

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية  
كلية الحقوق



المجلة الأكاديمية  
للبحث القانوني

مجلة سداسية – عدد 2010/02

ISSN : 2170 - 0087



جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق

# المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية – عدد 2010/02

م أ ب ق

ISSN : 2170 - 0087

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

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

مدير النشر:

بودريوه عبد الكريم - عميد كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

رئيس التحرير:

رداف أحمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

اللجنة العلمية:

- زوايمية رشيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- ردا ف أحمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- بودريوه عبد الكريم - أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- طيب السعيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- جعفر محمد السعيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- كاشير عبدالقادر - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- زرقين رمضان - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة باتنة.
- كحلولة محمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
- بن حمو عبد الله - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
- منثري مسعود - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عنابة.
- بوضياف عمار - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تبسة.

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق - القطب الجامعي أبوداو

الهاتف/ فاكس 034229357 البريد الإلكتروني [facdroit\\_bej@yahoo.fr](mailto:facdroit_bej@yahoo.fr)

## مقاييس النشر

تُعرض المقالات على اللجنة العلمية للمجلة و يلتزم أصحابها بمراعاة المقاييس التالية :

### المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات:

يذكر صاحب المقال الإسم و اللقب و الرتبة العلمية أو مؤهلاته المهينة .

### الهوامش:

يكون ترقيم الهوامش متسلسلا من بداية المقال إلى نهايته و تُدوّن في آخر المقال .

### 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 (ص).

### المظهر:

يجب ألا يتجاوز المقال 30 صفحة .

تُطبع المقالات بخط Simplified Arabic حجم 14 للمضمون و 12 بالنسبة

للهمامش .

تُرسل أو تودع المقالات في نسخة ورقية واحدة تكون مصحوبة بنسخة محفوظة في

قرص مرن (CD) .

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

## المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

### الفهرس

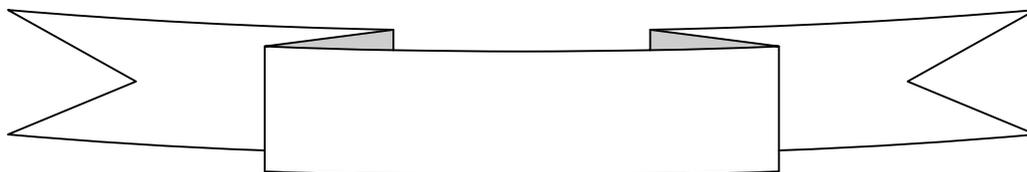
- قواعد القانون الدولي الرأهنة بين الشرعية القانونية والشرعية الموازية  
08 بويحي جمال.....
- مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر  
19 تياب نادية.....
- دور اجتهاد المجلس الدستوري في رسم العلاقة الوظيفية بين الحكومة و البرلمان بعد التعديل الدستوري لـ28 نوفمبر 1996 خرباشي عقيلة.....  
39
- دور مجلس الأمن في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية  
52 دحماني عبد السلام.....
- اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور في قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري  
67 صالح شنين.....
- تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الاثنية  
73 حساني خالد.....
- حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة  
82 طاهير رابح.....
- ضبط المرافق العامة: نموذج مرفق المياه  
99 عيساوي عز الدين.....
- خيارات الحائز في مواجهة التنفيذ على العقار المرهون  
111 زكريا سرايش.....
- ماهية عقد BOT : بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الاقتصادية و خصوصتها  
119 نمديلي رحيمة.....
- ماهية عقد الاعتماد الايجاري الدولي  
133 عسالي عبد الكريم.....
- إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني و التنبني  
144 أيت منصور كمال.....
- توريق القروض الرهنية في التشريع الجزائري  
159 بلعيساوي محمد الطاهر...  
● جمعيات حماية المستهلك موجودة
- أو تحتاج إلى وجود  
173 بن عنتر ليلي.....
- القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني  
193 موكه عبد الكريم.....

- Le supplément d'information en procédure  
Pénale algérienne

Dr.TALBI Halima

- La régulation des services publics :  
Le secteur des télécommunications

BERRI Noureddine



## قواعد القانون الدولي الراهنة بين الشرعية القانونية والشرعية الموازية

بويحيى جمال

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان - بجاية

### مقدمة:

نسلم - مبدئياً - بأن المجموعة الدولية، سعت من وراء إسهاماتها الواضحة عبر مراحل تحولات المجتمع الدولي، إلى تأسيس منظومة قانونية دولية تحقق - على الأقل - نوعين من المبادئ؛ أما الأول، فهو مبدأ المشاركة، الذي وإن عرف استئثار مجموعة من الدول الأوروبية المركزية به لوحدتها عقب النظام الذي أسسته اتفاقية واستفاليا (1648)، إلا أن التوجه نحو العالمية والانفتاح كان ثابتاً وواضحاً، خاصة بعد الإنضمام الملحوظ للدول حديثة العهد بالاستقلال إلى المنظمة الأممية والتأثير البين لمدينتاتها في التشريع الدولي، بحثاً عن "أخلقة" (إضفاء الجانب الأخلاقي) القواعد التقليدية التي قام عليها القانون الدولي التقليدي. هذا، ويتمثل المبدأ الثاني في تحقيق جانب مهم من المقبولية لهذه القواعد - باعتبارها نتيجة حتمية للمبدأ السابق ذكره - حتى يعطي "دمقرطة" أكبر للقاعدة القانونية الدولية. وهو ما تحقق جانب منه، على الرغم من المطالب المستمرة للارتقاء بمستوى المبدئين حتى يكونا في مستوى تطلعات المجموعة الدولية ككل، ولو أن ذلك يبقى أحد التحديات الراهنة للقانون الدولي.

لكن عوض إصلاح منظمة الأمم المتحدة؛ حاولت مجموعة من الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية (و.م.أ)، فرض "نظام قانوني" لا يعبر بالضرورة عن رغبة المجموعة الدولية (نقيض المشاركة). كما أصبح الانصياع يفرض بعيداً عن الاقتناع الذاتي بقوة هذه القواعد (انصياع القوة)، وذلك في إشارة إلى الشرعية الموازية أو الفعلية، فالإشكالية المطروحة تتمثل في؛ إذا سلمنا بأن الشرعية الموازية تعتبر حقيقة ثابتة في الممارسة الدولية الراهنة، فكيف يمكن إعادة صيانة الشرعية القانونية كحتمية لضمان فعالية القاعدة القانونية الدولية؟

لغرض البحث في الإشكالية المتقدم ذكرها، نبحت في مفهوم الشرعية الموازية (المحور الأول) ثم نستعرض بعدها مظاهر الانحراف بالشرعية الدولية (المحور الثاني).

### **المحور الأول: في مفهوم الشرعية الدولية الموازية أو الفعلية (de Facto)**

نحاول الإقتراب من ضبط مفهوم الشرعية الدولية (أولاً)، ثم نتعرض بعدها بالبحث في الأسباب التي أدت إلى تأسيس هذا المفهوم (ثانياً)

#### **أولاً: مفهوم الشرعية الدولية**

ينصرف مصطلح الشرعية عموماً ليعني، ضرورة احترام القواعد القانونية القائمة وذلك بأن تكون جميع السلطات العامة للمواطنين في الدولة متفقة مع أحكام القانون بمدلوله العام<sup>(1)</sup>. هذا وقد استخدم مصطلح الشرعية لأغراض تبرير تصرفات وأعمال معينة و/أو لإدانة تصرفات أخرى، أما حين يكون مصدر الحكم الشرعي شريعة الله - عز وجل - فإننا نكون أمام الشرعية الإلهية، كما قد تسمى بالشرعية الدينية مثل الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

غير أن ما يهمنا في هذه المسألة، هي حين تكون الشرعية من وضع البشر، فإن بذلك نكون أمام شرعية قانونية ووضعية، ومنه الشرعية الدولية التي تظهر كصفة لمطابقة و/أو موافقة التصرف من عدمه لقواعد النظام القانوني الدولي، والتي بدورها تنحصر بصفة أساسية في المصادر التي تضمنتها المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية الأساسي (م.ع.د.)<sup>(3)</sup>.

نصل إلى أن الشرعية الدولية هي مجموعة القواعد المتأتية من مصادر القاعدة الدولية (المادة 38 من نظام (م.ع.د) الأساسي، ميثاق الأمم المتحدة، بالإضافة إلى أهم المواثيق والاتفاقيات والممارسات القضائية والفقهية التي ارتضتها المجموعة الدولية كأساس لمقبولية القاعدة القانونية المنبثقة عنها...) وهو جوهر الخلاف بين الشرعية القانونية بالمفهوم السابق والشرعية السياسية التي عادة ما تخضع للمصالح الضيقة للدول.

أما ما خرج عن الإطار العام المذكور سابقاً، فهو محاولة لتأصيل شرعية موازية، فعلية وواقعية لا تستمد قوتها ومقبوليتها - كقاعدة عامة - من المصادر المتفق عليها فقها وقضاء كالاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية... وإنما من تصرفات انفرادية تركز على فهم ذاتي وفي أحسن الأحوال انحرافاً بالفهم المتفق عليه في إطار الأمم المتحدة، وبالضبط المادة 103 من الميثاق<sup>(4)</sup> فهي أقرب إلى الشرعية السياسية منها إلى الشرعية القانونية .

ومنه، لا يمكن لدولة ما وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية (و.م.أ) أو مجموعة من الدول، أن تكون مرجعا للشرعية الدولية مفهوما وحدودا، فالشرعية الدولية هي المرجعية للحكم على تصرفات سائر أشخاص القانون الدولي على مر العصور وهي بناء متكامل ثابت الحدود والأركان والمعالم<sup>(5)</sup>.

### **ثانيا: الأسباب الكامنة وراء الانحراف بالشرعية الدولية**

يرجع الانحراف بالشرعية الدولية إلى أسباب كامنة في المنظومة القانونية الدولية في حد ذاتها(1) وأخرى تقع خارجها (2)

#### **1- الأسباب الداخلية (عجز مصادر القانون الدولي عن مواكبة التحولات الدولية)**

مقصدنا في ذلك بالأساس، تلك الشكليات المعقدة المترتبة على أعمال المادة 38 من نظام (م.ع.د) الأساسي التي حوت حصرا نموذجيا- يومها- لمصادر القانون الدولي بدءا بالاتفاقيات الدولية المبرمة بين الدول التي تضع القواعد المعترف بها صراحة من طرف الدول المتنازعة<sup>(6)</sup>، والملاحظ على ذلك أنها قصرت هذا التصرف القانوني على الدول دون المنظمات الدولية، فحتى وإن سلمنا بأن زمن اعتماد هذا النص كانت إلا الدول وحدها كشخص للقانون الدولي، إلا أن اكتساب المنظمات الدولية للشخصية القانونية الدولية في اجتهاد قضاة (م.ع.د) المشهور في قضية الخسائر المكبّدة في خدمة الأمم المتحدة<sup>(7)</sup>، كان لا بد أن يصاحبه مراجعة رسمية، بغية إلحاق المنظمات الدولية بالدول على الخصوص أنها ما فتأت تضطلع بدور مؤثر في العلاقات الدولية.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، هناك استئثار كلي بجعل المدنيات الغربية وحدها كأساس للتشريع الدولي من خلال منطوق المادة 38(ج) موضوع الدراسة التي ذهب إلى الاعتداد فقط بالمبادئ العامة التي تقرها "الأمم المتحدة"، فإن كان هذا المصطلح معمول به في النصف الثاني من القرن العشرين، فلم يعد له معنى خاصة بعد الانضمام الملحوظ للدول حديثة العهد بالاستقلال إلى نظام الأمم المتحدة، والدليل على ذلك أن حتى الفقه الغربي نفسه -المعتدل- طالب بحل وإبعاد هذا المصطلح، منهم "الدوك"، الذي أكد على هذا التوجه في ظل "مدنية" جميع الدول العضوة في المنظمة الأممية<sup>(8)</sup>. لذلك فإن هذا الاصطلاح يعتبر أحد آثار اتفاقية واستفاليا(1648)، المعبر عن مسحة أوروبية مسيحية لمنطلقات قواعد القانون الدولي، ومنه يجب أن تثرى المادة بالصياغة الآتية "مبادئ القانون العامة التي يقرها المجتمع الدولي بأكمله".

إلى جانب هذا، يجب تفعيل المادة 38 (قيد الدراسة) بفكرة فرعية أخرى تقيد التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة لأشخاص القانون الدولي (الدول والمنظمات الدولية على الخصوص)، في أوضاع محددة ومقيدة، خاصة بعدما اعترفت لها (م.ع.د) في قضية "التجارب النووية الفرنسية" في 1974 بقدرتها على ترتيب آثار قانونية ملزمة في مواجهة المجموعة الدولية ككل<sup>(9)</sup>، على نحو ما ذهبت إليه سابقا في قضية "برشلونة تراكسيون"<sup>(10)</sup>، والأكثر من ذلك قد ترقى هذه التصرفات إلى مصاف الالتزامات في مواجهة الكافة، وذلك لأغراض "أقلمة" النص السابق وجعله أكثر مرونة مع، المتغيرات الدولية، لأن القول بخلاف ذلك، من شأنه أن يثير مسألة الشرعية الفعلية في مواجهة الشرعية القانونية من جديد، لاسيما وأن هذه الأعمال قائمة ومُعترف بها في الممارسة الفقهية والقضائية.

كما يشهد ميثاق الأمم المتحدة ذاته - باعتباره أحد أبرز نصوص الشرعية الدولية - جمودا ناتجا عن الشكليات المعقدة التي تخرج بها القاعدة القانونية للوجود، علاوة على ذلك فأحكام الميثاق تشهد ضيقا في الفهم أمام الامتداد الأفقي والعمودي الذي ما فتئ يشهده المجتمع الدولي؛ سواء في مسائل السيادة (المادة 1/2) أو عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وذلك أمام التوجه أكثر نحو عالمية حقوق الإنسان وتبلور فكرة التراث المشترك للإنسانية. أما مسألة استخدام القوة في العلاقات الدولية، فالمؤكد أن العمل الدولي بها تجاوز بكثير أحكام الميثاق في هذا الموضوع، وخاصة المادة 51 التي تضبط مبدأ الدفاع الشرعي كحق طبيعي مخول للدول المعتدى عليها.

فالتساؤل المطروح كيف يمكن التوفيق بين عبارة "إذا اعتدت"<sup>(11)</sup> بمعنى حصل الاعتداء، (فنص خمسينيات القرن الماضي لم يعد يوائم التحولات الدولية المسجلة في هذا المجال... والتطور الحاصل في مجال التكنولوجيا والأسلحة الفتاكة، التي لم تعد السلامة الإقليمية للدول في منأى عن التعرض لها ولو بإعمالنا للنص السابق) مع الممارسة الدولية اليوم القائمة على الرد لمجرد وجود نية مستقبلية و/أو لا توجد أصلا "احتمال"؟ فهذه الثغرات والجمود من شأنها أن توفر سندا وراء أي تفسير ذاتي من قبل بعض الدول وخاصة (و.م.أ).

## 2- الأسباب الخارجية (التغير الحاصل في بنية المجتمع الدولي حديثا)

مرد ذلك - في تقديرنا - إلى جملة الأحداث التي سارت في اتجاه اضطلاع

مجموعة الدول الرأسمالية وعلى رأسها (و.م.أ) بمركز عملي مميز على صعيد العلاقات الدولية سواء من الجوانب الاقتصادية العسكرية والسياسية، هذا، وإذا كان المبدأ المعمول به في الأنظمة القانونية الداخلية، أنه ولغرض تكريس دولة القانون لا بد من توافر إرادة سياسية، زيادة على النصوص القانونية، فإن إرادة هذه الدول وخاصة (و.م.أ) يبدو أنها جاءت في الاتجاه العكسي، وبالخصوص بعد مرحلة التسعينيات من القرن الماضي التي شهدت اندثار الاتحاد السوفيتي -سابقا- فقد كانت قبل هذه السنة بعض المؤشرات والدلائل الضمنية لذلك (النزاع الأممي الأمريكي، بخصوص تفسير اتفاقية المقر بينهما 1988) (12)

والتساؤل الذي صاحبها حينئذ حول طبيعة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، ومسألة سمو أحدهما عن الآخر؟ وكذلك قضية "لوكيربي" والإملاءات الضمنية الأمريكية وراء سحب الاختصاص من محكمة العدل الدولية واستئثار مجلس الأمن الدولي به؟ والملاحظ، للذي يستقرأ مرحلة ما بعد سنة 1991 أن (و.م.أ) اكتسبت بعد تفكك المعسكر الاشتراكي - سابقا- وما آلت إليه دول الحلف الأساسي والعسكري لـ"وارسو" مركزا فريدا ومتميزا، مستغلة بذلك هذه الأزمة التي يعيشها النظام الدولي، بل وجعله في خدمة منظورها في كثير من الأحيان ، فأصبحت بذلك القوة المسيطرة في إدارة الوضع الدولي الراهن ، ولذلك فما يجري من تحولات - كما ذهب في ذلك أستاذنا د.سعد الله- ليس منقطع الصلة بهذه الحقيقة<sup>(13)</sup>. هذا، وأخذت هذه الهيمنة أبعادا جديدة وصريحة بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 جعلت عديد الباحثين يتساءلون عن مصير القانون الدولي ومستقبل الشرعية الدولية؟<sup>(14)</sup>

### **المحور الثاني: في إثبات وجود الشرعية الدولية الموازية في الممارسة الدولية الرأهنة**

نتعرض بالدراسة -تحت العنوان السابق- إلى بعض أهم المظاهر التي نستقرأ من خلالها وجود شرعية موازية ( فعلية وواقعية) مفروضة بالقوة من طرف بعض الدول الرأسمالية الكبرى وخاصة (و.م.أ) ولعلّ من أهمها؛ الفهم الأمريكي الذاتي لأحكام الميثاق (أولا)، وكذلك الحرب على ما يطلق عليه "الإرهاب الدولي" (ثانيا) .

### **أولا: الفهم الذاتي الأمريكي لأحكام الموائيق الدولية ( القراءة الأحادية)**

مرد ذلك بالأساس إلى الجمود الذي تعاني منه هذه الموائيق وعلى رأسها ميثاق الأمم المتحدة. ومن منطلق ذلك، تم تأسيس فهما (قراءة أحادية) ذاتيا لبعض أحكامه كما أسلفناه سابقا ( نقصد التفسير وليس التبرير)، حتى يصبح يطابق بعض الأعمال الانفرادية

والتصرفات الخارجية - على الخصوص - التي ما فتئت تنتهجها (و.م.أ) ومنها:

## 1- الدفاع الشرعي الوقائي (محاولة إطباق النص على التصرف الفعلي!؟)

إذا كانت فكرة الدفاع الشرعي المؤسسة على المادة 51 من الميثاق، تعني ذلك العمل (المقاومة و/أو ردة الفعل المسلح الذي يكفله القانون الدولي عندما تتعرض السلامة الإقليمية لأية دولة تعرضا صريحا ومسلحا باعتباره حقا طبيعيا بيّن وواضح، إلا أن الممارسة الأمريكية على الخصوص ومعها بعض الدول الرأسمالية الكبرى، أسست بالفعل فهما ذاتيا خاصا بها، يكفل حق الرد -الذي حفظه النص السابق للمعتدى عليه- لمجرد التهديد المحتمل والمستقبلي، وليس الاعتداء الواقع بمفهوم المادة 51 من الميثاق، بل ذهبت في ممارساتها الدولية إلى أبعد من ذلك إذ استأثرت بهذا الحق إذا ما التمسست وجود نية مستقبلية يحتمل أن تعرض سيادتها للخطر؟<sup>(15)</sup> ، فهذه المرونة والتفسير الذاتي الواسع للمادة السابق ذكرها جعلت من القاعدة القانونية (الفهم الأمريكي للمادة 51) تعتد بالنوايا مثلها مثل القاعدة الأخلاقية، خروجاً عن الفهم المتأصل في القواعد العامة للأنظمة الداخلية، وإفراغ لطبيعة القاعدة القانونية من محتواها؟ هذه الأخيرة تترتب عليها نتائج خطيرة فالمتهم هنا مدان إلا أن تثبت براءته؟!.

## 2- إعادة صياغة نظرية المجال المحفوظ للدولة داخليا ( إعمال مبدأ التدخل!؟)

من بين أهم المبادئ التي قامت عليها الأمم المتحدة (المادة 7/2)، ودافع عنها فقهاء الدول حديثة العهد بالاستقلال على الخصوص، بل هو أهم مبدأ قام عليه القانون الدولي الكلاسيكي والمتفرع عن مبدأ التساوي في السيادة، مع استثنائنا لحالات التدخل الجماعي وفقا لمقتضيات الميثاق، وفي حالة التدخل بناء على طلب السلطة الشرعية للدولة والتدخل المضبوط والمؤطر للاعتبارات القصوى للإنسانية، بإشراف من الأمم المتحدة.

غير أن الممارسة الأمريكية في هذا المجال تكشف عن خروقات خطيرة لهذا المبدأ؛ بدءاً من حرب الخليج الأولى 1991، المبني على اعتبارات سياسية، أكثر منها قانونية، طبقاً لقرار مجلس الأمن الدولي رقم 688 لـ 1991/04/8<sup>(16)</sup>، ليس هذا فحسب بل، بل كذلك سجلت (و.م.أ) تدخلا عسكريا في "هايتي" 1994 ، أما الأمر غير المستساغ بدرجة أكبر هو أن الأمم المتحدة، خرجت لأول مرة عن مبدأ الحياد (حياد القانون الدولي في مسألة نوع الحكم المتبع في الدول داخليا) ، واشترطت في سابقة ما يسمى بالشرعية الديمقراطية، في "هايتي" كأحد مظاهر التحول في قواعد القانون الدولي<sup>(17)</sup>، هذا الأخير ينذر بمراجعة هذا المبدأ

مستقبلاً، وهو ما تأكد بالفعل في أعقاب غزو العراق 2003 ولكن من جهة الممارسة لا النص الدولي هذه الأنماط المستحدثة من الممارسة ولدت مجابهة صريحة للولايات المتحدة الأمريكية لقواعد القانون الدولي<sup>(18)</sup>، وجعلتها فعلا على مستوى متقدم من الإشكالات القانونية المطروحة، بشأنها وبالخصوص على فعالية هذه القواعد ، وقدرتها على فرض الانصياع في مواجهة مخاطبيها.

**ثانياً: الحرب على ما يطلق عليه " الإرهاب الدولي" في ضوء غياب تأسيس قانوني بين وواضح:**

إذا كانت ظاهرة التعرض المسلح للأشخاص والمؤسسات القانونية الدولية ليست بالأمر الجديد في الممارسة الدولية ( مقتل الوسيط الأممي 1949، على يد منظمة متطرفة إسرائيلية)، فإن الأبعاد التي أخذها- حديثاً- تطرح عديد الإشكالات بخصوصها، ويزداد هذا الاستفهام لما نسجل غياب نصوص قانونية دولية تضبط بدقة هذه الممارسات كـ "الإرهاب الدولي" ، "جرائم العدوان"<sup>(19)</sup>، غير بعض النصوص القليلة وغير دقيقة، بل وبعيدة عن الإحاطة بهذه الظاهرة، منها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 159/46 الصادر بتاريخ 1987/12/07، أين سلمت الجمعية العامة بتوسيع الكفاح ضد "الإرهاب الدولي" ووضع تعريف لـ "الإرهاب الدولي" متفق عليه<sup>(20)</sup>. ومن قبلها اتفاقية بشأن تجريم الأعمال الإرهابية لعام 1937<sup>(21)</sup>.

وعموماً، ذهب الفقه الدولي لتحديد بعض المعايير المشتركة للوصول إلى تحديد معنى "الإرهاب الدولي"، بحيث يعبر هذا الأخير عن " جميع الأفعال التي ترمي إلى إيجاد حالة من الذعر وترتب بوسائل خطيرة كالمواد والأدوات المتفجرة أو الملتهبة أو السامة أو الوبائية أو التي من شأنها أن تحدث خطراً عاماً وترتكب العصابات أو الجماعات الإرهابية بقصد غايات قد تكون سياسية كما ذلك لإرهاب الحكومة القائمة مثلاً وحملها على التخلي عن الحكم أو على التصرف على نحو معين دون غيره"<sup>(22)</sup>

غير أنه، وحتى هذه المفاهيم الفقهية المشتركة، انحرف بها على نحو معين يخدم المصالح الضيقة للدول الكبرى وخاصة (و.م.أ.)، إذ أصبح المفهوم السابق أكثر ميوعة غداة أحداث 11 سبتمبر 2001، بتصريح الرئيس الأمريكي ( بوش الابن) " من ليس معنا، فهو ضدنا.. مع الإرهاب"<sup>(23)</sup>، وكمثال على تأسيس الشرعية الموازية في مجال مكافحة ما

يطلق عليه "الإرهاب الدولي"؛ نشير إلى تبعات ما بعد أحداث 2001/09/11 السابقة الذكر، بحيث تقتضي الشرعية الدولية (القانونية) أن تتبع (و.م.أ) لـ ثلاثة (3) خيارات:

- إما تسليم من تتهمه (و.م.أ) بإتيان هذه التصرفات (أسامة بن لادن) لأمريكا لمحاكمته وفقا لقانونها الداخلي، اعتبارا أن هذه الهجمات وقعت على أراضيها وبالتالي ينعقد الاختصاص النوعي لقضائها الداخلي.

- وإما محاكمة "المتهم" في أفغانستان ونفاذي تسليمه باعتبار أنه لا توجد اتفاقية قضائية بين أفغانستان والـ (و.م.أ)، تتعلق بتسليم المطلوبين "المجرمين".

- أخيرا، تسليمه إلى المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، إذا ما كلفنا هذه الهجمات على أنها تمثل جرائم ضد الإنسانية<sup>(24)</sup>، (وليس جرائم ما يطلق عليه الإرهاب الدولي)، كون اختصاصها لا يمتد إلى هذا النوع الأخير من الجرائم.

فهل المفهوم الذاتي النفعي الأمريكي، تم فرضه بالفعل كـ "اتفاقية دولية بصفة منفردة" على المجموعة الدولية؟ هل لا تزال الأمم المتحدة والنصوص الدولية في الموضوع تعتبران أبرز قاعدة للشرعية الدولية، أم المنظومة القانونية الداخلية لـ (و.م.أ)؟، وبالتالي إعادة النظر في مسألة سمو أحكام القانون الدولي على القانون الداخلي، التي أكد عليها الاجتهاد القضائي الدولي في عديد المناسبات التي عالجها؟

### خاتمة:

يعتبر تأسيس شرعية دولية فعلية، أحد أهم مظاهر الانحراف بالقانون الدولي الراهن، وجوهر التحديات التي يجب على المجموعة الدولية ككل أن تتوحد لمواجهتها، من منطلق - إلى حد ما - أن القانون الدولي قانون إرادي، تلعب إرادة الدول فيه مجتمعة العامل الأساسي في إنشاء القاعدة القانونية الدولية. فصحیح، إذا كان من جهة، في كل منظومة قانونية بعض الثغرات (وعلى الخصوص القانون الدولي، كونه في طور التكوين المستمر)، وإن كان من جهة أخرى، إنتهاك القاعدة القانونية لا يؤثر في وجودها، إلا أن فقدان أية منظومة قانونية لقدرتها على فرض الإنصياع في مواجهة مخاطبيها، يطرح مسألة الجدوى من ورائها وفعاليتها.

إن منظومة القانون الدولي تبقى متميزة عن أية منظومة قانونية أخرى، كونها من طبيعة خاصة (تعكس فكرة المصالح الضيقة للدول)، إذ ليس هذه الأزمة الأولى التي واجهتها (الحرب الباردة مثلا)، وكادت أن تمس بوجودها، لكن يكاد يجمع الفقه الدولي أن هذه

المرحلة الدولية المعاشة، تعتبر سابقة من حيث المجابهة الصريحة للبناء القانوني الذي طالما ناضلت الإنسانية لأجله من وراء مختلف المؤسسات الدولية التي أوجدتها. فإذا كانت فكرة "ديمقراطية" القواعد الدولية تقتضي حتما تحقيق مبدأ المشاركة ومنع الإستئثار الأحادي الجانب بمصدر القاعدة القانونية، للوصول إلى مجتمع دولي يعتمد على الشرائع والمدنيات الرئيسية المعترف بها؛ فإننا، ولغرض الوصول لهذا الهدف، نقترح ما يلي:

- إعادة تفعيل البناء القانوني الدولي، وعلى رأسه أحكام ميثاق الأمم المتحدة وخاصة المبادئ التي قام عليها هذا الأخير، حتى لا تتخذ كمنهجية للانحراف بفهم ذاتي كما أشرنا إليه في العرض، (المبادئ المتعلقة بالسيادة، على ضوء السيادة النسبية المعمول بها اليوم، وليس السيادة المطلقة، المعمول بها سابقا، مبدأ التدخل كذلك، حتى يضبط التحولات الراهنة المسجلة في المجال، مع ضرورة رفع عدد الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن الدولي - على الأقل - حتى تكون الدول دائمة العضوية، تمثل المدنيات الكبرى المعمول بها في الأنظمة الداخلية.

- الإثراء الرسمي لنص المادة 38 من نظام (م.ع.د)، بإلحاق المنظمات الدولية المكتسبة للشخصية الدولية منذ 1949، بالدول في عملية إبرام الاتفاقيات الدولية، خاصة والدور الذي ما فتئت تحوزه على صعيد المجالين الأفقي والعمودي للقانون الدولي، مع الاعتراف بمبادئ القانون العامة للمجتمع الدولي بأكمله وليس "للأمم المتحدة" على النحو الذي سقناه سابقا. مع إضافة كذلك فقرة فرعية تضبط الأعمال الصادرة بالإرادة المنفردة لأشخاص القانون الدولي، ولكن بشكل مقيد ومحدد، بغية عدم التأسيس عليه بخصوص بعض التصريحات السياسية التي تحمل دلائل الإلزامية في مواجهة المجموعة الدولية، المستقرة من خلال الممارسة الدولية.

- ضرورة التوافق، على تعريف دقيق لبعض الممارسات الدولية المفسرة على أنها جرائم "عدوان" وكذلك جرائم ما يطلق عليه "الإرهاب الدولي" بغية تطيرهما بشكل لا يسمح باستخدامهما ضد السلامة الإقليمية لبعض الدول من جهة، وكما لا يجعل تصنيف دول معينة (على أنها "دول عدوانية"، ودول راعية لما يطلق عليه "الإرهاب الدولي") راجع للمنظومة القانونية لدولة معينة كالولايات المتحدة الأمريكية مثلا، بل يبقى التصنيف الأوسع للموظف وهو القائم على النصوص القانونية المعمول بها لإبعاد أية "شرعية دولية موازية" وبالتالي صيانة الشرعية الدولية القانونية.

## الهوامش:

(\*) بويحيى جمال ، أستاذ مساعد قسم " ب " مكلف بالدروس " القانون الدولي " كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، وأستاذ مشارك، مكلف بالبحث العلمي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، سنة ثالثة تحضير أطروحة الدكتوراه تحت عنوان " القانون الدولي في مجابهة التحدي الأمريكي".

(1) محمود ابراهيم حامد سكر، التصرف الصادر بالإرادة المنفردة وأثره في تطوير قواعد القانون الدولي العام، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص.329.

(2) العناني ابراهيم ، الشرعية الدولية والنزاع الليبي الغربي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثلاثون، يناير، 1998، ص.1.

(3) يرجى الرجوع في ذلك إلى:

- بويحيى جمال، المادة 38 من النظام الأساسي لـ (م.ع.د) والتوجهات الجديدة لتكوين قواعد القانون الدولي العام، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.

(4) تنص المادة 103 من ميثاق الأمم المتحدة " إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها "أعضاء الأمم المتحدة" وفقا لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالالتزامات المترتبة على هذا الميثاق".

(5) مصطفى أبو الخير الشرعية الدولية ومعتقل غوانتانامو، منشور على الموقع الإلكتروني:

[www.auw-org2008 Development](http://www.auw-org2008 Development)

(6) راجع المادة 38 فقرة فرعية (أ) من النظام الأساسي لـ (م.ع.د).

(7) affaire des dommages subis au service des nations unis , CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, p.174.

(8) عبد العزيز محمد سرحان، القانون الدولي العام ( النظرية العامة ونظرية القانون في القانون الدولي العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، 302.

(9) affaire des Essais nucléaires, CIJ, arrêt du 20 décembre 1974 p.p 253-457..

(10) affaire des Barcelone Traction, arrêt du 05 février 1970, p.03.

(11) راجع المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة.

(12) affaire de siège Etats-Unis vs O.N.U, CIJ, avis consultatif du 26 avril 1988, p.12.

(13) عمر إسماعيل سعد الله النظام العالمي الجديد: الشعار والحقيقة " دراسة قانونية نقدية" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، العدد 2/1، 1992، ص.322.

(14) CONDORELLI Luigi, les Attentas du 11 septembre et leurs suites: ou va le droit international, in R.G.D.I.P, vol 105, n 04, C.N.R.S, 2002, p.p 829-848.

(15) في نظرية الدفاع الشرعي الوقائي؛ يرجى العودة إلى كل من:

- علي إبراهيم، الحقوق والواجبات في عالم متغير، المبادئ الكبرى والنظام الدولي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 499

- يوسف أمال، عدم مشروعية الإرهاب في العلاقات الدولية، دار هومه، 2008، ص.85.  
(16) علوان عبد الكريم، التدخل لاعتبارات إنسانية، دراسة في قرار مجلس الأمن الدولي المرقم بـ688 لسنة 1991، مجلة الحقوق، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، يوليو، 2004، ص.ص.309-333. وانظر كذلك:

- بسيوني الشريف، الحرب الأمريكية في العراق، مشروعية استخدام القوة، مجلة السياسة الدولية، العدد 101 يناير، 2003، ص.ص.8-31.  
- صلاح الدين عامر، القانون الدولي في عالم مضطرب، مجلة السياسة الدولية، العدد 101، يناير، 2003، ص.ص.70-93.

(17) لحرش عبد الرحمان، المجتمع الدولي، التطور والأشخاص، دار العلوم، عنابة، 2007، ص.58.  
(18) GORGE NOLTE, le droit international face au déficit Américain,(cours et travaux),Laballery, Paris, 2005,p.3.

(19) يذكر أنه كان من المقرر أن تعرف جرائم العدوان السنة الماضية(2009) من طرف المحكمة الجنائية الدولية ولكن لم يحصل ذلك، لعدة أسباب أبرزها الأسباب السياسية.  
(20) مشار إليه في هامش كتاب:

- محمد حسن السويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص.23.

(21) سامي جاد عبد الرحمان واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.328.

(22) سعادي محمد، الإرهاب الدولي بين الغموض والتأويل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.ص.213-214.

(23) CYR DJIENA WEMBOU Michel, le droit international dans un monde en mutation, l'harmattan, Paris, 2003, p.18.

(24) بن داود عبد القادر، أحداث 11 سبتمبر في ميزان العدالة الدولية بين الخيارات الأمنية وأطروحة الخطر الأخضر، موسوعة القضائية الجزائرية، العدد الخامس، 2004، ص.142.

## مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر

تياب نادية

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان - بجاية

### مقدمة:

إن اللامركزية الإدارية تعتبر إحدى أساليب التسيير الإداري الذي تعتمد عليه الدولة الحديثة، إلى جانب أسلوب التسيير الإداري المركزي، وقد تبنته معظم الدول من بينها الجزائر، حيث تم تكريسها في مختلف دساتيرها منذ الاستقلال إلى اليوم، وآخر هذه الدساتير: دستور 1996<sup>(1)</sup> الذي نص في مادته 16 على ما يلي: "يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية".

وإذا كانت اللامركزية الإدارية تعني في مختلف البلدان التي تطبقها توزيع الوظيفة الإدارية بصفة أساسية بين السلطة المركزية في الدولة، وهيئات محلية منتخبة عبر الأقاليم، بحيث تمارس ما يؤول إليها من اختصاصات بصفة مستقلة وطبقاً للقانون مع الخضوع لرقابة السلطة المركزية بقصد الحرص على احترام القانون فقط. فإن أهدافها السياسية أكثر من ذلك بكثير إذ تتجاوز مجرد المشاركة في ممارسة بعض وظائف الدولة.

فاللامركزية ظهرت أيضاً لحل المسألة الديمقراطية في الدولة وتجسيد مبدأ حكم المواطنين أنفسهم بأنفسهم في الشؤون المحلية التي تهمهم مباشرة ولذلك تسمى في الكثير من البلدان "بالحكم المحلي" وبالتالي منح السلطة الكاملة للسلطات المحلية لاتخاذ القرارات الضرورية لتصريف شؤونها، وهذا ما جاء به الميثاق الوطني عندما نص على أنه ينبغي للامركزية أن تخول البلديات والولايات كامل الصلاحيات للنظر في كامل المشاكل وهذا يعني منحها قدر معين من الاستقلالية في تصريف شؤونها المحلية وبالتالي تجسيد فكرة اللامركزية على أرض الواقع.

ولما كان موضوع دراستنا هو البحث عن مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر، كان لزاماً علينا البحث في مدى استقلالية الجماعات المحلية<sup>(2)</sup> في الجزائر على ضوء مختلف

القوانين الأساسية للدولة، وكذا النصوص التشريعية المؤطرة للهيئات المحلية، ففيما تتجلى إذن مظاهر استقلالية الجماعات المحلية الجزائرية وما هي حدودها ؟ وسوف نحاول الإجابة عن هذه الإشكالية في مبحثين، بحيث نتطرق في المبحث الأول إلى إبراز مظاهر استقلالية الجماعات المحلية وفي المبحث الثاني تبيان حدود تلك الاستقلالية.

### **المبحث الأول : مظاهر استقلالية الجماعات المحلية في الجزائر**

إن مظاهر استقلالية الجماعات المحلية تتجلى أساساً في وجودها القانوني (مطلب أول)، وتمتعها بالشخصية المعنوية وسلطة اتخاذ القرارات (مطلب ثاني) واعتماد أسلوب الانتخاب كأداة قانونية لتحقيق استقلاليتها (مطلب ثالث).

### **المطلب الأول : الوجود القانوني للجماعات المحلية كضمان لاستقلاليتها**

إن الوجود القانوني للجماعات المحلية يتجسد في تكريسها في مختلف الدساتير الجزائرية وكذلك في مختلف النصوص التشريعية المؤطرة لها.

### **الفرع الأول : التكريس الدستوري للجماعات المحلية**

لقد تم تكريس الهيئات المحلية بصفتها هيئات لامركزية في مختلف دساتير الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بدءاً من دستور 1963 الذي تبنى اللامركزية الإقليمية، حتى وإن اكتفى بالإشارة إلى البلدية وحدها كقاعدة للجماعة المحلية<sup>(3)</sup> غير أن الدساتير اللاحقة كلّها أشارت إلى نوعين من الجماعات المحلية وهي البلدية والولاية مع التأكيد على أن البلدية هي الجماعة القاعدية<sup>(4)</sup> وبالتالي فلا شك أن الاعتراف الدستوري بهذه الهيئات يعتبر ضماناً لوجودها واستقلاليتها. فبالإضافة إلى ذلك لا يمكن إلغاء واحدة منها أو إضافة جماعات إقليمية جديدة إلا بنص دستوري، بحيث يتعين على المشرع حين ممارسة صلاحياته المنصوص عليها في نص المادة 10/122 من الدستور من أجل إنشاء هيئات إقليمية جديدة في الدولة أن يتقيد بنص المادة 15 من الدستور الحالي، وبناءً على هذا تم التصريح بعدم دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 31 ماي 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى. وذلك بموجب قرار المجلس الدستوري رقم 02/ق أم د / 2000 المؤرخ في 27/02/2000<sup>(5)</sup>، صف إلى ذلك الضمانات التي منحها الدستور لتلك الجماعات وذلك فيما يخص وسيلة إنشائها بحيث نصت المادة 122 في بندها العاشر السالفة الذكر في إطار تحديد الميادين التي يشرع فيها البرلمان على أنه تنشأ الجماعات الإقليمية بموجب قانون كما أكدته

مختلف القوانين المؤطرة لتلك الهيئات وهما القانونيين المتعلقين بالبلدية والولاية<sup>(6)</sup> وكل هذا يعتبر ضمانا أساسية لاستقلاليتها بحيث لا يعطي فرصة للسلطات المركزية في إنشاء تلك الهيئات خدمة لأغراضها وأهدافها السياسية.

### الفرع الثاني : التكريس التشريعي للجماعات المحلية

لقد اعترفت مختلف النصوص التشريعية المؤطرة للجماعات الإقليمية في الجزائر منذ الاستقلال بطابعها اللامركزي، ففيما يخص البلدية فقد نصت المادة الأولى من الأمر رقم 24/67 على أن : "البلدية هي الجماعة الإقليمية السياسية والإدارية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الأساسية وتحدث البلدية بموجب قانون" وقد أكدت أيضا على هذا الطابع، المادة الأولى من القانون 08/90 بنصها على أن: "البلدية هي الجماعة الإقليمية الأساسية وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتحدث بموجب قانون".

أما بالنسبة للولاية فقد نصت المادة الأولى من الأمر رقم 38/69 على أن: "الولاية هي جماعة عمومية إقليمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي. ولها اختصاصات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، وهي تكون أيضا منطقة إدارية للدولة"، وتضيف المادة الثانية من نفس الأمر ما يلي : "تحدث الولاية بموجب قانون، ويحدد اسمها ومركزها بموجب مرسوم" وهذا ما أكدته أيضا المادة الأولى من القانون 09/90 حيث تنص على أن "الولاية هي جماعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتشكل مقاطعة إدارية للدولة وتنشأ الولاية بقانون".

وما يمكن استخلاصه أن كل هذه النصوص القانونية المشار إليها أعلاه، إن عبرت عن شيء فإنها تعبر عن وجود هذه الهيئات المحلية ككيان مستقل عن الإدارة المركزية. وتمتعها بالشخصية المعنوية الشيء الذي يؤهلها لأن تمارس صلاحيتها واختصاصاتها المحددة قانوناً بنوع من الاستقلالية.

### المطلب الثاني : التمتع بالشخصية المعنوية وسلطة اتخاذ القرارات مظهر من مظاهر استقلالية الجماعات المحلية

يقتضي النظام اللامركزي الإداري أن يعهد بإدارة وتسيير المصالح المحلية المتميزة إلى هيئات وأجهزة محلية مستقلة عن الإدارة المركزية وذلك بإضفاء الشخصية المعنوية عليها<sup>(7)</sup> وما يترتب عن ذلك من سلطة اتخاذ القرارات، وذمة مالية مستقلة، وأهلية اكتساب الحقوق

وتحمل الالتزامات، ومنه فإن التمتع بالشخصية المعنوية للجماعات الإقليمية هي الميزة الأساسية للامركزي<sup>(8)</sup>

### الفرع الأول : التمتع بالشخصية المعنوية

إن تمتع الجماعات المحلية بالشخصية المعنوية هو مظهر من مظاهر استقلاليتها وذلك نظراً للنتائج المترتبة عن ذلك، منها الذمة المالية المستقلة، اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، بحيث لها الحق في الملكية، في التعاقد، وأهلية التقاضي سواء كانت مدعية أو مدعى عليها بحيث تنص المادة 05/60 من القانون 08/90 المتعلقة بالبلدية على أنه: "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مراقبة المجلس... برفع الدعاوى لدى القضاء باسم البلدية، ولفائدتها"، وكذلك المادة 87 من القانون رقم 09/90 المتعلق بالولاية التي تنص على أنه : "يمثل الوالي الولاية أمام القضاء سواء كان مدعياً أو مدعى عليه ماعدا الحالات التي يكون فيها طرفا النزاع، الدولة والجماعات المحلية".

وتجدر الإشارة إلى أن تمتع الجماعات المحلية أو الإقليمية بالشخصية المعنوية، العنصر الذي يدعم استقلاليتها، فهو مبدأ قانوني تم النص عليه بموجب النصوص القانونية المؤطرة للجماعات المحلية مثلما نصت عليه المادة الأولى من القانونين رقم 08/90 و 09/90 المتعلقين بالبلدية والولاية، حيث نص الأول على أن: "البلدية هي الجماعة الإقليمية الأساسية وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي". أما الثاني فنص كذلك على أن: "الولاية هي جماعة عمومية إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي".

### الفرع الثاني : سلطة اتخاذ القرارات مظهر من مظاهر الاستقلالية

لقد نص الميثاق الوطني لسنة 1976 على أنه: "ينبغي للامركزية أن تخول الولايات والبلديات كامل الصلاحيات للنظر في كل المشاكل وأن المجالس الشعبية وحدها حق البث في كل الميادين المندرجة في إطار اللامركزية".

ما يمكن استخلاصه من هذا النص أنه يشكل ضماناً قانونية حقيقية يدعم سلطة الجماعات المحلية في اتخاذ قراراتها. مما يشكل مظهر من مظاهر استقلاليتها، وتطبيقاً لكل هذا فقد نص ميثاق البلدية على أن الهيئات البلدية تتخذ في نطاق اختصاصاتها. المقررات المفيدة دون أن تعرض الأمر مسبقاً على سلطة الدولة، ودون أن تتدخل هذه الأجهزة في أن تحل محلها في اتخاذ القرارات أو في تعديلها، وأضاف ميثاق الولاية أن الولاية هي وحدة لا مركزية ولمجلسها الشعبي اتخاذ ما يراه صالحاً من قرارات وتدابير، ولا يتدخل ممثل

الحكومة إلا للسهر على مطابقة القرارات للقوانين والأنظمة المعمول بها<sup>(9)</sup> وتكون لهيئة التداولة في كل من قانون البلدية والولاية السلطة الكاملة في اتخاذ القرارات الضرورية لتصريف الشؤون المحلية<sup>(10)</sup> وتدخل السلطات المركزية أو ممثليها في هذا المجال لا يجب أن يتجاوز حدود الرقابة الإدارية الوصائية الذي ينبنى عليه نظام اللامركزية الإدارية والتي لا تتم إلا وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القوانين والتشريعات ولاسيما تلك المنظمة للوحدات الإدارية اللامركزية الإقليمية وكل هذا تطبيقاً لقاعدة لا وصاية إلا بنص<sup>(11)</sup> وينجم عن كل هذا عدم جواز حلول السلطات الإدارية المركزية الوصية محل السلطات الإدارية اللامركزية في القيام بأعمالها، وليس لها أن تجبرها في اتخاذ قرار معين، ذلك هو منطق استقلال الهيئات المحلية<sup>(12)</sup>، وذا هو منطق اللامركزية الإدارية، وما لها إلا المصادقة أو عدم المصادقة على التصرفات القانونية الصادرة عن السلطات الإدارية اللامركزية، دون أي تعديل لأن أي محاولة للتعديل يعتبر حلولاً للسلطة الوصية محل الجماعة الإقليمية، وهو ما يخالف نظام الوصاية الإدارية المنصوص عليها قانوناً، ومقابل كل هذا وكنتيجة لتتمتع الجماعات الإقليمية بالاستقلالية في اتخاذ قراراتها فإنها مسؤولة مسؤولية كاملة عن النتائج المترتبة على تنفيذها<sup>(13)</sup>

### المطلب الثالث : الانتخاب كأداة قانونية لتدعيم استقلالية الجماعات المحلية

إن المضمون الحقيقي لفكرة اللامركزية هو أن يعهد إشباع الحاجيات الخاصة بكل منطقة إلى هيئة مختارة من أبنائها مستقلة في عملها عن الدولة، وإن كانت خاضعة لإشرافها ورقابتها، وبذلك يتحقق مضمون الديمقراطية المحلية<sup>(14)</sup> ولا يتم ذلك إلا عن طريق الانتخاب الذي يعتبر من وجهة النظر القانونية عنصراً أساسياً من عناصر قيام الإدارة المحلية وشرطاً لازماً لقيام اللامركزية الإقليمية ذلك أنه يحقق الاستقلالية وبدونه تكون الهيئات المحلية في حالة تبعية للسلطة المركزية، ومتى انعدم الاستقلال المحلي انعدمت الإدارة المحلية بالمعنى القانوني<sup>(15)</sup> وبالتالي فإن مبدأ الديمقراطية المحلية يقتضي أن تكون الهيئات الإقليمية مسيرة من طرف مجالس منتخبة ذلك أن السلطات المحلية لا يمكن تعيينها من طرف الدولة<sup>(16)</sup>. وقد ركزت على هذا المبدأ مختلف القوانين الأساسية للدولة الجزائرية وكذا القوانين المؤطرة للجماعات المحلية.

فمن وجهة نظر الدساتير فقد نصت المادة 7 في دستور 1976<sup>(17)</sup> على أن "المجلس الشعبي هو المؤسسة القاعدية للدولة، والإطار الذي تم فيه التعبير عن الإرادة الشعبية،

وتتحقق فيه الديمقراطية، كما أن القاعدة الأساسية للامركزية ولمساهمة الجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية على جميع المستويات" وأما المادة الثامنة منه فقد نصت على أنه: "تمثل المجالس الشعبية المنتخبة بحكم محتواها البشري القوى الاجتماعية للثورة".  
أما دستور 1996 فقد نص في المادة 14 على أنه: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية، المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته، ويراقب عمل السلطات العمومية" وأكدت على ذلك المادة 16 منه بنصها على أنه: "يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية".

وأما من ناحية القوانين المؤطرة للجماعات المحلية فتتمثل في كلا من قانون البلدية والولاية. وهو ما أكدته المادة الثالثة من قانون 08/90 المتعلق بالبلدية بنصها على أنه: "يدير البلدية مجلس منتخب هو المجلس الشعبي البلدي وهيئة تنفيذية".  
وهو ما تأكد بموجب المادة الثالثة من قانون 09/90 المتعلق بالولاية حيث نصت على أن: "لولاية مجلس منتخب، يسمى المجلس الشعبي الولائي وهو هيئة المداولة في الولاية".

وتطبيقا لما سبق فإن العضوية في المجالس المحلية لا تكون إلا عن طريق الانتخاب<sup>(18)</sup> الذي فصله المشرع في الأحكام الواردة في الأمر 07/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 يتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات<sup>(19)</sup>  
ومن كل هذه القوانين يتضح أن أعضاء الهيئات المحلية يجب أن تكون منتخبة وليست معينة ذلك أن التعيين سيجعلهم مجرد موظفين عموميين خاضعين للإدارة التي قامت بتعيينه وبالتالي ستطالهم سلطة الإدارة وعلى رأسها سلطة التأديب كما أن الانتخاب كأسلوب في تنصيب الممثلين المحليين يمنحهم قدرا معيناً من الحرية والمبادرة، والممارسة الفعلية لمهامهم الانتخابية والتعبير عن إرادتهم وعن مصالح منتخبهم وهذا ليس متوفر بالقدر الكافي لدى الموظف العمومي.

وما يمكن الإشارة إليه في هذا المجال أنه إذا كان الانتخاب يكرس استقلالية المجلس المنتخب على مستوى البلدية إلى حدّ ما بالنظر إلى الصلاحيات التي يتمتع بها رئيسه فإنه ليس كذلك بالنسبة للمجلس المنتخب على مستوى الولاية، إذا أخذنا بعين الاعتبار الصلاحيات المحدودة التي يتمتع بها رئيس المجلس الشعبي الولائي سواء من الناحية

النظرية أو الواقعية، والتي لا تتجاوز حدود إدارة الجلسات والتنسيق مع والي الولاية، إلى جانب إرسال الإستدعاءات وطلب المساعدة المادية من والي لتسهيل سير أشغال المجلس كما أنه لا يتمتع بسلطة الرئيس الإداري، بحيث ليست له سلطة على الموظفين والمستخدمين حتى في ديوانه الشخصي، بعكس رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يملك كل هذه السلطات باعتباره الرئيس الإداري الأعلى للمستخدمين في بلديته، وكل هذا التقليل في حجم صلاحيات رئيس المجلس الشعبي الولائي يعبر عن رغبة المشرع في عدم خلق سلطة تنفيذية موازية لسلطة والي على مستوى الولاية.

وما يمكن قوله في هذا المجال أنه رغم أهمية الإنتخاب في تدعيم استقلالية الجماعات المحلية من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية يرتب نتائج سلبية أبرزها تلك المتعلقة بضعف أغلبية المنتخبين من حيث المستوى العلمي والكفاءة وعدم قدرتهم على ممارسة الاختصاصات الموكلة لهم. فعدم تحديد مستوى علمي معين في قانون الانتخابات كشرط من شروط الترشح على المستوى المحلي غالباً ما يؤدي إلى انتخاب مجالس محلية تفتقر إلى الكفاءات والخبرات الضرورية مما يفتح المجال واسعاً أمام تدخل السلطة المركزية، وبالتالي فقدان الاستقلالية في تسيير الشؤون المحلية. ومن أجل إصلاح الخلل يجب إعادة النظر في النظام الانتخابي القائم بصورة يفرض شروطاً معينة على المترشحين تتعلق أساساً بضرورة الحصول على قدر معين من التحصيل العلمي والكفاءة حتى يسمح لهم بالتسيير العقلاني للشؤون المحلية، بالإضافة إلى ضرورة تعديل القواعد المتعلقة بانتخاب أعضاء المجالس المحلية وذلك باعتماد نظام الأغلبية الذي يسمح بتشكيل مجالس متجانسة.

إنه وما يمكن الإشارة إليه من كل ما سبق، أن كل النصوص القانونية تعترف للجماعات الإقليمية اللامركزية بنوع من الاستقلالية بالنظر إلى الصلاحيات والاختصاصات التي تتمتع بها في مختلف المجالات إلى درجة جعلها نظرياً مختصة بكل ما هو محلي، فهل استطاعت البلديات والولايات في الواقع العملي أن تمارس بالفعل كامل اختصاصاتها المعترف بها قانوناً بكل استقلالية، أم أنها ما زالت في تبعية مستمرة لممثلي السلطات الإدارية المركزية إلى درجة تكاد تفقدها طابعها اللامركزي؟ وكل هذا ما سندرسه في البحث الثالث.

### المبحث الثاني : حدود استقلالية الجماعات المحلية في الجزائر

لقد كان البعض يعتقد أن نظام اللامركزية الإدارية قد بلغ مرحلة متقدمة من التطور، بعد صدور القانونين 08/90 و 09/90 المتعلقين بالبلدية والولاية، إلا أنه بعد صدور النصوص

المكاملة لهذين القانونين وبعد إعلان حالة الطوارئ التي تعزز الرقابة الوصائية<sup>(20)</sup> ظهرت حدود استقلالية الجماعات المحلية مما أثر على الطابع اللامركزي لها، ومن مظاهر ذلك ضيق الإستقلالية وشدة الرقابة على البلديات والولايات (مطلب أول) ثم التعيين كأداة قانونية للحدّ من استقلالية الجماعات المحلية (مطلب ثاني) ثم قلة الموارد والتبعية المالية للسلطات اللامركزية (مطلب ثالث).

### **المطلب الأول : ضيق الاستقلالية وشدة الرقابة على البلديات والولايات**

إن الرقابة الوصائية أو الرقابة الإدارية كما يسميها أغلبية فقهاء القانون الإداري هي تلك الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية أو ممثليها على الجماعات الإقليمية اللامركزية، وترمي هذه الرقابة إلى تحقيق هدفين : الأول، هو احترام مبدأ الشرعية، والثاني، تأمين السير الحسن للهيئات اللامركزية عن طريق مراقبة الملائمة وذلك تفادياً لسوء استعمال أموال المجموعات المحلية<sup>(21)</sup> وقد جاءت صور الرقابة الممارسة على البلديات والولايات الجزائرية شديدة وواسعة من الناحية العملية وتشمل الأعضاء المنتخبين<sup>(22)</sup> وكذلك المجالس وأعمالها وتأخذ هذه الرقابة أشكالاً ومظاهر مختلفة.

### **الفرع الأول : تعزيز صلاحيات ممثلي السلطة الوصية على المستوى المحلي**

ويظهر ذلك من خلال الصلاحيات التي يتمتع بها رئيس الدائرة بموجب نصوص المرسوم التنفيذي رقم 215/94 المؤرخ في 1994/07/23 الذي يحدّد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها<sup>(23)</sup> وتمثل أساساً في مراقبة أعمال البلديات الملحقة به<sup>(24)</sup> كما يتولى أيضاً تنشيط وتنسيق عمليات تحضير المخططات البلدية للتنمية وتنفيذها. كما يصادق على مداورات المجالس الشعبية البلدية حسب الشروط التي يحددها القانون والتي تتعلق موضوعها أساساً بالميزانيات والحسابات الخاصة بالبلديات والهيئات البلدية المشتركة في البلديات التابعة للدائرة نفسها، والموافقة على المداورات وقرارات تسيير المستخدمين البلديين وكذلك التسيير المنتظم للبلديات التي ينشطها، وتشجيع كل مبادرة فردية أو جماعية للبلديات، التي تكون موجهة إلى إنشاء الوسائل والهيكل التي من طبيعتها تلبية الاحتياجات الأولية للمواطنين وتنفيذ مخططات التنمية المحلية<sup>(25)</sup>.

وما لا يمكن إنكاره أن كل هذه الصلاحيات التي يتمتع بها ممثل السلطة الوصية على المستوى المحلي تعبر عن نية السلطات المركزية التدخل أكثر في شؤون الجماعات المحلية بالنظر إلى طبيعة المجالات المعنية بتدخل رئيس الدائرة كما ذكرنا، واتساع مجال القرارات

والمداولات الصادرة عن المجالس المنتخبة للبلديات الخاضعة للتصديق قبل تنفيذها، الشيء الذي يعتبر تقييداً حقيقياً لاستقلالية المسؤولين المحليين في اتخاذ القرارات الضرورية لتصريف شؤونهم المحلية، وهو ما يتنافى مع مبدأ اللامركزية الإدارية المقررة في مختلف المواثيق والنصوص القانونية.

إضافة إلى كل هذا، ومن أجل تعزيز تواجد السلطات المركزية أكثر على المستوى المحلي فإنه تم توسيع صلاحيات الأمين العام للبلدية والذي يعتبر كهيئة تسيير إدارية معينة تمنح لها اختصاصات واسعة تصل إلى حد إدارة شؤون البلدية في حالة حل المجلس الشعبي البلدي<sup>(26)</sup> وهو ما تأكد بالفعل أثناء حل بعض المجالس الشعبية البلدية في جويلية 2005 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-254 المؤرخ في 20 جويلية 2005 يتضمن حل المجالس الشعبية البلدية<sup>(27)</sup> وكل هذا يؤكد رغبة السلطات المركزية في التواجد على المستوى المحلي وهو ما يشكل تضيقاً لاستقلالية الجماعات المحلية.

### الفرع الثاني: التدخل الصارم للسلطات المركزية في الشؤون المحلية

ويتجلى ذلك أساساً في حلول السلطات الوصية محل الهيئات المحلية وكذا حل المجالس المنتخبة.

### أولاً: الحلول

يكون هذا الحلول عادة عندما يتعلق الأمر بإحداث توازن ميزانية الجماعات المحلية أثناء إعدادها أو أثناء التنفيذ المصحوب بعجز إضافة إلى تسجيل النفقات الإجبارية التي لم تصوت عليها المجالس المنتخبة<sup>(28)</sup> مما يجعلنا أمام أسلوب عدم التركيز الإداري أو سلطة رئاسية حقيقية<sup>(29)</sup>. ضف إلى ذلك أن جميع وثائق الميزانية تخضع لتصديق سلطة الوصاية، التي تستطيع تعديل وتقدير الموارد وتخفيض أو رفض بعض النفقات الاختيارية.

ومما لا شك فيه في هذا المجال أن التدخل المركزي في إعداد الميزانية المحلية يبرره ضعف الموارد المحلية وتبعية الجماعات المحلية مالياً للسلطة المركزية خاصة من أجل تمويل النشاطات الحيوية الذي يتطلب مساعدات الدولة.

وهكذا يعتبر حلول السلطات المركزية أو ممثليها محل السلطات اللامركزية من أشد صور الرقابة الإدارية<sup>(30)</sup> مقارنة بصور الرقابة الأخرى الممارسة على أعمال الهيئات المحلية مثل التصديق والإلغاء.

## ثانياً : حل المجالس المنتخبة

ويعتبر هذا الحل من أشد الرقابة الممارسة على المجالس المنتخبة، فهو إجراء خطير لذلك اشترط القانون أن يكون بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناءً على تقرير من وزير الداخلية عملاً بأحكام المادة 35 من قانون 08/90 المتعلق بالبلدية وكذا المادة 45 من القانون 09/90 المتعلق بالولاية.

