى المكتب الدولي بالفاكس، وذلك بشرط استخدام استمارة رسمية لأغراض التبليغ بالفاكس.

رابعاً/الإخطار باستلام الفاكس من طرف المكتب الدولي: يقوم المكتب الدولي بإبلاغ مرسل الإخطار عن طريق الفاكس بأنه قام باستلامه، أو أنّ الإخطار المرسل بالفاكس ليس كاملاً أو أنّه تستحيل قراءته، وذلك بشرط أن يكون من الممكن تحديد المرسل والاتصال به عن طريق الفاكس.

خامساً/ إرسال الصفحة الأصلية من الاستمارة الرسمية: إذا أرسل مكتب بلد المنشأ الطلب الدولي إلى المكتب الدولي من خلال الفاكس، فإنّه يجب إرسال الصفحة الأصلية من الاستمارة الرسمية التي ترد فيها الصورة الأصلية للعلامة أو الصورة المستنسخة منها إلى المكتب الدولي، وتكون موقعة من طرف مكتب بلد المنشأ، ومتضمنة ما يكفي من البيانات لتحديد الطلب الدولي المتعلق بها.

سادسا/الإخطار باستلام إحالة إلكترونية من طرف المكتب الدولي: يتولّى المكتب الدولي بالوسائل الإلكترونية إبلاغ الجهة مصدر الإحالة الإلكترونية باستلام تلك الإحالة، وبأنّ الإحالة الإلكترونية ليست كاملة أو يستحيل استخدامها إن كان الأمر كذلك⁽¹⁹⁾.

الفرع الثاني: التمثيل لدى المكتب الدولي

يجوز للمودع أو لصاحب التسجيل الدولي، وفقا للمادة 3 من اللائحة التنفيذية المشتركة بين اتفاق وبروتوكول مدريد أن يكون له وكيل لدى المكتب الدولي، على أن يكون وكيل واحد وإذا ورد عدّة وكلاء في عقد التوكيل فإنّ الوكيل الوارد اسمه أولا يعتبر وحده الوكيل ويتمّ تدوين اسمه بهذه الصفة، وإذا أخطر المكتب الدولي أنّ الوكيل هو مكتب محاماة أو مكتب استشاري لوكلاء البراءات أو العلامات، فيتمّ اعتبار هذا المكتب الأخير كوكيل واحد.

كما يجوز تعيين أيّ وكيل في الطلب الدولي أو في تعيين لاحق أو في أيّ طلب التماس تدوين أو تعديل، أو في تبليغ منفصل يتعلّق بطلب واحد أو أكثر من الطلبات الدولية المحدّدة، أو بتسجيل واحد أو أكثر من التسجيلات الدولية المحدّدة للمودع نفسه أو لصاحب التسجيل الدولي نفسه.

ويجب أن يقدّم هذا الإخطار للمكتب الدولي إمّا بمعرفة المودع أو صاحب التسجيل الدولي أو الوكيل المعيّن، وإمّا بمعرفة مكتب الطرف المتعاقد الذي ينتهي إليه صاحب التسجيل الدولي، كما يجب أن يوقع التبليغ من طرف المودع أو صاحب التسجيل الدولي، أو المكتب الذي قدّم من خلاله هذا التبليغ.

وما تجدر الإشارة إليه، أنّه إذا رأى المكتب الدولي أنّ تعيين الوكيل كان مخالفا للأصول، وجب عليه أن يبلغ المودع أو صاحب التسجيل الدولي بذلك، وكذا الوكيل المفترض والمكتب الذي أرسل أو نقل عن طريقه عقد التوكيل.

وإذا تبيّن للمكتب الدولي أنّ تعيين الوكيل مستوفي للشروط المحدّدة، وجب عليه أن يدوّن في السجل الدولي أنّ المودع أو صاحب التسجيل الدولي يمثله وكيل، ويدوّن اسم الوكيل وعنوانه.

وبذلك يحلّ توقيع الوكيل المقيّد محلّ توقيع المودع أو صاحب التسجيل الدولي، ما لم تنص اللائحة التنفيذية المشتركة صراحة على خلاف ذلك. على المكتب الدولي أن

يرسل إلى الوكيل كلّ دعوة أو إخطار أو أيّ تبليغ آخر كان من الواجب أن يرسل إلى المودع أو صاحب التسجيل الدولي في غياب الوكيل، هذا ما لم تستوجب اللائحة التنفيذية المشتركة صراحة إرسال أية دعوة أو إخطار أو أيّ تبليغ آخر إلى المودع، أو صاحب التسجيل الدولي وإلى الوكيل.

المطلب الثاني: الإجراءات الواجب اتخاذها في سبيل تسجيل العلامة التجارية دولياً

يتمّ التسجيل الدولي للعلامات التجارية أمام المكتب الدولي التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية باتخاذ مجموعة من الإجراءات، والتي تبدأ بتقديم الطلب الدولي المتعلق بتسجيل العلامة التجارية، ثمّ قيام المكتب الدولي بفحص هذا الطلب، ليتخذ بعد ذلك قرار تسجيل العلامة ونشرها.

الفرع الأول: تقديم الطلب الدولي لتسجيل العلامة التجارية

يتمّ التسجيل الدولي للعلامة التجارية من خلال طلب يقدم من طالب التسجيل الدولي إلى المكتب الوطني بعد تسديد ما يقتضيه من رسوم، هذا الأخير الذي يحيله بدوره إلى المكتب الدولي.

ويكون الطلب على نموذج خاص مطبوع تمّ إعداده من طرف المكتب الدولي، ويوفره مجاناً لكافة الإدارات الوطنية المختصة بالتسجيل في الدول الأعضاء في الاتحاد⁽²⁰⁾. حيث على هذه الإدارات الوطنية أن تشهد على صحة البيانات الواردة في الطلب ومطابقتها للبيانات المثبتة في السجل الوطني في البلد الأصلي⁽²¹⁾.

يقدم طلب التسجيل الدولي للعلامة في نسختين، ويحرر باللّغة الفرنسية وفقاً لاتفاق مدريد، ولصاحب العلامة حق الخيار بين تحرير الطلب باللّغة الفرنسية أو اللّغة الإنجليزية إذا كان منتبياً إلى دولة منضمة إلى بروتوكول مدريد، ويتمّ الاحتفاظ بنسخة لدى الإدارة الوطنية المختصة بالتسجيل بينما تحال الثانية موقعة من الإدارة الوطنية إلى المكتب الدولي.

ويشترط في الطلب الدولي لتسجيل العلامة وفقاً للمادة الثالثة من اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات التجارية، أن يتضمّن مجموعة من البيانات الأساسية والتي تتمثل فيما يلي:

أولا/البيانات الخاصة بالموذج: تتعلق هذه البيانات بشخص الموذج كاسمه وعنوانه في حالة وجود عنوان خاص بالمراسلات أو تحديد لوسيلة الاتصال كرقم الهاتف أو غيره، وإذا تمّ تعيين وكيل من طرف الموذج فيجب أن يوضح البيانات الخاصة بالوكيل لتسهيل التواصل معه.

ثانيا/بيانات خاصة ببلد المنشأ: ويكون ذلك بتحديد المكتب الوطني في بلد المنشأ، الذي قام فيه الموذج بالتسجيل الأساسي للعلامة - وفقا لاتفاق مدريد - أو قدّم طلبا للتسجيل الأساسي فيه - وفقا لبروتوكول مدريد -، ويقصد بالتسجيل الأساسي حماية العلامة محليا عن طريق تسجيلها في دولة المنشأ⁽²²⁾.

كما على الموذج أن يوضح سبب اختيار هذا البلد كبلد منشأ، وذلك - كما سبق الإشارة إليه - في حدود خيارات ثلاث: إمّا تواجد منشأته الصناعية أو التجارية في هذا البلد المتعاقد، أو يكون محلّ إقامته في هذا البلد، أو يكون تحت ولاية هذه الدولة.

ثالثا/البيانات الخاصة بالعلامة: يشترط في طلب التسجيل الدولي للعلامة أن يتضمّن أيضا صورة للعلامة باللونين الأبيض والأسود، وصورة أخرى بالألوان إذا كانت الألوان عنصرا مميزا للعلامة⁽²³⁾، وفي هذه الحالة الأخيرة على مقدّم الطلب أن يرفق طلبه ببيان يوضح فيه اللون أو مجموعة الألوان التي يطالب بها، إلى جانب نسخ ملونة عن العلامة المراد تسجيلها إضافة إلى الواردة في طلب التسجيل⁽²⁴⁾.

كما يجدر على مقدّم الطلب أن يقوم بكتابة رقم وتاريخ تسجيل العلامة في بلد المنشأ وذلك في حالة التسجيل وفقا لاتفاق مدريد، أمّا وفقا لبروتوكول مدريد فيكتفي بذكر تاريخ تقديم طلب التسجيل الأساسي.

ويجب وصف العلامة وصفا دقيقا كما هي مسجلة في بلد المنشأ، حيث يتمّ تحديد ما إذا كانت العلامة مجسّمة أي ذات ثلاث أبعاد، أو كانت علامة صوتية أو علامة جماعية أو علامة جودة...إلخ.

كما ينبغي على موذج الطلب أن يبيّن النطاق الموضوعي لحماية العلامة، أي السلع والخدمات التي تميزها العلامة منفردة أو ضمن فئات، وأن يبيّن إن أمكن، الصنف أو الأصناف المقابلة لها⁽²⁵⁾ تبعا للتصنيف المعدّ بموجب اتفاق نيس بشأن التصنيف

الدولي للسلع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات. وكذا النطاق المكاني بتحديد الدول المتعاقدة التي يرغب بحماية العلامة فيها.

رابعا/ تاريخ الطلب: يعتبر تاريخ تقديم طلب التسجيل الدولي هو نفسه تاريخ التسجيل الدولي إذا تسلمه المكتب الدولي خلال شهرين من تقديمه.

الفرع الثاني: تسجيل العلامة دوليا ونشرها

بعد أن يدقق المكتب الدولي ويتحقق من استيفاء طلبات التسجيل الواردة إليه لشروط اتفاق مدريد وبروتوكوله ولائحتهما المشتركة، فيما إذا كانت متوافقة معها، يتم مباشرة إجراءات التسجيل وإشعار الدول المعنية بذلك.

لكن في حالة ما إذا كان طلب التسجيل غير مكتمل للشروط المطلوبة، يقوم المكتب الدولي بإرجاع طلب التسجيل ويتم إشعار المكتب الوطني وطالب التسجيل بذلك، حيث يتوجب معالجة الوضع في غضون ثلاثة أشهر من تاريخ الإشعار قابلة للتمديد لمدة ثلاثة أشهر أخرى من قبل المكتب الدولي، وإذا مضت مدة الإشعار والتمديد فإن الطلب يعتبر لاغيا وترد الرسوم المدفوعة سلفاً⁽²⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه، يحق للدول المعنية والتي يحيل إليها المكتب الدولي الطلب رفض التسجيل ورفض منح الحماية للعلامة على إقليمها، متى كانت تشريعاتها لا تسمح بذلك، وفي حالة الرفض يتعين عليها إخطار المكتب الدولي بالرفض مع بيان جميع الأسباب، وبالتالي يتعين على المكتب الدولي إرسال نسخة من إشعار الرفض إلى المكتب الوطني، وإلى صاحب العلامة أو وكيله إذا كانت الإدارة المذكورة قد أخطرت المكتب الدولي باسمه.

وبالتالي على المكتب الدولي بمجرد قبول الطلب أن يقوم بقيد العلامة في السجل الدولي المخصص لذلك⁽²⁷⁾، ووفقا للمادة 5/3 من اتفاق مدريد يتم إشهار العلامة المسجلة في البلدان المتعاقدة، حيث تتسلم كل إدارة من المكتب الدولي عددا من النسخ عن نشرته الدورية دون مقابل، ويعد هذا الإشهار كافيا، ولا يطالب المودع بأي إشهار آخر.

خاتمة

بناء على ما تقدّم، فإنّ نظام مدريد لما يقدّمه لأصحاب العلامات من مزايا، خاصّة منها المتعلقة بتذليل الصعوبات التي يواجهونها في سبيل حماية علاماتهم على مستوى دولي، فإنّه أكثر ملائمة من تسجيل العلامات بشكل منفصل في كل دولة من الدول التي يرغبون في حماية علاماتهم فيها، بما يتطلبه ذلك من جهد ووقت ونفقات. ومن أهم الحلول التي جاء بها نظام مدريد لهذه الصعوبات والتي تحقق منافع عديدة لأصحاب العلامات، تقديم طلب واحد وبلغة واحدة بدلاً من إيداع طلبات منفصلة بلغات عدة، إضافة إلى تسديد الرسوم المطلوبة لمكتب واحد وهو المكتب الدولي، إضافة إلى تيسير إجراءات تجديد تسجيل العلامة وإجراءات تعديلها. ورغم السلبات التي كانت تعترى اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات، ممّا دفع إلى إبرام بروتوكول مدريد، إلّا أنّ نظام مدريد يبقى ضرورة عالمية كآلية للتسجيل الدولي للعلامات، وإدراكاً بأهميته فقد انضمت الدولة الجزائرية على غرار العديد من الدول إليه.

الهوامش:

- (1) ويطلق عليه إلى جانب هذه التسمية عدة تسميات منها: اتحاد مدريد، وترتيبات مدريد. إذ تعني كل منها تلك الأحكام الخاصة بالتسجيل الدولي للعلامات التجارية.
- (2) عدنان غسان برانبو، التنظيم القانوني للعلامة التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص. 306.
- (3) خالد ممدوح ابراهيم، حقوق الملكية الفكرية، نادي القضاة، القاهرة، 2011، ص. 192.
- (4) وقد جرى تعديله أكثر من مرة، حيث تمّ تنقيحه في بروكسل بتاريخ 14 ديسمبر/كانون الأول 1900. وفي واشنطن في يونيو/حزيران 1911، وفي لاهاي في 6 نوفمبر/تشرين الثاني 1925، وفي لندن في 2 يونيو/حزيران 1934، وفي نيس في 15 يونيو/حزيران 1957، وفي استوكهولم في 14 يوليو/تموز 1967، والمعدل في 28 سبتمبر/أيلول 1989. وانضمت إليه الجزائر بموجب الأمر رقم 72-10 مؤرخ في 22 مارس 1972، يتضمن انضمام الجزائر إلى الاتفاقية المبرمة في مدريد بتاريخ 14 أبريل 1891 والمتعلقة بالتسجيل الدولي للعلامات والتي أعيد النظر فيها في استوكهولم بتاريخ 14 جويلية 1967، ج ر عدد 32، مؤرخ في 21 أبريل 1972.
- (5) حمدي غالب الجغبير، العلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص. 193.
- (6) نعيم جميل صالح سلامة، المنافسة غير المشروعة في العلامة التجارية (دراسة مقارنة في القوانين العربية واتفاقيات التجارة الدولية)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013، ص. 414.
- (7) المادة 1/6 من اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات.

- (8) فواز عبد الرحمن علي دودة، التسجيل الدولي للعلامات التجارية وأثره في التشريع اليمني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013، ص. 176.
- (9) حمدي غالب الجغبير، المرجع السابق، ص. 195.
- (10) عدنان غسان برانوبو، المرجع السابق، ص. 311.
- (11) محمد مصطفى عبد الصادق مرسي، الحماية القانونية للعلامات التجارية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص. 145.
- (12) صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، ط 3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص. 457.
- (13) نعيم جميل صالح سلامة، المرجع السابق، ص. 422.
- (14) PASSA Jérôme, droit de la propriété industrielle, édition Alpha, paris, 2009, p. 570.
- (15) صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص. 458.
- (16) محمد مصطفى عبد الصادق، الحماية القانونية للعلامات التجارية اقليميا ودوليا، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014، ص. 160.
- (17) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 22.
- (18) وائل محمد رفعت، التسجيل الدولي للعلامات التجارية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2015، ص. 162.
- (19) المرجع نفسه، ص. 164.
- (20) خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص. 194.
- (21) PASSA Jérôme, op-cit, p. 567.
- (22) خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص. 195.
- (23) حسين نورة، الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص. 369.
- (24) ميلود سلامي، النظام القانوني للعلامات التجارية في القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص. 107.
- (25) المرجع نفسه، ص. 109.
- (26) فواز عبد الرحمن علي دودة، المرجع السابق، ص. 177-178.
- (27) القليوبي سميحة، الملكية الصناعية، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص. 659.

عن واقع مبدأ المعاملة الوطنية المكرّس للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري*

BOUBALOU Yamina, Doctorante
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

بوبالو يمينة، طالبة دكتوراه
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

لقد شهدت المنظومة القانونية الجزائرية في مجال الاستثمار حاليًا العديد من المستجدات، والتي بدورها تطرح العديد من التساؤلات حول واقع مبدأ المعاملة الوطنية المكرّس للمستثمر الأجنبي خصوصًا بعد تعاقب صدور قوانين المالية والتكاملية منها مؤخرًا من خلال فرضها أحكامًا جديدة موجهةً إليه دون نظيره الوطني، والتي قيّدت من حرّيته إلى حدّ بعيد ومستت بجوهر المبدأ من عدّة جوانب، الأمر الذي يُثير تساؤلات حول المركز القانوني الحالي للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري من خلال إخضاعه لنظام قانوني ومعاملة تمييزية ومُقيّدة.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار الأجنبي، مبدأ المعاملة الوطنية الموحد، تكريس المعاملة التمييزية بين المستثمرين، قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

The reality of the principle of national treatment devoted to the foreign investor in Algerian law

Abstract:

The Algerian Legal régime has actually known in the investment field several new things which set themselves different questions about the reality of the principle of the national treatment devoted to the foreign investor especially after successive promulgation of financial laws among which there are complementary ones recently by their imposition to certain new provisions that are addressed to it without its national homologue, which have extremely limited its freedom and affected the essence of the principle in several sides, thing which evokes a question about the actual legal status of the foreign investor in the Algerian law by its subjection to discriminatory and restricted legal régime and treatment.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/02/10 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/12 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Key words:

Foreign investment, unified principle of national treatment, devotes discriminatory treatment to foreign investor, the complementary finance law for 2009.

À propos du principe du traitement national consacré au profit l'investisseur étranger en droit algérien

Résumé :

Le régime juridique relatif aux investissements connaît aujourd'hui plusieurs évolutions qui, posent toutefois diverses questions sur la réalité du principe du traitement national consacré au profit de l'investisseur étranger. Ces questions se posent avec autant d'acuité après la promulgation des dernières lois de finances modifiantes et complétant la loi sur les investissements qui, imposent à l'investisseur étrangers une séries de mesures complémentaires par rapport à son homologue national. De telles mesures sont de nature à limiter, d'une part sa liberté d'opérer et limitent donc le principe du traitement national et posent, d'autres part la question du statut juridique de l'investisseur étranger en droit algérien du fait de sa soumission à un régime discriminatoire.

Mots clés :

L'investissement étranger, le principe du traitement national unitaire, La consécration du traitement discriminatoire entre les investisseurs, loi de finances.

مقدّمة

مما لا شكّ فيه بعد الاستقلال مباشرةً كانت الدولة الجزائرية كغيرها من الدول النامية بمثابة المتعامل الرئيسي والمحرك الوحيد للتنمية الاقتصادية بلا منازع⁽¹⁾، وقامت بفرض السيطرة على جميع المجالات الإستراتيجية، كما أقصت كلّ النّشاطات الخاصّة سواء وطنيةً كانت أم أجنبية من ممارسة النّشاطات المُحتكرة إلّا في بعض المجالات غير الحيوية⁽²⁾.

لكن بنهاية الثمانينيات و بفعل الأزمة المالية التي شهدها الاقتصاد الوطني، نظرًا لتدني أسعار البترول الدولية إلى دون مستوياتها الحقيقية، اضطرت الدولة آنذاك إلى انتهاج وشنّ حملة من الإصلاحات الاقتصادية من خلال تبني نظام اقتصاد السوق والتي تُرجمت من خلال انسحابها من كلّ أوجه النّشاط الاقتصادي من متدخلة إلى ضابطة⁽³⁾، متبوعًا بتحرير القطاع الخاص والأسعار وإصلاح الاستثمار والقيام بإصلاحات نقدية، ضريبية وأخرى جمركية والتوجّه نحو تدويل سبل الحماية... الخ⁽⁴⁾، وبنية الإصلاح والتّهوض بالتنمية الوطنية والانفتاح على العالم الخارجي، سعت نحو جذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها كغيرها من التّشريعات في الدول النامية، فأولّت لها أهميّة

خاصة نظرًا لمزاياها المتعدّدة، فمنحت لها الكثير من الامتيازات وأقرت لها العديد من الضمانات والمبادئ المكرّسة في القانون الدولي قصد تشجيعها وحمايتها من كلّ المخاطر التي يمكن أن تعترضها⁽⁵⁾، وعلى رأسها مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمرين الأجانب أساسه الأمر 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار⁽⁶⁾، لكن بدايةً من سنة 2009 شهد هذا المبدأ تراجعًا ملحوظًا بفعل العديد من التعديلات التي فرضت أحكامًا قانونية جديدة مخاطبةً بالدرجة الأولى المستثمر الأجنبي دون نظيره الوطني.

لهذا الغرض نتساءل عن حقيقة وواقع المعاملة الموجهة للمستثمر الأجنبي ما إن كانت موحّدة أم مزدوجة في ظلّ الأحكام المُستحدّثة بموجب التشريعات الحالية؟، وللإجابة عن هذه الإشكالية، ارتأينا إلى دراسة هذا المقال من جانبين؛ جانب خصّصناه لتناول التكريس القانوني للمبدأ... (أولاً)، أما الجانب الثاني، نستمله لاستعراض أهمّ وأبرز الجوانب التقييدية الملحقة حاليًا بالمبدأ المشار إليه أعلاه... (ثانيًا).

أولاً/تكريس مبدأ المعاملة الوطنية لصالح المستثمر الأجنبي

مفادُهُ، هو أنّ تتمتع الاستثمارات الأجنبية بنفس المزايا والضمانات التي تتمتع بها الاستثمارات الوطنية التابعة للدولة المضيفة للاستثمار وبتمكينها من مُزاولة الشروط والإجراءات نفسها التي تخضع لها استثمارات مواطنيها في قانونها الداخلي⁽⁷⁾، وبموجبه يتمّ توحيد قواعد المعاملة لكلّ المستثمرين على حدّ سواء⁽⁸⁾.

لعلّ الغاية من إدراجه، يرمي إلى تحقيق مساواة قانونية ويُناهض كلّ أشكال التمييز بين كلّ المستثمرين⁽⁹⁾، نظرًا لاعتباره من أهمّ الضمانات المقرّرة للمستثمرين الأجانب في مختلف تشريعات الدول، وبالأخصّ في الجزائر الذي يُترجم النوايا الفعلية للدولة الجزائرية في تشجيع وفتح الاستثمار في مختلف القطاعات للكُلّ دون أيّ تمييز، نظرًا لاعتباره ضمان دولي بالدرجة الأولى، ومن أبرز مبادئ القانون الدولي للاستثمار، وبتضمنين المشرع لمثل هذا المبدأ في قانونه الوطني يكون من جهته قد كرّس إحدى المبادئ القانونية المشروعة والمعمول بها على الصعيد الدولي⁽¹⁰⁾.

أ/تجسيد مبدأ المعاملة الوطنية لفائدة المستثمر الأجنبي في القانون الجزائري

1/إقرار مبدأ المعاملة الوطنية في القانون الداخلي: ما يُمكن استنباطه من أحكام المادة 14 من الأمر 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار⁽¹¹⁾، أنّ المستثمر الأجنبي يتمتع بنفس

الحقوق ويخضع لنفس الالتزامات التي يخضع لها نظيره المحلي، لكن كقراءة أولية أثناء التمعن في الفقرة 2 من المادة المشار إليها أعلاه، يمكن أن يُثار ثمة هناك تمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي في حالة وجود اتفاق خاص يضم أشخاصا تكون من رعايا تلك الدول⁽¹²⁾. "على اعتبار الاتفاقية بمثابة ضابط تنقيح الدولة بموجبه في تحديد وتطبيق نظامها القانوني على الأجنبي من عدمه"⁽¹³⁾.

لكن، لا يُمكن الاعتداد بمضمون هذا المبدأ بشكل مطلق، نظراً لعدة اعتبارات⁽¹⁴⁾.
2/ إقرار مبدأ المعاملة الوطنية في القانون الاتفاقي: رغبةً من الدولة الجزائرية في جذب أكبر قدر ممكن من المستثمرين الأجانب للوفود إليها، لم تكتف بتضمين هذا المبدأ في تشريعاتها الوطنية فحسب، إنما امتدت إلى إبرام عدة اتفاقيات دولية خاصة الثنائية منها قصد توفير الحماية القانونية الكافية للاستثمارات الأجنبية نظراً لفعاليتها وما تحقّقه من توازن وانسجام بين مصلحة الأجانب ومصلحة الدولة المضيفة⁽¹⁵⁾، وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يدلُّ على نية المشرع الجزائري في المضي قدماً في تعميق مسار الإصلاحات بُغية توسيع مجال حماية وضمّان الاستثمارات الأجنبية على أكثر من صعيد، وأبرز هذه المبادئ المعترف بها في القانون الدولي وفي معظم مضامين الاتفاقيات الدولية الثنائية منها والجماعية تتلخّص فيما يلي:

2-أ/ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة: من أبرز مبادئ القانون الدولي المعترف بها وأكثرها انتشاراً، إذ تمّ تكريسها في معظم الاتفاقيات المتعلقة بحماية الاستثمار، سعت معظم الدول المتقدمة للتمسك به لضمان حدّ أدنى من الحماية من خلال إدراجه في محتوى الاتفاقية خوفاً من قصور القوانين الداخلية للدول النامية، لكنّ هذا المبدأ صعب التطبيق يكتنفه نوع من الغموض⁽¹⁶⁾.

2-ب/ شرط الدولة الأولى بالرعاية: مفادُهُ، هو أن تتعهد الدولة المضيفة بموجب اتفاقية دولية بمنح معاملة تفضيلية لاستثمارات مواطني الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية، أي بإمكان استفادة المستثمرين الذين يحوزون على جنسية الدولة التي استفادت من هذا الشرط من الحصول على جميع الضمانات والمزايا على أساس الدولة الأكثر رعايةً التي تحظى بها الاستثمارات الأجنبية الأخرى في تلك الدولة ذاتها⁽¹⁷⁾، وعليه ما يُؤخذ على هذا المبدأ أنّه لا يُحقّق لها مبدأ المساواة، بل يُخوّل لها

فقط الحق في مطالبة الدولة المستوردة للرأسمال الأجنبي بمنحها سوى ضمانات مُماثلة لتلك الاستثمارات الأجنبية الأخرى الوافدة إليها⁽¹⁸⁾.

2-ج/ مبدأ المعاملة بالمثل أو (التبادلي): يكمن في أن تُعامل دولة ما من الدول مواطني دولة أجنبية أخرى متعاقدة معها بنفس المعاملة التي يحظى بها مواطنوها، وبالتالي فهي بمثابة آلية تلجأ إليها الدولة، بحيث تُمكن مواطنيها المقيمين في الدولة الأجنبية التي تعاقدت معها بموجبه الاستفادة من تلك الحقوق استناداً إلى مبادئ العرف الدولي، فضلاً عن الدور المحوري الذي تلعبه هذه الآلية من خلال تحقيق المساواة والتكافؤ وما شبه بين طرفي الاتفاقية المتعاقدة⁽¹⁹⁾.

ب/ مظاهر تجسيد مبدأ المعاملة الوطنية لصالح المستثمر الأجنبي: بالرجوع إلى مقتضيات المادة 1 من الأمر 03-01 القانون المرجعي للاستثمار التي تُقر صراحةً أنه موجّه للاستثمارات الأجنبية والوطنية على حدّ سواء، وعليه تحظى الاستثمارات الأجنبية بموجب هذا الأمر من نفس النظام القانوني للوطنيين طوال مدّة المشروع الاستثماري إلى غاية إنهائه رغبتاً من السلطات العامة بتحفيز وكسب ثقة الأجنبي وحمايته من كلّ المخاطر التي يمكن أن تمسّ استثماره⁽²⁰⁾، ودلالة بتكريس المشرع لمبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين كضمانة جوهرية لها وزنها في تشريعات الدول وفي القانون الدولي، يتجسّد ذلك من عدّة جوانب أبرزها:

1/ من خلال استفادة المستثمر الأجنبي من مختلف الضمانات القانونية المقرّرة: يحق للمستثمر الأجنبي شأنه شأن المستثمر الوطني الاستفادة من الضمانات المكرّسة بموجب قانون الاستثمار، ويُمكن تلخيص أهمّها فيما يأتي:

1-أ/ ضمان مبدأ الاستقرار التشريعي: تتعهد الدولة المُلتزمة به بتثبيت النظام القانوني المُطبّق على إقليمها منذ تأسيس المشروع الأجنبي إلى غاية تصفيته دون أيّ تعديل أو إلغاء كمبدأ عام⁽²¹⁾، وله استثناء إلا إذا أرفقه المستثمر بطلب صريح وبمحض إرادته إن تبيّن له أنّ التشريع الجديد تضمّن تدابير أكثر ملائمةً له، ويُعدّ بمثابة ضمانة أوسع يتمتّع بحق مكتسب يتمثّل في استفادته من التشريع الجديد إن تضمّن مزايا جديدة⁽²²⁾.

1-أ/ضمان مبدأ التحويل الحر لرؤوس الأموال المستثمرة وعائدها: وكذا الأرباح المحققة من المشروع، والمداخل الصافية أو الناتجة عن التصفية أو التنازل⁽²³⁾، واهتمّ المشرّع بمثل هذه الضمانات كثيرًا ونظّمها بإحكام⁽²⁴⁾، كون المستثمر الأجنبي بقدر ما يهّمه تحقيق الربح في الدولة المضيفة بقدر ما يهّمه كذلك قابلية تحويلها⁽²⁵⁾.

1-ج/ضمان حق الملكية المطلقة للاستثمار: بموجبه يُعهد للمستثمر الأجنبي حق التملك الكلي للمشروع وحمايته من كلّ المخاطر والأشكال المألوفة لنزع الملكية⁽²⁶⁾، وفي حالة المساس بها فتكون وفقًا للحالات المحددة قانونًا⁽²⁷⁾ مع إلزامية إقرار التعويض⁽²⁸⁾.

1-ه/ضمان حق الطعن: يحق للطرف الأجنبي⁽²⁹⁾ أن يطعن في القرارات الصادرة عن الوكالة (ANDI) في حالتين؛ إمّا في حالة رفضها منحه إياه المزايا المقرّرة أو في حالة إلغائها بعد الحصول عليها وفقًا للمادة 7 مكرّر في غضون (15) يوم بدايةً من التبليغ بالقرار سواءً بالرفض أم الإلغاء أمام لجنة مختصة، ولهذه الأخيرة الفصل في المسألة في غضون (15) يوم، مع ضمان الاحتفاظ بحق اللجوء للطعن القضائي⁽³⁰⁾.

2/من خلال استفادة المستثمر الأجنبي من مختلف الامتيازات الممنوحة:زيادةً على الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، عمِل المشرّع أكثر على تعزيز منظومته القانونية من خلال منحه المزيد من التحفيزات كالتسهيلات الجبائية والجمركية بهدف خلق مناخ مناسب للاستثمار وجعله أكثر جاذبية⁽³¹⁾، يُمكن أن تتخذ هذه الامتيازات أشكالاً وصوراً عديدة⁽³²⁾ التي أقرها كلّ من قانون الإستثمار 01-03 والتّعديلات المرافقة له في أمر 06-08 ومختلف قوانين المالية المتعاقبة، وخصّص لها بابا كاملا، أين تطبّق على نوعين من الأنظمة لمنح المزايا: نظام عام مخصّص وملائم لكافة أنواع الاستثمارات التي تستفيد من مزايا هذا النظام والمحدّدة بموجب المادة 1 و2 دون تحديد منطقة معينة⁽³³⁾.

أما النظام الخاصّ، خُصّص لاستثمارات تستدعي عنايةً خاصة من قِبَل الدولة قصد إنمائها مثل: المناطق الصحراوية والمعزولة وما شابه، زد على ذلك الاستثمارات التي تُنشأ في مناطق خاصة يقتضي الأمر تأهيلها، والتي تُمثّل أهميةً خاصة للاقتصاد الوطني في ذات الوقت، تستخدم تكنولوجيات عالية وحديثة وترمي إلى المحافظة على البيئة ... الخ⁽³⁴⁾.

3/ من خلال استحداث أجهزة مُكلّفة بتحفيز وتشجيع المستثمر الأجنبي: في إطار السياسة الموجّهة للدولة والرامية لتحفيز المستثمرين و للاستجابة لمختلف تطلعاتهم وطلباتهم الإدارية من جهة و بُغية تدعيم الإطار المؤسّساتي لتطبيق سياسة الدولة التحفيزية من جهة أخرى، أين خصّص لها المشرّع بابا كاملا⁽³⁵⁾، والتي تتمثل في:

3-أ/الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار: وُجدت كأهمّ جهاز يتمحور دورها الرئيسي في التّهوض بالاستثمارات ومرافقتها وتذليل كافة العراقيل الإدارية المرتبطة بتأسيس المشاريع وإطلاق المؤسّسات، جُهزت قانونًا بمجموعة من الأجهزة أهمّها الشّبك الوحيد اللامركزي ليتكفّل بمهمّة توحيد كافة الخدمات ولرفع الغبن عن المستثمر الأجنبي في جهاز مُوحّد⁽³⁶⁾، وتمّ تعميمه على كامل القطر الوطني تقريبًا، وُجّهت كذلك بمجموعة من الصلاحيات قانونًا قصد تمكينها من تأدية المهام المعهودة إليها⁽³⁷⁾، للإشارة حُظيت بسمعة طيبة لدى المستثمرين الوطنيين والأجانب من خلال خدماتها النوعية التي تُقدّمها⁽³⁸⁾.

3-ب/المجلس الوطني للاستثمار: يُعدّ بمثابة جهاز ذو طابع إستراتيجي، يضمّ تركيبة وزارية هامة ومعتبرة، تتمحور مهمّته الرئيسية في طرح وإعداد الإستراتيجية الكبرى للدولة في مجال الاستثمارات الوطنية والأجنبية على حدّ سواء على المستوى المركزي، وبالأخصّ يتولّى صلاحية الفصل في طبيعة المزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي، خاصة فيما يُعنى بالاستثمارات ذات الأهميّة الخاصة والحيويّة للاقتصاد الوطني مع تحديد المناطق التي تقتضي تنميتها، فضلاً عن المزايا الممنوحة للأجنبي بموجب اتفاقيات الاستثمار⁽³⁹⁾، و مهام أخرى متعدّدة حُوّلت له قانونًا⁽⁴⁰⁾.

3-ج/صندوق دعم الاستثمار: تمّ استحداثه مؤخراً بنية تفعيل السياسة الموجّهة لترقية الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وتجسيد الهدف الجوهرى له المُتمثّل في تمويل المشاريع الاستثمارية الكبرى وتجهيزها، زيادةً على تقوية الإنتاج الوطني وتنويعه⁽⁴¹⁾.

ثانياً/القيود القانونية الماسّة بمبدأ المعاملة الوطنية والمستحدثة في ظلّ التشريعات الحالية

منذ سنة 2009 وما يليها، تمّ فرض مجموعة من الضوابط القانونية من قبل السّلطات العموميّة وُجّهت بصفة مباشرة صوب المستثمر الأجنبي دون سواه، كلّها

تدابير من شأنها أن تخرق مبدأ عدم التمييز في المعاملة بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي⁽⁴²⁾، والتي بدورها حتمًا ستؤدي لا محال إلى تضرّره والمساس بمصالحه بالدرجة الأولى، لهذا الغرض يستوقفنا الأمر في مقام أول ضرورة الإطلاع على أهمّ القواعد والإجراءات التقييدية الماسّة بمضمون المبدأ... (أ)، ثمّ نتطرق على التوالي إلى الإحاطة بأهمّ الانعكاسات التي يُمكن أن تنجرّ عنها من جراء تبني هذه التدابير... (ب).

أ/ المؤشرات القانونية الدّالة على المساس بمبدأ المعاملة الوطنية المكرّس للمستثمر الأجنبي: إنّ التدابير القانونية المُستحدثة حاليًا، وُصفت جميعها بالمُقيدة، والتي تُوحي صراحةً بموجها بعودة الدولة للعمل بالنظام الثنائي في المعاملة في مجال الاستثمار، يتجلى ذلك بوضوح من خلال إخضاع المستثمر الأجنبي لقواعد تمييزيّة مُغايرة عن تلك المطبّقة على شريكه الوطني من عدّة زوايا، والتي يُمكن إجمالها في النقاط الآتي ذكرها :

1/ حصر آلية الشراكة كشكلٍ وحيد لقبول تأسيس المشروع الاستثمار الأجنبي: أصبح إنشاء الاستثمار الأجنبي حاليًا في الجزائر متوقفا وخاضعا لعدّة شروط وضوابط التي وُصفت بالمشابهة لتلك التي سادت في فترة الدولة التّدخلية⁽⁴³⁾ وبالعودة إلى أحكام المادة 4 مكرّر/1 من أمر 03-01 ذاته، تُلزم كلّ مستثمر أجنبي يودّ القدوم لتأسيس مشروعه على الإقليم الجزائري، أن يمثّل لقاعدة الشراكة⁽⁴⁴⁾ مع شريكه الوطني وأن تكون بأقلية من خلال تقييد نسبة المساهمة المالية الأجنبية في حدود 49% مع الاحتفاظ بأغلبية الرأسمال التأسيسي للمشروع بنسبة 51% لصالح الشريك الوطني⁽⁴⁵⁾.

2/ التمييز من خلال الاستثمار عن طريق الخصخصة الجزئية: زيادةً على ذلك، تمتدّ نسبة تقييد المساهمة الأجنبية كذلك على الاستثمار المنجز عن طريق الخصخصة⁽⁴⁶⁾، والتي تُعدّ شكلاً من أشكال الاستثمار استنادًا إلى المادة 1 من الأمر 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار، وبنوعها الملكية والتسيير⁽⁴⁷⁾.

لكن وفقًا للمادتين 4 مكرّر 1 و 4 مكرّر 2، قد قيّدنا حصّة الرأسمال الأجنبي المفتوح للخصخصة في حدود 49% مقابل 51% للمساهم المحلي، مع قابلية رفع نسبة أسهم هذا الأخير من 66% من الرأسمال الاجتماعي للمؤسسة المعروضة للخصخصة بعد مُضي

5 سنوات وبعد استيفاء المساهم المحلي لكافة الشروط المكتتبه في ميثاق المساهمين وبطلب منه اقتناء نسبة 34% المتبقية التي بحوزة الدولة⁽⁴⁸⁾، وهذا يُعدُّ دليلاً قاطعاً على تكريس التمييز مجدداً بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي، من خلال حصر إمكانية هذا الأخير الاستثمار إلا في عمليات الخوصصة الجزئية، وليس بإمكانه ممارسة الرقابة على المؤسسة محل الخوصصة، بالمقابل الإبقاء على إمكانية التنازل الكلي على المؤسسة للمستثمر المحلي وفقاً لأحكام المادة المشار إليها أعلاه واستناداً إلى ميثاق المساهمين⁽⁴⁹⁾.

3/ إلزامية المستثمر الأجنبي بضرورة إجراء التصريح بمشروعه الإستثماري: يُعتبر نظام التصريح بالاستثمار من أبرز مظاهر تجسيد مبدأ حرية الاستثمار، فهو نظام ملازم له، كونه يُعدُّ بمثابة نظام تحفيزي يدعم ويحيط حرية الاستثمار بحماية خاصة، ويتبني المشرع لمثل هذه الآلية صاحبه إلغاء كلياً لكافة العراقيل الإدارية التي كان يُعمل بها في السابق⁽⁵⁰⁾، بعدما كان بمثابة ترخيص مسبق في ظلِّ الاقتصاد الموجه.

لكن بموجب التعديلات المُستحدثة والمُلحقة في سنة 2009 بالأمر 03-01 حالياً يستوجب على المستثمر الأجنبي ضرورة الخضوع لإجراء التصريح بالاستثمار لكي يحظى مشروعه بالموافقة من قِبَل الوكالة (ANDI) كإجراء إداري مُلزم⁽⁵¹⁾، بعدما كان مجرد إجراء شكلي⁽⁵²⁾ واختياري بسيط في ظلِّ الأمر 03-01 قبل تعديله⁽⁵³⁾.

هذا ما يُقرُّ بوضوح مظاهر المساس بمبدأ عدم التمييز في المعاملة التي تقضي بتوحيد الإجراءات الإدارية لتأسيس المشروع ومزاولته، ويُجِدُّ صراحةً مظاهر تبني المعاملة المُزدوجة والتمييزية بين المستثمر الوطني والأجنبي من خلال الإبقاء على جوازية إجراء التصريح بالمشروع وجعله اختياريًا للوطني⁽⁵⁴⁾، مقابل جعله إلزاميًا لشريكه الأجنبي.

4/ إقرار حق الشفعة للدولة كآلية لرقابة المستثمر الأجنبي: لقد أدرج المشرع الجزائري إثر التعديلات المُلحقة بقانون الإستثمار 03-01 حق الشفعة لفائدة الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية التابعة لها عن كلِّ التنازلات على الأسهم والسندات التابعة لشركات الأجنبية التي تُزاوّل نشاطاتها على الإقليم الجزائري سواءً كانت هذه التنازلات بصفة كلية أم جزئية⁽⁵⁵⁾.

للإشارة، أُستحدث حق الشُّفعة في كلِّ من قانوني المالية التكميليين لسنة 2009 وسنة 2010 على التوالي كآلية لرقابة حركية المشاريع الاستثمارية الأجنبية على الإقليم الجزائري للضبط والتعقيد من حرّية تنقل الرأسمال الأجنبي من الجزائر إلى الخارج⁽⁵⁶⁾، وتبعًا لذلك لا يحق للطرف الأجنبي طرح أسهمه للبيع إلا بعد حصوله على شهادة التنازل عن ممارسة حق الشُّفعة المُقدّمة من قِبَل الدولة، مع احتفاظ المشرّع بأحقية وشرعية هذه الأخيرة بممارسته لمدة سنة (1) كاملة نزولاً لمقتضيات المادة 4 مكرّر 3 من الأمر 03-01⁽⁵⁷⁾، لم يكتف المشرّع بهذا الامتياز فحسب، إنّما يمتدُّ كذلك إلى حق الدولة في إعادة شراء مختلف التنازلات عن أسهم وحصص الشركات المساهمة الخاضعة للقانون الجزائري خارج الوطن، وعليه وبالموازاة لا يحق لهذه الشركات الإعلان عن حرّية بيعها لطرف آخر إلا بعد استشارة السُّلطات الجزائرية مُسبّقًا عن كلِّ تنازلي⁽⁵⁸⁾.

ب/الانعكاسات المُترتبة على المساس بمبدأ المعاملة الوطنية المكرّس للمستثمر الأجنبي: بفعل التّدابير القانونية المُدرّجة في ظلِّ قانون المالية التكميلي لسنة 2009 وما يليه والتي كرّست مظاهر التمييز بين المستثمرين الوطني والأجنبي الذي يُعدُّ بمثابة إحدى الضّمّانات الأساسية التي يتمسك بها هذا الأخير، بالتالي إنّ الإخلال بها سوف يُؤدّي حتمًا إلى عزوفه بفعل زعزعة ثقته والمساس بمركزه القانوني، ويتجلى بوضوح ذلك من خلال :

1/المساس بالضّمّانات القانونية المشروعة للمستثمر الأجنبي: يظهر ذلك جليًا من خلال حرمانه من التملك الكلي للمشروع الاستثماري على الإقليم الجزائري، وهذا راجع إلى عدّة مبررات يمكن طرحها على أكثر من صعيد أهمّها:

– إقرار حق الشُّفعة، يُعدُّ بمثابة إحدى التّدابير المُماثلة والحديثة الهادفة لنزع ملكية المستثمر⁽⁵⁹⁾، وبتطبيقه سوف يُؤدّي حتمًا إلى خرق وهدم أحكام المادة 30 من نفس الأمر كقاعدة تُقرُّ صراحةً بقابلية الاستثمارات الأجنبية المُنجزة في الجزائر والمستفيدة من الامتيازات أن تكون محلاً لنقل الملكية، شريطة أن يتعهد المالك الجديد باستيفاء جميع تعهدات المستثمر الأصلي والذي يُقرُّ المشرّع صراحةً كلَّ الحق للمستثمر التّصرف في ملكية مشروعه الاستثماري ببيعه لطرف آخر، لكن المادة 4 مكرّر 3 المشار إليها أعلاه

ألزمت المستثمر بضرورة استشارة السّلطات الجزائرية المختصة، بشرط تخلي هذه الأخيرة عن حقها بموجب شهادة التنازل عن ممارستها لحق الشفّعة⁽⁶⁰⁾.

– علاوةً على ذلك، إنّ تطبيق حق الشفّعة سوف يُؤدّي حتمًا إلى المساس بمبدأ التحويل الحرّ لرؤوس الأموال وعائداته المكرّس بموجب المادة 31 المشار إليها سالفًا من خلال منح الأسبقية للدولة، وذلك بإمكانها من تطبيق حق الشفّعة في غضون (1) سنة كاملة، سوف يُؤدّي بالضرورة إلى تأجيل عملية إعادة تحويل الرأسمال وأرباحه المحقّقة من المشروع⁽⁶¹⁾، والمقيّدة بإجراء الاستشارة الذي يُعتبر بمثابة ترخيص ومؤشّر لتشديد الرّقابة على حركية الرأسمال الأجنبي في الجزائر⁽⁶²⁾.

– أضف إلى ذلك، إنّ إقرار قاعدة الشراكة الدّنيا، تُقيّد من مبدأ حرّية الاستثمار كمبدأ عام يحكم قانون الاستثمار الجزائري أساسه المادة 4، والتي تُؤدّي حتمًا إلى تراجع الأرباح التي يمكن تحقيقها بفعل حصر حصّة المشاركة الأجنبية بنسبة لا تزيد عن 49% المبيّن أعلاه، وكذا السماح للوطنيين المقيمين بفعل تعدّدهم ببسط الرّقابة والاحتفاظ بتسيير المؤسّسة، هذا الوضع كثيرًا ما أقلق المستثمرين الأجانب وأخلط حساباتهم، الأمر الذي دفع ببعضهم إلى المغادرة مباشرةً وآخرون قرّروا إعادة النّظر والتفكير في مشاريعهم التي أطلقوها والتي تمّ الشروع فيها⁽⁶³⁾.

– أكثر من ذلك، إنّ تطبيق حق الشفّعة سيؤدّي لا محال إلى عدّة نتائج خطيرة لا يمكن أن تُحمّد عقابها، حيث حدّر الكثير من المختصين من خطورة الوضع إن استمرت السّلطات العامة في التمسك به كحق امتيازي، كونه سيؤدّي إلى المساس بمبدأ الاستقرار التّشريعي والتنظيمي وإلى تدهور مناخ الأعمال والاستثمار بالمرّة، منه سيؤدّي بدوره إلى عزوف الأجانب⁽⁶⁴⁾، نظرًا لتضرّر مصالحهم، زيادةً على العراقيل التي هي متعدّدة مقارنةً بالمكاسب التي يجنيها ونظرًا لغياب إستراتيجية واضحة وشفافة⁽⁶⁵⁾.

2/ ثقل الإجراءات الإدارية وتعدّدها: إنّ المبالغة والإفراط في تعداد الإجراءات الإدارية، لا تخدم بتاتًا لا مبدأ حرّية الاستثمار الذي أُفرغ من محتواه، ولا المستثمر الأجنبي الذي قيّدت حرّيته وأثقلت كاهله، الأمر الذي لا يُحبّذه إطلاقًا وما يدفعه للتردّد في المغامرة باستثمار رأسماله، ويُمكن إجمال أهمّها فيما يلي :

- إلزامية إعادة استثمار نسبة 30% من الأرباح المحقّقة نظير الامتيازات التي استفاد منها المستثمر في أجل (4) سنوات، وإلاّ تمّ استردادها مع تقدير غرامة مالية⁽⁶⁶⁾.
- إلزامية المستثمر الأجنبي إرساء ميزان فائض بالعملية الصّعبة لفائدة الجزائر، زيادةً على إمكانية اللّجوء إلى التمويل المحليّ طوال مدة المشروع الاستثماري⁽⁶⁷⁾.
- تمديد آجال مراجعة الملفات المتعلّقة بطلب الحصول على مزايا نظامي العام والخاصّ طبقاً للمادة 7 مكرّر، أين تُلزم الوكالة بضرورة الرّد في غضون (72) ساعة للمزايا الممنوحة في مرحلة الإنجاز و(10) أيام للمزايا المقرّرة لمرحلة الاستغلال، لكن أُعيد رفعها وتمديدتها إلى أجل شهرين (02) كاملين على الأقل في 2009⁽⁶⁸⁾.
- الإفراط في تعداد إجراءات الاستثمار المُنجز في الأنشطة المقنّنة مثل الاستثمار في المجال المصرفي، فالمستثمر الأجنبي الذي يودّ فتح فرع لبنك أو المؤسسة مالية، يستوجب عليه الحصول على ترسّانة من الإجراءات الإدارية وتراخيص جدّ مكثّفة لا تخدمه إطلاقاً، هذا ما يفسح المجال واسعاً لبروز كلّ أوجه البيروقراطية و الفساد الإداري⁽⁶⁹⁾.

خاتمة

في إطار مسعى الدولة الجزائرية الرامي لترسيخ الأسس والأطر الصّلبة الداعمة لتوجّه نحو الانفتاح الاقتصادي ومسايرة كلّ التّطورات الحاصلة في جلّ وسائر الدول، عمِل المشرّع على جذب الرأسمال الأجنبي لاستكمال مسار التّنمية الوطنية من خلال توحيد قواعد المعاملة للمستثمر الأجنبي بفعل منحه المزيد من الامتيازات والضّمّانات المماثلة لتلك المقرّرة لقرينه الوطني عملاً بمبدأ المعاملة الوطنية للاستثمارات، تمّ تعزيزه أكثر بتكريسه في القانون الاتفاقي، ونستشهد بمثال حي عن ذلك أزيد أو ما يُقارب حوالي (40) اتفاقية دولية ثنائية، زد على ذلك الاتفاقيات الجماعية التي إنضمت إليها الجزائر والتي كرّست في معظمها هذا المبدأ الدولي.

لكن تغيّرت النظرة بفعل التّدابير المُستحدثة التي ضيّقت الخناق عليه، والتي مستضمّاناته المشروعة في الصميم بموجب التّعديلات المشار إليها سابقاً والملحقة بقانون 03-01 المرجعي كقرارات سيادية تحت شعار حماية الاقتصاد الوطني وتغليب مصلحة الوطنيين على مصلحة الأجانب، وأمام تبيّن هذه القرارات الجريئة والمستحدثة في ظلّ البحبوحة والأرياحية المالية التي سادت ما قبل سنة 2009 وما بعدها، ليست

بالوضعية ذاتها التي يشهدها الاقتصاد الوطني في يومنا هذا، فما هي البدائل والآليات التي يُمكن للسُّلطات العامة طرحها أمام وفي ظلّ خطورة الرهن الاقتصادي للبلاد بفعل تزايد المُستمر للاهتيار وتهاوي أسعار البترول في الأسواق المالية العالمية واستمرار تراجع مدا خيل الخزينة من العملة الصعبة؟، وهل تخدم المصالح العليا للبلاد على المَدِينِين القريب والمتوسط؟، ممّا يجعله رهين تقلبات سوق النفط، فبدلاً من تعزيز ما تمّ تحقيقه والعمل على إصلاح ما كان يجب إصلاحه من خلال تذليل كافة الصّعاب والحواجز التي يشترك فيها كلّ من المُستثمر الوطني والأجنبي كالفساد، البيروقراطية والمُضاربة في العقار الصّناعي... الخ، وإصلاح المحيط العام للاستثمار على وجه الخصوص ومناخ الأعمال عموماً، ظلّت تتراجع عن سياسة التّحفيز والضّمّانات المُكرّسة وتكريس سياسة حمائية، حتّمًا ستؤدّي إلى نفور رؤوس الأموال الأجنبية وتغيير الوجهة نحو التّشريعات التي تعرف نوعاً من الاستقرار وتضمّن لها حدّاً أدنى من الأمان القانوني بعيداً على ما يحدث في الجزائر، أين تُقدّم على تغيير تشريعاتها في أيّة لحظة، ودليل ذلك تعديله (5) مرّات متتالية بموجب قوانين المالية والتكميلية المتعاقبة مؤخراً، ودلالة واضحة للعيان على افتقاد الدولة لرؤية إستراتيجية واستشرافية على مصير ومستقبل الاقتصاد الكلي للبلاد.

الهوامش:

(1) تجسّد وجودها في شكلٍ احتكارات، تأميمات، استثمارات عمومية زيادَةً لتُنظّمات الإدارة المُفرطة، انظر:

-SAAB Ramzi, Le rôle de l'état dans les investissements des entreprises dans les pays en voie de développement: Algérie. Maroc. Syrie, Thèse de Doctorat en Sciences Economiques, Université PANTHEON -ASSAS, Paris2, 1994, p.10.

(2) انظر في ذلك:

-HABERLI Christian, PREISWERK Roy, les investissements en Afrique : Avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana, LGDJ, Paris, 1979, p.173.

(3) لأكثر تفاصيل حول الموضوع، انظر في ذلك:

-ZOUAIMIA Rachid, "De l'état interventionniste à l'état régulateur: l'exemple Algérien", Revue Critique de Droit et des Sciences Politiques, UMMTO, N°1, 2008, p. 7.

(4) لتفصيل أكثر، انظر: سعداني لوناسي ججيجة، "الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر كوسيلة تحفيزية لجذب المُستثمر الأجنبي"، مُداخلة أُلقيت في أعمال الملتقى الوطني حول: "مركز الأجنبي في الجزائر، وضعية الأجنبي: رهان الهاجس الأمني... والتفتّح على الحريات"، المُنظّم من طرف قسم الحقوق، كُلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، (د.س.ن.)، ص ص.62- 64.

(5) بوسهوة نورالدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدُولي والجزائريّ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع: القانون الخاصّ، كَلِيّة الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005، ص ص. 21 و 24 .

(6) أمر رقم 03-01 مؤرّخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج.، عدد 47، صادر بتاريخ 22 أوت 2001، معدّل ومتّم بأمر رقم 08-06 مؤرّخ في 15 جويلية 2006، ج.ر.ج.ج.، عدد 47، صادر بتاريخ 19 جويلية 2006، معدّل ومتّم بموجب أمر رقم 09-01 مؤرّخ في 22 جويلية 2009، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.، عدد 44، صادر بتاريخ 26 جويلية 2009، معدّل ومتّم بموجب الأمر رقم 10-01 مؤرّخ في 26 أوت 2010، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج.، عدد 49، صادر بتاريخ 29 أوت 2010، وبالقانون رقم 11-16 مؤرّخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمّن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر.ج.ج.، عدد 72، صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2011، معدّل ومتّم بموجب القانون رقم 12-12 مؤرّخ في 26 ديسمبر 2012، يتضمّن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر.ج.ج.، عدد 72، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2012، معدّل ومتّم بموجب قانون رقم 13-08 مؤرّخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمّن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ج.ج.، عدد 68، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2014، معدّل ومتّم بقانون رقم 14-10 مؤرّخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمّن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ج.ج.، عدد 78، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2014 .

(7) للمزيد حول المبدأ، انظر بالتفصيل :

-BONOMO Stéphane, Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des états, Presse Universitaires d'Aix -Marseille, 2012, pp.58-59.

-السامرائي دريد محمود، الاستثمار الأجنبي: الموققات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص. 211.

(8) يُراد بقواعد المعاملة؛ "مجموع القواعد المُطبّقة على كلّ من المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي على حدٍ سواء وإخضاع هذا الأخير لنظام قانوني مُوحّد من خلال تمتّعه بنفس قواعد الحماية بدءاً بتأسيس المشروع الأجنبي مروراً باستغلاله إلى غاية تصفيته"، نقلاً عن:

-BONOMO Stéphane, op.cit, pp.33-34.

(9) عيبوط محند وعلي، "الحماية الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية"، مُداخلة أُلقيت في أعمال الملتقى الوطني حول: "أثر التحوّلات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، الجزء 1، كَلِيّة الحقوق والعلوم السّياسية، القطب الجامعي تاسوست، جيجل، يومي 30 نوفمبر و1 ديسمبر 2011، ص. 7.

(10) حنافي أسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصصّ: قانون الأعمال، كَلِيّة الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص ص. 26-27 .

(11) تنصّ المادة 14 من أمر رقم 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار على ما يلي: "يُعالم الأشخاص الطبيعيّون والمعنويّون الأجانب بنفس المعاملة التي يُعالم بها الأشخاص الطبيعيّون والمعنويّون الجزائريّون في مجال الحقوق والواجبات. ويُعالم جميع الأشخاص الطبيعيّين والمعنويّين الأجانب بنفس المعاملة مع مراعاة الاتفاقيّات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية".

-المادة 14 من أمر رقم 03-01، تُقابلها المادة 38 من المرسوم التّشريعي رقم 93-12 مؤرّخ في 15 أكتوبر 1993، يتعلّق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج.، عدد 64، صادر في 10 أكتوبر 1993، معدّل ومتّم بالقانون رقم 98-12 مؤرّخ في 31 ديسمبر 1998، يتضمّن قانون المالية لسنة 1998، ج.ر.ج.ج.، عدد 98، صادر في 31 ديسمبر 1998، (مُلغى).

(12) بمعنى، يجب الأخذ بعين الاعتبار بُنود الاتفاقية التي صادقت عليها الجزائر، ما يُفسّر أنّها تمنح حماية أكبر للمستثمر الأجنبي تفوق تلك الممنوحة للوطني، انظر في ذلك:

يوسف محمد، "مضمون أحكام الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة إدارة، مجلد 12، عدد 23، المدرسة الوطنية للإدارة، 2002، ص. 46. (13) نقلاً عن: صبايحي ربيعة، "حول مدى فعالية مبدأ المعاملة بالمثل في تنظيم مركز الأجانب"، مُداخلة أقيمت في أعمال الملتقى الوطني حول: "مركز الأجانب في الجزائر، وضعية الأجانب: رهان الهاجس الأمني... و التفتّح على الحريات"، المنظم من طرف قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، (د.س.ن.)، ص. 102.

(14) من الصعب تجسيد مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمرين بحذافيره، كونه من الناحية التطبيقية يُمكن أن تلجأ دولة من الدول إلى منح معاملة تفضيلية للأجانب دون الوطنيين، وهذا مرهون بطبيعة الاتفاقيات الثنائية المبرمة من قبل الدولة وتبعاً لسياسة المنتهجة والظروف الاقتصادية المحيطة بكل دولة، للمزيد انظر في ذلك: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص. 8.

كما يمكن أن تتخلى الدولة عليه في ظروف استثنائية لعدّة اعتبارات: كضرورة مراعاة مقتضيات النظام العام الداخلي لها والآداب العامة، المحافظة على المصالح الرئيسية للأمن الوطني، لاعتبارات تتعلق بتنفيذ السياسة النقدية وأسعار الصرف لضبط من حركية رؤوس الأموال التي تهدد استقرار ميزان مدفوعاتها، لأكثر تفاصيل حول الموضوع، انظر في:

ROPOSO DA SILVA TELLES Olivia, La règle du traitement national comme mécanisme d'ouverture des marchés en droit des investissements internationaux, Thèse de doctorat en droit international économique, Université de la Sorbonne, Paris I, 2001, pp.197-201.

(15) المرجع نفسه، ص. 3، الجدير بالذكر، أن معظم الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية كرّست هذا المبدأ صراحةً، لكن تبقى صياغة المصطلحات والمبادئ، الفيصل بين كل اتفاقية وأخرى، ومهما تعددت الصيغ إلا أنّها في مضمونها ترمي إلى نفس الغرض وتصب إلى نفس المقصد وهي الحماية والضمان.

(16) نظراً لاختلاف في صياغة هذا المبدأ من اتفاقية إلى أخرى، أضف إلى الظروف المحيطة بكل منها، ويُمكن أن تعود لتداعيات عدّة: كتوجه نوايا الأطراف المتعاقدة... الخ، للإطلاع حول الموضوع، انظر:

- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص. 267 - 272.

"La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements", Éditeurs OCDE, n°3, 2004, pp.2-3. disponible sur : www.cairninfo.fr.

- راجع المادة 2 من المرسوم الرئاسي 06- 40 مؤرخ في 14 نوفمبر 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فيفري 2006، ج.ر.ج.، عدد 73، صادر بتاريخ 19 نوفمبر 2006، ولتذكير كل الاتفاقيات المشار إليها وردت على سبيل الاستشهاد ببعض النماذج لمجموع الاتفاقيات المبرمة من قبل الدولة الجزائرية لا الحصر.

- السامرائي دريد محمود، مرجع سابق، ص. 213.

(17) راجع المادة 3/ 1 من المرسوم الرئاسي رقم 01- 212 مؤرخ 23 جويلية 2001، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ماليزيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع في الجزائر بتاريخ 27 جانفي 2000، ج.ر.ج.، عدد 42، صادر بتاريخ 1 أوت 2001.

(18) لتعمق أكثر في الفكرة، أنظر: السامرائي دريد محمود، مرجع سابق، ص. 214.

(19) صبايحي ربيعة، مرجع سابق، ص. 102.

- (20) المادة 01 من أمر رقم 03-01، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- (21) لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصّص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011 ص.18.
- (22) لتفاصيل أكثر حول مضمون مبدأ الاستقرار التشريعي، انظر في ذلك:
- TERKI Nour Eddine, " La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie", R.A.S.J.E.P., n°2, Université d'Alger, 2001, pp.19-20.
- (23) راجع المادة 31 من أمر رقم 03-01، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- (24) أكثر تفاصيل حول إجراءات، أموال، ميعاد تحويل رؤوس الأموال وعائداتها، راجع في ذلك: -عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص. 225 وما يليها.
- (25) لعماري وليد، مرجع سابق، ص. 23.
- (26) المادة 16 من أمر رقم 03-01، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- (27) قانون رقم 91-21 مؤرّخ في 27 أفريل 1991، يتعلّق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج. عدد 21، صادر بتاريخ 8 ماي 1991.
- (28) أمّا فيما يخصّ كلّ من شكليات، كيفية تقدير التعويض وأجله، وللمزيد، راجع بالتفصيل: -حسين نورة، " الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر "، المجلة التّقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص ص.82-95.
- (29) تعدُّ ممارسة حق الطّعن المُستحدّث للمستثمر الأجنبي بمثابة امتياز وضمانة تحفيزية وإجرائية ذات أهمية بالغة لمواجهة تعسف الوكالة في استخدام سلطاتها وقراراتها، انظر: لعماري وليد، مرجع سابق، ص.82.
- (30) المادة 7 مكرّز من أمر رقم 03-01، مستحدّثة بموجب المادة 6 من أمر رقم 06-08، يُعدل ويُتمّم أمر 03-01، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- (31) وقصد بالامتيازات الضريبية: "هي مختلف التّشجيعات ذات الطبيعة الجبائية والجمركية"، انظر في ذلك: لعماري وليد، مرجع سابق، ص.58.
- (32) تأخذ الحوافز أو الامتيازات الضريبية شكل إعفاءات أو تخفيضات وللمزيد، انظر في ذلك: -معيفي لعزیز، " دور المعاملة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري للاستثمار "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 2، جامعة عبد الرّحمان ميرة، بجاية، 2011، ص ص.54-57.
- راجع في ذات السّياق: المواد من 9-13 من أمر رقم 03-01، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق، ومختلف التّعديلات المُلحقة به.
- (33) لعماري وليد، مرجع سابق، ص. 58.
- (34) حبو كريمة، "الإجراءات المُتخذة للاستقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الجزائر"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، عدد 1، جامعة الجزائر، 2012، ص ص.179-180.
- (35) لعماري وليد، مرجع سابق، ص. 78.
- (36) المرجع نفسه، ص ص. 78-79.
- (37) للمزيد راجع المادة 3 من المرسوم التّنفيزي رقم 06-356 مؤرّخ في 9 أكتوبر 2006، يتضمّن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج.، عدد 64، صادر بتاريخ 11 أكتوبر 2006.
- (38) حبو كريمة، مرجع سابق، ص. 177.

(39) مهنان إدريس، تطوّر نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص ص.112-113 .

(40) المادة 3ة من المرسوم تنفيذي رقم 06- 355 مؤرخ 19 أكتوبر 2006. يتعلّق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه، ج.ج.ج.ج.، عدد 64، صادر بتاريخ 11 أكتوبر 2006 .

(41) حبوكريمة، مرجع سابق، ص ص.180-181.

(42) لتفصيل أكثر، انظر في ذلك:

-ZOUAIMIA Rachid, " Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'état dirigiste en Algérie ", R.A.S.J.E.P., N°2, Université d'Alger, 2011, pp. 5-6.

(43) راجع في ذلك:

Ibid., p. 6 .

(44) مُستحدثة بموجب المادة 58 من أمر رقم 09-01، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق.

(45) أنظر في ذلك :

BEN TOUMI Mohammed, " Notes sur les mutations du droit de l'investissement étranger "، R.A.S.J.E.P., N°1, Université d'Alger, 2010, p. 29.

(46) تُعدّ الخصوصية بمثابة مُؤشّر يُترجمُ التّواييا الفعلية للمشروع في تشجيع المبادرة الخاصة وتحرير القطاع الخاص، بفعل تدهور الأوضاع الاقتصادية الكبرى للبلاد في نهاية الثمانينات، وما تبعه من تدهور كلي وانخفاض لإيرادات الدولة وتعثر المؤسسات العمومية ممّا أدى لبروز العجز المالي في تمويلها، نقلاً عن : د.أيت منصور كمال، "خصوصية المؤسسة العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري: بين المرونة والتقييد"، مداخلة أُلقيت في أعمال الملتقى الوطني حول:"أثر التّحوّلات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، الجزء 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، القطب الجامعي تاسوست، جيجل، يومي 30 نوفمبر و1 ديسمبر 2011، ص.42.

(47) المادة 13 من أمر رقم 04-01 مؤرخ في 20 جويلية 2001، يتعلّق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، ج.ج.ج.ج.، عدد 47، صادر بتاريخ 22 أوت 2001، معدّل و متمم بموجب الأمر رقم 08-01، مؤرخ في 28 فيفري 2008، ج.ج.ج.ج.، عدد 11، صادر بتاريخ 02 مارس 2008.

(48) راجع في ذلك كلّ من: المادتين 4 مكرّر 1 و 4 مكرّر 2 من أمر رقم 03-01، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق، مستحدثتان بموجب المادة 62 من أمر 09-01، يتضمّن قانون المالية التكميلي ل2009، مرجع سابق.

-تكمّن الغاية من إدراج السّهم النوعي لفائدة الدّولة بعد عملية الخصوصية هي حماية المصلحة الوطنية بالدرجة الأولى وكأليّة للممارسة الرقابة على المؤسسة محل الخصوصية، نقلاً عن: د.أيت منصور كمال، مرجع، سابق، ص ص . 48-49 .

(49) يُعدّ بمثابة مؤشّر أو كآلية مُحفزة للاستثمار الوطني المنجّز في شكل الخصوصية، نفس المرجع، ص. 48-49.

(50) بن يحي زريقة، سياسة الاستثمار في الجزائر: من نظام التصريح إلى نظام الاعتماد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرّحمان ميرة، بجاية، 2013، ص ص. 9 و 25 .

(51) مُستحدثة بموجب المادة 58 من أمر رقم 09-01، يتضمّن قانون المالية التكميلي ل2009، مرجع سابق.

(52) راجع في ذلك:

Article 2 du décret exécutif n°08-98, Correspondant au 24mars2008, relatif à la forme et aux Modalités de la déclaration d'investissement, de la demande et de la décision d'octroi d'avantage, JORA, n °16, du 26 mars 2008.

(53) للتصريح وظيفة إحصائية وإعلامية قصد متابعة حجم المشاريع الاستثمارية المُصَحَّح بها كمًّا ونوعًا. وكذا مقارنتها بحجم المشاريع الاستثمارية المنجزة والمحققة منها فعليًا، وكألية في يد السلطات المعنية ثمكها في تقييم سياسة الاستثمارات المُسَطَّرة والسعي نحو تحسينها، وللمزيد انظر: بن يحي زريقة، مرجع سابق، ص. 11.

(54) نقلاً عن: د. تواتي نصيرة، "نحو تجميد الاستثمار الأجنبي في الجزائر: القطاع المصرفي كنموذج"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص. 25.

(55) زوبيري سفيان، "القيود القانونية الواردة على الاستثمار الأجنبي في ظلّ التشريعات الحالية: ضبط للنشاط أم عودة إلى الدولة المتدخلّة؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 119.

(56) المرجع نفسه، ص. 119.

(57) المادة 4 مكرّر 3، مُستحدثة بموجب المادة 62 من أمر رقم 01-09. يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، معدّلة ومتمّمة بالمادة 46 من أمر 01-10، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، مرجع سابق.

(58) أكثر تفاصيل حول الموضوع، راجع في ذلك كلّ من:

- المادة 4 مكرّر 4 من أمر رقم 03-01، مُستحدثة بموجب المادة 47 من أمر رقم 01-10، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، مرجع سابق.

- ZOUAIMIA Rachid, "le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de la Régression", Revue Académique de la Recherche Juridique, N°2, Université de Béjaia, 2013, p. 15.

(59) نقلاً عن: د. أيت منصور كمال، "الاستثمار في عمليات خوصصة المؤسسات العموميّة الاقتصادية في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 2، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 19.

(60) راجع المادة 30 من أمر رقم 03-01، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

(61) انظر كلّ من: زوبيري سفيان، مرجع سابق، ص. 120، وتواتي نصيرة، مرجع سابق، ص. 31.

(62) أيت منصور كمال، "الاستثمار في عمليات خوصصة المؤسسات العموميّة الاقتصادية في القانون الجزائري"، مرجع سابق، ص. 18.

(63) في هذا الصدد راجع:

- GUESMI Amelle et GUESMI Ammar, "Patriotisme économique, investissements étrangers et sécurité juridique", in: L'exigence et le droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Mohand ISSAD, AJED Édition, Alger, 2011, pp. 285-286.

(64) نظرًا لغياب إستراتيجية اقتصادية واضحة والرؤى ومحدّدة الأهداف تتجلى من جانبيين؛ فقد تبنّى سياسة التفتح الاقتصادي من جهة، وفي ذات الوقت تنتهج وتراجع خدو السياسة الموجّهة التي سادت في فترة الدولة التّدخلية من جهة أخرى، نقلاً عن:

M. Abdou, "Le droit de préemption est –il vraiment une menace pour le climat des affaires en Algérie", El watan, 5 janvier 2011, disponible sur: www.elwatan.com.

(65) بفعلي تذبذب مواقف الدولة الجزائرية، ودليل ذلك التعديلات المتتالية لقانون الاستثمار وإدراجها بموجب قوانين المالية المتسلسلة في السنوات الأخيرة كظاهرة جديدة، نقلاً عن: تواتي نصيرة، مرجع سابق، ص. 27.

(66) كلّ هذه الإجراءات المُستحدثة من قِبَلِ الدولة الجزائرية تسعى من خلالها إلى وضع حدٍ لخروج المبالغ الخيالية من العملة الصّعبة التي يجنّبها المستثمر الأجنبي من الأرباح، ويتجسّد ذلك من خلال إعادة استثمار جزء منها، الأمر يُثير غموض من جانبيين؛ ما يخدم الاقتصاد الوطني من جهة، وما يتعارض مع مبدأ حرّية الاستثمار المكرّسة للمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، في السّياق ذاته، راجع بالتفصيل:

- GASMI Ammar et GASMI Amelle, op. cit, pp. 286-287.
- المادة 57 من أمر رقم 01-09، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مُعدّلة بموجب المادة 51 من قانون 15-18 مؤرّخ في 30 ديسمبر 2015، يتضمّن قانون المالية لسنة 2016، ج.رج.ج.، عدد 72، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2015.
- ⁽⁶⁷⁾ للإشارة، في حالة الضّرورة، يُمكن أن يُرخص بإمكانية الاعتماد على التّمويل الخارجي لتأسيس الاستثمارات ذات البُعد الاستراتيجي، وهذا ما ألت إليه المادة 55/2 من قانون رقم 15-18، المرجع نفسه.
- راجع كذلك: المادة 4 مكرّر 5/1 و 6 على التوالي من أمر رقم 03-01، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- ⁽⁶⁸⁾ التي تطرح إشكال؛ حول عدم تحديد أجل مُعيّن وبالأخصّ في حالة الصمت، وسع المشرّع من صلاحياتها ومنح لها الحرّية المطلقة في ذلك، الشيء الذي يُصعب من مأمورية المستثمر الأجنبي لممارسة حقه في الطّعن بفعل تمديد الميعاد، كونّ عامل الوقت والسّرعَة في البتّ في القرارات من أولى الأولويات لديه، راجع في ذلك : -المادة 7 مكرّر 1 من أمر رقم 03-01، معدّلة ومتمّمة بموجب المادة 59 من أمر رقم 01-09، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق.
- ZOUAIMIA Rachid, " Le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de régression ", op.cit, p.21.
- ⁽⁶⁹⁾ فأين هو مبدأ حرّية الاستثمار من كلّ هذا الذي يقتضي البساطة، المرونة وشفافية الإجراءات، وللمزيد من التفاصيل حول تعدّد تراخيص الاستثمار لمزاولة النّشاط المصرفي كنشاط مقنّن، أنظر في ذلك: تواتي نصيرة، مرجع سابق، ص ص. 27-28.

الإطار التشريعي الجزائري لحق المؤلف*

BENYETTOU Oussama, doctorant
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Batna 1.

بن بطو أسامة، طالب دكتوراه
قسم الحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة باتنة 1.

الملخص:

بعد أن أخذ الوعي بضرورة حماية الإبداعات الفكرية للإنسان بالانتشار والتوسّع في أرجاء المعمورة، بات لزاماً على دول العالم أن تتماشى مع ما وصلت إليه التشريعات الدولية في هذا المجال، ولا يستوي ذلك إلا بسنّ تشريعات خاصة تنظّم أحكام مواضيع الملكية الفكرية، ولا سيما موضوع حق المؤلف.

وفي الجزائر، لم يتخلّف المشرع الجزائري عن اللحاق بركب الدول التي إرتضت الإنضمام لمختلف الإتفاقيات والمعاهدات الدولية الناظمة لموضوع حق المؤلف في العالم والالتزام بأحكامها، فعمد إلى سنّ جملة من التشريعات المتكاملة بضمان أنسب وأقوى حماية للمؤلف الجزائري، والتي تشكّل في مجملها الإطار التشريعي الجزائري لحق المؤلف، وذلك سعياً منه إلى تكريس ثقافة الإبداع والابتكار الفكري في هذا البلد.

الكلمات المفتاحية:

حقوق، المؤلف، التشريع، القانون الجزائري.

Algerian legislative framework of the copyright

Abstract:

After the awareness of the spread of the need to protect intellectual creations in the world, has become imperative for the countries of the world that are in line with the conclusions of the international legislation in this area, it is not only the adoption of special laws governing the provisions of intellectual property issues, particularly the subject of copyright .

* تمّ استلام المقال بتاريخ 10/05/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 27/07/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 27/11/2016.

In Algeria, the Algerian legislature was no exception for countries that agreed to join the various treaties and conventions governing the subject of copyright in the international world and bound by its terms, so he started issuing a set of integrated legislation to ensure the most appropriate protection and stronger for the Algerian author, all this constitutes the legislative framework for Algerian copyright .Et continuing the Algerian legislature to devote culture creativity and intellectual innovation in this country.

Key words:

Copyrights ,Legislation, Law, Algerian .

Le cadre législatif algérien du droit d'auteur

Résumé:

Du fait de la prise de conscience de la nécessité de protéger les créations humaines au niveau mondiale, il est devenu obligatoire à tous les pays du monde de mettre leurs législations nationaux au diapason des conventions internationaux en matière de droit d'auteur.

L'Algérie a adhérer à différentes conventions internationales en la matière et, a édicté une panoplie de textes juridiques garantissant le droit d'auteur et ce, dans le but de consacrer une culture de créativité intellectuelle dans le pays.

Mots clés :

Droits, auteur, législation, droit algérienne.

مقدمة

مما درج لدى الفقه أنّ الإنسان يحظى بعدة حقوق منذ أول صرخة له إيداناً بولادته، فتتنوع هذه الحقوق بين حقوق لصيقة بشخصية هذا الإنسان وحقوق أخرى يكتسبها الإنسان لسبب من الأسباب القانونية أو الشرعية، والمطلع على نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، والعهدين الدوليين الخاصين بالحقوق السياسية والمدنية والحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، والذين يشكّلون في مجملهم ما يمكن إعتباره "دستور حقوق الإنسان"، يرى أنّها قد قسّمت هذه الحقوق إلى قسمين رئيسيين من الحقوق، قسم أول متعلّق بالحقوق السياسية والمدنية وآخر متعلّق بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، فإذا كانت الفئة الأولى تتضمن حقوقاً ذات بعد سياسي وتنظّم علاقة الإنسان بالدولة، فإنّ الفئة الثانية منها تتضمن حقوقاً ذات صلة بالذمة المالية للإنسان، كما تنظّم علاقته بمجتمعه وغيره من الأفراد، ومن ضمن هذه الحقوق نجد حق الإنسان في أن يبدع وأن يبتكر، والمتبوع بحقه في حماية مصالحه المالية والمعنوية الناتجة عن هذا الإبداع

والإبتكار من كافة أشكال الإعتداء عليها. ولما كان من الصعوبة بما كان، أن نتصور تقدم الإنسانية دون أن يكون هناك إبداع وإبتكار يقدمه الإنسان في كل مرة لبني جلدته، بالشكل الذي يسهم في رقي المجتمعات والدول على مستوى ميادين عديدة، كالصناعة والإقتصاد والثقافة وغيرها من الميادين المختلفة، ولما كان إزدهار هذه المجالات مرتبطاً بمواصلة هذا الإنسان لإبداعاته وإبتكاراته الفكرية بتحسينها وتطويرها وخلق بدائل لها في كل مرة، كان حرياً بهذه الدول والمجتمعات إحترام هذا المبدع وإبداعته، مثلما هو حريّ بالدول والجهات التي يهتمها رقي هذه المجالات أن تدعم وتشجع هذا المبدع على مواصلة إبداعه، ومن أوجه تشجيع الإبداع في وقتنا الحالي نجد حماية هذه الإبداعات وحماية مبدعيها حماية قانونية من السطو والإعتداء عليها على النحو الذي يضر بالمصالح المالية والمعنوية للمبدع، وهو الأمر يجعلنا نطرح الإشكالية التالية :

- فيما يتمثل الإطار القانوني الجزائري المنظم لموضوع حقوق المؤلف ؟

كما تطرح في ذات الوقت التساؤلات التالية :

- ما المقصود بحق المؤلف ؟

- ماهو محل هذا الحق ؟

- وما هي الجهات المعنية بإنفاذ القوانين الناظمة لهذا الحق في الجزائر ؟

وللإجابة على كافة هذه التساؤلات سنعمل على إتباع الخطة الموالية :

الإطار المفاهيمي للدراسة: نظراً إلى حداثة موضوع حق المؤلف مقارنة مع باقي حقوق الإنسان السياسية والمدنية أو الإقتصادية والإجتماعية والثقافية المتعارف عليها بدهاءة، والتي عرفت طريقها إلى التنظيم منذ تاريخ بعيد، وبالنظر إلى حداثة إعتداد هذا الموضوع الذي يعدّ أحد أبرز مواضيع الملكية الفكرية، كمادة علمية تدرس داخل المؤسسات العلمية الجزائرية وحتى العربية، إرتأيت كباحث في هذا الموضوع تخصيص هذا الإطار المفاهيمي لبيان المفاهيم العامة ذات الصلة بهذا الموضوع، بالإضافة إلى إعطاء نبذة تاريخية حوله، حتى يكون المطلّع على بيّنة من أمره إزاء الخلفيات والظروف والتطورات التي عرفها موضوع حقوق المؤلف .

1/ مفهوم حقوق المؤلف: قبل الخوض في تاريخ ظهور فكرة حق المؤلف وكذا الخلفيات والظروف التي رافقت مراحل تطوره، لابد علينا أولاً تقديم تعريف شامل وموحد لهذا المصطلح الحديث نسبياً في ميدان دراسة العلوم القانونية وبيان طبيعته القانونية. إذا أردنا إعطاء تعريف لمصطلح حقوق المؤلف، فلابد علينا أولاً من تفكيك تركيبته اللغوية التي تتشكل من كلمتين إثنين، كلمة حقوق وكلمة مؤلف، فإذا كانت عبارة "حقوق" أو "Droits" ليست بالمصطلح الجديد على دارس القانون، بحكم أن أول ما يدرسه هذا الأخير في إطار تكوينه النظري في ميدان العلوم القانونية والإدارية، هو نظريتنا الحق والقانون، فإن عبارة "مؤلف" أو "Auteur" هي التي يمكن إعتبارها مصطلحاً مستحدثاً في علم القانون. وإذا نظرنا لهذا المصطلح كحق من حقوق الإنسان، فإننا نجد بأن التشريعات الدولية النازمة لمسألة حقوق الإنسان قد فصلت بشكل صريح وقاطع في تصنيف هذا الحق بين حقوق الإنسان المختلفة، حينما أدرجته ضمن الفئة المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽¹⁾، بعد تأكيدها أولاً على حرية الإنسان في التأليف والإبداع والإبتكار العلمي والثقافي والتقني⁽²⁾.

وإذا كان ورود هذا الحق ضمن هذه الفئة من الحقوق يفيد معنى واحداً، وهو أن هذا الحق ذو طابع إقتصادي وثقافي وإجتماعي، فإن الفقه قد اختلف وانقسم حول مسألة طبيعة هذا الحق، فمن بين هؤلاء من اعتبره حق ملكية يخول لصاحبه سلطة تملك محل هذا الحق والتصرف فيه، ومنهم من اعتبره حقاً شخصياً لصيقاً بشخصية صاحبه يخول لصاحبه أبوة محل هذا الحق، وهذا ما اصطلح عليه بنظرية وحدة حق المؤلف⁽³⁾، لكن هذه النظرية بشقيها لم تعمّر طويلاً، إذ لاقت إنتقاداً واسعاً مفاده أن كلا الرأيين يُغلب حقوقاً معينة على حساب الحقوق الأخرى، فاستبعدت هذه النظرية بحجة عدم موازنتها بين حقوق المؤلف⁽⁴⁾.

ولما لم تضمن نظرية وحدة الحق تلك الموازنة المطلوبة لإستيفاء المؤلف لكافة حقوقه، برز إلى الوجود الرأي الذي ينادي بإعمال نظرية حقوق الملكية الفكرية، أو ما يعرف بنظرية إزدواجية الحق على موضوع حق المؤلف، والتي مفادها تقرير حقوق أدبية أو معنوية غير قابلة للتصرف فيها أو التنازل عنها أو تقادمها، وحقوق أخرى مالية أو مادية إحتكارية تخوله التصرف في إبداعه كيفما يشاء، ودون أن ينازعه الغير في هذه

الحقوق⁽⁵⁾. وفي هذا الصدد يرى الدكتور محي الدين عكاشة، أنّ ما يميّز هذا الحق عن باقي حقوق الإنسان الأخرى التي سبق وأن بينا تقسيماتها، بالإضافة إلى حقوق الملكية الشخصية والعينية التي تشكّل في مجملها حقوقاً مالية، أنّه حق من نوع خاص ومانع "Droit Exclusif" يخوّل لصاحبه سلطة الإستثناء به دون غيره من الأفراد بالشكل الذي يمكنه من الإحتجاج به لديهم، في الوقت الذي لا يمكن لهؤلاء منازعته عليه، فينقسم هذا الحق إذن، إلى حقوق معنوية مرتبطة بشخصية صاحبها "La personnalité d'auteur"، وحقوق أخرى مادية مرتبطة بالذمة المالية لصاحب هذا الحق "les biens financiers d'auteur" تسمح له باستغلال محلها الذي قد يكون عبارة عن مصنّف أدبي مكتوب أو مصنّف أدبي شفوي، على الوجه الذي يعود عليه بالمنفعة المادية أو الإقتصادية⁽⁶⁾.

2/التطور التاريخي لفكرة حقوق المؤلف: تتباين الآراء حول التاريخ الفعلي لأوّل ظهور لفكرة حق المؤلف، فينقسم الفقه حول هوية القوم والدولة الذين عرفوا بداية بروز هذه الفكرة، فمنهم من يربط بدايتها بتاريخ إختراع آلة الطباعة في أوروبا والتي مثّلت إختراع القرن الخامس عشر، لكن جانباً آخر من الفقه ينفي ذلك، ويؤكّد في ذات الوقت أنّ العالم عرف فكرة الطباعة قبل هذا الوقت من قبل الصينيين الذين عرفوا الطباعة عبر الورق لكن دون استعمالها في مجال التأليف، ومن دون أن يعلم الأوروبيون بذلك، فيما يرجع رأي آخر بداية ظهور هذه الفكرة إلى اليونانيين والرومانيين القدامى، الذين كانوا يدركون أهمية الحق المعنوي للمؤلف، حتى أنّهم كانوا يعاقبون الشخص الذي ينتحل أعمال غيره في ميادين العلوم والفنون والأدب، فكانوا يعتبرون هذه الإعتداءات أفعالاً شائنة تستلزم العقاب⁽⁷⁾. أما عند العرب والمسلمين فعرف هؤلاء آثار فكرة حق المؤلف في صورة سرقة القصائد الشعرية، أين كان بعض الشعراء يلقون على سماع الملوك والسلطين آنذاك أشعاراً لشعراء آخرين، أما أهم المؤلفات لدى العرب والمسلمين فتتمثّل في مخطوطات القرآن الكريم⁽⁸⁾. وعلى هذا الأساس، أمكن اعتبار أنّ فكرة حماية الأعمال الأدبية ليست وليدة اليوم فحسب، وإنّما كانت موجودة منذ القدم لكن بصور متعددة تختلف عن المفهوم الحديث لحق المؤلف، وبحسب جانب من الفقه، فإنّ الفقه والتشريع الرومانيين يبدوان أقرب من

نظرائهما لهذا المفهوم الحديث لحق المؤلف في حماية مؤلفاته⁽⁹⁾. وشهد القرن السادس عشر لاحقاً ثورة تشريعية داخلية-إن صح القول-أسهمت في تطور فكرة الملكية الفكرية عموماً وحق المؤلف تحديداً، وذلك على مستوى عدد من دول القارة الأوروبية مباشرة بعد إختراع آلة الطباعة من طرف المخترع "يوهان جوتنبرغ"، أين أدرك الأوروبيون آنذاك أهمية التأليف، لاسيما بعد منح الدول للمطابع إمتياز طباعة المخطوطات القديمة⁽¹⁰⁾.

وتتضارب الآراء حول هوية أول تشريع داخلي منظم لموضوع حق المؤلف بين فرنسا وإنجلترا، ففي إنجلترا صدر أول قانون خاص بحماية حق المؤلف في سنة 1710، وسي آنذاك ب"قانون أن"، إذ نجد بأن هذا القانون اعترف لصاحب المصنّف بحق مانع واستثنائي على إنتاجه الذهني، أما في فرنسا فعرف الفرنسيون أول قانون يعترف بحقوق الملكية الأدبية وخصوصيتها عن الملكيات الأخرى سنة 1770، وكان ذلك على يد الملك لويس السادس عشر من خلال إصداره لعدة مراسيم في هذا الشأن⁽¹¹⁾، ليتوالى لاحقاً ظهور التشريعات الوطنية في دول العالم، ولعل أبرزها قانون المؤلف الأمريكي لسنة 1970 الساري المفعول إلى غاية اليوم بعد أن طرأت عليه بعض التعديلات التي أملتتها التطورات الحاصلة في هذا المجال، واستمر هذا التطور إلى غاية إقتناع هذه الدول بضرورة تدويل هذا الحق، كما سيأتي بيانه لاحقاً.

أولاً/ تقسيمات حقوق المؤلف: كما سبق لنا وأن أوضحنا فيما يتعلق بطبيعة حقوق المؤلف، أين علمنا بأن هذا الحق هو حق ذو طبيعة مزدوجة، يخوّل لكل صاحب إنتاج ذهني في ميادين العلوم والفنون والأدب حقوقاً أدبية ومالية، بالشكل الذي يدفع عنه أية إعتداءات قد تطال أعماله الفكرية.

1/الحقوق الأدبية للمؤلف: وتسمى كذلك الحقوق المعنوية، إذ نجد بأن نظام الحماية المسمى نظام حقوق المؤلف يمنح جملة من الحقوق الأدبية، والتي يكون الهدف الأساسي من تقريرها هو توجيه رسالة صريحة إلى المؤلف على أنّ إبداعه هو محل تقدير وتبجيل من المجتمع، هذه الحقوق تتميز عن نظيرتها من الحقوق على أنّها غير قابلة للتقادم أو الحجز، أو للتصرف فيها سواء بالبيع أو التأجير أو حتى التنازل⁽¹²⁾، وسوف نعمل على إستعراض هذه الحقوق بإيجاز على النحو التالي:

أ- حق الأبوة: ومفاده أنّ لكل مؤلف الحق في أن يرتبط المصنف الذي قام بتأليفه بإسمه هو دون غيره، فله أن يذكر إسمه الشخصي والعائلي أو أي إسم آخر مستعار على الدعامة المناسبة للمصنف، فيكون من الواجب على ورثته بعد وفاته إحترام قراره سواء في ذكر إسمه أو إخفائه مالم تكن هناك وصية، ويعتبر الفقه هذا الحق أسمى وأقدس الحقوق الأدبية الممنوحة للمؤلف⁽¹³⁾.

ب- حق الكشف عن المصنف: يسمى كذلك بالحق في تقرير النشر، ومعناه أنّ لصاحب المصنف وحده الحق في الكشف عن محتوى المصنف للجمهور، في الزمان والمكان الذين يختارهما هو دون غيره، ويعزو البعض سبب ذلك إلى أنّ المؤلف وحده من يعلم بمدى جاهزية مصنفه للنشر⁽¹⁴⁾.
وجدير بالذكر، أنّ المشاركة بالمصنف في المعارض الدولية أو الوطنية بمثابة كشف، حتى وإن لم تتم بعد عملية توزيع المصنف.

ج- حق السحب أو العدول: يسمى هذا الحق كذلك بالحق في التوبة، ويفيد هذا الحق أنّه يجوز للمؤلف أن يقوم بسحب كافة نسخ مصنفه المنشور أو المطروح للتداول أمام الجمهور، كما يجوز له العدول أو التراجع عن نشر مصنفه قبل أن يتم طرحه للتداول أمام الجمهور، في الحالة التي يرى فيها المؤلف أن محتوى المصنف لم يعد يعبر عن قناعاته، وما يميّز هذا الحق أنّه يقف على شرط جوهرى مفاده أنّ أي إستعمال لهذا الحق يُوقع على عاتق المؤلف عبء دفع مبلغ عادل للغير المتضرر من إستعماله هذا الحق⁽¹⁵⁾.

د- حق إشتراط سلامة المصنف: ويسمى كذلك بحق المؤلف في دفع الإعتداء عن مصنفه، ومعناه أنّه يحق لصاحب المصنف أن يشترط على الغير سواء كان ناشراً أو مستهلكاً ألا يخضع مصنفه لأية تعديلات أو تحويرات، من شأنها أن تغير في مضمونه أو أهدافه، أو تسيء إلى سمعته وصورته كمؤلف أو شرفه كشخص⁽¹⁶⁾.

ه- الحق في التعديل: ومعنى هذا الحق، أنّه يجوز لصاحب الإبداع أن يقوم بإخضاع مصنفه إلى عمليات تنقيح سواء قبل طرحه أو بعد طرحه للتداول أمام الجمهور، وذلك كمدادعت الحاجة إلى القيام بهذه العملية⁽¹⁷⁾.

2/ الحقوق المالية للمؤلف: وتسمى كذلك بالحقوق المادية، وتختلف هذه الحقوق عن الحقوق الأدبية السابق بيانها، في كونها قابلة للتصرف فيها بكافة صور التصرف القانونية، كما أنّها قابلة للتنازل عنها جزئياً أو كلياً، وهي قابلة للتقادم والحجز عليها أيضاً⁽¹⁸⁾.

وتتمحور هذه الحقوق أساساً في حقي الإستغلال والتتبع، فحق الإستغلال مفاده حق المؤلف في إستغلال مصنّفه على الوجه الذي يعود عليه بالمنفعة المالية أو الإقتصادية، إذ يستوي أن يكون هذا الإستغلال شخصياً أو عن طريق الغير، وعلى هذا الأساس نجد بأنّ صور هذا الإستغلال تتفرّع إلى :

أ/ الحق في الإستغلال المباشر: ومفاد هذا الحق، أنّ للمؤلف حق في التصرف في مصنّفه بصفة مباشرة وشخصية ودون الإستعانة بالغير، فيكون له الحق في هذه الحالة أن يقدّم مصنّفه في شكل أداء علني أمام الجمهور، أو أن يتصرف فيه ببيع أو تأجير نسخ منه للجمهور، على الشكل الذي يعود عليه بالمنفعة المادية.

ب/ الحق في الإستغلال غير المباشر: ومعناه أنّه يحق لصاحب المصنّف التصرف في مصنّفه بطريقة غير مباشرة، فله الحق أن يمنح تراخيص إمتياز للغير بمقابل مادي، تمكّن هؤلاء من بيع أو تأجير نسخ من المصنّف للجمهور، وفي حدود الكمية والمدة التي ينص عليها هذا الترخيص .

ج/ الحق في التنازل عن الحقوق المالية: إذا كانت الحقوق الأدبية غير قابلة للتنازل عنها للغير كأصل ومبدأ عامين، فإنّ الحقوق المالية بخلافها قابلة لأن يتنازل عنها صاحبها أو مالكمها الشرعي للغير سواء كان ذلك بشكل كلي أو جزئي، وبمقابل مادي أو بغير مقابل مادي، كأن يهبها أو يتبرع بها للغير⁽¹⁹⁾.

د/ الحق في تتبّع المصنّف: أما هذا الحق فيفيد بأنّ للمؤلف وحده الحق في تتبّع مصنّفه في كافة مراحل إستغلاله، ولدى كل شخص يصل إليه المصنّف، فله أن ينازع الغير ويحتج بهذا الحق لديهم، وذلك في حالة حيازتهم المصنّف عن طريق الغير، أي بغير علاقة تعاقدية مباشرة بينهم وبين صاحب المصنّف الأصلي، إذ يحق لهذا الأخير في هذه الحالة المطالبة بنسبة معينة من ثمن المصنّف من عند الغي⁽²⁰⁾.

ثانياً/الإطار التشريعي الوطني لحق المؤلف الجزائري : بعد بياننا لمفهوم حقوق المؤلف والتطور التاريخي لهذا الحق وطبيعته المادية والقانونية، بالإضافة إلى بياننا لتقسيمات هذه الحقوق، سنعمل على بيان الإطار القانوني الوطني الذي ينظم هذا النوع من الحقوق في الجزائر، وذلك على النحو التالي:

1/حق المؤلف في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر: كما هو معلوم فإنّ الجزائر وعلى غرار عدة بلدان لاسيما الأفريقية منها عانت وعلى مدار عدة عقود من ويلات الإستعمار الأجنبي، ولم تنل إستقلالها سوى منذ فترة ليست ببعيدة من يومنا هذا، ولعل هذا الوضع كان أحد الأسباب المباشرة في التخلف الثقافي والإقتصادي لهذه الدول وشعوبها، لكن وبالرغم من ذلك ما فتئت دولة كالجزائر من نيل إستقلالها، حتى سارعت إلى الإنضمام والمصادقة على مختلف المواثيق والصكوك الدولية، ومن ذلك تلك المواثيق الدولية ذات العلاقة بالإبداع والإبتكار الفكري للإنسان، كالإتفاقيات الناظمة لمواضيع الملكية الفكرية، ولاسيما موضوع حق المؤلف .

أ-حق المؤلف في إتفاقية برن لحماية المصنّفات الأدبية والفنية : بعد أن أخذ الوعي بضرورة حماية الإنتاج الفكري للإنسان في الإنتشار والتوسع داخل دول العالم، ولاسيما دول القارة الأوروبية، أجمعت لاحقاً هذه الدول بمعية دول أخرى من مختلف القارات على ضرورة إستحداث إتفاق دولي جامع وشامل لمواضيع الملكية الأدبية والفنية، وبالأخص موضوع حقوق المؤلف، فكان أن اجتمعت هذه الدول بالعاصمة السويسرية برن سنة 1886، واتفقت حينها على توقيع أول إتفاقية دولية متعددة الأطراف تعنى بحماية المصنّفات الأدبية والفنية في العالم أجمع، وقد أخضعت هذه الإتفاقية لعدة تعديلات كان آخرها سنة 1979 بالعاصمة الفرنسية باري⁽²¹⁾، وتخضع هذه الإتفاقية لإدارة المنظمة العالمية للملكية الفكرية المعروفة إختصاراً باليوبو "W.I.P.O"⁽²²⁾. وقد انضمت الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لهذه الإتفاقية مبدية بعض التحفظات سنة 1997 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-341⁽²³⁾. وأتت هذه الإتفاقية التي تحتوي على 38 مادة وملحق يتضمن 6 مواد خاصة بتحفظات الدول الأعضاء، على تنظيم كافة الأحكام والمعايير المتعلقة بحماية مواضيع الملكية الأدبية والفنية، ولاسيما موضوع حق المؤلف، فبيّنت طرق الإنضمام إليها والانسحاب منها، كما بيّنت

المبادئ والمعايير والشروط العامة لحماية أي مصنف أدبي أو فني، كما أوضحت مختلف الحقوق التي ترد للمؤلفين عن هذه الحماية، بالإضافة إلى علاقة صاحب المصنف مع الغير، من أهم مبادئه مبدأ المعاملة الوطنية والحماية التلقائية والإستقلالية، كما تركت هذه الإتفاقية الباب مفتوحاً أمام الدول الموقّعة عليها والبالغ عددهم 168 دولة لاختيار السبل والإجراءات المناسبة لإنفاذ أحكامها على المواطنين والمقيمين داخل هذه الدول⁽²⁴⁾.

ب- حق المؤلف في الإتفاقية العالمية لحق المؤلف: أنشئت هذه الإتفاقية التي نظّمت أحكامها في 21 مادة كاملة، وبمبادرة من منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة اليونسكو "U.N.E.S.C.O" في 06 سبتمبر من عام 1952 بالعاصمة السويسرية جنيف، ودخلت حيز النفاذ في 16 سبتمبر 1955، أخضعت الإتفاقية لأول وآخر تعديل في 24 جويلية 1971 بالعاصمة الفرنسية باريس، وبحسب مضمون ديباجتها فإنّ الهدف الأساسي من إستحداثها هو إعطاء بعد دولي أكبر لحماية موضوع حق المؤلف عبر إستحداث نظام دولي يناسب كافة الدول⁽²⁵⁾، ويرى جانب من الفقه بأنّ أحكامها المتعلقة بحق المؤلف تكاد تكون صورة طبق الأصل لإتفاقية برن السابق بيانها، وهي لا تعارضها في كافة أحكامها، لكن جانباً آخر من الفقه يرى بأنّ أحكامها مكتملة لأحكام إتفاقية برن التي تعدّ بمثابة دستور للملكية الأدبية والفنية، وبالأخص موضوع حق المؤلف⁽²⁶⁾.

وانضمت الجزائر لهذه الإتفاقية بتحفظ في 18 ماي 1973 بموجب الأمر رقم 73-26، ودخلت هذه الإتفاقية حيز النفاذ في الجزائر بتاريخ 10 جويلية⁽²⁷⁾ 1974، مع العلم بأنّ كافة التحفظات المقدمة من طرف الجزائر بشأن هذه الإتفاقية كلها تنصبّ على المادتين 5 مكرر3 و5 مكرر4، والمتضمنتين حق الدول النامية في ترجمة واستنساخ المصنّفات الأدبية والفنية والعلمية، وضرورة إدراج أحكام ملزمة تنص على منح تراخيص في هذا الشأن لهذه الدول النامية⁽²⁸⁾.

د- حق المؤلف في معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف: مع تطور تقنيات الإتصال وتبادل المعلومات الحديثة وظهور ما بات يعرف بشبكة الإنترنت، برزت معها إلى الوجود إشكالية حماية حقوق المؤلف على مستوى هذه البيئة الجديدة، والتي تتميز بصعوبة

مراقبة ماتحتويه من معلومات وبيانات، وصعوبة التحكم في إنتشار المصنّفات المقلّدة فيها، بالإضافة إلى صعوبة التعرف على هوية المعتدي على حقوق المؤلف⁽²⁹⁾.

وفي ظل هذه الوضعية، دعت الحاجة القائمين والمهتمين بمجال حماية الملكية الفكرية وحق المؤلف على وجه التحديد إلى التفكير في إستحداث إتفاقية دولية جديدة، تنظّم حماية حقوق المؤلف في البيئة الرقمية "الإترنت"، وهذا ماحدث بالفعل في 20 ديسمبر من سنة 1996، أين وقّعت عدة دول بالعاصمة السويسرية جنيف على إتفاقية الويبو بشأن حق المؤلف والمعروفة إختصاراً بـ "W.T.C"، وتضم هذه الإتفاقية منذ إنشائها وإلى غاية سنة اليوم 93 دولة منضمة أو مصادقة على الإتفاقية⁽³⁰⁾.

إنضمت الجزائر إلى هذه المعاهدة في 31 أكتوبر سنة 2013، بموجب مرسوم رئاسي لم يتم نشره إلى غاية كتابة هذه الأسطر على مستوى الجريدة الرسمية الجزائرية، ودخلت الإتفاقية حيز النفاذ بالجزائر في 31 جانفي/يناير 2014⁽³¹⁾.

2/حق المؤلف في التشريع الجزائري الداخلي: إلى جانب المواثيق الدولية الخاصة بموضوع حق المؤلف التي صادقت وانضمت لها الجزائر رسمياً، وأخذاً بعين الإعتبار مسألة سموّ الإتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تصادق عليها الدولة على دستورها وعن مختلف قوانينها الداخلية، نجد بأنّ هناك تشريعات أخرى وطنية نظّمت موضوع حق المؤلف في الجزائر سواء بصفة خاصة أو في جزء من أحكامها، وهي القوانين التي سنعمل على استعراضها بإيجاز على النحو التالي :

أ-حق المؤلف في الدستور الجزائري: يُعدّ الدستور أسمى التشريعات الوطنية داخل الدولة الواحدة، وبالنسبة للجزائر فقد شهدت أربعة دساتير كاملة منها اعتبر دستوراً قائماً بذاته ومنها ما اعتبر مجرد تعديل لدستور قائم، وهذه الدساتير هي: دستور 1963، دستور 1976 المعدل سنة 1988، دستور 1989 وأخير وليس آخراً دستور 1996، هذا الأخير هو الدستور الحالي والساري المفعول في الجزائر، وقد أخضع هذا الدستور لتعديلين اثنين سنتي 2002 و2008، كما تدرس الدولة الجزائرية حالياً إمكانية إحداث تعديل جديد عليه في السنوات القليلة القادمة⁽³²⁾.

وإذا كنا لا نعجب لعدم تضمن دستور 1963 لأية أحكام ذات علاقة بموضوع الإبداع الفكري، بالنظر لحدثة إستقلال الدولة آنذاك، وإهتمامها بتشكيل مكونات

ومؤسسات الدولة حينها، فإنّ دستور 1976 تضمّن بالفعل موضوع حرية التأليف والإبداع الفكري والفني والعلمي وحمايتها قانوناً⁽³³⁾، وكان ذلك نتاجاً لإنضمام الجزائر إلى بعض المواثيق الدولية السابق بيانها، كما كُرس هذا الإقرار كذلك في دستور 1989 لكن مع تغيير رقم المادة من 54 إلى 36، واستبدال عبارة حرية التأليف بعبارة حقوق المؤلف⁽³⁴⁾، وذات الأمر شهده دستور 1996 الساري المفعول مع تغيير رقم المادة من 36 إلى 38 والإحتفاظ بالصياغة السابقة لنص المادة⁽³⁵⁾.

ب- حق المؤلف في التشريعات الجزائرية الخاصة: بعد إنضمام الجزائر إلى إتفاقية برن وإتفاقية العالمية لحق المؤلف، وإقرارها دستورياً بحرية المواطن الجزائري في الإبتكار العلمي والفني والأدبي، والإلتزام بحماية مصالح المؤلف أو حقوقه المالية والمعنوية، كان لزاماً على الدولة آنذاك إستحداث تشريعات وطنية تتماشى مع هذه المواثيق والإلتزامات الدولية، وهذا ماحدث بالفعل حينما أصدر المشرع الجزائري الأمر رقم 73-14 المتضمن القانون الجزائري لحق التأليف، وكان ذلك في أعقاب مصادقة الجزائر على الإتفاقية العالمية لحق المؤلف سنة 1973⁽³⁶⁾.

وبعد انضمام الجزائر لإتفاقية برن سنة 1997 سارع المشرع الجزائري إلى إلغاء هذا القانون وإصدار الأمر رقم 10-97 المتضمن قانون المؤلف الجزائري، ليتماشى مع أحكام إتفاقية برن التي تعدّ القانون الأم لحق المؤلف كما سبق لنا بيانه، ولا سيما إستحداث ما بات يعرف بالحقوق المجاورة وضمها لقانون المؤلف⁽³⁷⁾.

وفي سنة 2003، شهدت الجزائر ثورة تشريعية - إن صح التعبير- في مجال تنظيم مواضيع الملكية الفكرية، ومن ضمنها موضوع حق المؤلف، وذلك من خلال إصدار الأمر رقم 03-05 المتضمن قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁽³⁸⁾، والذي وصف بأنّه القانون الأكثر تماشياً مع المواثيق الدولية الناظمة لموضوع حق المؤلف، إذ أنّ مايميز هذا القانون أنّه جمع كافة الأحكام التي جاءت بها الإتفاقيات الدولية التي انضمت لها الجزائر رسمياً، وكذا الأحكام التي اجتهد المشرع الجزائري في سنّها منذ سنة 1973 وإلى غاية سنة 2003 تماشياً مع طبيعة النظام والمجتمع الجزائريين وإستغلالاً للفرصة التي أتاحتها إتفاقية برن للدول الأعضاء في حرية إختيار الطرق والسبل الأكثر ملاءمة لإنفاذ أحكامها داخل هذه الدول.