وقد حدّد القانون حالات حل المجالس الشعبية البلدية والولائية بموجب المادة 34 من القانون 08/90 المتمم لموجب الأمر رقم 03/05<sup>(31)</sup> بالنسبة للمجالس الشعبية البلدية، وبموجب المادة 44 من القانون 09/90 المتمم بموجب الأمر رقم 04/05<sup>(32)</sup> بالنسبة للمجالس الشعبية الولائية، بحيث أبقى المشرّع على نفس حالات الحل الواردة في القانونين السالفين الذكر مع إضافة بند واحد لكل مادة والتي تنص على ما يلي: "... عندما يكون الإبقاء على المجلس من شأنه أن يشكل مصدرًا للإخلال في التسيير وفي الإدارة المحلية يمس بمصالح المواطن وسكينته".

وما يمكن ملاحظته من خلال القراءة المتأنية لهذه الفقرة أنها جاءت مجردة ذلك أن المشرع لم يوضح بدقة ما هي الأسباب التي تؤدي إلى الاختلال في التسيير أو تلك التي تشكل مساساً بمصالح المواطن وسكينته، كل هذا فتح المجال واسعاً أمام السلطة التقديرية للسلطات المركزية للجوء إلى حلّ المجالس المحلية كلما رأت ضرورة في ذلك ووفقاً لتقديراتها الخاصة وكل هذا يعبر حقيقة عن رغبة السلطات الوصية في تشديد الرقابة على الهيئات المحلية والتضييق من استقلاليتها.

## ثالثاً : هيمنة ممثل الدولة (الوالي) على الولاية

إذا كانت البلدية تخضع لرقابة واسعة أدت إلى الحدّ من استقلاليتها إلى حدّ ما، فإنّ الأمر أكثر صرامة في الولاية التي تعيش حالة خضوع تام لممثل السلطة المركزية (الوالي) بسبب الازدواج الوظيفي الذي يخول لصالح وظيفة ممثل الدولة<sup>(33)</sup> في الوقت الذي كان يعتقد البعض أنه سوف يتم تدعيم اللامركزية على مستوى الولاية وذلك بسحب سلطة التنفيذ من الوالي وتحويلها لرئيس المجلس الشعبي الولائي على غرار رئيس المجلس الشعبي البلدي<sup>(34)</sup> الذي يعتبر الهيئة التنفيذية في البلدية.

فالمجلس الشعبي الولائي يتداول في مسائل سبق أن أعد الوالي التقارير اللازمة بشأنها، في اعتباره ممثلاً للدولة فإنه يتدخل في مختلف أشغال المجلس الشعبي الولائي منذ بدايتها

إلى نهايتها، فعلى سبيل المثال فهو الذي يستدعي المجلس الشعبي للانعقاد في دورة استثنائية، ويستقبل استقالة الأعضاء، كما يستطيع كذلك اقتراح حل المجلس الشعبي الولائي وكذا طلب إلغاء المداولات من وزير الداخلية أو اقتراح رفض التصديق عليها<sup>(35)</sup> وبصفة عامة، يمكن القول بأن الوالي قد بسط هيمنته على الولاية بالنظر إلى الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها، وقد ترتب عن ذلك تبعية شبه كاملة للمجلس الشعبي الولائي تجاه مسؤول الهيئة التنفيذية والذي هو في نفس الوقت ممثل للدولة.

وأمام كل هذا يمكن القول أن الرقابة الممارسة على السلطات اللامركزية هي رقابة شديدة ومجال تدخل السلطات الوصية في أعمال السلطة المحلية واسعة إلى درجة تكاد تجردها من استقلاليتها، وعليه فمن أجل تدعيم الطابع اللامركزي للجماعات المحلية وتكريس مبدأ ديمقراطية الإدارة فإنه من الضروري إعادة النظر في مضمون الوصاية الإدارية وذلك بالقضاء على حالة الخلط والغموض الموجود بين اختصاصات الدولة واختصاصات الجماعات المحلية وتحديد مجالات تدخل كل واحدة منها في التسيير واتخاذ القرارات، وتحديد حدود الوصاية الإدارية وجعلها تقتصر على الرقابة في مدى مطابقة أعمال الهيئات المحلية للقوانين.

والتخفيف من شدة الرقابة السابقة وتدعيم الرقابة اللاحق<sup>(36)</sup> وذلك بتفعيل الرقابة القضائية بحيث تكون قرارات المجموعات المحلية نافذة بمجرد نشرها أو تبليغها. وعلى ممثل الدولة اللجوء إلى القضاء لطلب إلغاء القرارات التي يراها غير شرعية، وكذلك إعادة التوازن إلى الولاية وذلك بتدعيم صلاحيات رئيس المجلس الشعبي الولائي وجعله هو الذي ينفذ مداولات المجلس المنتخب على غرار ما هو عليه على مستوى البلدية وذلك تدعيماً لمبدأ اللامركزية على مستوى الولاية.

كذلك ومن أجل تدعيم استقلالية الجماعات المحلية والسهر على نفاذ القرارات الصادرة عن مجالسها المنتخبة، فعلى المسؤولين المحليين تفعيل الوسائل القانونية المتاحة لهم من أجل التصدي لقرارات ممثلي السلطة الوصية وذلك عن طريق الطعن القضائي<sup>(37)</sup> عملاً بأحكام المادة 46 من القانون 08/90 المتعلق بالبلدية، وكذا المادة 54 من القانون 09/90 المتعلق بالولاية.

### **المطلب الثاني : التعيين أداة قانونية للحد من استقلالية الجماعات المحلية**

إذا كان الانتخاب هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه نظام اللامركزية الإدارية، بحيث

يعتبر عنصر من عناصر قيام الإدارة المحلية، فإن أسلوب التعيين مرتبط بالنظام المركزي، أين يتخذ صورة عدم التركيز الإداري، ويظهر هذا التعيين أساساً على مستوى الجهاز التنفيذي للولاية رغم اعتبارها كجماعة إقليمية وهيئة لا مركزية بمفهوم نصوص الدستور، وكذا مختلف النصوص التشريعية المؤطرة لها، إلا أنه رغم ذلك فإن الوالي يعين بموجب مرسوم رئاسي، عملاً بأحكام المادة 77 من الدستور الحالي، وكذا أحكام المرسوم الرئاسي رقم 240/99<sup>(38)</sup> الذي يتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة، الشيء الذي جعل الولاية في حالة خضوع تام لممثل السلطة المركزية -الوالي - بسبب الازدواج الوظيفي الذي يخول لصالح وظيفة ممثل الدولة أكثر منه كممثل للجماعات المحلية، وذلك بالنظر للصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها بموجب أحكام المواد (83 - 101) الواردة في القانون 09/90 المتعلق بالولاية، مما يجعله في الواقع سلطة حقيقية لعدم التركيز الإداري مستحوذاً بذلك على صلاحيات كان من المفروض أن تؤول إلى رئيس المجلس الشعبي الولائي، وهو أمر منطقي. مما جعل الفقه ينادي إلى ضرورة إعادة التوازن إلى الولاية وذلك بسحب اختصاصات التنفيذ من الوالي وتحويلها إلى رئيس المجلس الشعبي الولائي، وأبعد من ذلك حصر اختصاصات الوالي فقط في تلك المتعلقة بتمثيل الدولة، وتحويل اختصاصاته المحلية إلى رئيس المجلس المنتخب.

### **المطلب الثالث : قلة الموارد والتبعية المالية للسلطات المركزية يحد من استقلالية الجماعات المحلية**

تعتمد الجماعات المحلية بصفة أساسية على إيراداتها الخاصة من أجل تمويل ميزانيتها، إلا أن محدودية وضعف هذه الإيرادات يدفعها إلى طلب المساعدات من الدولة.

#### **الفرع الأول : الموارد المالية للجماعات المحلية ومحدوديتها**

تتشكل الموارد المالية للجماعات المحلية من إيراداتها الضريبية والجبائية، فمنها ما يعود إليها بصفة خاصة ومنها ما تتقاسمه مع الدولة، فالإيرادات الجبائية الخاصة تتكون أساساً من الضرائب المباشرة الناتجة عادة من الرسوم العقارية المبنية وغير المبنية، وتلك الناتجة عن الخدمات التي تقدمها كرفع النفايات المنزلية، وأمّا الغير المباشرة منها فهي ناتجة أساساً عن رسوم الذبح ورسوم الإقامة.

وأما بالنسبة للإيرادات الجبائية التي تتقاسمها البلديات مع الدولة فهي ناتجة عن رسوم النشاطات الصناعية والتجارية وكذا النشاطات المهنية غير التجارية والدفع الجزافي

(39)(le versement forfaitaire)

وإضافة إلى هذه الإيرادات تعتمد أيضاً البلديات على موارد أخرى أهمها ناتجة عن استغلال بعض مرافقها، وبعض المراكز لأداء خدمات معينة أو تلك الناتجة عن أملاكها في حالة التصرف فيها أو تأجيرها<sup>(40)</sup>

وما يلاحظ من كل هذا أن هذه الموارد ضئيلة مقارنة مع الاختصاصات المسندة إلى الجماعات المحلية، خاصة إذا علمنا أن معظم هذه الإيرادات مخصصة لقسم التسيير كأجور المستخدمين، في حين تبقى إيرادات قسم التجهيز والاستثمار منخفضة فهي تتمثل في نسبة الاقتراع من إيرادات التسيير التي لا تزيد عن 10% من الإيرادات<sup>(41)</sup> وما يترجم أيضاً الضعف الشديد للإيرادات الجبائية المحلية الحصة الضئيلة التي تستفيد منها البلديات حيث لا تتعدى نسبة 6% مقابل 83% للدولة و11% للصناديق المشتركة للجماعات المحلية<sup>(42)</sup> والسبب في كل هذا يرجع إلى عدم وجود معيار موضوعي لتوزيع المنتج الجبائي بين الدولة والجماعات المحلية واحتكار الدولة للجبائية الأكثر إنتاجية من جهة وعدم إمكانية البلدية من تحديد وإنشاء رسومها وضرائبها من جهة أخرى<sup>(43)</sup> ذلك أن مسألة فرض الضرائب من اختصاصات السلطة التشريعية ولا يمكن فرض ضرائب مهما كان إذا لم ينص عليها القانون صراحة.

والنتيجة أن محدودية الموارد المالية للجماعات المحلية أثر سلباً على ميزانيتها وجعلها ضعيفة وهذا ما يؤدي بها إلى طلب المساعدة من السلطات المركزية قصد مواصلة مهامها. وأدى هذا الأمر إلى جعل استقلالية هذه الهيئات مرتبط بالسلطة المركزية.

### الفرع الثاني : صور التمويل المركزي للهيئات المحلية

إن نقص وضعف الإيرادات الجبائية للجماعات المحلية جعلها تلجأ إلى الدولة من أجل الحصول على إعاناتها وتمثلة أساساً في إعانة الصندوق المشترك للجماعات المحلية كذلك قروض وإعانات مخططات التنمية.

### أولاً : إعانة الصندوق المشترك للجماعات المحلية

يعد الصندوق المشترك للجماعات المحلية مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويخضع لوصاية وزارة الداخلية<sup>(44)</sup> ويتولى هذا الصندوق تسيير صناديق الضمان والتضامن للبلديات والولايات المنصوص عليها في المادة 166 من قانون 08/90 المتعلق بالبلدية والمادة 151 من القانون 09/90 المتعلق بالولاية

وتتكفل صناديق الضمان بتغطية النقص في حصيلة الضرائب المتوقعة بالنسبة للبلديات، (المادة 168 من القانون 08/90) وتأمين تحصيل الولايات تحصيلًا كليًا لتقديراتها الجبائية. في مجال الضرائب المباشرة المحلية (المادة 153 من قانون 09/90) بينما تتكاف صناديق التضامن بقسم التسيير وتغطية نفقات التجهيز والاستثمار. ومنح الإعانات الاستثنائية للبلديات والولايات التي تعاني وضعية مالية صعبة على وجه الخصوص أو التي تواجه كوارث أو حوادث غير متوقعة، وتقدر نسبة إعانات التجهيز والاستثمار التي يقدمها الصندوق بـ 40% على أن يدفع ربع هذه الاعتمادات إلى أفقر الجماعات المحلية<sup>(45)</sup> وتستفيد البلديات بـ 75% من مجموع الإعانات في حين تستفيد الولايات بنسبة 25%(46) نظرًا لقدرة التمويل المتوفرة لديها مقارنة بالبلديات.

### ثانيًا : قروض وإعانات مخططات التنمية

أ. القروض : إن هذه القروض عبارة عن مبلغ من المال تحصل عليه الدولة أو البلدية عن طريق الالتجاء إلى الجمهور أو المصاريف أو غيرها من المؤسسات المالية مع التعهد بردّ المبلغ المفترض ودفع الفوائد طوال مدة القرض وشروطه<sup>(47)</sup> وعادة ما تتمثل في مدى إنتاجية المشاريع المراد تمويلها، فدراسة ملف المشروع من حيث إنتاجيته من الشروط الأساسية والجوهرية للمصادقة على رخصة القرض حتى تستطيع البلدية تسديد الديون في الأجل المحدد، كما اشترط أيضا القانون أن تسجل هذه القروض دائمًا في إيرادات قسم الاستثمار، ولا تستعمل لتغطية نفقات التجهيز كما لا يجوز استعمالها لتسديد ديون أصلية<sup>(48)</sup> ووجوب استخدامها في تمويل المشاريع التنموية.

فبالرغم من الدور الذي تلعبه هذه القروض إلى حدّ ما في تخفيف ضعف الإيرادات الجبائية للهيئات المحلية إلا أنها تؤثر سلبًا على استقلاليتها ذلك أن هذه القروض ليست مجانية. بل مرتبطة بشروط ولا ترخص إلا بفوائد قد تجعل الجماعة المحلية في وضعية مالية صعبة يجعل من تدخل السلطة المركزية أمرًا حتميًا لتغطية العجز وكل ذلك على حساب استقلاليتها.

ب. إعانات مخططات التنمية : إضافة إلى الإعانات التي تتحصل عليها البلدية عن طريق الصندوق المشترك للجماعات المحلية والقروض هناك إعانات أخرى تمنحها الدولة، تتعلق بانجاز برامج التنمية والتجهيز، بحيث تعتمد عليها البلديات من أجل انجاز مرافق مختلفة، وتدخل هذه الإعانات في إطار ما يسمى بإعانات مخططات التنمية، التي كان الهدف

منها هو اعتماد برامج تنموية للقضاء على التدهور الاقتصادي والاجتماعي كبرنامج التنمية الصناعية وبرنامج نفقات التجهيز المحلي<sup>(49)</sup> وفي إطار تنفيذ هذه المخططات يقوم الوالي بتوزيع اعتمادات الدفع المخصصة للولاية من قبل المصالح المركزية للتخطيط والمالية، وهذا حسب القطاعات والفصول والعمليات الخاصة بكل بلدية، ويتم توزيع قرارات هذه العملية على البلديات المعنية والقباضات ومصالح الخزينة على مستوى البلدية<sup>(50)</sup> ويتم هذا عن طريق ما يسمى بمقرر اعتماد الدفع الذي يحدد مضمون المشروع ومبلغه الإجمالي إضافة إلى شروط الانجاز من خلال تحديد طرق الانجاز كالاستغلال المباشر أو عن طريق المنافسة<sup>(51)</sup> وكل هذه الشروط تعبر عن مدى تدخل السلطات المركزية في الشؤون المالية المحلية، مما يزيد من تبعية الجماعات المحلية لها إلى درجة أنه يتعذر في بعض الحالات على البلدية التفكير في مشروع تنموي إلا إذا تأكدت من مساعدات الدولة لها.

### الفرع الثالث : أثر التمويل المركزي على استقلالية الجماعات المحلية

لا شك أن الإعانات والمساعدات التي تقدمها الدولة للجماعات المحلية كان لها دور في التخفيف على ضعف إيراداتها الجبائية إلى حد ما إلا أن ذلك كان على حساب استقلاليتها، بحيث أصبحت الدولة تتدخل في شؤونها المالية بصور مختلفة، تتجلى أساساً في توجيه القرار المحلي وذلك بالتدخل في تسيير الشؤون المالية للجماعات المحلية رغبة منها في قيادة التنمية المحلية تطبيقاً لقاعدة "من يدفع يقود" (celui qui paie commande)<sup>(52)</sup> ويتجلى ذلك التدخل في تعديل وتحويل اعتمادات الدفع، إضافة إلى الرقابة السابقة التي تمارسها السلطات الوصية على الجماعات المحلية في الجوانب المتعلقة بإعداد الميزانية والذي يظهر في ضرورة التصديق على الميزانيات قبل تنفيذها<sup>(53)</sup> وهو إحدى الكيفيات المتقدمة جداً للتدخل في الشؤون المحلية، إنه حق "الفيتو" شبه مطلق كما يعبر عنه الفقه، يؤدي في نهاية الأمر إلى ما يسمى بالإدارة المشتركة للشؤون المحلية بين السلطة المركزية والسلطة المحلية (Pouvoir de co-gestion)<sup>(54)</sup> وأخطر مظهر لتدخل السلطة المركزية في شؤون الجماعات المحلية يتمثل في حلول السلطة الوصية محل الجماعات المحلية حيث تتدخل بنفسها لإدراج المصاريف الإلزامية وإعادة التوازن إلى الميزانية عندما تنبه السلطات المحلية إلى ذلك وترفض، (المواد 154-155-156 من القانون 08/90 المتعلق بالبلدية) وكذا المواد (141-146 من القانون 09/90 المتعلق بالولاية) وبالتالي تكون هنا أمام تسيير بنمط عدم التركيز الإداري.

لقد تبين لنا مما سبق أن قلة الموارد المالية للجماعات المحلية يجعلها في تبعية شبه مطلقة للسلطات المركزية، ومن أجل التخفيف من هذه التبعية، يجب العمل على تامين العائدات الجبائية المحلية. وحسن استغلالها، وضرورة إنشاء نظام جبائي جديد لتحصيل الضرائب وذلك بإشراك الجماعات المحلية في تحديد وتحصيل رسومها وضرائبها من أجل تدعيم مواردها المالية وبالتالي التقليل من تبعيتها للسلطات المركزية توسيعاً لمفهوم اللامركزية الإدارية.

إضافة إلى ضرورة البحث عن موارد ضريبية جديدة مثل تأسيس ضريبة تفرض على أرباح المؤسسات والشركات التي تمارس نشاطها في إقليم الجماعات الإقليمية.

**خاتمة:**

يتضح لنا من خلال دراستنا أن هناك تباين واضح بين الجانب النظري والجانب التطبيقي فيما يتعلق بأسس الإدارة المحلية الجزائرية وإرساء نظام إداري لامركزي، ففي حين يعتقد المشرع جملة من المبادئ والاتجاهات المتطورة من حيث الضمانات القانونية التي منحها للهيئات الإدارية اللامركزية للحفاظ على استقلاليتها في تسيير شؤونها المحلية، وفقاً لمبادئ التسيير الإداري اللامركزي، ويرسم صورة متقدمة للإدارة المحلية، يصطدم بتطبيق هذه المبادئ ميدانياً بجملة من النقائص العملية التي أعاقت حسن سير وقيام الجماعات المحلية بدورها وحالت دون بلوغ الأهداف المعلن عنها في النصوص القانونية.

- فبعد التعديلات التي مست القوانين المتعلقة بالبلدية والولاية لعام 1990، اعتقد البعض أنها خطوة هامة من أجل تكريس النظام اللامركزي، إلا أن النصوص التشريعية اللاحقة أكدت غير ذلك إلى درجة أفقدت الجماعات المحلية استقلاليتها وجعلتها في تبعية مستمرة للسلطات المركزية، وبالتالي فبات من الضروري إعادة النظر في القوانين الحالية المؤطرة للجماعات المحلية من أجل إرساء نظام لامركزي حقيقي، بحيث يدعم استقلالية البلديات في تسيير الشؤون المحلية مع تزويدها بالإمكانات الضرورية لذلك من جهة، ومن جهة أخرى يعيد التوازن إلى أجهزة الولاية بحيث يحتفظ الوالي باختصاصاته كممثلاً للدولة وتعهد الاختصاصات المرتبطة بتمثيل الولاية إلى رئيس المجلس الشعبي الولائي خاصة تلك المتعلقة بتنفيذ مداورات المجلس المنتخب.

## الهوامش:

- (1) دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76 صادرة في 08 ديسمبر 1996.
- (2) إن الجماعات المحلية أو الإقليمية كما عبرت عنها المادة 15 في دستور 1996 هي البلدية والولاية.
- (3) بن طيفور نصر الدين، أي استقلالية للجماعات المحلية في ظل مشروع جوان 1999 لقانوني البلدية والولاية، مجلة الإدارة، عدد 2، لسنة 2001، ص 08.
- (4) أنظر المادة 36 في دستور 1976 الصادر بموجب الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 23/11/1976، ج ر صادرة في 1976. كذلك المادة 15 من دستور 89، ونفس المادة من دستور 1996.
- (5) أنظر الجريدة الرسمية عدد 07 صادرة في 28/02/2000.
- (6) أنظر المادة الأولى من الأمر رقم 24/67 مؤرخ في 18/01/67 يتضمن القانون البلدي، ج ر 17 صادرة في 18/01/67. كذلك المادة الأولى من القانون 08/90 المؤرخ في 07/04/1990 المتعلق بالبلدية، ج ر عدد 15 صادرة في 11/04/1990.
- \* المادة الثانية من الأمر رقم 38/69 المؤرخ في 23/05/69 يتضمن قانون الولاية، ج ر 18 صادرة في 23/05/1969.
- المادة الأولى، الفقرة الثالثة من القانون 09/90 المؤرخ في 07/04/1990 المتعلق بالبلدية، ج ر عدد 15 صادرة في 11/04/1990.
- (7) بعلي محمد الصغير، قانون الإدارة المحلية الجزائرية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 16.
- (8) AUBY Jean Bernard, AUBY Jean François, NOGUELLOU Rozen : Droit des collectivités locales, 3<sup>ème</sup> édition refondue, presses universitaires de France, Paris, 2004, P57.
- (9) يهوب مسعود، أسس الإدارة المحلية وتطبيقاتها على نظام البلدية والولاية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 195.
- (10) في هذا المجال : أنظر المواد القانونية التالية :
- بالنسبة للبلدية : المادة 100 من الأمر رقم 24/67، كذلك المادة 85 من القانون 08/90.
- بالنسبة للولاية : المادة 63 من الأمر رقم 38/69 المعدل والمتمم، كذلك المادة 55 من القانون 09/90.
- (11) عوايدي عمار، القانون الإداري، الجزء الأول، التنظيم الإداري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 244.
- (12) جعفر أنس قاسم، أسس التنظيم الإداري والإدارة المحلية بالجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 22.
- (13) حسين مصطفى حسين، الإدارة المحلية المقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 19.

- (14) جعفر أنس قاسم، مرجع سابق، ص 19.
- (15) شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص 16.
- (16) AUBY Jean Bernard, AUBY Jean François, NOGHELLOU Rozen, Op-cit, P59.
- (17) دستور 1976 الصادر بموجب الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 1976/11/23، ج ر صادرة في 1976.
- (18) بركان محمد، النظام القانوني للمنتخب المحلي، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، 1998، ص 11.
- (19) أمر 07/97 مؤرخ في 06 مارس 1997 يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر عدد 12 صادرة في 06 مارس 1997.
- (20) لباد ناصر، ص 62.
- (21) لباد ناصر، نفس المرجع، ص 60.
- (22) راجع أحكام المواد 30، 31، 32، 33 من القانون 08/90 المتعلق بالبلدية، وكذلك المواد 40، 41 من القانون 09/90 المتعلق بالولاية.
- (23) المرسوم التنفيذي رقم 94. 215 المؤرخ في 1994/07/23، يحدّد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها، ج ر عدد 48 صادرة في 1994/07/27.
- (24) أنظر المادة 09 من المرسوم 94. 215 السالف الذكر.
- (25) أنظر المادة 10 من المرسوم نفسه.
- (26) بن طيفور نصر الدين، مرجع سابق، ص 12.
- (27) أنظر المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 05-254 المؤرخ في 2005/07/20. يتضمن حل المجالس الشعبية البلدية، ج ر عدد 51 صادرة في 2005/07/20.
- (28) راجع المواد 154 - 155. 156 من القانون 09/90 المتعلق بالبلدية كذلك المواد 141 - 146 من القانون 09/90 المتعلق بالولاية.
- (29) شيهوب مسعود، المجموعات المحلية بين الاستقلال والرقابة، مجلة الفكر البرلماني، العدد الأول، سنة 2002، ص 132.
- (30) حسين مصطفى حسين، المرجع السابق، ص 24.
- (31) الأمر رقم 03/05 المؤرخ في 2005/07/18 يتمّ القانون رقم 08/90 المؤرخ في 1990/04/07 والمتعلق بالبلدية، ج ر عدد 50 صادرة في 2005/07/19.
- (32) الأمر رقم 04/05 المؤرخ في 2005/07/18 يتمّ القانون رقم 09/90 المؤرخ في 1990/04/07 والمتعلق بالولاية، ج ر عدد 50 صادرة في 2005/07/19.
- (33) شيهوب مسعود، المجموعات المحلية بين الاستقلال والرقابة، مجلة الفكر البرلماني، المرجع السابق، ص 133.

(34) BENAKEZOUH Chabane, de la gouvernance locale en Algérie à travers les processus de décentralisation et de concentration, revue IDARA N°01, 2003, P249.

(35) شيهوب مسعود، المجموعات المحلية بين الاستقلال والرقابة، مجلة الفكر البرلماني، المرجع السابق، ص133.

(36) BENAKEZOUH Chabane, op-cit, P255.

(37) تنص المادة 46 في القانون 08/90 المتعلق بالبلدية على ما يلي : "يجوز للمجلس الشعبي البلدي أن يطعن لدى المحكمة المختصة في قرار الوالي القاضي ببطلان المدولة أو المعلن عن إبطالها أن رفض المصادقة عليها وذلك وفقاً للشروط والأشكال الجاري بها العمل".

أما المادة 54 من القانون 09/90 المتعلق بالولاية تنص على ما يلي : "يمكن رئيس المجلس الشعبي الولائي باسم الولاية أن يطعن لدى الجهة القضائية المختصة في كل قرار صادر من وزير الداخلية تثبيت بطلان أية مدولة، أو يعلن إلغاءها أو يرفض المصادقة عليها".

(38) أنظر المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 240/99 المؤرخ في 1999/10/27 يتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة، ج ر عدد 76، صادرة في 1999/10/31.

(39) BACHIR YELLES CHAUCHE, pour une révalorisation des ressources financières locales, Revue Idara N°01/95, P22.

(40) بن مالك محمد، مرجع سابق، ص77.

(41) كراجي مصطفى، أثر التمويل المركزي في استقلالية الجماعات المحلية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد رقم 02 لسنة 1996، ص352.

(42) BACHIR YELLES CHAUCHE, pour une révalorisation des ressources financières locales, Revue Idara N°01/95, P22.

(43) عمراني بهية، ميزانية البلدية ومدى ضعف إيراداتها الجبائية، بحث لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، 1990، ص103.

(44) أنظر المادة الأولى من المرسوم رقم 86. 266 المؤرخ في 1986/11/04، يتضمن تنظيم صندوق الجماعات المحلية المشترك وعمله، ج ر عدد 45 صادرة في 1986/11/05.

(45) أنظر المادة 6 من الأمر رقم 86 / 266 المؤرخ في 1986/11/04، يتضمن تنظيم صندوق الجماعات المحلية المشترك وعمله، ج ر عدد 45 صادرة في 1986/11/05.

(46) أنظر المادة 05 من الأمر رقم 266/86 المشار إليه أعلاه.

(47) بن مالك محمد، مرجع سابق، ص37.

(48) عمراني بهية، مرجع سابق، ص125.

(49) كراجي مصطفى، مرجع سابق، ص350.

(50) بن مالك محمد، مرجع سابق، ص179.

(51) كراجي مصطفى، مرجع سابق، ص349.

(52) شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص168.

(53) أنظر المادة 42 من القانون 08/90 المتعلق بالبلدية كذلك المادة 50 من قانون 09/90 المتعلق

بالولاية .

(54) شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص200.

## دور إجتهااد المجلس الدستوري في رسم العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان بعد التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996

خرباشي عقيلة

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق - جامعة مسيلة

### مقدمة:

عمد المؤسس الدستوري في 28 نوفمبر 1996 إلى إعادة تنظيم البناء الدستوري للدولة الجزائرية على إثر الثغرات والأزمات التي عرفتها الجزائر منذ نهاية الثمانينات، بهدف تصحيح الإختلالات الحاصلة، وإنجاح عملية تدعيم الديمقراطية التعددية، واستكمال تشييد الصرح المؤسساتي للدولة<sup>(1)</sup>.

كما شمل التعديل الدستوري الهيئة التشريعية، إذ نقلها من نظام أحادية البرلمان إلى ثنائيتها، من خلال إحداث غرفة ثانية سميت « مجلس الأمة »<sup>(2)</sup>، وتبعاً لذلك أعاد المؤسس الدستوري ترتيب العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، التي تتمحور أساساً في المجالين التشريعي والرقابي<sup>(3)</sup>.

في إطار ذلك كفلت المادة 98 من التعديل الدستوري لعام 1996 للبرلمان المؤلف من غرفتين ممارسة العمل التشريعي، وأقرت له السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه، لكن بحكم أن الحكومة تضطلع بتلبية الحاجيات العامة باستمرار، فقد مكنها المؤسس الدستوري من مشاركة البرلمان في العمل التشريعي سواء بالضلع في مراحل إعداد النص وإقراره أو بالتشريع بصفة مستقلة عن البرلمان من خلال التشريع بأوامر والتشريع الفرعي.

إلى جانب ذلك أحكم المؤسس الدستوري العلاقة بين الحكومة والبرلمان في المجال الرقابي بتحديد مواعيد وآليات رقابة البرلمان لنشاط الحكومة بطريقة تحافظ على استقرار الحكومة من جهة، وتكفل حق البرلمان في تتبع الحكومة ومساءلتها من جهة أخرى.

وإذا كان للبرلمان سلطة وضع التشريعات التي يخضع لها هو وغيره، فإن إمكانية خروجه عن الدستور نصاً وروحاً لا يمكن إخفاؤها وراء تمثيل البرلمان للشعب، فبإمكان البرلمان أن يصوغ الظلم عدلاً، ويضفي عليه المشروعية.

لتلافي ذلك تأكدت رقابة دستورية القوانين، إذ القول أن لا رقيب على البرلمان سوى

ضمير أعضائه، ومسؤوليتهم الأدبية أمام الشعب قول تغلب عليه الديماغوجية، فالرقابة تحفظ السلطة التشريعية من الإنحراف، أو الخروج على الحدود الدستورية.

في هذا السياق أوكلت الجزائر هذه المهمة للمجلس الدستوري، وألزمته بالسهر على حماية الدستور واحترامه، لذلك فالإشكالية المطروحة هي:

هل استطاع اجتهاد المجلس الدستوري تأكيد وإثراء التصميم الذي أراده المؤسس الدستوري للعلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، أم أن تدخله نجم عنه تحديد أشد حصرا لحدود العلاقة أكثر مما هي عليه في متن النص الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 ؟.

أولا :

**نطاق ممارسة العمل التشريعي بين النص الدستوري واجتهاد المجلس الدستوري .**

في محاولة من أجل إعادة الإعتبار للبرلمان تضمن التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 الذي شكل قفزة نوعية في مسار البحث عن إحداث التوازن بين الحكومة والبرلمان وبالإضافة إلى استحداث مجلس الأمة، تعديلات في المجال التشريعي العائد للبرلمان، إذ تمّ توسيع مجال القانون العادي إلى 30 مجالا عوض 26 الواردة في دستور 23 فيفري 1989 وأدخلت ميادين هامة في اختصاصه لم تكن من قبل وهي: (4)

- الضمانات الأساسية للموظفين والقانون الأساسي العام للوظيفة العمومي.
- القواعد العامة المتعلقة بالدفاع الوطني، واستعمال السلطات المدنية للقوات المسلحة.
- قواعد نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص.
- إنشاء فئات المؤسسات.

كما تم إدخال طائفة القوانين العضوية في هرم تدرج القواعد القانونية (5) مع الإحتفاظ بطريقة تعداد مجالات القانون الواردة في دستور 1989 دون أن يكون التعداد واردا على سبيل الحصر، مما يترك مجالا لقابلية امتداد المجال التشريعي العائد للبرلمان (6).

غير أن القراءة المتأنية لإجتهاد المجلس الدستوري تبرز رقابة مشددة على الأقل في

الحالات التالية:

**أ- تحديد المجلس الدستوري للأجهزة الدائمة لغرفتي البرلمان.**

إن ممارسة العمل التشريعي تتم من خلال الوحدات المشكلة لكل غرفة من البرلمان

لضمان أداء تشريعي دقيق وواضح، ولهذا يعد اختيار الأجهزة المناسبة مسألة أساسية العمل ونجاحه، وفي هذا السياق كان قد تضمن مشروع القانون العضوي رقم 02 /99

في مادته التاسعة أن: «أجهزة كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة هي :

- الرئيس.
- المكتب.
- اللجان الدائمة.
- المجموعات البرلمانية. »

لكن رأي المجلس الدستوري رقم 8 / ر.ق.ع / م د / 99 (7) اعتبر أن " المشرع حين أضاف بموجب المادة 09 من مشروع القانون العضوي رقم 02 /99 المجموعات البرلمانية إلى أجهزة كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة يكون قد أدخل بمقتضيات المواد 111 و 113 و 114 و 117 و 119 من الدستور، ولذلك فالمجموعات البرلمانية لا تدخل ضمن مجال هذا القانون "

أي تمّ استبعاد المجموعات البرلمانية من دائرة الأجهزة الدائمة لغرفتي البرلمان، وإن كان مبرر الرأي هو ضمان وحدة البرلمان، وحمايته من الإنسدادات الناجمة عن الإختلافات السياسية، إلا أنه في الوقت ذاته ينطوي على إنكار للتعددية السياسية، وضرورة ترسيخها في مؤسسات الدولة، وهي من أهم المبادئ التي كرسها التعديل الدستوري نفسه.

#### ب- حرمان مجلس الأمة من حق التعديل خارج أحكام المادة 120.

يعد حق التعديل لب المبادرة بالقانون<sup>(8)</sup>، والمسار الذي تتلاقح فيه بالضرورة وجهات النظر بين البرلمان والحكومة، وإذا كان التعديل الدستوري لم يقر صراحة بإمكانية تعديل مشروع أو اقتراح القانون، إلا أن المادة 28 من القانون العضوي رقم 02 /99 منحت للجنة المختصة ولنواب المجلس الشعبي الوطني، وللحكومة حق اقتراح التعديلات.

أما بالنسبة لمجلس الأمة فالمسألة عرفت جدلا كبيرا بين من يؤكد تمتع مجلس الأمة بحق التعديل<sup>(9)</sup> انطلاقا من نص المادة 98 من التعديل الدستوري لعام 1996، التي تقر للبرلمان بغرفتيه السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه، حتى أن مجلس الأمة كان قد مارس ذلك بمناسبة قانون الطاقة وقانون النائب.

لكن الإتجاه الثاني ذهب إلى أن مجلس الأمة لا يتمتع بحق التعديل، وهذا ما ظهر من

المادة 28 من القانون العضوي رقم 02 / 99، وقد كان مجلس الأمة اقترح أحكاما تسمح له بإمكانية تعديل النصوص التي وافق عليها المجلس الشعبي الوطني<sup>(10)</sup>، إلا أن المجلس الدستوري وبموجب الرأي رقم 4 / ر.ن.د. لم د / 98 اعتبر أن: « الفقرة الرابعة من المادة 120 من الدستور تقرر احتمال حدوث خلاف بين الغرفتين، وتضع لذلك تدابير حله بإسناد مهمة اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف إلى لجنة متساوية الأعضاء مشكلة من ممثلين عن غرفتي البرلمان تجتمع بناء على طلب من رئيس الحكومة، مما يترتب عليه أن المؤسس الدستوري لا يقصد على الإطلاق منح مجلس الأمة صلاحية إدخال أي تعديل على النص المعروض عليه للمناقشة خارج هذا الإطار .

- واعتبارا بالنتيجة أن إقرار حق التعديل وإجراءاته الواردة في المواد من 63 إلى 68 والمادتين 75 و 76 من النظام الداخلي تتعارض مع مقتضيات الدستور المذكورة سابقا<sup>(11)</sup>.

بهذا وإن أراد مجلس الأمة توسيع صلاحياته في المجال التشريعي، إلا أن المجلس الدستوري ونتيجة الرقابة المشددة الممارسة على النظام الداخلي لكل غرفة من البرلمان والمتمثلة في رقابة المطابقة، فقد تمّ حصر حق مجلس الأمة في التعديل في إطار أحكام المادة 120 / 4 من التعديل الدستوري لعام 1996 ، أي في إطار اللجنة المتساوية الأعضاء.

### ج - توسيع السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية.

بالرجوع للماد 125 من التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 نجد أنها تمكن رئيس الجمهورية من اتخاذ قرارات مهمة لتنظيم المسائل غير المخصصة للبرلمان، أي في هذه الحالة يمارس رئيس الجمهورية سلطة مستقلة غير مشتقة مصدرها الدستور نفسه.

فيمكن أن تطال التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية مواضيعا لم يتناولها البرلمان قبلا بالتشريع، ولهذا يسمى المجال الذي يحتفظ فيه رئيس الجمهورية بالتنظيم المستقل والسلطة بالسلطة التنظيمية المستقلة.

ولهذا يتحول رئيس الجمهورية لمشروع حقيقي بالمفهوم المادي للتشريع، ويصعب حينها المحافظة على هرمية تدرج القواعد القانونية مادام القانون الصادر عن البرلمان يلعب دور الإطفائي، أي التدخل الخاطف والسريع ثم الإنسحاب لصالح التنظيم<sup>(12)</sup>.

إلى جانب هذا في 25 ديسمبر 2000 أصدر المجلس الدستوري مذكرة تفسيرية<sup>(13)</sup> تتعلق بالتجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعينين اعتبر فيها أن: «الإستخلاف الخاص بالمقاعد الشاغرة يخضع لحكم المادة 112 من الدستور التي تحيل بدورها تنظيم

المسألة بموجب قانون عضوي، وقد تحقق ذلك بمقتضى المواد 150، 151 و 152 من الأمر 07/97<sup>(14)</sup>.

لكن فيما يخص الأعضاء المنتخبين دون المعينين الذين يخضعون للسلطة التنظيمية التي تعود لرئيس الجمهورية بموجب المادة 125 من الدستور». وقد اعتبر المجلس الدستوري أن هذا التفسير يتماشى مع أحكام الدستور نصا وروحا، ومع مبدأ الفصل بين السلطات.

فيظهر بموجب هذه المذكرة التفسيرية أن المجلس الدستوري أضاف إلى معيار النص الدستوري معيار الفصل بين السلطات، إذ لا تكفي في نظره مجرد الإحالة من الدستور، وهنا نتساءل هل رئيس الجمهورية بحاجة لمعيار آخر لتوسيع سلطاته؟.

من جانبنا هذه المذكرة تشكل خطرا على المجال التشريعي الممنوح للبرلمان، لكن ما يجعلنا نغض الطرف عنها هو أن المذكرة التفسيرية لم يتداول بشأنها المجلس الدستوري، بل صدرت عن رئيسه، أي خارج أحكام المادة 167، كما أن محتوى المذكرة لم يرد في شكل رأي ولا قرار، وبالتالي فهو يفتقر للقوة الإلزامية.

#### د - استبعاد عرض الأوامر المتخذة في الحالة الإستثنائية على البرلمان .

اقترح المشرع في نص المادة 1/38 من مشروع القانون العضوي رقم 02 /99 أن: «يطبق إجراء التصويت بدون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة وفقا لأحكام المادة 124 من الدستور».

لكن المجلس الدستوري اعتبر في الرأي رقم 8 / ر.ق.ع / م د 99/<sup>(15)</sup> أن: «المؤسس الدستوري رخص بمقتضى المادة 124 من الدستور لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، وفي الحالة الإستثنائية على أن تتخذ تلك الأوامر في مجلس الوزراء .

وحيث خصص الفقرات 1،2، و 3 من المادة 124 للأوامر المتخذة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين الدورتين، وخصص الفقرة 4 من نفس المادة للأوامر التي يمكن أن يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الإستثنائية، فإنه يهدف من وراء ذلك إلى التمييز بين الأوامر التي تعرض على كل غرفة من البرلمان والأوامر المستتناة من ذلك .

- واعتبارا بالنتيجة، أنه إذا كان قصد المشرع أن يعرض رئيس الجمهورية الأوامر المذكورة في المادة 124 من الدستور بما في ذلك الأوامر المتخذة في الحالة الإستثنائية، ففي

هذه الحالة يكون قد خالف أحكام المادة 124 من الدستور».

على هذا يستعبد المجلس الدستوري إمكانية عرض الأوامر المتخذة من طرف رئيس الجمهورية في الحالة الإستثنائية على كل غرفة من البرلمان للموافقة عليها، ويضيق من مجال ممارسة البرلمان للعمل التشريعي في الحالة الإستثنائية رغم أن المادة 4 /93 من الدستور تشترط اجتماع البرلمان وجوبا على الأقل لإطلاع البرلمان على الوضعية العامة للبلاد، وعلى التدابير المتخذة التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية.

فإذا كان عدم عرض مثل هذه الأوامر على البرلمان تبرره طبيعة الوضعية التي تتطلب السرعة في اتخاذ التدابير، إلا أنه لا يمكن التشكيك في مدى قدرة البرلمان في الدفاع عن استقلالية الأمة وسلامة المؤسسات الدستورية، وفي المقابل قد ثبت أن قرار رئيس الجمهورية بالإستقالة أدخل البلاد في حالة شغور ترتبت عنها عدة آثار عكسية.

**ثانيا:**

**العمل التشريعي بين رقابة المطابقة ورقابة الدستورية .**

يمارس المجلس الدستوري نوعان من الرقابة رقابة المطابقة، ورقابة الدستورية، وإذا كانت هذه الأخيرة مرنة، فإن الأولى صارمة، لكن رغم ذلك فقد فلتت العديد من النصوص من رقابة المجلس الدستوري كما سنرى.

**أ- عدم دقة النصوص الدستورية في تحديد رقابة المطابقة ورقابة الدستورية.**

بالرجوع للمادتين 123 و 165 من التعديل الدستوري نجد أن المجلس الدستوري يتولى نوعان من الرقابة، رقابة مطابقة النص مع الدستور (رقابة المطابقة *Contrôle de conformité*) ورقابة دستورية القوانين (رقابة الدستورية *Contrôle de constitutionnalité*)، وكما ذهب الأستاذ F.luchaire<sup>(16)</sup> أن رقابة المطابقة تعني أن البرلمان ليس مجبر فقط بعدم وضع قواعد قانونية مخالفة للدستور، بل أكثر من ذلك أن تكون مطابقة للدستور، وهنا يضيق دور البرلمان.

أما رقابة الدستورية فهي علاقة تبعية القانون للدستور، أي يمنع البرلمان من وضع قواعد تتجاهل أو تخالف الدستور، ويكون البرلمان أكثر حرية في إنشاء قواعد قانونية غير موجودة في الدستور مقارنة بما تفرضه رقابة المطابقة من تقييد<sup>(17)</sup>.

وبالرجوع للنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، فإنه نص في الفصل الأول

منه على رقابة مطابقة القوانين العضوية والنظاميين الداخليين لغرفتي البرلمان للدستور، وفي الفصل الثاني على رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات للدستور<sup>(18)</sup>.

لكن قراءة المادتين 3 / 123 و 2 / 165 من التعديل الدستوري لعام 1996 تكشف عن نوعين من الرقابة المنصبة على القوانين العضوية، إذ تنص المادة 3 / 123 أن القانون العضوي يخضع لمراقبة النص مع الدستور من قبل المجلس الدستوري قبل صدوره، بينما تتكلم المادة 2 / 165 عن رقابة دستورية القوانين العضوية، فحبذا لو تم إعادة صياغة المادة 2 / 165 وفقا لما يتوافق وصياغة المادة 3 / 123 من التعديل الدستوري وما ورد في النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

#### ب - إمكانية إفلات بعض النصوص القانونية من رقابة المجلس الدستوري.

في مقابل تشدد المجلس الدستوري في مجال ممارسة البرلمان للعمل التشريعي فلتت بعض النصوص القانونية خاصة التنظيمية منها من رقابته نتيجة ارتباط عمل المجلس الدستوري بإجراء الإخطار الذي تمارسه جهات سياسية تتمثل في رئيس الجمهورية، رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس مجلس الأمة.

فالمجلس الدستوري يبقى عاجزا عن النظر في مدى توافق النصوص القانونية مع الدستور ما لم يتم إخطاره بذلك.

الواقع أن النظام الدستوري الجزائري لم يوفر الآليات الكفيلة بتمكين المجلس الدستوري من مواجهة تجاوزات رئيس الجمهورية للدستور نظرا للطبيعة الساكنة للمجلس الدستوري، ومن بين النصوص التي فلتت من قبضة رقابة المجلس الدستوري نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

- المرسومان الرئاسيان رقم 239 / 99 و 240 / 99<sup>(19)</sup> اللذان أصبحت بموجبهما صلاحية التعيين في الوظائف المدنية محصورة في يد رئيس الجمهورية دون الإعتداد بنص المادة 5 / 85 من التعديل الدستوري التي تقر صراحة بحق رئيس الحكومة (الوزير الأول حاليا) في التعيين خاصة في الوظائف المدنية منها .

فرئيس الجمهورية لم يخطر المجلس الدستوري، وهذا ليس غريب لصعوبة أن يراقب الشخص نفسه بنفسه، كما أن رئيسي الغرفتين لم يقوما بذلك، مما أبقى المرسومان رغم تعارضهما مع نص دستوري.

لذلك فتوسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري يساعد كثيرا في منع إفلات بعض

النصوص القانونية من خضوعها لرقابة المجلس الدستوري، التي قد تكون سابقة بموجب رأي<sup>(20)</sup> أو لاحقة في صورة قرار، وفي هذه الأخيرة يظهر المجلس الدستوري كسلطة قضائية<sup>(21)</sup>.

لكن التساؤل يبقى مطروحا حول ما إذا كان يمكن واقعا للمجلس الدستوري بإعتباره حامي الدستور مواجهة رئيس الجمهورية، الذي يضطلع بقسم هام من العمل التشريعي حالة تجاوزه للدستور خاصة وأن رئيس الجمهورية لا يزال محصنا من المسؤولية السياسية وحتى الجنائية فرغم النص في المادة 158 من التعديل الدستوري لعام 1996 على إنشاء محكمة عليا للدولة لمحاكمة رئيس الجمهورية جنائيا عند ارتكابه جريمة الخيانة العظمى، لكن لحد اليوم لم يصدر القانون العضوي المنظم لهذه المحكمة ولكيفية سيرها، مما يبقى المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية معطلة إلى أجل غير معلوم.

**ثالثا :**

**حدود رقابة البرلمان لعمل الحكومة وفق رؤية المجلس الدستوري .**

لم يخرج مجال رقابة البرلمان لعمل الحكومة من حدود الرؤية المشددة للمجلس الدستوري وقد تجلى ذلك من خلال بعض الحالات هي:

**أ - رفض توسيع رقابة البرلمان إلى مختلف الهيئات العمومية.**

اقترح البرلمان في القانون الأساسي لعضو البرلمان المصادق عليه من قبل المجلس الشعبي الوطني، ثم مجلس الأمة في 26 نوفمبر 2000 في نص المادة 7 منه توسيع الرقابة الشعبية من طرف عضو البرلمان بالإضافة لعمل الحكومة، ومدى تنفيذ برنامجها إلى مختلف الهيئات العمومية<sup>(22)</sup>.

لكن المجلس الدستوري اعتبر بموجب الرأي رقم 12/ ر.ق / م د 01/ <sup>(23)</sup> أن: « المادة 99 من الدستور أقرت الرقابة التي يمارسها البرلمان على عمل الحكومة وفق الشروط المحددة في المواد 80، 84، 133، و 134 من الدستور، ويمارس المجلس الشعبي الوطني الرقابة المنصوص عليها في المواد 135، 136 و 137 من الدستور، أي أن المواد حصرت الرقابة على عمل الحكومة، ولهذا فالمشرع حينما وسع نطاق الرقابة إلى الهيئات العمومية يكون قد خالف أحكام المادة 99 من الدستور».

**ب- تحرير السلطات المحلية من واجب تمكين عضو البرلمان من الحضور في**

**النشاطات والتظاهرات الرسمية والزيارات العملية والاستطلاعية وجلسات العمل.**

مكّنت المادة 12 من القانون الأساسي لعضو البرلمان في نصها الأول<sup>(24)</sup> عضو البرلمان من الحضور في النشاطات والتظاهرات الرسمية والزيارات العملية والإستطلاعية التي تقام على المستوى المحلي، وجلسات العمل التي تعقد في هذا الإطار. غير أن المجلس الدستوري اعتبر في رأيه رقم 12/ ر.ق/ م د 01/ : « أن المادة بهذه الصورة تؤدي إلى إلزام السلطات المحلية بتمكين عضو البرلمان من حضور النشاطات والتظاهرات الرسمية والزيارات العملية والإستطلاعية التي تقام على المستوى المحلي، وكذا جلسات العمل.

- واعتبار أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحترم كل سلطة حين ممارسة صلاحياتها الحدود التي رسمها لها المؤسس الدستوري، فإن المشرع حينما ألزم السلطات المحلية بهذا الواجب يكون قد أدخل بمبدأ الفصل بين السلطات».

**ج - إعفاء السلطات الولائية والبلدية من واجب وضع تحت تصرف عضو البرلمان المعلومات والوثائق الضرورية التي يحتاجها لأداء مهمته.**

تضمنت المادة 13 من القانون الأساسي لعضو البرلمان في نصها الأول<sup>(25)</sup> إلتزاما على عاتق السلطات الولائية والبلدية بوضع تحت تصرف عضو البرلمان المعلومات والوثائق الضرورية التي يحتاجها لأداء مهمته البرلمانية.

غير أن المجلس الدستوري أعفى السلطات البلدية و الولائية من هذا الواجب في الرأي رقم 12/ ر.ق/ م د 01 / ، وهو ما يظهر في الفقرة التالية: « على اعتبار أن المؤسس الدستوري قد حدد صراحة من خلال المواد 133، 134، و 161 من الدستور الإطار الذي يمارس فيه عضو البرلمان الصلاحيات المضمنة في المادة 13، ووضع المشرع لمثل هذا الإلتزام على عاتق السلطات الولائية والمحلية يجعله متجاوزا لصلاحياته الدستورية».

**د - تقييد مجلس الأمة في المصادقة على لائحة في حالة واحدة فقط.**

أدرج مجلس الأمة في مشروع تعديل نظامه الداخلي نص المادة 104<sup>(26)</sup> القاضية بإمكانية انتهاء المناقشات على مستواه بالمصادقة على لائحة.

لكن المجلس الدستوري اعتبر في الرأي رقم 9/ ر.ن. د/م د 99<sup>(27)</sup> المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 أن: « المؤسس الدستوري قد بين بمقتضى المادة 4/80 من الدستور الحالة الوحيدة التي يمكن فيها لمجلس الأمة إصدار لائحة (بمناسبة عرض برنامج الحكومة على مجلس الأمة).

وبذلك فإن مجلس الأمة حين أورد حالة أخرى يمكنه فيها المصادقة على لائحة غير تلك الحالة المنصوص عليها صراحة في المادة 4/80 من الدستور يكون قد خالف أحكام هذه المادة».

إلى جانب النظرة المتشددة لحدود الرقابة التي يمارسها البرلمان على نشاط الحكومة، فقد أظهر المجلس الدستوري بعض الليونة التي كانت لصالح البرلمان على الأقل في الحالتين التاليتين:

- **الحالة الأولى:** اعتبر المجلس الدستوري بموجب الرأي رقم 8/ ر.ق.ع/ م د 99/ أن «المؤسس الدستوري قد خول بمقتضى المادة 1/133 من الدستور أعضاء البرلمان إمكانية استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة، وعندما حصر المشرع (في مشروع القانون العضوي رقم 02 /99) إمكانية الاستجواب في رئيس الحكومة دون سواه<sup>(28)</sup> يكون قد استثنى إمكانية استجواب أعضاء الحكومة من قبل أعضاء البرلمان الأمر الذي يعد إخلالا بأحكام المادة 1/133 من الدستور».

بهذا فقد أكد المجلس الدستوري إمكانية استجواب رئيس الحكومة، وكل عضو في الحكومة وجنب البرلمان حصر الإستجواب فقط في رئيس الحكومة.

- **الحالة الثانية:** اعتبر المجلس الدستوري بموجب الرأي رقم 8/ ر.ق.ع/ 99 أن: « فقرات المواد 3 /71 ، 3 /73 و 3/74<sup>(29)</sup> تخول عضو الحكومة إمكانية الإمتناع عن الإجابة عن سؤال لأسباب ذات مصالح إستراتيجية للبلاد، وتقر إمكانية الإمتناع عن الإجابة عن السؤال.

في حين أن المؤسس الدستوري قد بين بموجب المادة 134 /2 و 3 من الدستور أن جواب عضو الحكومة يكون وفق الشروط المنصوص عليها في هاتين الفقرتين دون أن يقرر أية حالة أخرى لعدم الجواب حتى وإن كان السؤال متعلقا بمصالح إستراتيجية للبلاد، مما يستنتج أن عضو الحكومة لا يمكنه الإمتناع عن الرد لأي سبب كان وأنه ملزم بالإجابة عن السؤال وفق الشروط والأجال المحددة في المادة 134.

ولذلك حين يمكن عضو الحكومة من الإمتناع عن الإجابة يكون ذلك إخلالا بأحكام الفقرة 2 أو 3 من المادة 134 من الدستور حسب الحالة»<sup>(30)</sup>.

بمعنى أن المجلس الدستوري كان له الفضل في الرفع من على عاتق البرلمان مغبة إمتناع عضو الحكومة عن الإجابة على السؤال الموجه إليه .

## خاتمة:

يتضح من خلال دراسة دور اجتهاد المجلس الدستوري في رسم العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان ما يلي:

- الرؤية المشددة للمجلس الدستوري بإعتباره الساهر على احترام الدستور في مجال ممارسة العمل التشريعي، فقد تولى المجلس الدستوري رقابة مطابقة قوية على النصوص المتصلة بالعمل التشريعي سواء كانت في صورة قوانين عضوية (الرأي رقم 8 لعام 1999 المتعلق بالقانون العضوي رقم 02/99)، أو في صورة أنظمة داخلية كما في الرأي رقم 4 لعام 1998 المتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور.

أما في مجال مراقبة البرلمان لعمل الحكومة، فقد امتزجت بعض الليونة في موقف المجلس الدستوري مع الصرامة في تحديد نطاق المراقبة، إذ عارض الأحكام التي أقرت بصلاحيات لم ينص عليها الدستور للبرلمان.

في المقابل كانت للمجلس الدستوري رؤية متسعة مكنت البرلمان من التمتع بصلاحيات هامة جدا كعدم حصر الإستجواب في رئيس الحكومة (الوزير الأول حاليا) فقط، وامتدادها لباقي أعضاء الحكومة، وكذلك إلزام عضو الحكومة بالرد على السؤال، وعدم تمكينه من الإمتناع عن ذلك مهما كان السبب.

## الهوامش:

- (1) أنظر: التقرير الصادر عن رئاسة الجمهورية حول التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996.
- (2) أنظر: نص المادة 98 من التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 : « يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين ، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه.»
- (3) أنظر: عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان بعد التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996، رسالة ماجستير، جامعة سطيف ، أكتوبر 2004، ص ص 5 - 120.
- (4) أنظر: المادة 122 من التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996.
- (5) أنظر: المادة 123 من التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1999.
- (6) يرى الأستاذ مورو أن قابلية امتداد المجال التشريعي المخول للبرلمان مرهون بمدى الحماية المؤمنة لهذا المجال من اعتداء الحكومة عليه.

- Jacques Moreau , droit public , tome 1, édition Economica , France , 1993 , p. 148.

(7) أنظر: الرأي رقم 8/ ر.ق.ع/ م د 99/ المؤرخ في 21 فيفري 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة للدستور، الجريدة الرسمية رقم 15، المؤرخة في 9 مارس 1999 .

(8) أنظر :

- Jean Pierre Camby , le droit d'amendement , R.D.P , N° 6, L.G.D.J , paris , 2000 p. 1559.

(9) أنظر: د/ الأمين شريط، " واقع البيكاميرالية في العالم ومكانه التجربة الجزائرية فيها" مداخلة بالملتقى الوطني حول نظام الغرفتين في التجربة البرلمانية الجزائرية والأنظمة المقارنة، الجزء الأول ، وزارة العلاقات مع البرلمان ،الجزائر، 29- 30 أكتوبر 2002 ص. 33.

(10) أنظر: المواد من 63 إلى 68، والمادتين 75 و76 من مشروع النظام الداخلي لمجلس الأمة لعام 1998 .

(11) أنظر: الرأي رقم 4 / ر.ن.د/م د 98/ المؤرخ في 10 فيفري 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي لمجلس الأمة للدستور ، الجريدة الرسمية رقم 8، المؤرخة في 18 فيفري 1998 .

(12) أنظر :

- Bernard Chantebout, droit constitutionnel et science politique ,17 édition, Armand Colin , Août 2000 , p.405.

(13) أنظر: أحكام الفقه الدستوري (مجلة يصدرها المجلس الدستوري)، العدد 5، الجزائر 2000 ، ص.ص. 34 - 38 .

(14) أنظر: الأمر رقم 97 / 07 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الإنتخابات الصادر في الجريدة الرسمية رقم 12 ،المؤرخة في 6 مارس 1997 .

(15) أنظر: الرأي رقم 8 ، المذكور سابقا .

(16) أنظر:

- F.luchaire , les lois organiques devant le conseil constitutionnel R.D.P,L.G.D.J paris,1992 ,p.389.

(17) أنظر: جبار عبد المجيد، "الرقابة الدستورية للقوانين العضوية"، مجلة إدارة، عدد 1 مجلد 10 ، الجزائر ، 2000 ، ص. 78.

(18) أنظر: النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر عام 2000 ، الجريدة الرسمية رقم 48 ،المؤرخة في 6 أوت 2000.

(19) أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 99 / 239 المؤرخ في 27 أكتوبر 1999 المتضمن إلغاء

المرسوم الرئاسي رقم 89 / 44 المؤرخ في 10 أبريل 1989 المتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية، الجريدة الرسمية رقم 76، المؤرخة في 31 أكتوبر 1999 .

- المرسوم الرئاسي رقم 99 / 240 المؤرخ في 27 أكتوبر 1999 يتعلق بالتعيين في الوظائف

المدنية والعسكرية للدولة ، الجريدة الرسمية رقم 76 ، المؤرخة في 31 أكتوبر 1999

(20) أنظر: المادة 165 / 1 من التعديل الدستوري لـ 28 نوفمبر 1996 .

(21) أنظر: بن سهلة ثاني بن علي، "المجلس الدستوري بين الرقابتين السياسية والقضائية- دراسة

مقارنة على ضوء التطور الدستوري في الجزائر-"، مجلة إدارة، العدد 22 الجزائر، 2001، ص ص. 11 - 18 .

(22) أنظر: نص المادة 7 من مشروع القانون الأساسي لعضو البرلمان: «يمارس عضو البرلمان

الرقابة الشعبية على عمل الحكومة ومدى تنفيذ برامجها ، وعلى مختلف الهيئات العمومية...».

(23) أنظر: الرأي رقم 12 / ر.ق.م / د / 01 مؤرخ في 13 جانفي 2001 يتعلق بمراقبة دستورية

القانون المتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان، الجريدة الرسمية رقم 9 المؤرخة في 4 فيفري 2001 .

(24) أنظر: نص المادة 12 من مشروع القانون الأساسي لعضو البرلمان: «يمكن عضو البرلمان

من الحضور في النشاطات والتظاهرات الرسمية والزيارات العملية والإستطلاعية التي تقام على المستوى المحلي وجلسات العمل التي تعقد في هذا الإطار».