ج-حق في المؤلف في التشريعات الجزائرية ذات الصلة بحق المؤلف: إذا كانت التشريعات الخاصة السالف بيانها تنظم موضوع حق المؤلف بصورة مباشرة، فإنّ هناك تشريعات وطنية أخرى تنظم بعض الأحكام ذات الصلة بموضوع حق المؤلف ولكن بصورة غير مباشرة، وهي القوانين التي سنعمل على إيجازها على النحو الآتي:

- القوانين المكملة لقانون حق المؤلف: يضاف إلى الأمر رقم 03-05 المتضمن القانون الخاص بحق المؤلف، قانون آخر يتضمن إنشاء ما يعرف بالديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي تعرف إختصاراً بـ "O.N.D.A"، وهي الجهة الإدارية الرئيسية المعنية بمسألة السهر على إنفاذ حقوق المؤلف والحقوق المجاورة داخل الجزائر⁽³⁹⁾. بالإضافة إلى قانون الإعلام الجزائري رقم 12-05 لسنة 2012، والذي ينظم الأحكام المتعلقة بالمصنّفات الجماعية كالدوريات والمجلات وماشبهها⁽⁴⁰⁾، إضافة إلى القانون رقم 96-16 المنظم لأحكام الإيداع القانوني للمصنّفات الأدبية والفنية والعلمية وغيرها من الأعمال الفكرية الأخرى التي تندرج ضمن أقسام الملكية الفكرية⁽⁴¹⁾، وكذا القانون الجزائري رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل في صيغته لسنة 1997، والذي ينظم في جزء من أحكامه عقود العمل والمقاوله التي يكون موضوعها مصنفاً أدبياً أو علمياً أو تقنياً⁽⁴²⁾.

- قوانين التجارة الجزائرية: والمتمثلة أساساً في كل من القانون التجاري الجزائري رقم 75-59 بصيغته المعدلة لعام 2007⁽⁴³⁾، وقانون المنافسة الجزائري رقم 10-05 لعام 2010⁽⁴⁴⁾، كذا القانون رقم 10-06 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لعام 2010⁽⁴⁵⁾، بالإضافة إلى قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لعام 2009⁽⁴⁶⁾، كافة هذه التشريعات التجارية تعنى بتنظيم الأحكام ذات البعد التجاري لموضوع حق المؤلف.

- القوانين الإجرائية: والمتمثلة أساساً في كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 لسنة 2008 والذي دخل حيز النفاذ سنة 2009، لاسيما تحديده للأقطاب المتخصصة كجهة مختصة نوعياً في المنازعات المتعلقة بمواضيع الملكية الفكرية وعلى رأسها موضوع حق المؤلف، بالإضافة إلى بيان الجهات المختصة إقليمياً للنظر في هذا

النوع من المنازعات⁽⁴⁷⁾ وكذلك قانون الإجراءات الجزائية رقم 66-155 لسنة 1966، والذي ينظّم في جزء من أحكامه الإجراءات الجزائية المتبعة في جرائم التعدي على حقوق المؤلف وحقوق الملكية الفكرية عموماً⁽⁴⁸⁾.

- القوانين الوقائية لحق المؤلف: وهي القوانين التي تعمل على منع الإعتداء على حقوق المؤلف قبل وقوعه، أو الحدّ منه على أقل تقدير، وتتمثل هذه القوانين الوقائية أساساً في قانون الجمارك الجزائري رقم 98-10 لسنة 1998⁽⁴⁹⁾، والقانون رقم 09-04 لسنة 2009، المتضمّن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها⁽⁵⁰⁾، بالإضافة إلى الأمر رقم 05-06 لسنة 2006 والمتعلق بمكافحة التهريب بالجزائر⁽⁵¹⁾، في شقها المتعلق بتهريب أو تقليد أو نسخ ونشر مختلف المصنّفات المحمية قانوناً.

- القوانين المنظمة للجزاءات المختلفة الواردة على حماية حقوق المؤلف: والتي تتمثل أساساً في كل من القانون المدني الجزائري رقم 75-58 بصيغته المعدّلة لسنة 2007، والذي ينظّم في جزء من أحكامه مسألة الجزاء المدني المتمثل في التعويض الناجم عن التعدي على حقوق المؤلف المالية والأدبية⁽⁵²⁾، بالإضافة إلى قانون العقوبات الجزائري رقم 66-156 بصيغته المعدّلة لسنة 2014، والذي يحدّد في جزء من أحكامه العقوبات الواجب تطبيقها على الأشخاص المعتدين على حقوق المؤلف وحقوق الملكية الفكرية عموماً، بحيث نجد أنّ هذا القانون يعتبر كل اعتداء على مصنّفات أدبية أو فنية بمثابة جنحة تقليد تستلزم العقاب جزائياً⁽⁵³⁾.

خاتمة

إنّ موضوع حق المؤلف من المواضيع الحديثة نسبياً في مجال دراسة العلوم القانونية، وعلى رغم من هذه الحداثة النسبية إلا أنّ هذا الموضوع أخذ نصيب الأسد من إهتمامات الدول والهيئات الدولية المعنية، وذلك بالنظر للإرتباط الوثيق لهذا الموضوع مع عدة مجالات حساسة داخل الدولة الواحدة، لاسيما أنّ ربط الفقه الحديث قياس مستوى تطور وإزدهار الدول إقتصادياً وثقافياً واجتماعياً بمدى رصدها للحماية القانونية الأمثل للمبدعين والمبتكرين لديها، وعلى هذا الأساس كانت دراستنا

للإطار التشريعي لحق المؤلف داخل دولة الجزائر، والتي خلصنا في ختامها إلى جملة من النتائج التي نستعرضها بإيجاز على النحو التالي :

1- أنّ حق المؤلف يعدّ من الحقوق ذات الطبيعة الخاصة، فيتميّز عن باقي حقوق الإنسان الذي هو جزء لا يتجزأ منها، بإزدواجية الحق فيه وتفرّعها إلى حقوق مالية وأخرى معنوية، يستأثر المؤلف دون غيره بامتلاكها وبحرية التصرف فيها .

2- أنّ حق المؤلف ينتمي للجيل الثاني من فئات حقوق الإنسان، التي هي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وما يميز هذا الحق عن باقي الحقوق التي تنتمي إلى هذه الفئة من الحقوق، أنّ لهذا الحق أبعاد اقتصادية واجتماعية وثقافية في نفس الوقت .

3- أنّه ليس كل إنسان هو مؤلف وليس كل مؤلف هو إنسان، فالمؤلف وفقاً للمفهوم الحديث لحق المؤلف هو كل إنسان مبدع لعمل أو إبتكار أصيل، كما أنّه ليس بالضرورة أن يكون المؤلف شخصاً طبيعياً فيستوي أن يكون المؤلف شخصاً معنوياً كما هو الحال مع الدوريات والمجلات والمصنفات الجماعية عموماً .

4- أنّ موضوع حق المؤلف تاريخ طويل وضارب إلى العصور القديمة، لكنه عرف في عدة حضارات بصور متعددة ومختلفة، تختلف في مجملها عن المفهوم الحديث لهذا الحق .

5- أنّ موضوع حق المؤلف تشعبات عديدة تؤكّد عليها إرتباطاته العديدة مع كثير من المجالات داخل الدولة الواحدة، لاسيما على الصعيد التجاري أو الإقتصادي والصناعي، وحتى على الصعيد الثقافي والاجتماعي .

6- أنّ المشرع الجزائري عمد بعد نيل الجزائر لإستقلالها إلى الإنضمام لمختلف المواثيق المنظّمة لموضوع حق المؤلف وحق الملكية الفكرية عموماً، سعياً منه إلى تكريس هذه الثقافة لدى الشعب الجزائري وهي في بدايات بروزها دولياً .

7- أنّ المشرع الجزائري عمد إلى سن تشريعات خاصة وأخرى مكتملة لموضوع حق المؤلف تتماشى ومضامين الإتفاقيات التي انضمت إليها الجزائر رسمياً، بالإضافة إلى إستحداثه لهيئة إدارية خاصة تعنى بإنفاذ هذه الحقوق في الجزائر .

8- أنّه على الرغم من الإنضمام والتصديق الرسمي للجزائر في نهاية عام 2013 على معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف والمعروفة اختصاراً بإتفاقية الإنترنت، ودخولها

حيّز النفاذ رسميا في الجزائر مطلع سنة 2014، إلا أنّه لم يتم إلى غاية كتابة هذه الأسطر نشر المرسوم الخاص بالإنضمام لهذه المعاهدة على مستوى الجريدة الرسمية الجزائرية.

الهوامش:

(1) راجع نص المادة 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقا للمادة 27، موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان باللغة العربية، منظمة الأمم المتحدة، تاريخ الإطلاع السبت : 14 مارس 2015 على الساعة 18:33.

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

(2) راجع نص المادة 27 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية لسنة 1945، موقع منظمة الأمم المتحدة باللغة العربية، تاريخ الإطلاع السبت 14 مارس 2015 على الساعة 18:37.

<http://www.un.org/ar/documents/udhr>

(3) محمد الأمين بن الزين : محاضرات في الملكية الأدبية والفنية لطلبة ل م د (حقوق المؤلف والحقوق المجاورة)، كلية الحقوق جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، الموسم الجامعي 2011-2012، ص من 25 إلى 27.

(4) محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية / الجزائر، 1985، ص 60.

(5) محمد الأمين بن الزين، المرجع نفسه، ص 28 و 29.

(6) معي الدين عكاشة : حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بين عكنون/الجزائر، 2005، ص 34 و 35.

(7) عمار الزاهي، محاضرات حول حقوق المؤلف لطلبة السنة الرابعة في مقياس الملكية الفكرية، كلية الحقوق جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، الموسم الجامعي 2011-2012، ص 2.

(8) محمد الأمين بن الزين، المرجع نفسه، ص 13.

(9) نواف كنعان : حق المؤلف - النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإصدار الرابع، الطبعة الأولى، عمان/الأردن، 2004، ص 20.

(10) نواف كنعان، المرجع نفسه، ص 34.

(11) محمد الأمين بن الزين، المرجع نفسه، ص 14 و 15.

(12) محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 109.

(13) محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 111.

(14) عبدالرحمان خلفي: الحماية الجزائرية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/لبنان، 2007، ص 53.

(15) محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 119.

(16) عمار الزاهي، المرجع نفسه، ص 13.

- (17) راجع نص المادة 6 مكرر من إتفاقية برن المتعلقة بحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 09 سبتمبر 1886 ببرن/ سويسرا، والمعدلة بعدة تعديلات أخرى في 28 سبتمبر 1979 بباريس/فرنسا.
- (18) نواف كنعان، المرجع نفسه، ص129.
- (19) محمد حسنين، المرجع نفسه، ص121.
- (20) نواف كنعان، المرجع نفسه، ص131.
- (21) الطيب زروتي : القانون الدولي للملكية الفكرية- تحاليل ووثائق- مطبعة الكاهنة /الجزائر، الطبعة الأولى، 2004، ص11.
- (22) المنظمة العالمية للملكية الفكرية، هي أكبر تجمع لدول العالم حول الملكية الفكرية، انضمت لهذه المنظمة 175 دولة منذ إنشائها سنة 1952 وإلى غاية اليوم ، بما فيها الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وتخضع لإدارة هذه المنظمة 25 إتفاقية تعنى بمواضيع الملكية الفكرية.
- (23) المرسوم الرئاسي رقم 97-341 المؤرخ في 11 جمادى الأولى عام 1418 الموافق ل: 13-09-1997، والمتعلق بانضمام الجزائر بتحفظ لإتفاقية برن المتعلقة بحماية المصنفات الأدبية والفنية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 61، ص8.
- (24) عجة الجيلالي: أزمات الملكية الفكرية- أزمة حق أم أزمة قانون أم أزمة وصول إلى المعرفة- دار الخلدونية للنشر والتوزيع- القبة القديمة/الجزائر، 2012، ص219.
- (25) امتناع بعض الدول العظمى عن الإنضمام لإتفاقية برن في بداية تأسيسها جعل منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة المعروفة اختصاراً باليونيسكو تسارع إلى إستحداث الإتفاقية العالمية لحق المؤلف.
- (26) عجة الجيلالي، المرجع نفسه، ص220.
- (27) الأمر رقم 73-26 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1393 الموافق ل: 5 جوان 1973، المتعلق بانضمام الجزائر للإتفاقية العالمية حول حق المؤلف المراجعة بباريس في 24 جويلية 1971، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 53.
- (28) للمزيد من التفاصيل راجع موقع منظمة الويبو باللغة العربية على شبكة الإنترنت، تاريخ الإطلاع : الجمعة 20-03-2015 على الساعة 16:57. http://www.wipo.int/wipolex/ar/other_treaties/remarks.jsp?cnty_id=2510C.
- (29) محمود عبد الرحيم الديب : الحماية القانونية للملكية الفكرية في مجال الحاسب الآلي والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية/ مصر، 2008، ص75.
- (30) معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف كما تم إعتماها في 20 ديسمبر/كانون الأول سنة 1996.
- (31) للمزيد من التفاصيل راجع موقع الويبو باللغة العربية على شبكة الإنترنت عبر الرابط التالي : <http://goo.gl/d5IPnl>
- (32) لمراجعة نص هذه الدساتير قم بزيارة موقع رئاسة الجمهورية الجزائرية على شبكة الإنترنت، تاريخ الإطلاع : الجمعة 2015-03-21 على الساعة 21:52. <http://www.el-mouradia.dz/arabe/symbole/textes/constitution.htm>.
- (33) نصت المادة 54 من دستور 1976 على أن : "حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي للمواطن مضمونة في إطار القانون. حرية التأليف محمية بالقانون".
- (34) نصت المادة 36 من دستور 1989 على أن : "حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن .حقوق المؤلف يحميها القانون".
- (35) نصت المادة 38 من دستور 1996 على أن : "حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن .حقوق المؤلف يحميها القانون".

- (36) الأمر رقم 14-73 المؤرخ في 29 صفر عام 1393 الموافق لـ 3 أفريل 1973، والمتضمن قانون حق التأليف، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 29، ص 434 .
- (37) الأمر رقم 10-97 المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق لـ 06 مارس 1997، والمتضمن قانون المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 13، ص 3 .
- (38) الأمر رقم 05-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 جويلية 2003، والمتضمن قانون المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 44، ص 4 .
- (39) المرسوم التنفيذي رقم 11-356 مؤرخ في 19 ذي القعدة عام 1432 الموافق لـ 17 أكتوبر 2011، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 05-356 المؤرخ 17 شعبان 1426 الموافق 21 سبتمبر 2005 والمتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وسيره، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 57 .
- (40) القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق 12 يناير 2012، الجريدة الرسمية، العدد 2 .
- (41) أمر رقم 16-96 مؤرخ في 16 صفر عام 1417 الموافق 2 يوليو سنة 1996، يتعلق بالإيداع القانوني، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 41 .
- (42) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم ب : القانون رقم 91-29 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق 21 ديسمبر سنة 1991، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 68 .
- (43) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري بصيغتهال معدلة حتى سنة 2007، الجريدة الرسمية الجزائرية .
- (44) القانون رقم 10-05 مؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت عام 2010، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 46، ص 10 .
- (45) القانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق لـ 15 أوت 2010، يعدل ويتمم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 جوان 2003، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 46، ص 11 .
- (46) القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق لـ 25 فيفري 2010، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 15، ص 12 .
- (47) راجع نصوص المواد 32 فقرة 6 و 40 فقرة 4 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية الجزائرية .
- (48) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بصيغته المتممة حتى سنة 2007، الجريدة الرسمية الجزائرية .
- (49) القانون رقم 98-10 المؤرخ في 29 ربيع الثاني 1419 الموافق لـ 22 أوت 1998، يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان 1399 الموافق لـ 21 جويلية 1979، والمتضمن قانون الجمارك، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 61 .
- (50) القانون رقم 09-04 مؤرخ في 14 شعبان 1430 الموافق 5 غشت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد رقم 47 .

- ⁽⁵¹⁾ الأمر رقم 06-05 المؤرخ 18 رجب 1426 الموافق 23 غشت 2005 والمتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية الجزائرية لسنة 2006، العدد رقم 02 .
- ⁽⁵²⁾ القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 58-75 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، بصيغته المعدلة والمتممة سنة 2007، الجريدة الرسمية الجزائرية .
- ⁽⁵³⁾ الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو عام 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري على النحو المعدل والمتمم إلى غاية سنة 2015، الجريدة الرسمية الجزائرية .

التعسف في تخفيض الأسعار*

BELKHIRI Hanane, Doctorante
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tizi Ouzou 15000 –Algérie.

بلخيري حنان ، طالبة دكتوراه
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

تعدّ ممارسة الأسعار المخفضة مشروعة في الأصل، غير أنّها قد يصاحبها التعسف، وهو الشيء الذي يجعلها غير مشروعة لمساسبها بالمنافسة، لذلك عمد المشرع الجزائري إلى حظر كل عرض أو ممارسة أسعار مخفضة تعسفاً في الأمر المتعلق بالمنافسة وكيّفها على أنّها ممارسة مقيدة للمنافسة.

من جهة أخرى تم منع ممارسة أخرى شبيهة بالأولى ومكمّلة لها والمتمثلة في إعادة البيع بالخسارة وذلك في القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي لم يكيّفها كممارسة مقيدة للمنافسة، لكن كممارسة تجارية غير شرعية. وتهدف دراستنا هذه إلى القيام بإجراء مقارنة بين كلا الممارستين.

الكلمات المفتاحية:

التعسف، الأسعار، التخفيض، الخسارة، البيع، المنافسة، الممارسات التجارية، العون الاقتصادي، التاجر، المنافسين، المستهلك، السلعة، الخدمة.

The abuse in the prices reduction

Abstract:

Reduction of prices remains, according to law, prohibited only in case it is accompanied with abuses making it as an act that affects the market competition regulations. That's why it is set prohibited by the Algerian legislator in forbidding the offer or apply of prices abusively low, as it is certified as a restrictive practice of the market competition in virtue of the ordinance related to the concurrence (market value regulation).

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/05/12 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/07/03 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

However, the law related to trade practices prohibits any other nearby practice in link with the former one. It is a resale for loss which completes this latter, which is not established as a restrictive practice towards the concurrence, but it is an illicit trade practice.

Thus, the purpose of this study is to operate (set) a comparison between the two practices in matter.

Key words:

Abuse, prices, reduction, losses, concurrence, competition, trade practices, economic subsidy, merchant, concurrent (trade competitors), consumer, product, service.

L'abus dans la réduction des prix

Résumé :

La réduction des prix n'est, en principe, prohibée que si elle est accompagnée d'abus qui fait d'elle un acte portant atteinte à la concurrence. D'où sa prohibition par le législateur algérien en interdisant l'offre ou pratique des prix abusivement bas, qualifiée de pratique restrictive de la concurrence, et ce, en vertu de l'ordonnance relative à la concurrence.

Par ailleurs, la loi relative aux pratiques commerciales interdit une autre pratique voisine à la première. Il s'agit de la revente à perte qui complète cette dernière et qui n'est pas qualifiée de pratique restrictive de la concurrence, mais d'une pratique commerciale illicite.

Ainsi, l'objet de cette étude est d'opérer une comparaison entre les deux pratiques en question.

Mots clés :

Abus, prix, réduction, vente à perte concurrence, pratiques commerciales, agent économique, commerçant, concurrents, consommateur, produit, service.

مقدمة

يمثل السعر المقابل للحصول على سلعة ما أو خدمة، وبالتالي فيعدّ جوهر العملية التجارية وعنصرًا أساسيًا في عملية البيع، بل بإمكاننا الجزم أنه يشكل أهم عنصر يشدّ انتباه المستهلكين عند ولوجهم أيّ سوق؛ فقد يكون حافزًا لإتمام البيع، أو حائلًا دون ذلك. لذلك اهتمّ المشرع بتقنين كل ما يتعلق بأحكامه⁽¹⁾.

كما هو معروف في نظام اقتصاد السوق، فإنّ الأسعار يتمّ تحديدها بكل حرية دون قيد، وعليه فيمكن لأيّ مهني حسب المبدأ العام أن يخفض أسعاره إلى ما دون أسعار منافسيه، وهذه الممارسة غير مخالفة للقانون ولا لمشروعية المنافسة بل تعدّ من متطلباتها. غير أنّ العمل بنظام الاقتصاد الحرّ وما يقتضيه من حرية المنافسة والأسعار لا يعني ترك الحرية المطلقة للأعوان الاقتصاديين لممارسة أسعار مخفضة، لأنّ من

شأن هذه الحرية القضاء على المنافسة وظهور سلبيات تؤثر عليها، فرغبة كل عون اقتصادي هو تحقيق القوة الاقتصادية في السوق، ومن أجل الوصول إلى ذلك فقد يتم استعمال أساليب تتنافى مع قواعد المنافسة، ومنها نجد سياسة خفض المصطنع للأسعار بوسائل غير قانونية. وحماية للمنافسين الآخرين والمستهلكين من مخاطر هذه التخفيضات التعسفية، تدخل المشرع الجزائري لمنع هذه الممارسات، وذلك منذ البوادر الأولى لتبني اقتصاد السوق أي في أواخر الثمانينات الذي صاحبه ظهور هذه الممارسات، حيث تم ذلك بصدور القانون رقم 89-12⁽²⁾ المتعلق بالأسعار في المادة 10 منه، والتي نصت على منع ممارسة أسعار تقل عن سعر التكلفة أو سعر الشراء الفعلي. إلا أنه قد تم إلغاء هذه المادة بموجب الأمر رقم 95-06⁽³⁾ المتعلق بالمنافسة الذي أعاد تنظيم عملية بيع سلعة بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي ومنعها من خلال المادة 10 منه. وكذلك فإن الأمر رقم 95-06 قد تم تقسيمه إلى قانونين، أو بالأحرى ألغى بموجب قانونين مختلفين؛ أولهما يتعلق بشق المنافسة هو الأمر رقم 03-03⁽⁴⁾ الذي حظر عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي في المادة 12 منه، والثاني يتعلق بشق الممارسات التجارية وهو القانون رقم 04-02⁽⁵⁾ الذي منع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي في نص المادة 19 منه.

من جملة هذه النصوص التشريعية نستنتج أنها تحمل في طياتها ممارسات تعسفية صورتها المشتركة أن تتم عملية البيع بسعر أقل من سعر التكلفة، لكن بإلغاء القانون رقم 89-12 وكذا الأمر رقم 95-06، سنقصر الدراسة في هذا الصدد على الممارستين الأخيرتين اللتين تبدوان في أول وهلة -رغم اختلاف تسميتهما- أنّهما مترادفتان وتشكلان ممارسة واحدة. إلا أنّ هناك فروق جوهرية بينهما بدليل حظرهما في قانونين مختلفين، ففيما تكمن إذن هذه الفروق بين الممارستين؟

تتضح هذه الفروق تلقائياً من خلال تحليل كل ممارسة على حدا، لذلك سنقسّم

هذه الدراسة إلى نقطتين وهما كالتالي:

أولاً: البيع بأسعار مخفضة تعسفياً.

ثانياً: إعادة البيع بالخسارة.

أولاً/ البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا: من خلال المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة سنحاول تحليل ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا، بدءًا بتحديد أطراف هذه الممارسة، ثم بتحليل التكييف القانوني لها، وأخيرًا بدراسة الآثار السلبية المترتبة عنها.

1/ أطراف العلاقة التعاقدية: يشترط لحظر هذه الممارسة أن تتم بين العون الاقتصادي والمستهلك.

أ/ العون الاقتصادي: يكون طرفًا في هذه الممارسة سواء تحقق ركن الرضا بتطابق إيجابه مع القبول، أو بصور إيجاب منه فقط دون أن يقترن بالقبول؛ أي أنّ المشرع لم يكتف بحظر ممارسة هذا البيع بل حظر أيضا عرض الأسعار المخفضة⁽⁶⁾، وهذا ما يكشف عن الطابع الوقائي للممارسة. كما يلاحظ من خلال المادة 12 من الأمر 03-03 أنّ الحظر يقتصر فقط على بيع السلع والمنتجات ولا يشمل الخدمات، لكن مجلس المنافسة الفرنسي حلّ هذه المشكلة بشمول هذه الممارسة أيضًا على الخدمات مستندًا في ذلك على المفهوم الاقتصادي للبيع⁽⁷⁾، كما أنّه بالرجوع إلى المادة 2 من الأمر 03-03 نجد أنّ هذا الأخير يطبّق على الخدمات أيضًا⁽⁸⁾، وبالتالي فإنّ تفسير مجلس المنافسة الفرنسي يبدو أنّه أكثر توافقًا مع قانون المنافسة؛ إذ لا يمكن إغفال ما تلعبه الخدمات من دور مهمّ في تحريك عجلة الاقتصاد. إضافةً إلى ذلك فإنّ المشرع اشترط في السلع أو الخدمات محلّ هذه الممارسة أن تكون منتجة أو محوّلة أو مسوّقة وبالتالي فالمواد التي تُباع على حالتها ولو كان سعرها منخفضًا لا يطبّق عليها حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا⁽⁹⁾. وعلى ذلك فإنّ هذه الممارسة قد يمارسها العون الاقتصادي المنتج أو المحوّل أو المسوّق.

أ1/ المنتج: هو الذي يقوم بالعمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول الجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتج بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول⁽¹⁰⁾.

أ2/ المحوّل: يدخل نشاط المحوّل ضمن مجال الإنتاج وهو عبارة عن تصنيع المواد الأولية مثلًا، ولم يتمّ تحديد الأفعال والعمليات التي تدخل فيه.

أ_3/المسوق: يتمثل نشاط التسويق في مجموعة من العمليات التي تتمثل في خزن كل المنتجات بالجملة أو نصف الجملة ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجاناً ومنها الاستيراد والتصدير وتقديم الخدمات⁽¹¹⁾.

ب/المستهلك: يتمثل الطرف الثاني في هذه الممارسة في المستهلك، وبالتالي يُستبعد من نطاق البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا تلك الممارسات التي تتم بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم. لكن ماذا قصد المشرع بمصطلح المستهلك المعني بهذه الممارسة هل هو المستهلك الوسيط أو النهائي؟ وقد عرّف المشرع الجزائي المستهلك في عدة نصوص قانونية⁽¹²⁾.

وإذا كانت كل هذه التعاريف تشمل المستهلك بوجه عام فإنّ سلطات ضبط المنافسة الفرنسي قامت بإعطاء تعريف دقيق وخاص بالمستهلك المعني بأسعار مخفضة تعسفيًا على أنّه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي لا يتمتع بخبرة في مجال الشراء، يعمل على اقتناء السلع والخدمات قصد إشباع حاجاته الشخصية واستعمالها لهذا الغرض فقط لا غير"⁽¹³⁾. وعلى ذلك يبدو أنّ المستهلك المعني الذي قصده المشرع في نص المادة 12 هو المستهلك النهائي.

2/التكليف القانوني للبيع بأسعار مخفضة تعسفيًا: ورد النصّ على هذه الممارسة في الفصل الثاني من الباب الثاني من الأمر 03-03 بعنوان "الممارسات المقيدة للمنافسة"، وعلى ذلك يظهر جلياً بأنّ المشرع كيفها أنّها مقيدة للمنافسة. ولكن نتساءل عن مدى علاقتها بتقييد المنافسة رغم أنّها تتعلق بتلك العلاقة بين البائع والمشتري؟ وللإجابة على ذلك لابدّ من تعريف هذه الممارسة، وتحديد معيار التعسف المصاحب لها والذي يجعلها منافية للمنافسة.

أ/تعريف البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا: لم تعرّف أغلب التشريعات عملية البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا، غير أنّ القضاء والفقهاء قد تولّى مهمة ذلك، فالقضاء الفرنسي مثلاً عرّفها بأنّها سياسة السعر التي تقوم بها المؤسسة في وضعية هيمنة تفرض من خلالها أسعار منتجاتها أو خدماتها بطريقة تتحمّل فيها الخسارة وذلك بهدف إخراج منافس أو عدة منافسين من السوق أو منع دخولهم إليه من أجل المحافظة على وضعيتها المهيمنة⁽¹⁴⁾.

أما عن التعريف الفقهي لهذه الممارسة فقد عرفها مثلاً العالم الاقتصادي (BENZONI) بأنها عبارة عن اقتراح أو ممارسة سعر أدنى من ذلك السعر الذي يتحقق معه هدف تعظيم الأرباح، بغرض استبعاد كلي أو جزئي للمنافسين الحاليين أو تثبيط همم المنافسين المحتملين من الدخول إلى السوق⁽¹⁵⁾.

إلا أنه تجدر الإشارة في هذا الإطار أنّ البيع بأسعار مخفضة لا يكون دائماً بقصد التأثير على المنافسة، فقد يكون بغرض جلب الزبائن مثلاً أو بغرض تحسين وضعية المؤسسة في مواجهة منافسيها⁽¹⁶⁾ وهذا يعدّ مشروعاً وغير محظور، إلا أنّ المحظور هو التعسف في تخفيض هذه الأسعار، ولكن كيف يتم تقدير الطابع التعسفي الذي يصاحب هذه الممارسة؟ وما هو المعيار المعتمد في ذلك؟

ب/ معيار التعسف في البيع بأسعار مخفضة تعسفياً: حسب المشرع الجزائري يتحدّد معيار التعسف في تخفيض السعر بمقارنته مع تكاليف إنتاج السلعة وتحويلها وتسويقها وهو ما تضمنته المادة 12 من الأمر 03-03. ويقصد بذلك الموازنة بين السعر المحدّد للمنتوج ومجموع تكاليف إنتاجه وتحويله وتسويقه، وتكون هذه العملية معقدة⁽¹⁷⁾، لأنّها تطرح إشكالية تحديد سعر التكلفة. وعلى كل فإنّ تكاليف الإنتاج تشمل ثمن شراء المواد الأولية وأجرة العمّال، أما تكاليف التحويل فتشمل خاصة ما يقوم به الموزع من أعمال للوصول للمرحلة الأخيرة لتقديم المنتوج، وتكاليف التسويق تتمثّل في تلك المصاريف الضرورية التي تتعلق بوضع المنتوج بيد المستهلك وهي مصاريف النقل والتخزين، بالإضافة إلى المصاريف الثانوية والتي هي عبارة عن كل التكاليف الناتجة عن الالتزامات القانونية والتنظيمية والمتعلقة بحماية وسلامة المنتوج⁽¹⁸⁾.

غير أنّ ذلك قد يطرح بعض الإشكالات؛ فالإشكال الأوّل الذي يطرحه يتعلق بخصوص المنتوجات التي تكون مستوردة، حيث ينجّر عن ذلك صعوبة المعرفة أو الجهل بسعر تكلفتها الحقيقي⁽¹⁹⁾. أما الإشكال الثاني فيتعلق بصعوبة تقييم الخدمات التي يتمّ تأديتها أي صعوبة تحديد التكلفة الحقيقية للخدمة. وبتطبيق المعيار المادي الذي اعتمده المشرع الجزائري والمتمثّل في مقارنة سعر البيع مع تكاليف إنتاجه أو تحويله أو تسويقه، يترتّب عن ذلك صورة من الصور التالية:

_ إما أن يكون سعر بيع المنتجات يفوق سعر تكلفة الإنتاج، والتحويل والتسويق، فهنا نكون أمام أسعار شرعية قانونية وتنافسية.

_ إما أن تكون الأسعار مخفضة إلى درجة أنها تقل عن تكلفتها الحقيقية، وهذا أمر غير عقلائي والذي يوجي بالتعسف الذي يلحق ضرراً بالمنافسة⁽²⁰⁾.

إن تحقق هذا التعسف لا يكفي لوحده لحظر هذه الممارسة، حيث أنه لا بد أيضاً من توافر معيار الغاية أو الهدف إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق، وهذا هو الأثر الذي تحققه هذه الممارسة.

3/ آثار البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا: قد تبدو عملية البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا أنها ممارسة تجارية غير عقلائية، لولا أنها ترمي إلى أهداف بعيدة نسبيًا، بحيث تُستعمل لجلب أكبر قدر ممكن من الزبائن بواسطة هذه الأسعار المخفضة، لأنّ العون الاقتصادي الذي يمارسها تكون له نية وراء ذلك، فهو يتعمد الخسارة باعتبار أنه على علم أنه بعد إفشال المنافسة سيبقى المحتكر الوحيد للسوق، وبعد ذلك يرفع الأسعار بحسب رغباته⁽²¹⁾. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط لحظر هذه الممارسة تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة، إلا أنّ الواقع العملي أثبت أن الأساس الذي يسمح للعون الاقتصادي بالقيام بها هو امتلاكه سلطة على السوق⁽²²⁾، لذلك فهو يهدف إلى الحفاظ على هذا الوضع من خلال احتكار السوق وإزاحة منافسيه وهذا ما يؤدي إلى الإضرار بالمستهلكين ولو بطريقة غير مباشرة، وكذلك الإضرار بالاقتصاد الوطني ككل.

أ/ بالنسبة للمتنافسين: إذا كان الظاهر أن المؤسسة التي تمارس هذه الممارسة تتعامل مباشرة مع المستهلك، إلا أنها في الحقيقة تهدف من ورائها إلى تحويل زبائن المؤسسات المنافسة لها مما يضرّ بها⁽²³⁾. ويظهر هذا الضرر جلياً من خلال المادة 12، حيث أخذ المشرع بعين الاعتبار بوجود نية لدى المؤسسة وذلك من خلال مصطلح "تهدف" وهو ما يشكل العنصر المعنوي⁽²⁴⁾. إلا أنّ المشرع لم يتوقف عند وجود هذه النية، بل امتدّ موقفه إلى الأخذ بعين الاعتبار الفعل المادي في حدّ ذاته. وهذا ما يشكل صعوبة التهرب من المتابعة في حالة عدم توافر العنصر المعنوي، ويحقق ذلك فعالية مواجهة هذه الممارسة المقيدة للمنافسة⁽²⁵⁾.

لقد حرص المشرع على تحديد طبيعة الضرر اللائق بالمؤسسات الواقعة ضحية هذه الممارسات والذي قد يأخذ إحدى الصورتين التاليتين:

1- إبعاد المؤسسات من السوق؛ فقد أثبتت الدراسات الاقتصادية أنّ مثل هذا التصرف سيؤدّي إلى جلب الزبائن إلى منتجات العون الذي يمارس مثل هذا التصرف المحظور، وعندئذٍ يضطرّ المنافسين له إلى تخفيض أسعارهم خوفاً من التلف، فيبيعون بالخسارة وهذا يؤدّي بهم إلى انسحابهم من السوق ويصبح العون المتعسف في وضعية احتكار ويحدّد أسعاره بعد ذلك حسب هواه⁽²⁶⁾.

2- عرقلة منتوجات مؤسسة أخرى من الدخول إلى السوق؛ وهناك صورتان من شأنها أن يحقق هذا النوع من الضرر؛ فإما أن تكون المؤسسة المستهدفة بهذه الممارسة هي التي تحجم عن عرض منتوجاتها للمستهلك، حيث تفضّل الانتظار إلى غاية زوال مانع السعر المخفض لتعيد طرح منتوجاتها للبيع، وإما أن تعرض المؤسسة المستهدفة منتوجاتها إلا أنّها لا تتلقّى طلبات عليها بل تبقى حبيسة رفوف ومخازن هذه المؤسسة، وبذلك يكون عرض أو ممارسة الأسعار المخفضة بمثابة العائق الذي يقف في وجه منع بيع هذه المنتوجات لأنّ المستهلك يجد في الأسعار المخفضة ما يلبي حاجاته، وبذلك لاتصل منتوجات المؤسسة المستهدفة إليه⁽²⁷⁾.

ب/ بالنسبة للمستهلكين: يُعرف عن فئة المستهلكين أنّه كلما كان السعر أقلّ كلما كان إقبالهم عليه أكثر، لذلك فإنّ المستهلك لا يولي أهمية عند اقتناء منتوجات يعلم أنّها أقلّ من تكاليفها الحقيقية أي منخفضة السعر⁽²⁸⁾، بل يعتقد أنّها تخدم مصالحه، إلا أنّ الحقيقة غير ذلك، لأنّ الانخفاض المفرط لسعر البيع سيرافقه زيادة في أسعار منتجات أخرى، كما قد تتحقّق الزيادة في نفس المنتج؛ بمعنى أنّه بعد حصول المستهلك على منتوجات بسعر مخفّف يجد نفسه مضطراً وبعد فترة وجيزة إلى قبوله الشراء بسعر مرتفع وذلك لتعوّض المؤسسة أضعاف الخسارة التي تكبّدها طوال فترة ذلك الخفض المصطنع وهذا ما يحقق المقولة الشهيرة "جزيرة من الخسائر في محيط من الربح".

ج/ بالنسبة للاقتصاد الوطني: إنّ الأضرار التي تخلفها ممارسة الأسعار المخفضة تعسفيّاً تتجاوز في أثارها المساس بالمستهلك أو المؤسسات المنافسة إلى حدّ الإضرار بالاقتصاد

الوطني، وذلك من خلال تقييدها للمنافسة على مستوى السوق ومنه يتجسّد مفهوم الهيمنة والاحتكار والسيطرة الكلية أو الجزئية على السوق، والتحكّم في عمليتي العرض والطلب وبالتالي في تحديد الأسعار، وكل هذه العوامل من شأنها المساس بالمنافسة وبالاقتصاد الوطني ككل⁽²⁹⁾. لذلك فقد تمّ منح اختصاص النظر ومتابعة هذه الممارسة لمجلس المنافسة. ولعلّ أنّ هذا الضرر الخطير الذي تلحقه هذه الممارسة بالاقتصاد الوطني هو الذي جعل المشرع لم ينص على أيّ استثناء عليها.

ثانياً/إعادة البيع بالخسارة: من خلال نص المادة 19 من القانون رقم 04-02 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية سنحاول تسليط الضوء على ممارسة إعادة البيع بالخسارة بشيء من التفصيل، وذلك من خلال تحليلها قانوناً بتحديد أطرافها أولاً، ثم تكييفها القانوني ثانياً، وأخيراً دراسة الآثار السلبية المترتبة عليها.

1/أطراف العلاقة التعاقدية: لم تبيّن المادة 19 السالفة الذكر المجال الشخصي لحظر هذه الممارسة، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن أطراف هذه العلاقة؟ فمن خلال استعمال المشرع لعبارة "إعادة البيع" يمكن استظهار الطرف الأول لهذه العلاقة، والذي يتجسّد عموماً في العون الاقتصادي وبالأخصّ في التاجر لأنّه هو الذي يشتري السلعة ثم يُعيد بيعها، وباعتبار أنّ التاجر قد يتعامل مع فئة الأعوان الاقتصاديين أو مع فئة المستهلكين، وبالتالي فإنّ الطرف الثاني لهذه العلاقة قد يكون مهنياً أو مستهلكاً.

أ/التاجر: بما أنّ الحظر القانوني الذي جاءت به المادة 19 يتعلق أساساً بالمنتوجات التي يُعاد بيعها، فإنّ هذا الحظر يخصّ كل التجار -دون استثناء- الذين يمارسون عملية الشراء من أجل البيع وعلى الخصوص المستوردين، تجار الجملة وتجار التجزئة، لهذا فإنّه يخرج من مجال هذا الحظر نشاطات الإنتاج وتقديم الخدمات⁽³⁰⁾ وبالتالي فإنّ البيع الأولي الذي يقوم به المنتج لا يمتدّ إليه الحظر، وإنّما يقتصر على إعادة البيع من طرف التاجر، كما أنّ إعادة البيع تنصبّ على السلع دون الخدمات، ذلك لأنّ الخدمات لا يمكن إعادة بيعها نظراً لطبيعتها⁽³¹⁾. كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أنّ المادة 19 لم تتضمن حظر عرض إعادة البيع، وعليه فإنّ مجرد العرض لا يعدّ فعلاً محظوراً، وذلك عكس المشرع الفرنسي الذي حظر كل من إعادة البيع أو مجرد عرضه بخسارة⁽³²⁾ وهذا من شأنه ضمان الفعالية. وبما أنّ هذه الممارسة يقوم بها التجار فيُشترط لحظرها أن

تكون السلع التي يُعاد بيعها على حالتها أي لم يتناولها أي تحويل رغم أنّ نص المادة 19 خال من عبارة "إعادة البيع على الحالة"، أما المشرع الفرنسي فقد نصّ صراحة على ذلك⁽³³⁾.

ب/المشتري: يعتبر المشتري الطرف الثاني في هذه الممارسة، غير أنّ المادة 19 لم تولي أيّة أهمية لصفة المشتري الذي يتعامل معه التاجر، وعلى ذلك فإنّ الحظر يُطبّق على كل تعاملات المؤسسة سواء تلك التي تكون بينها وبين مؤسسة أخرى، أو التي بينها وبين المستهلك أي مهما كان الطرف المتعاقد معها عوناً اقتصادياً كان، أو مستهلكاً.

ب-1/المشتري عون اقتصادي: لقد سبق القول أنّ التاجر الذي يمارس إعادة البيع بالخسارة قد يكون تاجر جملة، وإذا كان كذلك فعالباً ما يكون المشتري الطرف الثاني في هذه العلاقة عوناً اقتصادياً والذي يتجسّد في تاجر التجزئة، لأنّ تجار الجملة يتعاملون في غالب الأحيان مع تجار التجزئة، غير أنّه لا يوجد مانع من أن يتعامل تاجر الجملة مع المستهلك مباشرةً وهذا أيضاً يشمل الحظر القانوني الوارد في المادة 19.

ب-2/المشتري مستهلك: أما إذا كانت ممارسة إعادة البيع بالخسارة قد صدرت من طرف تاجر التجزئة، فإنّ المشتري في هذه العلاقة يتجسّد بصفة أكيدة في المستهلك وذلك في إطار البيع النهائي الذي يتم بين تجار التجزئة والمستهلكين.

2/التكليف القانوني لإعادة البيع بالخسارة: لقد تم النصّ على ممارسة إعادة البيع بالخسارة ضمن الفصل الأول من الباب الثالث من القانون 04-02 بعنوان الممارسات التجارية غير الشرعية، وبالتالي فقد تمّ تكييفها على أنّها ممارسة تجارية غير شرعية، إلا أنّ المشرع لم يقدّم بتعريفها، لذلك سنحاول تعريفها، وحتى يتّضح معناها أكثر لا بد من تحديد المعيار الذي من خلاله يمكن التعرّف على التعسف الذي يصاحب هذه الممارسة، كما لا فتوتنا أيضاً الإشارة إلى الاستثناءات التي حدّتها المادة 19 على سبيل الحصر.

أ/تعريف إعادة البيع بالخسارة: لقد تمّ إيراد عدة تعريفات فقهية لممارسة إعادة البيع بالخسارة أهمها: قيام التاجر بإعادة بيع المنتج على حالته بسعر مخفّض لدرجة أنّه أقل من السعر الذي اشترى به ذلك المنتج⁽³⁴⁾. لذلك تمّ تجريم هذه الممارسة لاعتبارها غير شرعية ولاقترانها بعنصر التعسف المصاحب لها⁽³⁵⁾. وعلى ذلك نتساءل عن كيفية

تقدير هذا التعسف أي ما هو المعيار المعتمد عليه لقياس اعتبار هذه الممارسة تعسفية الشيء الذي يجعلها غير شرعية؟

ب/ معيار التعسف في إعادة البيع بالخسارة: يظهر أنّ المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري لاعتبار إعادة البيع بالخسارة تعسفية هو المعيار المادي، قوامه الموازنة والمقارنة بين سعر إعادة بيع السلعة وسعر تكلفتها الحقيقي فإذا كان سعر إعادة البيع أدنى من سعر التكلفة فتتحقق هذه الممارسة على أساس أنّها تعسفية وغير شرعية. وفي هذا الصدد نلاحظ عدم دقّة مصطلح سعر التكلفة والذي يخضع لعمليات حسابية معقدة، كما أنّه يجعل من الممارسة شبه محصورة على الأعوان الاقتصاديين المنتجين⁽³⁶⁾، إلا أنّ نشاط الإنتاج يخرج من نطاق هذه الممارسة، لهذا السبب فضّل المشرع الفرنسي استعمال مصطلح سعر الشراء الذي يعدّ الأكثر وضوحاً ودقّةً لهذه الممارسة⁽³⁷⁾.

رغم أنّ المشرع الجزائري اعتمد على مقارنة سعر إعادة البيع بسعر التكلفة، إلا أنّه عرف هذا الأخير بأنه سعر الشراء، لذا فيمكن القول أنّ المشرع اعتمد بشكل غير مباشر على مقارنة سعر إعادة البيع بسعر الشراء باعتباره المعيار الحقيقي لتحقق هذه الممارسة.

حتى نتكّن من إجراء هذه المقارنة فكان لزاماً تحديد سعر الشراء الذي هو السعر المكتوب على الفاتورة يُضاف إليه الحقوق والرسوم وأعباء النقل وكلّ المصاريف التي تكبدها التاجر وهذا ما يسهّل عملية إثبات الجريمة بمجرد الإطلاع على فواتير الشراء، إلا أنّه قد يصعب معرفة سعر الشراء الحقيقي خاصةً إذا تحصّل التاجر على تخفيضات لم تتضمنها الفاتورة⁽³⁸⁾، لكن إذا أشارت الفاتورة إلى هذه التخفيضات والتي ترتبط مباشرةً بعملية البيع التي أبرمها التاجر مع المؤسسة الممونة فيتمّ اقتطاع هذه التخفيضات من سعر التكلفة الحقيقي، أما إذا لم تشر إليها الفاتورة فهنا تقوم قرينة قانونية على أنّ الثمن الوارد بالفاتورة هو نفسه ثمن الشراء الحقيقي، إلا أنّها بسيطة يستطيع التاجر إثبات عكسها، أيّ إثبات أنّه تحصّل على تخفيضات بعد تحرير الفاتورة وبالتالي نفي الجريمة المنسوبة إليه لأنّ سعر إعادة البيع لا يقلّ عن سعر التكلفة أو الشراء الحقيقي⁽³⁹⁾.

نظرًا لما تتطلبه المنافسة من مرونة فإنّ الحظر يكون مرتًا أيضًا، فحظر هذه الممارسة لا يُطبّق على مجموعة من السلع والخدمات التي تشكل أعمال إعفائية أو استثناءات على المبدأ باعتبارها من المبيعات بالخسارة المرخص بها. ج/الاستثناءات الواردة على إعادة البيع بالخسارة: لقد نصت المادة 19 فقرة 2 على خمس حالات استثنائية على سبيل الحصر:

_السلع سهلة التلف والمهددة بالفساد السريع كالحليب ومشتقاته، اللحوم، الخضر والفواكه، والمنتجات المعلّبة والتي قَرُب أجل انتهاء صلاحياتها⁽⁴⁰⁾.

_السلع التي بيعت بصفة إرادية بسبب تغيير المؤسسة لنشاطها التجاري أو إنهائه كاعتزالها التجارة، أو السلع التي بيعت بصفة حتمية على إثر تنفيذ حكم قضائي كالحكم المتعلق بالإفلاس مثلًا⁽⁴¹⁾.

-السلع الموسمية وهي التي تكون متوفرة في موسم معين، أو هي المنتجات المستهلكة بكثرة خلال مرحلة معينة كما لو تعلق الأمر بشهر رمضان⁽⁴²⁾، وكذلك السلع المتقدمة أو البالية تقنيًا، والتي تتمثل في كل المنتجات التي تعتبر من الطراز القديم أو التي جرى تجاوزها تقنيًا ولم تعد تتجاوب مع الطلب العام.

-السلع التي تمّ التموين منها أو يمكن التموين منها من جديد بسعر أقلّ، وفي هذه الحالة يكون السعر الحقيقي لإعادة البيع يساوي سعر إعادة التموين الجديد.

-المنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبّق من طرف الأعوان الاقتصاديين الآخرين بشرط أن لا يقلّ سعر هؤلاء حدّ البيع بالخسارة، فقد سمح القانون للتاجر الذي تكون تكلفه منتجاته مرتفعة أن يبيع بسعر منافسيه؛ كأن يكون سعر سلعة ما في السوق يقدر ب 1000 دج فيجوز هنا للتاجر الذي تكون مثلًا تكاليف سلعته تقدر ب 1100 دج أن يبيع بأقلّ منه أيّ البيع مثلاً ب 1000 دج دون أن يكون مرتكبًا لجريمة إعادة البيع بالخسارة⁽⁴³⁾.

بصدد هذا الاستثناء تجدر الإشارة إلى أنّه يعتبر الحدّ الفاصل الذي يميّز بين ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا التي لم تولي أيّة أهمية لأسعار باقي المنافسين، وإعادة البيع بالخسارة التي تأخذ بعين الاعتبار بالسعر التنافسي.

رغم إيراد استثناءات على إعادة البيع بالخسارة، إلا أنّها واردة على سبيل الحصر وذلك حتى لا يفتح الباب واسعاً لممارستها، نظراً للأثار السلبية التي تخلفها.

3/ أثار إعادة البيع بالخسارة: لقد منع المشرع هذه الممارسة دون تبيان الأثار المترتبة عليها، وذلك رغم تأثيرها الواضح على المنافسين، فبعد أن يحقق التاجر هدفه المتمثل في القضاء على المنافسة يتمكّن من تعويض خسارته من جيب المستهلك، وبالتالي فإنّ هذه الممارسة تلحق ضرراً مزدوجاً بالمنافسين من جهة، وبالمستهلكين من جهة أخرى.

أ/ بالنسبة للمنافسين: إنّ تخفيض السعر في هذه الممارسة ليس طبيعياً، أي ليس ناتجاً عن قانون العرض والطلب، وإتّما قد تمّ تخفيضه وتزييفه لجذب زبائن المنافسين بطريقة غير شرعية⁽⁴⁴⁾. فوضوح هدف هذه الممارسة جعل المشرع يمنعها دون الاعتداد بنية التاجر إذا كانت قد توجّهت إلى تحقيق هذا الهدف أم لا، لأنّ هذا الفعل من شأنه الإضرار ببقية المنافسين من خلال التعسف في استعمال حرارة الأسعار⁽⁴⁵⁾. لذلك تمّ تجريمه لحماية صغار التجار ضد كبارهم الذين يملكون قوة شرائية جعلتهم يتحملون الخسارة في مقابل إقصاء منافسيهم من السوق لأنّهم غير قادرين على تحمّل هذه الخسارة⁽⁴⁶⁾. كما تجدر الإشارة في هذا الصدد أنّ هذا التأثير السلبي لا يقتصر فقط على المنافسين، بل قد يتعداه إلى المورد الذي تعامل معه الموزع، لأنّ إعادة بيع هذا الأخير بسعر منخفض من شأنه الإساءة إلى علامة ذلك المنتج⁽⁴⁷⁾، وأيضاً فإنّ الموزع الذي يُعيد البيع بسعر مخفّف قد يخلق الشك لدى المنافسين له أنّ المورد قد تعامل معه بسعر تمييزي وفضّله على سائر الموزعين الآخرين، وبالتالي الإساءة لسمعة المورد بعدم نزاهة ممارساته⁽⁴⁸⁾.

ب/ بالنسبة للمستهلكين: يظهر من خلال إعادة البيع بالخسارة أنّ التاجر يمارس أسعاراً مخفّضة لصالح المستعملين النهائيين ويُفيد فئة المستهلكين، إلا أنّ الحقيقة غير ذلك؛ لأنّ هذه الممارسة ما هي إلا مجرد إستراتيجية لتضليل المستهلكين الذين يفقدون حرية اختيارهم وينجرون مباشرة إلى هذه الأسعار فيقعون ضحية لها⁽⁴⁹⁾، وبالتالي فيعتبر المستهلك الطرف الأول الذي يدفع ضريبة القيام بهذه الممارسة دون أن يكون واعياً، ذلك من خلال زيادة سعر ذلك المنتج أو سعر منتج آخر.

على أساس ما تقدّم يمكن القول أنّ الأضرار الناجمة عن إعادة البيع بالخسارة بشقيها سواء تلك التي تلحق بالمنافسين أو بالمستهلكين لا تختلف كثيرًا عن تلك الناتجة عن ممارسة أو عرض أسعار مخفضة تعسفيًا، إلا أنّ الخلاف الجوهرى بينهما يكمن في أنّ الأولى لا يتعدى تأثيرها إلى المساس بالاقتصاد الوطني، فرغم تأثيرها الواضح على المنافسة باعتبارها ممارسة تعسفية، إلا أنّها لم يتمّ حظرها ضمن قانون المنافسة الذي يهدف إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية وبالتالي المصلحة العامة، بل اكتفى المشرع بمنعها ضمن قانون الممارسات التجارية والذي يهدف إلى حماية المصالح الخاصة سواء للأعوان الاقتصاديين أو المستهلكين، لذلك فإنّ القضاء هو الذي يتكفل بقمع ومتابعة إعادة البيع بالخسارة.

خاتمة

من خلال تحليل كل من البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا وإعادة البيع بالخسارة، نصل في الأخير إلى أنّ كلا الممارستان تحقّقان نفس الأثر المتمثل في القضاء على المنافسة من خلال التخفيضات التعسفية للأسعار، إلا أنّ كلّاً منهما تختلف عن الأخرى من حيث المضمون وشروط حظر كل واحدة منهما.

غير أنّ هذا الاختلاف من شأنه أن يجعل كلا الممارستين متكاملتين، فكلّ منهما تكمّل النقص الذي يعترى الأخرى، حيث يظهر هذا التكامل جليًا في بعض المسائل؛ منها أنّ البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا يشترط لاعتبارها مقيّدة للمنافسة أن يتمّ التعامل بها مع المستهلك، إلا أنّ تقييد المنافسة قد يتحقّق أيضًا إذا تمّ التعامل مع العون الاقتصادي، وهذا ما أكّدته إعادة البيع بالخسارة التي لا تشترط اقتصار التعامل بها مع المستهلك بل أنّها تتحقّق أيضًا إذا تمّت ما بين الأعوان الاقتصاديين، غير أنّ ما يلاحظ على هذه الأخيرة أنّها اقتصرّت على نشاط إعادة البيع، وبالتالي اعتبارها صادرة من التاجر فقط، إلا أنّ البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا قد وسّعت من مجال النشاط الاقتصادي وبالتالي إمكانية القيام بها من طرف أي عون اقتصادي سواء كان منتجًا أو موزعًا أو تاجرًا. كما أنّ إعادة البيع بالخسارة يقتصر حظرها على البيوع التامة والتي يكون محلها سلعةً فقط على حالتها، غير أنّ عملية البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا قد سدّت هذا النقص بشمولها على البيوع التامة وعلى مجرد العرض، كما أنّها سوّت في

المحلّ الذي يتم عرضه أو ممارسته سوء كان سلعاً أو خدمات بشرط أن يتم إنتاجها أو تحويلها أو تسويقها.