(25) أنظر: نص المادة 13 من مشروع القانون الأساسي لعضو البرلمان: «يجب على السلطات

الولائية والبلدية تمكين عضو البرلمان من أداء مهمته البرلمانية بوضع تحت تصرفه المعلومات والوثائق الضرورية التي يحتاجها».

(26) أنظر: نص المادة 104 من مشروع النظام الداخلي لمجلس الأمة المعدل عام 1999 : «يمكن

أن تنتهي المناقشة بالمصادقة على لائحة حسب الشروط المذكورة في المادة 95».

(27) أنظر: الرأي رقم 9/ر.ن.د.م / د / 99 المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة

النظام الداخلي المعدل والمتمم لمجلس الأمة للدستور، الجريدة الرسمية رقم 84 المؤرخة في 28 نوفمبر 1999.

(28) أنظر: نص المادة 65 من مشروع القانون العضوي رقم 99 / 02: «يمكن أعضاء البرلمان

استجواب رئيس الحكومة بخصوص مسألة تكون موضوع الساعة وفقا لأحكام المادة 133 من الدستور».

(29) أنظر: نص المادة 71 / 3 من مشروع القانون العضوي 99 / 02 : « يمكن عضو الحكومة

أن يمتنع عن الإجابة لأسباب ذات مصالح استراتيجية للبلاد ،، ونص المادة 73/3: « في حالة عدم جواب عضو الحكومة على السؤال الكتابي الموجه إليه بعد انقضاء المدة المحددة أعلاه يحق للنائب

مساءلة عضو الحكومة شفويا».

أما المادة 74 / 3 فنصت على: «تتبع نفس الإجراءات في حالة عدم الرد على السؤال الشفوي أو الكتابي».

(30) أنظر: الرأي رقم 8 / ر.ق.ع / م / د / 99 ، المرجع السابق.

## دور مجلس الأمن في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

دحماني عبد السلام

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

### مقدمة:

إن غرض العدالة ومجلس الأمن هو تحقيق السلم العالمي، وبالأخص مجلس الأمن الذي يحتفظ بميزة كونه الجهاز العالمي الوحيد المختص بحفظ السلم والأمن الدوليين، وبوضع اللوائح التي بموجبها تلتزم الدول باحترامها وتطبيقها، ونذكر على سبيل المثال المادة 25 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على تعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق.

فالدور الذي يلعبه مجلس الأمن تؤكد عليه محكمة العدل الدولية بقولها في احد آرائها الخاص بالقضية الناميبية في 1971/06/21 بان اختصاص مجلس الأمن اختصاص عام لا يحتاج إلى أن يستند إلى أحكام الميثاق وما يظهر من خلال لائحة 794 لعام 1992 الخاصة بالتدخل الإنساني في الصومال، كذلك اللائحة 827 لعام 1993 الخاصة بإنشاء محكمة دولية لمحاكمة مجرمي الحرب في يوغسلافيا سابقا، واللائحة 955 لعام 1994 الخاصة بمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن أعمال الإبادة و الخروق الخطيرة للقانون الدولي الإنساني في رواندا.

من خلال هذا أصبح مجلس الأمن يصنع القانون ويفرض القانون من جهة، ويعارض تطبيق القانون لما يمس بمصالح الدول العظمى باستعمال حق الفيتو، وهذا بتوجيه من القطب الأوحده وهي الولايات المتحدة الأمريكية التي تقرر معالم أي نظام دولي جديد، وللذكر فإن المادة 16 من النظام التأسيسي للمحكمة الجنائية الدولية كانت محل الجدل وأثارت نقاشا حادا بين المفكرين فهناك من رأى بان المجموعة الدولية لم تقم بشيء سوى أنها منحت لمجلس الأمن إطارا قضائيا لتطبيق قراراته (1).

لكن في الحقيقة أن النظام التأسيسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، منح لمجلس الأمن هذه المرة وسيلة لتطبيق لوائحه، والتدخل في صلاحيات المحكمة، خاصة وله حق المطالبة

في بدا التحقيق بسعي من المدعي العام، وقد يكون الغرض من ذلك تسييس المحكمة لصلاحياتها ومن ثم فرض رقابة عليها في مجال فرض الجزاء وحماية حقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

يرى الدكتور مدوس فلاح الرشيدى انه يتأثر سلبا أو إيجابا اختصاص كل من مجلس الأمن الدولي والمحكمة الجنائية الدولية في نظر حالة ما، من تلك الحالات التي أشار إليها النظام الأساسي كجرائم دولية، بتلك الآلية التي اشتمل عليها النظام الأساسي لهذه المحكمة والذي يمنح مجلس الأمن الدولي الحق في إحالة حالة ما إلى هذه المحكمة أو أن يطلب من هذه المحكمة تأجيل النظر في قضية مرفوعة أمامها.

فالإشكال إذن هو سلطات مجلس الأمن وصلاحيته في هذا المجال مما يوحي أن هناك تداخلا في الاختصاص، رغم اختلاف مجلس الأمن عن المحكمة الجنائية من جميع النواحي، وهذا ما نحاول إبرازه من خلال هذه المقالة من خلال محاولتنا للإجابة على الإشكالية التالية: ما حقيقة العلاقة التي تربط المحكمة الجنائية الدولية بمجلس الأمن الدولي، في ما يخص النظر في الجرائم الدولية الواردة في المادة 5 من النظام؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا الخطة التالية :

**المبحث الأول:** قرار مجلس الأمن الدولي بإحالة قضية ما إلى المحكمة الجنائية الدولية أو طلب تأجيل النظر فيها والآثار المترتبة عن ذلك.

**المطلب الأول:** إحالة قضية ما إلى المحكمة الجنائية الدولية من طرف مجلس الأمن الدولي.  
**المطلب الثاني:** تأجيل النظر في قضية ما أمام المحكمة الجنائية الدولية من طرف مجلس الأمن الدولي.

**المبحث الثاني:** تدخل مجلس الأمن الدولي في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

**المطلب الأول:** صياغة قواعد القانون الجنائي الدولي بإنشاء محاكم جنائية دولية.

**المطلب الثاني:** تحديد مجلس الأمن لاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية وحقوق الدول.

**المبحث الأول:** قرار مجلس الأمن الدولي بإحالة قضية ما أو طلب تأجيل النظر فيها إلى المحكمة الجنائية الدولية والآثار المترتبة عن ذلك.

هل المقصود بالإحالة من مجلس الأمن هو أن يقوم هذا الأخير برفع شكوى للمحكمة، أم أن المقصود به هو أن يقوم المجلس بلفت انتباه المحكمة إلى وضع معين ؟

وما هو الميكانيزم الذي اقره النظام الأساسي لهذا الغرض ؟ وهل للمحكمة الجنائية الدولية اختصاص في النظر في قضية يعد احد أطرافها دولة ليست طرفا في النظام الأساسي

لهذه المحكمة ؟ وأخيراً ما هي إمكانية مراجعة المحكمة لهذا القرار ؟ وهذا ما سوف نعرفه من خلال المطالبين التاليين.

**المطلب الأول:** اثر قرار مجلس الأمن الدولي بإحالة قضية ما إلى المحكمة الجنائية الدولية.

إذا كان مجلس الأمن الدولي وفقاً لهذا النظام الأساسي، يختص بإحالة قضية ما إلى المحكمة الجنائية الدولية أحد أطرافها دولة طرف في النظام الأساسي، فقد يحيل هذا المجلس إلى هذه المحكمة أيضاً قضية أحد أطرافها دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فحسب المادة 13 فقرة ب والتي تنص على أنه 'للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة 5 وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية:

(1) إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقاً للمادة 14 حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم قد ارتكبت؛ (ب) إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛ (ج) إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقاً للمادة 15.

يرى الأستاذ محمد يوسف علوان أن المقصود بالإحالة إلى المحكمة من قبل مجلس الأمن هو لفت نظر المحكمة إلى وقوع جريمة تقع في اختصاصها. وبهذا الإجراء تستهل المرحلة الأولى من الإجراءات الجنائية أمام المحكمة<sup>(3)</sup>.

غير أنه ينبغي التنبيه بأن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يقدم نفس الضمانات للإحالة من قبل مجلس الأمن مثلها مثل الإحالة من قبل الدولة الطرف، حيث أن مبدأ التكاملية التي أشير إليه في الفصل الأول من المذكرة وكذلك استبعاد سمو المحكمة الجنائية الدولية على الهيئات القضائية الوطنية ينطبق حتى على الإجراءات التي يبادر بها مجلس الأمن الدولي بموجب المادة 13/ب من النظام الأساسي، بدليل أنه لا يمكن إقدام مجلس الأمن الدولي إحالة حالة إلى المحكمة وفق سلطاته بموجب الفصل السابع مع تجاهل إرادة وقدرة الدولة التي لها ولاية على هذه الجرائم في القيام بالتحقيق والمقاضاة<sup>(4)</sup>.

لكن ما يثير التساؤل هو تلك الحالة التي يكون فيها أحد أطراف القضية، أي المدعي عليها دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي لهذه المحكمة، وإن كانت هذه الدولة عضواً في

منظمة الأمم المتحدة، إذا ما أحال مجلس الأمن الدولي الحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية. في مثل هذه الحالة فإن اختصاص المحكمة تحدده المادة 13 فقرة ب إذ تقضي هذه الأخيرة بأنه 'للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة 5 وفقا لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية':.... (ب) إذا أحال مجلس الأمن، متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛....' (5).

تجدر الإشارة هنا إلى أن مجلس الأمن عند إحالته لحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ليس مقيد بالشروط المسبقة لممارسة الاختصاص، بان تكون الدولة التي وقع في إقليمها السلوك قيد البحث أو يكون الشخص المتهم بالجريمة من رعاياها، طرفا في الاتفاقية، فالمحكمة في هذه الحالة تمارس اختصاصها بخصوص الجرائم المعنية حتى ولو ارتكبت في أقاليم دولة غير طرف أو من قبل رعايا دولة غير طرف في النظام الأساسي، وحتى في حالة عدم قبول اختصاص المحكمة من قبل الدولة التي وقعت في إقليمها الجرائم المعنية بالمتابعة أو دولة جنسية المتهم. ويمكن القول بان هذه الفقرة قد وضعت سدا للنقص الذي نتج من إعمال الشروط المسبقة من خلال عدم إمكانية متابعة أو محاكمة أي متهم بجريمة دولية مستقبلا خاصة وإذا كان هذا المتهم في مركز رئيس دولة أو مركز قيادي متخذا تدابير بعدم المصادقة على النظام الأساسي .

إن أول حالة تطبيقية تعرض إليها مجلس الأمن الدولي في هذا الصدد تتمثل في قضية "دارفور" حيث تتلخص أطوار هذه القضية في دخول الحكومة السودانية والميليشيات الموالية لها في نزاع دامي مع الانفصاليين في الأقاليم الجنوبية من السودان وبالأخص منطقة دارفور والذي خلف حوالي 180 ألف قتيل من الطرفين، وتفاقم أزمة اللاجئين الذين فروا من مناطق النزاع طلبا للأمن، زد عن ذلك انتشار المجاعة الفقر والأمراض الفتاكة؛ فشهدت المنطقة جرائم بشعة، وكان كل طرف يحمل الطرف الآخر مسؤولية هذه الانتهاكات للقانون الدولي لحقوق الإنسان.

فتبنى مجلس الأمن الدولي في 31 مارس 2005 القرار 1593 والذي من خلاله أحال إلى النائب العام للمحكمة الجنائية الدولية "قضية دارفور"<sup>(6)</sup> التي بدأت أطوارها منذ أول جويلية 2002، وهو تاريخ دخول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ، وذلك

وفقا للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وذلك بأغلبية 11 صوت مساند للقرار وأربع أصوات ممتعة وتتمثل في الجزائر، البرازيل، الولايات المتحدة الأمريكية والصين؛ وجاء في مضمون القرار أن "التحقيق الدولي حول الانتهاكات للقانون الدولي الإنساني في دارفور بلغ إلى حد القول بان الحكومة السودانية انتهجت سياسة الإبادة، ويقر التحقيق كذلك بان انتهاكات حقوق الإنسان المرتكبة من طرف القوات الحكومية والميليشيات تتضمن عنصرين أساسيين أولا العنصر المادي الذي يشكل القتل، المساس الخطير للسلامة الجسدية أو العقلية، الإخضاع العمدى إلى ظروف معينة تؤدي إلى التصفية الجسدية ومن جهة أخرى وجود جماعة محمية وتتمثل في مرتكبي هذه الجرائم. وبمقتضى القرار فإنه على الحكومة السودانية وكل أطراف النزاع أن يتعاونوا تعاوناً كاملاً مع المحكمة والنائب العام وإعطائهم كل المساعدة اللازمة.

هذا بالاعتراف بان نظام روما الأساسي لا يفرض أي التزامات على الدول غير الأطراف، والمجلس يدعوا الاتحاد الإفريقي في تسهيل أعمال النائب العام والمحكمة الجنائية الدولية من اجل العمل على مكافحة سياسة اللاعقاب".

وامتثالاً لقرار الإحالة هذا من طرف مجلس الأمن الدولي، إلى المحكمة الجنائية الدولية، فان النائب العام للمحكمة الجنائية الدولية السيد لويس مورينو اوكومبو قرر تحقيق في قضية دارفور يوم 06 جويلية 2005 ، وتماشياً مع مقتضيات نظام روما الأساسي (7).

تجدر الإشارة إلى أن الدول الإفريقية التي هي أطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وصل عددها إلى 27 دولة إلى غاية 15 مارس 2005 بانضمام كينيا، وتعد السودان من الدول التي لم تنظم بعد إلى هذا النظام كباقي الدول العربية الإفريقية، مما جعلها محل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في إطار إحالة مجلس الأمن الدولي إلى المحكمة وفقاً للمادة 13 فقرة ب من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وعملاً بأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة (8).

**المطلب الثاني:** اثر قرار مجلس الأمن الدولي بتأجيل النظر في قضية ما أمام المحكمة الجنائية الدولية وسلطة المحكمة في مراجعة هذا القرار.

إذا كان لمجلس الأمن الدولي، إحالة حالة ما إلى المحكمة الجنائية الدولية بقرار متصرفاً وفقاً للفصل السابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، فهل لهذا المجلس أن يطلب من المحكمة الجنائية الدولية تأجيل نظر قضية ما بسبب تداخل إجراءات المحكمة في نظر بعض الجرائم

الدولية مع قرارات مجلس الأمن الدولي؟

إن المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المتعلقة بالتأجيل والمقاضاة تقضي بأنه “لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهرا بناء على طلب مجلس الأمن موجه إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب لفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تحديد هذا الطلب بالشروط ذاتها”

بالتعمن في نص للمادة 16 من النظام الأساسي، يؤدي بنا إلى الاعتقاد بان إمكانية تجديد قرار مجلس الأمن الدولي بإرجاء التحقيق أو المقاضاة لا يمكن أن تحدد بمدة معينة، مما قد يؤدي بالاعتقاد انه قد ينجر عنه ممانلة وتعطيل عمل المحكمة، وبالتالي تنتج عنه تبعية خطيرة للمحكمة كجهاز قضائي لمجلس الأمن الذي يعد كجهاز سياسي<sup>(9)</sup>.

ويدعو الأستاذ مدوس لطرح التساؤل حول مدى استقلالية المحكمة الجنائية الدولية في تحديد اختصاصها وقبول الدعوى أمامها، بحيث انه يبدو أن هناك هيمنة لمؤسسة سياسية والمتمثلة في مجلس الأمن الدولي على مؤسسة قضائية والتي هي المحكمة الجنائية الدولية.

بالتالي فما هي الوسيلة التي أوجدها النظام الأساسي للمحكمة لدحض هذه الهيمنة،

وتقرير سلطة المحكمة بمراجعة قرار مجلس الأمن الدولي بتأجيل نظر قضية ما؟

إن التفسير الدقيق لأحكام المادة 16 يؤكد بالقول بان سلطات مجلس الأمن لا تعتبر حاجزا لممارسة المحكمة لاختصاصها، حيث أن طلب إرجاء التحقيق أو المقاضاة لا يمكن أن يكون كذلك إلا بصدور قرار من مجلس الأمن الدولي عملا بأحكام الفصل السابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، ويتم ذلك بتوافر أصوات تسعة أعضاء من بينهم الخمسة الدائمين، وهذا الطلب يكون مشفوعا بالأسباب التي تكيف استمرار التحقيق والمقاضاة أمام المحكمة قد يعمل على تهديد الأمن والسلم الدوليين أو الإخلال بهما؛ ومن هنا فتعسف مجلس الأمن الدولي في طلب الإرجاء مستبعد<sup>(10)</sup>.

**المبحث الثاني: تدخل مجلس الأمن الدولي في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.**

حسب تحاليل جانب من الفقه، فانه حدث تطور بارز في عمل مجلس الأمن الدولي وهو السلطة ‘التشريعية’ حيث انه من جهة، اصدر قرارات، الأول رقم 827 في 25 ماي 1993 والثاني رقم 955 في 8 نوفمبر 1994، والتي انشأ من خلالها محكمتين جنائيتين مؤقتتين وبمحاولته فرض نظامهما الأساسي المتضمن تجريم العديد من الأفعال، فإنشاء مجلس الأمن

الدولي للمحاكم الجنائية الدولية يعتبر ممارسة لسلطة تشريعية، رغم ادعائه بان هذا الأمر يدخل في إطار التدابير الخاصة المتخذة بين العديد من التدابير الأخرى التي يتضمنها الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ومن جهة أخرى فان القرارات 1422 الصادر في 12 جويلية من عام 2002 والقرار 1487 الصادر في 12 جوان 2003 والذي من خلالهما، قام مجلس الأمن بوضع حدود لسلطات التحقيق والمتابعة للمحكمة الجنائية الدولية، وزعم بأنه تحرك وفقا للمادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؛ فجانبا من الفقه يرى بان مجلس الأمن امتلك بطريقة غير مباشرة سلطة تعديل القواعد القانونية للقانون الدولي<sup>(11)</sup>.

### **المطلب الأول: صياغة قواعد القانون الجنائي الدولي بإنشاء محاكم جنائية دولية.**

في إطار التدابير المتخذة وفق الفصل السابع، نجد أن مجلس الأمن عادة ما ينشأ أجهزة مكلفة بمتابعة تنفيذ القرارات، كذلك ينشأ هيئات عديدة والمتمثل دورها في مراقبة تطبيق تدابير الحصار المتخذة في إطار حالات خاصة، كتلك المتعلقة بالقضية العراقية الكويتية، ليبريا ثم سيراليون وأفغانستان. وفي حرب الخليج، انشأ المجلس كذلك لجنة تعيين لتحديد وترسيم الحدود بين العراق والكويت، ثم انشأ كذلك جهاز مكافحة الإرهاب بعد أحداث سبتمبر 2001.

لكن في إطار النزاع اليوغسلافي ثم النزاع الرواندي، فالمجلس تحرك بإنشاء المحكمتين الجنائيتين المؤقتتين ليوغسلافيا سابقا ولرواندا والمنشأتين من خلال قرار مجلس الأمن الدولي، الأول رقم 827 في 25 ماي 1993 والثاني رقم 955 في 8 نوفمبر 1994، فحسب مجلس الأمن الدولي باتخاذ هذه الأجهزة، اعتبر بأنها تدابير خاصة، يتبناها بهدف وضع حد نهائي لحالة ما، تكيف على أنها تهديد للسلم والأمن الدوليين؛ في 1993، وبالتصدي للنزاع اليوغسلافي، قرر مجلس الأمن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا سابقا من اجل محاكمة الأشخاص الذي يفترض مسؤوليتهم في الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي التي وقعت في إقليم يوغسلافيا. فبواسطة القرار 827 ووفقا للفصل السابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، تبنى مجلس الأمن الدولي النظام الأساسي لهذه المحكمة والتي تحدد الجرائم الدولية التي من خلالها يمكن أن يمارس اختصاصه.

في مقدمة هذا القرار، أوضح مجلس الأمن الدولي بالأسباب التي دفعته إلى إنشاء هذه المحكمة، ثم ذكر بالقرارات السابقة (1992)764، (1992)771، و (1992)780، والذي من

خلالهم أعاد التأكيد على المسؤولية الجنائية الفردية للذين يرتكبون أو يأمرّون بارتكاب الانتهاكات للقانون الدولي الإنساني في يوغسلافيا، ثم ذكر بتقرير لجنة الخبراء التي تقترح إنشاء محكمة دولية، وفي ذات القرار أكد المجلس على أن تدخله في هذه القضية إنما جاء في إطار اختصاصه في حفظ السلم والأمن الدوليين، وأخيرا أبدى المجلس إرادته في وضع حد نهائي لمثل هذه الجرائم واخذ إجراءات فعالة حتى يكون الأشخاص المسؤولين عنها محل متابعة من طرف العدالة، ثم ختم بالتأكيد على أن إنشاء هذه المحكمة الجنائية الدولية سوف يؤدي لبلوغ هذا الهدف .

لبلوغ نفس المسعى، قام مجلس الأمن الدولي بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة لرواندا والمكلفة فقط بمحاكمة الأشخاص الذين يفترض مسؤوليتهم في الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني في إقليم دولة رواندا، وكذلك الروانديين الذين يفترض مسؤوليتهم في نفس الانتهاكات فوق إقليم الدول جارة، وذلك في فترة ما بين أول جانفي إلى غاية 31 ديسمبر 1994.

إن نص القرار 955 الصادر في 8 نوفمبر 1994 شبيه إلى حد كبير للقرار 827 المتعلق بإنشاء محكمة يوغسلافيا. حيث أن مجلس الأمن الدولي لاحظ أن الوضعية في رواندا تواصل في تهديد السلم والأمن الدوليين، لوجود أعمال الإبادة والانتهاكات الأخرى المعممة والمنهجية للقانون الدولي الإنساني (12) .

إن مجلس الأمن الدولي برر هذا الفعل بأنه يدخل في إطار إعادة السلم والأمن الدوليين، بحيث أن الحالة التي يواجهها تعد استثنائية، بالتالي فهو مجبر على اتخاذ تدابير خاصة، من بين التدابير الأخرى التي يتضمنها الفصل السابع من الميثاق.

انه من الضروري هنا طرح مسألة معرفة ما إذا كان إنشاء محاكم جنائية دولية يعني أن مجلس الأمن ينشأ قواعد قانونية ؟

فحسب جانب من الفقه، فإن القراءة المعمقة للأنظمة الأساسية لهذه المحاكم، بالمقارنة مع القانون الجنائي الدولي الموجود في وقت إنشاء هذه المحاكم يمكن اكتشاف الخاصية العرفية لبعض الجرائم المعاقب عليها، حيث انه في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا فإنه يعرف الجرائم المستوحاة من بعض جرائم القانون الجنائي الدولي.

في هذا الصدد، يرى بعض الكتاب في مجال القانون الدولي، أن تشكيل المحاكم الجنائية الدولية من طرف مجلس الأمن، يفهم من انه يمارس سلطة تشريعية، بدليل انه في القانون

الداخلي، أي إنشاء للمحاكم يعود، كمبدأ عام، إلى اختصاص المشرع، وبهذا المنظور فتحرك مجلس الأمن في هذا الإطار يقود إلى القول باعتباره مشرعا لقيامه بطريقة غير مباشرة بتعديل قواعد القانون الدولي؛ حيث انه في هذه المرة، مجلس الأمن لم يقم فقط بإنشاء أجهزة قضائية، ولكن انشأ نظامهما الأساسي كذلك، فمجلس الأمن أكد وذكر وعمل على جمع قواعد القانون الجنائي الدولي العامة في وثيقتين والمتمثلة في الأنظمة الأساسية لكل من المحكمتين. لهذا فمجلس الأمن بإقدامه على إنشاء المحكمتين المؤقتتين، فانه تجاوز إطار الحالات الواقعة المتمثلة في النزاع اليوغسلافي والنزاع الرواندي، بدليل انه تبنى الأنظمة الأساسية لهذه المحاكم مؤكدا على اعتبار قواعد القانون الجنائي كأساس للتجريم.

### **المطلب الثاني: تحديد مجلس الأمن لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية.**

غداة دخول نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بحثت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية بكل الوسائل ضمان أن هذه المحكمة بعدم متابعة مواطنيها المشاركين في عمليات حفظ السلم أو أي عمليات عسكرية أخرى مقررة من طرف مجلس الأمن الدولي، فبعد إشهار الفيتو الأمريكي ضد تبنى مجلس الأمن لقرار تمديد مهمة الأمم المتحدة في البوسنة، حاولت من خلال ذلك الولايات المتحدة الأمريكية في بادئ الأمر الحصول على الحصانة الكلية والدائمة لجنودها أو أعوانها من كل متابعات<sup>(13)</sup>.

وبمعارضة عدد مهم من الدول لهذا الاقتراح، قدمت الولايات المتحدة الأمريكية مشروعا ثانيا لمجلس الأمن، وبعد مشاورات حثيثة بين أعضائه الدائمين، قام المجلس بتبني هذا القرار 1422 الموافق ل 12 جويلية 2002 تحت عنوان حفظ السلم من طرف الأمم المتحدة. ثم تبنى بعد ذلك ذات المجلس قرارا آخر، وهو القرار 1487 في 12 جوان 2003 بعد مرور فترة عام منذ صدور القرار الأول.

من خلال هاذين القرارين، المؤسسين على المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، قام المجلس بصفة ضمنية بتحديد سلطات التحقيق والمتابعة لهذه المحكمة، هذا الأمر أدى إلى تساؤل العديد من الدول، حول تفسير مجلس الأمن للمادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عدل مصطلحات هذه المعاهدة الدولية وكان تدخله شبيه بعمل المشرع. من خلال القرارين 1422(2002)، و 1487(2003)، قرر مجلس الأمن آخذا بعين الاعتبار دخول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ في 1 جويلية 2002 وانه في مصلحة السلم والأمن الدوليين ينبغي على الدول الأعضاء أن تتعاون في

العمليات المقررة والمرخص بها من طرف مجلس الأمن، وعملا بأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة فإن مجلس الأمن بتطبيقه لأحكام المادة 16 من نظام روما انه أولاً، كل ما يتعلق بقضية كان احد أطرافها دولة غير طرف أو أعضاء نشاطات البعثات والأعمال المرخص بها من طرف منظمة الأمم المتحدة لا يمكنها أن تكون محل تحقيق أو متابعة من طرف المحكمة الجنائية الدولية في مدة 12 شهرا ابتداء من أول جويلية 2002 إلا إذا اقر مجلس الأمن خلاف ذلك<sup>(14)</sup>. ثانياً فإن مجلس الأمن عبر عن نيته في تجديد هذه المدة، إذا كان الأمر يدعو إلى ذلك كل سنة بنفس الفترة وهي 12 شهرا وهذا حسب نفس الشروط.

ثم ثالثاً، طلب مجلس الأمن الدول الأطراف عدم اخذ أي تدبير لا يكون متفقاً مع الفقرة 1 والتزاماتها الدولية. من هنا يتبين انه لا يمكن على الإطلاق للدول أن تحيل أي قضية إلى النائب العام والتي يبدو وان احد أطرافها ينتمي إلى المشاركين في عمليات الأمم المتحدة.

إن الفقرة 3 من هذين القرارين تلزم بالدول التي هي عضو من أعضاء منظمة الأمم المتحدة، وفي نفس الوقت هي أطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، عدم تطبيق أحكام النظام الأساسي والتي هي متناقضة مع الطلب الموجه إلى المحكمة الجنائية الدولية؛ وبالتالي فمن الناحية التطبيقية، إذا قارنا هذا الإلزام مع أحكام نظام روما الأساسي فإن الدول لا يمكنها إحالة أي حالة ما إلى المدعي العام تتعلق بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام والمرتكبة من طرف أعوان وأعضاء البعثات وعمليات الأمم المتحدة حيث دولهم ليست أطرافاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

بعبارة أخرى فبتبني القرارين 1422، 1487، فإن مجلس الأمن بهذا قد فرض على الدول بصفة عامة نوعاً من السلوك عن طريق تعديل الالتزامات التي تربط بين هذه الدول في إطار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. كذلك فإن مجلس الأمن يرى أن تطبيق هذين القرارين، يتحدد ب 12 شهراً ويعلن نيته بتجديد هذه المدة ب 12 شهراً أخرى في نفس الظروف، وإذا اقتضت الضرورة ذلك.

إن تبني هذين القرارين سالف الذكر، وحسب جانب من الفقه، وفي نظر بعض الدول، فإن مجلس الأمن الدولي يكون قد عدل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أقر مجلس الأمن الدولي انه بتبنيه للقرارين 1422 و 1487 انه تحرك تماشياً مع ما تقتضيه المادة 16 من نظام روما الأساسي، حيث انه لا يمكن إجراء أي تحقيق أو متابعة

وفقا لنظام روما في مدة 12 شهرا التي تلي تاريخ إيداء مجلس الأمن لطلبه في هذا الشأن للمحكمة الجنائية الدولية بقرار وفقا للفصل السابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة حيث انه يمكن تجديد هذا الطلب من طرف ذات المجلس.

نتساءل في هذا الصدد إذا كانت المادة 16 من النظام الأساسي تسمح لمجلس الأمن بإلغاء سلطات التحقيق والمتابعة للمحكمة الجنائية الدولية بصفة عامة ؟ أو فقط في إطار حالات خاصة أين يكون فيها مجلس الأمن مخطر ؟

حسب بعض الكتاب والعديد من الدول، هذا التفسير الأخير هو الأجدر بان يؤخذ بعين الاعتبار ،بدليل أن تطبيق المادة 16 من النظام الأساسي يتحدد بشرطين اثنين وهما: أولا قرار مجلس الأمن يجب أن تحدد وجود حالة ما تدخل في إطار المادة 39 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة والشرط الثاني هو أن يكون تطبيقها على حالة واقعة.

لكن بقراءة القرارات، يظهر بدون غموض بان مجلس الأمن الدولي يصرح بأنه تحرك في إطار الفصل السابع من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، لكن المصطلحات التي يتضمنها القرارات ،تظهر بدون غموض أنها لا تتعلق بحالة خاصة، وإنما تتعلق بكل الحالات أو القضايا التي يكون فيها يتورط فيها الأفراد المشاركين في العمليات العسكرية أو الإنسانية تحت مظلة الأمم المتحدة، وكذا مواطني دولة غير طرف في النظام الأساسي.

وإلا نتساءل هل أن المادة 16 من النظام الأساسي تسمح بتطبيقها في الحالات الضمنية ؟ فكما أسلفنا الذكر فان المحكمة الجنائية الدولية تهدف إلى تحقيق السلم والأمن الدوليين من خلال ضمان مرتكبي الجرائم الأكثر خطورة في القانون الدولي. بالتالي فان عملها مختلف لكنه تكميلي لعمل مجلس الأمن الدولي، بالتالي فبتفسير المادة 16 من نظام روما في هذا الإطار، فان مجلس الأمن يمكن أن يلغي بصفة عامة اختصاص المحكمة ،مما يقودنا إلى نتيجة غير منطقية، وهي عزل نظام روما إفراغ نظام روما الأساسي من محتواه و تجريده من هدفه، بمكافحة سياسة اللاعقاب، وحفظ وإرساء السلم. فتظهر المادة 16 من نظام روما الأساسي كنظام استثنائي في اختصاص المحكمة، في إطار حالات خاصة؛ فالمفاوضات التي تمت في روما تؤكد وجهة النظر هذه، فدور وتأثير مجلس الأمن الدولي على المحكمة الجنائية الدولية تم الإنقاص من حدته، خاصة بخلق نائب عام مستقل.

هذه المواقف أكدته مختلف الدول من خلال المحادثات التي جرت أثناء تبني القرارات 1422 و 1487 ففي المناقشات الأولى التي تمت في مجلس الأمن حول قضية حصانة أفراد

عمليات حفظ السلم، الممثل الفرنسي وضح بان الوسيلة الوحيدة للخروج من هذا المأزق وهو رفض الولايات المتحدة الأمريكية لتجديد عهدة بعثة الأمم المتحدة في البوسنة هي باستعمال المادة 16 من نظام روما للسماح لمجلس الأمن حسب الحالات بان يطلب من المحكمة الجنائية الدولية بان تتخلى عن القضية التحقيق أو المتابعة، في مدة سنة في حالة بدئها في لتحقيق أو المتابعة لشخص أو أكثر من القوة التابعة لدولة غير طرف في نظام روما. كذلك العديد من الدول من بينها ألمانيا وجزر موريس وكوستاريكا، الشيلي، البرازيل... إلى غيرها من الدول، اعتبروا أن المادة 16 من النظام تنطبق فقط على الحالات الواقعة، ثم إن الأمين العام للأمم المتحدة أكد هذا التفسير للمادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة في إرسالية إلى سكرتير الدولة الأمريكي كولين باول .

من هذا كله يمكن الاعتراف بان القرارين 1422 و 1487 يطرحان تساؤلات حول تطبيق مجلس الأمن الدولي للمادة 16 من نظام روما الأساسي، في حالة ما إذا فسرت مقتضيات المادة ذاتها في الاتجاه الذي يعني إلغاء سلطات التحقيق والمتابعة للمحكمة الجنائية الدولية في حالات خاصة يبين فيها المجلس وجود حالة تدخل في إطار الفصل السابع من الميثاق، فيظهر بان هذين القرارين يفسران تفسيراً واسعاً لسلطات مجلس الأمن بهذا الخصوص، فحسب العديد من الدول فان مجلس الأمن يكون قد عدل مصطلحات معاهدة دولية، ومن هنا فان مجلس الأمن أصبح في حكم المشرع.

### خاتمة:

في هذا النظام القانوني الدولي، وخصوصاً ذلك النظام الذي يحكم علاقة المجلس بهذه المحكمة، أحادي القطب، لهيمنة الولايات المتحدة الأمريكية على النواحي السياسية والاقتصادية بل والعسكرية كذلك، فان مبدأ العدالة الطبيعية والقانون يقتضيان وجود نوع من الرقابة الدستورية المنظمة بين مجلس الأمن الدولي والقضاء الدولي لحماية لحقوق الدول، إذا ما أردنا مجتمعاً دولياً يسوده العدل والقانون. وحتى يتم إنشاء هذا النظام، بالاتفاق أو عن طريق العرف الدولي، فان النظام القائم حالياً يعترضه القصور، من حيث تنظيم العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية الوليدة ومجلس الأمن الدولي في مجال تحديد اختصاص كل جهاز خاصة في ما يتعلق بإجراءات الإحالة والمراجعة.

في هذا الإطار، جاء الاتفاق التاريخي ما بين المحكمة الجنائية الدولية ومنظمة الأمم المتحدة في 4 أكتوبر 2004 والذي يهدف إلى خلق قاعدة قانونية وشرعية للتعاون ما بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية في إطار علاقة عمل جديدة، تحترم استقلالية كل واحدة منهما ويشمل هذا الاتفاق برامج ومكاتب الأمم المتحدة في مختلف أنحاء العالم، ويتضمن كذلك إجراءات هامة من أجل تبادل المعلومات بين الهيئتين، المساعدة القضائية والتعاون ما بين المؤسسات، كذلك الاتفاق يعطي للمحكمة الجنائية الدولية صفة مراقب في الجمعية العامة للأمم المتحدة، بالإضافة إلى هذا، فإن الاتفاق يسمح لبعض مكاتب الأمم المتحدة لمساعدة المحكمة وتمثل في المحافظة السامية لحقوق الإنسان، المحافظة السامية للاجئين، المستشار الخاص للأمم المتحدة حول جرائم الإبادة والطفولة، كذلك فإن البعثات الإنسانية، وبعثات حفظ السلم خاصة في مناطق النزاعات أين ترتكب أبشع الجرائم، فتقوم هذه البعثات بالإدلاء وإعطاء كل المعلومات والخدمات الأساسية في إطار الأهداف المسطرة للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(15)</sup>.

-----

#### الهوامش

<sup>1</sup>- تنص المادة 16 من النظام التأسيسي للمحكمة على ما يلي (لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهرا بناء على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها).

<sup>2</sup>- باية سكاكني، العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الأولى.، 96، 97، 98.

<sup>3</sup>- محمد يوسف علوان، إنشاء المحكمة الجنائية الدولية (دراسة في ضوء نظام روما عام 1998)، مجلة الأمن والقانون، السنة العاشرة العدد الأول، جانفي 2002، مرجع سابق، ص 252.

<sup>4</sup>-Flavia Lattanzi, (compétence de la cour internationale pénale et consentement des Etats)RGDIP ,Tome 103-2, 1999., p441.

<sup>5</sup>- قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1593 الصادر يوم 31 مارس 2005

<sup>6</sup>-www.icc-cpi.int/cases.html07:02 على الساعة 2008/11/2

<sup>7</sup>-www.icc-cpi.int/cases.html07:20 على الساعة 2008/11/2

<sup>8</sup>- بالإضافة إلى قضية دارفور، فإن النائب العام للمحكمة الجنائية الدولية قام بفتح التحقيق في قضيتين تتعلقان بدولتين إفريقيتين؛ الأولى تتمثل في قضية الجمهورية الديمقراطية للكونغو في

2004/06/23، والثانية تتعلق بقضية أوغندا في 2004/07/29 وهما دولتين انضمتا إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يوم 2002/4/11، و 2002/6/14 على التوالي.

<sup>9</sup>- Flavia Lattanzi ,op.cit,p 442,443.

<sup>10</sup>- Catherine DENIS, Le pouvoir normatif du Conseil de Sécurité des Nations Unies : portée et limites, collection de droit international, Editions de l'université de Bruxelles ,2004, p 110,111.

<sup>11</sup>- إن القرار 827 الصادر في 25 ماي 1993، وحسب المادة 2 إلى 5 منه تنص على الجرائم والانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، انتهاك قوانين وأعراف الحرب ، الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية.

<sup>12</sup>- المادة 2،3،4 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا حصرت الأعمال التي تعتبر المحكمة الرواندية مختصة بالنظر فيها، وهي على التوالي: الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، انتهاكات المادة 3 المشتركة لاتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الثاني.

<sup>13</sup>- نص المشروع الأمريكي الأول المؤرخ في 12 جوان 2002 الذي لقي معارضة شديدة للدول و الذي يقضي بإعفاء مواطنيه المشاركين في بعثات حفظ السلم من أي متابعة قضائية حتى بعد انتهائهم من مهامهم.

« ...Acting under Chapter 7 of the Charter ;

...2- Decides that persons of or from contributing states in connection with such operations established or authorized by the UN Security Council to promote the peaceful settlement of disputes or to maintain or restore international peace and security shall enjoy in the territory of all Member States other than the contributing State immunity from arrest, detention and prosecution with respect to all acts arising out of the operation and that this immunity shall continue after termination of their participation in the operation for all such acts » .

<sup>14</sup>- « Prenant acte de l'entrée en vigueur ,le 1 er juillet 2002,du Statut de la Cour pénale internationale ,fait à Rome le 17 juillet 1998....et Considérant en outre qu'il est dans l'intérêt de la paix et de la sécurité internationales de faire en sorte que l'Etat Membres soient en mesure de concourir aux opérations décidées ou autorisées par le Conseil de sécurité,

Agissant en vertu de du chapitre 7 des Nations Unies,

1-Demande ,conformément à l'article 16 du statut de Rome ,que ,s'il survenait une affaire concernant des responsables ou des personnels en activité ou d'anciens responsables d'un Etat contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome à raison d'actes ou d'omission liées à des opérations établies ou autorisées par l'Organisation des Nations Unies ,la Cour pénale internationale, pendant une période de 12 mois commençant le 1 er juillet 2002 ,n'engage ni ne mène aucune enquête ou aucune poursuite ,sauf si le conseil de sécurité en décide autrement ;

2- Exprime que l'intention de renouveler, dans les mêmes conditions, aussi longtemps que cela sera nécessaire la demande visée au paragraphe 1 ,le 1er juillet de chaque année, pour une nouvelle période de 12 mois ;

3- Décide que les Etats membres ne prendront aucune mesure qui ne soit pas conforme à la demande visée au paragraphe 1 et à leurs obligations internationales »

<sup>15</sup>- [www.Ritimi.org](http://www.Ritimi.org) يوم 25.11.2008 على الساعة 11:18

## اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

صالح شنين

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

### مقدمة :

نظرا لعجز وسائل التحري والتحقيق الكلاسيكية عن مواجهة الجرائم الحديثة استحدثت التشريعات المقارنة وسائل تحري وتحقيق حديثة , ومن أهمها اعتراض المراسلات والتقاط الصور وتسجيل الأصوات (1).

واستحدثت المشرع الجزائري هذه الإجراءات في قانون الإجراءات الجزائية بموجب التعديل 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 في الفصل الرابع من المادة 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 , حيث أجاز لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أن يأذن بهذا الإجراء عندما تقتضي ضرورات التحري والتحقيق في إحدى الجرائم المذكورة في المادة 65 مكرر 5 (2).

لكن السؤال المطروح هو كيف نظم المشرع الجزائري هذه الإجراءات ؟

سنتصدى لهذه الإشكالية من خلال الخطة الآتية :

**المبحث الأول:** شروط اعتراض المراسلات والتقاط الصور وتسجيل الأصوات

**المبحث الثاني:** دور القضاء في عمليات الاعتراض والالتقاط والتسجيل

### المبحث الأول

#### شروط اعتراض المراسلات والتقاط الصور وتسجيل الأصوات

حتى يمكن التوفيق بين المصلحة العامة في كشف الحقيقة وبين حماية الحق في الخصوصية يشترط قانون الإجراءات الجزائية للقيام بهذه العمليات الشروط الآتية :

#### **المطلب الأول: الشروط الشكلية**

يستوجب قانون الإجراءات الجزائية شروط شكلية يجب مراعاتها عند ممارسة هذه الإجراءات صونا للحريات الفردية من التعسف أو الانحراف في استخدام السلطة , وهي

كالآتي :

**– الإذن القضائي :** جعل المشرع الجزائري بموجب المادة 65 مكرر 5 من ق اج

الاختصاص بالإذن بإجراء هذه العمليات لوكيل الجمهورية، وفي حالة فتح تحقيق قضائي تتم العمليات المذكورة بناءً على إذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة.

ويمكن تعريف الإذن بأنه عبارة عن تفويض يصدر من السلطة المختصة إلى احد ضباط الشرطة القضائية مخولا إياه إجراء تلك العمليات (3).

ويشترط القانون بالمادة 65 مكرر 7 من ق إج في الإذن الشروط التالية :

- أن يتضمن كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب النقاطها والأماكن السكنية المقصودة أو غيرها، والجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير ومدتها(4)؛
- ان يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان , ذلك أن الأصل في العمل الإجرائي الكتابة؛
- أن يسلم لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية(5).

– أن يكون مصدره مختصا نوعيا ومكانيا أصلا بالبحث أو التحقيق في الجريمة التي صدر الإذن بشأنها، ووفقا للقواعد العامة يتحدد الاختصاص النوعي بحسب نوعية الجريمة أما الاختصاص المكاني بمحل الواقعة، أو ضبط المتهم، أو محل إقامته (6).

**- محضر العمليات :**

استوجب المشرع الجزائري على في المادة 65 مكرر 9 على ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب من طرف القاضي المختص أن يحرر محضرا عن كل عملية اعتراض وتسجيل المراسلات وكذا عن عمليات وضع الترتيبات التقنية وعمليات الانتقال والتثبيت والتسجيل الصوتي أو السمعي البصري، ويذكر بالمحضر أيضا بتاريخ وساعة بداية هذه العمليات والانتهاؤها منها .

كما اوجب عليه في المادة 65 مكرر 10 وصف أو نسخ المراسلات والصور أو المحادثات المسجلة والمفيدة في إظهار الحقيقة كمرفقات تودع بالملف، وتترجم المكالمات التي تتم باللغة الأجنبية عند الاقتضاء بمساعدة مترجم يسخر لهذا الغرض .

ولا يكون لهذه المحاضر قوة في الإثبات إلا إذا كانت صحيحة في الشكل طبقا للمادة

214 من ق إج، والأدلة الواردة بها لها حجة نسبية، أي صحيحة ما لم يقدم ما يخالفها، على خلاف الأدلة الواردة بالمحاضر المنصوص عليها بالمادة 216 من ق اج (7).

- صفة القائم بالعمليات :

وفقا للمواد 65 مكرر 8, 9, 10 يقوم بعمليات الاعتراض والالتقاط والتسجيل ضابط الشرطة القضائية , ويجوز لوكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية المناب أن يسخر كل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية أو اللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية للعمليات المذكورة في المادة 65 مكرر 5.

### **المطلب الثاني: الشروط الموضوعية**

بالإضافة إلى الشروط الشكلية يشترط القانون الشروط الموضوعية التالية

- **التسبيب :**

يعتبر التسبيب أساس العمل القضائي, ومن ثم كان لزاما عند إصدار الإذن بإجراء عمليات الاعتراض أو الالتقاط والتسجيل, سواء من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق, إظهار الأدلة القانونية والموضوعية بعد تقدير جميع العناصر المعروضة عليه من طرف ضابط الشرطة القضائية .

- **نوع الجرائم :**

حصرت المادة 65 مكرر 5 من ق ا ج الإذن بإجراءات الاعتراض والالتقاط والتسجيل في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو جرائم الصرف أو جرائم الفساد(8) .

وتجدر الإشارة إلى انه يترتب على تخلف احد شروط عمليات الاعتراض والالتقاط والتسجيل بطلان الإجراء وعدم الاعتماد بما قد يتمخض عنه من دليل جرمي (9).

### **المبحث الثاني**

#### **دور القضاء في عمليات الاعتراض والالتقاط والتسجيل**

حفاظا على حقوق وحرريات الأفراد ومبدأ المشروعية , خول قانون الإجراءات الجزائية للقضاء متمثلا في وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق دورا أساسيا في هذه الإجراءات يتمثل في الإذن والرقابة .

#### **المطلب الأول: الإذن القضائي**

عندما تقتضي ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات , أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود, أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة

الآلية للمعطيات, أو جرائم تبييض الأموال, أو الإرهاب, أو جرائم الصرف جرائم الفساد , يجوز لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختص بناء على المادة 65 مكرر 5 من ق ا ج أن يأذن لضابط الشرطة القضائية باعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية , ووضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين , من اجل التقاط و تثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاص أو عمومية أو التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص,

ويسمح الإذن المسلم بغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من هذا القانون وبغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم حق على تلك الأماكن.

غير أن العمليات المذكورة في المادة 65 مكرر 5 أعلاه يراعى فيها عدم المساس بالسر المهني المنصوص عليه في المادة 45 من هذا القانون.

وتستوجب المادة 65 مكرر 7 من ق ا ج في الإذن أن يتضمن كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها والأماكن السكنية المقصودة أو غيرها والجريمة التي تبررا للجوء إلى هذه التدابير ومدتها, وان يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان ذلك أن الأصل في العمل الإجرائي الكتابية , أن يسلم لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق , وأن يكون مصدره مختصا نوعيا ومكانيا أصلا بالبحث أو التحقيق في الجريمة التي صدر الإذن بشأنها.

#### **المطلب الثاني: الرقابة القضائية.**

بناءً على المادة 65 مكرر 4, 5 من ق ا ج تنفذ العمليات المأذون بها على هذا الأساس تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية المختص , وفي حالة فتح تحقيق قضائي تتم العمليات المأذون بها تحت المراقبة المباشرة لقاضي التحقيق .

ويراقب القضاء العمليات المأذون بها من زاويتين (10):

#### **- رقابة المشروعية :**

بمعنى مراقبة مدى مطابقة عمليات الاعتراض والالتقاط والتسجيل للقانون, كوجوب حصول ضابط الشرطة القضائية على إذن, وعدم تجاوزه مدة الإذن وعدم المساس بالسر المهني, وغيرها من الجوانب الهامة.

## - الرقابة الموضوعية :

وذلك من خلال تقدير مدى قيمة وكفاية أدلة الإثبات الموجودة في محاضر الضبطية القضائية .

وبالتالي يقتصر دور القضاء على الجوانب القانونية والموضوعية, بينما تعود الرقابة التقنية لضباط الشرطة القضائية أو الأعوان المسخرين لهذا الغرض , باعتبارهم أكثر معرفة و دراية بتقنيات التحري والتحقيق .

وتلعب الرقابة القضائية دورا مهما في تبصير وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق , فإذا تشكلت له صورة واضحة يمكنه اتخاذ الإجراءات المناسبة لإظهار الحقيقة, كما لها دور في الحفاظ على المشروعية وحماية حقوق وحرريات الأفراد .

## خاتمة:

رأينا أن المشرع الجزائري من أجل مواجهة الجرائم الحديثة ,استحدث بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالقانون رقم 22/06 إجراءات اعتراض المراسلات والنقاط الصور وتسجيل الأصوات, وقيدها بضوابط شكلية وموضوعية ,وخول القضاء فيها دورا أساسيا بالإذن والرقابة , وذلك في سبيل حماية حقوق وحرريات الأفراد والحفاظ على مبدأ المشروعية.

وتبين لنا من خلال تلك الدراسة أن تطبيق تلك الأحكام القانونية في الواقع العملي يثير إشكالات عملية, أهمها مسألة الاختصاص حينما يتعلق الأمر بالجرائم العابرة للحدود الوطنية ,حيث تطرح مدى سلطة القاضي المصدر للإذن بإجراء هذه العمليات وكيفية جمع الأدلة وضبطها .

كما تطرح إشكالية قلة الخبرة والمعرفة بالوسائل التقنية لدى القضاة والشرطة القضائية، وقلة الأجهزة والمعدات اللازمة للتحري والتحقيق في هذه الجرائم الحديثة.

وعليه لابد من إبرام اتفاقيات ثنائية أو جماعية حول البحث والتحقيق وتسليم المجرمين في الجرائم العابرة للحدود لمعالجة مسألة الاختصاص, وتكوين القضاة والشرطة القضائية في مجال تقنية المعلومات, وتوفير الوسائل والأجهزة التقنية اللازمة لمواجهة هذه الجرائم الحديثة.

## الهوامش:

- 1- عرف القانون الأمريكي في المادة 04 اعتراض الاتصالات بأنه اكتساب سماعي أو غيره لمحتوى أية اتصالات سلكية ولاسلكية أو الكترونية أو شفوية , وذلك من خلال استعمال إي جهاز سواء كان هذا الجهاز أليا أو الكترونيا أو غير ذلك .
- 2- حصرت المادة 65 مكرر5 هذه الجرائم في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو جرائم الصرف أو جرائم الفساد.
- 3- عبد الله هلالى, تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية مصر 1997, ص138.
- 4- سليمان عبدا لمنعم ,أصول الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة ) , منشورات الحلبي الحقوقية ,لبنان , 2003ص876 .
- 5- اعتراض المراسلات و التقاط الصور وتسجيل الأصوات [www.educdz.com](http://www.educdz.com)
- 6- عبدا لله أوهايبية , شرح قانون الإجراءات الجزئية الجزائري(التحري والتحقيق) , دار هومة الجزائر, 2004,ص213.
- 7- مروك نصر الدين ,محاضرات في الإثبات الجنائي (الجزء الأول :النظرية العامة للإثبات الجنائي ) ,دار هومه الجزائر, 2003,ص358 – 359 .
- 8- اعتراض المراسلات والتقاط الصور وتسجيل الأصوات [www.droit-dz.com](http://www.droit-dz.com)
- 9- سليمان عبد المنعم ,المرجع السابق, ص 877.
- 10- مروك نصر الدين ,المرجع السابق,ص 356.

## تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الإثنية

حساني خالد

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

### مقدمة:

اعتبر الكثير من رجال السياسة وفقهاء القانون الدولي أنه مع نهاية الحرب الباردة سيمر العالم من مرحلة توتر وصراعات إلى مرحلة يسودها الإستقرار و نهاية النزاعات و ينتشر فيها إحترام حقوق الإنسان، غير أنه ثبت العكس، ودخل المجتمع الدولي في أزمات ونزاعات من نوع خاص غيرت النظر إلى طبيعتها، وتتمثل هذه النزاعات في الحروب و الصراعات العرقية أو الاثنية التي تدور عادة بين الجماعات العرقية والسلطات الحاكمة في دولة واحدة، فقد برزت في العديد من الدول مجموعات سكانية لها أصل عرقي واحد وتخوض مواجهات مسلحة في الغالب ضد سلطات بلادها، وذلك بهدف الاستقلال أو الحصول على نوع من الحكم الذاتي مثلما حدث في ايريشيريا.

هذه النزاعات الإثنية جعلت الأمم المتحدة ملزمة بلعب دور جديد في معالجتها باعتبارها نزاعات أضحت تشكل تهديدا خطيرا للسلم والأمن الدوليين، وبناء على ذلك فان هذه الورقة تهدف إلى بيان طبيعة هذه النزاعات الإثنية، وذلك للوصول إلى آليات الأمم المتحدة في مواجهتها.

### أولاً: تحديد مفهوم النزاعات الإثنية

تعتبر التعددية الإثنية أهم الأسباب الخاصة التي تقف وراء الصراعات التي تشهدها مجتمعات ودول كثيرة في مختلف أنحاء العالم، والتي أدت إلى انهيار دول مثل الصومال وليبيريا، أو إلى حروب طويلة وتغيير أنظمة سياسية في دول مثل الكونغو والسودان ورواندا وبوروندي، أو إلى أزمات وتوترات وانقسامات سياسية مثل إندونيسيا وإسبانيا والولايات المتحدة ودول أميركا اللاتينية.

### 1- تعريف النزاعات الإثنية

قبل أن نقوم بتعريف النزاعات الاثنية يجدر بنا إلقاء نظرة على الاثنية، فهي ظاهرة تاريخية تعبر عن هوية اجتماعية تستند إلى ممارسات ثقافية معينة ومعتقدات متفردة

والاعتقاد بأصل وتاريخ مشترك وشعور بالانتماء إلى جماعة تؤكد هوية أفرادها في تفاعلهم مع بعضهم ومع الآخرين.

الإثنية Ethnisme هي شعور أو إحساس جماعة بان لها انتماء واحد والتي يسير انتماءها موازيا أو متعارضا مع الولاء للدولة، ويمكن القول بان العرقية والإثنية تتخذ أشكالا متباينة وتعبّر عن نفسها في صور مختلفة الحدة، فبينما نجد أن قبيلة اليوربا في غرب نيجيريا لها نظامها السياسي المركزي، فإن الإيبو في جنوب شرقي نيجيريا لها نظامها اللامركزي القائم على وحدات صغيرة أساسها القرية ومن ثم يمكن تمييز نمطين من المجتمعات فيما يختص بالمجموعات العرقية أو القبلية، تلك التي لها نظام حكومي وتلك التي ترتبط فيها السلطة والقوة بتوزيع الثروة والمكانة، وهذا النوع الأخير تنقصه الحكومة والإدارة والمؤسسات القضائية ويمثل النوع الأول البانانكولي في أوغندا واليوربا في نيجيريا والزولو في جنوب إفريقيا والأشانتتي في غانا، ومن أمثلة النوع الثاني النوير في السودان والإيبو في نيجيريا (1).

أما فيما يخص تعريف النزاعات الإثنية فهي نزاعات مسلحة داخلية تقع بين القوات المسلحة لدولة معينة ومجموعة مسلحة أو أكثر منشقة عن الدولة بسبب اختلافها في العرق أو الدين أو الأصل (2).

تطرح الجماعات الإثنية مطالب خاصة بأبنائها تتعلق بالنظام السياسي الذي تعيش في ظلّه والمجتمع الذي تنتمي إليه، ومن هذه المطالب تأكيد هويتها واحترامها بتمثيلها في النظام السياسي أو منحها وضعا خاصا في البلاد. وكلما تباينت قيم الجماعة الإثنية وهويتها وتمثيلها في المجتمع تزداد نزعتها إلى التمرد والانفصال. وعادة ما تكون اللغة والدين والعادات والتقاليد أكثر الموضوعات حضورا في المطالب الإثنية وقد تمتد إلى النشيد الوطني للدولة وأسماء المدن والرموز المختلفة في الدولة.

## 2- نماذج النزاعات الإثنية في إفريقيا

إذا كانت إفريقيا تعد من بين أكثر القارات تخلفا في شتى الميادين، فإنها كذلك تعتبر القارة التي تعرف انتشار العديد من النزاعات الإثنية، وأمام هذه الحقيقة لا يسعنا إلا أن نقوم بدراسة بعض النماذج من النزاعات الإثنية في إفريقيا.

### أ- النزاع الإثني في بورندي

يعيش في بورندي مجموعتان عرقيتان التوتسي هيما وهم يمثلون أقلية 16 % من

السكان ولكنهم يمثلون الطبقة الحاكمة والهوتو ويمثلون 84 % من السكان، وحاول الهوتو الذين يكونون الأغلبية الاستيلاء على السلطة من التوتسي ولكنهم فشلوا، وأعقب ذلك قيام التوتسي بمذبحة وحشية للنخبة من الهوتو في المدارس، والإدارة والجيش وكل مكان حتى قضوا على ما يقارب 3.5 % من مجموع الهوتو، كما جاء في تقرير لجنة حقوق الإنسان<sup>(3)</sup>، وكانت هذه أكبر عملية إبادة جماعية تم فيها القضاء على النخبة وصفوة الهوتو وأصبحت بورندي من البلدان الفريدة التي تحتكر فيها السلطة أقلية عرقية وهي التوتسي بينما تحول الهوتو إلى مواطنين من الدرجة الثانية، حيث تم إبعادهم وإقصائهم من الوظائف المدنية والجيش والتعليم الثانوي والجامعي<sup>(4)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن الأمم المتحدة لم تتخذ أية تدابير عن طريق مجلس الأمن كذلك التي اتخذت في رواندا والصومال وغيرها من الحالات رغم أن الوضع في بورندي كان أكثر تهديدا للسلام والأمن الدوليين.

#### ب - النزاع الإثني في رواندا

لا يختلف حال رواندا كثيرا عن حال بورندي، فقد نشب نزاع اثني بين الهوتو والتوتسي، إذ ترتب عنه ارتكاب أبشع جرائم الإبادة الجماعية من قتل وتعذيب بسبب الحرب الطائفية بين قبيلتي الهوتو والتوتسي لاسيما جرائم الإبادة الجماعية التي ارتكبتها قبيلة الهوتو في شهر أبريل 1994 والتي حصدت أرواح مئات الآلاف من قبيلة التوتسي.

ومن هذا المنطلق وسعيا منه للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، فقد اصدر مجلس الأمن القرار 955 المؤرخ في 11/08 /1994 قرر فيه إنشاء محكمة جنائية دولية لمقاضاة الأشخاص المسؤولين عن أعمال إبادة الجنس البشري وغيرها من الانتهاكات اللاإنسانية الأخرى التي ارتكبت في رواندا.

#### ثانيا: أسس ومظاهر تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الإثنية

إن هدف تحقيق السلم والأمن الدوليين هو المبرر الأساسي وراء قيام الأمم المتحدة ممثلة في مجلس الأمن بتنفيذ التدخلات الدولية لاسيما التدخل الدولي الإنساني، فمسألة احترام حقوق الإنسان والأقليات الاثنية والعرقية مرتبطة أشد الارتباط باستتباب السلم والأمن العالميين، فلا سلام ولا أمن عالميين في ظل الانتهاكات الخطيرة والجسيمة لحقوق الأقليات الاثنية والعرقية<sup>(5)</sup>.

تستند الأمم المتحدة في تنفيذ تدخلاتها الإنسانية في هذه النزاعات الاثنية إلى اعتبارها

نزاعات تهم المجتمع الدولي كافة Erga Omnes وتخرج من المجال المحجوز للدول، كما أنها تشكل تهديدا خطيرا للسلام والأمن الدوليين.

## 1- إخراج النزاعات الإثنية من دائرة المجال المحفوظ للدولة

الجدير بالذكر أنه بصدد التعارض بين التدخل الدولي لحماية الأقليات العرقية والإثنية وقيود الإختصاص الداخلي للدول، فقد أثيرت مسألة مدى اعتبار حقوق الأقليات من المسائل الداخلية للدول لا يجوز التدخل فيها، و يمكن الإشارة في هذا الصدد، إلى أن الإنتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وعلى رأسها انتهاك حقوق الأقليات الإثنية أضحت تشكل أكبر تهديد للسلام والأمن الدوليين، الشيء الذي يدفع الأمم المتحدة للتدخل عن طريق مجلس الأمن لمواجهة الحالات التي تعرف فيها حقوق الجماعات الإثنية انتهاكات واسعة.