فهذا التكامل بين الممارستين يحقق رقابة كل تحركات الأعوان الاقتصاديين بشتى الاحتمالات، وذلك حتى لا يتهرب العون الاقتصادي من المتابعة بحجة غياب أحد الشروط حظر إحدى الممارستان، فإذا غاب الشرط في الممارسة المتابع بشأنها حضر في الأخرى ليُتابع على أساسها. وبالتالي صعوبة التهرب من المتابعة.

وهذا التكامل ندعو المشرع الجزائري إلى تنظيم كلا الممارستين في قانون موحد إقتداءً بالمشرع الفرنسي الذي نص على حظرهما في القانون التجاري، لأن ذلك من شأنه أن يخدم أكثر الحياة الاقتصادية بمواجهة المشاكل التي تطرحها التخفيضات التعسفية للأسعار وبالتالي الحفاظ على المنافسة الحرّة في السوق.

الهوامش:

(1) تيمور سي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 230.

(2) القانون رقم 89-12 مؤرخ في 5 يوليو 1989، يتعلق بالأسعار، ج ر عدد 29 الصادر في 19 يوليو 1989، (ملغى).

(3) أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 9 الصادر في 22 فبراير 1995، (ملغى).

(4) أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد 36 الصادر في 2 يوليو 2008، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد 46 الصادر في 18 غشت 2010.

(5) قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 الصادر في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد 46 الصادر في 18 غشت 2010.

(6) علاال سميحة، جرائم البيع في قانوني المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوري-قسنطينة-، 2005، ص 43.

(7) AUGUET Yvan, Droit de la concurrence (droit interne), Ellipses Edition, Paris, 2002, p.137.

(8) المادة 2 من القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

(9) لعور بدر، "حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين وفقاً لقانون المنافسة الجزائري"، مجلة المفكر، العدد العاشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ب س ن، ص 367.

(10) المادة 3 فقرة 9 من القانون رقم 09-03 مؤرخ في 27 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 الصادر في 8 مارس 2009.

(11) حمادي زويبر، "حول معالجة القانون الجزائري للأسعار الناهبة"، دورية تصدر عن المنظمة الجهوية للمحامي، العدد 2، ناحية بجاية، ب س ن، ص 18.

(12) أهمها المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 03-09 مؤرخ في 27 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المرجع السابق. والمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 يناير 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 5 الصادر في 4 رجب عام 1410 هـ. والمادة 2 فقرة 2 من القانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

(13) MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence interne et communautaire, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 210.

(14) TAUVIN Elsa, Les pris prédateurs, Mémoire de Master de droit européen des affaires, Banque des mémoires, Université de Panthéon Assas, 2010, p. 60.

(15) عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 183.

(16) BUSSY Jack, Droit des affaires, 2^e édition, Dalloz et Presses de Sciences Po, Paris, 1998, p. 99.

(17) أيت منصور كمال، "البيع بأسعار مخفضة تعسفيًا"، أشغال الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 17 و 18 نوفمبر 2009، ص 138.

(18) AUGUET Yvan, op. cit., p. 137.

(19) حيث عرضت قضية على مجلس المنافسة الجزائري بهذا الخصوص من طرف الشركة الوطنية للتبغ والكبريت ضد المستوردين الخواص، تهمهم فيها بممارسة البيع بسعر أقل من سعر التكلفة، لكن هذه الادعاءات رُفضت من طرف مجلس المنافسة.

-قابة صورية، مجلس المنافسة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 146.

(20) لعور بدر، المرجع السابق، ص 368.

(21) تيمور سي محمد، المرجع السابق، ص 231.

(22) FRISON-ROCHE Marie-Anne, PAYET Marie-Stéphane, Droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 2006, p. 232.

(23) علال سميحة، المرجع السابق، ص 52.

(24) Dans la décision du 3/7/1991, La CJCE à déclaré que : " toute concurrence ne peut être considérée comme légitime. Elle précise que les pris prédateur sont " : les pris fixés en dessous du cout variable moyen sont considérés comme prédateur uniquement lorsque la démonstration de l'intention de nuire à son concurrent est apportée. La nature prédatrice de ces pris est alors démontrée par l'intention de nuire ainsi que par le fait qu'AKZO avait sélectivement baisé ses pris à l'égard des seuls clients d'ACS et non à l'égard de sa propre clientèle existante.

CHEVALIER Cindy, Le prix (son influence sur la décision d'achat du consommateur et son rôle au sien de la concurrence), Mémoire de MASTER 2, Centre du droit de la consommation et du marche, Université Montpellier, 2011, p. 66.

(25) أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص 138.

(26) حمادي زويبر، المرجع السابق، ص 19.

(27) علال سميحة، المرجع السابق، ص 50، 51.

(28) زويبر أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 107.

(29) علال سميحة، المرجع السابق، ص 52، 53.

(30) المرجع نفسه، ص 78.

(31) بن يطو أمال، حماية المستهلك من الاحتكار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 - بن عكنون، 2010، ص 63، 64.

(32) وذلك ما نصت عليه المادة 442 فقرة 2 من القانون التجاري الفرنسي المعدل سنة 1996، أما قبل هذا التعديل فقد اقتصر المشرع الفرنسي على حظر إعادة البيع بالخسارة.

ج. ريبير - ر. روبلو، لويس فوجال، ترجمة: منصور القاضي، المطول في القانون التجاري (التجار، محاكم التجارة، الملكية الصناعية، المنافسة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 801.

(33) La revente à perte est désormais visée par l'article 442-2 Code commerciale: « il est interdit...en état...prix d'achat effectif ».

CALAIS-AULOY Jean, STEINMETZ Frank, Droit de la consommation, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 171.

(34) LEGEAIS Dominique, Droit commercial et des affaires, 18^e édition, Sirey, Paris, 2009, p. 322.

(35) بوزيرة سهيلة، "الحماية الجزائرية للسوق من الممارسات التجارية غير الشرعية في ظل القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم"، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، الجزء الأول، القطب الجامعي تسوست، جيجل، 30 نوفمبر و1 ديسمبر 2011، ص 152.

(36) قابة صورية، المرجع السابق، ص 145.

(37) CALAIS-AULOY Jean, STEINMETZ Frank, op. cit., p. 171.

(38) BOUTARD-LABARDE Marie Chantal, CANIVET Guy, Droit français de la concurrence, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 140.

(39) علال سميحة، المرجع السابق، ص 79.

(40) بن قري سفيان، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 02-04، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2009، ص 75.

(41) علال سميحة، المرجع السابق، ص 81.

(42) ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06-95 والأمر رقم 03-03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 101.

(43) بن قري سفيان، المرجع السابق، ص 76.

(44) كتو محمد شريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص 101.

(45) بوزيرة سهيلة، المرجع السابق، ص 152.

(46) BUSSY Jack, op. cit., p. 416 .

(47) LEGEAIS Dominique, op. cit., p. 322. CHAMBOLLE Claire, Stratégies de revente à perte et réglementation, Annales d'économie et de statistique, n^o77, 2005, p. 61.

(48) CHAMBOLLE Claire, op. cit., p. 61.

(49) Ibid, p. 70.

التوسع التشريعي في تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع -دراسة مقارنة*-

CHENNA Asma, Doctorante
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tizi Ouzou 15000 –Algérie.

شنة أسماء، طالبة دكتوراه
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

إنّ هدف المشتري وراء اقتناء المبيع هو حصوله على الحيازة النافعة، أي صلاحية المبيع للاستعمال المعدّ له، وفقاً للمعايير المحددة لوظيفته. إلا أنّ التطور التكنولوجي وما أفرزه من مبيعات ذو تقنيات عالية وخطيرة، أدت هذه المعطيات، إلى تدخل المشرع بهدف توسيع المفهوم الوظيفي للمبيع، بما يتناسب مع تحقيق الرغبة المشروعة لسلامة المستهلك، من خلال تحديد كافة المعلومات المتعلقة بخصائص المبيع، ومختلف استعمالاته. إلا أنّ هذا التوسع التشريعي لم يشمل بيع المباني، وهو ما يجعل مبدأ الرغبة المشروعة للمستهلك متصفاً بالنسبية في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية:

الجدوى الاقتصادية للمبيع، الرغبة المشروعة للمستهلك، العيب بالمفهوم الوظيفي له، عيب السلامة، المبيع (السلع، المباني)، البائع، المشتري، المحترف، المستهلك.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/05/12 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2016/06/19 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Legislative expansion in determination the functional concept -Comparative study-

Abstract:

The aims of buyer behind the acquisition of sales at its functional possession which is materialized by the fact that this latter is made to the usage for which it is destined according to the criteria of its function measures.

Thus, due to the High techniques and the dangerousness of Product resulting from the technological advances and in order to responding to the customer's legitimate expectation the legislator has enlarged the functional notion of the sale object, in a way of imposing the obligation to mention all the information related to the characteristics of that item and its use.

Meanwhile, as far as the furniture design is enlarged, the concept is not extended for the sale of buildings (constructions), so as to relativize the consumer's legitimate expectancy.

Key words:

Sales economic utility, legitimate consumer's expectation, functional vice, safety default, sales (Product, constructions), functional notion (design) of a sold pattern (item), seller, buyer, producer, consumer.

L'élargissement législatif de la notion fonctionnelle de la chose vendue -Étude comparative-

Résumé :

L'acheteur vise par l'acquisition de l'objet vendu sa possession fonctionnelle qui se matérialise par le fait que ce dernier soit propre à l'usage auquel il est destiné selon les critères déterminant sa fonction.

Ainsi, en raison de la haute technicité et de la dangerosité des produits résultant du progrès technologique et en vue de répondre à l'attente légitime du consommateur, le législateur a élargi la notion fonctionnelle de la chose vendue et ce, en imposant l'obligation de mentionner toutes les informations liées aux caractéristiques de celle-ci et à son utilisation.

Toutefois, ainsi élargie, la notion de la chose vendue ne s'étend pas à la vente des constructions, ce qui relativise l'attente légitime des consommateurs.

Mots clés :

L'utilité économique de la vente, l'attente légitime du consommateur, le vice fonctionnel, le défaut de sécurité, la vente (produits, constructions), notion fonctionnelle de la chose vendue, vendeur, l'acheteur, producteur, consommateur.

مقدمة

إنّ ما يميز حضارة الشعوب قديما، أنّها شعوب مقسّمة إلى عدة طوائف، كل طائفة منها تنتج مما تستهلك، وتستهلك مما تنتج من الطبيعة، فكانت مجتمعات زراعية، وأمام وجود ما يسمى بالتضخم من جهة، والرغبة الملحة إلى تبادل المنافع بين

هذه الطوائف، لجأت إلى آلية المقايضة وهي أول تقنية عرفتها البشرية من أجل سدّ رغباتها المتمثلة في الاستهلاك فمففعة الشيء المقايض تقابلها منفعة شيء آخر. وإن كانت هذه الطوائف قد حققت منفعة ولو بسيطة، إلا أنّها لا تعادل المشقة الكبيرة التي كانت تتكبّدها (العجز في نقل المحصول من وإلى) هذا الأمر كله أدى بالشعوب إلى استبدال منفعة الشيء بالمقابل النقدي.

ومن هنا نشأ عقد البيع بعدما اتسع نطاق الحاجات التي يرغب بها المشتري، وإن كان اتساع هذا النطاق نتج بسبب تحوّل الشعوب من مجتمعات زراعية كما قلنا، إلى مجتمعات منتجة لأدوات بسيطة. هذه المنتجات اليدوية وإن كانت لها قيمة في السوق، إلا أنّ هدف المشتري من وراء اقتنائها ليس اكتساب ملكية محل العقد والاحتفاظ بقيمتها، فحسب وإنما يسعى إلى الناحية العملية منه، أي الحصول على الحيازة النافعة للمبيع على غرار الحيازة المادية لها.

فإذا كانت وظيفة المبيع تختلف باختلاف التطورات الصناعية والاجتماعية، التي ترافق الحضارة المدنية لها. فمثلا وظيفة المبيع قديما تتمثل في سد الحاجيات الأساسية للمشتري كلها مستوحاة من الطبيعة، أما بعد دخول اليد البشرية إلى الإنتاجية وظهور أدوات يدوية متعددة الاستعمالات، فإنّ وظيفتها تتمثل في صلاحيتها للاستعمال، مادام أنّها مبيعات تستهلك وفق زمن طويل. ونتيجة لهذه العوامل فقد تدخل القانون بدوره لضبط المفهوم الوظيفي للمبيع، حماية للمشتري من خلال التزام البائع بضمان العيوب، وما دم القانون يعتبر مرآة عاكسة، لمختلف العوامل الاجتماعية السائدة في ظلّه، فبات تدخل المشرع إلزاما لمواكبة هذه الظروف.

لنتساءل إذن عن التوسع التشريعي في تأطير الضوابط المحددة للمفهوم

الوظيفي للمبيع؟

أولا/ مضمون المفهوم الوظيفي للمبيع وفقا للقواعد العامة

لا يقتصر عقد البيع في جوهره، على مجرد النقل المادي لملكية الشيء المبيع إلى المشتري، بل أنّه يتجاوز ذلك إلى ضرورة ضمان تحقيق الجدوى الاقتصادية⁽¹⁾، وتكمن الجدوى الاقتصادية خاصة في وجوب تمكين المشتري من حيازة مفيدة⁽²⁾، من شأنها أن تستجيب للغرض الذي أعدّ له المبيع بما تستدعيه ذلك من وجوب خلوه من العيوب

التي قد تنقص من قيمته أو تصيرّه غير صالح للاستعمال، وتبعاً لذلك حرمان المشتري من المنفعة التي عول عليها زمن التعاقد⁽³⁾.

وفضلاً عن ذلك فإنّ الإنسان لا يقبل عادة إلا على شراء ما فيه منفعة للأشياء لا تقصد لذواتها وإنّما تقصد لما فيها من المنافع، والذي يبرر هذه المنفعة هو أنّ البيع قانوناً عقد معاوضة، ولاشك أنّ خصيصة المعاوضة هذه تستثنى عندما يكون أحد البديلين غير منتفع به⁽⁴⁾، ومن هنا نستنتج أنّ المفهوم الوظيفي وفقاً للشريعة العامة بالمعنى الأدق هو خلو المبيع من العيب بالمفهوم الوظيفي له⁽⁵⁾ . la notion fonctionnel du vice

إنّ تحديد المفهوم الوظيفي بصفة عامة، في القواعد العامة، لا يبلغ هدفه القانوني إلا إذا قمنا بدراسة مقارنة حول هذا المفهوم، دراسة تشمل القانون المدني كنموذج، والقانونين المصري والفرنسي كقوانين مقارنة.

1/ تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع وفقاً للقانون المدني الجزائري: إنّ طبيعة السلع المتداولة وقت وضع التشريع، كانت تحتم تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع بصلاحيته في ذاته للغرض المقصود منه، وهكذا يتبين أنّ عدم قابلية الشيء للاستعمال، ليس نتيجة جسامة العيب، ولكن هذه الجسامة هي نتيجة عدم القابلية للاستعمال.

Ce n'est pas l'incapacité de l'objet qui est la conséquence de la gravité du vice, mais bel et bien la gravité qui dépend de l'incapacité.⁽⁶⁾

فالوجه الوظيفي للعيب هو الذي جرى اعتماده، تحت عبارات مختلفة مثل العيب المضر بمنفعة الشيء⁽⁷⁾ nuisible a l'utilité de la chose، فالعيب المؤثر في مادة الشيء يبرر اختلال وظيفته، لهذا وجب علينا للبحث عن مميزات وظيفية للمبيع اللجوء إلى نص المادة 379 من الق م ج "يكون البائع ملزماً بالضمان، إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها، وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان المبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به، بحسب الغاية المقصودة منه، حسبما هو مذكور بالعقد، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله"⁽⁸⁾.

الملاحظ على نص المادة أنّ المشرع أشار إلى العيب المؤثر على الجدوى الاقتصادية للمبيع، دون التمييز ما بين العيب بالمفهوم المجرد والوظيفي له، لذا فما يهمنا في هذا

الخصوص، هي عدم الصلاحية التي ترجع لأسباب موضوعية، بمعنى النقص في الأداء الوظيفي للمبيع، دون الأسباب الشخصية، بمعنى تخلف الصفات⁽⁹⁾.

من خلال نص المادة نستقر أنّ المشرع الجزائري أورد مجموعة من الضوابط الموضوعية، على أساسها يمكن القول بتأثير العيب من عدمه، لكن التساؤل الذي يطرح هو هل هذه المعايير يستعان بها لمعرفة النقص في القيمة أم أنّها مقصورة على تحديد معرفة النقص في المنفعة ؟

لقد ذهب الفقهاء إلى القول بأنّ هذه الضوابط، لا يستعان بها إلا لمعرفة النقص في المنفعة المقصودة من المبيع، دون قيمته، أما التعرف على القيمة فلها ضابط آخر يتمثل في حالة السوق وظروف التعاقد⁽¹⁰⁾، لذا فالمفهوم الوظيفي للمبيع، ينحصر فقط في كل ما ينقص من الانتفاع بالمبيع، دون النقص في القيمة، أما المفهوم الوظيفي للعيب فيشمل النقص في القيمة والمنفعة معا⁽¹¹⁾.

فالمفهوم الوظيفي وفقا لنص المادة 379 القانون المدني الجزائري هو ما ينقص من الانتفاع بالمبيع حسب الغاية المقصودة منه أي من المبيع فمعنى ذلك أنّ هذه الغاية يحددها معيار موضوعي مادي في الأصل لا يرجع فيه إلى غرض المشتري من شراء المبيع، وإنّما يرجع فيه إلى تلك الضوابط الثلاثة التي حددها المشرع⁽¹²⁾، فقد اكتفى المشرع الجزائري بتحديد الضوابط الموضوعية التي تتأسس على الغاية المقصودة من المبيع دون اشتراط درجة معينة يبلغ إليها النقص، فالمفهوم الوظيفي إذن وفقا للمشرع الجزائري هو النقص في الانتفاع دون تحديد درجة النقص، فالبائع ملزم بضمان العيب الجسيم واليسير⁽¹³⁾، كما طبق أيضا أحكام الضمان العام أي كان موضوع عقد البيع سلع أو أبنية أو منشآت.

ومن هنا نستنتج أنّ المفهوم الوظيفي بحسب معناه التقليدي لبائع المباني تحت الإنشاء ينحصر في إطار النقص في الانتفاع الواردة في نص المادة 379 فلم يلتمس مشرّعنا في هذا المجال أي توسع في المفهوم الوظيفي للمباني⁽¹⁴⁾.

2/ المفهوم الوظيفي للمبيع وفقا للقانون المدني المصري: تنص المادة 447 من القانون المدني المصري " ...أو نفعه بحسب الغاية المقصودة، مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له"⁽¹⁵⁾ الملاحظ لنص المادة 447

أنه طبق الأصل لنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري، وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على اقتباس المشرع الجزائري من نظيره المصري، فكلتا التشريعات لم يحددا درجة تأثير النقص، وهو ما أغفل التقنين المدني المصري الحالي التفاصيل التي وردت في التقنين المدني السابق، فيما يتعلق ببيان التفرقة بين العيب الجسيم واليسير⁽¹⁶⁾.

لكن إذا سلمنا بمبدأ عدم التحديد فإنه يؤدي بنا إلى نتيجة سلبية، بحيث تجعل في يد المشتري سلاحا قويا ضد البائع، فالمشتري يستعمل حقه في الرجوع بالضمان، حتى في حالة العيب التافه، وهذا ما تنبأ إليه المشرع المصري عندما أضاف نصا يرفع فيه هذا اللبس في المادة 448 مدني مصري جاء فيها "لا يضمن البائع عيبا، جرى العرف على التسامح فيه". وهو ما غفل عنه المشرع الجزائري ولا ندري السبب الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى اقتباس بعض النصوص القانونية من نظيره المصري، والتخلي عن بعضها، هل هذا من باب الاجتهاد، أم من باب عدم صلاحية بعض النصوص لتطبيقها في الجزائر؟ خصوصا إذا علمنا أنّ مثل هذا الحكم المنصوص، بإمكانه أن يضع حدّا لحقوق كل من البائع والمشتري، في الرجوع بالضمان، وتجنب الوقوع في التعارض⁽¹⁷⁾.

أما فيما يخص بائع المباني تحت الإنشاء أو المباني المنشئة، فنلاحظ أنّ المشرع المصري أخضعها للقواعد العامة، مما يوحي أنّ المفهوم الوظيفي للمباني، هو مجرد الحصول على الانتفاع فقط فالمشرع المصري والجزائري أوردا مفهوما وظيفيا قاصرا في وجوب الحصول على المنفعة ولو كانت جزئية وهذا ما يلتمس في نص المادة 379 القانون المدني الجزائري والمادة 447 القانون المدني مصري⁽¹⁸⁾. وهو ما يجعلنا نتساءل عن سبب إدراج عقد بيع المباني، ضمن القواعد العامة للضمان؟ خصوصا إذا علمنا أنّ طبيعة مثل هذه العقود، مختلفة تماما، سواء في عدم التوازن المالي والفني لطرفي العقد⁽¹⁹⁾.

3/ تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع وفقا للقانون المدني الفرنسي: تنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي "البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية في المبيع، التي تجعله غير صالح للاستعمال الذي اعد لها، والتي تنقص من الاستعمال إلى حد أنّ المشتري ما كان ليشتريه، أو ما كان يدفع فيه ثمنا أقل لو علم بها"⁽²⁰⁾.

من هنا يتضح أنّ المشرع الفرنسي عرف العيب، من خلال نتائجه. le vice doit. من هذا ما جعله يشترط (21) nuire a son usage mais pas nécessairement a l'empêcher درجة لهذا التأثير في الوقت ذاته، لهذا نجد بعض الشراح يحللون هذا الشرط فيجعلون له وجهين الأول أن يكون العيب منتقضا من المنفعة بالشيء، والثاني أن يكون على درجة معينة من الجسامة (22).

أما القانون الجزائري ومثله المصري، فقد اكتفيا فيما يتعلق بدرجة تأثير العيب، بالقول أنّ العيب المضمون، هو الذي ينقص من نفعه، لقد نص المشرع الفرنسي في نفس المادة على الحالتين معا (عدم الصلاحية للاستعمال والنقص في الاستعمال نقصا محسوسا) ولقد أصاب حينما ميز بينهما (23)، لكن ما يعاب عليه هو عدم النص على المعايير المحددة للاستعمال الصالح (24)، وإن كانت المادة 1641 قد حددت درجة التأثير، إلا أنّها حصرتها في الجانب النفسي للمشتري، وهو أمر عسير، خصوصا للقاضي الذي يضطر في كل مرة، للبحث على مدى توفر هذه الوضعية للمشتري (25)، أما الأشياء المستعملة، فإنّ تقدير فداحة العيب يخضع لشروط قاسية، بحيث لا يجوز التوسع في مفهومها فمن يشتري شيئا مستعملا عليه أن يتوقع خلا معينا (26).

خلافا للقانون المدني الجزائري والمصري، فنجد أنّ المشرع الفرنسي وضع تنظيما خاصا لبائع المباني، حيث أخضع البائع للالتزامات نفسها المفروضة على الماويل (27)، فالأجزاء غير قابلة للانفصال تخضع لأحكام الضمان العشري، أما الأجزاء القابلة للانفصال فهي خاضعة لضمان جودة التشغيل (28)، والجدير بالذكر أنّ المشرع أضاف المسؤولية عن عدم كفاية العزل الصوتي للبناء المبيع (29).

4/معايير تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع وفقا للقواعد العامة: يعتبر الغرض المقصود من المبيع، الهدف الأساسي الذي يسعى إليه المشتري، لهذا فإنّ تحديد هذا الاستعمال يجب أن لا يكون فيه البائع تحت رحمة المشتري، فيجب أن تكون طبيعة هذا الاستعمال معلومة، مشروعة ومعقولة وهذا الأمر دفع الفقهاء إلى اعتماد معايير محددة لهذا الاستعمال (30).

1-4/معياري مما هو ميين في العقد: ويعني هذا المعيار أنّ العيب ينقص من منفعة الشيء، إذا كانت الغاية المرجوة بنص العقد غير محققة في الشيء المبيع، وقد تكون

رغبة المشتري إما متوافقة مع المنافع الطبيعية للشيء المبيع، وقد لا تكون كذلك، فلو كانت هذه الرغبات متوافقة لا تثور المشكلة، ولكن يختلف لو أنّ المشتري تطلب في الشيء المباع صفات معينة لأهداف معينة⁽³¹⁾، مثال ذلك من يشتري سيارة قاصدا استعمالها لسحب المركبات، لا يحق له الرجوع على البائع بدعوى الضمان، إذا تبين أنّها لا تستطيع سحب المركبات، ما لم يكن قد أعلم البائع وقت العقد بهذا القصد وتم تثبيته في العقد.

فإذا لم يتفق المتعاقدان على الغرض المقصود من المبيع، وهو كما قلنا الغرض الخاص، فإنّه يدخل في الاعتبار ما أعد له الشيء بحسب طبيعته، وهو المعيار الثاني⁽³²⁾.

2-4 معيار مما هو ظاهر من طبيعة المبيع: إنّ طبيعة الشيء هي التي تملئ المنافع المقصودة منه، وهي التي تحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع، وهذا طبعا يختلف بحسب نوعية المبيع، فمثلا نسبة معينة من الأتربة تعيب الدقيق، ولكنها لا تعيب القمح، لأن طبيعة الدقيق أن يكون خاليا من الأتربة بخلاف القمح⁽³³⁾، فمثلا من يشتري سيارة قديمة من صنع 1900 م، لا يجوز اعتبار عجزها عن السير عيبا فيها، على الرغم من غرض السيارة في الأساس هو للسير، وهذا دليلا على أنّ طبيعة الشيء تؤثر على وجهة استعماله⁽³⁴⁾.

3-4 معيار مما يظهر من وجهة الاستعمال: قد تتحدد وظيفة المبيع من خلال وجهة استعماله (طريقة تكوين وإعداد المبيع) فمثلا صناعة شاحنة وتجهيزها بأجهزة التبريد، يجعلها معدة لنقل اللحوم والخضار⁽³⁵⁾، فقد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذي أعد له هذا الشيء فيرجع إلى هذا الغرض لتحديد المنافع، فإذا كان المبيع أرضا زراعية أعدت لزراعة الفاكهة، وجب الاعتداد لا بطبيعة المبيع فحسب، بل أيضا بالغرض الذي أعد له، وهو هنا زراعة الفاكهة، فإذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف، كان هذا عيبا فيه ولو كانت صالحة لزراعة المحصولات الأخرى⁽³⁶⁾.

ثانيا/ مضمون المفهوم الوظيفي وفقا للقواعد الخاصة

إذا كانت الصورة المثلى للمشتري في مواجهة البائع، هي ضمان الانتفاع بالمبيع واستعماله بما أعد له كما سبق القول، فإنّ تحديد المبيع بناء على ذلك بصلاحيّة

المبيع للغرض المقصود منه⁽³⁷⁾ إن كان صالحا منذ قرن مضى أو أكثر، فإنه يكون قاصرا على استيعاب مظاهر التقدم الصناعي والتكنولوجي، فالسلع و المنتجات اليوم لم تعد تمتاز بالتعقيد فحسب، بل أصبحت تتسم بالخطورة الناجمة عن استهلاكها أو استعمالها، وما يصاحب ذلك من أضرار قد سببها للأشخاص والأموال والاثنين معا⁽³⁸⁾. وإزاء ما تقدم اتجه المشرع الفرنسي والمصري والجزائري إلى التوسع في هذا المفهوم، مع تفاوت في نطاق هذا التوسع ومداه ما بين اتجاه المشرع أو ذاك.

1- تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع وفقا لقانون حماية المستهلك الجزائري: نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات على مايلي: "المحترف يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال أو من أي خطر ينطوي إليه"⁽³⁹⁾.

لقد تبنى المشرع الجزائري نفس المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 1641، فهل عدم صلاحية المبيع من شأنه أن يهدد سلامة المستهلك؟ لاسيما إذا علمنا أنّ صلاحية المبيع للاستعمال من عدمه معيارا للتأثير على الجدوى الاقتصادية للمبيع⁽⁴⁰⁾.

لقد أصاب المشرع حينما أدرك أنّ العيب المؤثر بمفهومه الحديث، هو ذلك العيب الذي يكون من شأنه أن يجعل مما يصنعه المنتج شيئا خطيرا على غير طبيعته، أو يزيد مما لهذا الشيء من خطورة في ذاته، أي أنّ مفهوم عدم صلاحية المبيع الذي تضمنه المرسوم 266/90 يقاس على أساس معيار الرغبة المشروعة للمستهلك وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 11 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁴¹⁾، لكنه تجاهل في نفس الوقت ما يمكن للمنتج الخطير بطبيعته أن يسفر من أضرار⁽⁴²⁾.

لكن سرعان ما تدارك المشرع الوضع من خلال نص المادة 3 فقرة 11 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وقام بالتمييز بين المنتج المعيب والخطير⁽⁴³⁾، وبالعودة إلى ضبط مفهوم المنتج في القانون الجزائري، نجد أنّ المشرع أخرج العقارات من مفهوم المنتج، لذا فالمفهوم الوظيفي للمباني تنحصر فقط في مدى صلاحيتها للغرض الذي شيد من أجله، ولا تتعداه إلى ضمان سلامة المباني⁽⁴⁴⁾.

2/ تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع وفقا لقانون حماية المستهلك المصري: نصت المادة الثانية| من قانون حماية المستهلك المصري على " ... حق المستهلك في الصحة و السلامة عند استعماله العادي للمنتج"⁽⁴⁵⁾.

نلاحظ أنّ المشرع المصري قد ربط بين الحق في الصحة بشرط ألا وهو الاستعمال العادي للمنتج، بمفهوم المخالفة الاستعمال الغير العادي للمنتج لا يكفل الحق في السلامة، ولقد أكدت على هذا الحق المادة 7 منه إذ نصت على: " ... فإذا كان يترتب على هذا العيب، أضرار بصحة أو سلامة المستهلك التزم المورد بأن يبلغ الجهاز بهذا العيب فور اكتشافه..."

وأهم ما يلاحظ على هذه النصوص، عدم الإشارة إلى فكرة العقد، الأمر الذي يؤكد أنّ الالتزام بضمان السلامة لم يعد قاصرا على المجال العقدي، الذي نشأ فيه بل أصبح التزام عاما ينشأ عن متطلبات الحياة في المجتمع، يقع على عاتق كل مهني يضع في السوق منتجات و خدمات⁽⁴⁶⁾.

خلافًا للمشرع الجزائري نلاحظ أنّ المشرع المصري كانت مواده أكثر فعالية ووضوحا، حيث أدرج في نفس المادة المفهوم الوظيفي للمنتج، والآليات القانونية التي يمكن أن يباشرها المستهلك للحفاظ على حقوقه .

أما فيما يخص العقارات (المباني)، فنجد أنّ المشرع المصري لم يتوسع في نطاق المفهوم الوظيفي في هذا المجال، فالسلامة تنحصر في إطار المنتوجات دون المباني 3- تحديد المفهوم الوظيفي للمبيع وفقا لقانون الاستهلاك الفرنسي: إنّ الوظيفة الكاملة للمبيع، لا تتحقق بمجرد خلو المبيع من العيوب التي تنقص من أوجه الانتفاع به، حسبما يظهر من طبيعة المبيع أو استعماله المعتاد فحسب. وإنّما تتحقق بتقديم مبيع يؤمّن الرغبة المشروعة في السلامة .

وهو ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في 11 جوان 1991 ولكن حصرت مفهوم السلامة في الإطار العقدي⁽⁴⁷⁾، لكن سرعان ما اعتبر الالتزام بالسلامة التزاما مستقلا، وهو ما نصت عليه المادة 211 من ق الاستهلاك الفرنسي " إنّ السلع والخدمات في ظروف الاستعمال العادية، وفي الظروف الأخرى، التي من المعقول توقعها بالنسبة للمهنيين يجب أن تحقق الأمن والسلامة وألا تضر بصحة الأشخاص"⁽⁴⁸⁾.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد وسّع المفهوم الوظيفي للمبيع بما يحقق سلامة المستهلك، إلا أنه قيّد مفهوم السلامة بقيد المشروعية، أي مشروعية الرغبة والاستهلاك، وتقدير السلامة المنتظرة من المبيع، لا يكون من منظور شخصي بمعنى السلامة التي ينتظرها المشتري، بل بالمعيار الموضوعي، أي بالنسبة لما ينتظره جمهور المستهلكين⁽⁴⁹⁾.

وإذا كان المشرع المصري قد قرر الالتزام بالسلامة لفائدة المستهلك، فإنّ المشرع الفرنسي قد وسع من دائرة المستفيدين من هذا الالتزام، بحيث تشمل كل شخص يتعرض للضرر⁽⁵⁰⁾.

أما فيما يخص المباني، نجد أنّ المشرع الفرنسي أخضع بائع العقارات تحت التشييد لأحكام الضمان الخاص بالمهندس المعماري ومقاول البناء، حيث نصت المادة 1-1646 على ما يلي: "بائع العقار تحت التشييد يكون ضامنا خلال 10 سنوات"⁽⁵¹⁾ دون بائع العقار المشيّد هذا ما سمح الكثير من المهندسين والمقاولين بالتهرب عن المسؤولية من خلال بيع عقارات تامة التشييد.

لكن سرعان ما تدارك هذا الوضع، من خلال إصداره للقانون رقم 78-12 في شأن المسؤولية والتأمين في مجال التشييد، فقد نصت المادة 1-1792 " في حكم المعماري، كل شخص يبيع بناء بعد تمام التشييد ..."⁽⁵²⁾ وهذا فإنّ انتفاع المشتري الكامل بالمبيع، لا يتحقق ما لم يوفي البائع بالتزامه بتسليم عقار يبقى سالما ومتينا لمدة 10 سنوات مما يؤدي إلى اتساع المفهوم الوظيفي للمباني لمفهوم السلامة.

وهذا على خلاف المشرع الجزائري والمصري فمسؤولية بائع المباني تقف عند حد ضمان العيوب الخفية، ولا تتعداها إلى ضمان السلامة مع أننا أعوز ما نكون إلى امتداد الضمان الخاص بالمهندس والمقاول إلى بائع المباني، مع انتشار ظاهرة المخاطر العمرانية، التي لا تقل شأنًا عن مخاطر المنتجات والسلع إذا لم تكن تفوقها خطرا.

4/ معايير تحديد المفهوم الوظيفي وفقا للقواعد الخاصة: إذا كانت المعايير المادية التي اعتمدها كلا من المشرع الجزائري والمصري، كأسس لتحديد المفهوم الوظيفي للمبيع (صلاحية المبيع للاستعمال من عدمه) في ظل القواعد العامة صالحة في زمن مضى، فإنّها تبقى قاصرة في ظل التطورات الراهنة.

ولعل السبب في ذلك، هو، ميلاد العديد من المنتجات الصناعية ذات التقنية المالية والاستخدامات المتعددة، وهو ما أدى إلى خلق نوعا من انعدام المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة والخبرة.

لهذا فإنّ تحديد وظيفة المبيع في ظل القواعد الخاصة، أي مدى تحقق سلامة المبيع من عدمه، تتأسس على معيار إلزامية الإعلام باعتباره يلعب دورا جد مهم في تحديد طريقة استعمال المبيع ومحاذير استعماله.

1-4/الإعلام: إنّ تحديد وظيفة المبيع، بحسب طبيعته لا تتوقف على طريقة استعماله من قبل المشتري، فلو كانت الطريقة التي استخدم بها المشتري المبيع غير صحيحة، في حين تأكدت صلاحية المبيع لوجهته في الظروف العادية للاستعمال، لا يمكن القول بمسؤولية البائع⁽⁵³⁾.

لكن في ظل التطورات التكنولوجية، وما نجم عنها من منتجات عالية التقنية وخطيرة التي يجهل المشتري استعمالها، لاسيما إذا لم يكن على علم ودراية بحقيقة وماهية المنتج الذي يقتنيه، فاستعمال مثل هذه المنتجات يقتضى أن يقدم البائع المعلومات كي يفى بالغرض المنوط به، فنقص المعلومات المتعلقة باستعمال المبيع والاحتياطات الواجبة اتخاذها، تحرم المشتري من استخدام المبيع في وجهته الصحيحة.

2-4/ ماهية المعلومات المحددة لوظيفة المبيع: تتنوع المعلومات المحددة لوظيفية المبيع إلى معلومات متعلقة بالحالة المادية للمبيع، وإلى معلومات متعلقة بطريقة استعمال المبيع ومحاذيره وهو ما سوف نراه الآن.

أ/المعلومات المتعلقة بالحالة المادية للمبيع: يقصد بالمعلومات المتعلقة بالحالة المادية، تلك المعلومات المحددة للخصائص والأوصاف الأساسية للمبيع موضوع التعاقد⁽⁵⁴⁾، كالمعلومات المتعلقة بطبيعة المبيع، أو تركيبه أو صفاته الجوهرية أو العناصر التي يتكون منها⁽⁵⁵⁾.

ولقد نصت المادة 17 من قانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج..."

الملاحظ من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري نص بصفة عامة دون ذكر أي تفاصيل فيما يخص هذه المعلومات، وهو ما تداركه من خلال إصدار مرسوم تنفيذي

سنة 2013 يحدد من خلاله الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁽⁵⁶⁾. ويأتي تأكيد المشرع على وضع المستهلك في إطار المعرفة الكاملة للأوصاف والخصائص الأساسية للمبيع، من واقع تطور السلع والمنتجات إلى الحد الذي لا يمكن للمستهلك معرفة هذه الخصائص، ومن واقع خبرة ودراية البائع المحترف، في مجال المعاملة بكافة خصائص المبيع، التي تحوز اهتمامات المستهلك⁽⁵⁷⁾.

ب/المعلومات المتعلقة بطريقة استعمال المبيع ومحاذير الاستعمال: قد يبدو لأول وهلة أنّ إمداد المشتري بالمعلومات، يقتصر على بيان الطريقة الصحيحة لاستعمال البيع والمدونة ببطاقة الاستعمال، وفق الغرض المخصص له بطبيعته، ومن ثم لا يكون البائع مسؤولاً، إذا ما تجاهل المشتري الغرض المبين في طريقة الاستعمال، واستعمل السلعة في غرض آخر خاص مما أدى إلى الإضرار به...، إلا أنّ هذه المعلومات لا تقدم وحدها حماية كافية للمشتري، إذا ما كان الخطر منها يمكن أن يتحقق حتى ولو استعملت في ذاتها استعمالاً صحيحاً وفق طبيعتها، مما يتسع معه مفهوم الإعلام إلى بيان الاحتياطات التي يجب أن يتخذها المشتري في حيازته لهذه المنتجات، وفي استعماله لها، وبيان التحذيرات من مخاطر عدم اتخاذ هذه الاحتياطات⁽⁵⁸⁾.

فلا يكفي أن يقوم البائع بإخبار المشتري بطريقة الاستعمال التي تكفل الانتفاع بالمبيع على أكمل وجه، بل يتعين بالإضافة إلى ذلك، أن يحذره من المخاطر التي يمكن أن تنجم على استعماله أو حيازته، وأن يبين بكل دقة جميع الاحتياطات اللازمة لتفادي تلك المخاطر، وهو لا يتأتى بدهاءة إلا إذا كان التحذير كاملاً وواضحاً ولصيقاً بالمنتجات⁽⁵⁹⁾، فمن يشتري عبوة مبيدات فإنه يستطيع الحصول على أفضل النتائج بإتباع طريقة استعمال صحيحة، ولكنه ربما يجهل أنّ قربها من مصدر لهب، أو تركها في مكن شديد الحر، يمكن أن يؤدي إلى انفجارها بسبب تمدد الغاز المضغوط داخلها⁽⁶⁰⁾.

خاتمة

وخلاصة القول، نقول أنّ التشريعات توسعت حقا في ضبط المفهوم الوظيفي للمبيع، وذلك مواكبة لمختلف التطورات الحاصلة في ظله، فبعد أن كانت وظيفة المبيع تتحدد بحسب معناه التقليدي (صلاحية المبيع للغرض الذي اعد له)، أصبح المفهوم

الوظيفي للمبيع حاليا يتمحور حول إلزامية تحقيق السلامة والرغبة المشروعة للمستهلك.

وقد حددت التشريعات المعايير الموضوعية المادية المحددة لوظيفة المبيع، ولكن يجب الإشارة هنا أنه ولو كان معيار طبيعة المبيع ومعيار الغرض من الاستعمال يعتبران معيارين موضوعيين ماديين، إلا أنّ معيار اتفاق المتعاقدين وإن كان معيارا ماديا من خلال نص العقد المبرم بين الطرفين إلا أنّه لا يعتبر معيارا موضوعيا بحثا فله طابع الذاتية (الإرادة)، إلا أنّ هذه الذاتية تبنى من خلال الاتفاق، وليس الإرادة المنفردة أو عوامل خارجية أخرى، وليس غريبا أن يكون للاتفاق دور في تحديد أوجه استعمال المبيع ما دام أنّ هذا الاتفاق تبرره مبادئ المساواة والتوازن العقدي السائد في ظل القواعد العامة.

إلا أنّ التعقيدات التقنية المتزايدة في المبيعات، دون نسيان المنتجات الخطيرة بطبيعتها، هذه المعادلة، أدت إلى عدم تمكن المشتري من الاستفادة بالمبيع بتجنب أضراره رغم كونه صالحا للاستعمال بحد ذاته وخاليا من العيب بالمفهوم الوظيفي له فبات من الضروري التوسع في تحديد المعيار الملائم للمفهوم الوظيفي له، وهو ما يعرف بالإعلام وما يلعبه من دور مهم وإيجابي في تحديد وظيفة المبيع عن طريق تقنية الوسم. إلا أنّه وبالمقارنة مع المعايير الموضوعية المحددة لوظيفة المبيع في إطار القواعد العامة، نلاحظ أنّ الإعلام وإن كان معيارا موضوعيا أيضا إلا أنّ الفرق الكامن بينهما هو انفراد البائع بتقديم المعلومات المحددة لوظيفة المبيع دون اشتراك المشتري في ذلك كونه غير ملم تقنيا (Un Profane).

وهو ما أدى بالتشريعات إلى حماية المستهلك من البيانات التضليلية المؤثرة على رضا المستهلك بمعلومات غير مطابقة لماهية المبيع وخصائصه الأساسية، إذ يعدّ البائع مسؤولا عن التوقع المعقول للمشتري، مع أنّ هذا التوقع لم يكن داخلا في نطاق العقد، وهنا يكمن الفرق الجوهرى بين معيار اتفاق المتعاقدين ومعيار الاعلام المحدد لوظيفة المبيع .

وما تجدر الإشارة به، هو أنّ المشرع الفرنسي تبنى توسعا دقيقا فيما يتعلق المفهوم الوظيفي بحسب المعنى التقليدي له، وهذا في إطار المباني سواء المشيدة أو تحت

التشييد، أخذاً بعين الاعتبار تجهيزات المباني سواء القابلة للانفصال أو غير القابلة للانفصال، وهذا ما التمسناه في نصوص القانون الفرنسي وهما المادة 1792فقرة 3 من القانون المدني المتعلقة بضمان الجودة و المادة 111-11فقرة 3 المتعلقة بضمان الضجيج الصوتي، كما تبني توسعا في نطاق المفهوم الوظيفي بحسب المعنى الحديث له حيث أصبح يشمل المباني على غرار المنتجات، من خلال الموازة بين التزامات المقاول والمهندس مع بائع المباني فيما يخص الضمان العشري .

وهذا ما لم نجده في التشريع الجزائري ومعظم التشريعات العربية المقارنة، لذا نرجو من المشرع الجزائري أخذ هذه النقاط بعين الاعتبار في إطار بائع المباني من خلال النص على إلزامية ضمان الضجيج الصوتي وجودة التشغيل للعناصر التجهيزية دون نسيان ضمان السلامة في ظل اتساع مخاطر التطور العمراني الذي لا يقل شأنًا عن مخاطر تطور المنتجات، وهذا ما يؤدي بدوره إلى حماية المشتري إذ يعد الحصول على مسكن ملائم من بين أولويات المواطنين الجزائري.

الهوامش:

- (1) فدوى قهوجي، ضمان عيوب المبيع فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص3.
- (2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (البيع و المايضة)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص710. (إن المفهوم القانوني للجدوى الاقتصادية مرتبط ارتباطا وثيقا بالمنفعة المالية للمبيع على غرار القيمة أيضا)
- (3) فدوى قهوجي، المرجع السابق، ص3.
- (4) حسن صلاح الصغير، صلاحية المبيع للانتفاع به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص72.
- (5) في حين أنّ المفهوم الآخر لا يعتبر العيب عيبا بالمعنى القانوني إلا انطلاقا من مدى تأثيره على الاستعمال بحيث يندمج العيب وتأثيره في شرط واحد، فيصبح العيب هو الفعل المعطل للاستعمال le fait destructeur de la chose انظر: أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية (دراسة مقارنة)، دار اقرأ، بيروت، د س ن، ص56.
- (6) أسعد دياب، المرجع نفسه، ص56.
- (7) وينفس المعنى ذهب إليه البروفيسور جاك جيستان فقد عرف العيب باعتباره عدم ملائمة المبيع للاستعمال المعد له. انظر في ذلك: ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال، دار أم القرى للطبع والنشر، مصر، د س ن، ص8.
- (8) الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج رعد د 44.
- (9) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص8.

- (10) عز الدين كريم، ضمان العيب في العقود الاستهلاكية، رسالة لنيل الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2007، ص 29.
- (11) حميد سلطان على محمد الخالدي، جسامة العيب كشرط لضمان عيوب المبيع الخفية في عقد البيع، مجلة العلوم القانونية، المجلد 27، جامعة بغداد، 2012، ص 15.
- (12) مراد قرني، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص 36.
- (13) خواص جويدة، الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 60.
- (14) بن عبد القادر بن زهرة، الضمان العشري للمشيدين (دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي)، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://manifest.univ-ouargla.dz>
- (15) قانون مدني مصري، الصادر بتاريخ 29 جويلية 1948 على الموقع: www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-131-1948.pdf
- (16) المفهوم الوظيفي للمبيع فالقانون المصري الملغى يحصرها في صلاحية المبيع للاستعمال فيما اعد له. انظر: عمرو احمد عبد المنعم ديش، الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، دار الفكر العربي، مصر، 2012، ص 48.
- (17) كرفي مراد، المرجع السابق، ص 34.
- (18) بن عبد القادر بن زهرة، المرجع السابق، ص 10.
- (19) أحمد إبراهيم الجباري، حماية المشتري في بيع بناء تحت التشييد (دراسة مقارنة)، مجلة النشر العلمي، العدد 3، جامعة الكويت، ص 318.
- (20) Code civil français, <http://www.legifrance.gouv.fr>
- (21) Philippe Le Tourneau , Loic Cadiet, droit de la responsabilité et des contrats , édition Dalloz , paris , 2002 , p 1142.
- (22) أسعد دياب، المرجع السابق، ص 54.
- (23) نفس المرجع، ص 61.
- (24) وان كان المشرع الفرنسي لم ينص صراحة على هذه المعايير إلا أنّ بعض الشراح يأخذون هذا الضابط ضمنياً من المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي فالعيب المؤثر هو كل ما يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي يعد له أو كان ينقص هذا الاستعمال، والعبارة بالاستعمال الذي يتفق عليه المتعاقدان، فإذا لم يكن هناك اتفاق فالعبارة بالاستعمال العادي للمبيع. انظر: عبد الناصر توفيق العطار، استقراء لماهية العيب و شوط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية، العدد 1، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1971، ص 13-12.
- (25) اسعد دياب، المرجع السابق، ص 68.
- (26) Huet Jérôme, contrats civil et commerciaux (responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés), Litec, paris, p 172.
- (27) (Ph) Malinvaud, (ph) Jestaz, droit de la promotion immobilière, revue internationale de droit comparé, volume 30, N 2 p 702 -703. (art 1792I1 de la loi n 78-12 du 4 janvier 1978 relative a la responsabilité et a l'assurance dans le domaine de la construction « est réputé constructeur de l'ouvrage tout architecte, entrepreneur, le technicien 2I tout personne qui vend après achèvement un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire »).
- (28) فمحل هذا الضمان عناصر التجهيز في المبنى التي تقبل الانفصال عنه وهذا الوصف ينطبق على الأجهزة الميكانيكية والكهربائية التي يركبها البائع (أو المقاول) في البناء بحالتها التي تسلمها عليها من المنتج أو الموزع أو الصانع،

كما يشمل هذا الضمان أي ضرر يلحق العنصر التجهيزي ويترتب عليه عدم أو سوء أداء هذا العنصر لوظائفه، ولو لم ينجم عنه مساس بمتانة البناء أو جعله غير صالح للغرض الذي شيد لأجله حسب نص المادة 3/1792 من القانون المدني الفرنسي، والجدير بالذكر، أنّ عبارة عدم صلاحية البناء للغرض الذي شيد من أجله ليس له تعريف تشريعي كما لا يوجد تعريف من القضاء محدد وصریح، ولكن يستخلص من القرارات الصادرة في هذا المجال، والقضاء يعتد في هذه الحالة بالمعيار الشخصي (الذاتي). انظر: أحمد إبراهيم الحيارى، المرجع السابق، ص 285.

(29) إذا وصل الضجيج الصوتي إلى حد جعل البناء غير صالح لتحقيق الغرض المخصص له دخل في الضمان الثنائي أما إذا لم يصل إلى هذا الحد فإنه يبقى محكوماً بالقواعد الخاصة بضمان الضجيج الصوتي. انظر: أحمد إبراهيم الحيارى، نفس المرجع، ص 287.

(30) حميد سلطان على محمد الخالدي، المرجع السابق، ص 20.

(31) والحد الفاصل بين تخلف الصفة و تخلف اتفاق المتعدين كمعيار للعيب بالمعنى الدقيق هو في مدى الضمان، فالبايع يضمن تخلف الصفة ولو لم تنقص منفعة المبيع، أما تخلف اتفاق المتعاقدين فيشترط فيه التأثير على منفعة المبيع واستعماله. انظر: صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 69.

(32) عمرو أحمد عبد المنعم ديش، المرجع السابق، ص 56.

(33) جويذة خواص، المرجع السابق، ص 56.

(34) سمير كامل، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، (دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي)، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص 33.

(35) أسعد دياب، المرجع السابق، ص 62-63.

(36) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 721.

(37) محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، مصر، 1983، ص 23.

(38) حدوش فتيحة، ضمان سلامة المستهلك من المنتجات الخطرة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، ص 2.

(39) المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 هـ الموافق ل 15 سبتمبر 1999 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 40 الصادرة في 29 صفر 1411 هـ الموافق ل 19 سبتمبر 1990.

(40) ولد عمر طيب، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 39.

(41) المادة 11 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 الصادر في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق ل 8 مارس 2009 والتي تنص على أنه " يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته و صنفه و منشئه و مميزاته الأساسية و تركيبه و نسبة مقوماته اللازمة و هويته و كمياته و فاعليته للاستعمال و الأخطار الناجمة من استعماله."

(42) بودالي محمد، المرجع السابق، ص 90.

(43) المادة 3 فقرة 11 من ق 03/09 المذكور سابقاً "المنتج السليم و الزيه القابل للتسويق، خالياً من أي نقص أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك أو مصالحه المادية إما المنتج الخطير، فهو كل منتج لا يستجيب لمفهوم المنتج المضمن في شرط استعماله العادية أو الممكن توقعها".

(44) قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 8.

(45) القانون رقم 67 لسنة 2006 المتعلق بحماية المستهلك المصري منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.eescep.com/index2.php?id=9>

(46) المادة 7 من نفس القانون.

(47) عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2007-2008، ص 148.

"La cour de cassation de France en 1991 a posé, sous forme de principe, que le vendeur a une obligation contractuelle de sécurité, qui consiste a ne livrer que des produits exempts de tout vice, ou de tout défaut de fabrication, de nature a créer un danger pour les personnes ou pour les biens." Voir : Stéphane Piedelièvre, Droit de la consommation, Ed Economica, paris, 2014, p 444.

(48) Code de la consommation français, <http://www.legifrance.gouv.fr>

(49) محمد السيد عبد المعطي خيال، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة و مخاطر التقدم، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998، ص 25.

(50) عبد القادر محمد أقصاصي، المرجع السابق، ص 143-144.

(51) Code civil français, op-cit.

(52) la loi n 78-12 du 4 janvier 1978 relative a la responsabilité et a l'assurance dans le domaine de la construction, <http://www.legifrance.gouv.fr>

(53) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 27.

(54) عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 232.

(55) ممدوح محمد على مبروك، الالتزام بصيانة الشيء المبيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص 79.

(56) المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 5 محرم عام 1435 هـ الموافق 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريد رسمية عدد 58 الصادر في 14 محرم عام 1435 الموافق ل 18 نوفمبر 2013.

(57) عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 728-729.

(58) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 22.

(59) علي السيد حسن، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 89.

(60) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 32.

إختصاص مجلس النقد و القرض في مادة القرارات الفردية *

MAHMOUDI Samira, Doctorante
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

محمودي سميرة ، طالبة دكتوراه
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

يستلزم ضبط نشاط اقتصادي كالقطاع البنكي، حسب ما يراه المشرع، أن تتمتع السلطة المختصة بضبطه بمجموعة من الاختصاصات في سبيل ضمان تأسيس التوازنات اللازمة على مستوى القطاع المعني.

و مهمة كهذه تتطلب الاعتراف لصالح مجلس النقد و القرض، السلطة النقدية في الدولة، بسلطة واسعة في اتخاذ القرارات الفردية التي تمثل امتيازاً هاماً، وتلعب دوراً حاسماً في إطار أدائه لمهمة ضبط القطاع المصرفي.