ومن ثم إذا كان الهدف من تدخل الأمم المتحدة بواسطة مجلس الأمن هو حماية حقوق الجماعات الإثنية والحفاظ على السلم والأمن الدوليين، فإن هذا التدخل لا يعد تدخلا غير مشروع في الشؤون الداخلية للدول. وذلك لأن الفقرة 7 من المادة 2 التي تحظر التدخل في الشؤون الداخلية للدول استثنت إجراءات القمع المتخذة بواسطة مجلس الأمن بموجب الفصل السابع لحفظ السلم والأمن الدوليين<sup>(6)</sup>.

وفي السياق ذاته، يجد تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الإثنية سنداً وأساسه القانوني في القرار الذي أصدره معهد حقوق الإنسان أثناء انعقاده في Saint- Jaques de Compastalle بتاريخ 1989/09/13 بشأن " حماية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول "، والذي ذهب إلى إخراج المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان من إطار المجال المحجوز للدول وفق ما تقضي به المادة الثانية من القرار<sup>(7)</sup>، ومن بينها مسألة التدخل الدولي الإنساني لحماية الأقليات الإثنية والعرقية.

## 2- تهديد النزاعات الإثنية للسلام والأمن الدوليين

في تعليقه على تحليل الأستاذ رايموند أروند للحرب والسلام في أوائل الستينات، ذهب الأمين العام الأممي السابق بطرس بطرس غالي، إلى أن رايموند أروند كان يقصد السلم والحرب بين الدول، ومن الطبيعي أن المنازعات الدولية بالنسبة إليه كانت منازعات بين الدول، إذ جاء فكره في هذا الإطار متسقا مع روح ميثاق الأمم المتحدة الذي يتمثل دوره في تسوية النزاعات القائمة بين الدول، وليس التدخل في شؤونها الداخلية، وفي هذا الاتجاه يتجسد مجمل المنطق الأصلي الذي عبر عنه الميثاق في الفصلين السادس والسابع<sup>(8)</sup>.

غير أن ذلك الواقع اختلف حسب السيد بطرس غالي، فقد " بات اليوم علينا أن نسلم بأن معظم المنازعات التي يتعين على الأمم المتحدة ممثلة في مجلس الأمن تسويتها، ليست نزاعات محتدمة بين الدول بل ناشبة بداخلها، وعلى الأمم المتحدة أن تجابه في كل يوم الحروب الأهلية وعمليات الانسلاخ والتجزئة والانقسامات الإثنية والحرب القبلية " (9).

لقد اعتقد الكثير من المحللين أنه مع نهاية الحرب الباردة سيمر العالم من مرحلة توتر وصراعات إلى مرحلة يسودها الاستقرار و نهاية النزاعات و ينتشر فيها احترام حقوق الإنسان، غير أنه ثبت العكس، ودخل المجتمع الدولي في أزمت و نزاعات من نوع خاص غيرت النظر إلى طبيعتها، فالأزمة اليوغوسلافية ( البوسنة والهرسك وكوسوفو بين 1997-1999) الحروب الأهلية في إفريقيا ( ليبيريا، سيراليون، غينيا بيساو، رواندا، دارفور... ) كلها حروب يمكن أن نعتبرها نزاعات جديدة لفترة ما بعد الحرب الباردة (10)، والتي ستجعل مجلس الأمن يلعب دورا جديدا في معالجتها معتمدا على سلطاته الواسعة لتسوية هذه النزاعات الداخلية التي أضحت تشكل تهديدا خطيرا للسلام والأمن الدوليين.

### 3- مظاهر تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الإثنية

يتجلى تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الإثنية من خلال التدخل الدولي الإنساني بواسطة القرارات الصادرة عن مجلس الأمن استنادا إلى الفصل السابع من الميثاق، فقد تطرق مجلس الأمن في العديد من قراراته إلى مسألة التدخل الدولي الإنساني، وتركزت هذه القرارات على دول تشهد أزمات إنسانية طارئة وفي حالة تتعرض فيها مجموعة من السكان لانتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني كجرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية (11)، مما دفع بالمجلس إلى التدخل لمواجهتها لاعتبارها تهدد السلم والأمن الدوليين.

ومن بين قرارات مجلس الأمن التي جسدت التدخل الدولي الإنساني بناء على الفصل السابع من الميثاق نذكر القرار 688 الصادر في 1991/04/05 المتعلق بالتدخل الإنساني في شمال العراق لحماية الأكراد، والتدخل الدولي في الصومال بموجب القرار 794 الصادر في 1994/12/03 (12)، حيث عبر مجلس الأمن عن قلقه من حجم المأساة الإنسانية التي يعيشها الصومال والتي تشكل تهديدا للسلام والأمن الدوليين، وقد قام بإرسال قوات عسكرية إلى الصومال لضمان وصول المساعدات الإنسانية في إطار عملية إعادة الأمل (13).

كما قام مجلس الأمن بالتدخل في النزاع المسلح الداخلي في رواندا، حيث اعتبر المجلس أن الأزمات الإنسانية الناجمة عن النزاع المسلح في رواندا تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، حيث قرر في القرار 929 الصادر في 1994/06/29، أنه على بعض الدول اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الأشخاص واللاجئين المدنيين الروانديين (14).

### ثالثاً: تعزيز دور الأمم المتحدة في حل النزاعات الإثنية

يعتبر تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الداخلية الإثنية الذي يتم عن طريق مجلس الأمن عادة الحل الأمثل في الكثير من الحالات لوقف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، غير أن التدخل الدولي للمجلس تعزز بظهور مبدأ مسؤولية الحماية الذي حل محل التدخل الدولي الإنساني.

#### 1- تطوير التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية

إن تزايد الإهتمام الدولي بحماية حقوق الأقليات الإثنية المعبر عنه بحق التدخل الدولي الإنساني، يصطدم ويتعارض مع مبدأ السيادة الذي يؤدي إلى عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول المستقلة المنصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة و أغلب المواثيق الدولية الأخرى، وهو الأمر الذي جعل الأمين العام للأمم المتحدة السابق كوفي أنان، يحذر في خطاب له أمام الدورة الرابعة والخمسين للجمعية العامة للأمم المتحدة في سبتمبر 1999، من أنه إذا لم يستطع الضمير الإنساني المشترك أن يجد في الأمم المتحدة أكبر منبر له، فسيكون ثمة خطر كبير من أن يتم البحث عن الأمن والسلام بوسائل أخرى (15).

وأكد في تقريره إلى الجمعية العامة بمناسبة الألفية أنه " إذا كان التدخل الإنساني يمثل حقاً تعدياً غير مقبول على السيادة، فعلى أي نحو ينبغي علينا أن نستجيب لحالات شبيهة برواندا، وسريبرينتشا، ولانتهاكات الجسيمة والمنظمة لحقوق الإنسان التي تمثل تعدياً على كل مبدأ من مبادئ إنسانيتنا المشتركة...؟ " .

وفي السياق نفسه، أضاف السيد كوفي عنان أنه " من المؤكد أنه ما من مبدأ قانوني، حتى مبدأ السيادة نفسه، يمكن أن يحمي الجرائم ضد الإنسانية .. وأنه ينبغي أن يظل التدخل المسلح بمثابة ملجأ أخير، ولكنه خيار لا ينبغي التخلي عنه في مواجهة القتل الجماعي " (16).

استجابة للنداء الذي قدمه الأمين العام كوفي عنان، أعلن رئيس الوزراء الكندي آنذاك السيد جون كريتيان، في مؤتمر الألفية - الذي عقد في سبتمبر من عام 2000 - عن إنشاء

و تشكيل اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول ( ICISS ) تتصب مهامها على وضع أسس التدخل الدولي الإنساني<sup>(16)</sup>، و محاولة دعم نقاش عالمي شامل حول العلاقة بين التدخل وسيادة الدول، يقوم على أساس التوفيق بين واجب المجتمع الدولي في التدخل أمام الانتهاكات الواسعة والخطيرة للقواعد الإنسانية وضرورة احترام سيادة الدول<sup>(17)</sup>.

قدمت اللجنة تقريرها ونشرته في ديسمبر 2001، وقد خلص التقرير إلى إستبدال التدخل الدولي الإنساني بمسؤولية الحماية، إذ يقع على عاتق الدولة نفسها المسؤولية الرئيسية عن حماية سكانها احتراماً لمبدأ السيادة، غير أنه في حالة تعرض السكان لأذى خطير نتيجة حرب داخلية، أو عصيان، أو قمع، أو إخفاق الدولة أو كون الدولة غير راغبة أو غير قادرة على وقف الأذى أو تجنبه يتحى مبدأ عدم التدخل لتحل محله المسؤولية الدولية للحماية<sup>(18)</sup>، من هنا كان أول ظهور لفكرة مسؤولية الحماية التي تعد تطوراً لمبدأ التدخل الإنساني.

## 2- توفيق مسؤولية الحماية بين حماية حقوق الإنسان واحترام سيادة الدول

لقد أشاد التقرير بدور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين بموجب المادة 24 من الميثاق، وكذا الدور البارز الذي تقوم به المنظمات الإقليمية والتي يجب أن تحصل على موافقة من مجلس الأمن أو الجمعية العامة عكس ما حدث في كوسوفو أين تدخل حلف الناتو دون ترخيص المجلس، أو كما حدث في حالات أخرى حيث طلبت الموافقة بعد التدخل ( ليبيريا وسيراليون).

كما يشتمل التقرير على عدة شروط قبل التدخل منها: وجود السند الشرعي للتدخل أي المبرر القانوني للتدخل والمتمثل في وقوع انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان بصورة مؤكدة، وأن يكون الهدف من التدخل هو الحماية والبعد عن الأهداف والمصالح الأخرى، وأن يكون التدخل هو الحل الأخير و الوحيد لمواجهة الأزمة الناشبة، وأخيراً يشترط التناسب بين التدخل والفعل الذي يراد منعه أو تسويته، وقد أكد التقرير على أن مسؤولية الحماية تشتمل على ثلاث مسؤوليات محددة:

أ- مسؤولية الوقاية: وتتمثل في معالجة الأسباب الجذرية والمباشرة للصراع الداخلي وغيره من الأزمات التي هي من صنع الإنسان، والتي تعرض الشعوب للخطر.

ب- مسؤولية الرد: وهي الاستجابة لأوضاع تتطوي على حاجة إنسانية ماسة بالتدابير المناسبة، وهذه قد تشمل تدابير قسرية كالجزاءات، وإقامة دعوى دولية، وفي أقصى حالات

التطرف - التدخل العسكري - .

ج- مسؤولية إعادة البناء: وتتمثل في تقديم مساعدة تامة، وبخاصة بعد تدخل عسكري، في الإنعاش والتعمير والمصالحة ومعالجة أسباب الضرر الذي قصد بالتدخل أن يوقفه أو يتجنبه.

## خاتمة:

نخلص مما سبق أن الأمم المتحدة عملت بصورة كبيرة على التصدي للنزاعات الاثنية حيث أصدرت عن طريق مجلس الأمن العديد من القرارات في هذا الشأن، والتي أكدت فيها أن هذه النزاعات تمثل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، ولم تقف الأمم المتحدة عند هذا الحد بل توسعت في تحديد المسائل والعوامل التي من شأنها تهديد الاستقرار والسلام العالميين، كالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، والاعتداء على النظم الديمقراطية، مع العلم أن ميثاق الأمم المتحدة لم يرد فيه نص يخول للأمم المتحدة التوسع بهذا الشكل في تحديد العوامل والمصادر المهددة للسلم والأمن الدوليين.

إلى جانب ذلك، فقد أكدت الممارسة الدولية أن الأمم المتحدة تتدخل في حل هذه النزاعات الاثنية بصورة انفرادية وتحكيمية وبشكل ازدواجي وانتقائي، وموقفها من الوضع في الشيشان أكبر شاهد على ذلك.

-----

## الهوامش:

(1) عبد القادر رزيق المخادمي، النزاعات في القارة الإفريقية -انكسار دائم أم انحسار مؤقت-، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 146.

(2) Mario Bettati, Droit humanitaire, Edition de seuil, Paris, 2000, p 37.

(3) تم استبدال لجنة حقوق الإنسان بمجلس حقوق الإنسان وذلك بموجب لائحة الجمعية العامة رقم 260/60 الصادرة في 15 مارس 2006.

(4) عبد القادر رزيق المخادمي، المرجع السابق، ص 151.

(5) Robert Kolb, Le droit relatif au maintien de la paix internationales, Pédone, Paris, 2005, p 42 et Ss.

(6) تنص المادة 7/2 من الميثاق على أنه "ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتدابير القمع الواردة في الفصل السابع".

- (7) حسام أحمد هندراوي، التدخل الدولي الإنساني - دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي -، دون ذكر عدد الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 189.
- (8) بطرس بطرس غالي، الأمم المتحدة والمنازعات الدولية الجديدة، مجلة المستقبل العربي، العدد 201، نوفمبر 1995، ص 04.
- (9) مرجع نفسه.
- (10) عبد العزيز جراد، الإتجاهات الكبرى للعلاقات الدولية - دراسة العشرية 1990 - 2000 -، عشرية من العلاقات الدولية، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، الجزائر، ص 21.
- (11) شاهين علي الشاهين، التدخل الدولي من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 04، السنة 28، ديسمبر 2005، ص 303.
- (12) S/RES/794 (1992) du 03 Décembre 1992.
- (13) شاهين علي الشاهين، مرجع سابق، ص 303.
- (14) مسعد عبد الرحمن زيدان، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات غير ذات الطابع الدولي، الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 376.
- (15) وليد حسن فهمي، الأمم المتحدة من التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية، مجلة السياسة الدولية، العدد 170، أكتوبر 2007، ص 34.
- (16) يترأس اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول International Commission on Intervention and State Sovereignty والأسترالي غاديث إيفانز والجزائري محمد سحنون.
- (17) أنظر موقع اللجنة على الإنترنت: [www.iciss-ciise.gc.ca](http://www.iciss-ciise.gc.ca).
- (18) المرجع نفسه.

## حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة

طاهير رابح

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

### مقدمة:

أضحت مسألة حقوق الإنسان بمختلف أنواعها المدنية و السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الفردية والجماعية منها، تشغل بال البشرية على كل المستويات، كون الإنسان هو محور كل نشاط اقتصادي واجتماعي أو ثقافي، فالاهتمام بهذا العنصر يعد اهتمام بكل عناصر التنمية. وتتصدر الحقوق المدنية كل الحقوق الأخرى والتي يتصدرها هي الأخرى الحق في الحياة.

ويعتبر الحق في الحياة أساس ممارسة سائر الحقوق الأخرى اجتماعية أو اقتصادية كانت، فلا يوجد أعلى من حياة الإنسان والتي لا تقاس بأي ثمن.

وقد حظي هذا الحق باهتمام كبير من قبل الدول والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية منها، وعلى رأس هذه المنظمات، نجد منظمة الأمم المتحدة التي تأسست عام 1945، أي بعد نهاية الحرب العالمية الثانية مباشرة، وما خلفته من أثار سلبية في الأرواح والممتلكات. فكانت بمثابة درس لدول العالم من أجل العمل للحد من هذه الحروب، وبالتالي الحد من إزهاق أرواح بشرية. بحيث لا يمكن الحديث عن حقوق الإنسان في ظل الحرب، إذ تعتبر بمثابة مقبرة حقوق الإنسان وعلى رأس هذه الحقوق، الحق في الحياة. ونحن نعلم ما للحق في الحياة من أهمية في مجال ممارسة سائر الحقوق. وأن المنظمة وضعت في مقدمة أهدافها إرساء السلم والأمن الدوليين وذلك بوقف نزيف الحروب.

وتعد الأمم المتحدة منظمة عامة وعالمية، وقد أولت اهتماما كبيرا لحقوق الإنسان لاسيما الحق في الحياة. وعليه سنقف على هذا الاهتمام من خلال النصوص والآليات التي وضعت من أجل حماية حقوق الإنسان بصفة عامة والحق في الحياة بصفة خاصة، وهل هذه الآليات كافية لحماية هذا الحق بشكل فعال؟  
وبذلك تكون خطتنا لهذا الموضوع كمايلي:

المبحث الأول: ماهية الحق في الحياة.

المبحث الثاني: حماية الحق في الحياة في إطار الميثاق.

المبحث الأول: ماهية الحق في الحياة

إن دراسة حماية الحق في الحياة في ميثاق الأمم المتحدة يتطلب منا، تحديد هذا الحق وطبيعته وباديته ونهايته، لمعرفة بداية ونهاية حماية هذا الحق.

المطلب الأول: تحديد الحق في الحياة

الحياة الإنسانية هي مجموعة من الوظائف الحيوية، تؤديها أعضاء الجسم تحت سيطرة هيئة عليا هي المخ وهذه الوظائف متعددة، فقد تكون بيولوجية، وقد تكون نفسية أو ذهنية، كما أن بعضها خارجي كالحركة التي تؤديها اليدين أو القدمين، وقد تكون داخلية كالتنفس الذي يقوم به الجهاز التنفسي...

وبما أن الحياة هي مصدر قوة الإنسان ومصدر عقله ومصدر نشاطه، فإن أي فعل يؤدي إلى تعطيل هذه الوظائف جميعها تعطيلًا كاملاً وعلى نحو دائم. يعد جريمة في حق حياة إنسان، لأنه يتحول إلى جثة، ولذلك فإن الاعتداء على الحياة هو اعتداء على المصلحة التي يحميها القانون في أن يظل جسم الإنسان مؤدياً القدر الأدنى من وظائفه الحيوية.

وللحق في الحياة جانبان، جانب موضوعي وجانب شخصي<sup>(1)</sup>، فبالنسبة للجانب الموضوعي يكمن في أن لكل إنسان الحق في الحياة والحق في استمرار هذه الحياة حتى نهاية مدتها الطبيعية، وهذا الحق مقرر للناس جميعاً، وهم فيه سواء. وتطبيقاً لذلك فإذا وقع اعتداء على الإنسان فإنه يترتب عليه فقد المجني عليه عدداً غير محدد من سنوات الحياة كان من الطبيعي أو المتوقع عادة لأمثاله أن يحياه لو لم يحدث المساس بالحق في الحياة. لذلك يعتبر هذا الفعل مجرماً لأنه فيه مساس بسلامة الحياة ويشكل ضرراً، ولأن الناس تتساوى في التمتع بقيمة الحياة باعتبارها تثبت للإنسان كأدمي، بغض النظر عن نتائجها المالية و غير المالية، فإن المعيار الذي يقاس عليه الضرر، يجب أن يكون معياراً موضوعياً يتساوى الناس في القيمة الإنسانية، وفي قدر التمتع بقيمة الحياة.

أما الجانب الشخصي، فيتمثل في أن للإنسان الحق في استمرار حياته مدة زمنية لأن ذلك يعطي للقدرة الجسدية والذهنية معناها ونتائجها الحقيقية بالنسبة له، فكل عمل أو نشاط للإنسان يحتاج إلى مدة من الزمن يتم فيها العمل، ويحقق الإنسان فيها ذاته، ويجني ثمار

عمله وجهده، والناس ليسو متساوون، فالقدرات تختلف من فرد لأخر تبعاً لظروفه الشخصية، خاصة من حيث طبيعة عمله ومركزه الاجتماعي وحالته الصحية، فإذا كان الناس يتساوون في قيمة الحياة، فإنهم يختلفون في القدرات ومدى الاستفادة منها خلال مدة زمنية معينة.

### المطلب الثاني: بداية ونهاية الحق في الحياة

إن دراسة الحق في الحياة يتطلب منا تحديد بداية الحياة ونهايتها، وذلك بالإشارة إلى المعايير المختلفة لبدء نشأة الحق في الحياة وصولاً إلى تحديد بدء نشوء الحماية القانونية له، و نجد في هذا الموضوع بأن هناك عدة معايير لتحديد بداية الحياة الإنسانية ونهايتها. و على اعتبار أن محل الحق هو الإنسان الحي، و لكن الخلاف يثور حول بداية هذه الحياة ونهايتها، و لذا سنتناول هذه المسألة من خلال الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: بداية الحق في الحياة.

تبدأ حياة الإنسان مبدئياً بتمام ولادته، أي حينما يصبح الجنين وليداً، يعتبر إنساناً يحظى بحماية القانون. غير أنه ظهر معياران لتحديد بداية الحق في الحياة وبالتالي حمايته، إحداهما علمي وآخر قانوني.

#### أولاً: المعيار العلمي

ويتمثل في وجود مظاهر الحياة بكائن بشري مستقل<sup>(2)</sup>، يمكن أن نتبينه من التنظيمات الأخرى وهي إنتاج خلايا نمو، تطور، تخصص، قيام بوظائف من تنفس وتغذية وحركة بدء من البويضة الملقحة. نخلص من ذلك إلى أن مظاهر الحياة في الكائن الحي هي المعيار العلمي للحكم على بدء الحياة لدى الإنسان.

#### ثانياً: المعيار القانوني

رغم اعتراف القوانين الجنائية ببدء الحياة لحظة التلقيح إلا أن أغلب القوانين ميز في مجال الحماية الجنائية للحق في الحياة بين مراحل تطورها<sup>(3)</sup>، ويظهر جلياً بالنسبة لجريمة القتل إذ انقسمت القوانين إلى اتجاهين، اتجاه يرى بأن الحماية تبدأ من تلقيح البويضة. واتجاه يرى بأنها تبدأ من الميلاد.

**الاتجاه الأول:** تبدأ الحماية من تلقيح البويضة، وذلك ببدء تلقيح البويضة الأنثوية بالحيوان الذكري يبدأ نشوء الحق في الحياة وبداية تكون الإنسان، واعتبرت الاعتداء المرتكب قتلاً وليس إجهاضاً، كـ بعض قوانين الولايات الأمريكية.

**الاتجاه الثاني:** واقعة الميلاد كميّار لبدء الحياة، أجمعت هذه القوانين على أن واقعة الميلاد للطفل تعد ميّارا لبدء اعتبار الجنين إنسانا، وأطلقت صفة الجنين على ما قبل الميلاد . والولادة لها مراحلها المختلفة وتستغرق فترة من الزمن ليست بالقصيرة، مما جعل هذه القوانين تنقسم إلى ثلاث طوائف وهي:

**1-** تشترط بعض القوانين، الانفصال التام للطفل عن الأم، كالقانون الانجليزي<sup>(4)</sup>، الذي يشترط ضرورة انفصال الجنين انفصالا تاما عن الأم، حتى يعد إنسانا حيا وتسري فيه دورة دموية مستقلة، فلا يتحقق القتل إذا كان إزهاق الروح قد حدث قبل خروج المولود إلى العالم الخارجي.

**2-** تشترط بعض القوانين، بروز جزء من جسم المولود أثناء الولادة ومنه تبدأ لحظة الميلاد، من بين القوانين التي تأخذ بهذا المعيار القانون السوداني<sup>(5)</sup>.

**3-** تبدأ الحياة في نظر هؤلاء عندما تبدأ ألام الولادة، وحثهم في ذلك أن بدأ ألام الولادة "المخاض" هو ائذان بصلاحيّة الجنين بأن يعيش مستقلا عن الأم، ومن بين القوانين تتبنى هذا التوجه، نجد التشريع البلجيكي<sup>(6)</sup>.

### الفرع الثاني: نهاية الحق في الحياة.

تنتهي حياة الإنسان بوفاته، لكن ما هي اللحظة التي يقال فيها بأن الإنسان ميت، يرى بعض الفقهاء بأن تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية خالصة، لأن الموت واقعة بيولوجية، المفروض أن يترك تقديرها لأهل الاختصاص، وهم الأطباء، كما أن التشريعات لم تدرج تعريفا للوفاة، والذي لا يعد من عمل المشرع. ولو فعل ذلك سوف يعتبر من المسائل الخطيرة. كون العلم يتطور والنظريات تتغير. وقد ظهر معياران لتحديد الوفاة، معيار تقليدي ومعيار حديث.

### أولا: المعيار التقليدي

يعتبر الإنسان ميتا وفقا لهذا الرأي، إذا توقف القلب، وتوقفت الرئتان عن العمل، أي توقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي عن العمل<sup>(7)</sup>، والوفاة حدث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في أن واحد، فتتوقف العمليات الحيوية ويتحول جسم الإنسان إلى جثة. وانتقد هذا المعيار على أساس أنه:

- غير دقيق، بحيث توصل العلم إلى اكتشاف وسائل عديدة للإنعاش تعيد الحياة إلى

القلب الذي توقف بصفة مؤقتة، ويحدث هذا كنتيجة لتدليك القلب، أو الصدمة الكهربائية. - يقف حجرة عثرة أمام التقدم العلمي، فهو لا يساعد على إجراء عمليات زراعة الأعضاء، فنقل القلب مثلا لا يتم إلا إذا كانت خلاياه حية فإذا توقف القلب وماتت خلاياه أصبح غير صالح للزرع، لهذه الانتقادات ظهر معيار آخر.

### ثانيا: المعيار الحديث

يعد الإنسان ميتا إذا توقفت خلايا المخ، حتى ولو ظلت خلايا القلب حية<sup>(8)</sup>، لأنه بموت خلايا المخ يستحيل إعادة الحياة إلى الإنسان بوسائل الإنعاش الصناعي، وبموت خلايا المخ يدخل الإنسان في غيبوبة تامة ونهائية، ويرجع ذلك إلى أنه بموت خلايا المخ، يتوقف نهائيا عمل المراكز العصبية التي تتحكم في الوعي، الحركة، التنفس، الدورة الدموية. وأحيانا قد يفقد الإنسان كل إدراك وقدرة على الاتصال بالعالم الخارجي، رغم أن خلايا المخ لا تزال حية، نتيجة لدخوله في غيبوبة عميقة، وفي هذه الحالة لا يعتبر الإنسان ميتا، فإذا استخدمت وسائل الإنعاش، فان وعيه قد يعود إليه. وتعود حياته الطبيعية، أي أن الإنسان، يعتبر حيا، ويعامل قانونا معاملة الأحياء.

ويمكن التعرف على خلايا المخ، عن طريق جهاز رسام المخ الكهربائي، فإذا توقف الجهاز عن إعطاء أية إشارة، دل ذلك على موت خلايا المخ، وأصبح الشخص ميتا في حكم القانون، حتى لو بقي القلب والجهاز التنفسي يعملان وهذه الأعضاء تعتبر حية من الناحية البيولوجية، ومن ثم يمكن استقطاع العضو وزرعه، بشرط إعلان وفاته رسميا. وإذا استخدمت الأجهزة الصناعية في هذه الحالة، فليس بقصد حفظ حياة الإنسان، حتى يمكن استئصال أعضائه وزرعها.

وهناك عدة تشريعات لم تحدد المعيار الذي يتم بواسطته تحديد لحظة الوفاة، في حين نجد بعض التشريعات قد حددت معيار الوفاة، كالقانون الاسباني، واليوغسلافي سابقا. وبوفاة الشخص تنتهي الحماية القانونية له.

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الحياة

لقد انقسم الفقه في موضوع الطبيعة القانونية للحق في الحياة، فمنهم من يرى بأنه حق ملكية و منهم من يرى غير ذلك، وفيما يلي نشير إلى هذه الأراء.

### الفرع الأول: الحق في الحياة حق ملكية

يرى هؤلاء بأن الحق في الحياة حق ملكية حقيقية<sup>(9)</sup>، و بناءا عليه يكون للشخص حق

طلب الحياة أو طلب الموت و لا يعد ذلك جريمة، إلا أن هؤلاء الفقهاء ينكرون حق الإنسان في أن يفوض غيره في التصرف في هذا الحق. وعليه فإن رضي المجني عليه لا يمنع من مسألة الجاني و عقابه ولا يعتد برضا المجني عليه ، لأنه لا يملك التنازل عن حقه في التصرف.

فيما ذهب بعض أنصار هذا الرأي إلى القول بأحقية الشخص إنابة استعمال هذا الحق كنتيجة لكون الإنسان سيذا على حياته و يملك استعمال هذا الحق.

و على ما تقدم يمكن القول بأن هذا الرأي يشوبه النقص من ذلك:

**1 -** يتصور أصحاب هذا الرأي أن هناك فرق بين الإنسان الحي و الحياة التي تسري فيه، و بذلك يمكنه التصرف في وجوده مع أن الحياة في الإنسان و الإنسان الحي شيء واحد لا يمكن الفصل بينهما، فعند تلقيح البويضة يبدأ الإنسان في الوجود و تبدأ الحياة في الوقت ذاته، فبالتالي لا يتصور وجود حيا على الحياة لعدم انفصال الشخص المالك عن محل التصرف.

**2 -** أن الحق في الحياة يتطلب وجود صاحب الحق قبل وجوده، الأمر المفتقد بالنسبة له فهما مترامنان و متحدا النشأة و لا يمكن فصلهما حيث لا يوجد أي شرط جسدي أو جسماني كحد أدنى لأجل الاعتراف للإنسان بالحياة، وأن الحياة لا يمكن طلبها و إنما هي التي تكسبه صفة الكائن الحي الذي يصح لاكتساب الحقوق و يتحمل الالتزامات.

**3 -** أن منطق الرأي يتعين التسليم بحق الشخص في أن يتنازل عن حقه في التصرف للغير ومشروعية القتل بناء على الطلب أو بالرضاء و القتل الرحيم، و استثنائهم التصرف يعد نقضا لرأيهم.

### الفرع الثاني: الطبيعة المزدوجة للحق في الحياة

لقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن حق الإنسان على حياته ذا طبيعة مزدوجة<sup>(10)</sup>، فالإنسان فيه جانب و للمجتمع فيه جانب آخر. و يترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الحق نطاقه الفردي الذي يمنح القانون لصاحبه سلطة التصرف فيه بإرادته المنفردة، فمثلا فيما يتعلق بحق الإنسان في الحياة و سلامة جسده فهو يهيمه بالدرجة الأولى، إلا أن للدولة مصلحة حالة و مباشرة في عدم المساس به، فالدولة لن تستطيع المحافظة على وجودها إذا لم تكفل للإنسان حماية فعالة لأن المجتمع يتكون من مجموعة الأفراد.

## الفرع الثالث: الحق في الحياة حق الانتفاع

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الإنسان له الحق فقط في أن ينتفع بجسده<sup>(11)</sup>، وذلك من ناحيتين الدينية والقانونية.

فمن الناحية الدينية أن الإنسان مملوك كغيره من المخلوقات لله سبحانه و تعالى فان جسمه بمثابة ودیعة استودعها الله لديه، و عليه أن یرد الودیعة على الحالة التي كانت عليها، لأن الموت ليس نهاية و إنما هو بداية لحياة أخرى، لذلك يسأل الإنسان يوم القيامة عن نفسه و ماله.

أما من الناحية القانونية فان جسم الإنسان معصوم و يخرج عن دائرة التعامل، و من ثم الاتفاق الذي يتضمن مساسا بالحياة يعد باطلا.

### المبحث الثاني: حماية الحق في الحياة في إطار الميثاق.

بعدما تعرفنا على ماهية الحق في الحياة، سنحاول في هذا المبحث بيان حماية الحق في الحياة من خلال نصوص ميثاق الأمم المتحدة، والأجهزة التي وضعت من أجل حماية هذا الحق فعليا.

### المطلب الأول: الحماية المقررة في الميثاق.

لقد أولى ميثاق الأمم المتحدة أهمية بالغة لحقوق الإنسان و حرياتہ الأساسية في مواضيع كثيرة. إذ ورد في ديباجة الميثاق على أن شعوب الأمم المتحدة ألت على نفسها أن تؤكد من جديد إيمانها :

بالحقوق الأساسية للإنسان و بكرامة الفرد و قدرها للرجال و النساء و الأمم كبيرها و صغيرها من حقوق متساوية و تضيف الديباجة عزم شعوب الأمم المتحدة على أن :

تدفع بالرقي الاجتماعي قدما، و أن ترفع مستوى الحياة في جو من الحرية.

كذلك وضعت أهداف الأمم المتحدة حقوق الإنسان في بؤرة اهتماماتها إذ

تنص المادة 2/1 على أن من أهداف المنظمة:

" إنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب و بأن يكون لكل منها تقرير مصيرها و كذلك اتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام و تضيف المادة 1/3 أن من تلك الأهداف أيضا:

" تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل ذات الصبغة الاقتصادية و الاجتماعية

و الثقافية و الإنسانية و على تعزيز احترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية للناس

جميعاً، و التشجيع على ذلك بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين و لا تفريق بين الرجال و النساء ". .

و تنص المادة 56 من الميثاق على أنه: (تعهد جميع أعضاء الأمم المتحدة بأن يقوموا منفردين أو مشتركين بما يجب عليهم من عمل بالتعاون مع الأمم المتحدة لإدراك مقاصد الأمم المتحدة المنصوص عليها في المادة 55 من الميثاق<sup>(12)</sup>).

أ - تحقيق مستوى أعلى للمعيشة و توفير أسباب الاستخدام المتصل لكل فرد و النهوض بعوامل التطور و التقدم الاقتصادي و الاجتماعي .

ب - تيسير الحلول للمشاكل الدولية الاقتصادية و الاجتماعية و الصحية و ما يتصل بها، و تعزيز التعاون الدولي في أمور الثقافة و التعليم.

ج - أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية للجميع، بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، و لا تفريق بين الرجال و النساء و مراعاة تلك الحقوق و الحريات فعلاً.

و التعهد الوارد في نص المادة 56 من الميثاق لا يعني أن الدول ليست ملتزمة فحسب بالتعاون مع الأمم المتحدة لكي يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية و لكنها ملتزمة أيضاً بما يجب أن تتخذه من إجراءات منفردة في هذا الشأن، فالدول الأعضاء ملتزمة قانوناً بالتعاون مع المنظمة الدولية من ناحية، و باحترام هذه الحقوق و الحريات الأساسية داخلياً من ناحية أخرى. و لقد أيدت محكمة العدل الدولية هذا التفسير في رأيها الاستشاري بشأن استمرار جنوب إفريقيا في ناميبيا، حيث أوضحت المحكمة أن إتباع جنوب إفريقيا لسياسة الفصل العنصري في الإقليم المذكور يعد مخالفة لالتزاماتها طبقاً لميثاق الأمم المتحدة باحترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية في ذلك الإقليم ذو الوضعية الدولية بدون تفرقة.

و يرى الأستاذ Lauterpacht أن المادة 56 من الميثاق تتضمن واجباً قانونياً على الدول باحترام حقوق الإنسان و الحريات الأساسية<sup>(13)</sup>.

و يرى الأستاذ Goodrich و آخرون أنه بينما الفقرة 3 من المادة 1 و الفقرة ج من المادة 55 من الميثاق تنص على التعاون الدولي من أجل احترام حقوق الإنسان فإن المادة 56 من الميثاق تفرض على الدول الأعضاء التزاماً أقوى و واضحاً باتخاذ الإجراءات الضرورية لتحقيق ذلك.

و الواقع أن الالتزام باحترام حقوق الإنسان يرتبط بمفهوم المجتمع الدولي الذي جسده ميثاق الأمم المتحدة في إطار هذا المجتمع يوجد نظام عام دولي يتعين احترامه كما هو الشأن في أهمية احترام النظام العام الداخلي و هناك شواهد من الميثاق ذاته و من أحكام محكمة العدل الدولية و اتفاقية " فينا " للمعاهدات على وجود مثل هذا النظام.

فميثاق الأمم المتحدة لا يلزم فقط بمبادئه بل و كذلك يلزم الدول غير الأعضاء في الأمم المتحدة بهذه المبادئ بالقدر اللازم للحفاظ على السلم و الأمن الدوليين كما أنه يحق للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون الداخلية لدولة ما إذا تعلق تدخلها بتطبيق تدابير القمع اللازمة لحفظ السلم و الأمن الدوليين<sup>(14)</sup>.

و من ثم فإن حالات الانتهاك الخطيرة لحقوق الإنسان و التي تهدد السلم و الأمن الدوليين يمكن أن تقع تحت طائلة هذا النص.

و يشير القاضي السابق بمحكمة العدل الدولية إلى أن حكم المحكمة العدل الدولية في قضية برشلونة Barcelona traction أوضح وجود مبادئ حيوية أو حقوقية معينة لجميع الدول مصلحة قانونية في حمايتها ويقول في هذا الشأن أن المحكمة "ميزت بين النزاعات الدولية تجاه المجتمع الدولي ككل وتلك التي تكون في مواجهة دولة أخرى في مجال الحماية الدبلوماسية. فالالتزامات الأولى تعني كل الدول وتعتبر ملزمة للجميع وكنماذج للقانون الدولي المعاصر، أوضحت المحكمة الالتزامات الناتجة من تحريم أعمال العدوان و الإبادة كما ذكرت المحكمة مبادئ وقواعد تتعلق بالحقوق الأساسية للفرد.

ويشير البعض إلى ما تضمنته اتفاقية "فينا" للمعاهدات بشأن القاعدة القطعية أو الأمرة من قواعد القانون الدولي العام، وأنه لا يجوز للدول الدخول في اتفاقيات تخالف مثل هذه القاعدة وأن مفهوم القاعدة القطعية يعني أن هناك مبادئ رئيسية تتعلق بالمصلحة الجماعية للمجتمع الدولي وأنه لا يجوز مخالفة هذه المبادئ ، وأن مثل هذه القاعدة تعتبر مؤشرا للعنصر الرئيسي للنظام العام الدولي ويؤكد هذا كله على وضع الالتزامات الدولية الواردة في الميثاق على غيرها من المعاهدات الدولية، لذلك نجد نص المادة 103 تنص على أنه: ( إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالالتزامات المترتبة على هذا الميثاق).

ويلاحظ بأن الميثاق لم يحدد أو يفصل حقوق الإنسان باستثناء حق المساواة وعدم التفرقة وكذلك بالنسبة للاعتراف بحق الشعوب في تقرير مصيرها. ومثل هذا النقص لا

يعد عيباً في الميثاق على اعتبار أن الميثاق عبارة عن مبادئ عامة للقانون الدولي، بما في ذلك حقوق الإنسان، إضافة إلى أن المنظمة قد أصدرت عدة إعلانات واتفاقيات تتعلق بحقوق الإنسان منبثقة عن هذا الميثاق. وإن كان يعني أن الأمم المتحدة لا يمكنها مساءلة الدول لعدم اتخاذها إجراءات قانونية أو إدارية أو غيرها لضمان احترام حقوق بعينها على المستوى الوطني، فإن هذا لا يعني أن الدول ليست ملتزمة قانوناً باحترام حقوق الإنسان، فمثل هذا الالتزام قائم ولكنه التزام عام ترك للدول تنفيذه بحسن نية بالكيفية التي تراها.

هذا ما جاء به الميثاق، زد على ذلك الدور الذي قامت به هذه المنظمة من أجل تكريس احترام حقوق الإنسان من خلال الإعلانات التي أصدرتها والاتفاقيات التي أبرمت في إطار حماية حقوق الإنسان في وقت السلم والحرب. وفي مقدمتها الإعلان العالمي الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة الذي نص في مواده على حماية الإنسان من الاعتداء عليه أو المساس بكرامته<sup>(15)</sup>.

و اتفاقيات جنيف الأربع<sup>(16)</sup>، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(17)</sup>.

### **المطلب الثاني: آليات الرقابة على حماية الحق في الحياة.**

لقد نص الميثاق على الآليات اللازمة لتحقيق مقاصدها، ووضع النصوص موضع التنفيذ بما في ذلك أهدافها في مجال حماية حقوق الإنسان بشكل عام و الحق في الحياة بشكل خاص.

### **أولاً: الجمعية العامة**

تنص المادة 10 من الميثاق على أنه يحق للجمعية العامة أن تناقش أية مسألة أو أمر يدخل في نطاق هذا الميثاق و من خلال هذا النص يتضح بأنه يمكن أن تكون هذه المسألة أو الأمر يتعلق بحقوق الإنسان على اعتبار أنها تدخل ضمن نطاق الميثاق كما أشرنا إلى ذلك سابقاً.

و تشير المادة 13 على أنه للجمعية العامة أن تشير بتوصيات في مجال التعاون

الدولي للإعانة على " تحقيق حقوق الإنسان و الحريات الأساسية للناس كافة....."

ونصت أغلب الاتفاقيات على أن تقدم اللجان المشرفة على تطبيق هذه الاتفاقيات تقارير

سنوية عن أعمالها إلى الجمعية العامة.

و تمثل هذه التقارير حلقة وصل بين عمل هذه اللجان وعمل هيئات الأمم المتحدة في

مجال حقوق الإنسان، ومن بينها الجمعية العامة، فهذه التقارير تتضمن معلومات عن أوضاع حقوق الإنسان في الدول الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان اتصالاً بتطبيق هذه الاتفاقيات. وتعتبر التقارير مؤشراً هاماً لمدى التزام هذه الدول بتطبيق الاتفاقيات التي انضمت إليها والعقبات التي تعترض مثل هذا التطبيق.

وتناقش الجمعية العامة تقارير اللجان وتستفيد بالمعلومات الواردة بها من ناحية، في توصياتها المتعلقة بتشجيع احترام حقوق الإنسان بشكل عام من ناحية أخرى، بالتعبير عن دعمها لعمل هذه اللجان بكل طريقة ممكنة بما في ذلك مساندة التوصيات والتعليقات عن هذه اللجان. رغم اتسام توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة بعدم الإلزامية إلا أنها تشكل ضغطاً سياسياً للدول للوفاء بالتزاماتها.

فمثلاً عبرت الجمعية العامة عن ارتياحها إثر إبلاغها بتقرير لجنة القضاء على التمييز العنصري عام 2004 لعدد الدول التي صادقت على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري والذي بلغ عددها 170 دولة. وحثت الدول الأطراف في الاتفاقية على الامتثال التام للالتزاماتها، وشجعت الدول الأطراف التي تأخرت في تقديم تقاريرها للجنة للاستفادة من الخدمات الاستشارية والمساعدة الفنية التي يمكن للمفوضية الأممية توفيرها.

### ثانياً: المجلس الاقتصادي والاجتماعي

نجد المادة 62/2 من الميثاق تنص على أنه "يقوم المجلس الاقتصادي والاجتماعي بتقديم توصيات فيما يختص بإشاعة احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية و مراعاتها و يرفع المجلس الاقتصادي والاجتماعي تقرير عن أعماله للجمعية العامة".

و لقد خولت المادة 68 من الميثاق المجلس الاقتصادي والاجتماعي إنشاء لجان متخصصة في عدة مجالات بما في ذلك حقوق الإنسان، فلذلك بادر المجلس بإنشاء لجنة حقوق الإنسان و التي بدورها أنشأت لجنة فرعية لها و هي لجنة منع التفرقة و حماية الأقليات و ذلك بمقتضى قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 9 في 21 جوان 1946، و تقوم اللجنتين باتخاذ قراراتهما و رفع توصيتهما في المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان للمجلس الاقتصادي والاجتماعي. و قد تم استبدالها بمجلس حقوق الإنسان في 2006، كما تم إنشاء لجنة المرأة.

ويعتبر المجلس حلقة الوصل الرئيسية بين مختلف الأجهزة العاملة في مجال حقوق الإنسان والتعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي، وفي هذا الصدد فان تقارير اللجان المكلفة

بالرقابة على تطبيق الاتفاقيات تكون متاحة للمجلس للاستفادة منها في إطار صلاحياته، من ناحية وعلى ضوء ما تتضمنه هذه التقارير من معلومات وتوصيات من ناحية أخرى.

إضافة إلى أن الأمين العام يعرض تقارير اللجان المذكورة على المجلس الاقتصادي والاجتماعي باعتبارها مستندات معروضة على الجمعية العامة للأمم المتحدة، فإن هناك بعض الاتفاقيات نصت صراحة على دور المجلس بالنسبة لتطبيق هذه الاتفاقيات و أعمال اللجان التي أنشأتها هذه الاتفاقيات كما نصت أيضا على دور محدد للوكالات المتخصصة، وذلك على نحو ما ذهب إليه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>(19)</sup>، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>(20)</sup>، و اتفاقية حقوق الطفل.

### ثالثا: المفوض السامي لحقوق الإنسان

تم استحداث هذا المنصب بموجب توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 114/48 في 20 ديسمبر 1993، يعين من طرف الأمين الأممي بموافقة الجمعية العامة. وأوكلت له مهمة ترقية حماية حقوق الإنسان وتنسيق أنشطة مختلف الأجهزة الأممية في مجال حقوق الإنسان ودوره الأساسي يكمن في التحسيس بالمشاكل الخطيرة الحالية وتفعيل الأجهزة المختصة للاستجابة للانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان في العالم، وذلك بتفضيل الأعمال الوقائية .

بحيث قام المفوض في عام 1994 بتوجيه طلب للجنة حقوق الإنسان لعقد دورة طارئة لدراسة أعمال الإبادة في رواندا التي تشكل انتهاكا صارخا للحق في الحياة، والتي أفضت إلى تعيين مقرر خاص. والمفوض هو الذي قام بالتحسيس بعد زيارة ميدانية في إطار الحرب الأهلية، ويقدم الخدمات الاستشارية والمساعدات الفنية والمالية للدول بناء على طلبها، ويتعين على المفوض أن يراعي الحيطة والموضوعية في أداء عمله، ودوره على هذا النحو هو دور فني وإداري ولا يمس الاختصاص القانوني للجان<sup>(21)</sup>.

### رابعا: لجنة الأمم المتحدة

أنشئت تطبيقا لنص المادة 68 من الميثاق التي خولت للمجلس الاقتصادي والاجتماعي إنشاء مثل هذه اللجان، وتضم اللجنة 53 دولة تم تعيينهم حسب التوزيع الجغرافي لتقديم صورة مثالية للجماعة الدولية.

ونشير إلى أن هذا الجهاز ذو طابع سياسي يتشكل من ممثلي الدول والذين يعملون وفقا

لتعليمات وتوجيهات دولهم. وتتمثل مهمتها في إعداد مشاريع الإعلانات والاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، فهي التي قامت بإعداد مشروع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهدين الدوليين لعام 1966. فبذلك يمكن القول بأن مهمة اللجنة خلال الفترة الممتدة من عام 1947 إلى عام 1966، هو إعداد مشروعات الميثاق الدولي لحقوق الإنسان<sup>(22)</sup>، وبعده بدأت اللجنة بالانشغال بانتهاكات حقوق الإنسان عبر العالم.

وقد وضعت اللجنة الآلية لرقابة احترام حقوق الإنسان في العالم وهذه تعتبر خصوصية هامة.... عندما يتعلق الأمر بمسألة لا يهم إذا كانت الدولة وافقت أم لم توافق على الاتفاقية وإنما يكفي أن تكون هذه الدولة عضو في الأمم المتحدة، واغلب الدول خضعت لهذه الآلية. وإلى جانب هذا الدور تقوم اللجنة بتقديم المساعدة التقنية والاستشارات للدول التي تطلبها في مجال حقوق الإنسان. ففي التسعينيات ركزت اللجنة على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحق في التنمية، وفتت انتباه بإعطاء لمسائل حماية المجموعات داخل المجتمعات كحقوق الأقليات، والشعوب الأصلية وحقوق الطفل والمرأة. وتعد اللجنة جهاز من الأجهزة التوسيطية للأمم المتحدة فعليا من خلال دوراتها السنوية التي تقوم بالتنبيه لقضايا الساعة تبعا للمواضيع التي تناقشها اللجنة في مسرح سياسي، فهي لا تعد لا جهاز قضائي أو شبه قضائي، وإنما جهاز سياسي بحيث يتكون من ممثلي الدول.

#### خامسا: مجلس حقوق الإنسان

أنشئ بموجب توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة A/60/L48 كبدل للجنة حقوق الإنسان ابتداء من عام 2006، وحسب التوصية فان المجلس هو هيئة تابعة للجمعية العامة، عدد أعضائه 47 وينتخبون من طرف الجمعية العامة بالأغلبية ومراعاة التقسيم الجغرافي، ويمكن للمجلس دراسة أوضاع حقوق الإنسان في كل الدول أعضاء الأمم المتحدة عن طريق آلية تعرف بالاستعراض الدوري الشامل لحقوق الإنسان، ويراعي المجلس في ممارسة عمله مبادئ العالمية والموضوعية، وعدم الانتقائية، والحوار والتعاون الدولي البناء من أجل رفعة شأن حقوق الإنسان وحمايتها.

وقد قام المجلس بوضع نظام عمل الآلية المذكورة. و وقع الاختيار على دولة البحرين لتكون أول دولة تخضع لنظام المراجعة الدورية الشاملة أو الاستعراض الدوري الشامل بدء من أبريل 2008، وتم وضع جدول زمني لمراجعة جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة والبالغ عددها 192 دولة، ليتم مراجعتها على امتداد أربع سنوات<sup>(23)</sup>، بحيث تتم عملية

المراجعة هذه كل أربع سنوات.

ويمكن حصر الجديد الذي جاءت به عملية المراجعة في نقطتين:

الأولى تتمثل في أن المجلس يتولى بحث ودراسة الحالات التي تسجل فيها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان.

الثانية تكون عملية المراجعة بالاستناد إلى الالتزامات المنصوص عليها في الميثاق التالية:  
— ميثاق الأمم المتحدة.

— الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

— اتفاقيات حقوق الإنسان التي صادقت عليها الدولة.

— التعهدات والالتزامات الطوعية من جانب الدولة بما في ذلك التعهدات التي تقدمها الدولة عند تقديم ترشيحها للانتخابات المجلس.

— أحكام القانون الدولي الإنساني.

و في إطار عملية المراجعة، تشكل المعلومات الخاصة بعلاقات الدولة بالأجهزة الرقابية على اتفاقيات حقوق الإنسان ومدى تعاونها من عدمه مع هذه الأجهزة مادة من المواد التي ستأسس عليها عملية المراجعة الدورية الشاملة بحيث تستند إلى:

1- المعلومات المقدمة من الدولة للمجلس والتي تكون على شكل تقرير وطني.

2- ملخصا يتولى المفوض السامي لحقوق الإنسان إعداده بشأن المعلومات التي تتضمنها تقارير الأجهزة الرقابية على تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان، والإجراءات الخاصة وسواها من هيئات الأمم المتحدة ذات الصلة.

3- ملخصا يعده مكتب المفوض السامي متضمنا المعلومات ذات المصادقية والموثوقة الإضافية المقدمة من أصحاب المصلحة المعنيين بالمنظمات غير الحكومية والمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان وهيئات المجتمع المدني.

وتسفر عملية المراجعة التي تشارك فيها الدولة المعني بتقديم تقريرها الوطني، والرد على الأسئلة والملاحظات التي تطرحها الدول الأعضاء في مجلس حقوق الإنسان وغيرها من نتائج وتوصيات يقرها مجلس حقوق الإنسان وتلزم الدولة الخاضعة للمراجعة بالعمل على تنفيذ هذه التوصيات، بما في ذلك التعهدات التي تقدمت بها الدولة طوعا في تقريرها الوطني وبناء على مناقشة هذا التقرير. وتكمن أهمية المراجعة في تقييم حالة حقوق الإنسان في الدولة المعنية بما في ذلك التطورات الايجابية والتحديات التي تواجهها الدولة

و معاونتها في بناء ودعم قدرتها على مواجهة هذه التحديات وتشجيع بين الدول وداخل الدولة بين الهيئات الحكومية وغير الحكومية من أجل تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها. وتشكل المرجعة الدورية تطورا هاما في مجال الرقابة على احترام حقوق الإنسان وسوف يتضح مدى تجاوب الدول مع هذه الآلية ومدى فعاليتها في المستقبل القريب رغم تسجيلنا لتعثر المجلس في مناقشة تقرير "غولدستون" حول الجرائم التي ارتكبتها الجيش الإسرائيلي خلال حربه على غزة في أواخر 2008 وبداية 2009، بحيث أجل مناقشة التقرير ثم أعيد مناقشته من جديد بضغط من المنظمات غير الحكومية. وتم إحالته على مجلس الأمن والذي لم يحرك ساكنا لحد الآن.

غير أنا ثقتنا تبقى معلقة على المجلس في أن يعطي دفعا قويا لحماية حقوق الإنسان خاصة الحق في الحياة، وان منظمة الأمم المتحدة قامت من أجل وقف الحروب، وبالتالي وقف انتهاك الحقوق في الحياة، كما أن المجلس هو في بداية الطريق وأن البداية دائما تكون صعبة، فلنترك الوقت لنحكم على المجلس بالفشل أو النجاح.

## خاتمة:

من خلال كل ما تقدم يتضح مدى أهمية الحق في الحياة، كونه حق أساسي و بدونه لا يمكن الحديث عن الحقوق الأخرى مدنية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية. كما اتضح مدى الاهتمام الذي أولته منظمة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بصفة عامة و الحق في الحياة بشكل خاص، سواء بما ورد في الميثاق أو الإعلانات و الاتفاقيات الصادرة عنها بالإضافة إلى الأجهزة التي تم وضعها لمراقبة تطبيق احترام حقوق الإنسان و قد توصلنا إلى أنه :

من الناحية النظرية فان الميثاق أكد على ضرورة حماية حقوق الإنسان بشكل عام، رغم أنه لم يتم الإشارة إلى الحقوق بالتفصيل، إلا أن ذلك لا يعد عيبا أو نقصا في الميثاق على اعتبار أن الحقوق متكاملة و أن الحق في الحياة هو أول حق يجب أن يتمتع به الإنسان قبل الحديث و الخوض في الحقوق الأخرى فهو حق جذير بالحماية قبل غيره من الحقوق الأخرى.

لكن عدم وجود وسائل لوقف ممارسة انتهاك حقوق الإنسان من قبل الدول و هذا ما يجعلها تتلمص من الخروقات المتكررة لحقوق الإنسان، إذ أن الأجهزة التي وضعت

لممارسة الرقابة تتسم بنوع من التردد في الرقابة، وما الدليل على ذلك انتهاكات إسرائيل خلال الحرب على غزة. وعدم تمكن مجلس حقوق الإنسان من اتخاذ أي إجراء من شأنه معاقبة إسرائيل. وأن إحالة تقرير غولدستون على مجلس الأمن سيصطدم لا محال بالفيتو الأمريكي، وبالتالي شل عمل مجلس حقوق الإنسان.

إن اللجوء إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وتطبيقه حين انتهاك دولة ما لبنود تتعلق بحماية حقوق الإنسان، صعب لأنه يصطدم بعدة عقبات منها استعمال حق الفيتو من طرف بعض الدول، وتطبيقه في بعض الحالات يؤدي إلى تردي الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للشعوب. وخير مثال عن ذلك ما تعرض له العراق<sup>(24)</sup> من عقوبات اقتصادية في أواخر عام 1990 والتي استمرت إلى أواخر 2003. والتي كانت لها آثار سلبية على الحقوق والحريات.

وفي الأخير نشير إلى أنه:

يجب نشر ثقافة حقوق الإنسان وتدريبها لإتاحة فرصة للجميع لتعرف عليها وإدراك أهميتها. نشر ثقافة السلم والتسامح في أوساط الشعوب، والعمل على الحد من التسلح وتحويل الأموال المرصودة لها إلى تدعيم البحث العلمي من أجل محاربة الأمراض الفتاكة التي تعصف بالشعوب، كالسرطان، والسيدا، والأنفلونزا بمختلف أنواعها، وكذلك تحسين المستوى المعيشي للشعوب.

العمل على محاربة كل أشكال الجريمة خاصة المتاجرة بالمخدرات التي تعد أفيون الشعوب لأنها مصدر لجرائم أخرى كالاغتيالات التي تزهق أرواح بشرية كثيرة ويوميأ . إضافة إلى الجرائم الإرهابية، وهذا لا يتأتى إلا بتكثيف التعاون بين الدول للقضاء على هذه الجرائم.

تطوير وتفعيل آليات الرقابة على حقوق الإنسان، وذلك بالسماح للأجهزة المكلفة بالرقابة بالقيام بالزيارات الميدانية للدول التي تسجل فيه الخروقات ومحاولة الضغط عليها من أجل تطبيق التزاماتها الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان. الحد من تطبيق عقوبة الإعدام واقتصار تطبيقها على الجرائم الخطيرة.

## الهوامش:

- <sup>1</sup>- محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد: دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص42.
- <sup>2</sup>- شعبان نبيه متولي دعيس، الحماية الجنائية لحق الإنسان في الحياة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991، ص.96
- <sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص97.
- <sup>4</sup> و<sup>5</sup> و<sup>6</sup> أنظر، شعبان نبيه متولي، مرجع سابق، ص 97.
- <sup>7</sup>- محمد سعد، مرجع سابق، ص23.
- <sup>8</sup>- المرجع نفسه، ص25.
- <sup>9</sup>- شعبان نبيه، مرجع سابق، ص57.
- <sup>10</sup>- المرجع نفسه، ص58.
- <sup>11</sup>- شعبان نبيه، مرجع سابق، ص 59.
- <sup>12</sup>- نص المادة 56 من ميثاق الأمم المتحدة.
- <sup>13</sup>- إبراهيم علي بدوي الشيخ، التطبيق الدولي لاتفاقيات حقوق الإنسان الآليات والقضايا الرئيسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص14.
- <sup>14</sup>- راجع نص المادة 41 و 42 من الميثاق.
- <sup>15</sup>- نص المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
- <sup>16</sup>- أبرمت هذه الاتفاقيات في عام 1948 وتخص حماية المدنيين والأسرى خلال الحروب.
- <sup>17</sup>- أبرم هذا العهد في عام 1966 وقد نصت المادة 6 منه على الحق في الحياة.
- <sup>18</sup>- أنظر الفقرة 3 من نصا المادتين 40 و45 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.
- <sup>19</sup>- أنظر المواد 16 و17 و19 و20 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
- <sup>20</sup>- **Rusen Ergec**, la protection européenne et international des droits de l'homme, 2éd, Bruylant, Bruxelles, 2006, p61.
- <sup>21</sup>-Ibid, p62.
- <sup>22</sup>- أنظر: قرار الجمعية العامة رقم 251/60 الصادر بتاريخ 15 مارس 2006.
- <sup>23</sup>- أنظر: رابح طاهير، تأثير العقوبات الاقتصادية الدولية على حقوق الإنسان، مذكرة الماجستير، القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2002، ص6

## ضبط المرافق العامة : نموذج مرفق المياه

عيساوي عز الدين

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة بجاية عبد الرحمان ميرة - بجاية

### المقدمة:

يرتبط المرفق العام بالإيديولوجية القانونية الليبرالية، حيث أن الإدارة لا تتدخل في المهام المباشرة ذات المصلحة العامة إلا في حالة عجز الخواص القيام بها، أو إذا كانت الظروف تفرض ذلك. ولذا فإن المبادرة الخاصة هي القاعدة والمبادرة العمومية هي الاستثناء. في حين يختلف الأمر في النظام الاشتراكي الذي تتكفل فيه الدولة بمعظم النشاطات، مما يؤدي إلى تقليص المبادرة الخاصة.

مع التطورات الحاصلة في المجال الإيديولوجي والاقتصادي يستعيد المرفق العام مدلوله السياسي ليكون مفهوما يستمد منه الحكام سلطتهم، بضرورة تلبية حاجيات السكان؛ فيتم بواسطة المرافق العامة التحكم في مجرى الأحداث، ومحو ما ارتكبه الاستعمار من مظالم؛ فأصبح المرفق العام يغطي مختلف الأنشطة والأجهزة الخاضعة للدولة، فأصبحت هذه الأخيرة مصب كل الأحلام ويعتمد عليها في كل شيء<sup>(1)</sup>.

حيث أضحى أنه ليس من المتأكد بأن نقول - كما قال احد الكتاب البريطانيين - "بأنه يتعلق الأمر بمرافق عامة أم "بفيلة"، يمكن التعرف عليها بدون عناء، لكن بدون شك، من الصعب تقديم تعريف دقيق لها"، بل من الممكن إعادة الصياغة والقول بان تقديم تعريف للمرفق العام أمر صعب جدا، لكن التعرف على المرافق العامة ليس أمرا سهلا<sup>(2)</sup>. والدليل أنه في بعض الأحيان لا ندري بأننا أمام مرفق عام إلا بعد مدة، وبعد الاسترسال في استعمال المقارنة يظهر بأن المرفق العام في بلادنا يجري في عروقنا مجرى الدم. لكن مهما تكن هذه المقارنات فإننا نخلص إلى نتيجتين: أولا توجد اختلافات عميقة في الصياغة في هذا الفرع من القانون من دولة إلى أخرى: بعض الدول لا تعرف المرفق العام بالطريقة المعروفة عليه في فرنسا أو الجزائر. والاختلاف في الصياغة يمكن أن يكون مرده إلى الاختلاف المهم في مضمون وفكرة المرفق العام نفسها، ويمكن كذلك اعتبار أن هذه الاختلافات سطحية في حين يوجد "إجماع" عام على المضمون، رغم أن هذه الفكرة محل

نقاش. بعد ذلك، يمكن أن نقول انه يوجد نوع من التوافق الظاهر بين مجمل الدول حول فكرة المرفق ذو النفع العام؛ وهذا في مواجهة فكرة أخرى، أي الفكرة الفرنسية التي أضحت تقليدية.