الكلمات المفتاحية:

مجلس النقد و القرض، القرارات الفردية، امتيازات السلطة العامة، الضبط الاقتصادي، المهنة البنكية، قرار الترخيص.

The specialized of the council of the currency and credit on the subject of individual decisions

Abstract:

The regulation of a sector of economic activity such as the banking sector command, in the eyes of legislator, that the regulatory authority which in charge can benefit from a wide range of power in order to ensure the maintenance, or even the construction, the balances necessary at the level of the sector in question.

Such a mission like this, need the recognition for the benefit of the council of the currency and credit, the monetary authority of the country, of a broad power to take individual decisions which constitutes an important privilege, and plays a role in the framework of his mission of regulation of the banking sector.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/02/29 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/05/30 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Key words :

Council of the currency and credit, individual decisions, privilege of the public authority, economic regulation, control of banking profession, authorization decision.

Le pouvoir du conseil de la monnaie et du crédit en matière de décisions individuelles

Résumé :

Le maintien et la construction des grands équilibres dans un secteur économique donné, comme le secteur bancaire, nécessite que l'on confie à l'autorité en charge de sa régulation une large gamme de pouvoirs.

Une telle mission passe par la reconnaissance au profit du Conseil de la monnaie et du crédit, autorité monétaire du pays, d'un large pouvoir décisionnel qui est considéré comme la clé de voûte de la mission de régulation.

Mots clés :

Conseil de la monnaie et du crédit, décisions individuelles, prérogatives de puissance publique, régulation économique, contrôle de la profession bancaire, autorisation.

مقدمة

تعتبر القرارات التنظيمية أو اللوائح ذات أهمية خاصة، باعتبارها مصدرا للقانون الإداري و لكونها أكثر تلبية و استجابة لمتطلبات و ضرورات العمل الإداري من القوانين العادية، ذلك أنّ القواعد القانونية تقتصر على وضع الخطوط العامة، تاركة المجال للأنظمة التنفيذية لرسم و تبيان التفاصيل اللازمة لتطبيق هذه القواعد و وضعها حيز التنفيذ، وقد أعتبر هذا المنطق مبررا لقيام المشرع بمنح مجلس النقد و القرض -بوصفه سلطة إدارية مستقلة- السلطة المختصة بضبط القطاع المصرفي، سلطة تنظيمية معتبرة و هامة.

غير أنّ الأنظمة المصرفية التطبيقية ليست وسيلة التدخل الوحيدة و المميزة لمجلس النقد و القرض في ظل نظام الضبط الاقتصادي، حيث نجد إلى جانب هذه الآلية اختصاصه في إصدار القرارات الفردية التي تبقى الوسيلة الأكثر اعتمادا في تدخلاته.

إذ يقيم تمتع مجلس النقد و القرض باختصاص إصدار القرارات الفردية أهمية خاصة ، باعتبارها يمثل أحد امتيازات السلطة العامة، فهذا الدور التي يلعبه هذا الاختصاص الذي أصبح مجلس النقد و القرض يمارسه في ظل الأوجه الجديدة للتدخل الحكومي في القطاع المصرفي، بوصفه السلطة النقدية التي تراقب و تنظم هذا

النشاط، يتناسب مع خطورة وتعقيد النشاط البنكي، وهو ما يبرر إلزامية تواجد اختصاص بهذه الأهمية في مثل هذا القطاع الحيوي.

يقوم مجلس النقد و القرض من خلال إصداره للقرارات الفردية، بتنظيم الدخول إلى السوق المصرفية وكذا تنظيم ممارسة هذه المهنة، وذلك من خلال منحه سلطة الترخيص للمتعاملين الاقتصاديين الراغبين بدخول هذا المجال، حيث أنه لا يمكن الدخول إلى السوق البنكية أو إنشاء أي استثمار في مجال اختصاصها، إلا بعد الحصول على هذا الترخيص الذي يصدره المجلس، بموجب اختصاصه في إصدار القرارات الفردية.

وبمناسبة هذا الاختصاص الأخير، فإننا نتساءل عن مدى السلطة الممنوحة لمجلس النقد و القرض في مجال إصدار القرارات الفردية وعن مظاهر هذه السلطة؟ من خلال تحليل نصوص قانون النقد و القرض المتعلقة بتنظيم مجلس النقد و القرض واختصاصاته، يتبين لنا إسناد المشرع سلطة إصدار القرار الفردي إلى هذه السلطة النقدية (أولا)، كما أن مجموع القرارات الفردية بين ترخيص وبين مقررات سحب الاعتماد الصادرة عن المجلس ومنذ ظهوره، تعدّ مظهرا كاشفا عن ممارسته لهذا الاختصاص (ثانيا).

أولا/إسناد سلطة القرار الفردي لمجلس النقد و القرض: لقد منح المشرع لمجلس النقد و القرض صلاحية إصدار القرارات الفردية (1)، التي يخاطب بها كل المتعاملين الاقتصاديين والمتدخلين في المجال المصرفي، من بنوك ومؤسسات مالية ناشطة في الجزائر بوصفه السلطة النقدية، وهو الأختصاص الذي يتأسس بنصوص قانون النقد و القرض الذي أناطه بمهمة الضبط الاقتصادي في هذا القطاع (2)⁽¹⁾.

1/ مفهوم إختصاص إصدار القرارات الفردية: يثير إختصاص إصدار القرارات الفردية التنفيذية الصادرة عن مجلس النقد و القرض غموضا حول مفهوم القرارات الفردية، فهو إختصاص ممنوح من طرف المشرع بتحفظ، يضم عادة إعطاء آراء، تقديم طلبات، إصدار قرارات فردية في شكل قرارات تأديبية، أوامر و نواهي، تراخيص واعتماد... الخ.

وبالرجوع إلى خصائص القرارات الادارية، نجد أنّها تتخذ في إطار ممارسة الهيئات الادارية لامتيازات السلطة العامة حيث تتخذ بصفة أحادية الجانب، وأنّ الشخص المخاطب بها لا يملك إرادة فيها سواء بقبوله أو رفضه⁽²⁾، وهي الخاصية التي يشترك فيها القرار الفردي مع القرارات التنظيمية، التي تعدّ ثاني أهم اختصاص يتمتع به مجلس النقد والقرض في مجال الضبط الاقتصادي، أي عدم مشاركة المخاطبين بها في إصدارها⁽³⁾.

ونقصد بفكرة القرارات الفردية أو الذاتية، تلك القرارات التي تصدر بشأن شخص قانوني معين بذاته أو بشأن حالة معينة بذاتها، وتتميز هذه القرارات بكونها تستنفذ أو تستهلك فحواها و مضمونها بمجرد تطبيقها⁽⁴⁾، حيث تمثل هذه القرارات الصادرة عن السلطات الادارية المستقلة أمثال مجلس النقد والقرض، وسيلة فعالة لضبط المجالين الاقتصادي والمالي.

بمعنى آخر، فإنّ هذه القرارات توجه لمعامل معين على عكس القرارات التنظيمية التي تحمل قواعد عامة ومجردة، ويتعلق الأمر غالباً في إصدار القرارات الفردية بمنح التراخيص و التأشيرات والاعتماد أو سحبها، ما يجعلها تمثل أخطر القرارات التي يمكن اتخاذها والتي خولها القانون لهذه الهيئات.

ويعتبر القرار التنفيذي الفردي الإجراء النموذجي لنشاط الإدارة المستعمل عملياً، والأكثر تميزاً من وجهة نظر الفقه، فالسلطة العامة تتجسد بوضوح من خلال هذا الإجراء في القانون الإداري، و يمكن للإدارة من خلاله تعديل الوضعيات القانونية بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضا المعني، وهو بذلك يمثل امتيازاً من امتيازات السلطة العامة كذلك.

ففي القانون الفرنسي يرى الفقيه René CHAPUS، أنّه لا يمكن الحديث عن سلطة إدارية مستقلة إلا إذا كنا أمام هيئة تتمتع في سبيل القيام بمهامها بسلطة اتخاذ القرار، وهي الإمكانية التي تؤخذ بالمفهوم الواسع لسلطة القرار، لاسيما منها اختصاص إصدار القرار الفردي الذي يمنح لها عادة في نصوصها التأسيسية⁽⁵⁾. كما أنّ صفة "السلطة" لا تمنح عموماً إلا لهيئات تتمتع باختصاص تنظيمي واختصاص إصدار

قرارات فردية⁽⁶⁾، وهي الحالة التي تنطبق على السلطة النقدية للدولة ممثلة في مجلس النقد والقرض.

وتمتع مجلس النقد والقرض بهذا الاختصاص في المجال المصرفي، يعدّ بمثابة تكريس لمبدأ التخصص المعروف في القانون، ويمتد هذا التخصص إلى اعتباره لا يمثل مجرد وظيفة فقط، وإنما يمتد إلى اتخاذ قرارات جماعية تتسم بطابع تنفيذي وهي الأنظمة، وأخرى ذات طابع شخصي هي القرارات الفردية.

2/ إختصاص مجلس النقد و القرض في إصدار القرارات الفردية كأداة لضبط القطاع المصرفي: لقد جاء إنشاء مجلس النقد والقرض بالتزامن مع ظهور الأوضاع الاقتصادية و المالية الجديدة، والتي تتطلب معالجة وسرعة في التدخل و هو ما يتطلب بدوره، بالنظر إلى أنّه جاء لينافس السلطة التنفيذية على مستوى الصلاحيات، فإنّه من المنطقي أن يسمح لهذه الهيئة الجديدة أن تصدر قرارات أيضا في سبيل أداء مهامها، كما أنّ تخصصها وقرّبها من المتعاملين في المجالات المخصصة لها، يسمح بإصدار قرارات أكثر موضوعية وفعالية لحسن سير السوق المصرفية.

ومجلس النقد والقرض كسلطة إدارية مستقلة، يملك صلاحية اتخاذ قرارات فردية تنفيذية تتميز عن القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية التي تحوز قراراتها حجية الشيء المقضي فيه، كما تتميز عن ما تصدره الجهات الاستشارية التي لا تبدي إلا آراء وتوصيات، وهذا لا يعمي تمتع المجلس بسلطة إبداء رأيه في المسائل المتعلقة بالنقد و القرض، و الذي تستشيرها فيها الحكومة بصفة إلزامية.

كما أنّ فكرة السلطات الادارية المستقلة، تعني قيام المشرع بسحب سلطة اتخاذ القرار بصدد نشاط إداري معين يندرج في الأنشطة الادارية، التي تخضع لمبدأ تدرج رئاسي ونفوذ حكومي وتعهد به لأجهزة أخرى مغايرة للهيئات التقليدية.

وفي حين أنّ إختصاص مجلس النقد والقرض لا ينحصر في إصدار أنظمة مصرفية في المجالات التي حددها له القانون، وإنما يتمتع إضافة إلى ذلك بإصدار قرارات فردية في مجال النشاط البنكي، والتي تتعلق بتطبيق الأنظمة التي يتخذها تطبيقا بدوره لقانون النقد و القرض، كما أنّ المجلس يتمتع باستقلالية واسعة و

سلطة تقديرية كبيرة في إصدار هذه القرارات الفردية، و هي سلطة ورثها أصلا عن السلطة التنفيذية.

كما تعدّ القرارات الفردية واختصاص اتخاذها من طرف مجلس النقد و القرض على قدر كبير من الأهمية، لأنّها تكمل الاختصاص التنظيمي الذي يتمتع به، ففي حين تقوم الأولى بوضع القواعد العامة، فإنّ اختصاص إصدار القرارات الفردية يعمل على تطبيقها والسهر على مدى احترامها، حيث يرى الفقه الفرنسي أنّ سلطة الرقابة تمثل السلطة الأكثر أهمية، لأنّها تعدّ من الوسائل الجديدة التي تحوزها السلطة الادارية ذات الطابع الاقتصادي أو المالي، وتمارس بموجها الرقابة على أرض الواقع.

ذلك أنّ حماية البنوك والمؤسسات المالية باعتبارها أشخاص القانون البنكي وكذا المتعاملين فيه، مكرسة ومضمونة أساسا من خلال هذه الرقابة على نوعية نشاط المهنيين المختصين في المجال المصرفي، والتي يقوم بها المجلس بموجب اختصاصه في إصدار القرار الفردي، في حين نشير إلى أنّ هذه الصلاحية - ميزة لا تتمتع بها الكثير من السلطات الادارية المستقلة أمثال حالة مجال التأمين⁽⁷⁾، وحالة مجال البورصة⁽⁸⁾.

وفي هذا الصدد، فقد استفاد مجلس النقد و القرض بموجب القانون من جملة الصلاحيات و الاختصاصات الفردية المميزة، فهو يمنح ويعدّل ويلغي التراخيص والاعتمادات التي منحت للبنوك والمؤسسات المالية الوطنية والأجنبية، التي تملك فروعها لها في الجزائر طبقا للتنظيم البنكي، وعليه فهو يمارس رقابة فعالة على النظام المصرفي، ما يجعل منه سلطة باتم معنى الكلمة ينشئ وينظم ويراقب المراكز القانونية للمتدخلين في النشاط المصرفي.

ثانيا/مظاهر ممارسة مجلس النقد و القرض لاختصاص إصدار القرارات الفردية: تتخذ سلطة القرارات الفردية عدة أشكال، إذ يمكن أن تأخذ صيغة أوامر أو نواهي فردية معينة بالذات، كما قد تكون في شكل ترخيص إداري يسمح بموجبه لشخص أو عدة أشخاص معينين بذاتهم بممارسة حق معين أو نشاط معين، كما هو الحال بالنسبة للنشاط المصرفي. ويتعلق الأمر بالنسبة لمجلس النقد و القرض في إصدار قرارات فردية تأخذ شكل كل من الترخيص (1)، وكذا سحب الاعتماد (2)، إلا أنّ هذه

القرارات تلتزم بالاستناد في صدورها إلى قواعد تنظيمية عامة (قانون أو نظام) وإلا عُدَّت غير مشروعة.

1/ إختصاص مجلس النقد و القرض في إصدار قرار منح الترخيص: يتمتع مجلس النقد و القرض بسلطة منح أو رفض منح الترخيص للمؤسسة المصرفية، وفقا لما يراه يخدم مصلحة القطاع المصرفي بوصفه السلطة النقدية من جهة، و ما يخدم المصلحة الاقتصادية للبلاد باعتبار القطاع البنكي أحد أعمدة الاقتصاد، التي يتوقف عليها تطور هذا الأخير أو تدهوره من جهة أخرى .

أ/ مفهوم قرار الترخيص: إنّ أهمية و خطورة النشاط المصرفي هي التي تبرر إلزامية الحصول على ترخيص مسبق لممارسة النشاط المصرفي، ولذلك نجد أنّ القانون قد منح السلطة النقدية ممثلة في مجلس النقد والقرض، مهمة الإعلام بشروط هذا الترخيص بموجب سلطته التنظيمية، ومن ثمة تقرير منح هذا الترخيص أو رفض ذلك بموجب سلطته في إصدار القرار الفردي.

يعتبر الترخيص من الإجراءات الأساسية لتأسيس البنوك و المؤسسات المالية، كما أنّه يعدّ أول إجراء من إجراءات التأسيس كذلك في انتظار الحصول على الاعتماد، في حين أنّه يعدّ أول و آخر إجراء بالنسبة لحالة فتح مكاتب التمثيل في الجزائر حسب المادة 92 من الأمر المتعلق بالنقد و القرض⁽⁹⁾.

وفي تعريف الترخيص، فقد تباينت آراء الفقه حول ذلك إلا أنّهم اتفقوا جميعا على اعتباره حصول المعني على الإذن محل طلبه، حيث أنّ هناك من عرفه على أنّه " ذلك القرار الصادر عن هذه السلطة للسماح للمتعامل بالولوج إلى السوق و منحه الحق في ممارسة هذا النشاط و الذي لا يكون إلا بعد توفر الشروط التي نص عليها القانون المنظم لهذا النشاط حيث تقوم هذه السلطة بالتحقق من وجود هذه الشروط في طالب الترخيص."⁽¹⁰⁾

ونفهم من ذلك، أنّ الترخيص يعدّ قرارا يمنح لصاحبه الحق في التأسيس كشخص من أشخاص القانون البنكي، ويعدّ الوثيقة الرسمية التي تثبت ميلاد هذا الشخص القانوني وشرطا واقفا للحصول على الاعتماد ومنه ممارسة المهنة المصرفية، وهذا ليُعدّ دليلا على أنّ الدخول إلى المهنة البنكية ليس مفتوحا ولا حرا.

ذلك أنّ السلطة العامة لا يمكنها السماح بدخول هذا النشاط و ممارستها دون رقابة وجود بعض الشروط، لاسيما منها توفر الشروط الضرورية لهذا الترخيص بالدخول، بحيث تُخضع هذا الأخير إلى دراسة مدققة و مفصلة، وهذا ما يصنف النشاط المصرفي ضمن النشاطات المنظمة (المقننة)⁽¹¹⁾، التي تخضع ممارستها إلى ضرورة الحصول على ترخيص أو إذن مسبق من السلطة المختصة بالممارسة.

فرغم انسحاب الدولة من الحقل المالي ومن تنظيم القطاع المصرفي وإخضاعه لمبدأ حرية المبادرة، إلا أنّه وحفاظا على بعض النشاطات الإستراتيجية، فإنّ الدولة تفرض مبدأ الترخيص والاعتماد للاستثمار في هذا القطاع، وذلك راجع لطبيعة السياسة المتبعة من طرف الدولة التي تمارس بدورها نوعا من الرقابة على النشاطات الإستراتيجية⁽¹²⁾.

وقد تم فرض احترام هذه الحتمية-النشاط الاستراتيجي- بالنسبة للنشاط المصرفي وتكريسها في القانون الجزائري، كما هو الأمر بالنسبة للدول الأجنبية أيضا، من خلال تكريسها لسلطة منح التراخيص والاعتمادات في القطاع المصرفي، وذلك بمنحها لكل متعامل يستوفي الشروط المطلوبة من طرف مجلس النقد والقرض، وبذلك يمكن النظر إلى آليتي الترخيص والاعتماد، باعتبارها قيما يخصص ممارسة المهنة المصرفية كحق حصري مخول بموجب القانون لفئة من الأشخاص المهنيين و الحاملين للضمانات المطلوبة.

ب/أهمية قرار الترخيص الصادر عن مجلس النقد والقرض في تأطير المهنة المصرفية:تنص التقنينات عموما على وجوب الحصول على ترخيص بالاستثمار، و قد تجعل بعض البلدان من شكل الترخيص متناسبا مع أهمية المشروع، بحيث تخصص شكلا مبسطا للمشروعات قليلة الأهمية و آخر أكثر تعقيدا للمشاريع الكبرى.

حيث نشير إلى أنّ الهيئات الإدارية المستقلة تلعب دورا حيويا و مهما في مجال اختصاصها، و تعتبر كبداية لتحديث الإدارة الجزائرية، و إدخال إصلاحات لاسيما في مجال الاقتصاد الحر، إذ تمارس هذه الأخيرة أمثال مجلس النقد و القرض رقابتها الصارمة على بعض الأنشطة منها النشاط المصرفي، من خلال إجراءات و طرق مختلفة، منها الترخيص و ذلك بالقيام بدراسة مسبقة لشروط قبول المتعاملين في المهنة أو

النشاط، و مدى توافقها و الأهداف التي تسعى الإدارة لتحقيقها، من وراء فتح المجال للمبادرة الخاصة بحيث يخضع الدخول إلى هذا القطاع لدراسة مدققة و مفصلة، و التي على أساسها يقبل المجلس دخول المتعاملين الاقتصاديين إليه.

فقد رأت الدولة منح هذه الصلاحيات لجهاز ذي تشكيلة متنوعة و متعددة، تتمتع بالاستقلالية و السلطة التقديرية مثل السلطات الإدارية المستقلة، و التي يفترض فيها أن تكون مستقلة عن السلطة التنفيذية، مما يشكل نوعا من الحياد و ضمانا بالنسبة لاتخاذ القرار و دراسة الملفات، و هو ما يبعث الثقة في نفوس المستثمرين⁽¹³⁾.

وفي المجال المصرفي الجزائري، نجد أنه ومن أجل فتح بنك أو مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري، وكذا فتح مكاتب تمثيل البنوك الأجنبية أو حتى فتح فروع للبنوك و المؤسسات المالية الأجنبية في الجزائر، ألزم قانون النقد والقرض هذه الشركات بضرورة الحصول على ترخيص بذلك، يمنح من طرف مجلس النقد والقرض⁽¹⁴⁾، السلطة النقدية في الدولة.

فقد جاء الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم، بصفته الإطار العام المنظم للنشاط المصرفي في نص المادة 91 منه⁽¹⁵⁾، بمجموع العناصر الواجب إبرازها من طرف المستثمر لمجلس النقد والقرض، بوصفه السلطة المختصة والمعنية بمنح الترخيص بإنشاء وإقامة البنوك و المؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري .

و باستقراء نص هذه المادة، نجدها تتعلق على وجه الخصوص، ببرنامج النشاط و الإمكانيات المالية و التقنية و كذا صفة و ملائمة المساهمين، و حتى كفلائهم إذا اقتضت الضرورة، كما يقدم الملتزمون قائمة بالمسيرين الرئيسيين و مشروع القانون الأساسي للشركة الخاضعة للقانون الجزائري، أو الشركة الأجنبية و كذا التنظيم الداخلي حسب الحالة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الترخيص لا ينحصر على إنشاء البنك أو المؤسسة المالية، وإتّما يمتد إلى أي تعديل أو تغيير يطرأ على المؤسسة المعنية بالترخيص⁽¹⁶⁾ بالفعل، فإنّه يصبح من غير الجدوى إلزام المؤسسة التي تريد ممارسة المهنة البنكية بالزامية الحصول على ترخيص مسبق، إذا كان بإمكانها أن تعدل وتغير بكل حرية في هذه المؤسسة متى شاءت⁽¹⁷⁾.

لذلك تلتزم المؤسسات بالحصول على ترخيص بأي تعديل أو تغيير في شكلها أو تسييرها، كأن يمس التعديل بأعضاء مجلس الإدارة أو المراقبة، حيث يستلزم الأمر إرفاق التعديل هذا بالسيرة الذاتية للأعضاء الجدد ضمن ملف التعديل، وكذلك الأمر بالنسبة لجميع الأشياء المراد تعديلها، والتي كانت محل اعتبار عند حصولها على الترخيص.

هذا، وبعد استيفاء الملتزم لجميع الوثائق المكونة لملف طلب الترخيص، يقوم بإيداعه لدى مجلس النقد والقرض، مع العلم أنّ النظام رقم 06-02، قد منع أن يكون طلب الترخيص موضوع إشهار، لأنّ الأمر يتعلق فقط بمشروع بنك⁽¹⁸⁾، لكن السؤال المطروح في هذه النقطة، هي مدى تمتع المجلس بسلطة اتخاذ القرار الفردي و تقرير منح أو رفض منح هذا الترخيص؟ فهل يتمتع مجلس النقد والقرض بسلطة تقديرية واسعة أو مقيدة؟

نلاحظ أنّ مجلس النقد والقرض يتمتع بسلطة حقيقية في إصدار هذه القرارات الفردية التي تتخذ شكل الترخيص، حيث تبقى هذه القرارات المتعلقة سواء برفض دخول السوق المصرفية أو رفض إنشاء استثمار أو تحديد مجال النشاط، خاضعة لرقابة القاضي الإداري الذي يمكن إخطاره في هذا الموضوع طبقاً لأحكام المادة 65 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض معدل و متمم⁽¹⁹⁾.

ومن هذا المنطلق، يتبين لنا أنّ الأمر يتعلق بقرارات إدارية فردية، يمكن أن تتضمن رفضاً في حالة ما إذا لم يستوفي صاحب الطلب شروط الحصول على الترخيص التي أقرها مجلس النقد و القرض، موجب الأنظمة المصرفية الصادرة عنه في هذا الشأن، وتكون هذه القرارات قابلة للاحتجاج بها تجاه الغير وقابلة للطعن فيها أمام القضاء المختص، كما يمكن أن تكون محل سحب، إذا لم يعد الترخيص الممنوح مستوفياً لجميع الشروط التي تبقيه صحيحاً قانوناً.

1/ إصدار مجلس النقد و القرض لقرار سحب الاعتماد: إنّ التشريع و الضبط الاقتصادي قد ضيقا بشكل كبير من الحريات الاقتصادية، عن طريق التدخلات التي يستدعيها أحيانا الطابع الحمائي أو حساسية القطاع المعني بالضبط، وبالتالي فكلما تقربت هيئة الضبط من الأعوان الاقتصاديين الخاضعين للضبط بالتنظيم والضبط، كلما قلت نسبة حريتهم في القطاع المعني. ويظهر المساس بمبدأ حرية الاستثمار في قطاع

يتميز بأهمية إستراتيجية خاصة و هو القطاع المصرفي، الذي فُرضت فيه ازدواجية تدخل السلطة النقدية ممثلة في مجلس النقد و القرض.

فعلا، إذ يخضع الدخول إلى المجال البنكي وممارسة المهنة البنكية إلى ضرورة المرور بمرحلة الترخيص-السابقة الذكر-، ومن ثم تقديم طلب ثان بالاعتماد من الجهة المختصة، و الذي يمثل إجراءا جوهريا لممارسة النشاط المصرفي، غير أنّ مجلس النقد و القرض و بهذه الصفة لا يملك إلا إمكانية سحبه دون سلطة المنح.

أ/مفهوم الاعتماد: إذا كان الترخيص يمثل تأشيرة الدخول إلى المجال المصرفي، فإنّ الاعتماد هو الذي يمنح للبنك أو المؤسسة المصرفية صفتها، ويمنحها الأهلية الكاملة للممارسة الفعلية لهذا النشاط. ويعدّ نظام الاعتماد نظاما قديما رغم أنّه اتخذ عدة أشكال مختلفة، كما أنّه أسلوب إداري جد منتشر منذ تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية.

فقد مُنح رئيس مجلس النقد و القرض بصفته محافظ بنك الجزائر سلطة اعتماد المتعاملين الاقتصاديين في القطاع المصرفي،⁽²⁰⁾ المادة 4/92 من 03-11 حيث لا يمكن إنشاء أي استثمار في السوق البنكي إلا بعد الحصول على هذا الاعتماد. و قد تعددت التعاريف المقدمة لألية الاعتماد تبعا للمنظور أو المجال الذي تدخل فيه هذه الآلية.

ففي مجال القانون العام، يعتبر الاعتماد "تصرفا انفراديا وتقديريا، و منحه يجعل من المؤسسة المعنية تستفيد من نظام جبائي معين و مقرر من القانون أو التنظيم"⁽²¹⁾.

كما يُعرّف في القانون الإداري على أنّه " الموافقة التي يحصل عليها الخواص من طرف الإدارة حتى يتم انجاز بعض المشاريع المُخطّط لها أو الاستفادة من نظام مالي و جبائي مُربح"⁽²²⁾. وبالنسبة للمجال المصرفي، فيمكن تعريفه على أنّه الرخصة الواجب الحصول عليها لممارسة النشاط البنكي من طرف المؤسسة المصرفية.

إذ يسمح إلزام قانون النقد و القرض بضرورة الحصول على الاعتماد، بحماية الجمهور من خلال اشتراط توفر صفات و مؤهلات شخصية و مادية في المؤسسة التي تريد احترام هذه المهنة، ما يجعل من نظام الاعتماد أداة لمنع دخول الأشخاص غير المؤهلين سواء مادية أو شخصيا في المجال المصرفي، و الذي من شأنه أن يُعرّض الزبائن و كذا مجمل النظام البنكي للخطر⁽²³⁾. كما أنّ إجراء الاعتماد في العقود و التصرفات

الإدارية، يمثل آخر إجراء يتم القيام به قبل مباشرة المهنة وأكثرها أهمية من الناحية القانونية⁽²⁴⁾، كما أنّ تقنية الترخيص تعد أكثر صرامة و تشددا، في حين أنّ تقنية الاعتماد تعدّ أكثر ليبرالية و حيادا.

وبالنسبة للنشاط المصرفي، نجد الاعتماد يمثل ثاني إجراء بعد الحصول على الترخيص، كشرط لإقامة مؤسسة مصرفية خاضعة للقانون الجزائري، في حين أنّ الاعتماد يعدّ خاصا وليس عاما، بحيث أنّه بموجبه تحمل المؤسسة إما صفة بنك أو مؤسسة مالية حسب الحالة، وأنّه بمجرد الحصول عليه يمكنها مباشرة العمليات المصرفية المحددة لها قانونا.

فعلا، فالاعتماد الممنوح من طرف رئيس مجلس النقد و القرض، يعدّ اعتماد محدد و يحمل في مضمونه الإشارة إلى وصف بنك أو مؤسسة مالية معتمدة، ذلك أنّ المنح لا يتعلق بمجرد مؤسسة مصرفية تمارس نشاطا مصرفيا أيا كانت صفتها.

لذلك نجد أنّ المؤسسة المصرفية الراغبة في تغيير الفئة التي تنتمي إليها، تلتزم بضرورة طلب اعتماد آخر جديد، وهو حل أثار العديد من التساؤلات حول أنّ المؤسسة قد سبق وأن تحصلت على الاعتماد، إلا أنّه يمكن الرد عليها، بالقول أنّ الاعتماد السابق قد مُنح بناء على معطيات معينة، ما يجعله غير مشابه للاعتماد الواجب الحصول عليه مجددا، ويمكن لفرضية الرأسمال مثلا أن تكون إثباتا كافيا على ذلك⁽²⁵⁾.

في حين نشير إلى أنّ الأمر لا يتعلق فقط بحالة تغيير الفئة، لأنّ الاعتماد لا يتحدد بصفة المؤسسة المصرفية، وإنما يمتد في تحديده إلى مجموع العمليات المصرفية التي تريد المؤسسة البنكية ممارستها، وهو ما تؤكد عليه المادة 90 من الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد و القرض معدل و متمم⁽²⁶⁾، وذلك بأن يكون أي تغيير في توجهات الأشخاص المنشئين إلى أداء عمليات أخرى، غير تلك التي أُدرجت في طلب الاعتماد الأول، موضوع طلب اعتماد جديد بتلك العمليات المُضافة أو المُعدّلة.

ب/ إختصاص مجلس النقد و القرض في إصدار مقرر سحب الاعتماد: يتمتع المحافظ وهو بصدد دراسة طلب الاعتماد، بسلطة تقديرية واسعة في تقدير منح الاعتماد أو رفض ذلك تجاه المؤسسة المصرفية المعنية من جهة. ومن جهة أخرى، فإنّ منح

الاعتماد لا يعني دوامه، بحيث يبقى بالإمكان دائما سحبه وتجريد المؤسسة المستفيدة منه في أية لحظة، وهو ما يمثل حالة سحب الاعتماد.

فإذا كان منح الاعتماد شرطا ضروريا لممارسة النشاط المصرفي، فإنّ سحبه يؤدي حتما إلى إقصاء المؤسسة المعنية من الساحة المصرفية، وقد تعرضت المادة 95 من قانون النقد و القرض إلى هذه الحالة.

غير أنّه إذا كان المشرع قد حصر سلطة منح الاعتماد في يد المحافظ، إلا أنّ سلطة سحبه تعدّ ذات طابع مزدوج بين اختصاص مجلس النقد و القرض بذلك بنص المادة 95 من قانون النقد و القرض، وبين اختصاص اللجنة المصرفية بذلك حسب نص المادة 114 من نفس القانون.

بالنسبة لاختصاص مجلس النقد و القرض باعتباره موضوعنا، فإنّه يكون مختصا

بسحب اعتماد أية مؤسسة مصرفية بنكا كان أو مؤسسة مالية في الحالات التالية:

– بطلب من المؤسسة المصرفية: حيث أنّه إذا رأت مؤسسة مصرفية ما عدم قدرتها على فرض نفسها في السوق التنافسية أو لأي سبب آخر، فإنّه يمكن للمجلس أن يصدر موقرا بسحب اعتمادها بناء على طلبها.

– بصورة تلقائية: وذلك في ثلاث حالات هي:

1- إذا لم تعد تتوفر على الشروط التي مُنحَ على أساسها الاعتماد.

2- إذا لم يتم استغلال الاعتماد لمدة 12 شهرا.

3- إذا توقف النشاط موضوع الاعتماد لمدة 6 أشهر.

أما بالنسبة للجنة المصرفية، فإنّها تكون مختصة بوصفها السلطة شبه قضائية في المجال البنكي بسحب الاعتماد، في حالة إخلال البنوك أو المؤسسات المالية بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطهم، أو لم يدعنوا لأمر أو لم يأخذوا في الحسبان التحذير، حيث تعدّ هذه العقوبة أقصى عقوبة يمكن للجنة أن تتخذها تجاه هذه المؤسسات.

إنّ هذا الموقف في الحقيقة لا يعدّ بسيطاً كما يبدو، ذلك أنّ التفريق بين السحب كإجراء تآديبي تتخذه اللجنة المصرفية، وبين السحب كإجراء ضبطي ردعي يصدره مجلس النقد والقرض ليس بهذه السهولة.

فعلا، فمثلا نجد أنّ أي تعديل في الاعتماد أو الترخيص، لاسيما ذلك الذي يمس بجوهره، والذي يمكن اعتباره بمثابة الاعتبار الشخصي لقرار الترخيص أو مقرر الاعتماد، والذي يتم دون عرضه على المحافظ من أجل المصادقة عليه، فإنّ هذا يعني أنّ الشروط التي يخضع لها منح الاعتماد لم تعد متوفرة، ما يستدعي تدخل مجلس النقد و القرض لسحب الاعتماد كإجراء ضبطي!

إلا أنّ نفس الحالة، تمثل في الوقت عينه إخلالا من المؤسسة المصرفية بالأحكام القانونية و التنظيمية المتعلقة بالنشاط المصرفي، التي تلزمها بضرورة عرض أي تعديل على محافظ بنك الجزائر ورئيس مجلس النقد و القرض للمصادقة عليه، ما يجعل من اللجنة المصرفية مختصة في هذه الحالة بسحب الاعتماد كعقوبة تآديبية.

في اعتقادنا أنّ هذا التداخل في الصلاحيات من شأنه أن يثير بعض الخلل، كما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص بين مجلس النقد والقرض و بين اللجنة المصرفية ما يسبب إضرارا بالغير. ويرى البروفيسور زوايمية أنّ مجلس الدولة مدعو إذا ما تم إخطاره في قضية كهذه، إلى ضرورة البحث في ظروف القضية، نوايا الجهاز المصدر، وكذا أهداف القرار الصادر من أجل ضمان عدم توجيهه إلى توقيع عقوبة مخفية⁽²⁷⁾.

خاتمة

نستنتج أخيرا أنّ القرارات الفردية الصادرة عن مجلس النقد والقرض بموجب صلاحياته القانونية، يمكن أن تخاطب سواء شخصا واحدا أو عدة أشخاص، سواء كان الشخص عاما أو خاصا محددین بذاتهم، ما يجعلها تصرفات سهلة التحديد، تتضمن عادة منح تراخيص تسمح للمتعاملين و المتدخلين في النشاط البنكي، بالدخول إلى السوق المصرفية بناء على معايير انتقاء تنافسية، وأنّ تكييف هذه القرارات الفردية يحمل على مصلحة مباشرة، و تكون قابلة للطعن فيها أمام القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة بنصوص قانون النقد و القرض.

ويعبر القرار الفردي عن رغبة مصدره في تغيير المراكز القانونية أو الحفاظ عليها كما هي، وهذه الأهلية وإن دلت على شيء، فإنها تتركس وتجسد حقيقة حمل مجلس النقد و القرض لتسمية "السلطة النقدية" بدون أي شك.

كما أنّ اختصاص إصدار القرارات الفردية يعتبر من زاوية القانون الإداري امتيازاً من امتيازات السلطة العامة، اعترف به المشرع لهذه السلطة قصد تأطير مبدأ حرية التجارة والصناعة المكرس دستورياً⁽²⁸⁾ وذلك بإخضاع ممارسة بعض الأنشطة، كالنشاط المصرفي لنظام الترخيص المسبق، وهي الآليات التي يفترض بها أن تؤدي إلى ترقية وتشجيع الاستثمار في هذا القطاع.

الهوامش:

(1) أمر رقم 11-03 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد و القرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003، معدل و متمم بأمر رقم 01-09 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 44 الصادر في 26 جويلية 2009، و أمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50، الصادر في 01 سبتمبر 2010.

(2) عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي و المالي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004-2005، ص.45.

(3) حسب نص المادة 4/62 من الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد و القرض، معدل و متمم، السابق الذكر و التي تنص على أنه: "... و تستشير الحكومة المجلس كلما تداولت في مسائل تتعلق بالنقد أو القرض أو مسائل يمكن أن تنعكس على الوضع النقدي."

(4) دحاس صونية، توزيع الاختصاص بين السلطة التنفيذية و سلطات الضبط الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010-2011، ص.67.

(5) CHAPUS René, Droit administratif général, 13eme Edition, Tome01, MONTCHRESTIEN, Paris, p.121.

(6) ICARO Philippe, Les autorités administratives indépendantes, Thèse pour le doctorat en droit public, faculté de droit et des sciences politiques, Université de BOURGONGNE, 1991, p.07.

(7) ففي مجال التأمين، و رغم إنشاء المشرع لسلطة ضبط خاصة بهذا القطاع و المتمثلة في لجنة الإشراف على التأمينات بموجب أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 13، الصادر في 08 مارس 1995، معدل و متمم بالقانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 جانفي 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 15، الصادر في 12 مارس 2006، إلا أنّ دورها تقاسمه مع السلطة التنفيذية ممثلة في شخص الوزير المكلف بالمالية. بل أكثر من ذلك حيث نلمس مصداقية الرقابة من خلال صلاحيات الوزير مقارنة باللجنة، إذ أنه من يسمح بمزاولة النشاط و هو من يهيئه أيضا، ذلك أنّ اللجنة لا تختص

بفكرة التنظيم في مجال التأمين، فلا يمكنها منح رخصة فتح اعتماد شركة التأمين أو إعادة التأمين أو أحد فروعهما، لأن ذلك يعدّ من اختصاص الوزير وحده وهو الاختصاص الذي يمتد إلى سحب الاعتماد أيضا.

(8) وفي مجال البورصة، نلاحظ أنّ الأمر مشابه لحالة مجال التأمين. وذلك بالنسبة لاعتماد شركات الرأسمال الاستثماري التي أُنشئت بموجب قانون رقم 06-11 مؤرخ في 24 جوان 2006، يتعلق بشركة الرأسمال الاستثماري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 42، الصادر في 25 جوان 2006، حيث يختص الوزير المكلف بالمالية نفسه باعتمادها بعد استشارة لجنة عمليات البورصة ومراقبتها، إضافة إلى المصادقة المسبقة لهذا الأخير على مشاريع الأنظمة البورصية الصادرة عن اللجنة من أجل منحها إمكانية النشر في الجريدة الرسمية.

وهذا إن دل على شيء فإنّه يدل على أهمية الامتيازات التي يتمتع بها مجلس النقد والقرض، في إطار أداء مهمة ضبط القطاع المصرفي ما يجعل منه سلطة نقدية بأتم معنى الكلمة.

(9) ويرجع الغرض من عدم اشتراط الإجراء الثاني المفروض على باقي المتعاملين في القطاع البنكي والمتمثل في آلية الاعتماد، إلى أنّ هذه المكاتب التمثيلية لا تملك أهلية مباشرة العمليات المصرفية الواردة في نص المادة 66 من قانون النقد والقرض، وهو ما يفهم من نص المادة 92 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم، السابق الذكر.

(10) أوباية مليكة، "إختصاص منح الاعتماد لدى سلطات الضبط المستقلة"، مداخلة مقدمة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول: "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، أيام 23 و 24 ماي 2007، ص 200.

(11) للتفصيل أكثر حول موضوع النشاطات المنظمة (المقننة)، أنظر:

BENNADJI Chérif, « la notion d'activités réglementées », Revue IDARA n° 02, 2000, pp.25-42.

(12) إقولي/ولد رابع صافية، المركز القانوني للمقابلة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006-2007، ص 217.

(13) مغربي رضوان، مجلس النقد والقرض، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 81.

(14) بموجب المواد 82، 83، 84، 85، من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم، السابق الذكر.

(15) راجع نص المادة 91 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم، السابق الذكر، وكذا الأنظمة المصرفية التطبيقية لهذه المادة، أهمها نظام رقم 06-02 مؤرخ في 24 سبتمبر 2006، يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، ج.ر.ج. عدد 77، الصادر في 02 ديسمبر 2006.

(16) إذا كان يجب الترخيص بكل تعديل تقوم به البنوك والمؤسسات المالية الجزائرية منها والأجنبية الخاضعة للقانون الجزائري لاسيما ما يمس منها غرض الشركة، إلا أنّه تجدر الإشارة إلى أنّ هناك اختلافا بين صياغة نص المادة 94 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض معدل ومتمم باللغة العربية، وبين الصياغة باللغة الفرنسية، حيث تمثل هذه الأخيرة الصياغة الأصلية والتي يتم ترجمتها إلى اللغة العربية، ومنه فاختصاص الترخيص بالتعديل في تلك الحالة يعود إلى المجلس. إلا أنّه وبالنظر إلى أنّ الصياغة باللغة العربية تمثل الصياغة الرسمية فنجد أنّ الاختصاص يعود إلى مجلس الإدارة.

غير أنّه في الأصل، فإننا نجد أنّ القانون قد خول مجلس النقد والقرض سلطة إصدار القرارات الفردية، والتي تأخذ شكل قرار الترخيص ما يجعل منه المختص الأصلي، والذي يدعى في صلب النص بالمجلس.

(17) ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie, Edition HOUMA, Alger, 2005, p. 38.

(18) حسب المادة 04 من نظام رقم 02-06، مؤرخ في 24 سبتمبر 2006، السابق الذكر.

(19) تنص المادة 65/4 من الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد والقرض، معدل و متمم، على أنه: "يسمح بتقديم طعن واحد بالإبطال في القرارات المتخذة بموجب المادة 62 أعلاه، بخصوص النشاطات المصرفية".

(20) حسب نص المادة 92 من الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد والقرض معدل و متمم، السابق الذكر.

(21) El-BEHERRY Ibrahim Réfaat Mohamed, Théorie des contrats administrative et marchés publics internationaux, Thèse pour le doctorat en droit, université de NICE SOPHIA-ANTIPOLIS, 2004, p 179.

(22) بن مدخن ليلة، تأثير النظام المصرفي على حركة الاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، جامعة جيجل، 2007، ص ص35-34.

(23) KOVAR Jean-Philippe et CAPDEVILLE Jérôme Lasserre, Droit de la régulation bancaire, R/B Edition, Paris, 2012, p.31.

(24) El-BEHERRY Ibrahim Réfaat Mohamed, op.cit, p.179.

(25) فمثلا، إذا كانت المؤسسة المصرفية في الأصل مؤسسة مالية، وتريد تغيير الفئة التي تنتهي إليها إلى فئة البنوك، فإن ذلك يتطلب منها الرفع من قيمة رأسمالها، بما يتناسب مع القيمة التي يتطلبها إنشاء بنك من أجل الانضمام إلى فئة البنوك، ولذلك فإنها تلتزم بضرورة الحصول على اعتماد جديد، والذي من شأنه السماح برقابة مدى توفر هذا الشرط ومدى تطبيقه، كذلك من المحافظ بمناسبة دراسة لطلب الاعتماد.

(26) حسب المادة 2/9 من نظام رقم 02-06، مؤرخ في 24 سبتمبر 2006، السابق الذكر.

(27) ZOUAIMIA Rachid, op.cit, p.43.

(28) حسب نص المادة 37 من دستور الجزائر لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ر.ج عدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، معدل و متمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج عدد 25، الصادر في 14 أبريل 2002، و بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج عدد 63، الصادر في 16 نوفمبر 2008.

أثر إعمال فكرة الخطر الظني في مجال التأمين البري والبحري (دراسة في ضوء المشروع المتعلق بالتأمينات لسنة 1980 والأمر 95-07)*

BELBAGUI Boumediene, doctorant
Supervision Prof KAHLOULA Mohamed,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tlemcen.

بلباقي بومدين، طالب دكتوراه
إشراف الأستاذ: كحلولة محمد،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تلمسان.

الملخص:

تقضي القاعدة العامة في عقود التأمين بأن يكون الخطر المؤمن منه لم يتحقق بعد، ولكنه قد يحدث في المستقبل، فإذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد، فإنّ هذا الفرض يقتضي الحكم بانعدام محل عقد التأمين وبالتالي بطلان العقد، كما أنّه إذا كان أحد المتعاقدين على علم بوقوع الحادث، فإنّ عنصر الاحتمال ينتفي فينعدم معه عقد التأمين.

لكن إذا كان ما تقدم هو الأصل، إلّا أنّه قد يحدث بأن يعتقد طرفا عقد التأمين أنّ الخطر المؤمن منه لم يتحقق بعد، لكن بعد إبرام العقد يتبيّن أنّ الخطر قد تحقق بالفعل، فحينئذ نكون بصدد خطر مبني على مجرد الظن وهو ما يعرف بالخطر الظني.
الكلمات المفتاحية:

الخطر الظني، عنصر الاحتمال، عقد التأمين البحري والبري، مصلحة المؤمن له، ظروف عملية النقل.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/03/09 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/11/27.

Insurances effect of achieving the idea of potential risk in the field of the road and maritime insurance

(Study in the light of insurance law in 1980 and ordinance n°95-07)

Abstract:

The general rule concerning insurance contracts stipulates that the risk which the insurance is all about, has not taken place yet, but it could happen in the future. Hence, if the risk has happened before the conclusion of the contract then, according to the cited rule, the insurance object is void and the contract itself is null.

Moreover, if one of the contracting parties knew that the risk has happened, the probability condition is no longer satisfied and the insurance contract is not valid. However, if the contracting parties believe that the risk has not taken place, and after the conclusion of the contract they notice that this is not the case, here we consider that the risk has been judged upon conjectures and can be coined as a presumed risk.

Key words:

Presumed risk, probability condition, road and maritime insurances, insured interests, transportation conditions.

Effet de la mise en œuvre de la notion du risque présumé dans l'assurance routière et maritime

(Étude à la lumière de la loi des assurances de 1980 et l'ordonnance n°95-07)

Résumé :

En règle générale, le risque, objet d'un contrat d'assurance, n'ait pas encore eu lieu au moment de la conclusion du contrat, mais pourrait l'être dans l'avenir. Ainsi, si le risque ait lieu avant la conclusion du contrat, celui-ci est considéré comme nul et non avvenu. De même, le contrat d'assurance est considéré comme invalide si l'un des contractants savait que le risque a eu lieu au moment de la conclusion du contrat (absence de probabilité). Cependant, on pourrait être devant un risque dit présumé si, au moment de la conclusion du contrat, les parties constatent l'absence du risque et, qu'il s'avère qu'il a eu effectivement lieu avant la conclusion du contrat d'assurance.

Mots clés :

Risque présumé, conditions de la probabilité, contrat d'assurance routière et maritime, intérêt de l'assuré, conditions de l'opération de transport.

مقدمة

مما لا شك فيه أنّ عنصر الخطر في عقد التأمين يعدّ ركناً جوهرياً لا يقوم العقد إلا بتوافره، بل يبطل بانتفائه⁽¹⁾، ورغم أهمية هذا العنصر إلا أنّ المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريفه على غرار باقي التشريعات المقارنة الأخرى، مكتفياً بذكر بعض أحكامه من خلال المادة 619 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾ حيث نص على أنّ: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو

تحقق الخطر المبيّن بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

وعلى هذا الأساس يتبين أنّ عنصر الخطر يعدّ ركناً مهماً من أركان عقد التأمين، كما أنّ "احتمالية" تحقق الخطر تعدّ شرطاً لأبّد من توافره في ركن الخطر حتى ينشأ عقد التأمين صحيحاً، فالقاعدة إذن تقضي بأن يكون الحادث المؤمن منه لم يحدث بعد ولكنه قد يحدث في المستقبل، فإذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد، فإنّ المنطق القانوني يقتضي الحكم بانعدام محل عقد التأمين وبالتالي بطلان العقد، وكذلك لو أنّ أحد المتعاقدين كان على علم بوقوع الحادث، فإنّ عنصر الاحتمال ينتفي فينعدم معه عقد التأمين، بل قد يؤدي إلى تعرض المؤمن له للمطالبة بالتعويض إذا ثبت أنّه أخفى ذلك على المؤمن.

ولكن إذا كان ما تقدم هو الأصل، إلا أنّه قد يحدث أن يعتقد طرفي عقد التأمين أنّ الخطر المؤمن منه لم يتحقق بعد، وحسب ظنهما أنّ العقد قد تم، إلا أنّه بعد إبرامه يتبيّن أنّ الخطر قد تحقق بالفعل وهنا يكون الخطر قائماً في ذهن المتعاقدين، ولكن في واقع الحال ليس كذلك بالرغم من حسن نيتهما، فحينئذ نكون بصدد خطر مبني على مجرد الظن وهو ما يعرف بالخطر الظني.

وتأسيساً على ما سبق تثار الإشكاليات الآتية:

- 1- ما أثر فكرة الخطر الظني على عقد التأمين نافذاً أو بطلاناً؟
- 2- إذا كانت فكرة التأمين من الخطر الظني فيها خروج عن القواعد العامة، فهل هناك ما يبرر إعمالها في مجال التأمين على النطاقين البري والبحري؟
- 3- إذا كان من أهم شروط الخطر أن يكون احتمالياً، وهذا ما يتعارض مع فكرة الخطر الظني كما سوف نرى، فهل وفقت التشريعات التي تبنت هذا الاتجاه؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟ مجمل هذه التساؤلات سنحاول أن نجيب عنها من خلال مباحث ثلاث على النحو الآتي:

المبحث الأول: مدى انطباق عنصر الاحتمال على الخطر الظني في عقد التأمين.

المبحث الثاني: مدى إعمال فكرة الخطر الظني في عقد التأمين على النطاقين البري والبحري.

المبحث الثالث: موقف المشرع الجزائري من فكرة الخطر الظني.

المبحث الأول: مدى انطباق عنصر الاحتمال على الخطر الظني في عقد التأمين

لما كان عنصر الخطر هو بمثابة الركيزة الأساسية لباقي العناصر التي يقوم عليها عقد التأمين، بحيث يؤثر فيه وجودا وعلماً⁽³⁾، فإن أهمية الدراسة تستدعي التركيز على هذا العنصر من ضمن باقي العناصر الأخرى لعقد التأمين، وقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "الحادثة المحتملة الوقوع مستقبلاً، تنشأ عنها خسارة مادية، دون أن يكون لإرادة أي من طرفي العقد يد في وقوعها"⁽⁴⁾.

فمن هذا التعريف يتضح أنه لا بد من توافر شروط معينة حتى يتحقق الخطر الذي تنبئ عليه أحكام التأمين، وهي أن يكون الخطر محتمل الوقوع، فضلاً على أن يكون غير متعلق على إرادة أطراف العقد (غير إرادي)، وأن يكون مشروعاً.

والذي يهمننا في هذه الدراسة هو شرط الاحتمالية وذلك لمعرفة مدى انطباقه على الخطر الظني في عقد التأمين، لذلك سوف نستعرض في (مطلب أول) جملة الأوصاف المرتبطة بعنصر الاحتمال في الخطر المؤمن منه بصفة عامة، ثم نحاول (في مطلب ثان) استنتاج مدى انطباق صفة الاحتمال على الخطر الظني.

المطلب الأول: الأوصاف المرتبطة بعنصر الاحتمال في الخطر المؤمن منه

يفترض عنصر الاحتمال أوصافاً معينة حتى يمكن القول بوجود خطر يجوز التأمين منه، وهي تتلخص في ثلاث أوصاف أساسية:

أولاً/ أن يكون الخطر المؤمن منه غير محقق الوقوع: عنصر الاحتمال في هذا الفرض ليس المقصود به أن يكون وقوع الحادثة مؤكداً، لكن عنصر الاحتمال ينصب على تاريخ وزمان وقوع هذه الحادثة المؤمن منها، والذي يظل مجهولاً إلى حين تحققه⁽⁵⁾، وعليه فإنه متى كان المؤمن له على علم بتحقق الخطر قبل إبرام العقد، ترتب على ذلك بطلان عقد التأمين.

ثانياً/ أن يكون الخطر المؤمن منه ممكن الوقوع: الفرض في هذه الحالة ألا يكون الخطر المؤمن منه مستحيلاً، لتنافي الاستحالة مع عنصر الاحتمال، فيجب أن يكون الحادث المنصوص عليه في العقد إما ممكناً أو محتمل الوقوع، أما إذا كان منتفياً لحظة إبرام التأمين ترتب على ذلك بطلان العقد لانعدام المحل، وهذا محض تطبيق

للقواعد العامة في الالتزامات إذ تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً". وهذه القاعدة أكدتها أيضاً المادة 36 من القانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 أوت 1980 والمتعلق بالتأمينات، والتي تقابلها المادة 43 من الأمر 07-95⁽⁶⁾ المعدل والمتمم للقانون السابق، حيث جاء النص على أنه: "إذا تلف الشيء المؤمن عليه أو أصبح غير معرض للأخطار أثناء اكتتاب العقد، كان هذا الاكتتاب عديم الأثر، ووجب إرجاع الأقساط التي دفعها المؤمن له عن حسن نية، ويحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة في حالة سوء نية المؤمن له". وهذه الاستحالة إما أن تكون استحالة مطلقة، وهذه ترجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها بحكم الظروف الطبيعية، كالتأمين ضد نزول المطار أثناء الرحلة البحرية⁽⁷⁾، وإما أن تكون هذه الاستحالة نسبية أي قد تكون ممكنة الوقوع أحياناً ومستحيلة الوقوع أحياناً أخرى⁽⁸⁾.