محيط المرافق العامة تغير نتيجة انفتاح الاقتصاد الوطني وعولمة المبادلات، الشيء الذي أدى إلى تطور طرق تدخل الدولة في الاقتصاد، مما أدى إلى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، فتم اللجوء إلى إزالة التنظيم، والخصوصية من أجل الانتقاص من النفقات العمومية<sup>(3)</sup>، وتم تحرير النشاطات العمومية وإزالة الاحتكارات وظهور التعاون ما بين القطاع العام والخاص، واللجوء إلى التسيير عن طريق عقد الامتياز للمرافق العامة لصالح الأعوان الخواص الذين يتأقلمون بسرعة مع السوق. إن فتح السوق على القطاعات المحتكرة كالاتصالات، المياه، الكهرباء والغاز يؤدي إلى ظهور قوتين في السوق قوة الأعوان الاقتصاديين وقوة السلطة العامة<sup>(4)</sup>.

لقد تحول النظام القانوني في مجال تنظيم المرافق العامة بصفة جذرية؛ حيث أصبحت هذه الأخيرة تخضع لمبادئ المردودية والنجاعة، ولقواعد المنافسة. فتح المرافق العامة على المنافسة لم يشمل فقط المرافق العامة الصناعية والتجارية، بل تعدى إلى المرافق العامة الإدارية التي تمتلكها وتسييرها الهيئات الإدارية، كمرفق المياه، رغم خصوصية هذا القطاع مقارنة بغيره من القطاعات. ومن أجل تفادي الوقوع في وضعية الهيمنة على السوق عمدت الدولة إلى إنشاء سلطة إدارية مستقلة مكلفة بضبط استغلال الخدمات العمومية للمياه، فتم الانتقال من القانون الإداري للمرافق العامة إلى قانون الضبط الاقتصادي.

## 1. الضبط القطاعي لمرفق المياه بين الانفتاح على المنافسة ومقتضيات المرفق العام

### أ- عوامل الانفتاح على المنافسة

#### • العوامل الاقتصادية:

العوامل الاقتصادية، حسب رأينا تبقى مهمة، فالانفتاح على المنافسة لقطاعات كانت في منأى، بل كانت محمية بصفة كبيرة مثل الاتصالات، الكهرباء والغاز، بل ولقطاعات كانت تعتبر مرفقا عاما بامتياز كالمياه، الشيء الذي أدى إلى وضع أدوات ترمي إلى تفادي الفوضى، أو على الأقل قدرة على إرساء نوع من المنافسة وتطويرها من أجل حماية

مستعملي المرفق العام بصفة أكبر. فالتطور الاقتصادي أدى إلى ظهور "اقتصاد جديد" يطرح تساؤلات حول دور الدولة في الاقتصاد، وحول أدوات تدخل هذه الأخيرة فيه<sup>(5)</sup>، في هذا السياق فإن الضبط يمكن أن يظهر بأنه طريق جديد يتكيف مع التحولات التي حدثت<sup>(6)</sup>، ولا يمكن تقليص مفهومه إلى مجرد تنظيم جديد<sup>(7)</sup>.

تطور فكرة الضبط يرتكز على مجموعة من العوامل السياسية كإصلاح الدولة والمرافق العامة، وهذا الموضوع تم تداوله بكثرة في الخطابات السياسية في السنوات الأخيرة؛ فدمقرطة القطاع العمومي بصفة عامة والمرافق العامة بصفة خاصة<sup>(8)</sup>، وهذه الديمقراطية يجب أن تترجم بالأخذ بعين الاعتبار مصلحة مستعملي المرفق، الذين أضحوا مستهلكين أو عملاء؛ فالضبط أصبح صيغة جديدة للتوافق السياسي<sup>(9)</sup>، فالليبراليون يرونه كوسيلة للحد من دور الدولة في الاقتصاد، والاشتراكيون - الديمقراطيون يرونه وسيلة حديثة لتدخل الدولة في المجال الاقتصادي.

#### • العوامل القانونية:

هذه العوامل ليست أيضا غريبة عن تطور فكرة الضبط في الجزائر، رغم أن دور القانون المقارن لا يمكن إنكاره في هذا المجال، إضافة إلى الدور الذي لعبته المؤسسات الاقتصادية الدولية في الضغط على الدول النامية لتبني فكرة الضبط، وهذا كله نتيجة حتمية لعولمة الاقتصاد والقانون<sup>(10)</sup>، حيث تم فرض فكرة الفصل بين مهام المتعامل ومهام الضابط، فأدخلت فكرة الضبط وأدواتها في الجزائر بعدما كانت غير معروفة، بصيغة أخرى فإن فكرة الضبط تساهم في لم التناقضات وتكييفها والتوفيق بين القانون والاقتصاد، في الوقت الذي تبقى فيه الميكانيزمات التقليدية جامدة بفعل التنظيمات، وهي لا تتلائم التطور السريع للاقتصاد.

مع هذه الأسباب الأساسية، تضاف أيضا أسباب مستخلفة تشجع هذه الظاهرة، فالإشكالات الأخلاقية لعبت دورا لا يستهان به. فلما يتعلق الأمر بالمجلس الأعلى للقطاع العام في فرنسا الذي نادى لأول مرة بإنشاء سلطة لضبط قطاع المياه<sup>(11)</sup>. فالضبط يسمح إذن بالتوفيق بين الحرية (سواء كانت سياسية أو اقتصادية)، والعقل، الذي يمثل المرفق العام في عمومته ومستعمليه بانفرادهم<sup>(12)</sup>.

الضبط طريق وسط بين التدخل المفرط للدولة في الاقتصاد، والليبرالية المتوحشة، انه يظهر كوسيلة للتوفيق بين الحرية، النوعية، النجاعة<sup>(13)</sup>. ويظهر الضبط النموذج المفضل للرقابة العامة على المرافق العامة المفتوحة على المنافسة، ففكرة الضبط الاقتصادي هي التي رافقت خصوصية بعض المرافق العامة في العديد من الدول.

### ب- صعوبة نقل نموذج "الضبط" إلى مرفق المياه:

إن نقل نموذج الضبط المكرس في القطاعات الشبكية الأخرى؛ أي إرساء هيئة إدارية مستقلة قوية في هذا المجال أمر صعب جداً، وهذا راجع لى خصوصية مرفق المياه مقارنة بالمرافق الشبكية الأخرى.

يجمع مرفق المياه بين رهانات اقتصادية كبيرة<sup>(14)</sup>، ويظهر كمثال توضيحي لاستحالاته أن يكون نموذجاً تنقل إليه نماذج الضبط في قطاعات أخرى، تمثل مرافق عامة صناعية وتجارية، كالاتصالات والكهرباء والغاز، ولو أن مرفق المياه مرفق عام شبكي.

يمثل مرفق المياه مقارنة بما يشابهه من المرافق العامة الشبكية كالاتصالات والكهرباء والغاز، خصوصية مزدوجة؛ فمن جهة، يتعلق الأمر بمرفق عام محلي خالص؛ فلا توجد شبكة وطنية لنقل المياه، فالهيئات المحلية هي التي تنظم وبالطريق التي تريد توزيع ومعالجة المياه<sup>(15)</sup>؛ ومن جهة أخرى فان تسيير مرفق المياه يختلف عن تسيير مرفقي الاتصالات والكهرباء والغاز، فلا توجد مادة بديلة تستخلف المياه، عكس الاتصالات والكهرباء والغاز. وطرق إدارة مرفق المياه كثيرة، تتراوح بين التسيير المباشر<sup>(16)</sup>، منح امتياز الخدمة العمومية للمياه<sup>(17)</sup>، وتفويض الخدمة العمومية<sup>(18)</sup>، الشيء الذي يجعل القطاع أكثر تعقيداً.

في ظل هذه الشروط فان السؤال الذي يطرح هو كيف يمكن التوفيق بين الضبط الوطني الذي تمارسه سلطة إدارية مستقلة، وبين استقلالية الهيئات المحلية؟ فالنموذج الجزائري للضبط يقوم على وطنية الضبط والمرفق العام، وعلى هيئات وطنية للضبط؛ ومن جهة أخرى فان الهيئات المحلية تقوم بعملية الضبط وفقاً لما منحها القانون والتنظيم من اختصاصات وسلطات.

إننا لا نرى ما هو دور الهيئة الوطنية للضبط، فالحاجات الوطنية بعيدة عن الواقع المحلي، حيث لا يمكن لهيئة الضبط الوطنية إلا إبعاد وتمديد المعطيات على حساب النجاعة في مختلف المرافق العامة المحلية وعلى تطور أسعار الماء.

إن اقتراح هيئة ضبط وطنية في مرفق المياه، جاءت في فرنسا من اقتراح المجلس الأعلى

للقطاع العام، المجلس يقترح سلطة ضبط وطنية قوية جدا لهل مهام واسعة، تتمثل خصوصا في مراقبة تسيير مرفق المياه، تطوير إعلام إحصائي حول المياه، تعريف معالم نجاعة المرفق العام، تحديد عراقيل تطور الأسعار في القطاع، إملاء دفاتر شروط نموذجية، وإملاء قواعد قانونية تحد من حرية الهيئات المحلية، ومراقبة مدى التطبيق الفعلي لهذه القواعد، وسلطتي الأمر والتحقيق؛ وإمكانية فسخ عقود غير مشروعة<sup>(19)</sup>.

إن مثل هذا الاقتراح غير مؤيد، فهو يجهل الخصوصيات المحلية للمرفق العام، وينقل إلى هذا القطاع حلولا لا تتلاءم مع الواقع، فهو يجهل مبدأ الحرية التعاقدية الذي تتمتع به الهيئات المحلية. فيجب اقتراح نموذج ضبط أكثر مرونة، يتجه نحو الشفافية والإعلام، والمقارنة بين الأسعار، وإعلام المستهلكين حول الأسعار، وتحديد معالم الجودة في القطاع، وتسوية النزاعات المتعلقة بالموارد المائية، وإعطاء نصائح واستشارات للهيئات المحلية حول الأطر التعاقدية المرتبطة بمرفق المياه. في هذا المجال فإن مهام الضبط يجب أن تكون بالضرورة جد محدودة، من أجل تحقيق ضبط قطاعي أكثر توازنا<sup>(20)</sup>.

#### • خصائص مرفق المياه:

- النشاطات المتعلقة بالمياه سواء التزويد بالماء الشروب أو التطهير تمثل نشاطات المرفق العام، فكلا من الاجتهاد القضائي والقانون يقران بهذه الصفة فقضاء مجلس الدولة الفرنسي قديم في هذه النقطة، يعود إلى الربع الأخير من القرن التاسع عشر<sup>(21)</sup>، فحسب المجلس فإن نشاط المرفق العام للمياه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وله علاقة مباشرة وعضوية بالإدارة، ويخضع لنظام قانوني خاص هو القانون العام. أما بالنسبة للاعتراف القانوني؛ فتتص المادة 100 من القانون المتعلق بالمياه على: [يشكل التزويد بالمياه الشروب والصناعي والتطهير خدمات عمومية]<sup>(22)</sup>. كما تنص الفقرة 2 من المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 01-101، المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه على: [وتكلف المؤسسة، بهذه الصفة، عن طريق التفويض بالمهام الآتية:

أ) الخدمة العمومية لمياه الشرب لضمان وفرة المياه للمواطنين في ظروف مقبولة عالميا والساعية لتلبية أقصى طلب لمستعملي شبكة المياه العمومية...]<sup>(23)</sup>، كما تنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 01-102، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير على: [يضمن الديوان تسيير امتياز الخدمة العمومية للتطهير...]<sup>(24)</sup>.

- الخصوصية الثانية تتمثل في أن نشاط مرفق المياه له نظام لا يشبه النظام المطبق على الأموال والخدمات العادية، فهو لا يخضع للمبدأ المعتاد المتمثل في حرية التجارة والصناعة<sup>(25)</sup>، فالعنصر الأساسي المتعلق بطبيعة النشاط هو اعتباره مرفق عام بدل نشاط اقتصادي بسيط؛ فصفة المرفق العام تتفوق على النشاط التجاري والصناعي.

- المرفق العام للمياه مرفق عام محلي في وضعية احتكار طبيعي، فتاريخيا فإن هذا المرفق لا يتعدى الحدود المحلية؛ أي المجال البلدي أو مابين البلديات، وتوزيع المياه يعتبر صناعة شبكية تتطلب الاعتناء المستمر بالدومين العام، والبلديات فقط من يسمح بذلك لما تكون مالكة للدومين العام.

- المرفق العام للمياه مرفق عام أساسي وضروري، فالربط بالشبكة الأساسية لتوزيع مياه الشرب والتطهير ضروري وهذا ناتج عن ارتباط مرفق المياه بضرورات أخرى منها: ارتباط مرفق المياه بمرفق الصحة العامة، وهذا طبقا لأحكام قانون الصحة، فتنص الفقرة 1 من المادة 33 من قانون الصحة<sup>(26)</sup> على: [يخضع إيصال مياه الشرب والاستعمال المنزلي لقواعد الحماية الصحية ومقاييسها بغية توفير نوعية الماء الملائمة]، كما تنص الفقرة 1 من المادة 34 من القانون نفسه على: [يجب أن تزود التجمعات السكنية بالمياه الصالحة للشرب وشبكة المجاري والطرق المعبدة والمساحات الخضراء ونظام التنظيف وشبكة المراحيض العمومية].

أ. ارتباط مرفق المياه بالتعمير والحق في السكن اللائق.

ب. اعتبار مرفق المياه حقا أساسيا من حقوق الإنسان، ومن هذه النقطة الأخير فإن الماء هو الحياة وهذا ما يؤكد أن هذا المرفق هو الأساسي في كل المرافق العامة.

## 2- ضبط الخدمات العمومية للمياه بواسطة سلطة إدارية مستقلة:

على عكس القطاعات الأخرى فإن قطاع المياه لم ير سلطة إدارية مستقلة إلا في 2006، وتم سن النص التنظيمي المتعلق بهذه الهيئة في 2008<sup>(27)</sup>، في حين تم تنصيب الهيئة فعليا في 19 أوت 2009<sup>(28)</sup>، وهذا التأخر راجع إلى أن قطاع المياه لم يعرف تحولات كبيرة، ونظرا لكل الاعتبارات التي يرتبط بها مرفق المياه. فقانون المياه كيّف الهيئة بأنها سلطة إدارية مستقلة، حيث أشار القانون إلى بعض الاختصاصات المخولة لهذه السلطة وأحال إلى التنظيم كل ما يتعلق بتحديد صلاحياتها وتنظيمها.

إن الإحالة إلى التنظيم لتحديد تشكيل الهيئة واختصاصاتها وعملها بدل النصوص التشريعية ظاهرة جديدة في القانون الجزائري المتعلق بالسلطات الإدارية المستقلة، فمنذ 2002 نلاحظ إحالة مفرطة إلى التنظيم من أجل تحديد قواعد تنظيم وعمل، وكذا تحديد اختصاصات بالسلطات الإدارية المستقلة، فغالبا ما يكتفي النص التشريعي على إنشاء السلطة الإدارية المستقلة. ومثال ذلك أحكام القانون الصادر في 6 فيفري المتعلق بالبذور والشتائل وحماية الحيازة النباتية<sup>(29)</sup>، الذي ينص في المادة 5 على: [تتكون السلطة الوطنية التقنية النباتية من لجنة وطنية للبذور والشتائل تضم لجانا تقنية متخصصة ومفتشين تقنيين]، وتضيف الفقرة 2 من نفس المادة، [تحدد كليات تنظيم السلطة الوطنية التقنية النباتية وعملها، وكذا صلاحيات اللجنة الوطنية للبذور والشتائل، اللجان التقنية المتخصصة، عن طريق التنظيم]، ونفس الحكم ينطبق على اللجنة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته<sup>(30)</sup>.

على ضوء الإحالة إلى النصوص التنظيمية، نصل إلى أنه لا يمكن التفرقة بين فكرة السلطات الإدارية المستقلة، وتلك المتعلقة بالوحدات الإدارية التقليدية، أو المؤسسات العمومية، فالأولى تتجه إلى أن تكون جزء من النموذج الثاني<sup>(31)</sup>.

بالنظر إلى الفقرة 2 من المادة 65 من قانون المياه فإن الاختصاصات المخولة للسلطة

تتمثل في:

السهر على حسن سير الخدمات العمومية للمياه مع الأخذ بعين الاعتبار بصفة خاصة مصالح المستعملين.

وتساهم في تنفيذ نظام تسيير الخدمات العمومية للمياه وإعداد المقاييس والأنظمة المتعلقة بها، والسهر على احترام المبادئ التي تسيير الأنظمة التسعيرية وتراقب تكاليف وتسعيرات الخدمات العمومية للمياه، القيام بالتحقيقات والخبرات والدراسات وإصدار النشريات المتعلقة بتقييم نوعية الخدمات للمستعملين.

بالنظر إلى هذه "الاختصاصات" نلاحظ بأنها أهداف أكثر منها اختصاصات، لكن الفقرة الأخير من المادة 65 تحيل إلى التنظيم أمر تحديد الاختصاصات. وقد ذكرت المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 08-303، هذه الاختصاصات وهي:

[...تسهر سلطة الضبط على حسن سير الخدمات العمومية للمياه لصالح المستعملين في ظل احترام التشريع والتنظيم المعمول به.

وبهذه الصفة تكلف سلطة الضبط بما يأتي:

- السهر على احترام أصحاب الامتياز والموكلة لهم الخدمات العمومية للمياه للالتزامات الموكلة لهم،
- دراسة شكاوى المتعاملين أو مستعملي الخدمات العمومية للمياه وصياغة كل التوصيات المناسبة،
- إجراء كل مراقبة وتقييم نوعية الخدمات المقدمة للمستعملين من طرف الهيئات المستغلة للخدمات العمومية للمياه،
- إجراء تحليل للأعباء في إطار مراقبة التكاليف وأسعار الخدمات العمومية للمياه،
- المساهمة في إعداد دفاتر الشروط النموذجية المتعلقة بتفويض التسيير،
- إبداء الرأي حول عمليات الشراكة لتسيير نشاطات الخدمات العمومية للمياه المنفذة من طرف فروع الاستغلال المنشأة طبقاً للمادة 104 (الفقرة 2) من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه].

كما تساهم سلطة الضبط في تنفيذ أحكام تسيير الخدمات العمومية للمياه، لاسيما في عمليات تفويض التسيير، وذلك طبق للمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08-303. الملاحظ حول هذه الاختصاصات أنها إعادة لما ورد في قانون المياه، هذا من جهة ; ومن جهة أخرى فان الاختصاصات الممنوحة للسلطة ليست ذات أهمية مقارنة بالاختصاصات الممنوحة لهيئات الضبط المستقلة الأخرى كمجلس المنافسة وسلطة ضبط الاتصالات، فسلطة ضبط قطاع المياه لا تتمتع بسلطة توقيع العقوبات على الأعوان الذين ينتهكون القواعد القانونية، كما لا تملك سلطة تسوية النزاعات بين الأعوان أنفسهم وبين المستعملين، فما جدوى دراسة شكاوى المتعاملين أو مستعملي الخدمات العمومية للمياه وصياغة كل التوصيات المناسبة، إذا لم يقترن هذا الاختصاص بالفصل في المنازعة، فمن وجهة الاختصاصات نرى أنه لا يصح إطلاق صفة السلطة على هذا الهيكل الإداري.

#### أ- استقلالية سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه:

إذا أطلق المشرع صفة سلطة ضبط مستقلة على هيئة ضبط المياه، ففي الحقيقة ما هو الا نقل انتقائي لهذا النوع من الهيئات الإدارية من قطاعات أخرى إلى قطاع المياه ولو أن استقلالية السلطة محل نقاش، بل أن تحليل الاستقلالية من الناحية العضوية والوظيفية يبين عكس هذه الصفة.

## • من الناحية العضوية:

دراسة الاستقلالية العضوية تقتضي دراسة تشكيل الهيئة، وطريقة تعيينهم، والنظام الذي يخضع له أعضاؤها.

فمن ناحية تشكيل سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه، فإن هذه السلطة تتكون من 4 أعضاء من بينهم الرئيس<sup>(32)</sup>، يعينون بمرسوم رئاسي، لكن النص لم يحدد صفة هؤلاء الأعضاء، فعكس هيئات الضبط الأخرى، التي تتكون عادة من أخصائيين من القطاع، إضافة إلى قضاة، فالتساؤل حول صفة الأشخاص الذين سوف يعينون في هذه الهيئة.

أما بالنسبة لطريقة التعيين، فإن النص يقضي بان التعيين يكون بمرسوم رئاسي، بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالموارد المائية، فمادام الاقتراح يكون من السلطة المركزية فإن الشك وارد حول مدى استقلالية الأعضاء محل الاقتراح.

أما بالنسبة لفكرة العهدة فإن أعضاء الهيئة يعينون لمدة 4 سنوات قابلة للتجديد، فحسب أحد الكتاب فإن "قواعد التعيين، والرد، والتجديد، تسمح بتحديد مدى فعالية الاستقلالية"<sup>(33)</sup>. فمدة العهدة ونظام التنافي شرطان ضروريان لضمان الاستقلالية.

فأعضاء الهيئات الإدارية المستقلة يعينون لمدة محددة ولا يمكن إنهاء مهامهم خلال تلك العهدة، وهذا ما يضمن عدم خضوعهم لتعسف السلطة المركزية، فالنصوص تشير الى مدة العهدة لكن هذه العهدة قابلة للتجديد، وهذه الصفة تمس باستقلالية السلطة، ثم إن النص لم ينص على عدم إمكانية إنهاء العهدة قبل أوانها دون سبب، أما بالنسبة لحالة التنافي فإن المرسوم التنفيذي نص على عدم إمكانية الجمع بين العهدة في الهيئة وبين أي وظيفة أخرى، فتنص المادة 15 على: [لا يجوز الجمع بين وظيفة عضو في لجنة الإدارة مع أي وظيفة عمومية أخرى أو أي نشاط مهني أو عهدة انتخابية وطنية أو محلية أو التزام مباشر ذي فائدة في مؤسسة تعمل في ميدان الري].

## • الاستقلالية الوظيفية :

دراسة الاستقلالية الوظيفية تقتضي دراسة الوسائل القانونية أي النظام الداخلي للسلطة، وكذا الوسائل المالية، وأخيرا الوسائل البشرية.

فمن ناحية الوسائل القانونية فإن السلطة تتمتع سلطة سن نظامها الداخلي وذلك طبقا للفقرة 1 من المادة 16 من المرسوم التنفيذي 08-303، التي تقتضي [تعد لجنة الإدارة مشروع النظام الداخلي لسلطة الضبط الذي يحدد خاصة تنظيمها الداخلي وقواعد سيره...]

لكن هذا لنص في حقيقة لم يفصل وبصفة نهائية في قضية لنظم الداخلي لأن النص أشار إلى مجرد مشروع، ولم يشر إلى إمكانية المصادقة على هذا المشروع ليدخل حيز التنفيذ، في حين إن القانون الأساسي لمستخدمي سلطة الضبط يصادق عليه بمرسوم تنفيذي، وذلك طبقاً للفقرة 2 من نفس المادة.

أما من ناحية الوسائل المادية، فرغم أن سلطة ضبط المياه تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي<sup>(34)</sup>، إلا أن هذه السلطة تبقى في وضعية تبعية مطلقة للسلطة التنفيذية، فأموال السلطة مصدرها هو مساهمات الصندوق الوطني للماء لصالح للشرب، وإعانات الدولة، بالإضافة إلى كل الموارد ذات لصلة بنشاطاتها<sup>(35)</sup>.

أخيراً، وفيما يتعلق بالوسائل البشرية، فعادة يوجد نوعين من الوسائل، الوسائل البشرية المخولة للسلطة مباشرة بمقتضى النصوص التشريعية والتنظيمية، وهؤلاء الأشخاص يعملون كموظفين لدى الهيئة، أما النوع لثاني من الوسائل، فيتمثل في سلطة الهيئة في التوظيف ومن خارج الإدارة، أشخاص متعاقدين، أو كموظفين، وهذا ما أشارت إليه لمادة 11 من المرسوم التنفيذي 08-303، والتي تقضي ب: [يمارس رئيس لجنة الإدارة السلطات الضرورية لتسيير سلطة الضبط على الخصوص في مجال:.... توظيف المستخدمين وتوقيفهم، التعيين على مستوى الهياكل...]، فمن هذه الزاوية فإن السلطة تتمتع بسلطة التعيين والتوقيف، فتبعية الموظفين تكون لرئيس الهيئة وليس للوزير القطاعي.

## خاتمة:

دراسة ضبط المرافق العامة في ظل قانون الضبط الاقتصادي وتحولات الدولة يبين صعوبة التوفيق بين أهداف المرفق العام التي صاغها القضاء الإداري الفرنسي منذ زمن بعيد، وبين أهداف المنافسة. والصعوبة تبدو أكبر لما يتعلق الأمر بالمرفق العمومي للمياه، فخصوصية القطاع وارتباطه بالحياة يجعل فتح القطاع على المنافسة مستحيلاً.

ان نقل نموذج الضبط المتبنى في القطاعات الشبكية الأخرى كالاتصالات والكهرباء والغاز، إلى قطاع المياه غير ممكن، وحتى الدول الليبرالية السبابة إلى فكرة الضبط عن طريق السلطات الإدارية المستقلة لم تتبن نموذج الضبط هذا في هذا القطاع.

ان نقل النماذج الغربية للضبط إلى القطاعات الحساسة دون تفكير معمق حول مدى فعالية هذه النماذج في المحيط الجزائري سوف يؤدي إلى الفشل في تحقيق الضبط.

<sup>1</sup> - محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن عمر ورحال مولاي ادريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص. 3 و 7.

<sup>2</sup> - Jean-Marie PONTIER, Sur la conception française du service public, *Recueil Dalloz*, 1996 p.9.

<sup>3</sup> - Michèle VOISSET, Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux, *RFDA* 1995 p. 304

<sup>4</sup> - Bertrand FAURE, Le droit administratif des collectivités locales et la concurrence *AJDA* 2001 p. 136.

<sup>5</sup> - Dominique Custos, *La Commission fédérale américaine à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999.

<sup>6</sup> - Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, p. 42. V. également, sur cette thématique : Michel Bazex, Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ?, *AJDA* 1990.659.

<sup>7</sup> - J.-J. Daigre, Les Echos, 10 oct. 2000.

<sup>8</sup> - Jacques Chevallier, La réforme de l'Etat et la conception française du service public, *RFAP*, 1996.190.

<sup>9</sup> - Laurent Richer, La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public, *AJDA* 2000.239.

<sup>10</sup> - Voir sur ce point, Rachid ZOUAIMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, Edition HOUMA, ALGER, 2006, p. 5 et 6 ; M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.H.*, 1999, p. 46.

<sup>11</sup> - Haut Conseil du secteur public, Rapport sur « quelle régulation pour l'eau et les services urbains ? », décembre 1999.

<sup>12</sup> - Michel Vivant, « Raison et réseaux. De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet », in *Savoir innover en droit*, Hommage à Lucien Mehl, La Documentation française, 1999, p. 153 et s.

<sup>13</sup> - Hervé Dumez et Alain Jeunemaître, La régulation des monopoles au Royaume-Uni : le modèle de référence ?, *Chroniques économiques de la SEDEIS*, n° 5, mai 1994.171 et s.

14- Bernard Barraque (dir.), *Les politiques de l'eau en Europe*, La Découverte, coll. « Recherches », 1996.

<sup>15</sup> - تنص المادة 101 من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، المعدل بالقانون رقم 08-03، المؤرخ في 23 جانفي 2008، المتعلق بالمياه، ج ر عدد 4، والمعدل للأمر رقم 09-02، المؤرخ في 22 جويليه 2009، المتعلق بالمياه، ج ر عدد 44 على: [تعتبر الخدمات العمومية للمياه من اختصاص الدولة والبلديات

... ويمكن البلدية، حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، استغلال الخدمات العمومية للمياه عن طريق الاستغلال المباشر الذي يتمتع بالاستقلالية المالية، أو عن طريق امتياز تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعون للقانون العام.]; وتنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 08-54، المؤرخ في 9 فيفري 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 8 على: [يمنح الامتياز لتسيير الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية، يتضمن هذا القرار الملحق به دفتر الشروط الخاص الذي يضم البنود المحددة في دفتر الشروط النموذجي المنصوص عليه في أحكام المادة 2 أعلاه؛ نفس النص نجده في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 08-53، المؤرخ في 9 فيفري 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 8. وتمنحه البلدية حسب الشروط المحددة في أحكام المادتين 132 و 138 من القانون 90-08 المؤرخ في 7 أفريل 1990 - المتعلق بالبلدية-].

<sup>16</sup> - المادة 101 /3، من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المعدل، المرجع السابق

<sup>17</sup> - المواد 102 و 103، من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المعدل، المرجع السابق

<sup>18</sup> - المواد 104 -110، من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المعدل، المرجع السابق

<sup>19</sup> - Haut Conseil du secteur public, Rapport sur « quelle régulation pour l'eau et les services urbains ? », décembre 1999. P.31-33.

<sup>20</sup> - Stéphane Braconnier, La régulation des services publics, *RFDA*, 2001 p. 52.

<sup>21</sup> - بالنسب للخدمة العمومية لمياه الشرب أنظر. CE, 27 avril 1877, ville de Poitiers, Lebon, p. 385.

بالنسبة للخدمة العمومية للتطهير أنظر، CE, 28 décembre 1877, ville de Carpentras, Lebon, p. 1085

<sup>22</sup> - القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، المعدل بالقانون رقم 08-03، المؤرخ في 23 جانفي 2008، المتعلق بالمياه، ج ر عدد 4، والمعدل للأمر رقم 09-02، المؤرخ في 22 جويليه 2009، المتعلق بالمياه المرجع السابق.

<sup>23</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 01-101، مؤرخ في 21 أبريل 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر عدد 24.

<sup>24</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 01-102، مؤرخ في 21 أبريل 2001، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير، ج ر عدد 24.

<sup>25</sup> - B. Teissonnie-Muchielli, L'impact du droit communautaire sur la distribution de l'eau en France, *Doc. Fran.*, p. 367.

<sup>26</sup> - قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-13، المؤرخ في 16 فيفري 2008، ج ر عدد 44.

<sup>27</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 08-303، مؤرخ في 27 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، ج ر عدد 56.

<sup>28</sup> - Mourad M., Une autorité de régulation installée : le secteur de l'hydraulique se dote enfin d'une A R des services publics de l'eau, *Journal El Watan* 20 aout 2009.

<sup>29</sup> - قانون رقم 05-03، صادر في 6 فيفري 2005 يتعلق بالبذور والشتائل وحماية الحيازة النباتية، ج ر عدد 11.

<sup>30</sup> - قانون رقم 06-01، صادر في 20 فيفري 2006، صادر في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، متمم بالأمر رقم 10-05، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50؛ المرسوم الرئاسي، رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، ج ر عدد 74.

<sup>31</sup> - Rachid ZOUAIMIA, *Droit de la régulation économique*, Berti Editions, ALGER, 2006, p. 65.

<sup>32</sup> - المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 08-303، المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، المرجع السابق.

<sup>33</sup> - Marie-Anne Frison-Roche, « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié », in Patrice Gélard, Rapport sur *Les autorités administratives indépendantes*, T. II, Annexes, Sénat, Paris, 2006, [www.assemblee-nationale.fr/](http://www.assemblee-nationale.fr/)

<sup>34</sup> - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-303، المؤرخ في 27 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات وكذا قواعد تنظيم سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه وعملها، المرجع السابق.

<sup>35</sup> - المادة 719 من المرسوم التنفيذي رقم 08-303، المرجع السابق.

## خيارات الحائز في مواجهة التنفيذ على العقار المرهون

زكريا سرايش

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

### مقدمة

حائز العقار هو كل شخص اكتسب ملكية العقار المثقل بالرهن دون أن تكون له مسؤولية شخصية عن الدين الذي يضمنه الرهن، ومثال الحائز مشتري العقار المرهون أو الموهوب له... الخ، ولأن الرهن الرسمي حق عيني تبقي فإنه يمنح سلطة التتبع للدائن شأنه في ذلك شأن جميع التأمينات العينية، أو بمعنى أدق أحقية التنفيذ على العقار المرهون تحت أي يد يكون، ونحو ذلك فإن الحائز قد يكون عرضة للتنفيذ عليه، إذا ما حل أجل الدين وتخلف المدين عن الوفاء، وهنا وجب البحث عن الوضعية القانونية للحائز، أي الحقوق والخيارات التي يكفلها المشرع له، خصوصا وان مركز الحائز على الصعيد النظري يثير الجدل، فهو من جهة ليس مسؤولا عن الدين إلى جانب المدين، ومن جهة أخرى فقد انتقلت إليه ملكية العقار المرهون مع علمه بوجود الرهن، لذلك فإنه من الإجحاف أن ينفذ عليه الدائن وهو لا يختلف في شيء عن الراهن، وهنا تبرز أهمية موضوعنا وهي البحث عن إجابة للإشكالية التي يمكن صياغتها على النحو الآتي:

**ماهي حقوق حائز العقار المرهون والوسائل التي يمكن ان يلجأ إليها لتجنب التنفيذ على العقار المرهون وفقا للقانون المدني الجزائري؟**

ولغاية الوصول إلى إجابة على الإشكالية نقسم دراستنا للموضوع الى ما يلي:

**المبحث الأول: وسائل الحائز لتجنب التنفيذ على العقار المرهون**

**المطلب الأول: قضاء الديون**

**المطلب الثاني: تطهير العقار**

**المطلب الثالث: التخلية**

**المبحث الثاني: تحمل الحائز لإجراءات نزع الملكية**

**المطلب الأول: دفع الحائز في مواجهة الدائن**

**المطلب الثاني: نتائج نزع الملكية**

## المبحث الأول: وسائل الحائز لتجنب التنفيذ على العقار المرهون

إذا كان الحائز حريصا على بقاء ملكيته للعقار المرهون، فإنه يستطيع أن يطلب تطهير العقار، بأن يدفع قيمته للدائنين المرتهنين، في مقابل زوال الرهن عن العقار، ويستطيع الحائز أن يطلب التطهير من وقت تسجيل سنده وبالتالي فهو ليس ملزما بالانتظار إلى وقت حلول أجل الديون<sup>(1)</sup>، كما يستطيع الحائز أن يتفادى تنفيذ الدائن المرتهن عن طريق قضاء دين هذا الأخير عند حلول أجله، فإذا عجز الحائز عن التطهير وقضاء الديون، فإنه يستطيع أن يقوم بالتخلية بأن يتنازل عن الحيازة المادية للعقار المرهون لكي تكون في حيازة شخص آخر قد يكون حارسا قضائيا، حيث تباشر إجراءات التنفيذ في مواجهة هذا الحارس، والغاية من ذلك هي الحفاظ على سمعة الحائز بعدم ذكره في إجراءات التنفيذ.

### المطلب الأول: قضاء الديون

يجوز للحائز أن يقضي الديون المقيدة على العقار المرهون<sup>(2)</sup>، وعادة ما يلجأ الحائز إلى هذا الخيار في الحالة التي تكون فيها قيمة الديون أقل من قيمة العقار المرهون، أما إذا كان العكس فإنه عادة ما يلجأ الحائز إلى التطهير، وإذا قام الحائز بقضاء الديون فإنه يحق له الرجوع على المدين بموجب دعوى شخصية تأسس على قواعد الإثراء بلا سبب، كما يحق للحائز أن يحل محل الدائن الذي استوفى حقه بما في ذلك التأمينات التي كانت مقررة لمصلحة الدائن، باستثناء تلك التي قدمها شخص غير المدين، بالإضافة إلى هذا فإن الحائز يجوز له الرجوع على المالك السابق للعقار المرهون (المادة 912ق.مدني).

### المطلب الثاني: تطهير العقار

قسما وسيلة التطهير إلى ثلاثة فروع كما يلي

#### الفرع الأول: المقصود بالتطهير

يقصد بالتطهير أن يعرض الحائز على الدائنين المرتهنين (سواء كانوا دائنين مرتهنين رهنا رسميا أو حيازيا أو لهم حقوق تخصيص أو امتيازات خاصة على العقار) أن يعطيهم قيمة العقار المرهون، في مقابل زوال جميع الرهون عن العقار، بحيث يصبح العقار مطهرا من كل قيد<sup>(3)</sup>.

والحائز يستطيع طلب التطهير، من وقت تسجيل سنده، دون أن ينتظر إلى حين توجيه

الدائن التنبيه بالوفاء أو الإنذار إلى الحائز، ويبقى للحائز حق طلب التطهير إلى يوم إيداع

قائمة شروط البيع (المادة 915ق.مدني).

## الفرع الثاني: إجراءات التطهير

تتمثل إجراءات التطهير، في ضرورة توجيه الحائز لعرض بموجب إعلان رسمي إلى جميع الدائنين، ويوجه العرض إلى المواطن المختارة التي حددها الدائنون في قيد الرهن، ويتضمن العرض حسب نص المادة 916 ما يلي:

- 1- خلاصة سند الملكية (سند الحائز).
- 2- تاريخ تسجيل سند الملكية ورقم التسجيل.
- 3- المبلغ الذي يقدره الحائز للعقار.
- 4- قائمة بالحقوق المقيدة على العقار إلى غاية تسجيل سند الحائز.

## الفرع الثالث: نتائج طلب التطهير

تختلف نتائج طلب التطهير بحسب قبول عرض الحائز أو رفض العرض فإذا تم قبول عرض الحائز، فإن العقار يتطهر من الرهن، أما إذا تم رفض عرض الحائز من قبل الدائنين المرتهنين فإن العقار يتم بيعه بالمزاد العلني وسنتناول الحالتين فيما يلي:

### الحالة الأولى: حالة قبول عرض الحائز

إذا وجه الحائز الإعلان الرسمي للدائنين المرتهنين وفق الشروط السابقة، فإنه يتعين على هؤلاء الدائنين أن يردوا على هذا العرض، وذلك في مدة ثلاثون يوماً من تاريخ آخر إعلان رسمي، ويضاف إلى هذه المدة أجل المسافة، ويجب أن لا يزيد أجل المسافة عن ثلاثين يوماً، ويكون قبول العرض إما صريحاً أو ضمناً بأن تنتهي المدة السابقة دون أن يعترض أحد الدائنين (الاعتراض يكون عن طريق طلب أحد الدائنين بيع العقار)، فإذا قبل الدائنون عرض الحائز أصبح هذا الأخير ملزماً بدفع المبلغ الذي قوم به العقار، ويتم الدفع إما للدائنين وإما عن طريق إيداعه في الخزينة العمومية، فإذا تم الأمر على هذا النحو فإن العقار يتطهر من جميع الرهون (المادة 927ق. مدني).

### الحالة الثانية: رفض عرض الحائز وبيع العقار بالمزاد العلني

يتحقق رفض عرض الحائز، بعدم موافقة أحد الدائنين المرتهنين على العرض، ويكون الرفض في صورة طلب الدائن بيع العقار المراد تطهيره<sup>(4)</sup>، ويكون الطلب في شكل إعلان رسمي يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق للعقار المرهون، وذلك في مدة ثلاثون يوماً مضافاً إليها أجل المسافة، ويبدأ حسابها من تاريخ آخر إعلان رسمي (هي نفس المدة السابقة)، ولقد أوجب القانون على الدائن المرتهن طالب البيع أن يودع الخزينة العمومية

مبلغا يكفي لتغطية مصروفات البيع بالمزاد العلني، وذلك للتأكد من مدى جديته في بيع العقار، كما أن الكفيل يحق له أيضا طلب بيع العقار المراد تطهيره وفق الإجراءات المتقدمة ( المادة 918 - 919 قانون مدني).

### بيع العقار عقب رفض عرض الحائز

إذا رفض أحد الدائنين المرتهنين أو أحد الكفلاء لحق مقيد عرض الحائز بأن طلبوا بيع العقار المراد تطهيره، ففي هذه الحالة تباشر الإجراءات الخاصة بالبيع الجبرية، وأجاز القانون لكل شخص أن يدخل المزاد باستثناء الراهن والمدين، ونتيجة هذا أنه يمكن للحائز نفسه أن يدخل المزاد، كما يمكن للدائن سواء كان مرتهنا أو عاديا أن يدخل المزاد، بالإضافة إلى إمكانية دخول أي شخص أجنبي المزاد، وقد ينتج عن المزاد رسوه على شخص أجنبي كما قد يرسوا على الحائز وستعرض للحالتين فيما يلي:

### الحالة الأولى: رسو المزاد على الحائز

يرسوا المزاد على الحائز في حالتين كما يأتي:

- 1- إذا لم يقدم المزايدون عطاء يفوق المبلغ الذي قوم به الحائز العقار، ففي هذه الحالة يرسوا المزاد على الحائز وتستقر ملكيته للعقار، مع تطهيره من جميع الرهون لكن شرط أن يدفع الحائز المبلغ الذي قوم به العقار إلى الدائنين أو يودعه الخزينة العامة.
- 2- إذا قدم أحد المزايدين عطاء يفوق المبلغ الذي قوم به الحائز العقار، ثم بعد ذلك قدم الحائز عطاء أكبر فرسى عليه المزاد، ففي هذه الحالة أيضا يرسوا المزاد على الحائز، إذا قام بدفع المبلغ الذي قوم به العقار مضافا إليه الزيادة المترتبة عن المزايدة، وبذلك يتطهر العقار من جميع الرهون، ويجب على الحائز أن يدفع المبلغ الذي رسي به المزاد إلى الدائنين أو يودعه الخزينة العامة<sup>(5)</sup>.

### الحالة الثانية: رسو المزاد على غير الحائز

إذا رسي المزاد على غير الحائز، سواء رسي على شخص أجنبي أو على دائن مرتهن أو عادي، فإن الملكية تنتقل إلى هذا الشخص ويصبح العقار المرهون مطهرا من كل قيد، ويجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع إلى الحائز نفقات سند ملكيته، وكذلك نفقات تسجيل هذا السند بالإضافة إلى نفقات إجراءات التطهير.

- إذا قدم أحد المزايدين عطاء يفوق المبلغ الذي قوم به الحائز العقار، ثم بعد ذلك قدم الحائز

عطاء أكبر فرسى عليه المزداد، ففي هذه الحالة أيضا يرسوا المزداد على الحائز، إذا قام بدفع المبلغ الذي قوم به العقار مضافا إليه الزيادة المترتبة عن المزايدة، وبذلك يتطهر العقار من جميع الرهون، ويجب على الحائز أن يدفع المبلغ الذي رسى به المزداد إلى الدائنين أو يودعه الخزينة العامة.

### الحالة الثانية: رسو المزداد على غير الحائز

إذا رسى المزداد على غير الحائز، سواء رسى على شخص أجنبي أو على دائن مرتهن أو عادي، فإن الملكية تنتقل إلى هذا الشخص ويصبح العقار المرهون مطهرا من كل قيد، ويجب على الراسي عليه المزداد أن يدفع إلى الحائز نفقات سند ملكيته، وكذلك نفقات تسجيل هذا السند بالإضافة إلى نفقات إجراءات التطهير.

### المطلب الثالث: تخلية العقار

نتناول هذه الوسيلة خلال الفروع الآتية

#### الفرع الأول: المقصود بالتخلية

يقصد بالتخلية أن يقوم حائز العقار المرهون، بالتخلي عن الحيازة المادية للعقار المرهون بحيث تنتقل الحيازة إلى حارس قضائي، فتباشر إجراءات التنفيذ في مواجهة هذا الأخير، والغاية من التخلية هي المحافظة على سمعة الحائز، ذلك أن إجراءات التنفيذ وما تتضمنه من إعلانات، ستؤدي إلى ذكر اسم الحائز خلالها، وهو الأمر الذي سيضر بسمعته فيشتهر بالإعسار<sup>(6)</sup>.

#### الفرع الثاني: ميعاد طلب التخلية

يمكن للحائز أو الكفيل العيني أن يطلب التخلية، من وقت إنذار الدائن له بالدفع أو التخلية وذلك إلى غاية وقت المزداد.

#### الفرع الثالث: إجراءات التخلية

تكون التخلية عن طريق تقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة المختصة، ويجب على الحائز أن يعلن هذا التقرير (في مدة خمسة أيام من وقت التقرير بها) إلى الدائن.

#### المبحث الثاني: تحمل الحائز لإجراءات نزع الملكية

إذا لم يستطع الحائز تطهير العقار أو قضاء الديون، أو لم يقم بالتخلية، فإنه لا يبقى أمامه سوى تحمل إجراءات نزع الملكية، وتكون هذه الإجراءات وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بعد قيام الدائن المرتهن بالتنبيه على المدين بالوفاء،

وإنذار الحائز بالدفع أو التخلية.

ولقد أعطى المشرع للحائز إمكانية التمسك بجملة من الدفوع، قد تكون مستمدة من عقد الرهن في حد ذاته، كما قد تكون مستمدة من الدين المضمون بالرهن.

### **المطلب الأول: دفوع الحائز لمواجهة التنفيذ على العقار**

نتناول هذه الدفوع بشرح مختصر و ذلك خلال الفرعين أدناه

#### **الفرع الأول: الدفوع المستمدة من عقد الرهن**

يمكن للحائز أن يتمسك ببطلان عقد الرهن في مواجهة الدائن المرتهن، إذا كان ركن الشكل غير متوفر، أو كان الراهن وقت إبرامه عقد الرهن غير متمتع بأهلية التبرع، كأن يكون سنه أقل من 19 سنة (في حالة الكفيل العيني)... إلخ، كما يستطيع الحائز أن يتمسك بعدم نفاذ الرهن في مواجهته سواء بسبب عدم قيد الدائن المرتهن لعقد الرهن، أو بسبب كون القيد قد تم في مرحلة لاحقة لتسجيل سند الحائز، بحيث لا يكون نافذاً في حق هذا الأخير كما تقدم ذكر ذلك.

#### **الفرع الثاني: الدفوع المستمدة من الدين المضمون بالرهن**

يستطيع الحائز أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان بإمكان المدين أن يتمسك بها في مواجهة الدائن المرتهن، مثل التمسك بقابلية التزام المدين للإبطال أو التمسك بانقضاء الدين... إلخ. لكن قد يحدث أن يكون الدين غير مذكور في عقد الرهن، وفي هذه الحالة فإن الدائن المرتهن لكي يستطيع التنفيذ وجب عليه استصدار حكم بثبوت الدين في ذمة المدين، وفي هذا الوضع فإن دفوع الحائز يختلف نطاقها وفق الحالتين الآتيتين:

**الحالة الأولى:** إذا كان الحكم بثبوت الدين قد صدر قبل تسجيل سند الحائز، فهنا لا يستطيع الحائز أن يتمسك بالدفوع التي كان بإمكان المدين أن يتمسك بها قبل صدور الحكم، لكن يحق له التمسك بالدفوع التي نشأ أساسها في مرحلة لاحقة لصدور الحكم، مثل أن يقوم المدين بالوفاء أو المقاصة مع الدائن بعد صدور الحكم فهنا يستطيع الحائز أن يدفع في مواجهة الدائن المرتهن بانقضاء الرهن على أساس انقضاء الدين.

**الحالة الثانية:** إذا كان الحكم بثبوت الدين قد صدر بعد تسجيل الحائز لسنده، فهنا يحق للحائز التمسك بالدفوع التي كان بإمكان المدين التمسك بها قبل صدور الحكم، بالإضافة إلى الدفوع التي تستند إلى أسس نشأت بعد صدور الحكم مثل الدفع بانقضاء الرهن لقيام المدين بالوفاء ( المادة 924ق. مدني).

## المطلب الثاني : نتائج إجراءات نزع الملكية

إذا لم يستطع الحائز أن يتفادى تنفيذ الدائن المرتهن عليه سواء بالوسائل التي ذكرناها أو الدفع، فإن العقار المرهون يعرض للبيع في المزاد العلني بعد انقضاء أجل شهر من يوم تبليغ أمر الحجز العقاري للمدين ( المادة 725 - 726 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية). والبيع بالمزاد العلني قد ينتج عنه رسو المزاد على الحائز، كما قد ينتج عنه رسو المزاد على غير الحائز وسنتاول الحالتين فيما يلي

### الفرع الأول: رسو المزاد على الحائز

إذا دخل الحائز المزاد وتقدم بعبء لم يزد عليه أحد، فإن المزاد يرسو على الحائز وتستقر له الملكية بعد أن كانت مهددة بالزوال، ويزول الرهن عن العقار بعد قيام الحائز بدفع المبلغ إلى الدائنين أو إيداعه الخزينة العمومية، والحائز تستقر له الملكية بموجب سنده الأصلي ولذلك فهو لا يحتاج إلى تسجيل حكم مرسي المزاد.

### الفرع الثاني: رسو المزاد على غير الحائز

إذا رسي المزاد على شخص أجنبي فإن هذا الأخير تنتقل إليه الملكية من الحائز بموجب حكم مرسي المزاد، ويزول الرهن عن العقار بعد قيام هذا الشخص بدفع المبلغ الذي رسي به المزاد إلى الدائنين أو إيداعه الخزينة العمومية، أما إذا زاد ثمن العقار على ما هو مستحق للدائنين فإن الزيادة تكون للحائز ( المادة 928 ق. مدني).

## الهوامش:

<sup>1</sup>- (ابو السعود) رمضان و(زهرا) همام، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية 1998، ص 75.

<sup>2</sup>- والأصل ان يتم قضاء الديون إختياريا من جانب الحائز، غير ان المشرع قد ألزم الحائز بالوفاء بالديون المضمونة في حالتين:

**الحالة الأولى:** حيث يكون مستحقا حالا في ذمة الحائز بسبب ملكية العقار مبلغ (لم يتم الوفاء به بعد للبائع) كافي للوفاء بكامل الديون المضمونة بالعقار، ففي هذه الحالة يحق لأي من الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط ان يكون سند ملكية الحائز قد تم تسجيله.

**الحالة الثانية:** حيث يكون الدين الذي في ذمة الحائز بسبب إكتسابه ملكية العقار غير مستحق الأداء، او كان أقل من الديون المستحقة للدائنين أو مغايرا لها، ففي هذه الحالة لا يجبر الحائز على الوفاء بهذه الديون إلا إذا اتفق الدائنون جميعا على أن يطالبوا الحائز بالوفاء لهم بما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم. انظر، المرجع نفسه، ص 408-409.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص 414.

<sup>4</sup>- انظر، (السنهوري) عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي 1970، فقرة 297، ص 562.

5 - المرجع نفسه، ص566.

6 - انظر في الحكمة من التخلية أيضا ، (ابو السعود) رمضان و(زهرا) همام، المرجع السابق، ص426.

\* - يجب مراعاة النصوص الخاصة والمنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية والمنظمة للبيع بالمزاد العلني، انظر المواد من 753 الى 759 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

## ماهية عقد البوت BOT: بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية و خصوصتها

نمديلي رحيمة

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق

جامعة فرحات عباس سطيف

### مقدمة:

تلجأ الإدارة عادة إلى التعاقد مع القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة الإقتصادية .  
و يعتبر عقد التزام المرافق العامة أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص  
العامة لإدارة هذا النوع من المرافق حيث يعهد بمقتضاه إلى شخص من أشخاص القانون  
الخاص باستغلال مرافق عمومي نظير مقابل مالي.

ونتيجة لإتباع الدولة الحديثة سياسة الإقتصاد الحر، وما يستتبع ذلك من مشاركة رأس  
المال الخاص في مشروعات السنة الأساسية ، فقد ظهر نوع جديد من عقود إلتزام المرافق  
العامة أو عقود الإمتياز والذي عرف بعقد البوت BOT أو عقد البناء والتملك ونقل  
الملكية Build- Own - Transfert.

وتعتبر هذه الدراسة من الأهمية بمكان ، باعتبار هذا النوع من العقود مطلبا أساسيا للبنك  
الدولي في إطار سياسة الخصخصة للدول الراغبة في التعامل معه ، و كذا وجدت دول  
عديدة- ومنها الجزائر نفسها- عاجزة ماليا عن إدارة المرافق العامة الإقتصادية بسبب  
الخسائر الضخمة للقطاع العام ،فاتجهت إلى القطاع الخاص لتسييرها لرفع الكفاءة الإنتاجية  
فيها وزيادة درجة المنافسة بينها وبين المرافق الخاصة ، وظهور موظفين إداريين أكثر  
كفاءة على إدارة النشاط الإقتصادي.

وعليه ، فإن عقود البوت BOT ، تتأرجح بين خصخصة المرافق العامة الإقتصادية  
والإدارة الخاصة لها في ظل إختلاف النظم الإقتصادية بين الدول من الرأسمالية إلى  
الإشترابية ، وكذا عدم وضوح فكرة الخصخصة ومجالاتها .

وترتبنا على ذلك ، إرتأينا في هذه الدراسة البحث في ماهية عقد البوت BOT وتمييزه  
عن العقود الأخرى ، وكذلك معرفة أشكاله وطبيعته القانونية، لخصره في إطار التسيير

الخاص للمرافق العامة الإقتصادية أو خصصتها . وبناءا عليه ، فإننا نقترح تقديم هذا البحث في ضوء الخطة التالية :

المطلب الأول : التعريف بعقد البوت BOT وتمييزه عن العقود الأخرى .

المطلب الثاني : أشكال عقد البوت BOT.

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية لعقد البوت .

المطلب الأول :

التعريف بعقد البوت وتمييزه عن العقود الأخرى :

ازداد في الآونة الأخيرة الحديث عن نظام البناء والتشغيل و نقل الملكية، و الذي يرمز له اختصارا بالبوت BOT ، و هو ينصب أساسا على البنية الأساسية للدولة و كذا مرافقها العامة، مما يستدعي وجوبا اقتصار هذا النوع من العقود على الإدارة كطرف رئيسي فيها . وكون الإدارة طرفا في العقد، نتساءل حول ماهية هذا العقد و مكانته بين العقود الأخرى .

أولا : تعريف عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية :

سننطلق في تعريفنا لعقود البوت إلى التعريف اللغوي بداية، ثم التعريف الاصطلاحي.

1\_ التعريف اللغوي :

هناك تعريفان لغويان لعقود البوت :

التعريف الأول يقول: بأن حروف BOT هي الحروف الأولى لثلاث مصطلحات انجليزية هي: Build بناء Operate أي تشغيل و Transfer تعني نقل الملكية، و تجدر الإشارة إلى أن استخدام هذا التعبير لأول مرة يرجع إلى رئيس الوزراء التركي: توجات أوزال .Turgat Ozal.<sup>1</sup>

أما التعريف الثاني: فجاء فيه أن ترجمة حروف الـ BOT، و إن كانت تعني البناء و التشغيل و نقل الملكية بالترجمة الحرفية، فإنها ليست كذلك في الترجمة الموضوعية لعقود البوت، إذ أن حروف الـ BOT تعني: التشييد و الاستغلال و التسليم، كون أن كل لفظة من هذه الترجمة أعم و أشمل من مصطلحات الترجمة الحرفية فلفظة التشييد أعم من كلمة بناء إذا ما نظرنا إلى الدور الذي تقوم به شركة المشروع في تلك المرحلة، حيث لا يقتصر دورها على البناء فحسب، إنما يتعدى إلى إجراء دراسات الجدوى و التخطيط للمشروع، و تجهيزه وإجراء التصميمات الهندسية، ليلي كل هذا مرحلة البناء ، كما يرى أن لفظة استغلال أشمل من كلمة تشغيل، و هي أكثر دقة في التعبير عن هذه المرحلة،

لان شركة المشروع بالإضافة إلى تشغيل المشروع تقوم باستغلاله وتحصيل إيراداته، كما جاء في هذا التعريف بأن كلمة تسليم أكثر منطقية من عبارة نقل الملكية، وهذا راجع لكون ملكية المشروع لا تنتقل أساسا إلى الشركة المتعاقدة بل لها حق الانتفاع به فقط خلال المدة المحددة في العقد<sup>2</sup>.

## 2 \_ التعريف الاصطلاحي: عقود البوت BOT تتناولها الفقه بالتعريف، واختلفوا في ذلك.

فمنهم من يرى أن عقود البوت تعني منح الدولة مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة لشركة المشروع صاحبة رأس المال ، يستوي أن تكون وطنية أو أجنبية أو أن تكون من القطاع العام أو القطاع الخاص، وفقا للمواصفات المحددة بينهما مسبقا حيث يتحمل المستثمر تشييد المشروع واستغلاله لمدة زمنية محددة عادة ما تكون كافية، ومعقولة ليتأت له خلالها تحصيل إيرادات تشغيل المشروع، وتتناسب هذه المدة طرديا و تكاليف المشروع وعكسيا وإيراداتها؛ فكلما زادت نفقاته وقلت إيراداته طالت المدة والعكس بالعكس .

ويرى جانب آخر من الفقه. بان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ BOT تنصب على مشروعات تبقى ملكا للدولة أو إحدى هيئاتها، على أن يقوم القطاع الخاص بتمويلها وتصميمها وبنائها وإدارتها خلال فترة زمنية محددة يلتزم خلالها راعي المشروع بأن يرجعه إلى الدولة وبدون مقابل<sup>3</sup>.

كما عرّفت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على أنها شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح الحكومة بموجبه الاتحاد المالي للمشروع والذي يتجسد في مجموعة من المستثمرين امتياز إقامة مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لمدة زمنية محددة، تكون في العادة كافية لاسترجاع أعباء المشروع وكذا تحقيق أرباح مناسبة من عائدات استغلالها تجاريا، وتحصيل كل المزايا الممنوحة لهم في عقد الامتياز، وفي نهاية المدة تنقل ملكية المشروع إلى الدولة دون مقابل، أو مقابل مناسب يكون قد تم الاتفاق عليه في عقد الامتياز<sup>4</sup>.

ونحن نميل إلى تعريف جامع لأشكال عقد البوت والذي يعرفه بأنه تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيص لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية، وتمويله على نفقته الخاصة ، وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق

وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصا له طول مدة الترخيص، ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه .

ويستخلص من هذه التعريفات أن عقود البوت يبرمها طرفان؛ أحدهما جهة إدارية من أشخاص القانون العام تتمثل في الدولة أو إحدى الوحدات التابعة لها؛ وهي إما أشخاص إقليمية أو أشخاص مرفقية، والطرف الثاني المتمثل في مستثمر من القطاع الخاص في شكل شركة المشروع. غير أنه يمكن القول بوجود عقود البوت في غياب الإدارة كطرف فيها، كأن يكون طرفا العقد من القطاع الخاص؛ ومثال ذلك أن تبرم شركة معينة مع مستثمر عقدا لإنشاء مصنع أو مشروع أو استغلاله لمدة محددة للعقد، بعدها ترد ملكيته إلى الشركة<sup>5</sup>، كما قد يحل شخص من أشخاص القطاع الخاص محل الجهة الإدارية في إبرام عقود البوت لحساب الإدارة و نيابة عنها<sup>6</sup>.

وتجدر الإشارة، إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست حديثة حيث ترجع جذورها لما يعرف لعقود الامتياز التي كانت منتشرة في أواخر القرن التاسع عشر، وبدايات القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدول . كما تعد قناة السويس أمثل تجسيد لعقود الامتياز في نهاية القرن التاسع عشر، واختفى هذا الأسلوب في ثلاثينيات القرن العشرين خاصة بالنسبة لمشروعات البنية الأساسية، واقتصر تطبيقه في مجال التنقيب عن الثروات الطبيعية خاصة البترول ليعود العقد إلى الواقع من جديد وبالتحديد سنة 1984، وذلك بتوقيع اتفاقية تنفيذ نفق المانش الرابط بين بريطانيا وفرنسا، والمبرم بين كلا الدولتين من جهة وشركة " بوروتانال" من جهة أخرى، كما اتسع استخدام هذا الأسلوب في مجال المياه و الكهرباء، حيث طبق في الولايات المتحدة الأمريكية، بلجيكا، هولندا، المغرب، مصر.

ونظام البناء والتشغيل ونقل الملكية يتضمن مجموعة من الترتيبات التعاقدية منها :

أ- اتفاقية الامتياز: وتبرم بين الدولة مانحة الامتياز والمستثمر، ومضمونها التزام الدولة بمنح المستثمر الحقوق المطلوبة للتشيد وبناء المشروع أو المرفق في إطار القوانين الوطنية، وفي مقابل هذا يلتزم المستثمر بإنشاء المشروع وخلال الفترة المتفق عليها. ويتفق عادة في هذا العقد على كيفية توزيع المخاطر بين الأطراف .

ب- اتفاقية إنشاء شركة المشروع: وتبرم بين المستثمرين وذلك بإنشاء شركة خاصة لتنفيذ المشروع.

ج- اتفاقية إنشاء المشروع: وتبرم بين شركة المشروع ومقاولي الإنشاء.

د- اتفاقية تشغيل المشروع: وتبرم بين شركة المشروع ومقاولي التشغيل.

هذا بالإضافة إلى عقود التأمين والصيانة المبرمة مع شركات التأمين وعقد القرض والتأجير التمويلي المبرمة مع البنوك ومؤسسات التمويل، وقد تكون هناك اتفاقية الشراء في مشاريع إنشاء محطات الكهرباء والمياه وتبرم هذه الأخيرة بين شركة المشروع والوزارة أو الهيئة المختصة في الدولة المضيفة؛ بحيث تشتري الهيئة أو الوزارة الإنتاج وتقوم بتوزيعه على المستفيدين مقابل السعر المحدد للوحدة من الإنتاج<sup>7</sup>.

### ثانياً : تمييز عقد البوت عن بعض العقود الإدارية و العقود الخاصة.

إن كون عقد البوت من العقود الحديثة لا يمنع تشابهه مع عقود أخرى في بعض الأسس التي يقوم عليها العقد ، لذا سنحاول في هذا الجزء أن نقيم تفرقة بينه وبين بعض العقود، وذلك بالتركيز على أهم نقاط الاختلاف.

### 1- تمييز عقد البوت عن عقد الخصصة:

تعرف الخصصة بأنها : ( نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية وتشمل هذه الملكية :  
- كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه، تحوزه الدولة مباشرة، أو الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون العام، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب لزيادة في الرأسمال.

- الأصول التي تشكل وحدة استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة)<sup>8</sup>. فالخصصة إذن تنازل من الدولة عن جزء أو كل من لرأس المال العام لصالح القطاع الخاص وذلك لنقل الملكية إليه

ويعتبر عقد الخصصة من العقود الإدارية، تبرمه الإدارة كطرف أول مع شخص آخر من القطاع الخاص كطرف ثان، وبمقتضى هذا العقد تتصرف الإدارة في مشروع مملوك للدولة وذلك بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً .

ويتشابه عقد البوت مع عقد الخصصة في أن كلا العقدين محلها أموالاً عامة مملوكة للدولة ، و مضمون العقدين تمليك الأموال العامة للقطاع الخاص، ويختلف العقدان في أن

صفة الخوصصة تنتقل إلى القطاع الخاص مالا كان مملوكا من قبل للدولة، وبالتالي فهو موجود سلفا ولا حاجة لتشييده من طرف القطاع الخاص، و في عقود البوت فإن صاحب المشروع ملزم بإقامته وتشيده أولا ثم تملكه وتشغيله.

و على الرغم من نقل الملكية للقطاع الخاص في عقد البوت في بعض صورته، فإن المشروع يعتبر مرفقا عاما، بل يمكن للدولة تضمين عقد البوت شروطا بخصوص إنشاء المشروع وخاصة تشغيله، بالإضافة إلى حقها في الرقابة، بينما تنتقل الملكية في عقد الخوصصة (ملكية المال العام) إلى القطاع الخاص وبشكل نهائي، حيث تفقد الدولة كل الحقوق على المشروع (في حالة التنازل الكلي).

ولذلك، فإن عقد البوت يجنب الدولة خطر حرمان المواطنين من خدمات المشروع أو المرفق العام، بالإضافة إلى قدرة الدولة على استرجاعه \_ في بعض صور البوت \_ بعد انتهاء مدة الامتياز<sup>9</sup>.

## 2- تمييز عقد البوت عن عقد الأشغال العامة :

عقد الأشغال العامة عبارة عن عقد بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقا للشروط الواردة في العقد<sup>10</sup>. ويتشابه عقد البوت مع عقد الأشغال العامة في أن محتوى العقد أو محلها يتضمن إنشاء مرفق عام لمصلحة الدولة، وتكون للدولة فيه حق الرقابة على سير عملية إنشائه<sup>11</sup>.

غير أن عقد البوت يختلف عن عقد الأشغال العامة في مسألة جوهرية وهي كون الأول عقدا زمنيا ويلتزم صاحب المشروع فيه بتقديم خدمات للجمهور، وهذه الخاصية تجعل من عقد البوت يستمر بعد إنشاء المشروع، وذلك عن طريق اتفاق تشغيل المرفق في العقد ذاته لمدة من الزمن يقدم فيها الملتزم خدمات للجمهور، أما عقد الأشغال العامة فينتهي بمجرد تمام المشروع وتسليمه للجهة الإدارية المتفق معها، دون أن يكون له حق تشغيله.

كما يختلف عقد البوت عن عقد الأشغال العامة في طريقة تقاضي المقابل النقدي، ففي عقد الأشغال العامة يتقاضى المقاول مبلغا ماليا إجماليا كمقابل للخدمة المؤداة، أم الملتزم في عقود البوت فإنه يتقاضى المقابل عن طريق إدارته للمرفق العام، وذلك بحصوله على رسوم يدفعها المنتفعون لقاء الخدمات المؤداة، وينتج عن هذا أن العائد المادي للمقاول في عقد الأشغال العامة هو الفرق بين ما أنفقه في سبيل إقامة المشروع وبين المبلغ المتحصل عليه

كمقابل من طرف الدولة، أما العائد المادي في عقود البوت بالنسبة للملتزم تتمثل في الفرق بين ما يدفعه الملتزم لإنشاء المشروع وما يدفعه لتشغيله وبين الرسوم المتقاضاة طيلة مدة الالتزام ، والتي عادة ما تكون (هذه المدة) طويلة حتى يتسنى للملتزم تحقيق عائده المادي المشروع<sup>12</sup> .

### 3- التمييز بين عقد البوت وعقد التأجير التمويلي :

عقد التأجير التمويلي من العقود الحديثة، وهو وسيلة من وسائل التمويل العيني، وبمقتضى هذا العقد تؤجر إحدى شركات التأجير التمويلي أو المؤجر بصفة عامة معدة أو آلة أو عقارا لازما للمستأجر في مشروع إنتاجي أو خدمي يقوم بتنفيذه، وذلك لمدة معينة وفي مقابل أجره معينة يؤديها المستأجر للمؤجر طوال مدة الإيجار، على أن يكون للمستأجر في نهاية العقد إما أن يختار شراء المعدة أو العقار بالقيمة المحدد سلفا والمتفق عليها في العقد، والتي يراعي في تحديدها مجموع قيمة الأجرة المؤداة، وإما أن يعيد المستأجر المعدة أو الآلة أو العقار للمؤجر لإعادة تأجيرها

ومن هذا فإن عقد التأجير التمويلي يتفق مع عقد البوت في أن كلا العقدين وسيلة من وسائل تمويل المشاريع، و أن كلا العقدين فيه إمكانية تملك المشروع سواء من طرف الملتزم أو من طرف المستأجر، غير أن امتلاك الملتزم للمرفق يكون أثناء تنفيذ العقد، في حين أن امتلاك المستأجر للعين المؤجرة يكون بعقد لاحق ، بعد نهاية عقد الإيجار .

أما أهم نقاط الاختلاف بين العقدين ؛ فتمثل في أن عقد التأجير التمويلي عبارة عن تطبيق لعدة عقود : عقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد الوعد بالبيع وعقد البيع ، في حين لا يتضمن عقد البوت هذا المزيج المركب من العقود، كما يخير المستأجر في النهاية إما بشراء العين المؤجرة ( المعدات ، الآلات ، العقار... الخ) وإما بإعادتها للمؤجر لإعادة تأجيرها ، في حين أنه لا خيار للملتزم في إعادة المرفق إلى الإدارة المختصة بعد أن يكون قد تملكه فترة معينة هي مدة الامتياز، ويختلف العقدان كذلك في أن عقد البوت يجري تنفيذه لمصلحة الإدارة في الغالب ويتناول مرفقا عاما، ويجري تنفيذ عقد الإيجار التمويلي لمصلحة أشخاص من القطاع الخاص، ولا يتناول مرفقا عاما، إلا أن هذا الأمر ليس جازما فقد يجري عقد إيجار تمويلي لمصلحة الإدارة<sup>13</sup> .

## المطلب الثاني:

### أشكال عقد البوت B.O.T:

إن عقد التشغيل والبناء و نقل الملكية هي الصورة الأكثر شيوعا في مختلف الدول، إلا أنها ليست الصورة الوحيدة, إذ أثبت الواقع العملي وجود صور أخرى للعقد تتباين فيها امتيازات الشركة وسلطتها على المشروع .

#### 1- البناء و التملك و التشغيل و نقل الملكية:

##### **B.O.O.T : Build- operate- ownership - transfer**

تم الإجماع فقها, على أن شركة المشروع في إطار هذه الصورة تقوم ببناء المشروع أو المرفق على نفقتها و تملكه طوال مدة التعاقد ، ثم تقوم باستغلاله تجاريا خلال مدة التعاقد ، و في نهاية مدة التعاقد تقوم بإعادة المرفق أو المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة<sup>14</sup> و يبدو أن الأصح بالقول أن شركة المشروع لا تملك المرفق أو المشروع في حد ذاته، بل تملك العناصر التي أوجدتها : ( منشآت ، أدوات، معدات مهمات ، أجهزة ، )

#### 2- البناء و الإيجار و نقل الملكية B.L.T : Build- Lease- transfer

في إطار هذا العقد تقوم الشركة المتعاقدة ببناء المشروع و تملكه مدة العقد، ثم تقوم بتأجيرها للجهة الإدارية التي تقوم بتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، و ذلك بحصولها على مقابل مالي بصفة دورية طوال مدة العقد و ينبغي أن تكون القيمة الإيجارية التي تدفعها الدولة للمستثمر كافية لتغطية نفقات البناء إضافة إلى ربح معقول.

#### 3- عقود البناء و التملك و التشغيل:

##### **B.O.O :Build- ownership\_ operate**

هي شراكة بين الدولة و القطاع الخاص بواسطة شركة الامتياز التي تتولى الإشراف على التشغيل و لا ينتهي هذا النوع بالتحويل إلى الملكية العامة ، لكن يتم تجديد الامتياز أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع، و في حالة بقاءه يتعين على الحكومة تعويض المالك عن حصص الملكية طبقا لتقييم أصول و خصوم المشروع متى رفضت تجديد العقد لهم ، عندها يحق لها بعد ذلك التعاقد مع أطراف أخرى على إدارة المشروع من خلال عطاءات مقدمة يتم اختيار أفضلها.

و في جميع الحالات، تحصل الدولة على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع مقابل منح الامتياز ودعم المشروع أمام جهات مختلفة<sup>15</sup>

#### 4- عقود التحديث و التملك و التشغيل و التحويل

##### **M.O.O.T: Modernize- own – operate- transfer**

في هذا النوع يكون مشروع البنية الأساسية موجودا أصلا حيث تتفق الدولة مع المستثمر على تطويره و تحديثه مقابل حيازته لفترة من الزمن ، يتم الاتفاق عليه في العقد، و خلال هاته الفترة يحصل المستثمر على إيرادات المشروع و الرسوم المفروضة من تشغيله .

#### 5- عقود التصميم و البناء و التمويل و التشغيل:

##### **D.B.F.O:Design- Build - Finance - Operate**

في هذه العقود يتم الاتفاق على تصميم المشروع منذ البداية و خاصة عندما يحتاج المشروع إلى تصميم معين مثل تصميم جسر أو نفق ذو طبيعة خاصة أو مطار أو ميناء، ثم بعد ذلك يتم انجاز المشروع و توفير التمويل اللازم خاصة عندما يحتاج المشروع إلى تمويل مستمر و كاف لحسن إدارته، ثم تأتي عملية التشغيل ليحصل المستثمر على ما أنفقه مع أرباحه خلال فترة التشغيل و بعد ذلك تؤول الملكية إلى الدولة.

و غالبا ما تقوم الدولة بمساعدة المستثمر في إيجاد التمويل اللازم من احد البنوك الداخلية أو الخارجية و بعد ذلك يتم تشغيل المشروع وفقا للضوابط التي تحددها الدولة<sup>16</sup>. و في الغالب ;لا تقوم الدولة بإبرام هذا النوع من العقود إلا في الحالات التي تكون فيه المشاريع ضخمة ;و تحتاج إلى تمويل ضخم تعجز ميزانية الدولة عن الوفاء به دفعة واحدة ، و غالبا ما يتم التعاقد وفقا لشروط الدولة و الضوابط التي تضعها لحماية مصالح المواطنين

#### 6- عقود التجديد و التملك و الاستغلال:

##### **R.O.O:Rehabilitate – Own - Operate**

في هذه العقود تسند الجهة الإدارية لأحد المستثمرين سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة أو مجموعة شركات بتجديد أحد المشاريع العامة القائمة و إعادة بنائها و تزويدها بكافة ما تحتاجه من الآلات و الأدوات و المعدات و وسائل التكنولوجيا الحديثة، مع السماح للمستثمر بتملك هذا المرفق و استغلاله و الحصول على إيراداته، و ذلك مقابل حصول الجهة الإدارية على مقابل مالي يقسط لعدة سنوات، و تلجأ الدولة إلى هذا النوع من العقود بالنسبة للمشاريع المتكبدة خسائر فادحة .، بحيث لا يمكنها الوفاء بمتطلبات التجديد.

## 7- عقود البناء و التحويل و التشغيل:

### **B.T.O: Build- transfer- operate-**

في هذا النوع من العقود تقوم شركة المشروع بتشديد المرفق على نفقتها الخاصة و عند إتمامه تقوم بتسليمه إلى الجهة المتعاقدة, مقابل أن تمنحها تلك الجهة الحق في استغلال المرفق و تشغيله فترة معينة يحددها اتفاق المشروع مقابل انتفاع الجمهور بالمرفق و قد تحبذ الدولة إتباع الصورة الحالية حرصا منها على عدم تعاضم الاستثمارات الأجنبية لا سيما في تلك الدول التي عانت من سيطرة رأس المال الأجنبي و ما تبعها من ويلات.

## 8- عقود البناء و التمويل و التحويل:

### **B.F.T.: Build- Finance- Transfer**

بموجب هذا العقد يقوم القطاع الخاص بتقديم التمويل اللازم لإقامة مشروع من مشاريع البنية الأساسية, ثم تقوم الدولة بتسديد تكلفة التمويل إلى القطاع الخاص على أقساط.

## 9- عقود الإيجار و التجديد و التشغيل و تحويل الملكية:

### **L.R.O.T:Lease- Rehabilitate – Operate- Transfer**

و في هذا النوع من العقود يقوم المستثمر باستئجار مشروع ما من الدولة لمدة زمنية معينة محدودة ثم يقوم بتجديد و تحديث و تشغيل و استغلال المشروع ، و بعد انتهاء المدة يقوم بإعادته إلى الجهة المالكة بحالة جيدة دون مقابل .

### المطلب الثالث :

### طبيعة عقد البوت :

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة عقد البوت و تكييفه القانوني؛ فكون الإدارة طرفا فيه جعل البعض يعتبره من عقود الالتزام، غير أن السماح بإبرامه بين أطراف القطاع الخاص و طبيعة العقد ذاته حملت البعض بإدراجه في زمرة عقود القانون الخاص, كما خالف الاتجاه الثالث الرأيين بالذهاب إلى أن عقود البوت ذو طبيعة خاصة .

## 1- عقود البوت تدخل في نطاق عقود الالتزام :

يرى أنصار هذا الاتجاه و هو فقه القانون العام, أن عقود البوت عقودا إدارية و صورة حديثة لما يعرف بعقود الامتياز، و يعتبرون أن عقود البوت إدارية لأنها عقود التزام مرافق عامة ، و هذه الأخيرة عقودا إدارية بطبيعتها, وبالتالي فالأصل أن يطبق عليها أحكام القانون العام و قواعد إبرام العقود الإدارية؛ بمعنى قواعد المناقصات و المزايدات و وجهة نظر هذا الاتجاه الفقهي ; تقوم على عدة اعتبارات تتجسد في توافر شروط العقد الإداري في

عقود البوت BOT، فكونه في الأساس ينصب على إنشاء مرفق عام و تسييره و إدارته؛ فهذا الأمر يستدعي وجوبا أن تكون الإدارة طرفا في العقد، و ما دام الأمر كذلك فلا بد أن تكون الغاية الأولى من هذا العقد تحقيق خدمة أساسية و مصلحة عامة و هذه الأخيرة لا تتحقق إلا بتضمين الإدارة بنود العقد شروطا استثنائية تكفل لها تحقيق هذه المصلحة. و بناء على ما تقدم فإن عقود البوت تعتبر عقودا إدارية بطبيعتها.

ولقد تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد من طرف الفقه، على أساس أن عقود البوت تخرج من إطار العقود الإدارية للاعتبارات التالية:

- عقود البوت تقوم على أساس العقد شريعة المتعاقدين:

بحيث لا يمكن تعديل العقد المبرم بين الدولة و شركة المشروع إلا باتفاق الطرفين؛ حيث تقف الدولة على قدم المساواة مع المتعاقد معه، و الذي غالبا ما يكون طرفا أجنبيا من القطاع الخاص، فلا تستطيع الدولة أن تتذرع في مواجهته بفكرة السيادة<sup>17</sup>.

- تباين عقود البوت و عقود الالتزام :

إذا كانت عقود البوت تتفق مع عقود الامتياز في بعض الجوانب المتمثلة في إدارة المستثمر للمشروع و تحمله للمخاطر و الأعباء المترتبة على هذه الإدارة، فإنهما في مقابل ذلك يختلفان في نقاط جوهرية حيث يقوم المستثمر في عقود البوت ببناء المشروع و إقامته من ماله الخاص و الذي في الغالب ما يكون عبارة عن مبالغ مالية ضخمة و استثمارات كبيرة في حين أن الملتزم في عقود الالتزام لا يقع عليه عبء بناء المشروع كما أن ملكيته في هذا العقد تكون للدولة ، و يكفي الملتزم بمجرد الحيازة بشروط تضعها الدولة، على عكس عقود البوت التي تنتقل فيها الملكية إلى المستثمر لمدة متفق عليها<sup>18</sup>.

## **2- عقود البوت تدخل في نطاق القانون الخاص :**

يرى أنصار هذا الاتجاه ؛ أن عقود البوت هي عقود مدنية و ذلك استنادا إلى ما يلي: أنه من مصلحة الدولة أن تنزل إلى مستوى الأفراد العاديين؛ و هذا راجع لضخامة مشاريع البوت؛ فتنازلها يكون حافزا للمستثمرين من أجل التعاقد معها، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن الغالب أن يكون المستثمرين أجنبيا و هذا ما يمنع الدولة من تذرعه بالسيادة.

- إبرام عقود البوت يتم وفقا لمبدأ سلطان الإرادة؛ حيث تتعامل الدولة بأسلوب الإدارة الخاصة و ذلك عن طريق عدم تضمينها العقد شروطا استثنائية .

و لقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن عقد التزام المرافق العامة عقد إداري بطبيعته بمجرد أن تكون الإدارة طرفا فيه، و أن يتصل بنشاط مرفق عام؛ و منه فعندما تعهد الدولة لشركة أو فرد بإدارة و تشغيل مرفق عام فهو أمر استثنائي يؤكد الصفة الإدارية للعقد.<sup>19</sup>

### 3- عقود البوت ذات طبيعة خاصة :

يرى هذا الاتجاه، بأن عقود البوت ذات طبيعة خاصة رغم أن جذورها تمتد إلى عقود الامتياز، فعقود البوت لا تبرم إلا بعد مفاوضات شاقة و طويلة غير معهودة في إبرام العقود الإدارية؛ إذ لا تتم إلا بعد دراسات جدوى و استشارات وما إلى ذلك، بالإضافة إلى أن عقود البوت وسيلة من وسائل التمويل و كنتيجة للعولمة الاقتصادية، أما عقد الالتزام فهو وسيلة لإدارة المرافق العمومية و يبرم في إطار وطني و لم يكن للعولمة أثر فيه.<sup>20</sup>

و خلاصة القول، انه من الصعب إعطاء تكييف ثابت محدد لعقد البوت. و مع ذلك يمكن اعتباره من عقود الالتزام مع الاختلاف في بعض الجوانب الفنية و المالية نظرا لضخامة تكلفة المشروع و مخاطره. و تركيبة هذا العقد المتكون من الكثير من الاتفاقات بين الدولة و شركة المشروع و المقاولين.

### خاتمة:

تشهد المرافق العامة الاقتصادية تطورات مازالت مستمرة حتى الآن ، وهذه التطورات يمكن تلخيصها في خصخصة المرافق العامة الاقتصادية ، الإدارة الخاصة لهذه المرافق ، و تطبيق القانون الخاص عليها.

وقد توصلنا إلى أن عقد البوت BOT ما هو إلا أسلوبا مستحدثا لإدارة المرافق العامة الاقتصادية ، حيث ظهر في فرنسا منذ القرن التاسع عشر ، لكن لم يعرف تطورا إلا في القرن العشرين في باقي الدول، وذلك في إطار سياسة البنك الدولي في تفعيل دور القطاع الخاص في تسيير هذا النوع من المرافق هذا من جهة ، و من جهة أخرى إختلاف مفهوم الخصخصة بين فقه الإقتصاد وفقه القانون العام ، حيث يعتبر الإقتصاديون أن للخصخصة معنيان، المعنى الواسع وهو "زيادة كفاءة إدارة و تشغيل المشروعات العامة من خلال الإعتماد على آليات السوق والتخلص من البيروقراطية" ، لذا يعتبر عقد البوت BOT من قبيل عقود خصخصة المرافق العامة الاقتصادية ، بينما هناك معنى ضيق وهو يتفق مع المعنى القانوني وهو نقل ملكية القطاع العام إلى القطاع الخاص. وبهذا التعريف ، لايعتبر فقه

القانون العام عقد البوت BOT من قبيل خصخصة المرافق العامة ، بل كأسلوب لإدارة القطاع الخاص للمرافق العامة .

كما أنه في خصخصة المرافق العامة الاقتصادية تنتقل ملكية المشروع نهائياً سواء بصفة كلية أو جزئية للقطاع الخاص ، بينما في عقود البوت BOT يبقى المشروع ملكاً للدولة وخاضعاً لرقابتها.

وعليه ، إن كانت تسمية عقود البوت BOT بعقد التشغيل والبناء ونقل الملكية فيها نوع من الغموض ليفهم منها إنتقال الملكية إلى القطاع الخاص ، فمن الأحسن اعتماد التعريف اللغوي الثاني وهو عقد البناء والتشغيل والتسليم .

## الهوامش

- <sup>1</sup> - د- عصام احمد البهجي ، عقود البوت Bot الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2008 ، ص 18.
- <sup>2</sup> - د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، الوجيز في عقود البوت BOT ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2008 ، ص 12.
- <sup>3</sup> - د. عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 12.
- <sup>4</sup> - د. جابر جاد نصار ، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2006 ، ص 38.
- <sup>5</sup> - د. عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 15.
- <sup>6</sup> - د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المرجع السابق ، ص 21.
- <sup>7</sup> - د. صديق عفيفي ، الجهاز الحكومي والخدمة الحكومية بين القديم والجديد، ص 27 ، 28 . منشور على الموقع : <http://WWW.Seddikaffifi.com>
- <sup>8</sup> - المادة 13 من الأمر رقم 01 - 04 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها ، الجريدة الرسمية رقم 47 الصادر بتاريخ 22 أوت 2001.
- <sup>9</sup> - د - إلياس ناصيف ، عقود الBOT، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس لبنان، 2006 ، ص. 130 ، 131.
- <sup>10</sup> - د- سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي، مصر ، بدون تاريخ نشر ، ص 125.
- <sup>11</sup> - د. عبد الفتاح مراد : الترجمة الإنجليزية لقوانين البوت والتأجير التمويلي والقوانين العربية المقابلة لها، شركة البهاء للبرمجيات والكمبيوتر والنشر الإلكتروني، بدون مكان نشر، بدون تاريخ، 46، 48.
- <sup>12</sup> - د. علي الخطار: عقد امتياز المرفق العامة وتطبيقاته في الأردن ، منشور على الموقع (<http://www.arablawinfo.com>)، 15- 12 - 2008.
- <sup>13</sup> - د - إلياس ناصيف : المرجع السابق ، ص. 129 ، 130.
- <sup>14</sup> - د- جابر جاد نصار: المرجع السابق ، ص 94.
- <sup>15</sup> - د- جابر جاد نصار: المرجع السابق ، ص 95.

- <sup>16</sup>- د. هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية المحمولة عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2001 ، ص 245.
- <sup>17</sup>- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية و عقد البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2003 ، ص 283 .
- <sup>18</sup>-د- هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق، ص 175.
- <sup>19</sup>-د- جابر جاد نصار: المرجع السابق ،ص 91.
- <sup>20</sup>- د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق ، ص385.

## ماهية عقد الاعتماد الإيجاري الدولي

عسالي عبد الكريم

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

### مقدمة:

لا شك أن معرفة الشيء تعني الكشف عن هويته وهي المدخل لبيان معالمه، وقد بدأ هذا النظام القانوني في الأفق كظاهرة قانونية في الدول الرأسمالية، التي تعتمد على سلطان الإرادة كمبدأ عام يستند إليه في تنظيم العقود. لذلك أطلق عليه تسمية أنجلو-أمريكية: LEASE FINANCING.

لقد كان من الصعب ترجمة هذه التسمية إلى اللغات الأخرى عند تدويل هذا النوع من العقود وذيوعها عالميا، لذا تعددت المصطلحات المستعملة من دولة إلى أخرى: فالمشروع الفرنسي يسميه:

LOCATION FINANCIERE. ويسميه أحيانا LE CREDIT- BAIL، وفي مصر يسمى: التأجير التمويلي<sup>(1)</sup> أما في بلجيكا فيعرف LOCATION FINANCEMENT و بالرجوع إلى التسمية التي استعملها المشرع الجزائري فنجده يسميه الاعتماد الإيجاري، وهذا في الأمر رقم 09/96، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.<sup>(2)</sup>

وسنبدأ دراستنا بنشأة هذا العقد، ثم تعريفه، وتبيان معايير دوليته، وفي الأخير أهميته:

### أولا: نشأة عقد الاعتماد الإيجاري الدولي

إذا توقفنا عند الآلية القانونية التي يتحقق بها التمويل في ظاهرة الاعتماد الإيجاري، وهي إيجار المعدات الإنتاجية أو العقارات المخصصة لأغراض مهنية، فقد يدفعنا ذلك إلى القول بان نشأة التأجير التمويلي ترجع إلى العصور القديمة.<sup>(3)</sup>

#### 1. ميلاد الاعتماد الإيجاري في الولايات المتحدة الأمريكية:

كثيرا ما تولد الصدفة أو الظروف غير الاعتيادية أهم الفكر وابلغ النظم، وميلاد التأجير التمويلي خير دليل على ذلك، فقد ولدت فكرة التأجير التمويلي في صورتها الأصلية في الولايات المتحدة الأمريكية لدى رجل الصناعة "بوث" ( D.P BOOTHE ) الذي كان يملك مصنعا صغير الحجم لإنتاج بعض المواد الغذائية المحفوظة الأمريكية.

وأثناء حرب كوريا عام 1950، تقدمت القوات المسلحة الأمريكية إلى السيد بوث بطلب توريد كميات ضخمة من الأغذية المحفوظة تفوق القدرة الإنتاجية الاعتيادية لمصنعه، وكان بوث في حيرة من أمره فمن جهة لا يريد تفويت هذه الصفقة الضخمة والتي ستعود عليه بأرباح طائلة، ومن جهة أخرى عجز عن تلبية كل هذه الطلبات بسبب محدودية القدرة الإنتاجية لمصنعه<sup>(4)</sup>.

ومن شدة كثرة تفكيره على هذه الصفقة، اهتدى السيد بوث إلى فكرة استئجارا لمعدات اللازمة لإنتاج المواد الغذائية لكونه لم يكن يمتلك المال اللازم لشرائها، ولقد أفلتت هذه الصفقة من بين يديه لكونه لم يجد من يؤجر له هذه المعدات.

وكان بوث من خلال الحسابات التي عكف على دراستها، قد اكتشف أن احتراف تأجير المعدات الإنتاجية للمشروعات الاقتصادية، يمكن أن يكون مصدرا للأرباح الطائلة، وقام بتأسيس أول شركة للتأجير التمويلي في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1952 تحت اسم United States Leasing Corporation<sup>(5)</sup>.

وسرعان ما حققت هذه الشركة نجاحا باهرا وأرباحا كبيرة، حيث ازداد الطلب على إيجار المعدات الإنتاجية، وتعاضمت الأرباح في فترة زمنية وجيزة، ونتيجة وجود سوق تجاري حر في الولايات المتحدة، تم تأسيس شركات تأجير تمويلي جديدة، حتى أصبح التأجير التمويلي من الظواهر المستقرة في الولايات المتحدة<sup>(6)</sup>.

ولقد ساعدت على انتشار هذه الظاهرة عدة عوامل وهي:

1- تحقيق مشروعات التأجير التمويلي لمعدلات ربحية كبيرة، حيث تتقاضى شركة التأجير التمويلي (المؤجر) من المستأجر بدل الإيجار والفائدة وهامش من الربح، حيث يصبح ما تستوفيه شركة التأجير يزيد عن قيمة المعدات التي تم شراؤها مع بقاء أصل المعدات ملكا لشركة التأجير.

2- ازدهار الاقتصاد وما صاحبه من سعي للتطور الصناعي في المرحلة التي ظهر فيها هذا العقد، مما ساعد على انتشار عملية استئجار المعدات لتطوير المشاريع و مواكبة التطور التكنولوجي، وضرورة الحظ على القدرة التنافسية للمشروعات عن طريق استخدام أحدث الفنون الإنتاجية وذلك عن طريق الاستبدال المستمر للمعدات الإنتاجية المستأجرة.

3- صعوبة الحصول على القروض بسبب ضيق أسواق الائتمان متوسط الأجل، إذ لم تعد

عقود الائتمان التقليدية تقدم الضمانة الكافية للدائن لاسترداد دينه، فوجدت المشروعات الأمريكية نفسها ملزمة بتمويل استثماراتها متوسطة الأجل ذاتيا، مما أدى إلى ارتفاع تكلفة الإنتاج ، لذلك كان عقد التأجير التمويلي هو السبيل الأنجع للتمويل (7).

## 2. انتقال الاعتماد الإيجاري إلى أوروبا:

تعتبر إنجلترا أول بلد أوروبي أخذ بالاعتماد الإيجاري فقد ظهر فيها بعد 10 سنوات من ظهوره في الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا بفضل الشركات الأمريكية، إذ قامت أقدم شركة أمريكية وهي :

United state leasing corporation

## 3. انتقال الاعتماد الإيجاري إلى أوروبا:

تعتبر إنجلترا أول بلد أوروبي أخذ بالاعتماد الإيجاري فقد ظهر فيها بعد 10 سنوات من ظهوره في الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا بفضل الشركات الأمريكية، إذ قامت أقدم شركة أمريكية وهي :

United state leasing corporation

بتأسيس أول شركة وليدة عنها في إنجلترا، وقد استمرت هذه الشركة في مزاولة نشاطها في إنجلترا حتى بعد انقضاء الشركة الأم في الولايات المتحدة الأمريكية (8).

أما في فرنسا فقد أدى تزايد استثمار رؤوس الأموال الأمريكية في أوروبا عقب الحرب العالمية الثانية، إلى عبور الاعتماد الإيجاري إلى أوروبا، فما لبثت حتى انتشر في العديد من دول القارة.

ولقد ظهر لأول مرة في فرنسا ابتداء من 1962 حيث تأسست أول شركة للاعتماد الإيجاري و هي شركة LOCAFRANCE .

## 4. ظهور الاعتماد الإيجاري في الجزائر:

غم انعدام أي نص تشريعي في القانون الجزائري يكرس الاعتماد الإيجاري، كظاهرة قانونية خلال مرحلة الاقتصاد المخطط، إلا أن الواقع العملي أثبت وجوده ، فقد استعملته شركة الخطوط الجوية الجزائرية لاقتناء الطائرات، كما استعملته الشركة الوطنية للنقل البحري لاقتناء السفن.

وقد تطرق للاعتماد الإيجاري كل من : القانون 90 - 10 الصادر بتاريخ 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض<sup>(9)</sup>، وتحديدا مادته 112 التي اعتبرت عمليات الإيجار التي تنتهي بشراء الأصل كعمليات قرض.

إضافة إلى القانون 91 - 26 ، المتضمن للمخطط الوطني لسنة 1992 والذي يعطي الأهمية لعمليات القرض الإيجاري ويرتبها ضمن الأولويات في المستقبل (10).

أما أول تشريع نظم الاعتماد الإيجاري بشكل مفصل فقد جاء من خلال قانون خاص بهذا النوع من أنواع التمويل وذلك وفقا للأمر 96 - 09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، أخيرا نظام بنك الجزائر رقم 06/96، الذي حدد كفاءات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري ، وكذا شروط منح الاعتماد (11).

والتجربة الجزائرية في هذا المجال محتشمة رغم وجود شركات تقوم بالتمويل التاجيري مثل :

- الشركة الجزائرية لإيجار المعدات والتجهيزات "SALEM"
- الشركة الجزائرية السعودية للاعتماد والإيجار ASL بمساهمة مجموعة بنك البركة وبنك الجزائر الخارجي " BEA " .

إن الواقع العملي لهذه الشركات الإيجارية يثبت بأنها تعاني من عدة مشاكل تتعلق بعدم تهيئة النصوص القانونية الضرورية في مجال البنوك ، الضرائب ، الجمارك والمحاسبة وكذلك في المجال القانوني " القانون التجاري " وهذا بغرض استعمال التاجير التمويلي لاستيراد التجهيزات لصالح المتعاملين المقيمين في الجزائر.

- وهكذا نلاحظ أنه رغم نجاح هذه الطريقة في كثير من بلدان العالم منها دول الجنوب، فهذه الطريقة لا زالت هشة ومحتشمة كما ذكرنا سابقا وعرضة لتقلبات عديدة بالإضافة إلى قلة عدد الشركات الإيجاري في الجزائر . حيث نرى بأن الزيادة في أعدادها سيفسح فرص التمويل أكثر فأكثر أمام المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وهو ما سيخفف من مشكلة غلاء الإيجار للأصول الثابتة وبالتالي سيؤدي إلى إعادة انتشار وترقية الاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر. (12)

### ثانيا: تعريف عقد الاعتماد الإيجاري وتحديد معايير دوليته

بالرغم من كون عقد الإيجار يعد عقدا محوريا في المجموع العقدي لعملية الاعتماد الإيجاري-التاجير التمويلي- إلا أن الاعتماد الإيجاري ينتج آثارا تتجاوز الإيجار التقليدي، إذ يؤدي إلى انتقال حق الاستغلال الاقتصادي إلى المستأجر التمويلي ، في حين تظل الملكية القانونية ثابتة للمؤجر التمويلي، وسنبين فيما يلي أهم التعريفات التي قيلت في هذا العقد، ثم نبين مختلف المعايير لتحديد متى يكون العقد دوليا.

## 1. تعريف عقد الاعتماد الايجاري:

### أ. التعريف الفقهي لعقد الاعتماد الايجاري:

يذهب البعض إلى تعريف عقد الاعتماد الايجاري بأنه: "عملية ثلاثية الأطراف، تحتوي على عقدين أساسيين: هما عقد البيع- الذي بمقتضاه تملك المؤسسة المالية المؤجرة الأصل محل عقد التأجير التمويلي- وعقد التأجير التمويلي الذي تقوم من خلاله المؤسسة المالية بتأجير الأصل الإنتاجي للمشروع المستفيد"المستأجر"، نظير سداد الأجرة المتفق عليها".<sup>(13)</sup>

ويعرف أيضا بأنه: "عملية مركبة تتمثل في علاقة مؤجر (مؤسسة مالية)، يقوم بشراء معدات إنتاجية من مورد، ويصبح مالكا لها، ويضعها في نهاية الاتفاق تحت تصرف المستأجر للاستخدام خلال مدة معينة غير قابلة للإلغاء".

### ب. تعريف بعض التشريعات لعقد الاعتماد الايجاري:

\* موقف المشرع الفرنسي: عرفه المشرع الفرنسي بأنه: عمليات تأجير المعدات أو أدوات العمل التي تشتريها مشروعات لأجل التأجير، وتصل مالكة لها، إذا كانت هذه العمليات أيا كانت طبيعتها القانونية تخول للمستأجر إمكانية تملك جميع الأموال أو بعضها مقابل الوفاء بثمن متفق عليه، والذي يراعى عند تحديده ما تم الوفاء به على سبيل الأجرة، ولو بصفة جزئية.

\*موقف المشرع المصري: عرفته المادة 2 من القانون رقم 95 لسنة 1995، المعدل في 2001، بأنه:

يعد تأجيرا تمويليا: 1- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بان يؤجر إلى مستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استنادا إلى عقد من العقود، ويكون التأجير مقابل قيمة ايجارية.

2. كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بان يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت يقيمها المؤجر على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر.

3. كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال للمستأجر تأجيرا تمويليا، إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على أبرام عقد التأجير التمويل<sup>(14)</sup>.

## \* موقف المشرع الجزائري:

أما التشريع الجزائري فقد عرفه الأمر رقم 09 /96 في مادته الأولى و الثانية، حيث يعتبر الائتمان الإيجاري موضوع هذا الأمر: عملية تجارية و مالية يتم تحقيقها من قبل البنوك و المؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصا طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص. و يجب أن تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المؤجر، و تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية (15).

**ج. موقف اتفاقية أوتوا الخاصة بالتأجير التمويلي الدولي للمنقولات :** من خلال ما جاء في المادة الأولى فقرة 2 من هذه الاتفاقية، يتضح لنا أن عقد الاعتماد الإيجاري الدولي هو: العقد الذي يقوم فيه شخص (المستأجر التمويلي) بنفسه، باختيار الأدوات التي يريد الانتفاع بها، ويختار موردها أو بائعها، ويناقش شروط بيعها، ويحدد مواصفاتها طبقا لاحتياجات مشروعه، ويحدد موعد تسلمها، ولا دخل للمؤجر التمويلي في كل ذلك. وان كان هذا الأخير هو الذي يقوم بدفع ثمن شراءها إلى البائع أو المورد، وعادة ما يكون على علم بان عملية الشراء تتم في إطار عقد التأجير التمويلي الدولي، ولأجله، وأن العملية في مجموعها سوف تمول عن طريق المؤسسة المالية المؤجرة. (16)

## 2. معايير دولية عقد الاعتماد الإيجاري

إن موضوع دراستنا هو عقد الاعتماد الإيجاري الدولي، الذي يختلف عن العقد الداخلي، لذلك يتوجب علينا أن نبحث في المعيار الذي يحدد لنا الصفة الدولية لهذا العقد، وبعبارة أخرى متى يكون هذا العقد دوليا.

## 3. معايير دولية عقد الاعتماد الإيجاري

إن موضوع دراستنا هو عقد الاعتماد الإيجاري الدولي، الذي يختلف عن العقد الداخلي، لذلك يتوجب علينا أن نبحث في المعيار الذي يحدد لنا الصفة الدولية لهذا العقد، وبعبارة أخرى متى يكون هذا العقد دوليا.

**أ. المعيار القانوني:** يعتبر المعيار القانوني المعيار الأصلي والتقليدي لتحديد دولية العقد، وهو يقوم على فكرة مدى تطرق العنصر الأجنبي إلى عناصر ذلك العقد، كلها أو بعضها، إذ

يعد العقد دوليا متى اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد وهذا هو المعيار القانوني التقليدي.

أما المعيار القانوني الحديث فإنه وبالرغم من أخذه بفكرة العنصر الأجنبي و الذي يعتبر نقطة انطلاق للقاضي من أجل كشف دولية الرابطة العقدية، ليقدر فيما بعد إن كانت دولية أو وطنية - مستندا على منهج كيفي يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية، ما إذا كان عنصرا مؤثرا أم لا (17).

إذ يري الفقيه موري أن العقد يكون دوليا متى كان مرتبطا بعدة أنظمة قانونية، أي عندما لا تتركز جميع نقاط الارتباط الواردة به في نظام قانوني واحد (18).

**ب. المعيار الاقتصادي:** يختلف المعيار الاقتصادي من دولة إلى أخرى باختلاف الأنظمة السيادية والاقتصادية، فالنظام الرأسمالي يعتمد كثيرا على هذا المعيار نظرا للحرية المطلقة الممنوحة للشركات في مختلف المجالات، بينما تتجنب الدول الاشتراكية (سابقا) الأخذ به لكون حركة رؤوس الأموال فيها منظمة بنصوص صارمة ومقيدة، و يمكن إجمال هذا المعيار في 3 معايير فرعية استنبطها الفقه الغربي:

أولها هو **معيار تحرك الأموال**، إذ نكون بصدد عقد دولي حينما تتكون حركة رؤوس الأموال ذات طبيعة مزدوجة (توريد وتصدير).

ثانيها هو **معيار تجاوز العقد للإطار الاقتصادي الداخلي**، وثالثها هو **معيار اشتراك مصالح الاقتصاد الدولي**، هذا الأخير ظهر بسبب النقائص التي صادفت تطبيق المعيارين السابقين (19).

**ج. المعيار المزدوج:** لقد اتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي لتحديد دولية العقد، حيث لم يكتف بالتحقق من دولية العقد، باتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد، وإنما حرص على التأكد من مساهمته بمصالح التجارة الدولية (20).

### ثالثا: أهمية عقد الاعتماد الإيجاري الدولي

لا شك أن الانتشار الملفت للانتباه الذي عرفه عقد الاعتماد الإيجاري الدولي، ليس وليد الصدفة بل لهو أكبر دليل على فعالية ونجاعة هذه الآلية، لكونها مصدرا للتمويل من جهة، وأداة لنقل التكنولوجيا من جهة أخرى.

#### 1. عقد الاعتماد الإيجاري الدولي مصدر للتمويل:

يعد التمويل بالنسبة للمشروعات الاقتصادية، بمثابة قلبها النابض فهو يمثل شريان

حياتها، وعاملا لنجاحها، ووظيفة التمويل من الوظائف البالغة الأهمية خاصة في المنشآت الكبيرة منها.

ومن المعروف أن مصادر التمويل التي تلجأ إليها المشروعات أو المستثمرون الراغبون في إقامة المشروعات وتجهيزها بالمعدات والأصول الرأسمالية، تتمثل في مصدرين أساسيين:

- حقوق الملكية وذلك عن طريق إصدار أسهم أو زيادة رأس المال.

- الاقتراض سواء كان الأجل قصيرا، طويلا، أو متوسطا.

لكن إذا نظرنا إلى القدرات التمويلية للمشروعات من خلال مصادر التمويل التقليدية- السالفة الذكر- يلاحظ قصور المشروعات في تدبير احتياجاتها التمويلية من خلال تلك المصادر.

لذلك نقول أن الاقتراض المصرفي التقليدي، لم يحل مشاكل المشروعات التمويلية الخاصة بالتجهيزات الرأسمالية إلا جزئيا، إذ يبقى المشروع دائما تحت خطر المديونية وعدم قدرته على الحصول على التمويل الكامل لبرنامج الاستثماري.

وأمام هذه الصعوبات التي تصاحب هذا النوع من التمويل، توصل الفكر القانوني والاقتصادي غالى استحداث مصدرا آخر للتمويل، ليس عن طريق التملك، إنما عن طريق الاستئجار<sup>(21)</sup>.

ويمنح هذا النوع من التمويل العديد من المزايا لصاحب المشروع:

- كونه تمويل يغطي الاستثمار بالكامل، إذ لا يشترط لا دفعات شخصية ولا ضمانات مالية.

- توفير السيولة النقدية، فصاحب المشروع يتحصل على المعدات والآلات دون أن يدفع قيمتها، فهو يحتفظ بالسيولة التي يمتلكها لاستغلالها في أوجه أخرى للاستثمار.

- مواكبة التطور التكنولوجي عن طريق استئجار المعدات التي يحتاجها في كل مرة، ليتخلص من تلك القديمة واستبدالها بالمعدات الجديدة، تماشيا مع التطور التكنولوجي<sup>(22)</sup>.

## 2. عقد الاعتماد الايجاري الدولي أداة لنقل التكنولوجيا:

في أعقاب نشر دراسة أعدتها اللجنة الاقتصادية لشؤون أوروبا، التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، برز اتجاه يدعو الدول النامية إلى تمويل استثماراتها داخل المشروعات الإنتاجية المقامة فيها، عن طريق التأجير التمويلي كبديل لانخراطها في علاقات التبعية الاقتصادية الناتجة عقود نقل التكنولوجيا.

ومن خلال هذه الدراسة تم البحث عن وسائل جديدة للاصطلاح الاقتصادي، والتعاون الصناعي بين دول الشرق ودول الغرب وأظهرت أن التأجير التمويلي أصبح وسيلة هامة لتحديث اقتصاد الدول الشرقية.

ولقد قامت منظمة الأمم المتحدة للصناعة والتنمية، في ماي 1978 بتنظيم مؤتمر في فيينا لمناقشة عملية التأجير التمويلي الدولي، وعقب هذا المؤتمر قام البنك الدولي بتأسيس 6 شركات لممارسة نشاط التأجير التمويلي داخل الدول النامية.

إن الدول الرأسمالية تقوم عبر شركاتها بربط المشروعات المقامة في الدول النامية بصفقات نقل التكنولوجيا إليها فعندما يتم تمويل مشروعات أو استثمارات إنتاجية داخل الدول النامية، يرتبط هذا التمويل بتلقي هذه الدول للمعارف التكنولوجية، عبر صيغ متفاوتة لعقود نقل التكنولوجيا، حيث يحرص موردو هذه التكنولوجيا على تعليق هذه المعارف باستعمال معدات محددة، عادة ما تكون مرتفعة الثمن مما يؤدي إلى إفشال تلك الصفقات الخاصة بنقل التكنولوجيا.

لذلك لا بد من البحث عن وسيلة للحصول على المعدات بما تحمله من معارف تكنولوجية، ولا تؤدي إلى إرهاب متلقي هذه التكنولوجيا، وهذه الوسيلة هي عقد الاعتماد الاجباري فهو أداة لنقل المعدات بما تحمله من معارف تكنولوجية، إذ يرد على التجهيزات الصناعية ذات التكلفة المرتفعة ويتم معها نقل المهارة والمعرفة وكذلك أسلوب استخدامها، فيتم الاستغناء عن إبرام عقود نقل التكنولوجيا (23).

## خاتمة:

إن عقد الاعتماد الاجباري الدولي يعد وسيلة متطابق مع مرحلة التنمية الاقتصادية التي يعيها معظم سكان العالم، إذ لم يقتصر هذا النشاط على تمويل الاستثمارات المتعلقة بالقطاع الخاص، بل امتد ليشمل تمويل الاستثمارات العامة

فهو يسمح بالتحديث الضروري للمعدات والتجهيزات الصناعية، وتوسيع وسائل التمويل المتاحة للمشروعات من أجل ضمان استمرارها في المنافسة، وتحسين قدراتها الإنتاجية دون حاجة إلى اللجوء إلى الموارد الذاتية، ولا إلى وسائل الاقتراض التقليدية التي ترهق كاهل المؤسسات.

وما يؤكد ما قلناه هو التزايد الملفت في انتشار هذا العقد، إذ تشير الإحصائيات التي نشرها الكتاب السنوي للتأجير العالمي في 2006، أن سوق التأجير العالمي ارتفع مجدداً إلى مستويات قياسية، حيث حقق نمواً بلغت نسبته 13.2 في المائة، ووصل بذلك حجم عمليات الاعتماد الإيجاري في العالم إلى 571 مليار دولار في نهاية 2004، وقد كانت حصة الولايات المتحدة الأمريكية من سوق التأجير العالمي في سنة 2000، هي 52 بالمائة.

-----

#### الهوامش:

- <sup>1</sup> - عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي (دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2006، ص 16.
- <sup>2</sup> - أمر رقم 09/96، مؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ج ر عدد 03، الصادرة بتاريخ 14 جانفي 1996.
- <sup>3</sup> - يرى بعض الفقهاء أن التأجير التمويلي (وهو الاعتماد الإيجاري) ظهر في مصر الفرعونية في عهد الملك مينا موحد القطرين، كما عرفته بلاد ما بين النهرين في عهد الملك حمورابي.
- <sup>4</sup> - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي (دراسة نقدية في القانون الفرنسي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1994، ص 10.
- <sup>5</sup> - هاني محمد دويدار، المرجع نفسه، ص 11.
- <sup>6</sup> - صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة ماجستير في المنازعات الضريبية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2005، ص 12.
- <sup>7</sup> - صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع نفسه، ص 13.
- <sup>8</sup> - ايت ساعد كهينة، الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2003/2002، ص 10.
- <sup>9</sup> - القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14/04/1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 15/04/1990، المعدل والمتمم.
- <sup>10</sup> - القانون رقم 26/91 المؤرخ في 18/12/1991، المتضمن المخطط الوطني لسنة 1992، ج ر عدد 65، الصادرة بتاريخ 19/12/1991.
- <sup>1</sup> - نظام بنك الجزائر رقم 06/96 المؤرخ في 03/07/1996، يحدد كفاءات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، ج ر عدد 66، الصادرة بتاريخ 03/11/1996.
- <sup>12</sup> - بربيش سعيد، "التمويل التآجيري كبديل لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر"، ملتقى وطني بجامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف- ص 13.

- 13 - عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه ، ص 17.
- 14 - عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 18.
- 15 - المواد 1، 2 من الأمر 09/96 السابق الذكر.
- 16 - عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 21.
- 17 - بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2009، ص 14، 15.
- 18 - حمودي ناصر ن التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، 2002، ص 7.
- 19 - معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ( في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، ص 50.
- 20 - عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 31.
- 21 - فتح محمد عمر المحضار، محاسبة عقود الإيجار - دراسة تطبيقية في شركة الخطوط الجوية اليمنية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، 2005، ص 37، 38.
- 22 - صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة لنيل ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2005، ص 48.

## إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني

الدكتور كمال أيت منصور

أستاذ محاضر - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

عدلت قواعد الإسناد في سنة 2005<sup>(1)</sup> وأراد المشرع من خلال ذلك الحفاظ على مختلف المصالح الخاصة ذات البعد الدولي استجابة للتحويلات التي عرفها المجتمع الجزائري في مختلف المجالات، وكان لا بد أن تعدل هذه النصوص التي استمرت لمدة ثلاثون سنة. ويعد موضوعي الانفصال الجسماني والتبني من بين المسائل محل اهتمام المشرع بموجب القانون رقم 05-10 والذان لم يرد بشأنهما نص من قبل حول القانون الواجب التطبيق عليهما عند تنازع القوانين، إذ كان حتى الكلام عنهما أمر غير مقبول ومخالف للنظام العام في دولة تستمد الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية.

يتمثل الانفصال الجسماني *la séparation de corps* في وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة، مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة، وتتخذ بعض القوانين الحديثة هذا النظام كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين باختيار احد الطريقتين إما الصلح أو التطلق<sup>(2)</sup> وكل ذلك يتناقض مع أحكام قانون الأسرة إذ تنتج العلاقة الزوجية حقوقا وواجبات متبادلة، ويبقى الالتزام بها قائما طوال استمرار الرابطة الزوجية التي تتحل بالوفاة أو الطلاق<sup>(3)</sup>.

أما التبني *l'adoption* فهو نظام تعرفه بعض التشريعات، عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتخذ الشخص ولد غيره كولده، وإعطائه كل حقوق الولد الشرعي<sup>(4)</sup> وهو أمر مخالف للنظام العام إذ أكد المشرع على موقفه في المادة 46 من قانون الأسرة التي تنص على انه: "يمنع التبني شرعا وقانونا"

وعلى أساس ما سبق، لا يتعلق الأمر في قواعد الإسناد بإنشاء هذين الحقين، فهذا الموضوع يثير مخالفة النظام العام، فأراد المشرع تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع يطرح أمام القاضي الجزائري حول الانفصال الجسماني والتبني كحقوق مكتسبة، وقبل التعديل إذا طرح النزاع أمام القاضي الجزائري حول هذه الحقوق، فلا نتصور وليس من

المعقول تجاهلها أو إنكارهما على أساس التعارض مع النظام العام، إذ يتعلق الوضع فقط بالتمسك بالحق وأثره، وهو ما استقر عليه فقها و قضاء تحت مفهوم الأثر المخفف للنظام العام<sup>(5)</sup> إلا انه يبقى المشكل مطروح بالنظر ليس إلى الحق بحد ذاته والاعتراف به بل إلى النزاع الذي يطرح بشأن صحته وآثاره، وهو العائق أمام القاضي الجزائري، لاسيما انه قبل سنة 2005 لم يرد نص في قواعد الإسناد يمكنه من تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قواعد تنازع القوانين، وهي مسائل كرسها المشرع بموجب المادة 23 مكرر 2 التي تنص على انه: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيم لم يرد بشأنها نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

لذا تفتن المشرع للمشكلة وحدد القانون الواجب التطبيق على الموضوعين، إلا انه لا يكف وليس المهم فقط وضع قواعد إسناد، بل لأبد من وصول المشرع إلى حل ملائم للحفاظ على الحقوق المكتسبة.

واستنادا إلى ذلك، يتمحور الموضوع في البحث عن مدى فعالية وملائمة قواعد الإسناد المتعلقة بالانفصال الجسماني والتبني للحفاظ على الحقوق المكتسبة في إطار ما يخدم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.

وعلى أساس ذلك قسمنا البحث إلى:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على التبني.

### أولاً: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني.

تنص المادة 2/12 من القانون المدني على انه: "... ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"<sup>(6)</sup>.

وقد 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 مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها..."<sup>(7)</sup> ودول أخرى ترجح جنسية الزوج مثل القانون الأردني، السوري والمصري، إذ تنص قوانينها على " ويسري على التطلق

والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى<sup>(8)</sup> وهو الحل نفسه المكرس من المشرع الجزائري.

وجانب آخر من الدول تعتمد على ضابط الموطن المشترك، كالقانون الإنجليزي<sup>(9)</sup> وقد رعى المشرع الفرنسي كلا من الضابطين في المادة 309 من القانون المدني<sup>(10)</sup>. ولتحديد مدى فعالية الحل المعتمد من طرف المشرع الجزائري، يتطلب الأمر البحث عن مضمون قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (1) والتي ستبرز المشاكل التي تعرقل العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي (2) وعلى أساس ذلك نتوصل إلى تقديم مجموعة من الاقتراحات (3).

### 1- مضمون قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

تثير دراسة مضمون القاعدة المعتمدة من المشرع الجزائري إلا وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، البحث عن محتوى النص بإبراز الضابط المعتمد ثم بيان مجال تطبيق القاعدة.

#### أ- محتوى الضابط المعتمد:

في تحديد القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني اعتمد المشرع على ضابط الجنسية إذ ينتمي الموضوع إلى الأحوال الشخصية أين فضل ضابط الجنسية على ضابط الموطن، وهو ما تبينه قواعد الإسناد من المادة 10 إلى المادة 16 من القانون المدني. رجّح المشرع جنسية الزوج على جنسية الزوجة، فلم يعتمد على تطبيق كلا من القانونين، والمكرس لإنشاء العلاقة الزوجية وفق نص المادة 11 من القانون المدني، وهو حل منطقي على أساس أن هذا التطبيق قد يعرقل تسوية النزاعات، وتفضيل جنسية الزوج ليس موقف جديد من طرف المشرع فقد لجأ إلى ذلك في المادة 1/12 المتعلقة بآثار عقد الزواج، على اعتبار أن الزوج هو رب الأسرة.

كما رعى المشرع المعيار الزمني والمتمثل في " وقت رفع الدعوى " فننظر في الانفصال الجسماني إلى جنسية الزوج لكن وقت رفع الدعوى، وبذلك فقد تكفل المشرع بحل مشكلة التنازع المتحرك الذي يمكن أن ينشأ عن التغيير في ضابط الإسناد.

وأخيرا لم يعتمد المشرع على ضابط الموطن سواء كحل آخر ملائم مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي أو كحل احتياطي مثل القانون التونسي.

## ب- مجال تطبيق القاعدة

على القاضي أن يراعي مجال تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أي تحديد مضمون الفكرة المسندة في المادة 2/12، وفي ذلك نميز بين المسائل الموضوعية والمسائل الإجرائية.

- **تطبيق القاعدة على المسائل الموضوعية:** تطبق القاعدة على نوعان من المواضيع محل النزاع، أولاً إذا تعلق الأمر بصحة الحق المكتسب، فهو نزاع يتمحور حول سبب الانفصال الجسماني والشروط الموضوعية لإعماله مثل الزنا أو إذا كان احد الزوجين يشكل خطراً جسيماً على الزوج الثاني، وثانياً إذا تعلق الأمر بآثار الانفصال الجسماني التي تنقسم بدورها إلى الآثار المتعلقة بالعلاقات الشخصية بين الزوجين كنفقة الزوجة وتحديد مدة الانفصال، والآثار المتعلقة بالعلاقات المالية مثل تصفية النظام المالي<sup>(11)</sup>.

- **عدم تطبيق القاعدة على المسائل الإجرائية:** لا تخضع المسائل الإجرائية للنزاع المتعلق بالانفصال الجسماني لأحكام المادة 2/12، إذ قد تقتضي المحافظة على المصالح المختلفة للزوجين والأولاد اتخاذ بعض التدابير الضرورية أو المستعجلة مثل تحديد محل إقامة الزوجة أو رعاية الأولاد، والمتفق عليه تشريعاً، فقها وقضاء خضوع المسائل الإجرائية لقانون قاضي رفع الدعوى، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في 2005 بموجب المادة 21 مكرر التي تنص على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، وارجع الفقهاء الفرنسيين تطبيق القانون الفرنسي على الإجراءات إلى أساس آخر ثاني وهو تعلق المسألة بالأمن المدني وهو موضوع يتعلق بالنظام العام<sup>(12)</sup> وقد أكد المشرع التونسي خضوع الإجراءات التحفظية في النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني إلى أحكام القانون التونسي في الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التي تنص على أنه: "... وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى."

ويقع على القاضي الجزائري تكليف المسألة إذا ما كانت من الموضوع وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقاً لأحكام المادة 2/12 أو إذا كانت من المسائل الإجرائية أين يطبق القانون الجزائري وفق أحكام المادة 21 مكرر، ويتحدد التكليف وفق القانون الجزائري أعمالاً بالمادة 09 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يكون القانون

الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

## 2- مشاكل قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

يثير الحل المكرس من المشرع الجزائري وبعض التشريعات مثل القانون الأردني، السوري والمصري عدة مشاكل تنتج عن إعمال القاعدة وهو ما يؤثر بصفة سلبية على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي التي تطلبت النص على قاعدة إسناد خاصة بالانفصال الجسماني، ويمكن حصر هذه المشاكل في:

### أ- الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

المساواة بين الجنسين مبدأ دستوري كرسه المؤسس الجزائري<sup>(13)</sup> كما تم الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1996<sup>(14)</sup>.

إلا أنه يعبر ترجيح جنسية الزوج على جنسية الزوجة في المادة 2/12 على عدم تكريس المشرع لمبدأ المساواة، وهو ما تعاد عليه مختلف التشريعات التي تأخذ بنفس القاعدة، يختلف الوضع لو تم الاعتماد على الجنسية المشتركة في حالة اتحاد الجنسية كموقف المشرع التونسي، أو حتى تقرير ضابط الموطن المشترك كحل احتياطي في حالة غياب الجنسية المشتركة، ولا يعد ذلك مساسا بالموقف الأصلي للمشرع في الأحوال الشخصية والمتمثل في اعتماده على ضابط الجنسية.