خلاصة ما تقدم، لا بد من أن يكون الخطر المؤمن منه محتمل الوقوع مستقبلاً، فإذا زال أو تحقق قبل إبرام عقد التأمين يكون المحل قد انتفى لتحقيقه أو لزواله قبل إبرام العقد، بمعنى آخر لا يكون تحقق الخطر سابقاً أو معاصراً لإبرام عقد التأمين، بل يجب أن يكون لاحقاً له.

وفي ضوء التحليل السابق لعنصر الاحتمال، يبقى أن نبحث مدى انطباق هذا العنصر بأوصافه السابقة على الخطر الظني.

المطلب الثاني: مدى انطباق صفة الاحتمال على الخطر الظني

بعد التعرف على أهم الأوصاف الواجب توافرها في الخطر كعنصر من عناصر التأمين بصفة عامة، نتطرق فيما يلي إلى بحث مدى توافر صفة الاحتمال في الخطر الظني، وقبل ذلك يجدر بنا ببيان المقصود بهذا النوع من الخطر.

الفرع الأول: المقصود بالخطر الظني

درج التعبير أنّ عقد التأمين يعتبر من عقود حسن النية، فقد يحدث وأن يتم التأمين على خطر بالرغم من تحقق حدوثه، ولا يعلم بحدوثه أي من المؤمن أو المؤمن له، وهو ما يعرف في هذه الحالة بالخطر الظني، وهو الذي لا يقوم على أساس واقعي وحقيقي، وإنما يقوم في ذهن وتصور أحد طرفي عقد التأمين أو كلاهما، أما من الناحية

الفعلية فهو قد حدث قبل إبرام العقد، أو أنه قد زال نهائياً قبل التعاقد⁽⁹⁾، ولكن حدوث هذا الخطر أو زواله لا يصل إلى علم طرفي التأمين أثناء أو قبل إبرام العقد، فيظن كل منهما أنّ عقد التأمين يغطي مخاطر لم تتحقق بعد⁽¹⁰⁾.

وهكذا يلاحظ أنّ فكرة الخطر الظني تستند إلى معيار شخصي محض وليس مادي، يتجلى في مراعاة الصعوبة التي قد يواجهها الأطراف في معرفة مصير الأشياء المؤمن عليها⁽¹¹⁾، بالتالي تعدّ فكرة الخطر الظني استثناءً من القاعدة العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 43 السابقة الذكر، والتي تقضي بأنّ عقد التأمين يبرم لضمان الأخطار التي قد تتعرض لها الأموال المؤمن عليها، فإذا لم تتعرض هذه الأموال للخطر المؤمن ضده يكون العقد باطلاً لانتهاء المحل ويسترد المؤمن مبلغ التأمين⁽¹²⁾.

الفرع الثاني: مدى توافر وصف الاحتمال في الخطر الظني

خلصنا مما سبق إلى حقيقة معينة مفادها أنّ تحقق الخطر أو زواله سواء كان معاصراً أو سابقاً على إبرام عقد التأمين، فإنّه يرتب بطلان عقد التأمين لانعدام الصفة المستقبلية في الخطر، لكن وإن كانت هذه الحقيقة تشكّل القاعدة العامة على النحو الذي رأيناه، إلا أنّ معظم القوانين المقارنة كما سوف نرى خرجت عن هذه القاعدة بإجازتها التأمين حتى في حالة جهل المتعاقدين بوضعية الأشياء المؤمن عليها واعتقادهما بوجود الخطر⁽¹³⁾، فالخطر في هذا الفرض إما قد تحقق أو زال وقت إبرام التأمين، وكلا المتعاقدين أو أحدهما لا يعلم بذلك، فيعتقدان أنّ عقد التأمين يغطي مخاطر لم تتحقق بعد⁽¹⁴⁾، بمعنى أنّ عنصر الاحتمال في الخطر لا يزال موجوداً في اعتقادهما أو اعتقاد أحدهما على الأقل، لعدم تحققه أو زواله وقت التعاقد، فالخطر الظني هنا وإن كان قد زال أو تحقق من الناحية المادية، إلاّ أنّه من الناحية المعنوية لدى المتعاقدين لا يزال موجوداً⁽¹⁵⁾.

ومثال الخطر الظني كمن يؤمّن على بضاعة منقولة بحراً ثم تبين أنّ البضاعة هلكت قبل إبرام عقد التأمين، أو التأمين على بضاعة كانت قد وصلت سليمة إلى ميناء الوصول دون أن يعلم الطرفان أو على الأقل المؤمن وحده بوصولها، ثم تبين أنّها قد هلكت في الميناء قبل التأمين عليها دون أن يعلم كلاهما أو أحدهما بذلك، ففي جميع

هذه الأحوال يتولّد الوهم لدى الطرفين أو أحدهما أنّ عنصر الاحتمال في إمكانية تحقق الخطر مازال موجوداً، أي أنّ الخطر في ظنهما لم يتحقق بعد.

بناءً على ما سبق يتضح أنّ صفة الاحتمال الواجب توافرها في الحادثة المؤمن عليها لا تتفق مع الخطر الظني وذلك من ناحيتين:

الأولى: من حيث شرط عدم تحقق الخطر مستقبلاً في الخطر الظني، وبالتالي تنتفي صفة الاحتمال متى كان الخطر قد تحقق في الماضي أو عاصر إبرام عقد التأمين.

الثانية: أنّ هذا الخطر ليس له وجود إلّا في ذهن المتعاقدين أو أحدهما، أما من الناحية العملية فإنّه غير موجود، وبالتالي فإنّ الأحكام كأصل عام لا تبني على مجرد الظن، وإنّما لا بد من وجود فعلي وحقيقي للخطر مستقبلاً حتى تترتب عليه الأحكام القانونية للتأمين.

لكن في ضوء هذه النتيجة التي توصلنا إليها، وهي عدم انطباق صفة الاحتمال على الخطر الظني، فالسؤال الذي يمكن طرحه هاهنا: هل لإعمال فكرة الخطر الظني في ظل انتفاء صفة الاحتمال - عند غالبية القوانين المقارنة- ما يبرره في مجال النقل البري والبحري؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المبحث الموالي:

المبحث الثاني: مدى إعمال فكرة الخطر الظني في عقد التأمين على النطاقين البري والبحري

إنّ النتيجة السابقة الذكر، والمتمثلة في أنّ شرط الاحتمالية لا يتحقق إلّا إذا كان الخطر ممكن الوقوع مستقبلاً، وهو ما لا يتحقق في الخطر الظني، أدت إلى تباين المواقف في الأخذ بفكرة التأمين الظني من عدمه، بل حتى التشريعات التي أخذت به اختلفت في نطاق جواز سريانه من حيث نوع التأمين، إذ أنّ بعضها يجيزه في المجالين البري والبحري، بينما يقصره البعض الآخر على المجال البحري فقط، لذلك سوف نبحث في مطلبين مدى إعمال التشريعات لفكرة الخطر الظني في كل من عقد التأمين البري والبحري.

المطلب الأول: مدى إعمال فكرة الخطر الظني في عقد التأمين البري

كما سبق فقد اختلف الرأي في جواز الأخذ بفكرة الخطر الظني من عدمه من جهة، ومن جهة أخرى حتى الاتجاهات التي أجازت الأخذ به اختلفت حول نطاق سريانه:

أولاً/الوضع في مصر: يتجه غالبية الفقه في مصر إلى عدم جواز التأمين على الخطر الظني في نطاق التأمين البري⁽¹⁶⁾، ومستندهم في ذلك أنّ الخطر يعدّ ركناً من أركان عقد التأمين، وتحققه قبل انعقاد العقد يعني تخلف أحد الأركان الرئيسية للعقد، فالعبرة حسب هذا الاتجاه تستند إلى معيار مادي، يقتضي ضرورة وجود هذا الخطر وتحققه من الناحية الواقعية والفعلية. وليس على مجرد ما يقوم في ذهن المتعاقدين من قناعة بأنّ الخطر المؤمّن منه ما زال قائماً أو لم يتحقق⁽¹⁷⁾، كما أنّ الأخذ بفكرة الخطر الظني حسب ذات الاتجاه من شأنه أن يفتح باب التحايل والغش، إذ قد يعتمد المؤمّن له على إبرام عقد التأمين وهو على علم بتحقق الخطر أو زواله قبل أو أثناء إبرام العقد⁽¹⁸⁾.

ثانياً/الوضع في فرنسا: أما في فرنسا فقد عرفت فكرة التأمين من الخطر الظني مرحلتين: المرحلة الأولى: قبل صدور قانون التأمين لسنة 1930، حيث انقسم الفقه في فرنسا خلال هذه المرحلة على رأيين:

الاتجاه الأول: يرى جواز التأمين من الخطر الظني، ومستندهم في ذلك أنّ القانون لم يشترط في الحادث أن يكون احتمالياً ومستقبلاً، ومن ثم يكفي الأخذ بالمعيار الشخصي لا المادي⁽¹⁹⁾، ومن ناحية أخرى ما دام أنّ المشرع الفرنسي قد أجاز التأمين على الخطر الظني في نطاق التأمين البحري، وطالما أنّه لا توجد خصوصية تبرر التمييز بين التأمين البري والتأمين البحري، فلا بأس من الاستناد إلى نفس الأحكام المتعلقة بالتأمين البحري في مجال التأمين البحري⁽²⁰⁾.

الاتجاه الثاني: بخلاف الرأي السابق يستند هذا الاتجاه على المعيار المادي، حيث يذهب إلى المنع من التأمين من الخطر الظني، باعتبار أنّ الخطر يعدّ ركناً من أركان العقد، وبالتالي فإنّ تخلفه يعني انعدام العقد لتخلف محله، فلا يمكن الأخذ إذن بالمعيار الشخصي الذي يجيز التأمين على خطر لمجرد قيامه في ذهن الطرفين، وإنّما لا بد من

تحققه في الواقع⁽²¹⁾، كما أنّه من ناحية أخرى فإنّه لا يجوز قياس أحكام التأمين البحري على التأمين البري، لأنّ التأمين البحري يكون على البضائع المنقولة بحراً أو جواً أو برّاً، ولا يقتصر النقل على طريق واحد كما هو الحال في المجال البري، فقد تستغرق عملية نقل البضائع بحراً مدة طويلة بحيث يكون مصيرها مجهولاً، وهذا ما يجعل التأمين من الخطر الظني في النطاق البحري مقبولاً⁽²²⁾ كما سوف نرى في الفرع اللاحق.

المرحلة الثانية: بعد صدور قانون التأمين لسنة 1930

في ظل الخلاف الفقهي السابق تدخل المشرع الفرنسي لحسم هذه المسألة، حيث نص صراحة من خلال نص المادة 39 من القانون المذكور على أنّه: "يبطل عقد التأمين إذا كان الشيء المؤمن عليه قد هلك وقت التعاقد أو كان لا يمكن أن يتعرض للخطر مستقبلاً"، وهكذا يلاحظ أنّ المشرع الفرنسي قد نص صراحة على بطلان عقد التأمين في المجال البري، إذا تبين أنّ الخطر المؤمن منه كان قد وقع أو زال نهائياً قبل التعاقد، وثبت على هذا الموقف حتى من خلال إصداره لقانون التأمين رقم 5 المؤرخ في 7 جانفي 1980 كما يظهر ذلك في المادة 15/125.

بخلاف الآراء السابقة يبدو أنّ المشرع العراقي قد انتهج مسلكاً مغايراً، فقد نص من خلال المادة 2/984 من القانون المدني على أنّه: "يقع عقد التأمين باطلاً إذا تبين أنّ الخطر المؤمن ضده قد زال أو قد كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد، أو كان أحد الطرفين على الأقل عالماً بذلك"، ومن ثم يكون المشرع العراقي قد أخذ بجواز التأمين من الخطر الظني إذ اعتبر عقد التأمين نافذاً حتى في حالة زوال الخطر أو تحققه قبل إبرام عقد التأمين، ولكن بشرط عدم معرفة أحد طرفي العقد بذلك الزوال أو التحقق⁽²³⁾.

خلاصة ما تقدم يتبين لنا كيف تباينت مواقف التشريعات المقارنة وحتى الفقه، حول مسألة التأمين من الخطر الظني، بين من يقرّ هذا النوع من التأمين وبين من يمنعه، لكن إذا كان هذا هو الحال بالنسبة للتأمين البري فهل الأمر كذلك فيما يخص التأمين في المجال البحري؟. هذا ما سنتعرف عليه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مدى إعمال فكرة الخطر الظني في عقد التأمين البحري

سبق وأن أشرنا إلى أنّ عملية نقل البضائع بحراً قد تستغرق مدة طويلة بحيث يكون مصيرها مجهولاً، وهذا ما يبرر قبول فكرة التأمين من الخطر الظني في النطاق البحري بخلاف ما هو عليه الحال في التأمين البري على نحو ما رأيناه، وعموماً يغطي التأمين البحري نوعين من التأمينات فيما يتعلق بالخطر الظني، الأول يتمثل في التأمين على البضائع بعد تحقق الخطر أو زواله، والثاني يتمثل في التأمين على ما يعرف بشرط الأنباء السارة أو السيئة.

الفرع الأول: التأمين على البضائع بعد تحقق الخطر

بالنسبة المادة 1/350 من التقنين البحري المصري الجديد رقم 8 الصادر في 22 أبريل⁽²⁴⁾ 1990، والذي أفرد الباب الخامس منه للتأمين البحري، مثله في ذلك مثل المادة 15/121 من قانون التأمين الفرنسي رقم 5 الصادر في 7 جانفي 1981، وكذا المادة 1/318 من التقنين البحري اللبناني الصادر سنة 1947، فقد نصت هذه النصوص في مجموعها على أنّ: "عقد التأمين الذي يبرم بعد هلاك الأشياء المؤمن عليها أو بعد وصولها يكون باطلاً، إذا ثبت أنّ نأبأ الهلاك أو الوصول قد بلغ قبل إبرام العقد إلى مكان توقيع العقد، أو إلى المكان الذي يوجد به المؤمن له أو المؤمن".

وبالتالي فإنّه بمفهوم المخالفة، لا يعدّ باطلاً التأمين على البضائع المنعقد بعد وقوع الكارثة، عندما لا تظهر من مجموع وثائق ووقائع القضية القرينة بأنّ المؤمن له كان على علم من قبل بهذه الكارثة⁽²⁵⁾، وهو المبدأ الذي أكدّه القضاء الفرنسي في قرار له صادر سنة 1968، وقد ألزم هذا القرار المؤمن بإثبات هذا العلم⁽²⁶⁾.

لكن وأمام صعوبة إثبات علم المؤمن أو المؤمن له بوصول الشيء أو هلاكه اتجه المشرع الفرنسي إلى أنّه بمجرد إثبات أنّ نأبأ الهلاك أو الوصول قد بلغ إلى مكان إبرام العقد أو مكان تواجد المؤمن له، تقوم قرينة قانونية قاطعة على العلم - أي العلم المفترض - بوصول الشيء أو هلاكه، أي دون الحاجة إلى إثبات العلم الشخصي للمؤمن له، وهي قرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكسي⁽²⁷⁾، وهو ما نصت عليه الوثيقة الفرنسية للتأمين البحري على البضائع (استمارة 1983)، واستقر عليه القضاء الفرنسي حديثاً⁽²⁸⁾.

الفرع الثاني:التأمين على الأنباء السارة أو السيئة

الفرض في هذه الصورة من صور التأمين على الخطر الظني أنّ طرفا عقد التأمين قد أخذوا في الحسبان إمكانية تحقق الخطر أو زواله عندما يكون لديهما أخبار عن سفينة مجهزة مهددة بمخاطر بحرية⁽²⁹⁾، وفي هذه نص كل من المشرع الفرنسي في المادة 2/172 من قانون التجارة الفرنسية، ونظيره المصري في المادة 2/350 من قانون التجارة البحرية، على أنه: "يكون عقد التأمين على شرط الأنباء السارة أو السيئة باطلاً إذا ثبت أنّ المؤمن له كان على علم شخصياً قبل التعاقد بوقوع الكارثة أو وصول السفينة". وبالتالي يكون المشرع المصري والفرنسي قد أجازا في هذه الصورة لطرفي العقد استبعاد تطبيق القرينة القانونية السابقة والمطبقة في مجال التأمين من الخطر الظني على البضائع بعد تحقق الضرر، ومن ثم الاتفاق على أنّ العلم بالهلاك أو بالوصول لا يفترض بل لا بد من إقامة الدليل عليه طبقاً للقواعد العامة، وعلى هذا إذا أدرج في العقد شرط الأنباء السارة أو السيئة، فإنّه يجب على المؤمن الذي يتمسك بالبطلان أن يقيم الدليل على أنّ المؤمن له كان عالماً بهلاك السفينة قبل التوقيع على العقد، وعلى العكس يقع على عاتق المؤمن له أن يثبت أنّ المؤمن كان عالماً بوصول السفينة قبل التوقيع على العقد⁽³⁰⁾.

نخلص مما سبق أنّه نظراً لما يتميز به التأمين البحري من خصوصيات، فإنّ تطبيق القواعد العامة في التأمين البحري من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل الهدف المنشود من هذا التأمين، لذلك اتجهت غالبية التشريعات المقارنة عند تقديرها لوجود الخطر قبل إبرام العقد إلى الأخذ بمعيار شخصي وليس مادي، مراعية في ذلك الصعوبة التي قد تواجه الأطراف في الاستعلام عن مصير الأشياء المؤمن عليها⁽³¹⁾، وهو الأمر الذي جعل مسألة التأمين من الخطر الظني في المجال البحري أمراً مقبولاً لدى هذه التشريعات بخلاف ما ذهبت إليه في مجال التأمين البري.

فالسبب إذن في جواز التأمين من الخطر الظني في التجارة البحرية فقط يعود إلى طبيعة التجارة البحرية، فمالك السفينة الناقلة ومجهز البضاعة ومشتريها، يتعذر عليهم المعرفة التامة عند إبرام عقد التأمين بوضع السفينة والبضاعة المنقولة عليها، وهي تتحرك في مياه دولية وإقليمية لعدد من الدول ولفترات طويلة لحين وصولها إلى

وجهتها النهائية، وعلى الرغم من التطور الكبير الذي حصل في تقنية الاتصالات فمن الجائز، عند إجراء التأمين أن يكون طرفا العلاقة أو أحدهما غير عالم بوصول السفينة والبضاعة سالمة، أو بتضرر البضاعة قبل إبرام عقد التأمين، فإذا أُجري التأمين لحماية مصالح أطراف العلاقة التجارية، دون العلم بأن الخطر قد زال أو قد تحقق، فإن المنطق والعدالة يقتضيان جواز هذا التأمين ونفاذه⁽³²⁾.

لكن إذا كان بطلان التأمين لتخلف الخطر هو القاعدة، واستثناءً جواز التأمين في حالة جهل المتعاقدين بوضعية الأشياء المؤمن عليها، أي جواز التأمين من الخطر الظني في المجال البحري على نحو ما رأيناه، فما هو موقف المشرع الجزائري اتجاه هذا الاستثناء؟ هذا ما سنحاول أن نجيب عنه في المطلب الموالي:

المبحث الثالث: موقف المشرع الجزائري من التأمين على الخطر الظني

من الأهمية بمكان في معرض تقديرنا لموقف المشرع الجزائري من مسألة التأمين على الخطر الظني، التطرق أولاً إلى القاعدة العامة في حالة تخلف عنصر الخطر بصفة عامة في عقد التأمين في (المطلب الأول)، ثم نستعرض موقف المشرع الجزائري من فكرة الخطر الظني (المطلب الثاني)، والتي تمثل الاستثناء من القاعدة السابقة، وذلك من خلال مناقشة المشروع المتعلق بقانون التأمينات لسنة 1980 والأمر 95-07 الملغي له.

المطلب الأول: الجزاء المترتب على تخلف الخطر في التشريع الجزائري

طبقاً للقواعد العامة فإنّ انتفاء المحل كركن من أركان العقد، يترتب عنه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وهو ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً"، وهذه القاعدة أكدتها أيضاً المادة 36 من القانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 أوت 1980 والمتعلق بالتأمينات، والتي تقابلها المادة 43 من الأمر 95-07 الملغي للقانون السابق، حيث جاء النص على أنه: "إذا تلف الشيء المؤمن عليه أو أصبح غير معرض للأخطار أثناء اكتتاب العقد، كان هذا الاكتتاب عديم الأثر، ووجب إرجاع الأقساط التي دفعها المؤمن له عن حسن نية، ويحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة في حالة سوء نية المؤمن له".

يتبين من هذا الشرط الأخير من هذا النص أنّ عقد التأمين شأنه شأن سائر العقود، يعتبر من العقود القائمة على مبدأ حسن النية ويخضع تنفيذه للقواعد

العامة، وفي ذلك تنص المادة 107 مدني جزائري على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"، غير أنّ عقد التأمين يتميز عن العقود الأخرى من حيث أنّ حسن النية يلعب دوراً كبيراً في انعقاده وتنفيذه مقارنة مع تلك العقود الأخرى، فصحة انعقاد التأمين تعتمد أساساً على مدى صحة البيانات التي يصرح بها المؤمن له عن ماهية الخطر والظروف المحيطة به⁽³³⁾، كما أنّ تنفيذ عقد التأمين يلقي على المؤمن له التزاماً بأن يمتنع عن كل ما من شأنه زيادة الخطر، وأيضاً يجب عليه أن يخطر المؤمن بأي ظرف يمكن أن يؤدي إلى زيادة الخطر أو زيادة جسامته⁽³⁴⁾.

وتأسيساً على ذلك فإنّ البطلان يلحق عقد التأمين إذا أدلى المؤمن له ببيانات كاذبة عن الخطر المؤمن منه، وكذلك يسقط حق المؤمن له في الحصول على مبلغ التأمين، وذلك إذا قام أو امتنع عن عمل يتنافى مع مبدأ حسن النية⁽³⁵⁾، ولما كان الأصل افتراض حسن النية، فإنّه على المؤمن الذي يدعي سوء النية إثبات ما يدّعيه.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من فكرة الخطر الظني في ضوء المشروع المتعلق بقانون التأمينات لسنة 1980 والأمر 95-07

رغم التعديلات التي استحدثها المشرع الجزائري في مجال التأمينات على النحو الذي سيأتي، إلا أنّ هذه التعديلات في تقديرنا لم تمس العديد من المسائل، نخص منها مسألة التأمين على الخطر الظني محل الدراسة، رغم الحاجة المتزايدة لدراسة مثل هذه المسائل لاسيما في مجال التجارة الدولية والبحرية، باعتبارها أحد أعمدة الاقتصاد الوطني، وعلى ذلك سوف نحاول مناقشة وتقويم موقف المشرع الجزائري من فكرة الخطر الظني، وذلك في ضوء المشروع المتعلق بقانون التأمينات لسنة 1980 والأمر 95-07.

أولاً/فكرة الخطر الظني في ضوء المشروع المتعلق بقانون التأمينات لسنة 1980 والأمر 95-07: ناقشت اللجنة المالية للمجلس الشعبي الوطني لدورة 1980، نص المادة 128 من القانون 80-07 الصادر في 9 أوت 1980⁽³⁶⁾، والمتعلق بالتأمينات، والتي نصت على أنّه: "لا يكون للتأمين المكتتب بعد وقوع الحادث أو وصول الأشياء المؤمن عليها إلى المكان المقصود أي أثر، ويبقى القسط حقاً مكتسباً للمؤمن إذا كان المؤمن له على علم بذلك".

وقد صادق المجلس على هذه المادة كما وردت، وكان عرض الأسباب كما يلي: "إنّ الهدف من هذه المادة هو اتقاء حالتين من الغش: الحالة الأولى: تتمثل في اتقاء محاولة التأمين على أشياء سبق هلاكها. الحالة الثانية: ترمي إلى تفادي توقيع تأمين بحري على أموال قد وصلت سلامة إلى المكان المقصود".

الذي يتبين من خلال المادة 128 السالفة الذكر أنّ المشرع الجزائري قد نص على استبعاد التأمين من الخطر الظني ورتب البطلان على التأمين في حالة اكتتابه بعد وقوع الحادث أو بعد وصول الأشياء المؤمن عليها، دون استثناء حالة عدم العلم أو وصول الأخبار وما يدل على هذا الاستبعاد ما يلي:

1- عدم ذكر المشرع لمسألة العلم بهلاك الأشياء أو وصولها قبل إبرام العقد.
2- كما يلاحظ أنّ قرينة علم المؤمن له اقترنت بمسألة القسط فقط، وبالتالي ليس لها علاقة بالعلم بوقوع الحادث أو وصول الأشياء، فيكون المعنى إذن - بمفهوم المخالفة- أنّ المؤمن له إذا لم يكن على علم بوقوع الحادث أو بوصول الأشياء المؤمن عليها وقت إبرام التأمين أو قبله، فإنّ الذي يترتب على ذلك هو مجرد عدم استحقاق المؤمن للقسط المدفوع وليس صحة العقد.

3- عدم تطرق المشرع لذكر التأمين تحت شرط الأخبار الحسنة أو السيئة، وبالتالي يشترط في نظر المشرع ثبوت العلم الشخصي للمؤمن له بهلاك الأشياء أو وصولها، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المؤمن، دون الأخذ بقرينة العلم المفترض⁽³⁷⁾.

4- أما بخصوص الأمر 95-07 الملغي للقانون السابق 80-07 فلم يأت بجديد يذكر، حيث أكدت المادة 100 منه المتعلقة بالتأمينات البحرية على ذات المبدأ الوارد في المادة 128 السالفة الذكر، سوى أنّها أضافت فقرة تقرر حق التعويض للطرف المتضرر، وكذلك الحال بالنسبة للمادة 43 من نفس الأمر والتي استبعدت من خلالها المشرع التأمين من الخطر الظني في مجال التأمين البري⁽³⁸⁾، حيث نص على أنه: "إذا تلف الشيء المؤمن عليه أو أصبح غير معرض للأخطار أثناء اكتتاب العقد، كان هذا الاكتتاب عديم الأثر، ووجب إرجاع الأقساط التي دفعها المؤمن له عن حسن نية، ويحتفظ المؤمن بالأقساط المدفوعة في حالة سوء نية المؤمن له".

والمقصود هما بحسن وسوء النية هو العلم أو عدم العلم بتلف الأشياء أو أنّها أصبحت غير معرضة للخطر، على أنّه في حالة حسن النية المترتب على عدم العلم يترتب عليه عدم استحقاق المؤمن للأقساط وليس صحة العقد، لكون أنّ إرجاع الأقساط أو الاحتفاظ بها تعتبر كأثر مترتب على حسن النية أو سوءها كما هو واضح من النص، وبالتالي ليس لهذه الأخيرة أثر على صحة العقد، وإنّما يتأثر العقد بتلف الأشياء المؤمن عليها أو لأنّها أصبحت غير معرضة للخطر أثناء إبرام عقد التأمين.

ثانياً/ملاحظات بشأن موقف المشرع الجزائري من مسألة التأمين على الخطر الظني: من خلال المناقشة السابقة يمكن أن نورد بعض الملاحظات: الملاحظة الأولى: أنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار قيام الخطر معنوياً في ذهن المتعاقدين، أي أنّه أخذ بمعيار مادي لمفهوم الخطر المؤمن منه في عقد التأمين وليس بمعيار شخصي.

الملاحظة الثانية: أنّ حرمان المؤمن له من استرداد القسط المدفوع في حالة الخطر الظني، لاشك أنّه يتناقض مع الاهتمام الذي يوليه المشرع له كطرف ضعيف في عقد التأمين سواءً كان مجهزاً أو شاحناً، خاصة إذا لم تستغل الشبكة العالمية المعلوماتية بالشكل المطلوب، لما لها من فائدة كبيرة حول معرفة أوضاع الملاحة البحرية والأخطار المحيطة بها، ومعرفة وضعية السفن والبضائع المشحونة عليها وغيرها.

الملاحظة الثالثة: أنّ الطابع الدولي لعقد التأمين البحري وخصوصية هذا الأخير التي تبررها ظروف الملاحة البحرية، هو ما جعل الدول تتجه إلى قبول فكرة التأمين على الخطر الظني، وعلى هذا فإنّ شدوذ المشرع الجزائري عن معظم التشريعات الأخرى في هذه المسألة قد يترتب عليه عزوف المؤمن لهم عن الأخذ بأحكام التأمين في القانون الجزائري، على اعتبار أنّ الطبيعة الدولية لعقود التأمين تسمح بتطبيق القانون الذي يختاره الأطراف على العقد، كما قد يؤدي إلى عزوفهم عن اختيار أسواق التأمين الجزائرية نتيجة لعدم ضمان الخطر الظني، ولاشك أنّ في ذلك خطر كبير يهدد الاقتصاد الوطني إن لم يتداركه المشرع الجزائري لاسيما وأنّ الجزائر تعتبر من البلدان المستوردة.

خاتمة

من خلال دراستنا السابقة حول أثر إعمال فكرة الخطر الظني في التأمين البري والبحري، توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات:

أولاً/النتائج

- 1- الخطر الظني هو ذلك الخطر الذي يقوم على معيار معنوي شخصي، حيث يرجع إلى جهل المتعاقدين أو أحدهما بأن الخطر قد تحقق وقت إبرام العقد أو قبله.
- 2- عدم انطباق وصف الاحتمال على الخطر الظني، لأنه يشترط في الخطر أن يكون مستقبلياً ومحتمل الوقوع.
- 3- استبعاد المشرع الجزائري لفكرة الخطر الظني، وأخذه بالمعيار المادي الذي يقتضي إما وجود أو عدم وجود الخطر عند إبرام عقد التأمين، وترتيبه بطلان العقد في حالة تخلف الخطر المادي.
- 4- تبرير المشرع الجزائري استبعاده التأمين على الخطر الظني لما فيه من إمكانية فتح باب الغش والتحايل على القانون، لاسيما مع صعوبة إثبات العلم بتحقق الخطر أو زواله بالنسبة لكلا المتعاقدين أو أحدهما.
- 5- قبول فكرة التأمين على الخطر الظني من قبل غالبية الدول بسبب الطابع الدولي لعقد التأمين البحري وخصوصيته التي تبررها ظروف الملاحة البحرية.
- 6- استبعاد التأمين من الخطر الظني لاشك أنه يؤدي إلى عزوف المؤمن لهم عن اختيار أسواق التأمين الجزائرية، نتيجة لعدم ضمان الخطر الظني، وتفكيرهم في التوجه إلى أسواق تأمين أجنبية تغطي مثل هذا النوع من الأخطار، بناءً على الطابع الدولي للتأمين في مجال عقود التجارة الدولية، ولاشك أن ذلك خطر كبير يهدد الاقتصاد الوطني إن لم يتداركه المشرع الجزائري.

ثانياً/التوصيات

- 1- أمام تطور المخاطر البحرية وتنوعها في مقابل قلة اهتمام المشرع بضمانها وتنظيمها ومزامنة هذا التطور، فإن ذلك قد يشكل دافعاً للمؤمن له بأن يعيد التأمين إلى أسواق أخرى أجنبية، ولا شك أن ذلك استنزاف خطير يهدد الاقتصاد الوطني، لذلك يكون من الجدير التوصية بضرورة تدارك المشرع لهذا الوضع قبل استفحاله.

2- نظراً لما يتميز به عقد التأمين البحري من خصوصيات تملها ظروف الملاحة البحرية وما يحيط بها من مخاطر، فإنّ ذلك يشكل مبرراً لقبول فكرة الخطر الظني، دون التحجج بأنّ ذلك من شأنه فتح الباب أمام الأطراف للتحايل على القانون، وحتى على فرض وجود بعض حالات الغش فيمكن التصدي لها بالحلول الردعية، بدلا من استبعاد ضمان فكرة الخطر الظني وذلك حماية للمؤمن له كطرف ضعيف في العقد.

3- ولأجل ما سبق يمكن اقتراح إعادة صياغة المادة 100 من الأمر 95-07 وذلك على النحو الآتي: "لا يكون للتأمين المكتتب بعد وقوع الحادث أو بعد وصول الأشياء المؤمن عليها إلى المكان المقصود أي أثر، إذا ثبت أنّ نأبأ الهلاك أو الوصول بلغ قبل إبرام العقد إلى مكان توقيع العقد، أو المكان الذي يوجد به المؤمن أو المؤمن له"، وبالتالي يمكن القول بمفهوم المخالفة لنص المادة، لا يعدّ باطلاً التأمين المكتتب بعد وقوع الكارثة، عندما لا تقوم القرينة على أنّ المؤمن له كان على علم من قبل بهذه الكارثة.

4- اقتراح نص يتضمن التأمين على شرط الأنباء السارة أو السيئة كالاتي: "يقع عقد التأمين على شرط الأنباء السارة أو السيئة باطلاً، إذا ثبت أنّ المؤمن له كان على علم شخصياً قبل التعاقد بوقوع الكارثة أو وصول السفينة"، وبمفهوم المخالفة يكون التأمين صحيحاً في حالة عدم العلم، على أنّ القرينة هنا على العلم تعتبر بسيطة يمكن إثبات عكسها، عكس ما يكون عليه الحال في التأمين على البضائع بعد تحقق الخطر، ومن ثم الاتفاق على أنّ العلم بالهلاك أو بالوصول لا يفترض بل لا بد من إقامة الدليل عليه طبقاً للقواعد العامة.

5- يبقى في الأخير أن نتساءل عن إمكانية التأمين من الخطر الظني في نطاق النقل البري بعد التطور الكبير الذي شهده، خاصة عندما يتعدى هذا النقل المجال الداخلي أو المجالات القصيرة المدى، إلى نقل دولي عابر للقارات يستغرق وقت طويلاً ويخضع للاختصاص القانوني لدول مختلفة ضمن عملية النقل الواحدة، وبذلك يقترب من خصوصيات النقل البحري، فهل يمكن إجراء التأمين ضد الخطر الظني في النقل البري في مثل هذه الأحوال؟

الواقع أنّ طبيعة التجارة الدولية وسرعة إبرام عقود البيع الدولية واشتراك العديد من الجهات، كالمجهزين والمستوردين والمصارف والناقلين ووكلاء النقل والشحن

والتفريع، قد لا يُمكن من الجزم بزوال الخطر أو تحققه قبل إبرام عقد التأمين، وبالتالي يكون من الجدير التوصية بحماية حقوق المؤمن لهم، بإجازة التأمين من الخطر الظني في التجارة البرية الدولية، وذلك لتحفيزهم وعدم تفكيرهم في توجيه تأميناتهم إلى أسواق أخرى أجنبية، بما قد يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني.

الهوامش:

- (1) مصطفى كمال طه، مبادئ التأمين البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص 419.
- (2) الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، والمتضمن القانون المدني ج.ر رقم 75/78، صادر بتاريخ: الثلاثاء 30 سبتمبر 1975
- (3) محمود سمير الشرقاوي، الخطر في التأمين البحري، الدار القومية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1966، ص 63، د محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الثالثة، 2001 ص 132.
- (4) M. picaed et A. Besson, Les Assurances terrestres, Tom 1, cinquième édition, 1980, N° 21, pp. 21-34.
- (5) عبد الرازق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء السابع، عقود الغرر وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 219.
- (6) الأمر 07-95، الصادر في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، السنة 32، ج ر عدد 13، بتاريخ 08 مارس 1995.
- (7) محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 56.
- (8) محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 132.
- (9) عبد المجيد رضا عبد الحلیم، مدى جواز التأمين من الخطر الظني (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 18.
- (10) مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995، ص 449.
- (11) المرجع نفسه، نفس الموضوع.
- (12) علي بن غانم، التأمين البحري وذاتية نظامه القانوني (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري-الفرنسي - الإنجليزي)، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 96-97.
- (13) المرجع نفسه، ص 100-101.
- (14) مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، المرجع السابق، ص 448-449.
- (15) عبد المجيد رضا عبد الحلیم، المرجع السابق، ص 218.
- (16) جلال محمد إبراهيم، التأمين، دراسة مقارنة، بين القانون المصري والقانون الكويتي والفرنسي، دار النهضة العربية، 1994، ص 148.
- (17) حمدي عبد الرحمن. د حسن أبو النجا، عقد التأمين، المبادئ العامة، بدون دار نشر، 1994، ص 66.
- (18) حسام الدين كمال الأهواني، المبادئ العامة للتأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 45.
- (19) M. picaed et A. Besson, Les Assurances terrestres, Op. Cit, P. 34.
- (20) عبد الودود يحيى، الموجز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 34.
- (21) نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 45.

- (22) إسرائ صالح داوود، التأمين من الخطر الظني، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 8، السنة 11، العدد 28، 2006، ص 208-209.
- (23) موفق رضا، الخطر الظني (التأمين على شرط الأنباء السارة أو السيئة)، دراسة منشورة على موقع <https://iraqinsurance.wordpress.com>، تاريخ الزيارة 2015/10/10، وانظر كذلك، إسرائ صالح داوود، المقال المشار إليه سابقاً، ص 205.
- (24) الجريدة الرسمية المصرية، عدد 18، بتاريخ 3 ماي 1990.
- (25) إسرائ صالح داوود، المقال المشار إليه سابقاً، ص 215، وإن كان البعض يرى أن المشرع المصري قد ترك المعيار الشخصي ليُحل محله معياراً مادياً موضوعياً، لتضمن النص قرينة قانونية قاطعة على العلم لا تقبل الدليل العكسي في حالة التأمين على البضائع قبل تحقق الخطر، باستثناء التأمين على شرط الأنباء السارة أو السيئة، وبالتالي يكون المشرع قد أجاز التأمين على الخطر الظني في هذه الحالة الأخيرة دون الحالة الأولى، أنظر في هذا الشأن، مصطفى كمال طه، د وائل أنور بندق، التأمين البحري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 89-90.
- (26) Cass. Com, 16 Janvier 1968, Revue français de Droit maritime, 1968. P. 330.
- (27) مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، ص 449.
- (28) Cass. Com, 27 Octobre 1988, Revue français de Droit maritime, 1990. P. 280.
- (29) محمود سمير الشراقوي، المرجع السابق، ص 96، د عبد المجيد رضا عبد الحليم، المرجع السابق، ص 90.
- (30) مصطفى كمال طه، د وائل أنور بندق، التأمين البحري، المرجع السابق، ص 90.
- (31) المرجع نفسه، ص 448-449.
- (32) موفق رضا، الخطر الظني (التأمين على شرط الأنباء السارة أو السيئة)، المقال المشار إليه سابقاً.
- (33) محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 93.
- (34) محمد حسن قاسم، العقود المسماة، القانون المدني، العقود المسماة، البيع-التأمين-الإيجار، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2001، ص 530.
- (35) أحمد السعيد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، ط3، منشورات جامعة الكويت، 199، ص 343.
- (36) المادة 114 من المشروع المتعلق بالتأمينات للجنة المالية للمجلس الشعبي الوطني، دورة الربيع لسنة 1980، أشار إليها أ علي بن غانم، المرجع السابق، ص 101 وما بعدها.
- (37) علي بن غانم، المرجع السابق، ص 102.
- (38) هذا ويلاحظ أنّ الوثيقة الجزائرية للتأمين على البضائع لم تتطرق إلى هذه الحالة، في حين نصت على ذلك الوثيقة الجزائرية للتأمين على السفن والتي قضت ببطان التأمين لانعدام الخطر بموجب المادة 17 فقرة أولى.

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



Revue Académique
de la Recherche Juridique

RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/Septième Année/Volume 14/N°02-2016

ISSN : 2170 - 0087
Dépôt légal n° 2010-57

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Revue Académique de la Recherche Juridique

**Revue Semestrielle éditée par la Faculté Droit de et des Sciences Politiques,
Université Abderrahmane Mira de Bejaia**

Directeur de la Publication

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

Rédacteur en Chef

KHELFI Abderrahmane, Maître de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques - Université Abderrahmane Mira – Bejaia.

Secrétariat Technique

- Mr. BENKHELIFA Samir
- Mr. AOUF Saadi
- Mr. MOURI Sofiane
- Mr. BENMOUHOUB Fawzi

Révision linguistique

- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi (Anglais)
- Dr. TRIKI Farid (Arabe)
- Dr. BERRI Nouredine (Français)

Comité scientifique :

- Pr. ZOUAÏMIA Rachid, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Alanbar, Irak,
- Pr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Institut d'Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. RAZGUINE Ramdhan, Université de Batna,
- Pr. KAHLOULA Mohamed, Université de Tlemcene,
- Pr. MOHAMED Hacen Elkacimi, Université des Emirats Arabes-Unies,
- Pr. MOHAMED Khallil Youcef Aboubaker, Université El-Zaytouna, Jordanie
- Pr. GILES Mathieu, Université Paule Sézame, Marseille III, France,
- Pr. LOÏC Cadiet, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. DELEBECQUE Philippe, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. BOUDRIOUA Abdelkrim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. AIT MANSOUR Kamal, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. KHELFI Abderrahmane, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. IGROUFA Zoubida, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. DAHMANI Abdeslam, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. KEBALI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabie Saoudite,
- Dr. AMAL FADAL Mohamed Abdullah, Université Kabous , Oman.

Protocole de rédaction

Les articles adressés à la rédaction de la revue peuvent être rédigés soit en arabe, en français, ou en anglais, accompagnés d'un résumé, les mots clés et du titre en trois langues. Ils sont soumis à l'appréciation du comité de rédaction pour une sélection technique préalable, puis à l'expertise d'au moins deux experts, membres du comité scientifique qui se prononcent sur leur publication.

Les contributions, doivent respecter les normes suivantes :

Indications relatives à l'auteur

Nom et Prénom (en arabes et en français) de l'auteur suivis du titre universitaire ou professionnel qu'il souhaite utiliser. Les auteurs étrangers doivent joindre à leur contribution un *Curriculum Vitae* avec le cachet de leur établissement ou, le cas échéant, une attestation de travail.

Notes de bas de pages

Les notes seront numérotées d'une manière continue à la fin de l'article sans utiliser l'Insertion Automatique.

Références

Les auteurs indiqueront :

- Ouvrages : Auteur, Titre, Editeur, Lieu d'édition, Année d'édition, pages.
- Articles : Auteur, Titre, Revue, Volume, Numéro, Année, Pages.
- Communication : Auteur, Titre, Nature de la rencontre scientifique, Lieu, Période, Pages.

Présentation

Les articles soumis à la Revue ne doivent pas dépasser 20 pages.

- Pour les articles rédigés en langue arabe, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police **Sakkal Majalla**, taille 20 pour les développements et 16 pour les notes, Interligne 01 cm.
- Pour les articles rédigés en français, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police Times New Roman, taille 14 pour les développements et 12 pour les notes.

Les articles doivent être remis ou transmis en 2 exemplaires, format papier accompagnés d'un CD, à l'adresse suivante :

Faculté de droit et des sciences politiques, Université Abderrahmane-Mira, Bejaia
Campus Aboudaou. Tel/Fax : 034229357.

Courriel : revue.academique@yahoo.fr

Site Internet: <http://droit-bejaia-revue-academique.net>

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

But de la revue

La revue académique de recherche juridique, revue semestrielle spécialisée dans le domaine juridique, est créée en vertu du PV du Conseil scientifique de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université Abderrahmane Mira- Béjaia (n° 07/CSF/FD/08 de l'année 2008).

La revue dispose d'un comité de rédaction composé du directeur de la publication, rédacteur en chef, d'un comité scientifique et d'un comité de lecture regroupant un certain nombre de Professeurs algériens et étrangers spécialistes des études juridiques.

La publication d'articles est soumise à un certain nombre de conditions fixées selon les critères nationaux et internationaux admis dans les travaux scientifiques et académiques.

Les articles adressés à la rédaction de la Revue font l'objet d'une expertise du comité scientifique (2 experts) et, éventuellement d'une contre-expertise.

La revue a pour objectif d'éclairer le lecteur sur l'actualité juridique nationale et internationale, de développer la culture juridique et de contribuer à la richesse de la bibliothèque nationale en matière d'études juridiques.

En outre, la possibilité offerte aux chercheurs de publier en trois langues différentes permet de diffuser la culture juridique à grande échelle.

Elle a pour objectif de venir en aide aux enseignants chercheurs désireux de bénéficier d'une promotion aux grades supérieurs dans leur carrière, de les habilitier au rang magistral ou de leur permettre de soutenir leurs Thèses de Doctorat.

Sommaire

OUSIDHOUM Youcef

L'élément organique comme critère de qualification du contrat administratif
A propos de l'arrêt CE Section du contentieux du 3 juin 2009, OPAC du Rhône,
n° 32440507

BOUDA Mohand Ouamar

L'équivocation de la notion d'ordres professionnels.....16

AIT ELDJOUDI Mourad

L'étendue de la liberté de communication audiovisuelle en Algérie.....27

**L'élément organique comme critère de qualification du contrat administratif
A propos de l'arrêt CE Section du contentieux du 3 juin 2009, OPAC du Rhône,
n° 324405 ***

Dr. OUSIDHOUM Youcef
Département de droit privé,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia- Algérie.

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

Résumé :

Nature du contrat de fourniture passé par une personne publique agissant pour le compte d'une personne privée, selon les règles du code des marchés publics.

Le Conseil d'Etat a estimé, dans l'arrêt objet de ce commentaire, que le contrat de fourniture passé par une personne publique agissant comme mandataire, pour le compte, et au titre des besoins propres d'une personne privée est un contrat de droit privé. Ainsi, le Conseil d'Etat, saisi en appel, s'est basé sur des critères objectifs liés essentiellement à la nature propre du contrat.

Mots clés :

Contrat privé, marché public, mandataire, procédure de passation, personne morale de droit privé.

**The organic element as criterion of qualification of the administrative contract
About the judgment SC litigation section of 3 June 2009, OPAC of the Rhone,
n° 324405**

Abstract:

Nature of supply contract concluded by a public person acting for private one, according to the rules of public procurement code.

The Council of State ruled, in the commented judgment, that a supply contract concluded by a public person acting as representative for the account and for private person's needs is a private law contract. So, the Council of State, seized in appeal, judged on the basis of objective criteria, especially on the nature of the contract.

Key words:

Private contract, procurement, representative, signing procedure, legal person of private law.

* Article reçu le 18/09/2016, expertisé le 04/10/2016, rendu publiable le 27/11/2016.

العنصر العضوي كمعيار لتكييف العقد الإداري : حول قرار مجلس الدولة
الفرنسي، قسم المنازعات، الصادر في 3 جوان 2009، المكتب العام للتهيئة والبناء،
رقم 324405

الملخص:

طبيعة عقد التوريد من قبل شخص عام يتصرف نيابة عن شخص عادي، وفقا لقواعد قانون المشتريات العامة، حكم مجلس الدولة في الحكم موضوع هذا التعليق، أن عقد التوريد من قبل هيئة عامة تعمل كوكيل نيابة وفي إطار الاحتياجات المحددة للأشخاص الخاصة هو عقد يخضع لقواعد القانون الخاص. وهكذا، فقد استند مجلس الدولة إلى معايير موضوعية ذات الصلة مع طبيعة العقد.

الكلمات المفتاحية:

عقد خاص، صفة عمومية، إجراءات الشراء، وكيل، شخص القانون الخاص.

Sommaire:

Malgré sa permanence dans la qualification des contrats administratifs et la détermination de la juridiction compétente, le critère organique est affecté par la montée en puissance de certaines variables de droit privé – comme la théorie du mandat –, sous l'influence de la complication des rapports contractuels entre les personnes morales publiques et privées.

Note :

Dans le système juridique français, le problème du partage des compétences entre juge administratif et juge judiciaire est d'actualité. Les textes en la matière ont d'ailleurs soulevé de nombreuses questions et l'arrêt du Conseil d'État du 3 juin 2009 suscite quelques réflexions.

Certes, cet arrêt n'apporte pas d'éléments nouveaux en ce qui concerne la qualification de la nature des contrats. Cependant, reprenant une erreur de qualification commise par le juge des référés, il permet d'expliquer une question compliquée.

1. Les faits de l'espèce sont simples à rappeler :

L'OPAC du Rhône, agissant en tant que mandataire pour le compte de son mandant la S. A. d'HLM Gabriel Rosset, personne morale de droit privé, a lancé une procédure d'appel d'offres portant sur l'attribution d'un marché à bons de commande, consistant en la location de matériels permettant la sécurisation d'appartements inoccupés ou d'immeubles d'habitation avant réhabilitation ou démolition.

La Société Sitex, lésée par la procédure d'appel d'offres engagée par l'Office – à propos des règles de publicité et de mise en concurrence –, intente alors un recours

contentieux en annulation devant le juge des référés du tribunal administratif de Lyon.

Celui-ci, dans une ordonnance du 7 janvier 2009, intervient et annule la procédure de passation du marché, objet du litige, ainsi que les décisions de l'OPAC du Rhône relatives à sa dévolution, conformément à l'article L. 551 du Code de justice administrative. Il invite l'Office à reprendre au stade initial de l'examen des offres soumises, la procédure engagée pour le compte de la S. A. d'HLM Gabriel Rosset.

Le 23 janvier 2009, soit moins de deux mois après, l'OPAC du Rhône interjette appel de cette décision devant le Conseil d'État statuant au contentieux.

2. Un double problème d'interprétation se pose au juge suprême :

- au niveau de la recevabilité matérielle du recours, c'est-à-dire la compétence d'un ordre de juridiction, celui de l'applicabilité de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, ainsi que de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

- au niveau du fond, celui de l'interprétation des dispositions de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001, dite « loi Murcef », fixant les personnes entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, ainsi que la validité des critères applicables aux contrats des marchés publics (*critères organique et matériel*) et leur portée.

3. Les solutions données par le juge suprême sont dépourvues de toute ambiguïté et fournissent un éclairage intéressant sur les critères permettant la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions :

- le Conseil d'État estime en effet que « *le juge des référés du tribunal administratif de Lyon s'est prononcé sur des conclusions qui échappent à la compétence de la juridiction administrative* ». Ainsi, il reconnaît explicitement l'incompétence du juge administratif pour se prononcer sur le litige en question.

- cette incompétence de la juridiction administrative découle logiquement de considérations de fond évoquées par le juge suprême. En effet, pour fonder sa décision, le Conseil d'État met en avant deux critères de choix dans le partage des compétences entre juges judiciaires et juges administratifs, à savoir : *un critère organique*, lié à la personne morale intervenant dans la transaction, conformément aux dispositions de l'article 2 de la loi Murcef, ainsi qu'un *critère matériel*, s'attachant à la nature du contrat de fourniture conclu, soit privé, soit public.

Le problème de la compétence se pose donc en deux étapes :

- d'une part, le contrat de fourniture conclu par une personne publique, en qualité de mandataire, peut-il avoir une nature administrative puisqu'il fait intervenir une personne de droit public, même indirectement ?

- d'autre part, et en toute hypothèse, le contenu des articles 1^{er} et 2nd du Code des marchés publics peut-il être considéré comme base unique et suffisante permettant le partage des compétences des juges ou faut-il rechercher d'autres éléments ou critères de partage ?

De prime abord, face à la multiplication et la complication des échanges et des rapports économiques, il apparaît que le juge suprême est appelé à jouer un rôle important dans la clarification des règles de partage.

Dans l'arrêt OPAC du Rhône du 3 juin 2009, il incombait au juge administratif la tâche de cerner les contours de la notion du contrat administratif pour décider de l'ordre de juridiction compétent. À la lumière de la jurisprudence antérieure, le juge semble faire appel à deux critères : un critère organique et un critère matériel. Si le critère organique garde relativement une certaine notoriété (I) pour permettre un tel partage, le critère matériel est cependant décisif (II).

I. Le critère organique : un élément important pour la détermination des compétences des juges

Un contrat est qualifié d'administratif s'il est conclu au moins par une personne publique (A). Cependant, la présence de cette dernière dans le contrat est remise en cause et subit des atténuations apportées par une jurisprudence récente, dont celle du Conseil d'État du 3 juin 2009 (B).

A. Le marché public : un contrat administratif impliquant au moins une personne publique

L'administration fait appel de plus en plus souvent aux contrats de marchés publics pour s'approvisionner en matières, fournitures ou services, pour le bon fonctionnement des services publics. Conformément à l'article 1^{er} du Code des marchés publics, un marché public est un contrat conclu « à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Pour être « administratif », un contrat doit impliquer une personne publique au moins (1). Si ce seuil est dépassé, la jurisprudence offre une présomption du caractère administratif du contrat (2).

1. L'intervention d'une seule personne publique

La participation d'une personne publique au contrat est nécessaire pour qualifier le contrat d'administratif, qui relèvera de la compétence du juge administratif. En revanche, ce principe implique que les contrats conclus entre personnes de droit privé sont, a priori, des contrats privés (TC 3 avril 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés-Interlait*). Cette solution est considérée comme une règle législative affirmée par le Tribunal des conflits, dans sa décision du 26 juin 1989 - *S. A. Cie générale d'entreprise de chauffage*.

L'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « loi Murcef », qualifie tous les marchés publics passés en application du Code des marchés publics de *contrats administratifs*. Le juge est resté attaché à cette condition que le législateur intègre aussitôt dans l'article 2 du Code des marchés publics. En effet, conformément à un critère organique, ce dernier dresse une liste limitative des personnes dotées de la puissance publique, à savoir l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, et les établissements publics locaux, confiant ainsi au contrat son caractère administratif.

2. La présomption du caractère « administratif » du contrat

Un arrêt de principe du Tribunal des conflits du 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris (UPA)*, a mis en avant le critère organique et a étendu sa vision. Ainsi, un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif qui confère à la juridiction administrative une compétence pour statuer en matière des litiges portant sur les insuffisances aux obligations en découlant. Cette jurisprudence s'appuie sur le fait que de tels contrats sont « normalement à la rencontre de deux gestions publiques » (Labetoulle, *Conclusions sous Tribunal des conflits, AJDA*, 1983, p. 356).

Cependant, cette présomption est assortie d'une exception. En effet, le Tribunal des conflits souligne que cette règle est valable sous réserve que l'objet du contrat ne puisse faire naître entre les parties des rapports de droit privé et qui rendraient la compétence au juge judiciaire. Ainsi, le critère organique semble être quelque peu affaibli par cette exception et la présomption perd tout son sens. Néanmoins, on peut se demander si les rapports de droit privé sont toujours faciles à cerner. Il aurait paru logique que le juge suprême puisse expliquer et approfondir les éléments composant la notion des rapports privés. En présence de ce vide, le juge est allé rechercher les autres éléments traditionnels de la personne publique (clause exorbitante du droit commun et exécution d'un service public) pour décider de l'administrativité du contrat. À ce propos, et comme l'a souligné Mme Nadine Dantonel-Cor : « (...) un contrat relatif au domaine privé (censé être de nature privée) est considéré comme administratif à partir du moment où il recèle des clauses exorbitantes. » (Cf. Nadine, Dantonel-Cor, « Le critère de la clause exorbitante : un Janus à deux visages », in : *JCP A.*, n° 9, 25 février 2008, 2047).

En somme, la présomption du caractère administratif du contrat, impliquant deux personnes publiques, reste insuffisante en raison de la diversité de la nature des contrats. L'arrêt du Conseil d'État du 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, en est un exemple : l'objet de la convention de location passée entre le BAS et l'office public d'HLM n'avait pas pour objet le service public assuré par le bureau social. Ainsi, échappe-t-il à la présomption d'administrativité. Dans le cas d'espèce, la pratique jurisprudentielle de présomption est adoptée par le juge des référés du tribunal administratif de Lyon qui confère la compétence de la juridiction administrative, en dépit de la présence d'une seule personne publique.

B. Le marché public : un contrat administratif devant impliquer directement une personne publique

Un marché public ne peut être qualifié forcément de contrat administratif du fait de la soumission des parties (personnes publiques ou privées) au Code des marchés publics⁽¹⁾. De plus, une personne publique agissant sur mandat d'une personne privée, ne signifie pas non plus que le marché public revêt un caractère administratif ⁽²⁾.

1. Les marchés soumis au Code des marchés publics

« Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. » Par cet article 2 de la loi dite « Murcef » du 11 décembre 2001, le législateur a tenté de regrouper tous les marchés de fournitures,

de services et de travaux, objets d'incertitude (Cf. Morand-Deville, J., *Cours de droit administratif*, éd. Montchrestien, 10^{ème} édition, 2007, p. 414), dans le contentieux administratif. Par cet article, ce dernier a voulu bâtir "une forteresse" solide de compétences intangibles au profit du juge administratif.

Cependant, cette mesure législative n'a pas empêché de supprimer toutes les incertitudes autour de la qualification des contrats qui sont tantôt administratifs, tantôt privés.

En effet, l'abondante jurisprudence en la matière et les décisions d'annulation pour incompétence d'ordre administratif montrent clairement que la forteresse présumée du juge administratif est véritablement « *assiégée par le juge judiciaire* ». (Expression empruntée à M. Franck Moderne, cité par Morand-Deville, J., *Cours de droit administratif*, éd. Montchrestien, *op.cit.*, p. 414).

Tel est le cas de l'arrêt du 3 juin 2009. Le Conseil d'État a jugé que la simple présence d'une personne publique et l'application des règles de passation d'un contrat de fourniture posées par le Code des marchés publics ne suffisent pas à lui accorder la qualité de contrat administratif. La soumission du marché litigieux aux règles posées par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relatives aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privés non soumises au Code des marchés publics, ne suffit pas non plus à qualifier le contrat d'administratif.

Cette solution est partagée par d'autres décisions jurisprudentielles. En effet, le Tribunal administratif de Versailles a jugé qu'un établissement public, industriel et commercial se soumettant volontairement aux dispositions du Code des marchés publics, ne permet pas de qualifier le contrat d'administratif (TA Versailles, 5 août 2004, *Commissariat à l'énergie atomique (CEA)-Société Sita Ile-de-France*, n° 0403518, AJDA 2005, p. 836). Par ailleurs, la Cour administrative de Douai a rendu une décision, le 22 décembre 2008, par laquelle le juge a considéré « *que le marché passé entre deux sociétés privées (...) est un contrat de droit privé ; que la seule circonstance que son mode de passation et ses conditions d'exécution doivent respecter les garanties prévues en matière de marchés publics ne saurait lui conférer le caractère de contrat administratif (...)* » (CAA Douai, 22 décembre 2008, *Société de secours minière du Pas-de-Calais*, n° 08DA00700). La jurisprudence a confirmé, au travers de ces décisions, que les personnes en question sont dépourvues du critère organique. D'ailleurs, cette position a été initialement prise par le Conseil d'État : en effet, par avis rendu le 29 juillet 2002, la Haute juridiction a souligné que « *les dispositions de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 ne visent pas les marchés conclus, à la seule initiative des parties, selon l'une des procédures prévues par le Code des marchés publics lorsque ces marchés n'entrent pas dans le champ d'application de ce Code* » (Avis CE 29 juillet 2002, *MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 246921).

Quand il définit des contrats administratifs, le législateur exige la nécessaire présence d'une personne publique (article 1^{er} du Code des marchés publics). À travers cette jurisprudence, le juge réaffirme régulièrement l'importance du critère organique, s'agissant des contrats administratifs. Il refuse d'accepter que, sous certaines conditions, les contrats passés par des établissements de droit privé assurant

un service public présentent un caractère administratif (TC 26 juin 1989, *SA Cie générale d'entreprise de chauffage*).

On peut dire que le critère organique est nécessaire pour qualifier un contrat d'administratif. Cependant, il subit quelques atténuations, dont celle résultant de la théorie du mandat.

2. Une application de la théorie du mandat

Selon le Professeur Laurent Richer, « *un contrat signé entre deux personnes privées peut lier une personne privée et une personne publique si un des deux signataires agit comme représentant d'une personne publique. Rien ne s'oppose alors à la qualification comme contrat administratif étant donné qu'à travers le mandataire c'est le mandant qui consent* » (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, éd. LGDJ, 5^e édition, 2006, p. 121). Ainsi, si l'une des parties du contrat de marché public agit pour le compte d'une personne publique, le critère organique est considéré comme satisfait (CE 27 novembre 1987, *Société provençale d'équipement*).

Mais, tel n'est pas le cas en l'espèce : il ne s'agit pas d'un mandat classique où la personne publique mandate une personne privée pour la conclusion d'un contrat, mais plutôt d'un autre mandat que l'on peut qualifier d'« atypique ». En effet, l'OPAC du Rhône a lancé la procédure d'attribution d'un marché de fourniture, non pour son propre compte, mais pour le compte de la S.A. d'HLM Gabriel Rosset, personne morale de droit privé. La situation est donc inversée. La personne publique agit, dans l'espèce, sur mandat d'une personne privée, lequel mandat produit des effets. Si l'on s'inspire de l'approche « privatiste » du mandat, prévue par les articles 1984-1998 du Code civil, les règles régissant le mandant (dans le cas d'espèce, la S.A. d'HLM Rosset) sont applicables au mandataire (OPAC du Rhône). Les actes de ce dernier engagent le mandant S.A. d'HLM Rosset du moment où le mandataire a agi dans les limites de ses pouvoirs (V. L. Richer, *op.cit.*, p. 123 et s.), exactement comme si le marché de fourniture avait été passé par la S.A. d'HLM. Ainsi, le Conseil d'État a jugé « *qu'un tel contrat de fourniture, conclu par une personne publique agissant sur mandat et pour le compte d'une personne privée (...), est un contrat de droit privé* ».

L'expression « *sur mandat et pour le compte de* » est donc, dans cette jurisprudence, prise dans une acception particulière : elle signifie que l'établissement public a agi sur mandat, au lieu et place d'une personne de droit privé qui, à l'arrière-plan de la procédure du marché engagée, a fait conclure le marché. En d'autres termes, l'hypothèse est celle où la personne publique a joué, en fait, le rôle d'un intermédiaire de la personne privée qui a géré son action. De plus, cette expression atténue considérablement le critère organique. Le juge semble utiliser ce vocabulaire afin de justifier que le critère organique n'est pas suffisant pour qualifier un contrat administratif et qu'il convient de lui adjoindre un autre critère, à savoir : le critère matériel.

II. Le critère matériel : un élément décisif pour la détermination des compétences du juge

De par son importance considérable, le juge administratif fait appel au critère organique en priorité. Cependant, la multiplication des intervenants et des rapports a rendu le droit administratif plus compliqué, d'où la nécessité d'examiner le contenu des opérations et marchés en question. De même, le critère matériel pèse d'un poids plus important.

Le juge adopte ainsi une approche plus globale (A) visant à clarifier la nature des rapports. En outre, l'élément de répartition de compétence l'oblige à suivre un certain type de raisonnement par itération (B).

A. Une approche globale

En réalité, le Conseil d'État présente une position nuancée qui prévaut dans la jurisprudence : la compétence n'est pas uniquement fondée sur un critère formel (origine du contrat), mais sur un critère matériel (nature du litige). En d'autres termes, et selon le principe suivant lequel « la compétence suit le fond », la compétence varie selon la nature du contrat engagé. Si le marché conclu résulte d'un contrat de droit privé, la juridiction judiciaire est compétente pour statuer sur le litige.

Cette position jurisprudentielle confirme l'idée plus générale en droit français que le contentieux administratif ne comprend pas tout le contentieux relatif aux contrats administratifs et inversement, absorbe celui de certaines opérations qui émanent d'organismes de droit privé (*CE. 20 décembre 1935 Et. Vezia, Rec., p. 212 ; CE 13 mai 1938, Caisse primaire Aide et Protection, p. 417.*). Autrement dit, le critère adopté par le juge en cas de difficulté sur la compétence, est un critère, essentiellement mais non uniquement, matériel.

Le juge administratif complète et renforce cette position. Outre l'acte lui-même, il choisit de lier la compétence à la nature de l'organisme, partie effective dans le contrat de marché public : dans l'espèce, le marché de fourniture ayant impliqué directement une personne morale de droit privé, à savoir la S.A. d'HLM Gabriel Rosset. La qualité de la personne (personne de droit privé) va entraîner le litige dans la sphère de compétence du juge des personnes de droit privé, à savoir le juge judiciaire.

Dans une affaire similaire, il a été jugé sur le problème de la nature du contrat de marché, que la compétence est celle du juge judiciaire dès lors qu'une personne morale de droit privé a agi pour son propre compte et non pour le compte d'une personne morale de droit public. Ainsi, le marché est un contrat de droit privé (TC, 20 février 2006, n° 3498, *Guy X c/ Bureau d'études techniques BERIM : Juris-data* n° 2006-293398, M.C. Rouault, *JCP A.*, n° 10, 6 mars 2006, act. 178.).

Il serait logique que le juge suprême puisse approfondir ce type de raisonnement et expliquer l'extension des contours du critère organique qui agit, dans le cas d'espèce, dans le sens inverse. Or, il se borne à critiquer et remettre en cause la présomption d'administrativité ainsi que l'attitude du juge des référés du tribunal administratif par laquelle ont été annulés la passation du marché de fourniture et les décisions de l'OPAC relatives à la dévolution du marché.

B. Un raisonnement en faisceau d'indices

L'arrêt OPAC du Rhône n'a fait qu'apporter quelques précisions complémentaires sans modifier l'état de la jurisprudence antérieure. Il est admis qu'un contrat passé entre deux personnes privées puisse être privé lorsqu'il résulte, à partir de plusieurs « *indices* », qu'un des intervenants, même public, a agi pour le compte d'une personne privée, ne permettant pas la réalisation directe d'un service public de logement. On se trouve dans le cas d'un mandat explicite, rendant transparente la personne publique intermédiaire, le véritable contractant étant la personne privée.

Les indices retenus dans l'arrêt du 3 juin 2009 ont été les suivants : la dépendance de la S.A. d'HLM aux services techniques de l'OPAC du Rhône pour la prise en charge de la procédure du marché ; l'existence d'un mandat et d'une action pour satisfaire les besoins propres de la personne privée, d'où le caractère privé du contrat.

Cette jurisprudence rend compte de la situation particulière de la S.A. d'HLM dont le statut privé ne serait qu'un leurre masquant une dépendance technique et des prérogatives concédées à une personne de droit public.

Dans l'espèce, pour déterminer la juridiction compétente, le juge adopte un raisonnement intégrant trois (3) éléments essentiels :

- si le marché public est soumis à l'article 2 de la « loi Murcef », conformément à une interprétation stricte du texte ;
- si une personne publique est impliquée directement dans le contrat de marché public, par référence à un critère organique ;
- enfin, se basant sur un critère matériel, si le contrat est de nature privée ou publique et que la nouvelle conception du « besoin propre » occupe, à côté de la clause exorbitante du droit commun et l'exécution d'un service public, une place de choix. Il n'en demeure pas moins que la priorité est donnée à l'objet du contrat pour qualifier l'accord, impliquant une personne publique.

Enfin, comme l'a noté M. le doyen Olivier Renard-Payen, s'agissant d'une décision relative aux contrats d'entretien, l'arrêt du 3 juin 2009, comme celui de la Cour de cassation du 20 février 2008, présente « *une vertu pédagogique* » pour le juge administratif « *appelé à manier des concepts parfois subtils pour déterminer sa compétence par rapport* » à celle du juge judiciaire. (Cf. Olivier Renard-Payen, « les travaux d'entretien et de réparation sur un immeuble d'habitation par un OPAC ont le caractère de travaux publics, Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2008, n° 06-21.835, *Société Advivo c/ Société Service Pro* », in : *JCP A.*, n° 29, 14 juillet 2008, 2174).

L'équivocation de la notion d'ordres professionnels *

BOUDA Mohand Ouamar, M A "A"
 Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
 Norme Juridique (LARENJ),
 Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
 Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

بودة محند واعمر، أستاذ مساعد "أ"
 مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
 الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé:

La notion d'ordre professionnel renvoie au sens étymologique à l'idée de catégorie, de classe sociale, mais aussi, et de manière très significative, à celle de bon ordre. A l'époque contemporaine, le terme n'a pas perdu cette coloration sociale, mais fondamentalement la notion d'ordre professionnel a une vocation politique et sociale. Au final, les ordres professionnels sont un phénomène récent, et leur notion connaît un regain d'actualité qui témoigne de la vigueur et rend d'autant plus indispensable l'attention qui doit leur être accordée.

Mots clés:

Ordre professionnel - institution privée - régime ordinal - profession libérale
 Qualification - auto-régulation

Idea's equivocation of the professional organizations

Abstract:

The emergence of the idea, or in other words the concept of professional organizations back a long time, therefore the idea affected with it the meaning of well-known religious sciences caste system, as well as the meaning of the social stratification system. This is what gives it a social nature. You can also take the idea that the meaning of the good regulation, or doing regulation originally. But with the passage of time, the concept of professional organizations did not lose its social significance, but its evolution has taken on political and economic dimensions, due to the impact of these conditions on them. Here lies the importance of exposure to try to remove the confusion on the idea of professional organizations.

Key words:

Professional organizations, private organizations, professional activities free, characterization, self-control.

* Article reçu le 16/10/2016, expertisé le 30/10/2016, rendu publiable le 27/11/2016.

ضبابية فكرة المنظمات المهنية

الملخص:

فكرة المنظمات المهنية ليست مفهوما حديثا، بل يعود تاريخها إلى زمن بعيد. إذ تستمد أصولها وجذورها من فكرة الطائفية المعروفة في المجال الديني، وكذا من نظام الطبقات الاجتماعية. أما من الجانب الاصطلاحي فهي فكرة مشتقة من مصطلح التنظيم (حسن التنظيم) باعتبارها تؤطر النشاطات المهنية الحرة.

في الوقت الحالي فكرة المنظمات المهنية لم تفقد طابعها الطائفي والاجتماعي، ولكنها تأثرت بعدة عوامل ومتغيرات سياسية واقتصادية. الأمر الذي أضفى غموضا على مفهوم هذه الفكرة مما يستدعي إعطاء هذه المنظمات الاهتمام اللازم.

الكلمات المفتاحية:

المنظمات المهنية، الهيئات الخاصة، النشاطات المهنية الحرة، التكييف، الضبط الذاتي.

Introduction

Dans les sciences expérimentales, les scientifiques sont surpris par les découvertes qu'ils font. Notamment chez les cosmologistes, où l'univers est une source d'étonnement constamment renouvelé. De même, la curiosité des juristes les amènent en permanence à constater que des notions qui paraissaient stables et bien déterminées connaissent des variations qui invitent à s'interroger.

Tel est le cas de l'organisation professionnelle; un sujet de conversation et un titre de loi⁽¹⁾. Mais tout particulièrement les professions libérales dont l'évolution a été marquée par la mise en place d'ordres professionnels.

Toutefois, la notion d'ordre professionnel semble bien répondre à une des articulations essentielles du réel économique et social. Et l'idée d'une organisation professionnelle devrait se présenter naturellement à l'esprit, en un temps où la perception des rapports entre les professionnels et le public, et la nécessité d'ordonner ces rapports redeviennent de plus en plus nettes⁽²⁾.

Donc, la mise en place d'ordres professionnels ne fut pas le fruit du hasard, mais couronna en réalité une réflexion politique approfondie. Notamment de la résurgence d'une poussée idéologique, qui a incité les professionnels à lutter pour la préservation de l'intégrité des professions libérales, et une meilleure représentation des intérêts professionnels.

Au demeurant, les ordres professionnels ont su retenir l'attention de la doctrine discordante qui ne s'arrête pas à tergiverser sur l'intérêt supposé de l'organisation

ordinaire de certaines professions, et la place qu'il faut accorder aux ordres professionnels dans l'ordre juridique étatique.

En fait, l'interrogation essentielle de notre étude, qui tente d'y contribuer, porte sur l'ambivalence de la notion d'ordre professionnel.

I- Phénoménologie de l'ordre professionnel

La notion d'ordre professionnel a longtemps été sujette à controverse, cela est dû à l'absence d'une véritable définition. Ce qui nous contraint à partir des organisations professionnelles existantes, pour en déduire les éléments fondamentaux de la notion d'ordre professionnel. La notion d'ordre professionnel et les différentes missions exercées par ce dernier paraissent ainsi être étroitement imbriquées, pour s'avérer *de facto* pratiquement indissociables.

A/ Ambiguïté de la notion d'ordre professionnel

L'étymologie de la notion d'ordre renvoie à l'idée de catégorie, de classe sociale, mais aussi, et de manière très significative, à celle de bon ordre, laissant déjà présager de la mission dévolue à un tel type d'organisme. Si l'on se situe dans une perspective historique, les juristes du moyen-âge voyaient dans l'ordre un « groupe social aux contours bien définis » et constituant une « universitas » c'est-à-dire à peu près ce que nous appelons aujourd'hui une personne morale⁽³⁾.

À l'époque contemporaine, le terme n'a pas perdu cette coloration sociale, selon la terminologie Weberienne, les ordres sont ainsi définis comme « *une pluralité d'individus qui, au sein d'un groupement, revendiquent une considération particulière et éventuellement un monopole particulier à leurs conditions* »⁽⁴⁾. Dans cette acception, la notion d'ordre apparaît voisine de celle de corps et elle est suffisamment large pour contenir l'ensemble des situations où il est fait appel à ce terme. On pense en particulier aux ordres professionnels et aux ordres religieux...etc.

Plus spécifiquement au domaine professionnel, la définition de Weber permet, déjà, de faire émerger l'idée de groupement organisé, et de l'envisager comme une série d'ambitions individuelles encadrées par une ambition collective⁽⁵⁾. Mais cette approche ne saurait cependant suffire à définir juridiquement la notion d'ordre professionnel, et les incertitudes qu'elle suscite rejaillissent sur son champ d'application qui est très discuté en doctrine.

Selon la doctrine, l'ordre professionnel était « *l'organisation imposée par l'Etat aux professions monopolistiques qui supposent une qualification intellectuelle de haut niveau, une activité qui peut être exercée libéralement, sans pour autant nécessiter l'acquisition d'un office* »⁽⁶⁾. Mais cette définition ne permet pas de révéler toute la spécificité des professions organisées en ordres par rapport aux activités relevant de la notion, plus large, de profession libérale organisée⁽⁷⁾. Ainsi on va exclure les professions qui ont un lien étroit avec l'autorité publique, tel que les experts comptables et les commissaires aux comptes et les comptables agréés⁽⁸⁾, les géomètres-experts⁽⁹⁾, les commissaires priseurs⁽¹⁰⁾, les syndic-administrateurs, les huissiers⁽¹¹⁾, et les notaires⁽¹²⁾.

Plus précis, Mr. CORNU propose de reconnaître dans l'ordre professionnel « *un organisme de type corporatif institué par la loi au plan national, régional,....., et regroupant obligatoirement les membres de certaines professions libérales qui exerce outre une fonction de représentation, une mission de service public consistant dans la réglementation de la profession et dans la juridiction disciplinaire sur ses membres* »⁽¹³⁾.

Cette définition permet de regrouper l'ensemble des professions que le législateur tant Français qu'algérien a expressément constituées en ordre. D'une manière à ne pas laisser subsister un doute à la nécessité d'inclure parmi les ordres professionnels les professions précitées. Sauf que ces ordres professionnels doivent être distingués des organisations syndicales⁽¹⁴⁾.

B/ L'ordre professionnel: une notion vivante.

Les ordres professionnels sont de création récente même s'ils puisent leurs racines dans les corporations de l'Ancien Régime en France⁽¹⁵⁾. A cette époque, il n'y a effectivement que peu d'activités libres, car le régime royal n'est guère favorable aux métiers inorganisés. Ils n'offrent aucune garantie de compétence, sont libres de leurs rapports avec le public et susceptibles de concurrencer de façon déloyale, les métiers jurés qui sont eux, organisés en corporations⁽¹⁶⁾. Aussi, un nombre de professions actuellement organisées en ordres jouissent-elles déjà d'une organisation de type corporatif⁽¹⁷⁾.

Fondamentalement la notion d'ordre professionnel a une vocation politique et économique, c'est à l'ensemble de cette organisation corporative issue de l'Ancien Régime, que le législateur français a instauré l'organisation ordinaire de certaines professions dites libérales⁽¹⁸⁾.

À l'aube de la Seconde Guerre mondiale, seuls les avocats étaient dotés d'ordres, et les autres professions n'en ne seront finalement qu'à l'instigation du régime de vichy⁽¹⁹⁾. C'est dans une période très trouble de l'histoire de France que les ordres professionnels puisent leur origine, et leur création s'insère en effet dans un mouvement global d'organisation de l'activité économique et industrielle⁽²⁰⁾.

En Algérie, on a assisté à la suppression de certains ordres professionnels existés déjà à l'ère coloniale, et ce, suite à la nature du régime économique de l'époque. Mais au lendemain de l'adoption de la constitution de 1989, plusieurs réformes sont entreprises, qui se traduisent par un repli de l'intervention de l'Etat dans le champ économique et l'adoption des règles nouvelles afin d'assurer le passage d'une économie administrée à une économie de marché⁽²¹⁾. Faut-il aller aussi jusqu'à considérer que, c'est à partir du moment où est apparue la nécessité d'une politique nationale de santé, de la construction, de l'agriculture, et de la justice, d'une manière générale tout ce qui forme le bastion de l'initiative privée, que le législateur a tout à coup décidé de doter les professions directement concernées d'institutions chargées de les organiser⁽²²⁾.

La vivacité de la notion d'ordres professionnels, ne va pas tarder à être porteuse de l'idéologie d'une organisation étatique et politique⁽²³⁾. Et pour trouver une justification à cette organisation, c'est la nécessité d'une véritable cohésion des professions libérales, notamment les professions médicales afin de pouvoir lutter

contre toutes formes de charlatanisme⁽²⁴⁾. Pour cela, les ordres professionnels sont dotés d'une organisation pyramidale, des pouvoirs étendus concernant l'entrée dans la profession et les conditions de son exercice⁽²⁵⁾.

Seul semble par conséquent déroger à ce schéma l'ordre des avocats qui révèle un réel atypisme. Sa spécificité est en fait duale puisqu'elle est à la fois de nature historique, si l'on considère les conditions de sa création notamment en France, et de nature structurelle. Elle est d'abord historique, puisque contrairement aux autres ordres professionnels, celui des avocats n'est pas apparu au moment de la seconde guerre mondiale mais a une existence beaucoup plus ancienne et intrinsèquement liée à la tradition d'indépendance de la profession d'avocat⁽²⁶⁾. Par ailleurs, l'atypisme de l'ordre des avocats se confirme lorsque l'on observe sa structure. Ainsi à la différence des autres ordres qui disposent de structures locales et d'une structure nationale, l'ordre des avocats n'est organisé que localement, en l'absence de l'ordre national des avocats⁽²⁷⁾.

Au final, les ordres professionnels sont un phénomène récent, et leur notion connaît un regain d'actualité qui témoigne de la vigueur et rend d'autant plus indispensable l'attention qui doit leur être accordée.

II- Le régime ordinal et l'ordre professionnel

L'évolution et les exigences de la société contemporaine, ont poussé les professions soucieuses de chercher à défendre leur intégrité, par une éventuelle harmonisation de l'organisation professionnelle, pour atteindre une stabilité et l'adaptabilité, et cela par le recours à la théorie de l'institution pour mieux cerner la notion d'ordre professionnel.

A/ L'approche institutionnelle du régime ordinal

L'évolution récente de la notion d'ordre professionnel, suite à de vagues réformes venues affecter le pan du droit administratif, dans le but de renforcer l'intérêt qui doit lui être porté, suscite beaucoup de problématiques, tel que l'existence même des ordres professionnels qui a été largement controversée⁽²⁸⁾. De même, la nécessité de prendre en compte les évolutions de la société et les exigences nouvelles qu'elles impriment aux conditions d'exercices des diverses professions dite libérales.

L'originalité de la notion d'ordre professionnel, et l'étendue des pouvoirs qui sont conférés aux corps professionnels, invitent naturellement à vouloir en saisir la nature profonde de ce type d'organisme. Comme le souligne M. SAVATIER lorsqu'il précise " *tenté, par le souci de symétrie, de voir dans la corporation une société construite sur le même type que la société étatique et d'y rechercher les différentes fonctions étatiques qu'on a l'habitude de distinguer dans celle-ci.*"⁽²⁹⁾ dans cet esprit, le rapprochement ne saurait cependant masquer la spécificité du modèle ordinal dont la réalité complexe ne peut se révéler que par la théorie institutionnelle.

S'agissant de la théorie institutionnelle telle que développée par M. HAURIOU, elle s'intéresse aux institutions⁽³⁰⁾. L'auteur distingue en réalité deux types d'institutions, celles qui se personnifient et celles qui ne se personnifient pas. Les premières correspondent aux "institutions personnes" ou corporatives et jouissent d'une autonomie interne qui leur permet de poursuivre leur but par elles-mêmes et de

s'acquitter de leurs fonctions. Les secondes regroupent ce que M. HAURIOU qualifie confusément "institutions choses" parmi lesquelles il range notamment les règles de droit⁽³¹⁾.

Dans cette perspective, l'institution est considérée comme l'expression juridique d'un groupe social déterminé comme le précise M. HAURIOU lorsqu'il écrit: "*tout arrangement permanent par lequel à l'intérieur d'un groupement social déterminé, des organes disposant d'un pouvoir de domination sont mis au service des buts intéressant le groupe, par une activité coordonnée à celle du groupe*"⁽³²⁾.

Donc une définition ternaire qui semble devoir s'imposer, puisque de l'institution corporative (que semble constituer l'organisation ordinale selon M. HAURIOU) se dégagent trois éléments; l'idée d'œuvre à réaliser par l'intermédiaire du groupe social d'une part, le pouvoir d'organiser mis au service de celle-ci d'autre part, les manifestations de communion qui se réalisent dans le groupe⁽³³⁾.

Enfin, l'institution se présente tant comme la représentation sociologique d'un phénomène juridique que comme la forme juridique d'un fait social. Selon M. HAURIOU l'institution se caractérise en premier lieu par un lien social qui unit ses membres et les fait concourir au même but, et insiste jusqu'à suggérer que le pouvoir et les organes par lesquels ils s'expriment sont en quelque sorte subordonnés à l'idée, ils existent à travers elle et pour mieux tendre à sa réalisation⁽³⁴⁾.

Les ordres professionnels semblent, en outre, posséder les caractères de la corporation, au nombre desquels M. BONNARD mentionne: "*un pouvoir réglementaire pour formuler son droit, un pouvoir administratif pour accomplir les actes juridiques et matériels en exécution de ce droit, et un pouvoir juridictionnel à l'égard des situations contentieuses nées de ce droit, et en particulier un pouvoir disciplinaire pour maintenir par voie répressive le bon ordre dans la corporation*"⁽³⁵⁾.

Actuellement, il est difficile d'affirmer que les ordres professionnels présentent les aspects du régime corporatif. Si cela était possible à l'époque de leurs créations en France, c'est que les ordres à cette époque fessaient partie d'un système général du gouvernement apparentant à la corporation. Puisque les marques les plus saillantes du régime autoritaire qui les avait instaurés ont été de suite effacées, passant ainsi d'un corporatisme autoritaire à un corporatisme quasi-démocratique⁽³⁶⁾.

À cet égard, L'ordre professionnel est constitué à la demande des professionnels pour assainir et protéger la profession, et vient s'ajouter aux nombreuses institutions déjà existantes (Associations, syndicats, entreprises privées, collectivités publiques...), naturellement, ce maillage institutionnel se traduit par l'entrecroisement de ces multiples sources d'influence⁽³⁷⁾.

B/ L'ordre professionnel: une institution ordinale.

L'ordre professionnel s'insère difficilement dans l'ordre juridique général, il est effectivement incontestable que l'ordre réunit les traits essentiels d'une institution, sans autant faire recours à une autorité. Vu l'absence de la personnalité morale unique de l'organisation ordinale, et la multiplicité des institutions, qui tient à la diversité de leurs missions et à l'extrême variété de leurs modalités d'organisation. Les clivages sont par la suite très nombreux et s'établissent notamment entre institutions privées et

publiques, ou entre institutions étatiques et extra étatiques, pour finalement englober les groupements les plus divers⁽³⁸⁾.

L'autorité de l'ordre professionnel est assise sur un groupe déterminé (les membres de la profession organisée) et la mission qui prédomine reste de garantir l'honneur de cette profession. Donc l'ordre professionnel est assigné à la tâche de défendre la profession, vis -à- vis de l'extérieur, l'image de la profession⁽³⁹⁾. Et pour cela le groupe organisé trouve une réelle cohésion autour de l'idée que discipliner la profession est impératif.

Cela est une propension naturelle à l'organisation ordinale, puisque les membres exerçant une même profession sont naturellement désireux de maintenir le prestige et la confiance qui s'attache à leurs fonctions. Le souci de préserver une image de dignité et de conscience professionnelles conduit très logiquement la profession libérale à s'organiser, pour écarter ceux dont les pratiques pourraient compromettre la considération dont elle bénéficie⁽⁴⁰⁾. Donc, il faut voir, là, la tendance naturelle à une démarche institutionnelle qui répond à deux motivations corrélatives. Il s'agit d'abord d'établir un filtre à l'entrer dans la profession, afin de maintenir l'étiage moral et la renommée de la profession. Pour imposer ensuite le respect d'une déontologie dans les conditions d'exercice de la profession.

À défaut de professionnels à encadrer, la fonction à sauvegarder, les devoirs d'état à prescrire et à sanctionner, il ya, certes, des intérêts communs à défendre. L'ordre professionnel semble incarner l'organisation de la profession en vue de la fonction, plutôt qu'en vue de l'intérêt des professionnels eux-mêmes. Une telle finalité participe à l'émergence d'une identité corporative, qui doit être reconnue au groupe professionnel ordinal. L'idée de corporation est porteuse généralement d'une connotation négative, puisque le qualificatif de corporatif s'applique, *lato sensu*, à tout ce qui est relatif à l'intérêt d'un corps de métier et à l'esprit d'une profession ou d'une catégorie professionnelle⁽⁴¹⁾.

Des lors l'ordre est une Institution corporative, mais institution corporative particulière assurément, puisque les intérêts qu'elle se propose de défendre sont non pas économiques ou sociaux, mais essentiellement moraux.

Dans ce but, l'ordre professionnel doit être doté d'une structure hiérarchisée et cohérente, tout en bénéficiant de compétences étendues qui marient un pouvoir normatif, disciplinaire et représentatif.

S'agissant, du pouvoir normatif qui intervient notamment lorsque les ordres professionnels s'impliquent plus expressément aux normes réglementaires⁽⁴²⁾, ce pouvoir semble contenir une irréductible antinomie, une dichotomie au niveau du concept⁽⁴³⁾. Le pouvoir réglementaire peut être présenté comme celui que détiennent certaines autorités administratives d'édicter ou de participer à l'édiction des mesures à portée générale et impersonnelle.

Reconnaître le pouvoir d'édicte des normes règlementaires aux ordres professionnels qui s'impose à tous les professionnels est l'un des moyens essentiels de leurs actions. Ce pouvoir existe sous les deux formes traditionnelles, selon que la mesure s'adresse aux professionnels ou qu'elle vise à organiser les services de l'ordre lui-même.

Le pouvoir disciplinaire tient sa singularité de la nature du groupe institutionnel constitué par les membres de chaque profession organisée en ordre. Le fait qu'ils appartiennent généralement à une profession libérale suppose logiquement une organisation égalitaire, pour ne pas entraver l'indépendance de ces professions, mais assez forte pour que le mode d'exercice permette d'imposer une discipline commune⁽⁴⁴⁾. L'ordre professionnel dans ce cas-là, est le représentant de la volonté générale et unifiée des membres de celle-ci. Ce privilège tient à l'un des caractères essentiels de l'organisation ordinale: l'adhésion obligatoire. Puisque discipliner une profession suppose que l'ordre ait les moyens nécessaires pour pouvoir étendre son emprise à l'ensemble des membres de la profession.

Quant au rôle représentatif de l'ordre professionnel, il ne peut s'agir que de représenter la profession et non les professionnels. Contrairement au syndicat, l'ordre professionnel est orienté vers la défense des intérêts moraux et déontologiques de la profession. Alors que le syndicat est essentiellement dirigé vers la défense des intérêts matériels des professionnels et la revendication de leurs droits⁽⁴⁵⁾.

Enfin, l'ordre professionnel demeure le gardien de la déontologie professionnelle. Comme disait un auteur, l'organisation ordinale est la police de la profession malgré l'insuffisance de la notion de police de la profession à rendre compte de l'activité ordinale. Certes, les ordres exercent une mission de police administrative par le contrôle des professionnels, avant même toute infraction aux règles déontologiques, mais la mission qu'ils exercent à l'encontre des contrevenants ne saurait s'assimiler à de la simple police judiciaire⁽⁴⁶⁾. Les ordres ont également une mission juridictionnelle incontestable⁽⁴⁷⁾.

Conclusion

L'ordre professionnel est un organisme propre à un groupe déterminé, qui dispose d'une structure élaborée et de compétences qui lui assurent un large pouvoir de domination afin de maintenir la moralité professionnelle. C'est le prétexte de dire que l'ordre professionnel présente les aspects fondamentaux d'une institution.

Mais, l'affirmation d'une qualification institutionnelle à l'ordre professionnel serait considérablement relativisée, si elle n'était pas reconnue par l'ordre étatique et soumise à celui-ci. Comme le souligne opportunément M. CHEVALIER " *tout système est (...) à la fois et nécessairement ouvert, dans la mesure où il s'insère dans un environnement, et fermé, dans la mesure où il s'en détache par la constitution d'une identité spécifique*⁽⁴⁸⁾". Dans ce cas-là, l'ordre lui-même est sujet à cette ambivalence, toutefois l'ordre est pourvu d'une identité propre et jouit dans ce cadre des prérogatives étendues qui lui procurent une relative liberté d'auto-organisation, mais sans pouvoir faire abstraction de la sphère étatique.

La notion d'ordre professionnel a permis l'émergence d'une nouvelle normativité sociale, afin de substituer à la normativité étatique traditionnelle. On parle de la normativité dialoguée, qui se manifeste à travers l'ampleur des compétences des ordres professionnels, qui sont tout à la fois normatives, disciplinaires, et représentatives. Sans vouloir affirmer que l'ordre professionnel est maître de son ordre juridique, mais il reçoit de l'institution étatique une partie des règles qui le

régissent. Dans cette optique, l'institution étatique n'a fait qu'exploiter l'aptitude naturelle des professions libérales à s'organiser.

Notes.

(1) Voir, CULMANN H., *La nouvelle organisation professionnelle*, collection "Que sais-je", édition spéciale, N° 27, 1941, p. 05.

(2) Voir, CULMANN H., *La nouvelle organisation professionnelle*, op.cit, p 08.

(3) Voir, OLIVIER-MARTIN François, *Les ordres, les pays, les villes, et communautés d'habitants*, édition Loysel, 1988, p.12.

(4) Voir, WEBER Max, *Les ordres, Economie et société*, édition Plon, Paris, 1971, p.314.

(5) Voir sur la genèse de l'institutionnalisation, BURDEAU Georges, *L'Etat*, édition du Seuil, 1970, p.29 et suiv.

(6) Voir, LASCOMBE Michel, *Les ordres professionnels*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit public, université de Strasbourg III, octobre 1987, P 06.

(7) Les professions libérales regroupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant. Voir l'article 29 de la loi française n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, in www.legifrance.fr

(8) Loi n° 10-01, du 29 juin 2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé, *JORA*, N° 42, du 11 juillet 2010, modifiée et complétée par:

Loi n° 12-12 du 26 décembre 2012 portant loi de finances pour 2013, *JORA* n° 72 du 30 décembre 2012.

Loi n° 13-08 du 30 décembre 2013 portant loi de finances pour 2014, *JORA* n° 68 du 31 décembre 2013.

Loi n° 15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finances pour 2016, *JORA*, n°72 du 31 décembre 2015.

(9) Voir, Ordonnance N° 95-08 du 01 février 1995, relative à la profession de géomètre- expert foncier, *JORA*, n° 20 du 16 avril 1995.

(10) Voir, Loi n° 16-17 du 03 août 2016 portant organisation de la profession de commissaire-priseur, *JORA* n° 46 du 03 août 2016.

(11) Loi n°06-03, du 20 février 2006 portant organisation de la profession d'huissier de justice, *JO*, N° 14, du 08 mars 2006.

(12) Loi n° 06-02, du 20 février 2006 portant organisation de la profession de notaire, *JORA*, N° 14, du 08 mars 2006.

(13) Voir CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 5^{ème} édition, Paris, 1996, p. 577.

(14) Voir, ZOUAÏMIA R., *La délégation de service public au profit de personnes privées*, édition Belkeise, Alger, 2012, p 20 et 21.

(15) LASCOMBE M., *Les ordres professionnels*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit public, op.cit, p.15.

(16) en fait, l'ordre professionnel, est la traduction pour les professions libérales des organisations corporatistes des autres professions, fait partie de cette politique d'ensemble souhaité par le régime de Vichy. Voir, LASCOMBE M., *Les ordres professionnels*, op.cit, p. 20 et s.

(17) BIAYS Philippe, *La fonction disciplinaire des ordres professionnels*, Thèse pour le doctorat en Droit, Faculté de droit, université de Rennes, 1949, p.18.

(18) les ordres professionnels sous le gouvernement de vichy portent l'empreinte d'un régime autoritaire, d'une part les membres dirigeants sont nommés par l'autorité administrative, d'autre part, la création des ordres professionnels s'accompagne de la dissolution arbitraire des syndicats, et la tutelle des pouvoirs publics est omniprésente pour mieux confirmer le choix d'une politique

clairement dirigiste. donc les ordres vont constituer, à coté de l'administration elle-même le moyen pour le régime de Vichy d'asseoir sa politique, qualifier par un auteur de xénophobe et antisémite à travers un strict contrôle de l'accès aux professions libérales organisées. Voir, BADINTER R., *Un antisémitisme ordinaire - Vichy et les avocats juifs*, édition Fayard, 1997, p. 143.

⁽¹⁹⁾ cf., ALBERT N., *L'institution ordinale*, Thèse pour le doctorat en droit public, université de Tours, 1998, p. 12 et s.

⁽²⁰⁾ Voir, OLIVIER-MARTIN François, op.cit, P 366.

⁽²¹⁾ Voir, ZOUAÏMIA R., *Les autorités de régulation indépendantes - face aux exigences de la gouvernance*, édition Belkeise, Alger, 2013, p.05.

⁽²²⁾ Voir dans ce contexte, GUIBAL M., *L'ordre professionnel*, Thèse pour obtention de doctorat d'Etat en droit public, université de Montpellier, 1970, p.05.

⁽²³⁾ Voir, GOBE Éric, *Corporatismes, syndicalisme et dépolitisation*, éd. Armand Colin, Paris, 2006, p.185.

⁽²⁴⁾ Voir, Loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé, *JORA* n°08 du 17 février 1985, Modifiée et complétée loi n° 90-17 du 13 juillet 1990, *JORA* n° 35 du 15 août 1990, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-07 du 15 juillet 2006, *JORA* n°47 du 19 juillet 2006, modifiée et complétée par loi n° 08-13 du 20 juillet 2008, *JORA* n° 44 du 03 juillet 2008.

⁽²⁵⁾ Voir, Décret exécutif n° 92-276, du 06 juillet 1992, portant code de déontologie médicale, J.O., N° 52, du 08 juillet 1992.

⁽²⁶⁾ Voir dans ce contexte, DELAHOUSSE J., *L'inscription et la discipline dans les ordres professionnels*, Thèse pour obtention de doctorat d'Etat en droit public, université de Lille, 1959, p.03 et suiv.

⁽²⁷⁾ Voir, La loi 13-07, du 29 octobre 2013, portant la réglementation de la profession d'avocat, J.O., N° 55, du 30 octobre 2013.

⁽²⁸⁾ DUBOIS L., *L'ordre des médecins à nouveau en question*, in *Ecrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, P.U.F, Paris, 1992, p.191 et suiv.

⁽²⁹⁾ BIAYS Philippe, *La fonction disciplinaire des ordres professionnels*, op.cit, P20.

⁽³⁰⁾ Dans la théorie institutionnelle déjà utilisée en sociologie dont elle est par la suite devenue l'un des concepts centraux, la notion d'institution a, s'agissant de la théorie juridique, trouvé son chantre en la personne de M. HAURIOU, Voir, HAURIOU M., *Précis du droit administratif et de droit public général*, 6^{ème} édition, Sirey, 1907.

⁽³¹⁾ Voir, HAURIOU M., *Précis du droit administratif et de droit public général*, 6^{ème} édition, Sirey, 1907.

⁽³²⁾ Voir, MICHOU L., *La théorie de la personne morale et son application au droit français*, *L.G.D.J*, 3^{ème} édition, 1932, p.116.

⁽³³⁾ Voir, BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, Tome II, Thèse pour le doctorat d'Etats en droit, université de droit ,d'économie et de sciences sociales de paris (Panthéon Assas) paris II, 1991, p.33.

⁽³⁴⁾ Voir, MICHOU L., *La théorie de la personne morale et son application au droit français*, op.cit, p.118.

⁽³⁵⁾ Selon les termes retenus par, LINOTTE D., MESTRE A., *Services publics et droit public économique*, 3^{ème} édition, Litec, Paris, 1995, p. 279.

⁽³⁶⁾ Voir, BIAYS Philippe, *La fonction disciplinaire des ordres professionnels*, op.cit, p 40.

⁽³⁷⁾ Voir, GODECHOT J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, PUF, 2^{ème} édition, 1968, p. 214.

⁽³⁸⁾ cf., PONTIER Jean-Marie, «La personnalité publique, notion anisotrope», *RFDA*, 2007, p. 979-992.

⁽³⁹⁾ La question de la légitimité du pouvoir normatif des ordres professionnels est systématiquement posée. puisque comment peut-on admettre que le pouvoir normatif exercé par une autorité publique échappe à tout contrôle hiérarchique? et comment peut-on confier un pouvoir réglementaire à une autorité irresponsable politiquement alors que l'exécutif exerce le pouvoir réglementaire parce qu'il

est responsable politiquement. Voir dans ce contexte, HAQUET Arnaud, Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes Réflexions sur son objet et sa légitimité, p 2 et 3. in <https://www.lextenso.com/lextenso/ud/urn%3ARDP2008393>.

⁽⁴⁰⁾ cf., BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, op.cit, p. 40.

⁽⁴¹⁾ PARROT Jean-Philippe, *La représentation des intérêts dans le mouvement des idées politiques*, P.U.F, 1974, p. 36.

⁽⁴²⁾ Voir, BERNARD Alain, «Le pouvoir réglementaire du Conseil national des barreaux et les réseaux pluridisciplinaires». Recueil DALLOZ, N° 10, 2005, p. 673 et s.

⁽⁴³⁾ Voir, DEGOFFE Michel, « Pouvoir disciplinaire des fédérations sportives : un pouvoir non juridictionnel car insuffisamment organisé », Répertoire de contentieux administratif, DALLOZ, février 2002 (date de la dernière mise à jour : octobre 2013).

⁽⁴⁴⁾ Voir, AUBRY Hélène, Règles déontologiques et loi, revue de la recherche juridique, Droit prospectif, presses universitaires d'Aix-Marseille, n°03, 2011, p. 1105 et suiv.

⁽⁴⁵⁾ Voir, LASCOMBE Michel, « Les ordres professionnels », *AJDA*, N°12, 1994, p. 855.

⁽⁴⁶⁾ cf., DEBONO Anne-Laure, «La nature des pouvoirs du bâtonnier», *AJDA*, 2007 p. 645 et s.

⁽⁴⁷⁾ Voir, LASCOMBE Michel, «Les ordres professionnels», op.cit, p. 856 et s.

⁽⁴⁸⁾ CHEVALIER J., *L'ordre juridique*, PUF, 1983, p.07.

L'étendue de la liberté de communication audiovisuelle en Algérie *

AIT ELDJOUDI Mourad, Doctorant
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

أيت الجودي موراد ، طالب دكتوراه
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

L'activité audiovisuelle constitue l'un des domaines d'application du principe de la liberté de communication. La consécration de ce principe signifie la fin du régime du monopole étatique. Toutefois, le seul moyen d'exercer cette liberté est la création d'une entreprise de radio ou de télévision. La communication audiovisuelle est confrontée à un ensemble de restrictions pour des raisons techniques et économiques notamment, et ce malgré l'ouverture du secteur par les textes à l'initiative privée. Si tous les pays ont apporté des limites à la liberté de communication audiovisuelle, l'Algérie se distingue par un régime encore plus restrictif, plus proche du régime du monopole. L'institution d'une autorité de régulation dite « *indépendante* » ne peut empêcher l'ingérence du pouvoir exécutif qui reste « *le régulateur* » principal de cette activité.

Mots clés :

Liberté de communication, audiovisuel, pluralisme, régulation, service public.

The scope of communication audiovisual freedom of in Algeria

Abstract:

The audiovisual activity is regarded of one area of the application of the principle of the communication freedom.

Although, The consecration of this principle means the end of the state monopoly regime. but, the only way to exercise this freedom is creation of a radio or television company. Audiovisual communication is confronted a set of restrictions for technical and economic reasons in particular, despite the opening of the sector by the texts to private initiative. If all countries brought limits to freedom of audiovisual communication, Algeria is characterized by an even more restrictive regime, closer to the monopoly system. The establishment of a regulatory authority called "independent" cannot prevent the intervention of the executive power who remains the principal "regulator" of this activity.

Key words:

Freedom of communication, audiovisual, pluralism, regulation, public service.

* Article reçu le 30/06/2016, expertisé le 02/10/2016, rendu publiable le 27/11/2016.

نطاق حرية الإتصال السمعي البصري في الجزائر

الملخص:

يعتبر نشاط السمعي البصري من بين مجالات تطبيق مبدأ حرية الإتصال التي تتطلب ممارستها إنشاء مؤسسة للإذاعة أو التلفزيون. وإن كان تكريس هذا المبدأ يعني وضع حد لنظام الإحتكار من طرف الدولة، فقطاع السمعي البصري يبقى يخضع لمجموعة من القيود. يعود فرض هذه القيود لأسباب إقتصادية وتقنية على وجه الخصوص. وإن كانت كل الدول وضعت حدود لحرية الإتصال السمعي البصري، فالجزائر تتميز بتبني نظام مقيد بشكل مفرط الذي يميل إلى نظام الإحتكار. فإنشاء سلطة الضبط لا يمنع من تدخل السلطة التنفيذية التي تبقى الهيئة الضابطة الأساسية.

الكلمات المفتاحية:

حرية الاتصال، السمعي البصري، التعددية، الضبط، الخدمة العمومية.

Introduction

La communication audiovisuelle est devenue, au même titre que la presse écrite, un attribut essentiel pour toute personne en ce qu'il est un instrument courant de la liberté d'expression. Toutefois, les statuts juridiques de l'un et de l'autre sont fondamentalement différents, tant l'activité audiovisuelle présente des caractéristiques intrinsèques.

L'article 2/7 de la loi 14-04 définit la communication audiovisuelle comme étant : «*Toute communication au public de services de diffusion sonore ou télévisuelle, par voie hertzienne, par câble, ou par satellite, quelles que soient les modalités de diffusion* ». La communication audiovisuelle s'étend à l'ensemble des activités qui par quelque moyen que ce soit contribuent à rendre public des faits, des données ou des idées. De ce fait, elle se distingue de la correspondance privée qui n'opère qu'entre deux interlocuteurs ou un groupe de personnes déterminé, comme c'est le cas des télécommunications.

En Algérie, la communication audiovisuelle est depuis l'indépendance clouée sous l'empire du monopole d'Etat qui constituait un obstacle majeur à l'exercice démocratique. Toutefois, les années 2010 ont été marquées par des mutations sur le plan juridique dans le secteur de l'information en général et de l'audiovisuel en particulier, avec l'adoption en 2012 de la loi relative à l'information⁽¹⁾ et en 2014 de la loi relative à l'activité audiovisuelle⁽²⁾. On assiste ainsi à la fin du régime du monopole et le début d'un processus de libéralisation de l'activité audiovisuelle. Cette libéralisation a fait apparaître les principes de liberté d'expression et de communication. La notion de «*liberté*» est cependant délicate et ambiguë en raison

des restrictions qui lui sont apportées, et la nécessité de la concilier avec d'autres droits. Cette conciliation est complexe d'autant que le législateur se doit de trouver un compromis entre la dimension économique de la communication audiovisuelle qui impose de consacrer le principe de la liberté d'entreprendre et sa dimension sociale qui revendique une protection du public et des principes de l'intérêt général qui risqueraient d'être entravés par l'exercice absolu de cette liberté. Un certain équilibre devait être établi entre les deux pôles : libertés et intérêt général.

Dans le cadre de notre étude, il s'agit de mettre la lumière sur le degré de la consécration de la liberté de communication dans le secteur de la communication audiovisuelle, en traitant d'une part, l'émergence du principe de liberté de communication (I), et les restrictions qui lui sont imposées (II)

I- La consécration du principe de la liberté de communication audiovisuelle

Dans cette partie, nous chercherons les fondements textuels de la reconnaissance de la liberté de communication audiovisuelle (1), et ensuite les garanties de sa mise en œuvre (2)

1- La reconnaissance du principe dans les textes de loi

Les textes législatifs relatifs aux activités de l'information reconnaissent le principe de liberté (b), cette reconnaissance se trouve renforcée par les textes de la constitution qui élèveraient ainsi le principe de la liberté de communication au rang d'une liberté fondamentale (a).

a- Le caractère fondamental attaché au principe de la liberté de communication

La doctrine s'accorde à intégrer la liberté de communication audiovisuelle dans le sillage des libertés fondamentales qui sont protégées par des normes constitutionnelles et internationales. Le caractère fondamental d'un principe est donc lié à sa reconnaissance par la constitution et les traités internationaux⁽³⁾.

S'agissant de la reconnaissance constitutionnelle, on peut distinguer entre deux étapes : celle de la reconnaissance implicite et la reconnaissance explicite. Cette dernière était l'un des apports décisifs de la nouvelle révision constitutionnelle de 2016. Si auparavant, la constitution algérienne garantissait les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen, ainsi que la liberté d'opinion, la liberté de communication audiovisuelle, bien qu'elle soit conçue le plus souvent comme l'une des composantes essentielles de la liberté d'expression, ne bénéficiait pourtant que d'un fondement constitutionnel implicite. En effet, à la lecture des anciens textes de la loi suprême, on constate que le constituant algérien n'a pas consacré de façon expresse cette liberté. Toutefois, le motif de ce silence de la constitution à propos de l'audiovisuel peut paraître évident, puisque ce mode de communication était encore sous monopole étatique lors de l'adoption de la constitution en 1996⁽⁴⁾. De plus, les textes constitutionnels qui posent les principes à respecter en matière de libertés fondamentales sont unanimes à renvoyer à la loi le soin de définir leurs contenus et de déterminer leurs contours. Le Conseil constitutionnel algérien a confirmé la compétence législative dans ce domaine par une décision du 28 octobre 1991⁽⁵⁾. Par cette décision, il s'est abstenu de toute intervention dans la définition des modalités d'exercice des libertés et droits fondamentaux, une compétence qui relève du

législateur : « *Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil Constitutionnel de s'immiscer dans la définition des modalités légales d'exercice des libertés et droits fondamentaux des citoyens, mais qu'il lui revient en propre de veiller à la conformité de ces modalités légales aux normes constitutionnelles* ».

Il a donc fallu attendre l'année 2016 et cette révision constitutionnelle pour voir enfin le principe de liberté étendu expressément aux activités audiovisuelles. En effet, l'article 50 de la constitution dispose que : « *La liberté de presse écrite, audiovisuelle et sur les réseaux d'information est garantie. Elle n'est restreinte par aucune forme de censure préalable ...* »⁽⁶⁾. Même si le constituant ne fait aucune référence au destinataire de cette liberté, on ne peut que considérer que cet amendement est une progression significative dans l'environnement juridique des médias. Cet article confère une assise textuelle à la liberté de communication audiovisuelle qui bénéficie désormais du statut de liberté fondamentale consacrée par la constitution.