### ب- المساس بمصلحة الزوجة

يثار المعيار الزمني المعتمد من طرف المشرع " وقت رفع الدعوى" وهو الوضع نفسه بالنسبة للقوانين التي أخذت حل مماثل إشكالية المساس بمصلحة الزوجة، وقد يتحقق ذلك في حالتين:

**الحالة الأولى:** قد 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.

**الحالة الثانية:** تتمثل في تغيير الزوج لجنسيته حتى يتغير القانون الواجب التطبيق والذي لا يخدم مصلحته على خلاف مثلا قانون جنسيته أثناء عقد الزواج الذي لا يقدم له ضمانات في حالة الانفصال الجسماني مقارنة بحقوق الزوجة، وفي هذه الحالة يطبق القانون

الجديد المتمثل في قانون جنسيته وقت رفع الدعوى، لا سيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون لاستبعاد القانون الواجب التطبيق المقرر في المادة 24 من القانون المدني.

### ج- إمكانية تطبيق القانون الجزائري

يتحقق تطبيق القانون الجزائري على النزاع الذي يطرح بشأن الانفصال الجسماني إما على أساس أن الزوج وقت رفع الدعوى جزائري الجنسية، وإما على أساس أن احد الزوجين كان جزائريا وقت عقد الزواج.

- إذا كان الزوج جزائري وقت رفع الدعوى: في هذه الحالة تطبق القاعدة الأصلية وفق حكم المادة 2/12، ويسري القانون الجزائري حتى وان كان الزوج يحمل في الوقت نفسه جنسية

- دولة أخرى، ولو كانت هذه الأخيرة جنسية فعلية، وهذا إعمالا بأحكام المادة 2/22 من القانون المدني.

وتتحقق هذه الحالة إذا نشأ انفصال جسماني في دولة أجنبية، ووفق أحكام القانون الأجنبي، سواء في حالة ما إذا كان الزوج جزائري وطبق في تقرير الانفصال الجسماني قانون الموطن المشترك للزوجين مثل القانون الفرنسي إذ قررت المادة 309 من القانون المدني الفرنسي إمكانية تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن المشترك، أو في حالة ما إذا كان الزوج أجنبي وبعد الحكم بالانفصال الجسماني اكتسب الجنسية الجزائرية.

ويطرح في هذين الافتراضين مشكل إخضاع الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهو القانون الجزائري الذي لا يعرف هذا النظام، وقد يكون الأمر مقبولا في الافتراض الثاني الذي اكتسب الزوج الجنسية الجزائرية، إذ يمكن القول انه رضي أن يخضع لأحكام القانون الجزائري.

- إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت الزواج: يطبق القانون الجزائري استنادا إلى

المادة 13 من القانون المدني، وهي قاعدة إسناد ذات طابع انفرادي قررتها مختلف التشريعات السابقة الذكر<sup>(15)</sup> التي تأخذ بضابط الجنسية في الأحوال الشخصية وبقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني، وتتص المادة 13 على انه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 أعلاه إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وعلى أساس ذلك، يسري القانون الجزائري على النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني،

وهو قانون لا يعرف هذا النظام، وحتى وان تقررت المادة ذات الطابع الاستثنائي لحماية الطرف الجزائري، فقد يكون الموقف معقول ومنطقي إذا ما زال هذا الشخص سواء الزوج أو الزوجة يحمل جنسية جزائرية وقت رفع الدعوى، لكن العكس لو تخلى عن الجنسية الجزائرية بعد عقد الزواج، فلا يوجد ما يربطه بالجزائر، وتطرح في هذه الحالة مدى قيمة نص المادة 13 لا سيما عندما تطبق من طرف القاضي.

### 3- الحلول المقترحة

ينتج عن المشاكل السابقة المساس أو حتى إهدار مصلحة المتعاملين في العلاقات الدولية، أيضا استقرار المعاملات والمراكز الخاصة ذات البعد الدولي، ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا تعلق بحقوق مكتسبة كالانفصال الجسماني، أضف إلى ذلك انتمائه إلى الأحوال الشخصية التي تعد موضوع جد حساس ومتعلق بالنظام العام.

والمشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات اعتمد على ضابط الجنسية في الأحوال الشخصية وكرسه حتى خلق العديد من المشاكل، لذا لا بد من اختيار حل ملائم وهو ما تهدف إليه مشكلة تنازع القوانين وصياغة قواعد الإسناد.

وعلى أساس مختلف المشاكل السابقة، لا نتوقف عند الحلول المقدمة سابقا سواء من طرف الباحثين في المجال أو من طرف القضاء والتمسك فقط بها، إنما يمكن اقتراح حلا آخر قد يكون ملائما لحل النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني، ويتمثل ذلك في:

#### أ- إخضاع صحة الانفصال الجسماني للقانون الذي انشأ الحق

لا يمكن في القانون الجزائري أن نقرر قاعدة إسناد تطبق على صحة الانفصال الجسماني بنفس الموقف المعتمد في بعض الدول مثل فرنسا وانجلترا وحتى مصر باعتبارها دولة عربية، على أساس انه جاءت المادة 2/12 في القانون الجزائري لمواجهة النزاع المتعلق بحق مكتسب، بينما يمكن في الدول الأخرى السابقة الذكر تطبيق النص حتى لإنشاء الحق أي تقرير الانفصال الجسماني من طرف القاضي، وينطبق الوضع حتى في القانون المصري إذ هو نظام تعرفه الشرائع غير الإسلامية في هذه الدولة.

بينما 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.

### ب- تقرير حلول مختلفة لآثار الانفصال الجسماني

من الأفضل إلا نعامل النزاع المتعلق بآثار الانفصال الجسماني نفس المعاملة مع النزاع المتعلق بصحة هذا النظام، على أساس أن الآثار تمتد لمدة طويلة وهي تلك المقررة من القاضي أثناء الحكم بالانفصال.

وفي ذلك إما أن تخضع 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.

وهي حلول ينص عليها المشرع في قاعدة الإسناد التي تحكم آثار الانفصال الجسماني، ويقع على عاتق القاضي اختيار القانون الملائم مراعاة لما يخدم مختلف المصالح بما فيها الحفاظ على الحقوق المكتسبة.

وحتى تتحقق فعالية الحلول السابقة سواء في القانون الواجب التطبيق على صحة الحق أو الذي يحكم آثاره، لا بد من عدم تطبيق أحكام المادة 13 فيما يتعلق بالانفصال الجسماني.

### ثانيا : القانون الواجب التطبيق على التبني

تنص المادة 13 مكرر 1 على أنه "يسري إلى صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل .

وتطبق نفس الأحكام على التبني"، يتضح من النص أن المشرع الجزائري لم يضع نص خاص بالتبني إذ حدد القانون الواجب التطبيق على الكفالة ثم نص على تطبيق نفس الأحكام التي تخضع لها الكفالة على التبني.

وتباينت مواقف الدول العربية حول الموضوع، إذ حدد البعض منها القانون الواجب التطبيق على التبني مثل القانون الدولي الخاص التونسي الذي ينص على أنه "تخضع شروط التبني لقانون التبني والمتبني كل فيما يتعلق به، تخضع آثار التبني للقانون الشخصي للمتبني، إذ قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فإن آثار التبني ينظمها قانون مقرهما المشترك، وتخضع الكفالة لنفس الأحكام<sup>(16)</sup> بينما لم تحدد الدول الأخرى<sup>(17)</sup> قاعدة إسناد للتبني، وقد يكون موقفها على أساس أنها لا تعرف هذا النظام أو ترفضه، إلا أنه موقف منتقد، إذ هذا

النظام معروف في دول أخرى ويمكن أن تعرض نزاعات أمام قضاء هذه الدول حول التبني باعتباره حق مكتسب ولا يجد القاضي أمامه قاعدة إسناد تبين القانون الواجب التطبيق، وقد يكون الأمر معقدا حتى ولو رجع القاضي إلى مبادئ القانون الدولي الخاص وفق ما تقرره قواعد الإسناد لهذه الدول.

وتتطلب دراسة فعالية موقف المشرع الجزائري حول القانون الواجب التطبيق على التبني كحق مكتسب، شرح أحكام المادة 13 مكرر 1 التي ميز فيها المشرع بين القانون الذي يحكم صحة التبني والذي يحكم أثره (1) ووفق ذلك تتبين لنا مختلف المشاكل التي يثيرها هذا النص (2) وهو ما يجعلنا نقدم أو نقترح حلول للحفاظ على هذا الحق المكتسب (3).

### **1- تمييز المشرع بين صحة التبني وأثره :**

على أساس المادة 13 مكرر 1 يمكن صياغة النص المتعلق بالتبني كالتالي "يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبني وقت إجرائه، ويسرى على أثره قانون جنسية المتبني"، ومن خلال النص، ميز المشرع بين القانون الواجب التطبيق على صحة التبني والقانون الذي يحكم أثره، وهي مسألة طرحت لدى الفقهاء الفرنسيين، إذ يرى جانب منهم بأنه ليس من السهل في كل الأحوال تطبيق قوانين مختلفة على كل من الشروط والآثار (18).

وعلى العموم اعتمد المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق على التبني على الضابط المألوف في الأحوال الشخصية وهو ضابط الجنسية، إلا أنه ميز في كيفية التعامل معه إذا كان النزاع متعلق بصحة التبني أو إذا كان متعلق بأثره.

#### **أ- تطبيق على صحة التبني قانون جنسية الطرفين وقت إجرائه :**

يدخل في نطاق صحة التبني مختلف الشروط الموضوعية التي يتطلبها العقد، سواء تلك المتعلقة بالمتبني مثل السبب المشروع للتبني، أو تلك المتعلقة بالمتبني مثل السن وتقديم المزايا (19).

وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على التبني، رعى المشرع الجزائري في المادة 13 مكرر 1 مسألتين :

**أولا - التطبيق الموزع للقوانين :** إذ يتطلب من القاضي الجزائري في النزاع المتعلق بصحة التبني تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين، فيخضع المتبني لقانون جنسيته ويخضع المتبني لقانون جنسيته، لأن الأمر يتعلق بتكوين علاقة قانونية بين الطرفين وتتمثل في عقد

التبني، وحتى يكون هذا العقد صحيحا لا بد من الرجوع إلى قانون جنسية كل طرف في العقد (20) إذ أنه ليس من المعقول الإعتماد على التطبيق الجامع للقوانين بسبب اختلاف مضمونها من دولة إلى أخرى، لاسيما أن التبني ينتمي إلى الأحوال الشخصية التي تعد موضوع يتعلق بالنظام العام.

**ثانيا - مراعاة التنازع المتحرك :** رعى المشرع مشكلة التنازع المتحرك التي يمكن أن تثار عند تطبيق قانون جنسية الطرفين، إذ اشترط الرجوع إلى "وقت إجراء التبني" وهو المعيار الزمني الذي يتطلب الرجوع إلى تطبيق قانون الجنسية التي كان يتمتع بها كل طرف وقت إجراء التصرف القانوني وهو عقد التبني.

وقد اختلفت الدول حول القانون الواجب التطبيق على صحة التبني، البعض منها أخذت بالحل الذي كرسه المشرع الجزائري وهو تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين مثال ذلك القانون التونسي بموجب نص المادة 53 السابق الذكر، القانون التركي (21) الذي ينص "يحكم القانون الوطني لكل طرف وقت التبني أهلية وشروط التبني"، وهو الموقف الذي ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي (22) وذلك قبل تكريس النص المتعلق بالتبني من طرف المشرع الفرنسي، وهو ما يؤدي بنا إلى إثارة الموقف الثاني للدول الذي يتمحور حول تطبيق قانون جنسية المتبني، وهو ما يتضمنه كأصل القانون المدني الفرنسي منذ سنة 2001 (23) وقد كرس المشرع الفرنسي الحل الذي ذهب إليه القضاء من قبل (24) أيضا القانون الألماني بموجب المادة 22 من القانون المدني التي تنص على أنه "يحكم التبني قانون الدولة التي ينتمي إليها الراغب في التبني وقت إجراء التبني".

ولو أردنا الموازنة بين الموقفين السابقين ، نرى أنه الأخذ بقانون جنسية المتبني سيحقق وحدة القانون الواجب التطبيق على التبني إذ سنرى لاحقا أنه تنادي بأغلبية المواقف بتطبيق على آثار التبني قانون جنسية المتبني، إلا انه لا بد من النظر أيضا إلى طبيعة النزاع المطروح والقانون الملائم الذي يحكمه وفي ذلك من الأجر أن يطبق على صحة التبني قانون جنسية كلا من الطرفين، فهو تصرف قانوني ونبحث في مدى صحته بالنظر إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها كل طرف العلاقة.

#### **ب - تطبيق على آثار التبني قانون جنسية المتبني :**

يدخل في نطاق التبني باعتباره تصرف قانوني ينتج عنه حقوق والتزامات متساوية لكلا

من الطرفين آثار مختلفة مثال ذلك الحق في لقب الأب، الالتزام برعاية الولد وتعليمه، ميراث الولد لأبيه، السلطة الأبوية (25)

أخضع المشرع الجزائري آثار التبني لقانون جنسية المتبني، فلا يمكن أو لا تحتمل الآثار أن تخضع لكلا من القانونين (26)، أي قانون جنسية المتبني وقانون جنسية المتبني، الذي يتطلب الأمر التفضيل بينهما، وقد رجح المشرع قانون جنسية المتبني على أساس أن هذا الشخص هو الذي يتحول الالتزامات التي تنتج عن عقد التبني، وهو الموقف السائد لدى تشريعات العديد من الدول مثل القانون التونسي الذي أورد استثناء على القاعدة حيث أنه إذا قام زوجان بالتبني وهما من جنسيات مختلفة فإنه يطبق على الآثار قانون المقر المشترك للزوجين، أيضا القانون التركي في المادة 2/18 التي تنص على أنه "تخضع آثار التبني لقانون جنسية المتبني...".

لم يعتمد المشرع في المادة 13 مكرر 1 على المعيار الزمني لتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار التبني، إلا أنه يفهم من خلال النص الأخذ بعين الاعتبار جنسية المتبني وقت الدعوى.

## 2- المشاكل التي يطرحها النص :

يثير موقف المشرع الجزائري حول القانون الواجب التطبيق على التبني كحق مكتسب مشكلتين:

### أ- كأن النص يتعلق أيضا بإنشاء التبني :

تعامل المشرع مع التبني في قواعد الإسناد نفس معاملته للكفالة، فكلاهما يخضعان لنفس الأحكام في حالة تنازع القوانين، إلا أنه يختلف الأمر بالكفالة نظام مشروع نظم المشرع أحكامها في قانون الأسرة (27) ففي التبني لا نبحث أيضا على صحة الشروط لإنشاء العلاقة، بل النزاع أمام القاضي الجزائري حول صحة تبني نشأ في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي، بينما يتمحور النص المتعلق بالكفالة، وهو نفس الوضع بالنسبة للمادة 11 المتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج، أيضا بإنشاء الحقوق، وحتى ينشأ الحق يتطلب الأمر الرجوع إلى قانون أطراف العلاقة.

ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا نشأ تبني في دولة أجنبية وفق قانون معين لا يأخذ بجنسية الطرفين لإنشاء العلاقة، أو وفق قانون جنسية أحدهما، مثال ذلك القانون الفرنسي الذي يأخذ أصلا بجنسية المتبني في صحة وإنشاء التبني، ومن هنا وفي إطار هذه الحالة إذا طرح نزاع

أمام القاضي الجزائري حول هذا الحق المكتسب فيتعين عليه تطبيق أحكام المادة 13 مكرر 1 التي ترجعه في صحة التبني إلى قانون جنسية كلا الطرفين وقت إنشاء العقد أي قانون جنسية المتبني وقانون جنسية المتبني، إلا أنه جنسية هذا الأخير لم تؤخذ بعين الاعتبار أثناء إنشاء الحق، وهو أمر غير منطقي، وقد ينتج عن ذلك عدم الاعتراف بهذا الحق المكتسب وذلك في حالة ما إذا كان قانون المتبني لا يعترف أو يرفض هذا النظام.

#### ب- إذا كان أحد الأطراف جزائرياً :

يمكن أن ينشأ تبني في دولة أجنبية بين شخصين وأحدهما جزائري، مثال ذلك وتطبيقاً لأحكام القانون الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 370-3 أنه يخضع التبني لقانون جنسية المتبني وتتصور أن هذا الشخص يحمل جنسية فرنسية وهو قانون يعرف نظام التبني، فيتبني ولدا من جنسية جزائرية مولودا في فرنسا أو يعيش فيها، وهذا تطبيقاً للاستثناء المنصوص عليه في المادة 370-3 فقرة 2 التي تجيز ذلك رغم معارضة دولة الولد لهذا نظام<sup>(28)</sup> ، إذ تنص على أنه :

« L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né ou réside habituellement en France ».

وفي هذه الحالة، نشأ التبني وفق للشروط الموضوعية التي تطلبها القانون الفرنسي.

وعلى أساس هذه الحالة إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يرجع في صحة التبني إلى قانون جنسية الطرفين، والمتبني في هذه الحالة من جنسية جزائرية فحتى وإن تعددت جنسياته

ونتصور أن الجنسية الفرنسية هي الفعلية يتطلب من القاضي تطبيق القانون الجزائري إعمالاً بأحكام المادة 22 من القانون المدني.

وينتج عن تطبيق القانون الجزائري عدم الاعتراف بصحة التبني على أساس أن هذا النظام مرفوض في القانون الجزائري.

وقد لا يطرح نفس المشكل بالنسبة لآثار التبني إذا كان المتبني وقت الدعوى جزائرياً، إذ من المفروض أن يخضع هذا الشخص لأحكام القانون الجزائري وفق العادات والقيم التي يتطلبها المجتمع. ومن المنطق أن تخضع آثار التبني لقانون جنسية المتبني وإذا ما فضل الجنسية الجزائرية فعليه أن يخضع لأحكام القانون الجزائري، لا سيما أن الآثار مستمرة لمدة طويلة.

### 3- الحلول المقترحة :

ينتج عن تطبيق أحكام المادة 13 مكرر 1 فيما يتعلق بصحة التبني المشاكل السابقة الذكر والتي لا تتلاءم مع العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي. لدى على المشرع إعادة النظر في قاعدة الإسناد والتي تحكم هذا النظام كحق مكتسب، ويتحقق ذلك بالرجوع إلى القواعد التي أنشأت هذا الحق، و وفق ذلك إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري حول صحة تبني كحق مكتسب فيبحث عن القانون الذي بموجبه تم إنشاء العقد ويطبقه.

#### خاتمة:

من خلال الدراسة السابقة، بينت قواعد الإسناد المتعلقة بموضوعي الانفصال الجسماني والتبني، سواء الاعتراف النسبي أو إهدار هذه الحقوق، وهو ما يثير سؤال حول مدى جدية موقف المشرع الجزائري أو حتى التشريعات المقارنة التي تأخذ بنفس الحلول للحفاظ على الحقوق المكتسبة، أيضا جدوى مثل هذه النصوص في دولة لا تعترف أو ترفض مثل هذين النظامين.

وعلى المشرع الجزائري إعادة النظر في القواعد التي تحكم الانفصال الجسماني والتبني، ويتعامل معهما كحقوق مكتسبة، لهدف الاستجابة للغرض الذي وضعت من أجله والمتمثل في الحفاظ على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، أضف إلى ذلك تكريس الأثر المخفف للنظام العام.

ولا يمكن الأخذ بنفس حلول التشريعات الأخرى أو التي ينادي بها قضاء دول تعرف هذين النظامين، ولغرض توحيد الحلول بشأن النزاعات المطروحة في صحة الحقين، من الملائم الرجوع إلى القوانين التي أنشأتها.

#### الهوامش:

<sup>1</sup> - بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جر عدد 44 مؤرخة في 2005/06/26.

<sup>2</sup> - للتفصيل في الموضوع راجع:

TERRE François et FENOUILLET Dominique , Droit civil : les personnes , la famille , les incapacités, 6ed, Dalloz, Paris, 1996,p511 et 512.

<sup>3</sup> - راجع: نص المادتين 36 و 47 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون

الأسرة، ج ر عدد 31 مؤرخة في 31-07-1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 مؤرخة في 27-02-2005.

<sup>4</sup> - راجع في ذلك

TERRE François et FENOUILLET Dominique, op. cit. , p133.

<sup>5</sup> - حول الموضوع راجع:

NIBOYET J-P, Cours de droit international privé français, 2eme ed, Recueil Sirey, Paris, 1949, p498 et 499.

<sup>6</sup> - وكانت قبل التعديل تنص على ما يلي : "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى"

<sup>7</sup> - الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، انظر في ذلك:

[www.ar.jurispedia.org/index](http://www.ar.jurispedia.org/index).

<sup>8</sup> - المادة 14 / 2 من القانون المدني الأردني، المادة 2/14 من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/05/1949، منتدى الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية، المادة 2/13 من القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948..

<sup>9</sup> - واستقر الفقه الانجلوسكسوني على تطبيق قانون القاضي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين، راجع في ذلك :

MAYER Pierre, Droit international privé, 5<sup>e</sup> éd, Delta, Paris, 1996, p378.

<sup>10</sup> - تنص 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 reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétent pour connaître du divorce ou de la séparation de corps » , v : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>11</sup> - ويقرر القانون الفرنسي التسوية بين الطلاق والانفصال الجسماني في الأحكام من حيث الأسباب دون

الآثار، للتفصيل في الموضوع، راجع:

TERRE François et FENOUILLET Dominique, op. cit. , p512 et 513.

<sup>12</sup> - انظر في ذلك :

NIBOYET J-P, op. cit., p546.

<sup>13</sup> - المادة 29 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم، ج ر عدد 76 مؤرخة في 8/12/1996.

<sup>14</sup> - مرسوم رئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 حانفي 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر عدد 6 مؤرخة في 24/1/1996.

<sup>15</sup> - المادة 15 من القانون المدني السوري، والمادة 14 من القانون المدني المصري، المرجعين السابقين ذكرهما.

- 16 - الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص، مرجع سابق
- 17 - مثال ذلك: القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 18/05/1949 والقانون المدني المعرب رقم 131 لسنة 1948، المرجعين السابقين الذكر.
- 18 - انظر :
- MEYZEAUD-GARAUD Marie-Christine, Droit international privé, édition Bréal, France, 2002, p101.
- 19 - للتفصيل في الموضوع راجع :
- TERRE François et FENOUILLET Dominique, op.cit ; p 753 -767.
- 20 - وهو ما تتضمنه القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون المدني الجزائري، راجع المادة 11 المتعلقة بالزواج.
- 21 - المادة 18/ 1 من القانون الدولي الخاص التركي ، أنظر في ذلك :
- TEZCAN Durmus, «A propos de la nouvelle loi relative au droit international privé et la procédure civile internationale en Turquie », p117, [www.jafbase.fr/docaasie/turquieconflict.pdf](http://www.jafbase.fr/docaasie/turquieconflict.pdf)
- 22 - راجع في ذلك :
- NIBOYET J.P, op.cit, P559
- 23 - أنظر في ذلك نص المادتين 3-370 و 4-370 من القانون المدني الفرنسي التي استحدثت في سنة 2001 بموجب :
- Loi du 6 février 2001, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- 24 - أنظر :
- COURBE Patrick, droit international privé, édition DALLOZ, Paris, 2000, P 252.
- 25 - للتفصيل في الموضوع راجع :
- TERRE François et FENOUILLET Dominique, op.cit, PP772- 780
- 26 - وهو ما كرس في المادة 1/12 المتعلقة بآثار عقد الزواج التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت العقد.
- 27 - المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق الذكر.
- 28 - وكان القضاء الفرنسي منذ تاريخ 10 ماي 1995 يسمح للزوجين الفرنسيين بتبني ولدا من جنسية دولة لا تعرف أو ترفض صراحة نظام التبني، راجع في ذلك
- COURBE Patrick, op. cit. p254.

## توريق القروض الرهنية في التشريع الجزائري

الدكتور بلعيساوي محمد الطاهر

أستاذ محاضر - كلية الحقوق

جامعة فرحات عباس - سطيف

### مقدمة:

يتأثر القانون التجاري بالقوانين الأجنبية ونظرا للطابع الدولي للمبادلات التجارية يؤدي هذا إلى استيراد بعض الدول القواعد التي تثبت فاعليتها ونجاحها . بالنسبة للتقنيات البنكية والمالية فالمجال أكثر عرضة لذلك . لقد أخذت جل الدول من الولايات المتحدة الأمريكية - منشأ العملية - تقنية التوريق وأدخلتها في تشريعاتها نظرا لثبات فعاليتها في المجال المصرفي والمالي والاقتصادي خصوصا.

تعد تقنية التوريق طريقة من طرق التمويل في المجال الاقتصادي حيث كانت هذه التقنية في بداية الثمانينات ثورة حقيقة في هذا المجال. ولقد عرفت جل التشريعات العربية والأوروبية هذه التقنية وأدخلتها في منظوماتها القانونية، وانتظر المشرع الجزائري إلى غاية 2006 من أجل إدخال هذه التقنية في المجال التشريعي الجزائري من خلال القانون 05/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن توريق القروض الرهنية . والملاحظ على المشرع الجزائري أنه قصر هذه التقنية على مجال واحد هو مجال القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية في إطار تمويل السكن والمضمونة برهون عقارية . والحقيقة أن هذا يعد أحد المجالات الخاصة بهذه التقنية وليست كل مجالاتها - كما سوف نتعرض له - / حيث غزت هذه التقنية جل مجالات القروض - قروض الاستهلاك Leasing

وكمحاولة لقراءة التشريع الجزائري للتوريق سنتناول في هذا الموضوع نقطتين

أساسيتين هما:

أولا: تطور ومفهوم التوريق

ثانيا : الإطار القانوني للتوريق

أولا : تطور ومفهوم التوريق :

ارتبط ظهور التوريق بالبحث عن وسائل تمويل فعالة بالنسبة لبعض التنظيمات . ويعود ظهور التوريق إلى الولايات المتحدة الأمريكية وخاصة بعد الأزمة العالمية 1929 حيث أن

السلطات العامة الأمريكية خلقت عدة تنظيمات من أجل هيكله الاقتصاد . فتم تأسيس الـ Federal Home Loan Bank أو ما يختصر بـ FHLB والذي كانت مهمته التكفل بإعادة تمويل القروض العقارية بواسطة خلق سوق ثانوية للرهن المملوكة من طرف صناديق التوفير Saving and Loan .

وبالمثل تأسس الـ Federal Housing Authority سنة 1934 من أجل المساعدة في توحيد وتعميم طرق القرض في القطاع العقاري وتوفير أنظمة ضمان في مواجهة خطر عدم الدفع (الوفاء) في سوق القروض الرهنية . وتم إكمال هذه الخطوة عن طريق الـ Federal National Mortgage Association الـ (FNMA) وهي وكالة حكومية لتقديم القروض الرهنية . وبجانب هذه الهيئات كان الـ Federal Home Loan Mortgage Corporation والتي هي وكالة فدرالية متخصصة في التمويل الرهني والموضوعة تحت رقابة هيئات التوفير تشتري منها الديون . وأخيرا كانت وكالة حكومية هي الـ Gouvernement National Mortgage Association مكلفة بتوفير ضمانات الوفاء في سوق الرهن العقاري وبصورة خاصة تلك المتعلقة بالسكنات المخصصة لذوي الدخل الأدنى<sup>(1)</sup> . ولقد ساهمت هذه الهيئات في تنظيم القطاع العقاري غير أنها تكبدت تكاليف تمويلية كبيرة بالرغم من الحجم الكبير لرأس المال الذي تديره . ونتيجة البحث عن تحسين التسيير المالي مع الاستفادة من Les Fonds Brasées وصلوا إلى التوريق في بداية 1970 وتمكنوا بهذه الصفة من تنويع موارد التمويل والحصول على مستثمرين جدد .

#### 1- أسباب التوريق ومزاياه :

إن من بين الأسباب التي جعلت التوريق يظهر في الولايات المتحدة الأمريكية هو أن هذا البلد كان يحتوي على الوسائل القانونية اللازمة لعملية التوريق ، أضف إلى ذلك أن المتعاملين الاقتصاديين وبالخصوص مؤسسات القرض التي كان لها سهولة في اللجوء إلى هندسة مالية une Ingénierie financière من أجل تفعيل تمويل هياكلها . وبالمقابل اعتاد المستثمرون المؤسساتيون Institutionnels استعمال التقديرات المنجزة من قبل وكالات التصنيف (الترتيب) Notation . إن مختلف هذه الوسائل جعلت تقنية التوريق تظهر من غير الحاجة إلى قانون خاص ، ونظرا لأن التقنية لاقت نجاحا كبيرا في المجال العقاري تم توسيعها إلى قطاعات أخرى.

## 1- - أسباب التوريق (1):

يمكن إرجاع الأسباب الأساسية التي تستدعي اللجوء على عملية التوريق إلى :

- **التحرر من قيود الميزانية العمومية** : حيث يتعين طبقاً للقواعد المحاسبية والمالية واستناداً إلى قاعدة ضرورة مراعاة " نسب حذرة في رأس المال Les Ratios Prudentielle ومبدأ كفاية رأس المال تدبير مخصصات مناظرة لديون القروض المتأخرة أو المشكوك في إمكانية تحصيلها ، وهو ما يعرقل أنشطة التمويل بشكل عام ويبطئ بالضرورة من دور رأس المال ويقلل بالتبعية من ربحية البنك . لهذا يعد التوريق في هذه الحالة بديلاً جيداً يسمح (بتدوير جزء من الأصول السائلة الناتجة عن توريق أصوله السائلة الضامنة لديونه لدى الغير دون أن يضطر إلى الزيادة في الجزء المخصص للمخاطر في رأس المال أي دون الحاجة إلى مخصصات مناظرة في الميزانية العمومية . وثبت بالتجربة في الولايات المتحدة الأمريكية أن هناك تفاوت بين مصارف الشرق والغرب داخل البلاد من حيث المعروض من الأموال فالبنوك التي اعتمدت التحرر من قيود بنود الميزانية العمومية في التوريق أصبحت تنعم بسيولة نقدية غير مسبوقه تجدد وتوسع من قدراتها التمويلية والعكس بالعكس .

- **التخلص من حدود التمويل المصرفي الوطني قبل وجود التوريق** : حيث كانت البنوك الواعدة سريعة Fast Growing Banks تبحث عن التمويل المصرفي الوطني دون أن تستطيع تجاوز حدوده الائتمانية المصرح بها من البنوك المركزية للإقراض أو غيره من صور الائتمان المصرفي . ومن جانب آخر فالمصارف الدولية التي تبحث عن الاستثمار ومنح الائتمان دون حدود كانت تشترط حصول مثل هذه الشركات على شهادات من وكالات التصنيف العالمية المعروفة تفيد توافر درجة ممتازة من الائتمان لديها . ومن خلال التوريق توصلت هذه البنوك لآلية فعالة تسمح لها بالحصول على هذه الشهادات بإعادة حشد أصولها في شكل مجمعات للحصول على أعلى درجات الائتمان عند التوريق ومن ثم الحصول على ما يلزمها من تمويل دون حدود جامدة .

## 1-2- مزايا التوريق بالنسبة للغير (2) :

والمقصود بالغير في هذا المقام هو كل من كان خارجاً عن اتفاقات التوريق ولكنه يريد الحصول على ثمار عمليات التوريق وهو تمويل المشاريع الضخمة من البنوك البادئة لعملية التوريق .

1- الحد من الأخطار المالية التي تواجه المستثمرين : فبعض البنوك الكبرى تخضع لعدد من الضغوط أو القيود الحكومية في دولة مركز الإدارة أو التأسيس أو النشاط بحيث تضطر للخضوع لحدود ائتمانية معينة وغالبا ما يرتد ذلك لكفالتها لعدد من الديون الحكومية. وفي هذه الحالة إذا تجاوزت هذه البنوك السقف الائتماني المتفق عليه لحرصها على الوفاء بحاجات الباحثين عن التمويل خارج حدود هذه الدولة فإنها تعرض الدولة ذاتها لخطر مالي. وباستخدام التوريق فإن المستثمرين المكتتبين في الديون المورقة المستندة لأصول خارج حدود الدولة يكونون في مأمن من هذا الخطر المالي الذي تتعرض له الدولة التي يوجد بها مركز الغدارة أو التأسيس أو النشاط وذلك لأن آلية التوريق تتضمن حشدا من الأصول الضامنة ودعما ائتمانيا قويا داخل حدود دولة المستثمرين أو خارجها .

2- تمويل صفقات الاستحواذ الضخمة على أسهم الشركات : كثير من الشركات الكبرى ترغب في ضم شركات أخرى لها دون الوصول إلى حد الاندماج بل بمجرد ربطها بشكل وثيق مع احتفاظ كل شركة بكيانها القانوني وذلك في إطار مجموعة الشركات حيث تسبح الشركات الصغرى في فلك الشركة الأم التي تسمى في هذه الحالة الشركة القابضة أو المراقبة وتسمى الشركات الصغرى بالفروع .

والغرض من هذا قد يكون بغرض التوصل إلى الاندماج أو على الأقل التحكم في قدرات الشركات الصغرى والاستفادة من مجال نشاطها أو الحد من منافستها ..... حيث يتم تقديم عروض من الشركات الكبرى لشراء معظم أو كل أسهم الشركات الأصغر بأثمان تفوق سعر سوق (البورصة) بشكل مغر بالنسبة للمساهمين فيها أو لأعضاء الإدارة الذين يملكون النصيب الأكبر من الأسهم . هذه الأسعار المبالغ فيها تتطلب دعما ائتمانيا قويا خاصة من جانب البنوك وهو ما يحصل من خلال اتفاق بين الشركات الكبرى مع تلك البنوك على توريق مديونياتها لديها مقابل تمويل البنك لعملية الشراء الضخمة أو الكاملة لأسهم شركة معينة .

3- تخفيف العبء على ضمانات الشركات القابضة: غالبا ما تحتاج فروع الشركات القابضة إلى سيولة نقدية تعجز الشركة الأم عن توفيرها، وفي الغالب ما يتم اللجوء إلى البنوك والتي تربط التمويل بتقديم ضمانات من الشركة القابضة. فباللجوء إلى تقنية التوريق تستطيع فروع الشركات تدبير ما تحتاجه من سيولة نقدية استنادا إلى الأصول التي تملكها كضمان لتمويلها .

4- إزالة عقبات خصوصية القطاع العام : تعد آلية التوريق حلا لعقبات الخصوصية المتمثلة في العجز المالي للمؤسسة المراد خصوصتها والتي هي عبارة عن القروض البنكية غير المدفوعة . فيتم استنادا إلى تقنية التوريق تحويل تلك القروض إلى سندات مديونية وطرحها للاكتتاب العام وهو ما يؤدي إلى تسريع عمليات الخصوصية .

## II - مفهوم التوريق :

لقد تعرض إلى تعريف التوريق عدد كبير من المشتغلين في القطاعات المصرفية أو المحاسبية أو القانونية . والملاحظ على هذه التعريفات أنها مختلفة بحسب الزاوية التي ينظر من خلالها لعملية التوريق . وعليه سوف نقدم بعض التعاريف التي كتبت بشأن التوريق :

- يرى جانب من الفقه أن التوريق يعد وسيلة غير تقليدية للتمويل دون كلفة تذكر وذلك بإصدار عدد من سندات المديونية المتجانسة - ذات طبيعة واحدة وبيعها لجمهور المستثمرين من خلال الجهاز المصرفي أو سوق رأس المال<sup>(1)</sup> . وما يمكن قوله حول هذا التعريف أنه يبرز الجانب التمويلي للعملية ولا يعطي الأساس الذي يستند عليه إصدار سندات المديونية . كما أنه ومن خلال هذا التعريف يفهم أن الأصول المنقولة للبنك البادئ للتوريق (المؤسسة المتنازلة) و سندات المديونية التي يصدرها المنشأة المتخصصة في عمليات التوريق شيء واحد .

- ويذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف التوريق بأنه : إصدار أوراق مالية (كالسندات) عوضا عن الاقتراض المباشر من البنوك ، أي عملية تحويل القروض إلى أوراق مالية قابلة للتداول<sup>(2)</sup> .

- ويعرف د / خالد أمين عبد الله التوريق بأنه : الحصول على الأموال بالاستناد إلى الديون المصرفية القائمة وذلك عن طريق خلق أصول جديدة . والمقصود بالأصول الجديدة هو الأوراق المالية التي تصدرها المنشأة المتخصصة في عملية التوريق<sup>(3)</sup> .

- ويعرف د / سعيد عبد الخالق التوريق بأنه: أداة مالية مستحدثة تفيد قيام مؤسسة مالية بحشد مجموعة من الديون المتجانسة والمضمونة بأصول ، وضعها في صورة دين واحد معزز ائتمانيا ثم عرضه على الجمهور من خلال منشأة متخصصة للاكتتاب في شكل أوراق مالية ، تقليلا للمخاطر وضمانا لتدفق المستمر للسيولة النقدية<sup>(4)</sup> .

- ويرى د/ حسين فتحي عثمان التوريق أنه: تكنولوجيا مالية مستحدثة تفيد حشد بنك ما لمجموعة من الديون المتجانسة والمضمونة بأصول في صورة دين واحد معزز ائتمانيا ثم

عرضة من خلال منشأة متخصصة للاكتتاب في صورة أوراق مالية لتقليل مخاطر التأخير أو العجز عن الوفاء بهذه الديون وضمن التدفق المستمر للسيولة النقدية.

ولقد تعرض المشرع الجزائري إلى تعريف عملية التوريق في المادة 2 من القانون رقم

: 05/06 المذكور سابقا بأنه يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي :

التوريق : عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية وتتم هذه العملية على مرحلتين :

تتنازل عن القروض الرهنية من قبل مؤسسة مصرفية أو مالية لفائدة مؤسسة مالية أخرى.

قيام هذه الأخيرة بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في السوق ممثلة للقروض الرهنية .

والملاحظ على التعريف القانوني للمشرع الجزائري أنه بدأ بتعريف التوريق - على

خلاف التعريفات الفقهية السابقة الذكر التي تطرقت إلى تعرف عملية التوريق (1). حيث

أعطى المشرع المعنى العام لعملية التوريق والذي يعني تمثيل حق بسند أو ورقة . وانتقل

بعد ذلك إلى تعريف العملية من خلال ذكر مرحلتها الأساسيتين وهما قيام مؤسسة مالية

تسمى المؤسسة المنتازلة بالتنازل عن الديون الرهنية (موضوع العملية ) لفائدة مؤسسة مالية

متخصصة تقوم بتحويل الديون المقتناة إلى أوراق مالية قابلة للتداول في سوق الأوراق

المالية(2).

### مجال التوريق :

على خلاف التشريعات الأوربية ومن خلال التعريف القانوني للمشرع التجاري يتبين

بأنه قصر مجال التوريق على القروض الرهنية والتي عرفها في المادة 2 من القانون رقم

05/06 المذكور سابقا بأنها السلفيات الممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية في إطار

تمويل السكن . وبذلك فهي تشمل القروض الممنوحة في إطار اقتناء المساكن الفردية أو

إصلاحها أو توسيعها أو القروض الممنوحة في إطار البناء الفردي للسكن .

والواقع أن هذا المجال هو أول المجالات التي بدأت به عمليات التوريق في الولايات

المتحدة الأمريكية وتسمى The Mortgage Backed Securities أو (MBS) وهو عبارة عن

أوراق ناتجة عن إعادة تمويل الرهون العقارية . فتعد الـ (MBS) أول الأصول التي كانت

محلا للتوريق عن طريق وكالات متخصصة والذين أصدروا قيم منقولة مرتبطة بديون

مرهونة . في المرحلة الأولى (بداية التوريق) كانت الأصول المرهونة متجانسة (من طبيعة

واحدة ) ، وقد كان متصورا إصدار قيم من طبيعة مختلفة والتي عرفت فيما بعد بـ

Collateralized Mortgage Obligations أو ما مختصره (CMO)(1).

وفي البلدان الأخرى فإن الأصول الناتجة عن ديون مرهونة هي التي كانت محلا لهذه العملية بداية ، ويرجع ذلك إلى أنه بالطبع تمويل العاقر هو الشغل الأول للسلطات العامة والتي تضع سياسات ووسائل متخصصة لتفضيل شأن هذا القطاع ، إضافة إلى أنه في غالب الأحيان هذا القطاع في ميدان الضمان منظم بصورة دقيقة ذلك أن المال محل الضمان من السهل الحجز عليه.

وتجدر الملاحظة أن هناك مجالات أخرى يتم فيها استعمال تقنية التوريق والمعروفة في الفقه الأنجلو أمريكي باسم Assets Backed Securities ويرمز لها مختصرة بـ (ABS) . حيث تشكل هذه الأخيرة مجالا آخر للتوريق والذي يعتمد على ديون من طبيعة مختلفة . ففي الولايات المتحدة الأمريكية تم استعمال تقنية التوريق في مجال الديون الناتجة عن بطاقات الائتمان ، قروض الاستهلاك ، الاعتمادات الإيجارية الخاصة بالسيارات ، الطائرات وحتى المنح المقدمة للطلبة من أجل من أجل الدراسة<sup>(2)</sup>.

ويعني هذا بأن الأمر لا يخص فقط القروض الرهنية وربما بالنسبة للجزائر يعد توريق القروض الرهنية بداية لعمليات التوريق في الجزائر بالنسبة للقروض ذات الطبيعة المتجانسة ويمكن في المستقبل أن تشمل ديونا من طبيعة مختلفة كما هو الحال في باقي دول العالم.

### ثانيا :الإطار القانوني للتوريق :

وسنتعرض في هذا المقام إلى أطراف عملية التوريق وآلياته طبقا للتشريع الجزائري .

#### 1- أطراف عملية التوريق :

إن عملية التوريق تستدعي تدخل عدة أطراف وعموما تحقيق عملية توريق بالصورة القانونية الصحيحة يستوجب تدخل الأطراف التالية :

- **المدين** : وهو الشخص الطبيعي أو المعنوي المستفيد من قرض (سلفية) منحت له مؤسسة بنكية أو مالية، أي أن المدين في هذه العملية هو صاحب القرض الرهني المخصص لتمويل السكن . ويشترط في هذا القرض أن يكون مضمونا برهن عقاري من الرتبة الأولى كما جاء في المادة 2 من القانون رقم :05/06 المذكور سابقا .
- **المؤسسة المتنازلة** :

وتسمى أيضا بالمؤسسة المبادرة لعملية التوريق أو البادئ للتوريق<sup>(1)</sup> . وقد عرفت

المشرع هذه المؤسسة في المادة 2 من القانون رقم 05/06 المذكور سابقا بأنها : مؤسسة مصرفية أو مالية تتنازل بواسطة جدول التنازل المرفق بعقد التنازل عن القروض الممنوحة

في إطار تمويل السكن . أي أنها مؤسسة ائتمانية معتمدة وفقا لقانون النقد 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 تحوز ديونا رهنية وترغب في التنازل عن جزء منها أو كلها باستعمال تقنية التوريق .

#### - مؤسسة التوريق :

وهي منشأة متخصصة تعرف في الفقه لأنجلو أمريكي بـ Special Purpose Vehicle ويختصر ( SPV ) وفي فرنسا Le fond Commun De créance ويختصر ( FCC ) وفي الجزائر شركة إعادة التمويل الرهني<sup>(2)</sup> La Société de Refinancement Hypothécaire أو الـ (SRH) وقد عرفها المشرع في المادة 2 من قانون التوريق بأنها هيئة لها صفة مالية تقوم بعملية التوريق في سوق الأوراق المالية وتخضع لرقابة لجنة تنظيم عمليات البورصة<sup>(3)</sup>.

فتقوم مؤسسة التوريق إذا بشراء القروض الرهنية من المؤسسة المتنازلة وتقوم بعملية التوريق هذه الديون أي إصدار الأوراق المالية الممثلة لها وهي عبارة عن التزامات مالية مدعومة بالقروض المقتناة . ويخص إصدار هذه الأوراق المالية إلى التشريع المعمول به لا سيما المرسوم التشريعي 10/93 المؤرخ في 23 مايو 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04/03 المؤرخ في 19 فبراير 2003 .

#### المؤتمن المركزي على السندات :

حسب المادة 3 من المرسوم التشريعي 10/93 المعدلة بالمادة 2 من القانون 04/03 يعد المؤتمن المركزي على السندات أحد الهيئات التي تتضمنها بورصة القيم المنقولة بالإضافة إلى لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البوصة وشركة تسيير بورصة القيم المنقولة. وحددت مهام المؤتمن المركزي على السندات في 19 مكرر 2 من القانون رقم 04/03 المذكور أعلاه والمادة 2 من قانون التوريق الجزائري وهي تدور كلها حول حفظ السندات ومتابعة حركتها وإدارتها . ومن هذه الزاوية يمكن القول أن وظيفة المؤتمن المركزي على السندات في عمليات التوريق هو مراقبة العمليات التي تقوم بها مؤسسة التوريق ، ويخضع المؤتمن المركزي على السندات في عمله هذا إلى مراقبة لجنة تنظيم عمليات البورصة .

وبالرجوع إلى المادة 30 من المرسوم التشريعي 10/93 المعدلة بموجب المادة 14 من القانون 04/03 السالف الذكر نجد أن مهام لجنة تنظيم عمليات البوصة تتمثل في حماية المستثمرين في القيم المنقولة وجسن سير سوق القيم المنقولة وشفافيتها . ومنه يشكل اشتراط

وجود المؤتمن المركزي على السندات ضمان داعم لبث الثقة لدى المستثمرين للإقبال على شراء الأوراق المالية بالنظر إلى المهام المسندة إلى هذه الهيئة .

## المستثمرون :

وفي الغالب سيكون هؤلاء مستثمرون مؤسساتيون Institutionnel كشركات التأمين ، البنوك والمؤسسات المالية (1) ... ويقوم هؤلاء المستثمرون بشراء السندات من مؤسسة التوريق ( SRH ) من أجل الاحتفاظ بها بحثا على ما تدره أو إعادة بيعها في السوق المالية فهي تمثل ديون مرهونة من الدرجة الأولى (1) .

## 2- آليات التوريق :

إن الفهم الصحيح لعمليات التوريق يقتضي التطرق إلى المراحل المختلفة التي تمر بها هذه العمليات . والمقصود بآليات التوريق هو مختلف المراحل التي تستوجبها عملية تحويل القروض الرهنية من الدرجة الأولى إلى أوراق مالية يكتب فيها المستثمرون بداية من تحويل الدين إلى غاية الاكتتاب . وسنتطرق إلى طبيعة الديون التي تكون محلا لعملية التوريق ونعرض كيفية التورق .

### أ- طبيعة الديون المورقة :

إن الديون التي يتم التنازل عنها أو المطلوبة في عملية التوريق طبقا لقانون التوريق الجزائري هي الديون المضمونة برهون عقارية (وهي رهون رسمية تمثل أعلى مراتب الضمان ) من الدرجة الأولى على حد تعبير المادة 2 .

فيشترط طبقا للمادة 10 من قانون التوريق : " لا يمكن مؤسسة التوريق شراء قروض ما عدا تلك التي تمنح من طرف المؤسسات المتنازلة (البنوك أو المؤسسات المالية ) في إطار تمويل السكن . ويجب أن لا تكون هذه متنازعا عليها أو تتضمن خطر عدم التحصيل عند التنازل عنها ."

وطبقا للمادة 21 من قانون التوريق السالف الذكر فإن القروض التي تكون النسبة فيها بين مبلغ القرض وقيمة السكن تتجاوز 60 % يجب أن يؤمن عليها وإلا لا يمكن أن تكون محلا لعملية توريق .

### ب- كيفية التنازل :

تضمن قانون التوريق رقم 05/06 المذكور أعلاه في الفصل الثالث بعنوان " التنازل عن القروض " الأحكام الأساسية للتنازل عن القروض موضوع عملية التوريق . حيث لم يترك

المشروع هذه النقطة الأساسية من غير تنظيم حفاظا على حسن سير العملية وضمانا لحقوق الأطراف المتدخل<sup>(2)</sup>. وقد انتهج المشروع الجزائري نهج نظيره الفرنسي حيث تبني حلا في التنازل مستقى من قانون DALLY وهو حل معروف ببساطته وفعالته في أوساط البنوك والتي تستعمله في تمويل حاجات عملائها المهنية .

بداية لا يمكن إجراء عن القروض الرهنية من طرف المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق إلا بتسليم جدول خاص بالتنازل Bordereau de cession المرفق بعقد التنازل بينها وبين المؤسسة المتنازلة . وقد حدد المشروع شروطا شكلية يجب أن يتضمنها جدول التنازل تضمنتها المادة 14 من قانون التوريق وتتمثل أساسا في :

- تسمية عقد التنازل عن القروض الرهنية المدعمة برهون عقارية ذات الرتبة الأولى
- الإشارة على أن عملية التنازل عن القروض تخضع لأحكام هذا القانون.
- تعيين مؤسسة التوريق والمؤسسة المتنازلة .
- قائمة الديون المتنازل عنها والمتضمنة البيانات التالية : الاسم والعنوان ومكان التسديد من جانب المدينين ومبلغ الديون وتاريخ الأقساط النهائية ونسب الفائدة ومميزات الرهون ومرجع عقود التامين إن وجدت .
- بيان يوضح المبلغ المدفوع من طرف مؤسسة التوريق إلى المؤسسة المتنازلة مقابل القروض محل التنازل .
- التزام المؤسسة المتنازلة بالقيام باستبدال القروض المشكوك فيها أو المتنازع عليها أو صعبة التحصيل لفائدة مؤسسة التوريق
- تاريخ إيداع الجدول - ويمكن الاتفاق على تضمين الجدول بيانات اتفاقية بين الطرفين.

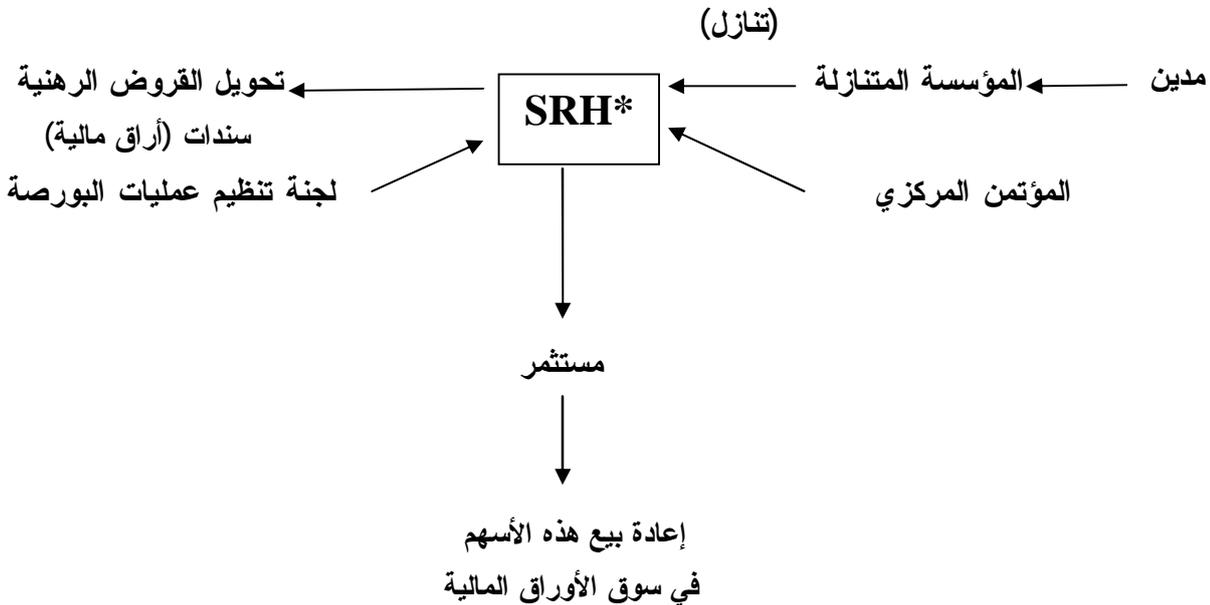
كما يجب إخطار المدين بعملية التنازل حيث انه يمكنه وطبقا للمادة 12 / الفقرة الأخيرة أن يتحرر من كل التزام تجاه المؤسسة المتنازلة (الدائن القديم ) طالما لم يكن عالما بهذا الالتزام . غير أن ما يلاحظ في هذه النقطة هو أن القانون لم يحدد المدة التي يجب أن يتم فيها إخطار المدين ولا على من يقع هذا الإخطار و لا النتائج المترتبة رفض المدين. وتقوم المؤسسة المتنازلة بتسجيل هذا التنازل لدى المحافظة العقارية وذلك عن طريق إرسال نسخة من جدول الإرسال في ظرف مغلق مع الإشعار بالاستلام في اجل أقصاه 30 يوما من تاريخ

التوقيع على هذا الجدول. وبديهي أن تكون المحافظة العقارية المعنية بهذا التسجيل هي تلك التي تقع العقارات المرهونة ضمانا للقروض المتنازل عنها في دائرة اختصاصها<sup>(1)</sup>. ويكون التنازل عن القروض الرهنية لمؤسسة التوريق نافذا في مواجهة الغير<sup>(2)</sup> ، ابتداء من الانتهاء من عملية التسجيل وتحل مؤسسة التوريق محل المؤسسة المتنازلة فيما يخص القروض المتنازل عنها وكل أشكال الضمانات المتعلقة بها ابتداء من تاريخ التوقيع على جدول التنازل .

وثبت عملا في الدول التي سبقت في مجال التوريق أن يتضمن اتفاق التنازل بقاء المؤسسة المتنازلة ( وهي بنك أو مؤسسة مالية) بإدارة واستثمار محفظة هذه الأصول وضماداتها أثناء إنجاز أو تنفيذ عمليات التوريق وخلال فترة وجود هذه الأصول وتلك الضمانات<sup>(1)</sup>. ويترتب على ذلك بقاء البنك محافظا على سعر الفائدة المقرر على هذه الأصول ومتابعة أي تأخير في الوفاء بالأقساط أو الفوائد للمستثمرين وكذا المنازعات المرتبطة بها وكذا انتهاء القرض<sup>(2)</sup>.

#### الخاتمة:

ختاما لهذا البحث يمكننا أن نضع مخططا لشكل التوريق الجزائري



#### الهوامش:

<sup>(1)</sup> Michel Jeantin , Paul le Cannu, Thierry Granier, Précis Droit Commercial, instrument de paiement et de crédit Titrisation, 7<sup>e</sup> édition , 2005, Dalloz, p 345 et suite, Sophie Guemene, Vincent Ade, Enjeux de la titrisation , mémoire de fin d'étude, DESS finance d'entreprise, Conservatoire national des arts et métiers , La titrisation des créances, sans auteur, [www.instrument-financiers.info](http://www.instrument-financiers.info) , Jacques Terray, Philippe Derouin la titrisation des crédits,

Bulletin JOLY N° 1 de janvier 1989 , Frederic Lepin, La Titrisation, mémoire de fin d'étude , Maitrise de sciences de gestion , université PANTHEON-SORBONNE : Paris I, Olivier Lesage, Emmanuel Netter, Thibault de Ravel d'Esclapon , CDO/CLO et structure finance, Master droit bancaire et financier , Séminaire « droit des sociétés » 2005/2006 ; Jeans jacques Rommes , André PRUM , La Titrisation , perspectives pour la place financière du Luxembourg , http://pde.uni.lu/web/eb/pde.nsf/François Leroux, La Titrisation , Google recherche , Mot clé titrisation . Titrisation

Article de Wikipédia , La Titrisation , L'Encyclopédie libre, [www.wikipédia.com](http://www.wikipédia.com)

حسين فتحي عثمان، التوريق المصرفي للديون ، الممارسة والغطار القانوني ، دار أبو المجد للطباعة ، 1999 ، سعيد عبد الخالق ، توريق الحقوق المالية ، البوابة القانونية، [www.ltachreat.com](http://www.ltachreat.com)

(1) حسين فتحي عثمان المرجع السابق ، ص 21 وما بعدها Michel jeantin ,Paul Le Cannu , Thierry Granier, Op. Cit. p 360, 361, 362

(2) حسين فتحي عثمان ، المرجع السابق ، ص 44 وما بعدها

(1) Michel .J.P Selby, Joseph Smalman / حسين فتحي عثمان ، المرجع السابق ، ص 26

(2) lan Coles ، أنظر نفس المرجع ، ص 28 .

(3) نفس المرجع ، ص 29 .

(4) سعيد عبد الخالق ، توريق الحقوق المالية ، البوابو القانونية شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية [www.ladis.com](http://www.ladis.com) منشور عبر شبكة الانترنت صفحة [http://www.tashreat.com/view\\_studies2.ap?id](http://www.tashreat.com/view_studies2.ap?id) (5) حسين فتحي عثمان، المرجع السابق ، ص 35 .

(1) Jean Jacques ROMMES, André PRUM, Op. Cit.

(2) ويعرف التوريق كذلك في دول المشرق العربي والشرق الأوسط بمصطلحات مغايرة للمعرفة لدينا فيقال في بعض الحالات التسنيد وفي أخرى التصكيك ، د/ عبد الستار أبو غدة ، المصرفية الإسلامية خصائصها وآلياتها وتطويرها ، المؤتمر الأول للمصارف والمؤسسات المالية السلامية المنعقد في دمشق 13- 14 مارس 2006 بنك البركة الإسلامي حيث أن : التسنيد أو التصكيك المقبول شرعا هو تحويل الموجودات العينية أو المنافع إلى صكوك قابلة للتداول ويحتاج بعض القيود والإجراءات لتحقيق الضوابط الشرعية التي تقوم على أساس ملكية المستثمر أصولا دارة للدخل يمثل عائد التسنيد ، كما أن هناك آلية مقبولة شرعا من شأنها توفير التحوط (الحماية والأمان) للعميل دون الضمان الممنوع شرعا . كما قيل أن فكرة صكوك الإجازة تقوم على مبدأ التصكيك أو التسنيد أو التوريق الذي يقصد به إصدار أوراق مالية قابلة للتداول مبنية على مشروع استثماري يدر دخلا ، أنظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 137/15/3) بشأن صكوك الإجازة منشور في صحيفة الاقتصادية الإلكترونية [www.aleqtisadia.com](http://www.aleqtisadia.com) السبت 2006/06/24 العدد 4639 . كما قيل أنها :

Une technique financière qui transforme des actifs illiquides en titres (obligations ou autre) liquides°

° liquide est utilisé ici dans son acception financière : est liquide un actif pour lequel il existe un marché efficace qui permet à tout moment à l'investisseur d'investir ou de désinvestir dans le titre . article de wikipédia, l'encyclopédie libre , [www.wikipdia.com](http://www.wikipdia.com)

ويعرف البنك الدولي للإنشاء والتعمير التوريق بأنه : حشد للأصول التي غالبا ما تكون سندات مديونية مجمعة لبطاقات ائتمانية أو رهون عقارية أو إيجارات ومقيدة بالميزانية العمومية للشركة أو لمؤسسة تمويل وعرضها للبيع للمستثمرين كأوراق مالية قابلة للتداول . حسين فتحي عثمان ، المرجع السابق ، ص 29،30،31.

(1) Michel Jeantin, Paul Le CANNU, Thierry GRANIER, Op. Cit., P347 N° 516 ,un article de Wikipédia, l'encyclopédie libre

(2) Michel Jeantin , Paul le Cannu, Thierry Granier, Op. Cit. p 347 et suit. Voir pour la titrisation dans le secteur des assurances , Philippe trainar, la titrisation en assurance , Revue Banque, N°668, Avril 2005,p 42 et pour la titrisation des crédits des PME, Richard Weiss, Un Nouveau Médicament Pour Doper Les Bien Portants ?, Revue Banque, N°668, Avril 2005, p 40 . et Jean-yves Durance, Nathael Fournier, Vers Un Développement De la Titrisation Des Crédits PME ?, Revue Banque, N°668, Avril 2005, p 37.

(1) حسين فتحي عثمان، المرجع السابق ، ص 56.