S'agissant de la reconnaissance internationale, la déclaration universelle des Droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 constitue le premier texte codifiant les libertés publiques et individuelles notamment celles de l'information et de la communication. Si l'ensemble des trente articles de ce texte concerne principalement les libertés publiques, l'article 19 de cette déclaration nous renvoie à la liberté de l'information. Cet article dispose que « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.* »

D'autres pactes internationaux également ratifiés par l'Algérie ont proclamé les droits des peuples à l'information par quelques moyens que ce soit, on peut citer dans ce sens : Le Pacte International relatif aux Droits civils et politiques (PIDCP, 1966)⁽⁷⁾, et La charte africaine des Droits de l'homme et des peuples (CDHP, 1981)⁽⁸⁾.

A la lecture de ces textes nationaux et internationaux précités, on remarque que la notion « *liberté de communication* » n'est pas évoquée, ils lui préfèrent la notion de « *liberté d'expression* ». Toutefois, même si les avis divergent sur la question de savoir lequel de ces deux termes englobe l'autre, on ne peut que considérer que la liberté de communication audiovisuelle constitue une forme de liberté d'expression. Evidemment, il y a une nette corrélation entre les deux notions, car les libertés fondamentales comme la liberté d'opinion et d'expression reconnues constitutionnellement doivent être interprétées dans une acception large qui englobe toutes les expressions, que ce soit par la parole, l'écrit ou l'image⁽⁹⁾.

b-La consécration législative du principe de liberté de communication

Si les textes de la constitution laissent entretenir des ambiguïtés quant à leur reconnaissance de la liberté de communication audiovisuelle, tel n'est pas le cas du texte législatif relatif à l'activité audiovisuelle. L'adoption de la loi organique n°12-05 marque ainsi la fin d'un monopole qui a trop duré et la consécration tardive de la liberté d'exercice de l'activité audiovisuelle. La loi précitée dispose que : « *L'information est une activité librement exercée...* »⁽¹⁰⁾. La rédaction de ce texte ne nous laisse aucun doute sur le fait que l'activité de l'information englobe la

communication audiovisuelle, et ce, en vertu de l'article 3 de la même loi qui a donné une définition aux activités d'information⁽¹¹⁾. Dans la même optique la loi n°14-04 dispose que : « *l'activité audiovisuelle est libre ...* »⁽¹²⁾. La liberté de l'activité audiovisuelle doit être comprise ici au sens large, elle concerne tant le droit de la diffusion de l'information par le biais de la création d'une entreprise de communication audiovisuelle, que celui du droit de recevoir l'information par le public. Ces deux textes de loi constituent une avancée remarquable vers la mise en œuvre du principe de la liberté de la communication.

2-La mise en œuvre du principe de liberté de communication audiovisuelle

L'analyse de la question liée aux droits et libertés publiques ne peut être entreprise sans aborder la problématique de la nature de certains régimes. L'idée communément admise est que, s'il existe des régimes qui violent ces droits, il y a forcément autoritarisme⁽¹³⁾. Pour remédier à cette anomalie, certains Etats démocratiques ont mis en place des organes administratifs dits « *indépendants* », susceptibles d'assurer la protection de ces libertés loin de toute pression des pouvoirs politiques. Qu'en est-il de l'autorité de régulation de l'audiovisuel algérien ? Si la consécration du principe de liberté de communication met fin au régime du monopole (a), l'institution d'une autorité de régulation est censée protéger et réguler cette liberté (b). Une liberté qui ne peut être garantie que par l'adoption de certaines règles (c).

a- Une liberté qui abolit le régime du monopole étatique

En Algérie, la radio et la télévision étaient gérées depuis l'indépendance du pays sous la forme d'un monopole étatique, et cela s'est justifié par le fait qu'il s'agissait d'un service public déterminant pour le développement, la promotion de l'unité ainsi que pour la culture et l'identité nationale⁽¹⁴⁾. Toutefois, la mainmise exercée par les pouvoirs en place sur l'audiovisuel était un obstacle majeur à l'exercice démocratique.

La diffusion des informations et des idées relevaient du seul ressort de l'établissement public de radiotélévision, du fait de sa jouissance en exclusivité des moyens et des techniques de diffusion. C'est ainsi que la Radio Télévision Algérienne (RTA) s'est vu attribuer dans son ordonnance constitutive du 9 novembre 1967 : « *le monopole de la diffusion radiophonique et télévisée sur tout le territoire national ...* »⁽¹⁵⁾. Dès le premier article du code de l'information adopté par l'assemblée nationale en février 1982, les rédacteurs disposaient : « *L'information est un domaine de souveraineté nationale* »⁽¹⁶⁾. Par le terme information, ils entendaient ici le sens large, c'est-à-dire les activités des médias, tant écrits qu'audiovisuels.

Ainsi, l'entreprise nationale de télévision (ENTV) était l'unique chaîne nationale pendant de longues décennies qui regroupe en son sein les activités de production et de diffusion des émissions. Aucune société de programme de droit privé n'existait et ce malgré le décret signé le 1^{er} avril 1992, par le premier ministre de l'époque qui permettait l'investissement privé dans le secteur audiovisuel et reconnaissait la libéralisation des ondes et des faisceaux hertziens⁽¹⁷⁾. Cette libéralisation était inscrite dans la lignée de la loi de 1990 relative à l'information⁽¹⁸⁾ qui avait déjà prévu la privatisation de l'activité audiovisuelle et son ouverture à la concurrence, mais qui est

restée inefficace et par la suite abrogée à cause des problèmes politiques et sécuritaires qui régnaient dans le pays à l'époque.

Cette monopolisation prolongée, justifiée pour des motifs sécuritaires et politiques ne pouvait durer éternellement. A partir des années 2000, une série de mesures interviennent pour combler les insuffisances constatées. Dans le cadre du processus d'adhésion en cours à l'Organisation Mondiale du Commerce, les autorités algériennes se sont engagées à conduire des réformes structurelles et institutionnelles et notamment à instaurer un régime de concurrence et d'une mission de service public audiovisuel⁽¹⁹⁾. Ces réformes engagées sont concrétisées sur le plan juridique avec la promulgation de la nouvelle loi organique sur l'information, une loi qui permet enfin d'ouvrir une brèche dans la muraille érigée par un pouvoir soucieux d'exercer un contrôle intégral sur la société⁽²⁰⁾.

Cette « *démonopolisation* » est donc l'un des apports essentiels de la loi n°12-05. La fin du régime du monopole a ouvert la voie à l'ouverture du champ de l'activité audiovisuelle aux opérateurs privés et l'instauration d'un régime concurrentiel dans le secteur.

b-L'institution de l'autorité de régulation : une garantie pour la liberté ?

Dans tous les secteurs d'activités, le passage d'une gestion monopolistique à un régime de liberté implique inévitablement la mise en place d'un cadre institutionnel pour satisfaire des intérêts économiques et extra-économiques contradictoires. En matière de communication audiovisuelle comme dans bien d'autres domaines, les libertés ne suffisent pas à «organiser» une activité, d'autant plus que les ressources pour exercer ces libertés ne sont pas illimitées⁽²¹⁾.

La consécration du principe de la liberté de communication audiovisuelle est concomitante à la création d'une autorité de régulation, qui est l'expression du passage d'une gestion monopolistique de l'audiovisuel à un nouveau mode d'intervention de la puissance publique et de gouvernance : la régulation.

La mise en question du rôle de l'Etat en matière de l'audiovisuel a une source triple : la crise de l'Etat comme régulateur incontesté, la transformation de l'offre en matière des technologies de l'information, et la modification de la demande⁽²²⁾. Il fallait donc mettre fin au système autoritaire et trouver un autre mode de régulation de type libéral, apte à suivre les mutations technologiques et économiques et à assurer la protection des libertés fondamentales.

Ce type d'institution n'est pas une innovation de notre système juridique. En créant par la loi organique n°12-05⁽²³⁾, l'autorité de régulation de l'audiovisuel (ARAV), le législateur algérien a grandement été influencé par les instances étrangères comme le *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA) français mais également la *Fédéral Communication Commission* (FCC) américaine, institution créée dans les années 1930 et qui fait figure de pionnière dans ce domaine en régulant à la fois le secteur de l'audiovisuel et celui des télécommunications⁽²⁴⁾.

La régulation indépendante est essentiellement focalisée sur les rapports entre l'Etat et l'opinion publique, elle est le résultat de la mise en question du rôle de l'Etat dans le contrôle de l'information et l'émergence de la légitimité d'une gestion privée de l'audiovisuel à côté de celle de l'Etat⁽²⁵⁾. C'est donc à la nouvelle autorité de

régulation que va échoir la lourde tâche d'organiser le foisonnement médiatique et la responsabilité d'assurer, promouvoir et contrôler le libre exercice de la communication audiovisuelle.

L'institution d'une telle autorité nous incite à nous interroger sur la nécessité de son existence de point de vue constitutionnel, et de quelle manière elle garantit la liberté de communication audiovisuelle ? Il est vrai que la constitution n'exige nullement l'institution d'une autorité de régulation pour assurer la protection d'une liberté publique qu'est la liberté de communication, mais cela ne pose aucun problème juridique. Le conseil constitutionnel français a énoncé à cet effet qu' : « *il est loisible au législateur de charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle* »⁽²⁶⁾. L'autorité de régulation de l'audiovisuel est garante de la liberté de communication audiovisuelle, en ce qu'elle participe à l'effectivité de cette liberté par le contrôle qu'elle exerce sur le respect des dispositions juridiques imposées aux services de communication audiovisuelle. Elle est investie d'une fonction de régulation globale, qui fait d'elle « *la clé de voûte du système audiovisuel* »⁽²⁷⁾.

La nécessité de ce type d'institution a même fait émerger un courant doctrinal appelant à constitutionnaliser expressément l'existence d'une telle autorité de régulation. Assurément, une telle perspective offrira plus de stabilité à cette entité en garantissant sa pérennité, de sorte à faire d'elle le gardien de la liberté d'expression et des droits des citoyens à l'information. D'un autre côté, elle protégera cette autorité de régulation d'une éventuelle « *disparition* ». En étant créée par voie législative, le parlement a compétence de dissoudre cette autorité ou de la remplacer par une autre à tout moment. Le cas des autorités régulatrices de l'audiovisuel français qui se sont succédées avant la création du CSA est illustratif des risques qu'encourent les autorités de régulation face au contrôle parlementaire. Toutefois, cette constitutionnalisation adoptée par certains pays étrangers, notamment européens pourrait s'inscrire dans un débat plus large concernant l'ensemble des autorités administratives indépendantes⁽²⁸⁾.

Plus que la question relative à sa place dans la constitution ou de l'étendue de pouvoirs dont elle dispose, c'est l'épineuse question de son indépendance qui se trouve logiquement placée au cœur des questions qui soulèvent l'existence de cette autorité. Pour une autorité de régulation censée protéger une liberté fondamentale, les garanties d'indépendance statutaire ou fonctionnelle doivent être suffisantes pour répondre à l'objectif d'émanciper la communication audiovisuelle de l'emprise du pouvoir politique. Dans le cas algérien, on constate que cette indépendance est bafouée. A titre d'exemple, les règles de nomination du président et des membres de l'ARAV⁽²⁹⁾ mettent cause l'indépendance et l'impartialité de cette autorité. L'autorité en question serait tentée de désigner les membres du collège sur la base de critères clientélistes et partisans, de sorte que les personnes concernées se retrouvent dans un état de dépendance et de subordination à l'égard du pouvoir exécutif⁽³⁰⁾.

A notre avis, la nomination du premier président de l'ARAV qui est un ancien homme politique est loin d'être une garantie pour que cette entité puisse accomplir sa mission de « *protection d'une liberté fondamentale* ». Elle serait une manœuvre qui s'inscrit dans la vision et de la stratégie de la communication officielle visant à

aménager un espace audiovisuel sous haut contrôle politique⁽³¹⁾. A cette question de nomination du président de l'autorité de régulation s'ajoute celle de la nomination des responsables des médias publics. Cette compétence revient à l'autorité exécutive⁽³²⁾ et non à l'ARAV, alors que l'indépendance des médias publics est un enjeu crucial dans un système médiatique, vu les missions de service public dont ils sont investis. Ce lien de subordination est en contradiction avec le principe d'indépendance supposé fonder le régime général du service public audiovisuel.

Enfin, et au-delà de l'indépendance réelle ou fictive de l'ARAV, l'institution d'une telle entité ne garantit pas de façon définitive la liberté de communication audiovisuelle. Les autorités de régulation en Algérie exercent leurs fonctions de façon décorative dans un Etat de droit virtuel, où les entorses à la loi et leur non application sont des pratiques courantes⁽³³⁾. Deux années après son installation, l'actuelle autorité de régulation présente un bilan timide et s'est contenté d'adresser quelques mises en gardes à l'encontre de certaines chaînes de télévision privées. L'ARAV se contente d'un rôle de simple « *contrôleur* » de contenus mais n'exerce pas un rôle d'un véritable juge dans le secteur. A titre d'exemple, L'ARAV n'a pas procédé conformément aux missions qui lui ont été assignées par le nouveau cadre juridique de la communication audiovisuelle, à la régularisation des opérateurs en exercice sur le territoire algérien, afin de leur permettre de se mettre en conformité avec les dispositions des nouveaux textes. Cette inaction du régulateur ne lui permettrait pas de disposer d'une d'autorité morale à laquelle se soumettraient les entreprises médiatiques. Cette activité dérisoire de l'ARAV ne la met pas à l'abri de la dissolution, comme dans le cas du Conseil supérieur de l'information (CSI), dissous⁽³⁴⁾ en raison du contexte sécuritaire et politique du pays durant les années 1990.

c- La consécration des règles garantissant la liberté de communication audiovisuelle

La liberté de communication est, certes, garantie par la constitution et les lois relatives à l'information et l'audiovisuel, mais des règles devaient être fixées pour aboutir à cette liberté. Ces règles en vigueur dans toutes les législations des pays démocratiques sont essentiellement le droit du public à l'information et le pluralisme.

Le droit à l'information recouvre deux droits indissociables : le droit d'informer et le droit d'être informé⁽³⁵⁾. On ne saurait prétendre que le droit d'informer est pleinement exercé quand la majorité des citoyens en sont exclus. Les services de radio et de télévision doivent concevoir des programmes qui reflètent la diversité des traditions et de cultures de chaque région formant la nation et cela passe par l'égalité d'accès à l'information au plus grand nombre possible de la population dans le respect des caractéristiques linguistiques de chacun.

D'un autre côté, une mise en œuvre de la liberté de communication ne peut se baser uniquement sur des considérations d'ordre économique et quantitatif. Le public devrait avoir à sa disposition des contenus médiatiques de qualité. Cette exigence de qualité est le corollaire du droit du public à l'information et permet aux médias audiovisuels d'exercer leur fonction sociale⁽³⁶⁾. Dans ce cadre, le législateur a introduit des dispositions communes à l'ensemble de services de communication

audiovisuelle dont notamment celui d'offrir des programmes diversifiés et de qualité, de promouvoir toutes les langues et cultures nationales, ainsi que celui du respect de certains quotas de diffusion de programmes nationaux⁽³⁷⁾.

S'agissant du pluralisme on doit distinguer entre deux sortes de pluralisme : le pluralisme externe et le pluralisme interne. Le pluralisme externe est un dispositif anti-concentration fondé sur la nécessité de diversité des opérateurs et des sources d'informations assurées par le pouvoir exécutif et l'autorité de régulation lors de l'attribution des fréquences, et par les règles relatives à la concentration propres au secteur. Ce type de pluralisme favorise la concurrence entre les médias, et permet d'éviter que la délivrance des autorisations d'émettre ne soit arbitraire⁽³⁸⁾. Dépassant une vision traditionnelle de la liberté de communication centrée sur l'émetteur de l'information, le Conseil constitutionnel français reconnaît à la liberté de communication des implications objectives, à travers l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme, qui permet d'inclure aussi la liberté du récepteur de l'information⁽³⁹⁾.

Cette dimension objective du pluralisme (interne) garantit l'expression de différents courants socioculturels. Le conseil constitutionnel français estime en effet que : « *La libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* »⁽⁴⁰⁾. Cela signifie que la liberté de communication n'a de raison d'être que si les informations, idées ou opinions communiquées sont variables et donc, potentiellement à contre-courant de l'opinion majoritaire.

II- Les limites imposées au principe de liberté de communication audiovisuelle

Dans le processus de consolidation démocratique, l'intervention des pouvoirs publics dans le domaine de communication est marquée par la méfiance et le rejet. Dans certains pays, les gouvernements sont vus comme les ennemis des libertés publiques. Ainsi, l'étendue des libertés a toujours été un sujet controversé qui a suscité des débats au sein de la société et de la doctrine juridique. L'idée de l'instauration d'un régime de liberté absolu pour l'audiovisuel a été exclu dès l'apparition de ce moyen de communication.

Quelle que soit la nature du régime politique, l'intervention publique dans le secteur de l'audiovisuel est toujours plus poussée et cela se justifie pour des raisons techniques et économiques qui sont la conséquence de l'exercice de cette liberté par d'autres opérateurs (1) ainsi que celles relatives à la conciliation de la liberté de communication avec d'autres principes fondamentaux (2).

1- Limites tenant à la nature de l'activité de communication audiovisuelle :

Dans la plupart des pays étrangers, l'activité audiovisuelle se caractérise par un régime moins souple que celui de la presse écrite, qui n'est soumise qu'au régime de déclaration⁽⁴¹⁾. Toutefois, le législateur algérien n'opère aucune distinction entre les deux modes de communication.

L'exercice d'une activité de communication audiovisuelle est conditionné à l'octroi d'une autorisation administrative délivrée par le pouvoir exécutif (a), mais d'un autre côté, il innove, en limitant la liberté d'entreprendre du secteur privé (b), une restriction qui privilégie le secteur public en le plaçant dans un régime de quasi-monopole.

a- La liberté soumise au régime d'autorisation préalable

Le régime de l'autorisation est l'une des manifestations du régime de police dans le domaine de l'activité audiovisuelle. Avant même de contrôler son contenu, les autorités publiques contrôlent déjà l'audiovisuel en en limitant l'utilisation. Les limitations imposées à la communication audiovisuelle trouvent généralement leur justification dans des considérations techniques et économiques⁽⁴²⁾. Aucun Etat, aussi libéral soit-il en matière de l'audiovisuel, ne laisse le droit d'émission s'exercer sans autorisation préalable⁽⁴³⁾.

a.1- Le régime d'autorisation : un instrument préventif ou de censure ?

Au terme de l'article 20 de la loi n°14-04, l'autorisation constitue « *l'acte par lequel l'autorité concédante accorde par décret la création d'un service de communication audiovisuelle thématique...* ». Cette procédure s'applique à tout type de diffusion, que ce soit par câble, par voie hertzienne ou par satellite⁽⁴⁴⁾. L'autorisation préalable accordée par l'autorité exécutive s'analyse, *a priori*, comme une entrave à l'exercice de libertés. Pourtant, force est de constater que ce dispositif juridique est nécessaire en matière de communication audiovisuelle, en ce qu'il est difficile d'envisager une activité de communication audiovisuelle en dehors de toute action préventive émanant de l'administration. De manière générale, on peut voir dans l'autorisation préalable, un instrument préventif apte à éviter des conséquences irréparables générées par l'exercice abusif d'une activité privée⁽⁴⁵⁾. Toutefois, on relève que ce régime d'autorisation est très strict et contraignant dans le cas algérien. En effet, la délivrance de ces autorisations par le pouvoir exécutif est non conforme aux normes libérales en matière de régulation. Non seulement l'ARAV n'a aucun pouvoir d'autorisation à exercer sur les chaînes du secteur public, mais se voit également dépouillée de sa compétence pour délivrer des autorisations aux entreprises privées. Son rôle reste marginal et se limite à la signature d'une convention avec l'entreprise de radiodiffusion concernée. Il serait nécessaire que le processus d'octroi d'autorisations soit mené par un organisme indépendant qui est l'autorité de régulation de l'audiovisuel. Cette institution devrait se charger d'une telle mission, car il s'agit d'un organe expert dans ce secteur ; en plus elle est plus adéquate pour assurer la mission de protection des libertés publiques contre les risques d'abus de la puissance publique.

a.2- Les contraintes techniques et économiques : fondements objectifs du régime d'autorisation ?

Les médias audiovisuels en tant que médias de masse se trouvent confrontés à des contraintes techniques et économiques.

Les contraintes techniques sont liées à la disponibilité des fréquences hertziennes. La communication audiovisuelle se meut dans un état de pénurie⁽⁴⁶⁾, ce

qui la différencie fondamentalement de la communication écrite, qui ne pourrait éventuellement se trouver limitée que par la disponibilité de papier.

La limitation des fréquences hertziennes disponibles a longtemps été invoquée pour justifier le monopole public sur l'audiovisuel. La complexité de l'information à émettre surtout en matière de télévision où il faut combiner le son et l'image nécessite l'utilisation d'une bande de fréquence très large, ce qui conduit à une certaine rareté du fait également de la pluralité de ses utilisateurs potentiels⁽⁴⁷⁾. Devant l'impossibilité de justifier un système de monopole de la radiodiffusion, car trop contradictoire au principe de liberté, tant d'entreprise que de communication, l'Etat est cependant appelé à mettre en place au nom même de la liberté un régime d'autorisation afin de ne pas saturer le réseau ou de le laisser à l'appropriation des personnes privées.

Ce régime d'autorisation administrative préalable est mis en place dans le but d'une bonne gestion des fréquences⁽⁴⁸⁾, la rareté de ces dernières justifie l'intervention de la puissance publique⁽⁴⁹⁾. Mais on est tentés de s'interroger sur le bien fondé de l'intervention de l'Etat dans la gestion de ces fréquences ? La réponse pourrait se trouver dans la nature juridique de l'espace hertzien. En effet, cet espace appartient au domaine public, et son utilisation par les titulaires des autorisations de l'exploitation des fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire algérien, constitue un mode privatif du domaine public de l'Etat⁽⁵⁰⁾. L'on comprend que le titulaire de l'autorisation ne bénéficie donc que de l'usage, et non de la propriété des fréquences.

C'est dire que la communication audiovisuelle continuera à se mouvoir dans un cadre limité, et que la gestion de ce cadre constituera une prérogative essentielle de l'instance de régulation et du pouvoir exécutif. Il reste que les mutations technologiques symbolisées par le développement de la télévision par câble, de la télévision par satellite ainsi que la télévision sur Internet viennent relativiser aujourd'hui le phénomène de rareté de fréquences. Si la soumission à une autorisation aux chaînes diffusant par voie hertzienne peut être admise du fait de la nécessité d'une bonne gestion de fréquences, les deux autres modes de diffusion (diffusion par câble ou par satellite) ne nécessitent pas l'utilisation de ressources hertziennes et donc échappent à la domanialité publique. Il serait erroné de penser que ces progrès technologiques ne permettront pas un essor sans limites de la communication audiovisuelle. En ce sens, nous pensons qu'un régime de simple déclaration devrait être appliqué à ces deux nouveaux modes de diffusion.

S'agissant des contraintes économiques, les coûts des installations techniques et de production de programmes, ainsi que le problème de financement peuvent être invoqués comme possibles contraintes auxquelles sont exposées les personnes voulant créer une entreprise de télévision⁽⁵¹⁾. Lors de l'instruction des dossiers de candidatures pour la création de service de communication audiovisuelle, l'autorité de régulation de l'audiovisuel tient compte des capacités financières des candidats et les perspectives de croissance des ressources au profit de l'activité audiovisuelle⁽⁵²⁾.

b- Une liberté d'entreprendre limitée : un secteur privé en quête de liberté

En plus de son caractère culturel, l'activité audiovisuelle entre aussi dans le domaine des activités économiques. De ce fait, l'exercice de cette activité devrait être soumis au principe de la liberté d'entreprendre. Si tous les pays, y compris ceux qui ont adopté un régime démocratique ont mis en place un système d'autorisation administrative préalable en matière de l'audiovisuel, l'Algérie se distingue par un régime encore plus restrictif et contraire à la liberté de communication et à la liberté d'entreprise. En effet, le processus législatif et réglementaire mis en place visant la mise en place du système juridique régissant le secteur de l'activité audiovisuelle n'a pas fait l'unanimité au sein des professionnels du secteur ainsi que l'opinion publique. Et pour cause, la loi n°14-04 n'a pas mis un terme à la problématique autour de la libéralisation totale de ce secteur à l'initiative privée. En effet, l'introduction dans l'article 7 de la loi précitée, de l'autorisation uniquement de « chaînes thématiques privées » peut être interprétée comme une tentative de limiter encore le champ d'action des nouvelles télévisions et radios privées. Il est vrai que la nouvelle définition de « chaîne thématique ou service thématique », comme étant « des programmes télévisuels ou sonores, s'articulant autour d'un ou de plusieurs sujets »⁽⁵³⁾, élargit un tant soit peu le champ d'activité de nouvelles chaînes. Mais le texte adopté, après plusieurs années de retard est en deçà des attentes ; il ne lève pas toutes les contraintes sur l'exercice de l'activité de communication audiovisuelle.

A notre avis, il serait préférable de suivre le chemin du législateur français, dont les textes qu'il a adopté consacrent une liberté totale de la communication audiovisuelle, qui ouvre l'opportunité aux entreprises privées de radiotélévision de créer aussi bien de chaînes thématiques que généralistes⁽⁵⁴⁾. Une telle solution permettra d'instaurer un véritable régime concurrentiel en mettant à pied d'égalité les deux secteurs, public et privé.

1- Limitations tenant à la conciliation entre liberté de communication et objectifs d'intérêt général

Pour un certain nombre d'auteurs français, les objectifs d'intérêt général ou bien à valeur constitutionnelle (OVC), « sont en réalité des principes généraux non écrits qui ne veulent pas dire leurs nom et auquel le juge constitutionnel recourt soit pour actualiser le droit constitutionnel écrit, soit pour en concilier les dispositions contradictoires ». C'est ainsi donc que la liberté de communication ne peut être limitée que dans la mesure requise, par le respect de certains principes énoncés dans la loi et la réglementation en vigueur⁽⁵⁵⁾. Toutefois dans le cadre de notre étude il ne s'agit pas de prétendre à un exposé exhaustif de ces principes, on s'intéressera à traiter trois principes majeurs en s'inspirant du modèle français, sachant que ces principes ne sont pas tous constitutionnalisés dans le droit algérien. Ces principes sont : le respect du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion(a), le respect des obligations du service public (b) et la sauvegarde de l'ordre public (c)

a- Le pluralisme : une limite à la liberté de communication audiovisuelle ?

A première vue, évoquer le pluralisme comme une limite à la liberté de communication peut paraître paradoxal. Cependant, l'objectif du pluralisme fait

partie de ces principes auxquels la doctrine reconnaît deux fonctions qui peuvent paraître contradictoires. D'une part, ils permettent le renforcement des libertés constitutionnelles par l'extension des garanties qu'ils impliquent, d'autre part ils apportent certaines limitations à ces mêmes libertés⁽⁵⁶⁾. Une idée également partagée par le professeur De Montalivet, qui estime que le pluralisme limite en réalité la liberté de communication pour mieux la protéger. Ainsi il limite la liberté de quelques uns pour mieux protéger la liberté de l'ensemble des personnes⁽⁵⁷⁾. En somme, il a un rôle fondamental dans la régulation de la liberté de communication, dans le sens où il détermine la mesure et en définit la portée, positivement et négativement⁽⁵⁸⁾. Le type du pluralisme dont nous parlons ici est le pluralisme externe, c'est-à-dire le pluralisme dans sa dimension économique où il est question d'instaurer un régime anti-concentrations ou positions dominantes.

Plusieurs articles de la loi relative à l'activité audiovisuelle traduisent le souci du législateur de faire respecter le pluralisme en imposant certaines restrictions. Ainsi, l'article 23 de la loi précitée dispose que : « *Une personne physique ou morale privée de droit algérien ne peut pas être actionnaire dans plus d'un service de communication audiovisuelle* », dans la même lignée l'article 25 évoque « *la diversification des opérateurs* » et « *la nécessité de se prémunir des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence* » comme quelques unes des conditions que l'autorité de régulation doit prendre en compte lors de l'instruction des dossiers comportant la création d'un service de communication audiovisuelle . Ces dispositions ont pour objectif de donner à la liberté de communication audiovisuelle proclamée un cadre juridique souple reposant sur une logique de concurrence saine loin de toute pratique abusive entravant son libre exercice. Toutefois, ce régime de concurrence n'est pas pur et parfait. Le droit du public à l'information exige également de restreindre le jeu concurrentiel en permettant la diffusion de programmes couvrants des événement dits d' « *importance majeure* » à toute chaîne de radio et télévision de manière à permettre à tout citoyen de regarder ces programmes en accès libre. Cette mesure spécifique au marché de l'audiovisuel est mise en place par la plupart des législations dans le but d'éviter que les puissants groupes de radiodiffusion abusent de leurs droits d'exclusivité sur certains événements importants. Lesdits événements sont définis par voie réglementaire⁽⁵⁹⁾. Le libre jeu de la concurrence se trouve ainsi freiné par des motifs d'intérêt général.

Toutefois, comme on l'a souligné précédemment, il ne suffit pas pour assurer un véritable pluralisme dans le secteur de l'audiovisuel, de prévoir l'existence de plusieurs chaînes ou la possibilité théorique pour des opérateurs potentiels d'accéder au marché de l'audiovisuel. Encore faut-il permettre un accès effectif à ce marché, de façon à assurer dans les contenus des programmes considérés dans leur ensemble une diversité qui reflète autant que possible la variété des courants d'opinion qui traversent la société à laquelle s'adressent ces programmes⁽⁶⁰⁾. Or dans le cas algérien, l'un de ces principes majeurs de la liberté de communication est bafoué à plusieurs reprises. L'autorité de régulation de l'audiovisuel, censée être la gardienne de la liberté de communication audiovisuelle n'a pas pu empêcher les dérives graves observées dans le secteur de l'audiovisuel. Tandis que le pluralisme exige le respect des différentes pensées et opinions, le ministre de la communication s'est arrogé à

plusieurs reprises le pouvoir de censurer tout programme qui risquerait de mettre en cause la légitimité des gouvernants.

b-Limites tenant au respect des exigences de service public

L'activité audiovisuelle semble un terrain de confrontation entre les deux thèmes de service public et libertés. L'adoption de systèmes libéraux, que ce soit dans le secteur des médias ou dans d'autres secteurs, ne signifie nullement l'abandon du service public qui est considéré comme l'un des piliers du Droit administratif.

Certes, l'activité audiovisuelle est libre mais son exercice doit être assuré dans le respect des exigences du service public⁽⁶¹⁾. La nature de service public attachée à l'activité de communication audiovisuelle peut être déduite à la lecture des textes régissant le secteur. C'est ainsi que l'article 59 de la loi n°12-05 énonce que: « *l'activité audiovisuelle est une mission de service public...* »

A la première lecture, on serait tentés de s'interroger sur le sens de cette notion en matière de communication audiovisuelle tant elle est complexe et incertaine quand elle entre dans la sphère cette activité. Elle sert à justifier des obligations multiples imposées aux entreprises du secteur public et du secteur privé de la radiotélévision⁽⁶²⁾. En effet, le service public ne coïncide plus nécessairement avec la sphère de la gestion publique dans la double mesure où l'exploitation publique peut être dominée par la contrainte du marché où certaines contraintes d'intérêt général peuvent être imposées à des opérateurs privés⁽⁶³⁾. C'est là une des mutations majeures qu'a connu ce principe de service public. Traditionnellement, il était confondu avec le secteur public. Cette confusion a longtemps été exploitée par les pouvoirs public pour légitimer la situation de monopole des établissements publics et les doter ainsi de plus de moyens techniques et financiers; puisque selon une opinion classique il n'y a que les personnes morales appartenant à la puissance publique qui sont en mesure de satisfaire des missions d'intérêt général⁽⁶⁴⁾.

Cette théorie est aujourd'hui obsolète, et les obligations du service public s'étendent également au entreprises du secteur privé, et ce, sous le contrôle de l'autorité de régulation. Une régulation qui n'a pas pour objectif unique de garantir la liberté de communication et l'introduction de la concurrence dans le secteur, mais aussi pour encadrer cette concurrence, de sorte qu'elle ne porte pas atteinte à l'intérêt général, et principalement au service public.

C'est là où se manifeste la nécessité d'un contrôle des contenus audiovisuels par l'autorité de régulation. Ce contrôle ne doit pas être compris comme une censure. La censure redoutée n'est pas liée à l'activité de régulation, puisque cette dernière ne vise à priori qu'à protéger des personnes contre des programmes audiovisuels pouvant affecter leurs intérêts. La régulation des contenus audiovisuels est un mécanisme qui cherche un arbitrage entre différentes libertés fondamentales, non pas à limiter ces libertés.

L'article 48 de la loi n°14-04 prévoyant un cahier des charges général énumère implicitement quelques prescription qui s'apparentent à des missions de service public que tous les services de communication audiovisuelle doivent assurer , lorsqu'il est posé les chaînes de télévision et de radio sont tenus de « diffuser des programmes diversifiés et de qualité », de « promouvoir des langues et cultures

nationales », de « diffuser de messages d'intérêt général », et de veiller à « la protection de l'enfance ». De telles missions sont assurées bien évidemment, sous le contrôle de l'autorité de régulation de l'audiovisuel⁽⁶⁵⁾. Nous constatons à la lecture de cet article qu'il y a intérêt à protéger le public de l'influence considérable qu'exercent les médias, de plus, la liberté de communication et la liberté d'entreprise ont des logiques potentiellement conflictuelles⁽⁶⁶⁾. La seule initiative privée et les seules lois du marché ne peuvent pas répondre à des besoins collectifs essentiels. Les entreprises de communication audiovisuelle cherchent en premier lieu la réalisation des objectifs économiques et d'accroître leur audiences que de satisfaire l'intérêt général, d'où la nécessité d'encadrer leur activité par un régime strict qui vise à satisfaire l'intérêt général, et ce, en restreignant même les principes de la liberté de communication et de la libre concurrence.

Toutefois, même si on ne peut nier la fonction sociale que peut assurer un service public audiovisuel dans la satisfaction des intérêts du public, la nature et le régime juridique des médias publics censés assurer ces missions ne semblent pas aller dans le sens de la consécration d'un régime libéral pour la communication audiovisuelle. La dépendance des médias du secteur public à l'égard du ministère de l'information⁽⁶⁷⁾ font d'eux des médias d'Etat et non de service public. D'un autre côté, les aides de l'Etat dont elles bénéficient ces chaînes les places dans une situation de position dominante par rapport aux entreprises privées⁽⁶⁸⁾, ce qui va, par conséquent, influencer négativement sur le principe de liberté de communication audiovisuelle.

c- Les limites tenant au respect de l'ordre public : obligation ou prétexte ?

La référence à l'ordre public en tant que principe restrictif des libertés est mentionnée dans les textes de lois nationaux⁽⁶⁹⁾ et internationaux⁽⁷⁰⁾, mais toutefois, sans détermination de son contenu qui est complexe à définir. Pour certains auteurs c'est la nécessité qui est le véritable fondement de l'ordre public : « *les impératifs de l'ordre public découlent des nécessités de la vie collective* »⁽⁷¹⁾. Ces nécessités qui peuvent former l'ordre public sont dans une acception large : la préservation de la sécurité nationale, la sûreté publique, l'intégrité territoriale, la protection de la culture nationale,...etc.

On peut citer également la préservation de l'ordre public constitutionnel comme l'un des principaux motifs qui justifient les restrictions imposées à la liberté de communication audiovisuelle⁽⁷²⁾. Les limitations ici touchent au contenu même de l'information.

Ainsi, liberté de communication et ordre public constituent deux exigences contradictoires qu'il va falloir concilier. A l'origine, des préoccupations de sécurité ont justifié l'intervention de la puissance publique dans le contrôle de l'information. Cependant, cette protection de l'ordre public avait servi de prétexte pour les gouvernements pour censurer l'information. Ces motifs de sécurité ont laissé place, comme l'exprime un auteur, à des raisons politiques, voire politiciennes⁽⁷³⁾.

En Algérie, le contrôle administratif des médias notamment audiovisuels, est un procédé courant et appliqué avec rigueur. Plusieurs chaînes de télévision privées se sont vues adresser des mises en gardes à la suite de la diffusion des émissions

jugées « *trop attentatoires* » à l'ordre public. Lesdites mises en garde ont été suivies par des suspensions de diffusion, voire par des sanctions dans certains cas⁽⁷⁴⁾. Dans le droit des médias, de telles mesures prises par les autorités publiques comme les interdictions, les suspensions et les saisies sont constitutives de ce qu'il convient de qualifier de « *censure* »⁽⁷⁵⁾. Ce contrôle à *priori* sur les programmes est une atteinte au principe de liberté. Un contrôle *a posteriori* par l'autorité de régulation ou le juge serait largement suffisant, car plus respectueux des droits et libertés⁽⁷⁶⁾.

Le domaine de restriction pour le motif de préservation de l'ordre public est encore plus étendu, il ne se limite pas à l'interdiction de la diffusion d'un programme, mais peut aller jusqu'à la suspension de l'autorisation d'émettre. En effet, conformément à l'article 103 de la loi relative à l'activité audiovisuelle, l'autorité de régulation de l'audiovisuel est habilitée à procéder à la suspension immédiate sans mise en demeure préalable, de l'autorisation lorsqu'il est porté atteinte à l'ordre public et à la moralité publique. Cet article peut nous paraître comme une source d'inquiétude en ce qu'il peut servir à freiner la liberté d'information. Le sens de l'expression ordre public n'est pas très clair. Dans l'appréciation des exigences de l'ordre public, le gouvernement dispose d'une marge de pouvoir discrétionnaire. Même si le maintien de l'ordre public permet l'existence des libertés, cette appréciation ne doit pas être arbitraire et destructive de la liberté protégée⁽⁷⁷⁾.

Conclusion

Cette brève étude nous a permis de relever que le principe de la liberté de communication est un élément de la liberté d'expression. Sa consécration par les textes de lois est suivie d'un encadrement très strict de cette liberté. Appliqué au domaine de l'audiovisuel, la liberté de communication se trouve limitée et surveillée, notamment à cause des spécificités des moyens de retransmission audiovisuelle.

Toutefois, on a relevé dans le cas du système audiovisuel algérien, que la communication audiovisuelle n'est pas en liberté suffisante. Le secteur reste en situation de « *quasi-monopole* » étatique. Le terme « *autorisée* » employé par le législateur pour qualifier l'activité de communication audiovisuelle du secteur privé dénote bien la volonté de l'Etat de n'accorder le droit de la communication qu'à titre d'exception, et pas en tant qu'un droit à part entière. Cela montre le lien de causalité qui existe entre le niveau de démocratisation d'un Etat et sa volonté d'instaurer un régime de liberté de communication.

D'un autre côté, les pouvoirs publics continuent, en l'absence d'une véritable autorité de régulation indépendante, d'interpréter les textes juridiques relatifs à la communication audiovisuelle à leur guise, les concepts de « *service public* » et « *ordre public* » qu'ils utilisent souvent comme des prétextes pour censurer des programmes de radiotélévision. Ces insuffisances sont liées en grande partie à l'absence d'une véritable autorité de régulation disposant d'une autorité morale et d'une réelle indépendance.

En terminant, une observation s'impose. Dans le domaine de la communication audiovisuelle, les règles juridiques dépendent du progrès techniques. Le passage à la TNT ou le processus du passage au numérique prévu prochainement en Algérie

ouvrira les portes à de nouveaux services et permettra de rationaliser l'utilisation des réseaux⁽⁷⁸⁾. On peut se demander si, dans ce domaine, au fur des évolutions technologiques, la législation ne sera pas amenée à évoluer de sorte à consacrer une liberté totale dans cette activité et ainsi mettre les secteurs public et privé dans une sphère reposant sur un véritable jeu concurrentiel ?

Notes :

(1) Loi organique n°12-05 du 12 janvier 2012 relative à l'information, JORA n°2 du 15 janvier 2012.

(2) Loi n°14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle, JORA n°16 du 23 mars 2014.

(3) BARBE Vanessa, *Droit des libertés fondamentales*, 5^e éd., éd. L'Extenso, Paris, 2014, p.33.

(4) Décret présidentiel n°96-438 du 7 décembre 1996 relatif à la promulgation du journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire, de la révision constitutionnelle adoptée par référendum du 28 novembre 1996, JORA n°76 du 8 décembre 1996, complété par la loi n°2002-03 du 10 avril 2002 portant révision constitutionnelle, JORA n°25 du 14 avril 2002, modifiée par la loi n°08-19 du 15 novembre 2008 portant révision constitutionnelle, JORA n°63 du 16 novembre 2008.

(5) Décision n°4 D.L.C.C.91 du 28 octobre 1991 relative à l'alinéa 2 de l'article 54 de la loi n° 91-17 du 15 octobre 1991 modifiant et complétant la loi n°89-13 du 7 août 1989, portant loi électorale, JORA, n° 53 du 30 octobre 1991.

(6) Loi n°16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, JORA n°14 du 7 mars 2016.

(7) Voir l'article 19 du Pacte International relatif aux Droits civils et politiques sur le site officiel de l'ONU, <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

(8) Voir, l'article 9 de la charte africaine des Droits de l'homme et des peuples sur le site officiel de la Commission Africaine des Droits de l'homme et des Peuples, <http://www.achpr.org/fr/instruments/achpr/#a9>

(9) BEIGNIER Bernard et c. (S/dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Lexis Nexis, Paris, 2009, p.70.

(10) l'Article 3 de la loi organique n°12-05, op.cit., dispose que : « Par activités d'information, il est entendu au sens de la présente loi organique, toute publication ou diffusion de faits d'actualité, de messages, d'opinions, d'idées et de connaissances, par tout support écrit, sonore, télévisuel ou électronique, à destination du public ou d'une catégorie de public.

(11) Voir art.2 de la loi organique n°12-05, op.cit.

(12) Voir art.2 de la loi n°14-04, op.cit.

(13) MEKAMCHA Ghaouti, « *La reconnaissance constitutionnelle des libertés publiques et leur protection* », In : RASJEP, n°1, 1998, p.56.

(14) Sur ce point, voir, MOSTEFAOUI Belkacem, *La mission de service public audiovisuel en Algérie*, Rapport publié par Panos Paris et Observatoire Méditerranéen de la communication, Paris, 2012.

(15) Ordonnance n°67-234 du 9 novembre 1967 portant organisation de la radiodiffusion télévision algérienne, JORA n°94 du 17 novembre 1967.

(16) Loi n°82-01 du 6 février 1982 portant code de l'information, JORA n°6 du 9 février 1982.

(17) SIDHOUM Nabila, « *La démonopolisation du secteur audiovisuel des pays du Maghreb : Etude de cas : l'Algérie, la Tunisie, le Maroc* », NAQD, n° 8-9, p 11.

(18) Loi n° 90-17 du 3 avril 1990 relative à l'information, JORA n°14 du 4 avril 1990.

(19) MOSTEFAOUI Belkacem, Op.cit. p.9.

(20) DRIS Cherif, « *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

(21) DUMONT Clémence, « *Le conseil supérieur de l'audiovisuel : une autorité de régulation indépendante* », Courrier hebdomadaire du CRISP, n° 2054-2055, 2010, P.5.

(22) MEADEL Cécile et PARIS Thomas, *Des modes de régulation de l'audiovisuel*, In : PARIS Thomas (s/dir), *La libéralisation audiovisuelle- Enjeux technologiques, économiques et réglementaires*, Dalloz, Paris, 2004, p.193.

(23) Voir art.64 de la loi organique n°12-05, op.cit.

(24) Pour comprendre le fonctionnement de cette institution et l'histoire de sa création, voir par exemple, CUSTOS Dominique, *La commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, 1999.

(25) NEGRIER Emmanuel, « *Audiovisuel : la régulation sans l'Etat ?* », Quaderni, n°7,1989, p.92.

(26) Conseil constitutionnel français, Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, à propos de la loi modifiant la loi n°86-1067 du 30septembre 1986 relative à la liberté de communication. A consulter sur ce site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con.decision-n-88-248-dc-du-17-janvier-1989.8636.html>

(27) C'est le Conseil Supérieur Audiovisuel (CSA) français qui est appelé ainsi par la doctrine française. Voir en ce sens, AUTIN Jean-Louis, « *Le conseil supérieur de l'audiovisuel en France* », Revista catalana de dret públic, n°34, 2007, p.83-115.disponible sur le lien suivant :

http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/revistes/revista.2007-05-08.9854996892/article.2007-05-09.3523437900/fr

⁽²⁸⁾ sur la question voir, MONTALIVET Pierre, « La constitution et l'audiovisuel », Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2012/3, n°36.

- C'est également la solution adoptée par le Bénin, premier pays africain dont la constitution a prévu un organe de régulation des médias Voir, V.ADJIVI Emmanuel, Les instances de régulation des médias en Afrique de l'ouest : le cas du Bénin, Ed. Karthala, Paris, 2003, pp.27-33.

⁽²⁹⁾ Les neuf membres de l'ARAV sont nommés par décret présidentiel. Voir, art.57 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle, op.cit.

⁽³⁰⁾ A propos du mode de désignation des membres de l'ARPE, voir, ZOUAIMIA Rachid, « L'autorité de régulation de la presse écrite en Algérie : quelle indépendance ? », http://www.legavox.fr/blog/zouaimia-rachid/autorite-regulation-presse-ecrite-algerie-10917.htm#.VWGfCtI5_IU

⁽³¹⁾ BERBICHE Omar, « Dérégulation », El Watan, 21 septembre 2014, p.32.

⁽³²⁾ Voir art. 9 et 19 du Décret exécutif n°12-212 du 9 mai 2012, fixant le statut de l'établissement public de la télédiffusion d'Algérie, JORA n°30 du 16-05-2012.

⁽³³⁾ Voir en ce sens, ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, Editions Belkessse, Alger, 2013, p175 et s.

⁽³⁴⁾ voir, Décret législatif n°93-13 du 26 octobre 1993 se rapportant à certaines dispositions de la loi n°90-07 du 30 avril 1990 relative à l'information, JORA n°69 du 27 octobre 1993.

⁽³⁵⁾ Henri Maler, « Le droit à l'information, ses conditions et ses conséquences », Savoir /Agir, n°30, Avril 2014, p.113-119.

⁽³⁶⁾ DE LA BROSSE Renaud, Médias et démocratie en Afrique : l'enjeu de la régulation, Ed. Bruylant, Paris, 2013, p.21.

⁽³⁷⁾ Voir, article 48 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle, op.cit.

⁽³⁸⁾ PERIL Jean Michel, Le droit à l'humour au sein de services de communication audiovisuelle, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme Master en droit, option : Droit des médias et des télécommunications, Faculté de Droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille, 2010, p.37.

⁽³⁹⁾ de MONTALIVET Pierre, Droit constitutionnel de la communication, LexisNexis, n°3, 2011, p.9.

⁽⁴⁰⁾ Conseil Constitutionnel français, Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, portant sur la loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse. A consulter sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-84-181-dc-du-11-octobre-1984.8135.html>

⁽⁴¹⁾ C'était également le cas dans la législation algérienne à travers la loi n° 90-07 relative à l'information (abrogée), voir, art.14 de la loi n° 90-07 du 3 Avril 1990 relative à l'information, JORA n° 14 du 04-04-1990. En passant du régime de la déclaration préalable à celui de l'autorisation, le droit algérien en matière de presse écrite enregistre une régression et prévoit des procédures plus contraignantes pour créer une publication périodique. Voir, art.13 de la loi organique n°12-05 relative à l'information, op.cit.

⁽⁴²⁾ JONGEN François, « La liberté d'expression dans l'audiovisuel : liberté limitée, organisée et surveillée », In : Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1993, p.104.

⁽⁴³⁾ Ibid., p.103.

- Ainsi, le Règlement des radiocommunications adopté dans le cadre de l'UIT en application de la Convention internationale des télécommunications pose qu' « aucune station d'émission ne peut être établie ou exploitée par un particulier, ou par une entreprise quelconque, sans une licence délivrée (...) par le gouvernement du pays dont relève la station en question ».

⁽⁴⁴⁾ Voir, l'article 21 de la loi n° 14-04 relative à l'activité audiovisuelle, op.cit.

⁽⁴⁵⁾ TRAMONI Jean-Joseph, Le contentieux administratif de la communication audiovisuelle, LGDJ, Paris, 1998, p.176-177.

⁽⁴⁶⁾ JONGEN François, op.cit., p.104.

⁽⁴⁷⁾ TRAMONI Jean-Joseph, op.cit., p.40.

-Il faut souligner qu'actuellement il n'existe pas de radios privées en Algérie, faute de fréquences disponibles. Selon l'ancien ministre de la communication Abdelkader Messahel, des contraintes techniques objectives justifient ce retard d'ouverture au privé pour les radios, qui n'interviendra pas avant l'année 2016. Voir, MAMMARI Abdelkrim, « L'ouverture de radios privées n'interviendra pas avant 2016 », publié dans le journal El WATAN du 24 octobre 2013.

⁽⁴⁸⁾ La répartition et la gestion de fréquences est confiée à l'Union internationale des télécommunications(UIT) au niveau international, et l'Agence nationale de fréquence(ANF) sur le plan national. Pour plus de détails, voir leurs sites internet respectifs : <http://www.itu.int/fr/> et <http://www.anf.dz/>.

⁽⁴⁹⁾ TRAMONI Jean-Joseph, Op.cit., p.41.

⁽⁵⁰⁾ Voir l'article 3 de la loi organique n° 12-05 relative à l'information, op.cit.

⁽⁵¹⁾ JONGEN François, op.cit., p.105.

⁽⁵²⁾ Voir, article 25 de la loi n°14-04, op.cit.

⁽⁵³⁾ Voir l'article 7/9 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle, op.cit.

- ⁽⁵⁴⁾ Voir l'article 22 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée.
- ⁽⁵⁵⁾ Voir l'article 2 de la loi n°12-05, op.cit.
- ⁽⁵⁶⁾ MARCANGELO-LEOS Philie, Pluralisme et audiovisuel, LGDJ, Paris, 2004, p.114.
- ⁽⁵⁷⁾ de MONTALIVET Pierre, Droit constitutionnel de la communication, op.cit., p.13
- ⁽⁵⁸⁾ Ibid.
- ⁽⁵⁹⁾ Voir, article 54/11, de la loi n°14-04, op.cit.
- ⁽⁶⁰⁾ SAURON Jean-Luc et CHARTIER Aude, Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, l'extenso éditions, Paris, 2014, p.296.
- ⁽⁶¹⁾ L'article 7/6 de la loi 14-04 définit le service public audiovisuel comme étant : « *activité de communication audiovisuelle d'intérêt général assurée par toute personne morale exploitant un service de communication audiovisuelle dans le respect des principes d'égalité, d'objectivité, de continuité et d'adaptabilité* »
- ⁽⁶²⁾ DERIEUX Emmanuel, Op.cit., p.192.
- ⁽⁶³⁾ BROCAL Von PLAUVEN Frédérique, Op.cit., p.93.
- ⁽⁶⁴⁾ Voir, DUGUIT Léon, Traité de Droit Constitutionnel, 2^{ème} éd., éd. De Broccard, Paris, 1927, p.51.
- ⁽⁶⁵⁾ Voir, art.54 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle, op.cit.
- ⁽⁶⁶⁾ DUMONT Clémence, Op.cit., p.5.
- ⁽⁶⁷⁾ Le ministère de l'information est l'autorité de tutelle sur les établissements publics de radiotélévision. Voir, art.2 du Décret exécutif n°91-100 érigeant l'ENTV en établissement public à caractère industriel et commercial, op.cit, qui nous renvoie à l'art.1^{er} du Décret exécutif n°94-429 du 6 décembre 1994 portant désignation de l'autorité de tutelle sur les établissements publics de télédiffusion (TDA), de télévision (E.P.T.V), de radiodiffusion (R.A), et l'agence Algérie presse service (A.P.S), JORA n°82 du 14-12-1994.
- ⁽⁶⁸⁾ Les entreprises du secteur public bénéficient d'un double financement : le financement public (composé des aides étatiques et la redevance) et le financement par la publicité. Ce double financement risque sérieusement de mettre en cause l'équité entre les différents opérateurs sur le marché de l'audiovisuel. Voir, art.23 du Décret exécutif n°91-100 érigeant l'entreprise nationale de télévision en établissement public à caractère industriel et commercial, op.cit.
- ⁽⁶⁹⁾ Voir par exemple l'article 48/8 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle, op.cit. Voir également, l'article 2 de la loi n° 12-05 relative à l'information, op.cit.
- ⁽⁷⁰⁾ C'est par exemple le cas du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques de 1966, qui a fait référence à l'ordre public comme motif de restrictions aux droits et libertés dans les articles 12, 14,19, 21 et 22.
- ⁽⁷¹⁾ VIMPERT C., « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RDP, 3, 1994, p.693. Cité par : YELLES CHAUCHE B., op.cit.
- ⁽⁷²⁾ Pour plus de détails sur la question de l'ordre public dans le domaine de l'information, Voir, BROCAL VON PLAUVEN Frédérique, Droit op.cit. , p.289 et s
- ⁽⁷³⁾ DEBBASCH Charles et al. , Droit de la communication 1^{ère} éd., Dalloz, Paris, 2002, p.8.
- ⁽⁷⁴⁾ Voir par exemple l'affaire de la chaîne Al Djazairia, <http://www.liberte-algerie.com/actualite/ecran-noir-sur-lemission-el-djazairia-week-end-224599>
- ⁽⁷⁵⁾ DERIEUX Emmanuel, Droit des médias, 5^e édition, Dalloz, Paris, 2013, p.17.
- ⁽⁷⁶⁾ Ibid., p.71.
- ⁽⁷⁷⁾ YELLES CHAUCHE B., op.cit., p.28
- ⁽⁷⁸⁾ Pour plus de détails sur la question du passage de l'Algérie à la télévision numérique, Voir, BEDDIAR Tahar, L'ouverture de l'audiovisuel en Algérie ? Procédures et modalités de mise en œuvre, Editions Houma, Alger, 2011.