(2) وشركة إعادة التمويل الرهني هي شركة أسهم يمتلك رأسمالها 9 مساهمين هم : الخزينة العمومية

(30.42 % ) ، القرض الوطني الشعبي (13.07 % ) ، البنك الوطني الجزائري (13.07 % ) ، البنك

الخارجي الجزائري (13.07 % ) ، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط /بنك (09.12 % ) ، الشركة

الجزائرية للتأمين (06.08 % ) ، بنك الفلاحة والتنمية الريفية (06.08 % ) ، الشركة الوطنية للتأمين

(06.08 % ) ، الشركة الجزائرية لتأمينات النقل (03.03 % ) وتقوم هذه الشركة التي هي مؤسسة مالية

وطبقا للمادة 4 من مقرر الاعتماد رقم 01/98 المؤرخ في 6 أبريل 1998 يتضمن اعتماد مؤسسة مالية

جريدة رسمية عدد 27 بالأعمال المحددة صراحة في موضوعها والمقررة للمؤسسات المالية طبقا للقانون

رقم 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 والمتعلق بالنقد والقرض لاسيما المواد 70 71 منه

(3) أنظر المادة 19 مكرر 4 من القانون رقم : 04/03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 يعدل ويتم

المرسوم التشريعي رقم : 10/93 المؤرخ في 23 مايو 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة جريدة

رسمية عدد 11 19 فبراير 2003

(1) وقد حدد المشرع المغربي هذه المؤسسات التي يكون لها الحق في شراء الأوراق المالية التي تصدرها مؤسسة التوريق في المغرب في المادة 7 :

## **Dahir n°1-99-193 du 13 jourmada I 1420 (25 août 1999) portant promulgation de la loi n° 10-98 relative à la titrisation de créances hypothécaires**

### **Article 7**

Ces titres peuvent être souscrits, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires ou statutaires, ainsi que des règles prudentielles de placement qui leur sont applicables, par les organismes suivants :

- les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (O.P.C.V.M) régis par le dahir portant loi n° 1-93-213 du 4 rabii II 1414 (21 septembre 1993) relatif aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières sous réserve des dispositions du 2) de l'article 20 ci-dessous ;

- les compagnies financières visées à l'article 92 du dahir portant loi n° 1-93-147 du 15 moharrem 1414 (6 juillet 1993) relatif à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle ;
- les établissements de crédit visés à l'article 10 du dahir portant loi 1-93-147 précité et agréés conformément à la législation qui les régit ;
- les entreprises d'assurance et de réassurance agréées conformément à la législation qui les régit;
- la Caisse de dépôt et de gestion ;
- les organismes de retraite et de pension.

D'autres organismes figurant sur une liste arrêtée par voie réglementaire peuvent souscrire les titres précités sous réserve du respect des mêmes dispositions législatives, réglementaires ou statutaires et des règles prudentielles.

(1) ويعتمد المستثمرون في الدول الغربية كثيرا قبل الإقدام على الاستثمار في القروض المورقة على التصنيفات (Rqting) التي تقوم بها وكالات متخصصة أو البنوك . حيث يحدد هؤلاء المستثمرون الوقوف على الجدارة الائتمانية سواء بالنسبة للبنك البادئ لعملية التوريق (المؤسسة المتنازلة) أو للمدينين (بشكل أساسي) أو لمؤسسة التوريق (SPV, SRH) المصدرة للأوراق المالية .

فتقدم هذه الوكالات المتخصصة رايها المدعم بالأسانيد الفنية المتضمنة إمكانية وفاء مؤسسة التوريق بأصل الدين والفوائد كاملين في تواريخ الاستحقاق للمستثمرين خلال فترة سريان ضمانات الأصول أو عدم إمكانية تحقيق ذلك . كما تعطي حجم المخاطر الائتمانية لمؤسسة التوريق. وتعتبر الوكالات المتخصصة عن تقديراتها للجدارة الائتمانية برموز معروفة تبدأ من درجة الائتمان الممتاز AAA فأقل AA+ ثم BBB ثم CCC إلى أن تنتهي إلى درجة متدنية DDD . وتكون التقديرات دون الرمز BBB خطيرة ، بمعنى أن التعامل مع مؤسسة التوريق في هذه الحالة يمثل مخاطرة كبيرة . أنظر حسين فتحي عثمان ، المرجع السابق ، ص 37 ولقد اعتمد المشرع الفرنسي في 31 ديسمبر 1992 ثلاث وكالات للتصنيف Agence de notation هي على التوالي : Standard and Poor's - Moody's France - Fitch

انظر IBCA Notation , mémoire de fin d'étude , université Frédéric Lepine, titrisation , PANTHEON-SORBONNE : Paris I

(2) La Titrisation des créances , in [www.instrument-financier.info](http://www.instrument-financier.info) , p 6 /Sans auteur.

(1) أنظر المادة 16 من قانون التوريق 05/06 السالف الذكر .  
(2) والمقصود بالغير في هذا المقام وهو الغير في الحوالة ، كل شخص كسب من جهة المحيل حقا على الحق المحال به يتعارض مع حق المحال له . وقد عرفت محكمة النقض الغير بقولها أنه يعد من الغير هؤلاء الذين لم يكونوا طرفا في اتفاق الحوالة وتكون لهم مصلحة في أن يضل المحيل دائنا / حسين فتحي عثمان / المرجع السابق /ص 116

حسين فتحي عثمان ، المرجع السابق ، ص 72 .

(2) أنظر المواد 22 و 23 و 24 من قانون التوريق 05/06 السالف الذكر .

(\* ) la société de refinancement hypothécaire شركة إعادة التمويل الرهنوي .

## جمعيات حماية المستهلك ، موجودة أو تحتاج إلى وجود ؟

بن عنتر ليلي

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق

جامعة بومرداس

### مقدمة:

ارتبطت مفاهيم حماية المستهلك بالتعاملات البشرية منذ بداية الخلق وذلك بسبب انتشار الكثير من التصرفات للأخلاقية بين أطراف العلاقة الإستهلاكية من منتجين، محترفين ومستهلكين. الأمر الذي جعل جل الأديان السماوية تأمر بضرورة ترشيد الإستهلاك كمنطلق أساسي لتنظيم المجتمعات وعلى رأسها ما ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى ( **وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين**)<sup>(1)</sup> غير أن الرغبة في الربح السريع واستعمال الأساليب غير المشروعة في التسويق وكذا المكونات غير الصحية في إنتاج بعض المواد الاستهلاكية دفع التشريعات على إختلافها للبحث عن تطوير وتبني أساليب جديدة سواء الوعظية منها والإعلامية أو الردعية الجزرية لتكريس أكبر حماية للطرف الضعيف في العلاقة وهو المستهلك.

وبزيادة المنافسة نتيجة الكساد الإقتصادي بدأ العالم يتطور نحو زيادة ميكانيزمات حماية المستهلك وانطلقت الشعارات التي تحمل هذه الأفكار الجديدة مانحة بذلك الأهمية للزبون في الاختيار، الجودة والاستماع إلى آراءه ومعرفة الأسعار مع حقه في التثقيف الإستهلاكي والعيش في أمن غذائي مع التعويض في حالة أي ضرر<sup>(2)</sup>.

وأخذت الدول تتنافس في تبني مبادئ حقوق المستهلك، حيث صرح الرئيس الأمريكي أمام الكونغرس في خطاب له ألقاه في مارس 1962 على أن الولايات المتحدة الأمريكية دولة تعمل على ضمان الحقوق الأساسية للمستهلك على جميع المستويات<sup>(3)</sup>

أما في فرنسا فقد كرست حقوق المستهلك بصراحة من خلال قانون تطوير التجارة والصناعات التقليدية الصادر في 27 سبتمبر 1973، وبدأت الجزائر بعد ذلك محاولتها في تبني بعض مبادئ قانون تطوير التجارة والصناعات الفرنسي إلى غاية رؤية قانون حماية المستهلك النور أواخر الثمانينات مجسدا في قانون 89 / 02<sup>(4)</sup> الذي يعد من ضمن إفرازات المسار الإقتصادي لسنوات الثمانينات والذي تم إلغائه مؤخرا بموجب القانون رقم 03/09<sup>(5)</sup>

قد كرس هذا القانون حماية للمستهلك من خلال تمكين بعض المؤسسات الإدارية من التدخل، ومنحها سلطة القيام بإجراءات رقابية قد تنتهي بإجراءات عقابية، كما تبني هذا القانون فكرة الطابع الاجتماعي لحماية المستهلك مؤكداً على دور المستهلك الواعي في إعلام وتنقيف المستهلك البسيط وذلك بمنحه آلية تنظيم اجتماعي القانوني المتجسد في جمعيات حماية المستهلك التي تعد من أهم المؤسسات القانونية التي ينضم من خلالها عمل مجموعة من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين متخذة العديد من الصور والأسماء كالنوادي والأحزاب أو التعاونيات أو هيئات حكومية أو منظمات عمل إنساني أو تعاضدية أو مراكز الدراسات والبحوث<sup>(6)</sup>... إلى غير ذلك من الأشكال التي يبرز من خلالها عمل كل مجتمع مدني منظم ومتحضر مدرك لأهمية المواد الاستهلاكية في الحفاظ على الوجود الإنساني.

غير أنه و بالرجوع لقانون 03/09 نجده يتناول جمعيات حماية المستهلك كطرف مساهم في حماية هذا الأخير بصورة تجعلنا نتساءل عن حقيقة الدور الذي يمنحه لها المشرع للتدخل من أجل حماية المستهلك وهل تملك الميكانيزمات اللازمة للقيام بدورها؟ وهل تملك الضمانات القانونية، المالية والإدارية كافية لممارسة نشاطها؟ هل صحيح أن العقلية الإستهلاكية المحلية تلعب دوراً أساسياً في إنشاء مثل هذه الجمعيات، وما هي العراقيل التي تواجهها في سبيل تحقيق أهدافها على الساحة الاقتصادية الواقعية؟

إن بحث هذه المسائل يتطلب منا عرض ومناقشة النقاط التالية :

**مقدمة:**

**أولاً / الوجود القانوني لجمعيات حماية المستهلك**

**1- تعريف الجمعية:**

**2- تأسيس الجمعية:**

**أ / الشروط الموضوعية**

**ب / الشروط الشكلية**

**ج / اكتساب الشخصية المعنوية**

**3- أهداف جمعية حماية المستهلك**

**أ / استقلالية جمعيات حماية المستهلك**

**ب / خطورة تنفيذ جمعيات حماية المستهلك لأهدافها**

**4- قيام مسؤولية جمعيات حماية المستهلك**

**ثانيا/ الآليات القانونية لعمل جمعيات حماية المستهلك:**

1/ الدعاية المقابلة

2/ المقاطعة

3/ إخطار مجلس المنافسة

4/ رفع الدعوى

5/ التمثيل في الهيئات المتعلقة بالمستهلك

**خاتمة:**

**أولا: الوجود القانوني لجمعيات حماية المستهلك**

إن وجود جمعيات حماية المستهلك لا يختلف تماما عن وجود الجمعية العادية، ذلك أنهما تخضعان لنفس التكوين، غير أن التمييز بينهما يكمن في نوع النشاط والمجال الذي تتواجد فيه كل جمعية والمصالح التي تهدف لحمايتها، لذلك فإن إنشاء جمعيات حماية المستهلك يخضع للقانون 31/90 المتعلق بالجمعيات<sup>(7)</sup> المجسد لمبادئ الدستور التي تمنح الحق والحرية في تكوين الجمعيات باعتبارها من الحريات العامة و الأساسية المتعلقة مباشرة بحرية التعبير وإبداء الرأي<sup>(8)</sup> وهو ما يتفق أيضا مع نص المادة 13 من الدستور الفرنسي التي تؤكد على حرية الجمعيات.

**1/ تعريف الجمعية:**

يمكن تعريف الجمعية بالرجوع لنص المادة 02 من قانون 31/90 بأنها اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدية<sup>(9)</sup> ولغرض غير مربح. كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة أو غير محددة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والإجتماعي والعلمي والديني والتربوي والرياضي على الخصوص.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري يقر بحياة الجمعية الأبدية إن صح التعبير أو المدة غير المحددة لحياة الجمعية، فهو لا يقيدتها بعامل الزمن بقدر ما يقيدتها بغرضها الذي يجب أن يحدد بدقة وأن تكون تسميتها مطابقة لهدها، كما أنه يؤكد على غرضها الذي يجب أن يكون غير مربح.

لقد جاء قانون حماية المستهلك الجديد بتعريف خاص لجمعيات حماية المستهلك فأعتبرها كل جمعية منشأة طبقا للقانون «أي قانون الجمعيات» تهدف إلى ضمان حماية

المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه<sup>(10)</sup>. ورغم أن قانون حماية المستهلك الجديد قد خص جمعيات حماية المستهلك بتعريف فإنه لم يخرج عن حصرها بين قانون الجمعيات 31/90 وأهدافها الخاصة والتي تجعلها مميزة عن غيرها من الجمعيات الأخرى.

## 2/ تأسيس الجمعية:

يخضع تأسيس الجمعية في القانون الجزائري إلى مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية وردت في نص المادة 04 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات والذي تحيلنا إليه المادة 21 من قانون 03/09 بقولها أن جمعية حماية المستهلك هي كل جمعية منشأة طبقاً للقانون. يمكن تفصيل هذه الشروط فيما يلي:

### أ- الشروط الموضوعية:

إن اعتبار الجمعية اتفاقية يتمتع أطرافها بحرية التكوين يجعلها تنشأ بمجرد تلاقى إرادة مؤسسيها وقبولهم لبنود العقد المنشأ لها دون حاجة إلى ترخيص من السلطات الإدارية ولا يقع على عاتقها بعد التأسيس سوى واجب إعلام الإدارة بذلك.

ويشترط القانون شرط موضوعي متعلق بغرض الجمعية الذي يطابق تسميتها، وفي حالة جمعيات حماية المستهلك فإن هدفها يجب أن يكون متعلق بمصالح المستهلك والدفاع عن حقوقه الجوهرية المشروعة و المتجسدة في حقه في الإعلام المسبق ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع والخدمات وكذا الضمان وخدمة ما بعد البيع، حقه في عقود غير تعسفية<sup>(11)</sup>. كما أن الشرط الموضوعي الثاني يقتضي إبعاد الجمعيات عن العمل التجاري بجعلها لا تهدف إلى تحقيق الربح ولا المضاربة من أجل ذلك بإعتبارها تمارس نشاطاً تطوعياً بدون مقابل.

ويشترط قانون الجمعيات مجموعة من الشروط ترتبط مباشرة بالأشخاص المكونين لها جاء تحديدها بموجب نص المادة 04 من قانون 31/90، وهي شروط عامة يمكن تصور توفرها عند أي شخص، إلا أن الجدير بالملاحظة هو ما ورد في بعض النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك والتي تتطلب في ممثلي جمعيات حماية المستهلك وبصراحة أن يكونوا مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود<sup>(12)</sup> وهي الصفة التي تجعل من أعضاء جمعيات حماية المستهلك يتميزون بمهنية وخصوصية.

### ب- الشروط الشكلية:

لقد ألغى قانون 31/90 شرط الإعتماد الذي كان منصوص عليه في قانون 15/87<sup>(13)</sup>

المنظم للجمعيات وجعله إجراء يرتبط فقط بالجمعيات الأجنبية التي لا يمكنها أن تتكون بدون إعتقاد وزير الداخلية، ليكون بذلك متوافق تماما مع مبدأ حرية إنشاء الجمعيات الوارد بموجب المادة 41 من الدستور فيما يتعلق بالجمعيات الوطنية.

وتتعلق الشروط الشكلية التي تتأسس بها الجمعية بإجراء تصريح التأسيس<sup>(14)</sup> الذي يكون أمام الوالي في حالة الجمعيات المحلية وأمام وزير الداخلية فيما يتعلق بالجمعيات ذات الصبغة الوطنية، ليتم بعد ذلك تسليم وصل تسجيل التصريح من السلطة العمومية خلال 60 يوما على الأكثر من الإيداع، كما تملك السلطة العمومية رفض التأسيس بالجوء إلى الغرفة الإدارية التي تقرر رفض التصريح.

كما تقوم الجمعية بالإجراء الشكلي الثاني المتمثل بالإشهار على نفقتها في جريدة يومية ذات توزيع وطني، وبذلك يكون للجمعية وجود شرعي وأهلية قانونية تمكنها من ممارسة مهامها.

إن شرط التصريح الذي ينص عليه القانون وكذا الإعلام عن طريق النشر يتوافقان مع مبدأ حرية إنشاء الجمعيات ويشكلان إحدى الضمانات التي وضعها القانون للحيلولة دون تدخل الإدارة في تأسيس الجمعيات<sup>(15)</sup> مع بقاء إجراء تصريح التأسيس والإعلام كآلية رقابة تفرضها السلطات العمومية على الجمعيات خاصة من خلال تمكين المجلس القضائي من التدخل للفصل في حالة وجود خلاف بين السلطة المكلفة بتسليم وصل تصريح التأسيس ومؤسسي الجمعية.

غير أنه يعاب على القانون عدم ذكره للمدة الزمنية التي يجب أن يتم خلالها القيام بإجراء التصريح وكذا النشر في جريدة يومية بإنشاء الجمعية بعد تأسيسها وبالتالي فإنه يمكن للجمعية أن تأسس وتمارس نشاطها دون التصريح بها وهذا لا يمنعها من ممارسة نشاطها واقعا<sup>(16)</sup>، وهو فراغ قانوني يجب تداركه.

### ج - إكتساب الشخصية المعنوية:

إن استكمال الجمعية لمجموع الشروط الشكلية والموضوعية يترتب نتيجة أساسية هامة تتمثل في اكتسابها للشخصية المعنوية، هذه الشخصية التي تجعلها مستقلة عن شخصية ومصالح الأعضاء المنتسبين إليها وتمنحها مجموعة من الحقوق تدخل ضمن هدفها الأساسي المتمثل في حماية المستهلك وأهمها حق إدارة أموالها<sup>(17)</sup> والتمثيل أمام الجهات القضائية وحق قبول الهبات والتبرعات وإعداد المؤتمرات، النشريات والمجلات وتوزيعها، إبرام

العقود والاتفاقيات التي لها علاقة بهدفها، التمثيل أمام القضاء وتمارس خصوصا حقوق الطرف المدني<sup>(18)</sup>. كما تمنحها الشخصية المعنوية مجموعة من ميكانيزمات الحماية التي تستعملها في مواجهة كل الخروقات التي يتعرض لها المستهلك.

### 3/ أهداف جمعيات حماية المستهلك:

تعد التطورات التي تشهدها الساحة الإستهلاكية التي أصبحت تعج بمواد إستهلاكية تملك القدرة حتى على التدخل في تركيبات البنية الجسدية والبنية الجيولوجية للأرض أحد أهم الأسباب الداعية لتحديد نطاق عملها كواجب متعلق بمدى خطورة ممارساتها الميدانية الوقائية منها والقمعية.

لقد أقرت الأمم المتحدة بموجب القرار رقم 39/248 مجموعة المبادئ الإرشادية لحماية المستهلك والتي تعد من التزامات الجمعيات الناشطة في هذا المجال ومن أهمها: مراعاة مصالح و احتياجات المستهلكين وذلك بضمان حقهم في الحصول على منتجات غير خطيرة و ذات جودة.

تمهيد السبيل حول أنماط الإنتاج و التوزيع التي تلبي احتياجات المستهلكين و رغباتهم. تشجيع المستويات الرفيعة لأداب وسلوك العاملين بإنتاج السلع و الخدمات و توزيعها على المستهلكين.

المساعدة على الحد من الممارسات التجارية المسيئة التي يتبعها الأعوان الاقتصاديون على الصعيدين الوطني أو الدولي و التي تؤثر على المستهلكين تأثيرا ضارا . تسهيل إنشاء جمعيات حماية المستهلك المستقلة.

تشجيع تطوير أوضاع السوق بحيث توفر للمستهلكين مجالات أكثر للاختيار و بأسعار أدنى.

تعزيز التعاون الدولي في مجال حماية المستهلك.

وإذا كانت الأمم المتحدة قد حددت أهداف جمعيات حماية المستهلك فإن قانون حماية المستهلك الجزائري لم يسطر لهذه الأخيرة أهدافها بل ترك لها الهدف العام المتمثل في حماية المستهلك<sup>(19)</sup> ومنحها بالمقابل بعض الوسائل التي يمكنها أن تستند عليها من أجل وضع حد للتعسفات التي قد يتعرض لها هذا الأخير ومنها التحسيس، الإعلام والتوجيه.

ويعرض خروج الجمعية عن هدفها الذي يجب توضيحه في نظامها الأساسي بدقة إلى البطلان بقوة القانون، كما تتعرض لنفس الجزاء في حالة مخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

غير أن أهداف جمعيات حماية المستهلك قد تطرح مشاكل واقعية فعلية متعلقة باستقلالية هذه الأخيرة عن الأعوان الإقتصاديين وتدخلها في مجال المنافسة بينهم مما يجعل مناقشة هذه النقطة ذات أهمية بالغة.

#### أ- استقلالية جمعيات حماية المستهلك:

إن الجدير بالطرح في هذا المجال هو البحث عن استقلالية هذه الجمعيات كهدف رابع من الأهداف التي نصت عليها الأمم المتحدة في مبادئها الإرشادية، حيث أن استقلال الجمعية حسب قانون 31/90 مضمون من خلال حرية وإرادة أعضائها في إنشائها، فهي وكما سبق الذكر تتكون إثر جمعية عامة تأسيسية تصادق على قانونها الأساسي، زد على ذلك فإن استقلال الجمعية يظهر واضحا من خلال نص المادة 11 من قانون 31/90 التي توجب على الجمعية ضرورة استقلالها في عملها وهدفها عن أي جمعية أخرى ذات طابع سياسي، كما لا يمكنها أن تتلقى منها هبات أو وصايا مهما يكن شكلها ولا يجوز لها أيضا أن تساهم في تمويلها. وهكذا يظهر جليا تركيز القانون على استقلالية الجمعيات كقاعدة عامة ليبقى التخصيص والحد من الاستقلالية كاستثناء قانوني أيضا ورد بموجب المادة 15 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات والتي بعد تركيزها على استقلالية الجمعيات من تدخلات الأشخاص الطبيعية والمعنوية تستثني البعض الآخر من التدخلات المضمونة قانونا بموجب نص خاص<sup>(20)</sup>.

إن الاستقلال النسبي لجمعيات حماية المستهلك خاضع لإمكانية ورود نصوص قانونية خاصة تسمح بتدخل بعض أشخاص القانون فيها، ومن هؤلاء الأشخاص نجد كبداية السلطات العمومية من خلال الدولة، الولاية والبلدية التي يمكنها منح مساعدات مادية للجمعية مقيدة بشروط، هذا التقييد الذي تحدده الجهة التي قدمت المساعدات للجمعية، كما أن سلطات الدولة يمكنها أن تتدخل أيضا في عمل جمعيات حماية المستهلك وهو ما نجده في المرسوم التنفيذي رقم 272/92 المتعلق بتكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين<sup>(21)</sup> الذي يمنح الحق لهذا المجلس بإبداء رأيه في برامج المساعدة المقررة لصالح جمعيات حماية المستهلكين وتنفيذها وهو ما يجعله يتدخل مباشرة في نشاط هذه الأخيرة مما يجعلنا نسجل مسؤولية الدولة عن الضرر الذي قد يلحق المستهلك ما دامت هي التي توجه النشاط الإجتماعي في هذا المجال ولا تترك فرصة للمعارضة مثلا لتقديم مساعدات للجمعيات حتى لا تؤثر في نشاطها الأمر الذي يسبب قتل المنافسة في مجال نشاط جمعيات حماية المستهلك وجعل نشاطها مسير من

قبل الدولة ولعل السبب في ذلك يعود إلى المراقبة الصارمة التي تطبقها الدولة في مجال مطابقة المنتجات من خلال الإجراءات الإدارية والوقائية المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك<sup>(22)</sup> والنصوص القانونية الخاصة<sup>(23)</sup>.

وهكذا فإنه إذا سجلنا تراجع قانون الجمعيات عن إجراء الترخيص لتكوين هذه الأخيرة وتحويله إلى إجراء التصريح والإعلام كمبادرة تؤكد استقلال نشاط الجمعيات إلا أن تدخل بعض السلطات العمومية والمجلس الوطني لحماية المستهلك خاصة فيما يتعلق بالمساعدات المقدمة لجمعيات حماية المستهلك تجعل مسار عمل هذه الأخيرة مرتبط بالمساعدات المادية المقدمة من قبل الإدارة والتي تملك الحق في تقييدها بمجموعة من الشروط، زد على ذلك التدخل غير الصريح في طبيعة الأشخاص الذي يمكنهم أن يكونوا أعضاء في جمعيات حماية المستهلك وذلك من خلال اشتراط معرفتهم بقانون الأعمال والعقود<sup>(24)</sup>.

ومما لا شك فيه أن تعامل الإدارة بهذا الأسلوب يشكل تدخلا غير مقبول في تحديد النشاط الإجتماعي عامة وتحديد مسار وقوة جمعيات حماية المستهلك ومخالف لمبدأ استقلال الجمعيات المنصوص عليه دستوريا وهو ما يشكل وصاية هيئة إدارية تابعة للدولة على نشاط جمعية إجتماعية مستقلة، الأمر الذي يستوجب على الدولة إذا رأت أنه من الضروري التدخل و تدعيم جمعيات حماية المستهلك أن تمنحها صفة الجمعيات المؤهلة للعمل كأعوان للسلطات العمومية وتقوم بوضع أنظمة نموذجية محكمة للجمعيات تساعد المؤسسين وتسهل لهم النشاط القانوني.

#### ب- خطورة تنفيذ جمعيات حماية المستهلك لأهدافها:

تعد الأهداف المسطرة لكل جمعية من أولويات عملها من أجل حماية حقوق المستهلكين الداخلية والخارجية، غير أن نشاط هذه الجمعيات قد يؤدي بها إلى الدخول في دائرة منافسة الأعوان الإقتصاديين من جهة ومساعدة أعوان إقتصاديين على حساب آخرين من جهة أخرى خارقة بذلك قواعد المنافسة.

ورغم أن هدف الجمعيات من نشاطها بعيد كل البعد عن قصد وهدف تحقيق الربح إلا أنها تساهم مباشرة في زيادة أرباح ورواج سلع على حساب سلع وأرباح منتجات أخرى، الأمر الذي جعل نشاطها يعد دقيقا ويلزمها بالحياد التام<sup>(25)</sup> وعدم تقاسم الامتيازات والاستفادات الاقتصادية والتحول إلى واجهة إشهارية دافعة لبعض المواد الإستهلاكية على حساب أخرى. وهو ما أوصى به مجلس المنافسة الفرنسي في رأيه الذي قدمه للإجابة على

سؤال طرحه الإتحاد الفدرالي للمستهلك حول تشارك وإتفاق جمعيات حماية المستهلك مع البنوك<sup>(26)</sup> حيث أكد على ضرورة أخذ رأي الجمعيات في المشاكل المطروحة من قبل السلطات العامة حتى لا تتفق هذه الأخيرة مع المؤسسات الإقتصادية.

بالإضافة إلى ضرورة حيادها في النشاط الإقتصادي والإمتيازات توجب كشرط أساسي لقبول تأسيسها حيادها عن أي تيار حزبي وعن كل موزع ومشارك في الدورة الإقتصادية<sup>(27)</sup> مع احتفاظها ببعض الإستثناءات في علاقاتها مع السلطات العمومية كما سبق بيانه.

#### 4/مسؤولية جمعيات حماية المستهلك:

إذا كان القانون الجزائري كما رأينا قد سمح لجمعيات حماية المستهلك بالدفاع عن الحقوق والمصالح المشتركة للمستهلكين والحصول على تعويض مقابل الضرر<sup>(28)</sup> طبقا للمادة 12 من قانون 03/09 فإنه لم يهمل إرساء قواعد مسؤوليتها في حالة ارتكابها لأي خطأ سواء أثناء نشوئها أو أثناء ممارستها لمهامها.

إن الأخطاء التي ترتبها الجمعية أثناء تكوينها يجعلها فاقدة للشخصية المعنوية، الأمر الذي يترتب مسؤوليتها في حالة عدم القيام بالإجراءات اللازمة والتي تقع على عاتق الأشخاص المكونين لها. تناول قانون 31/90 الحالات التي تترتب مسؤولية الجمعية عن عدم التكوين القانوني السليم وهي:

1/ نشاط الجمعية دون التصريح بها أو إعتماها في حالة الجمعيات الأجنبية حيث تقع المسؤولية على كل من يسير أو ينشط أو يسهل اجتماع أو يدير جمعية غير معتمد أو معلقة أو منحلة.

2/ تترتب كذلك مسؤولية الجمعيات بالنسبة لاستعمال أملاك الجمعية لأغراض تخالف هدفها، حيث اعتبرتها المادة 31 من قانون 31/90 مخالفة يتحملها أعضاء الجمعية مالم ترخص بذلك السلطة المختصة.

3/ تقوم مسؤولية أعضائها في حالة عدم قيامهم بإجراء التصريح وتقديم الوثائق اللازمة لذلك .

كما قد رتب القانون على توفر أحد هذه الحالات عقوبات تتراوح بين غرامات مالية وحبس لمدة قد تفوق السنتين.بالإضافة إلى إمكانية تعليق نشاط الجمعية أو حلها بالطرق القضائية.

وتجدر الملاحظة بأن النصوص القانونية قد ربطت حل الجمعية بالطرق القضائية بشرط ممارسة هذه الأخيرة لأنشطة تخالف القوانين المعمول بها أو تخالف هدفها الوارد في القانون الأساسي.

كما أن مسؤولية جمعيات حماية المستهلك تثار بشدة في حالة قيامها بأي خطأ يسبب خسائر للمنتجين مما يجعلها عرضة لرفع دعوى التعويض مع إصلاح الضرر لأن حملاتها لا تروق للجميع، لذا فإن هذه المسؤولية تجعلها تمارس أهدافها بموضوعية وتعقل<sup>(29)</sup> وذلك لتجنب الوقوع في خطأ نشر معلومات سلبية أو نشر معلومات مقارنة مما يؤدي إلى هز موضوعية وجدية الجمعيات وتغليب السوق وتوجيه المستهلك نحو المنتجات المعوضة.

لقد تبنى قانون 31/90 حلا يضمن قيام الجمعية في حالة الخطأ بالتعويض، وهو ما جاءت به المادة 20 التي تلزم الجمعية باكتتاب تأمين لضمان الأخطار المادية المرتبطة بمسؤوليتها المدنية. غير أننا نلاحظ غياب أي إلزام لهذه الأخيرة سواء بموجب قانون حماية المستهلك أو قانون الجمعيات بتصحيح خطئها بنشر هذا التصحيح بصورة كافية على غرار الحملة التي شنتها ضد المنتج، وهو الأمر الذي تبناه القانون الفرنسي من خلال القانون المدني الفرنسي 12، 1981/01/2<sup>(30)</sup>.

وتجدر الإشارة أيضا لمسؤولية الجمعية التقصيرية الناتجة عن عدم قيامها بالهدف الذي تأسست من أجله، فهي قد لا تدافع عن حقوق المستهلك، ولا حتى تقوم بدور في توعيته، فهل يستطيع المستهلك المتضرر محاسبة هذه الجمعية خاصة وأنها وجدت من أجل الدفاع عن مصالحه؟ وهل لهذه الأخيرة الاحتجاج بصفة العمل التطوعي والتبرعي لدفع مسؤوليتها في هذه الحالة؟ وهل يستطيع المستهلك طلب حل هذه الجمعيات وتوقيف نشاطها بسبب عدم أدائها لمهامها؟

### ثانيا: الآليات القانونية لعمل جمعيات حماية المستهلك

منح قانون حماية المستهلك<sup>(31)</sup> والقانون المتعلق بالجمعيات مجموعة من الآليات القانونية التي تمكن هذه الأخيرة من التدخل بصرامة لوقف إنتهاك حقوق هذا الأخير أو تنبيهه بالأخطار التي قد تلحق به جراء العديد من المواد الإستهلاكية الضارة.

لقد أثبتت الحياة الإجتماعية الواقعية في البلدان التي تشهد قوة جمعيات ومنظمات حماية حقوق المستهلك أن هذه الجمعيات لا تتازع فقط في الأحكام القضائية، ذلك أن الطابع الاجتماعي لهذه الجمعيات يؤهلها لأن تلعب دورا إجتماعيا واقعا أكثر منه قانونيا وإجرائيا،

ويكمن هذا الدور في نشر ثقافة استهلاكية<sup>(32)</sup> سليمة في أوساط المستهلكين من جهة والمهنيين من جهة أخرى لتحسيسهم بمسئولياتهم تجاه زبائنهم. وهكذا فإن ميكانيزمات جمعيات حماية المستهلك تمارس كإجراء وقائي قبل وقوع الفعل الضار، كما تمارس كإجراء علاجي بعد وقوع الضرر.

## 1- الدعاية المقابلة:

يمكن أن تتخذ الدعاية المقابلة عدة طرق، منها النقد العام لبعض المنتجات كالمشروبات المسكرة و مواد التبغ عن طريق المشاركة في الحملات الإعلامية عن طريق النشريات والمجلات والوثائق الإعلامية التي تجد شرعيتها القانونية في نص المادة 19 من قانون 31/90.

كما يمكن للجمعيات محاربة الإشهار الكاذب والقيام بدراسات وخبرات مرتبطة بالإستهلاك على نفقتها وتحت مسؤوليتها كما يمكنها القانون من النشر الواسع سواء في جرائد يومية أو نشريات خاصة لهذه الدراسات<sup>(33)</sup>. وتستطيع الجمعية أيضا الإستعانة بخبراء من أجل تحديد نوعية الخدمة ومدى صلاحية المنتج.

ومن ضمن الأمثلة الواقعية التي برز من خلالها دور جمعيات حماية المستهلك قضية جمعية حماية المستهلك المعتمدة في شهر أوت 1995 بولاية سطيف، حيث قامت بالتنديد أمام مديرية النقل التي أشعرتهم برفع ثمن التسعيرة من 05 دج إلي 07 دج وذلك خلال شهر فيفري 1996. وكانت التبريرات التي قدمتها جمعية أصحاب النقل غير مقنعة بالنسبة للجمعية خاصة أن سوء وسائل النقل وتدهور حالتها لا يضمن خدمات ذات مستوى للمستهلك<sup>(34)</sup>.

واستندت مديرية النقل لرفع التسعيرة على ارتفاع ثمن البنزين، لكن جمعية حماية المستهلك اعتبرت هذا الأمر تعسفا مادامت الخدمة المقدمة للمستهلكين تشوبها الكثير من النقائص والتي لم تحاول مديرية النقل تغييرها أو حتى تحسينها والمتمثلة في عدم نظافة وسائل النقل وعدم توفير الأمن والسماح لأكثر من عشرة أشخاص بالركوب وقوفا<sup>(35)</sup>.

وتستطيع الجمعيات أن تلعب دورا أساسيا في مجال التوعية وذلك بتنظيم دورات تكوينية ونشرات إعلامية، غير أن الملاحظ بأن هذه الميكانيزمات الإجتماعية تمارسها الجمعية على حسابها الخاص أي من ذمتها المالية الخاصة وهو ما يجعلنا نتساءل عن نوع الميزانية التي يجب على الجمعية أن تملكها؟ وهل هذا يعني أن جمعيات حماية المستهلك تستفيد من ميزانية

خاصة وكافية تمكنها من ممارسة نشاطها بكل سهولة؟ أم أن هذا يعد بمثابة عرقلة مادية لممارسة نشاطها؟

## 2- المقاطعة:

تعد المقاطعة نوع من أنواع التوعية والتحسيس لعدم شراء سلعة معينة لإرتفاع سعرها أو عدم جودتها<sup>(36)</sup>، ونصح المستهلكين بعدم التعامل مع التجار والأعوان الإقتصاديين المحتملين. غير أن القضاء الفرنسي يعارض هذه الوسيلة لما تتطوي عليه من عدوان<sup>(37)</sup>. وقد ميز القضاء الفرنسي بين المقاطعة المنظمة ضد محل تجاري أو شركة معينة فمنعها، لأنها عبارة عن مقاطعة غير مشروعة بالنسبة للمنافسة التي تعمل على تخفيض الأسعار وجودة الإنتاج ولأنها مقاطعة تعود بالنفع المباشر على الشركات أو المحلات المنافسة على حساب الشركات أو المحلات التي نظمت المقاطعة ضدها، وهو ما يقم الجمعية في ممارسة منافسة للمنافسة ويرتب مسؤوليتها القانونية كما سبق الإشارة إليه في الحديث عن خطورة تنفيذ جمعيات حماية المستهلك لأهدافها.

غير أن القضاء اعتبر المقاطعة المنظمة التي تكون ضد منتج أثبت ضرره وخطورته أيا كان مصدره مقاطعة مشروعة وسمح بها، ومثال ذلك المقاطعة المشروعة التي سمح بها القضاء في الحملة المقامة ضد مذبحة صغار عجول البحر، لما سببته عليها من ضرر، وهو القضاء على هذا النوع من الحياة البحرية<sup>(38)</sup>.

## 3- إخطار مجلس المنافسة:

يقوم مجلس المنافسة بدور المراقب للسوق ولجميع التصرفات التي تقوم بها الأشخاص المتواجدة فيه لذلك فهو يتلقى الإخطارات المتعلقة بأي خرق لقواعد المنافسة من قبل الحكومة، الجماعات المحلية، والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلك.

لقد منح قانون المنافسة الحق لجمعيات حماية المستهلك في طلب استشارة مجلس المنافسة<sup>(39)</sup> في المسائل المتعلقة بنشاطها وهو ما تؤكد المادة 35 فقرة 02 من قانون المنافسة<sup>(40)</sup> غير أن المادة حصرت مجال الاستشارة التي يقدمها مجلس المنافسة في المواضيع المتعلقة بالمنافسة في حين أننا نجد بأن إهتمامات جمعيات حماية المستهلك وأهدافها أوسع بكثير من مجال المنافسة.

كما يمكن لهذه الجمعيات كما سبق بيانه أن تخطر مجلس المنافسة طبقا لنص المادة 44 أمر 03/03 وذلك متى كان لها مصلحة في ذلك. ومصلحة جمعيات حماية المستهلك تتجلى إما في مصالح أعضائها الفردية أو الجماعية وإما في المصالح الجماعية للمستهلكين. وتعد فكرة المصالح الجماعية غير واضحة كفاية لأنها تقع على الحدود بين المصالح الفردية والتي يتولى الفرد المتضرر حمايتها، وبين المصالح العامة التي تهم المجتمع بأسره ويتولى حمايتها وكيل الجمهورية.(41)

ويشترط في الإخطار أن يوجه في أربع نسخ وأن يتضمن تسمية الجمعية ومقرها والأعضاء الذين يمثلونها وهو ما تؤكد المادة 15 من مرسوم 44/96 الذي يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة(42)

ويستمع مجلس المنافسة لجمعية حماية المستهلك باعتبارها طرفا في النزاع ويصدر قراره الذي يمكن لها أن تستأنفه أمام مجلس قضاء الجزائر، الغرفة التجارية خلال أجل شهر واحد من تاريخ تبليغها به.

#### 4- رفع الدعوى:

تملك جمعيات حماية المستهلك الحق في رفع دعوى أمام الجهات القضائية استنادا لنص المادة 12 من قانون 02/89 والتي تنص على«...إضافة إلى ذلك فإن جمعيات المستهلكين المنشأة قانونا، لها الحق في رفع دعاوى أمام أي محكمة مختصة بشأن الضرر الذي ألحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر المعنوي الذي ألحق بها» ويمكن من خلال نص هذه المادة أن نسجل عدة ملاحظات:

1/ نص المادة يمكن الجمعيات من التدخل في حالة ثبوت الضرر المعنوي وتتمكن من التعويض عنه وهو ما يدفعنا للتساؤل عن قصد المشرع من هذا النص، فهل يقصد بأن الضرر المعنوي الذي يلحق بالجمعية هو نتيجة للضرر المادي الذي لحق بالمستهلك؟ أم أن الضرر المعنوي يعود على مصالحا لجمعية وأفرادها وهذا ما يدفعنا للبحث عن تصور لكيفية تضرر الجمعية معنويا وإستحقاقها لتعويض عن هذا الضرر؟ فالأصل أن الجمعية لا تحتاج للحماية وإنما هي التي تقوم بحماية المستهلك وهو ما دفع بالبعض إلى التعليق على هذا الأمر بالقول بأن جمعيات حماية المستهلك تحتاج لحماية؟

لقد حاول القانون الجديد 03/09 المتعلق بحماية المستهلك تدارك هذا الغموض من خلال نص المادة 19 التي تعرف الضرر الذي يحميه القانون وهو الضرر المادي بالإضافة إلى

الضرر المعنوي، غير أن نص المادة 19 حمل معه إشكالا قانونيا آخر متعلق بسبب الضرر، فالمادة تتحدث عن الخدمة<sup>(43)</sup> وليس عن السلعة أو المنتج المستهلك، مما يجعل الأمر يبدو وكأن المشرع لا يعترف بالضرر المادي والمعنوي إلا إذا تعلق الأمر بخدمة تقدم للمستهلك وليس بغيرها من العلاقات التي قد تربط المستهلك بغيره من الأعوان الاقتصاديين، الأمر الذي يجب على المشرع استدراكه لتجنب التأويل الخاطئ للنص وهروب المنتجين من المسؤولية.

2/ الحق في رفع دعوى أمام الجهات القضائية يكون من ذي صفة على ذي صفة حسب نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية، والصفة تثبت لصاحب الحق الذي هو المستهلك، غير أن المشرع أورد من خلال هذه المادة استثناء يقضي بإمكانية رفع الدعوى من قبل شخص أو هيئة غير صاحب الحق المعتدى عليه، وهنا نكون أمام صفة غير عادية. كما أن المصلحة في الدعاوى التي ترفعها الجمعية يمكن أن تكون بعيدة أي غير مباشرة بسبب الضرر غير المباشر الذي يلحق الجمعية وهو ما يقيم قواعد المسؤولية المدنية.

وهذا الإستثناء يمنح الجمعية إمكانية الحلول محل المستهلكين لمباشرة حقوقهم بسبب الرابطة الوثيقة بين مصالح صاحب الحق المدعى به وهدف الجمعية وهو ما أكدته قانون حماية المستهلك الجديد من خلال نص المادة 23 التي تنص على "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني" وقد ضمن المشرع هذا الحق بمجموعة من النصوص القانونية منها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بسلطة التمثيل، كذلك المادة 16 من قانون 31/90 المتعلق بالجمعيات.

3/ جاء نص المادة 12 السالف الذكر عاما ومطلق بحيث لم يحدد نوع الدعاوى التي يمكن رفعها من قبل جمعيات حماية المستهلك، الأمر الذي يجعل المشرع قد وسع من أنواع الدعاوى التي يمكن رفعها ولم يحصرها فقط في طلبات التعويض المقدمة أمام الجهة الجزائية حسب المادة 16 من قانون 31/90، ومادام أن التعويض يمنح لها على أساس الضرر فإن لها أن تستند على نص المادة 124 من القانون المدني حيث تطالب من خلالها بإصلاح الضرر الناجم عن خطأ المحترفين الذين ألقوا ضررا بالمصلحة العامة للمستهلكين<sup>(44)</sup> فالجمعية رفع دعوى أمام أي جهة قضائية في الفروع المدنية. ويمكن أن نجل الدعاوى التي يمكن لجمعيات حماية المستهلك رفعها فيما يلي:

- الدعوى المرفوعة للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين.
- الإضمام إلى الدعوى المرفوعة مسبقا من طرف المستهلك.
- الدعوى المرفوعة للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة من المستهلكين.
- الدعوى المرفوعة لإلغاء الشروط التعسفية في العقد.

غير أن هذه الدعوى تثير جدلا قانونيا حادا لمخالفتها لنص المادة 106 وحرية الإرادة في التعاقد خاصة وأن هذه الدعوى تلغي شروط رضائية في العقد<sup>(45)</sup>، غير أننا نجد نص المادة 106 يفتح باب الاستثناء في حالة ما إذا جاء به القانون، وبالفعل فقد نص المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على ضرورة مراقبة بنود العقد الذي يبرم مسبقا من أحد الأطراف مع إذعان الطرف الآخر<sup>(46)</sup>، وهكذا فإن عقود الإذعان التي يتعرض لها المستهلك يمكن أن تكون محل دعوى مرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلك نظرا لصفة الإذعان المرتبطة بهذه العقود.

والجدير بالذكر أن قانون 03/09 الجديد ألغى أحكام المادة 12 من قانون 02/89 دون أن يقوم بتعويضها بأي نص آخر الأمر الذي زاد من خلط في المفاهيم، وتضييق لنشاط جمعيات حماية المستهلك بجعله تحسيسي إعلامي فقط.

##### 5- التمثيل في الهيئات المتعلقة بالمستهلك:

تتواجد جمعيات حماية المستهلك بقوة القانون على مستوى أغلب الهيئات والمؤسسات التي لها علاقة بالمستهلك والمحترف، وذلك لإعطاء رأيها في المسائل المتعلقة به، فهي حاضرة في الهيئات الإستشارية كالمجلس الوطني لحماية المستهلك وهذا بناء على نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 272/92، كما أنها ممثلة على مستوى لجنة البنود التعسفية التي تنشأ على مستوى الوزير المكلف بالتجارة<sup>(47)</sup>، كما تتواجد الجمعيات كعضوة في المجلس الوطني للنقابين، وهي ممثلة أيضا المجلس الجزائري لاعتماد أجهزة تقييم المطابقة.

ولقد صاحب تطور جمعيات المستهلكين في فرنسا، تدعيم تمثيل المستهلكين في الهيئات الإدارية. حيث خلق المرسوم الفرنسي الصادر في 19 ديسمبر 1960 لجنة وطنية للإستهلاك، والمجلس الاستشاري المكون من ممثلين عن مختلف الوزارات وآخرين عن المستهلكين وسمح له بالموالجة المستمرة لممثلي السلطات العامة وممثلي المصالح الجماعية للمستهلكين، ثم أنشئ عام 1966 المعهد الوطني للإستهلاك الفرنسي ليكون مركز

للتجارب، كذلك أنشئت عام 1978 سكرتارية الدولة للإستهلاك التي كان لها الفضل وراء صدور التشريعين الخاصين بالمستهلكين في 10 يناير 1978 (48).

إن تواجد جمعيات حماية المستهلك على مستوى أجهزة استشارية وتنفيذية تابعة للسلطة يمكنها ككيان نابع من المجتمع أن تشارك في ضمان سلامة المستهلك وإيصال إنشغالاته للمعنيين والمساهمة في إيجاد حلول لها وهو شكل إيجابي لمشاركة الجمعيات وممارستها لمهامها.

## خاتمة:

لقد آن الأوان ليقوم المشرع الجزائري بإعادة النظر في وجود الجمعيات خاصة فيما يتعلق بتلك التي تنشط في مجال حماية المستهلك وذلك بتوضيح وجودها القانوني الذي يدعم وجودها الواقعي وهذا من خلال ما يلي:

1/ تحويل الدور الذي تلعبه باعتبارها عضوا في أجهزة الرقابة الإدارية إلى صوت فعال وذلك بمنحها جميع صلاحيات الهيئات الرقابية في مجال الإستهلاك ولو على مستوى محل نشاطها.

2/ مادام أن المشرع يمنح الحق لبعض الإدارات في إبداء آرائها في نشاطات جمعيات حماية المستهلك وكذا في المساعدات المالية المقدمة لها، فإن عليه أن يعترف بالطبيعة القانونية الخاصة لهذه الأخيرة وهو ما درج على تسميته بالنسبة لجمعيات أخرى بأعوان السلطات العمومية ﴿ أعوان قمع الغش في القانون الجديد لحماية المستهلك رقم 03/09 ﴾ لما تلعبه من دور بالغ لا يمكن الاستغناء عنه. كما أن منح جمعية حماية المستهلك صفة عون السلطة العمومية يمكنها من ممارسة صلاحيات أوسع بحماية كبيرة أمام قوة المستثمرين المتزايدة.

3/ كما أنه من الملح تدارك الفراغات القانونية الموجودة في قانون 31/90 والخاصة بالوضعية القانونية التي تكون فيها الجمعية غير المصرح بها، كذلك حالة الجمعية التي لم تستلم وصل تصريح التأسيس بعد إنقضاء الأجل، الجمعية التي لا تملك ضمن أعضائها أو مؤسسيها أشخاص متخصصين في العقود وقانون الأعمال وإمكانية تواجدها على مستوى مؤسسات الإستهلاك؟

4/ إن التحديات الناتجة اليوم عن العولمة والتي تواجه جمعيات حماية المستهلك حقيقة، هي الأغذية المعدلة وراثيا، وجمعياتنا اليوم لا تملك المظلة القانونية والمادية اللازمة لتواجه هذا

الموضوع، فهي لم تتعد في اهتمامها تلك الخروقات البسيطة، فكيف لها أن تواجه مستقبلا تحدي هذه الأغذية التي تتطلب بحوث كيميائية لإيجاد الأنماط الوراثية في الزيوت و الحبوب والبذور... إلخ.

وفي الأخير يمكن القول بأن المظلة القانونية لجمعيات حماية المستهلك موجودة رغم النقص الوارد بها، وتفرقها بين مختلف النصوص القانونية، إلا أن الإشكال يبقى مطروحا بجدية حول الوجود الواقعي الفعلي لهذه الأخيرة، خاصة فيما يتعلق بمجال توعية المستهلك بحقوقه والدفاع عنها أمام الجهات القضائية وتمكينه من إدراك بأنه يستهلك ليعيش وليس يعيش ليستهلك.

#### الهوامش:

1- سورة البقرة، الآية 34. كما أن هناك 1- العديد من الآيات التي تنص على ضرورة حماية المستهلك و ترشيد الاستهلاك و منها قوله تعالى «يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما» سورة البقرة، الآية 118.

2- تعد أهم حقوق المستهلك التي نادى بها كل الدول التي عرفت نهضة إستهلاكية.

3- إن قوة التيار الإستهلاكي في أمريكا تكمن في العديد من القضايا التي طرحت أمام القضاء، ومنها التي أثارها المحامي الشاب RALPH NADER الذي أثبت عام 1970 أن مركبات شركة جنرال موتورز غير آمنة. أنظر في هذا الصدد الدكتور قموح عبد المجيد، مقياس في قانون حماية المستهلك، جامعة التكوين المتواصل، فرع قانون الأعمال، الجزائر 2004، ص 3.

4- قانون 02/89 مؤرخ في 07 فيفري 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريد رسمية عدد 06 مؤرخة في 08 فيفري 1989.

5- قانون رقم 03/09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 08 مارس 2009.

6- في الجزائر لا تعرف جمعيات حماية المستهلك هذا التنوع والتطور لتكتفي بشكل غالب جدا وهو عية محلية لا ترقى حتى لإعتبارها وطنية.

7- قانون رقم 31 /90 مؤرخ في 04 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 53 مؤرخة في 05 ديسمبر 1990

8- تنص المادة 41 من الدستور والمدرجة تحت فصل الحقوق والحريات على « حريات التعبير، وإنشاء الجمعيات، والاجتماع مضمونة للمواطن».

9- إن اعتبار الجمعية عقد يجعل ضرورة تكوينها متعلق بتوفر الأركان العامة في كل عقد من رضا ومحل وسبب، غير أن الإشكال يثار في مقارنة عقد الجمعية بالعقود المنشأة في ظل التعديلات التي عرفتها نصوص القانون المدني و التي تجعل الشكلية كركن من أركان العقد، وهو حال قانون التجارة الذي أصبح يلزم كل العقود بأخذ طابع رسمي، في حين تبقى الجمعية بدون هذا التقييد ربما بسبب الرغبة في تشجيع تكوينها وعملها.

10- المادة 21 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش

11- العقود التعسفية التي قد يواجها المستهلك هي التي تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة تحرر مسبقا من أحد الأعوان الاقتصاديين مع إذعان المستهلك الذي لا يمكنه إحداث تغيير حقيقي في هذا العقد. إرجع في هذا الصدد لقانون 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، لا سيما المادة 30 منه. كذلك المرسوم التنفيذي رقم 306/06، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56 مؤرخة في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتمم.

12- المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06.

13- قانون رقم 15/87 مؤرخ في 21 يوليو 1987 يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 31 مؤرخة في 29 يوليو 1987.

14- تضمن ملف تصريح التأسيس حسب المادة 10 من قانون 31/90 الوثائق التالية: قائمة الأعضاء المؤسسين وأعضاء الهيئة القيادية وتوقيعاتهم، حالاتهم المدنية، وظائفهم وعناوينهم، نسختان مطابقتان للأصل من القانون الأساسي للجمعية بالإضافة إلى محضر الجمعية العامة التأسيسية.

15- Pierre Livet : L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques, LGDJ 1974, 294

16- إن الجمعيات التي لا يتم التصريح بها تعد جمعيات سرية، تخضع لعقوبات نص عليها قانون 31/90 في المادتين 45 و47 منه.

17- قد تفقد الجمعيات الحق في إدارة أموالها كنتيجة لعقوبة يتم تسليطها عليها كتدابير تحفظية وهو ما أورده المادة 32 من قانون 31/90.

18- المادة 16 من قانون 31/90.

19- المادة 21 من قانون 03/09 تعرف الجمعية من خلال هدفها المتمثل في ضمان حماية المستهلك.

20- تنص المادة 15 من قانون 31/90 علي مايلي « يمنع أي شخص معنوي أو طبيعي من التدخل في عمل الجمعية ما عدا الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون »

21- مرسوم تنفيذي رقم 272/92 مؤرخ في 06 يوليو سنة 1992 يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين وإختصاصاته، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 08 يوليو سنة 1992

22 - أنظر الباب الثاني من قانون 02/89 المؤرخ في 07 فيفري سنة 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك جريدة رسمية عدد 06 مؤرخة في 08 فيفري 1989 والباب الثالث من قانون 03/09 .

23- ومن أمثلة النصوص القانونية الرقابية التي تخضع لها المنتوجات الموجهة للإستهلاك ما ورد بموجب أمر 04/03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20 يوليو 2003. كذلك قانون رقم 04/04 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يتعلق بالتقييس، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 27 يونيو 2004.

24- المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06.

25- Yves Guyon :Droit des affaires,droit commercial général et société,7eme édition, p 946

26-ONSEIL DE LA CONCURRENCE : Avis n°01-A-13 du 19 juin 2001,relatif à une demande de l'Union Fédérale des consommateurs sur les conditions d'une concertation entre les associations de consommateurs et la profession bancaire,p09.

27- أنظر المادة 11 من قانون 31/90.

28- كان قانون 02/89 المتعلق بحماية المستهلك أكثر وضوحا فيما يخص التعويض عن الضرر من خلال المادتين 12 و 23 والذي ألغي بموجب قانون 03/09 دون أن يتم تعويض مثل هذه النصوص القانونية فيه

29- Yves Guyon : opcit, p 948

30- Yves Guyon : Ibid p 948

31 - نصت المادة 21 من قانون 03/09 على وسائل تدخل الجمعيات لحماية المستهلك وهي الإعلام التحسيس التوجيه والتمثيل.

32- علي بولحية بن بوخميس: القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري،ص66.

33- المادة 23 من قانون 02/89 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك. المادة 21 قانون 03/09.

34- مركب حفيزة:الحماية التشريعية للمستهلك في جودة المنتج والخدمة،رسالة لنيل شهادة الماجستير،فرع قانون الأعمال،الجزائر 2001.

35- مركب حفيزة: مرجع سابق،ص 75.

36- قندوزي خديجة: حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999،مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال،الجزائر 2001،2000،ص163.

37- وبناء علي ذلك عاقب القضاء شركة L'U.F.C التي طرحت نظام المقاطعة ضد منتجات شل نتيجة غرق السفينةL'Amoco Cadiz التي استؤجرت بواسطة الشركة. أنظر السيد محمد السيد عمران:حماية المستهلك أثناء تكوين العقد،دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك،منشأة المعارف ،مصر ،بدون سنة النشر،ص160.

38- السيد محمد السيد عمران: مرجع سابق،ص160.

- 39-كتو محمد شريف:حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة،مجلة إدارة،المجلد 12،العدد01،سنة 2002.
- 40 - أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد43 مؤرخة في 20 يوليو 2003.
- 41 - قندوزي خديجة،مرجع سابق،ص161.
- 42 - مرسوم رئاسي رقم 44/96 مؤرخ في 26 جانفي 1996،يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة ، جريدة رسمية عدد05 ،مؤرخة في 17 جانفي 1996.
- 43 - تنص المادة 19 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك على:" يجب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا تسبب له ضررا معنويا"  
44-M.Kahloula et G.Mekamcha : La protection du consommateur en droit algérien,revueIDARA, volume 6, n°1, 1996,p60 .
- 45 - لعجال لامية:الحماية الفردية والجماعية للمستهلك،رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون،فرع قانون الأعمال،جامعة الجزائر 2002.
- 46 - مرسوم تنفيذي رقم 306/06،مرجع سابق،المادة 01،الفقرة 02.
- 47 - المادة 08 من مرسوم تنفيذي رقم 306/06، مرجع سابق، حيث تمثل الجمعية بعضوين.
- 48 - السيد محمد السيد عمران: مرجع سابق،ص162

# القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي الإلكتروني

موكه عبد الكريم

أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم

السياسية - جامعة جيجل

## مقدمة:

تعتبر العقود الإلكترونية<sup>(1)</sup> إحدى الركائز والأساليب الأكثر شيوعاً واستخداماً في شراء وبيع السلع والخدمات عبر الحدود. وقد صاحب التقدم العلمي والتكنولوجي والصناعي المعاصر إلى ظهور هذا النوع من العقود وذلك باعتبارها وسيلة سهلة ورخيصة للانتشار والتسوق على مستوى العالم. حيث لا يحتاج البائع إلا لمجرد اتخاذ موقع له على شبكة الإنترنت أو إنشاء بريد إلكتروني E-MAIL يستطيع من خلاله الاتصال بالعملاء في مختلف دول العالم<sup>(2)</sup>، والتي قد يكون من المتعذر الوصول إليهم بالوسائل التقليدية، التي تكلف الكثير من الجهد والنفقات. في المقابل انفتح المجال بكل يسر وبلا مشقة أمام المشتريين للتعاقد مع هؤلاء البائعين في كل أنحاء العالم دون الحاجة إلى تصفح الموقع الذي يرغب شراء السلعة أو الخدمة التي يحتاجها وبالتالي باتت العقود الإلكترونية ظاهرة من ظواهر التجارة الدولية.

في ظل المتغيرات والتحولات الاقتصادية المحلية والعالمية المعاصرة، لاسيما مع بدء نفاذ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، وقرب انضمام الجزائر لها، فإنه سوف يتعاظم دور عقود التجارة الإلكترونية المبرمة في مجال التجارة الدولية للسلع والخدمات وفي مجال التنمية الاقتصادية والمشروعات الاستثمارية بين الدول في العالم، ومع غياب النظم القانونية الوطنية التي تقوم بتنظيم خصوصيتها وذلك لخصوصية تلك العقود باعتبارها عقوداً مركبة، تثير إشكاليات ذاتية كثيرة، سواء في إبرامها من حيث تحديد مجلس العقد، أو من حيث طبيعتها، أو إثباتها أو أهلية المتعاقدين، أو القانون واجب التطبيق على هذه العقود، وتعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية مشكلة مهمة في ظل عدم وجود مستندات ورقية فضلاً عن انتقال العملية التعاقدية عبر الحدود الإقليمية للدول وتنوع جنسيات أطراف العلاقة التعاقدية.

و تختلف الحلول المقررة لمشكلة تنازع القوانين في شأن عقود التجارة الإلكترونية الدولية عن الحلول المعمول بها بالنسبة لغيرها من الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، من حيث الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد. ويظهر هذا الاختلاف في قواعد الإسناد<sup>(3)</sup> التي تبين القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية لا شأن لإرادة الأطراف فيها، باستثناء العقود الدولية (خاصة عقد البيع الدولي) تعدّ إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد، من خلالها يتمّ تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يعني إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية بصفة عامة، وفي عقود البيع الإلكترونية الدولية بصفة خاصة. بالتالي فالإشكالية المطروحة في هذه الحالة تتمحور حول مكانة إرادة أطراف العقد في تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية؟، وعلى هذا الأساس سوف يتم التطرق إلى: إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي الإلكتروني (أولاً)، ثم التطرق إلى نطاق تطبيق قانون الإرادة وحدوده (ثانياً).

#### أولاً: إخضاع عقد البيع الإلكتروني الدولي إلى قانون الإرادة<sup>(4)</sup>

قبل التطرق إلى تحديد قانون الإرادة الذي يحكم عقد البيع الإلكتروني الدولي، وجب علينا الوقوف على ضبط تعريف هذا النوع الجديد من العقود، ثم التطرق إلى تحديد مفهوم قانون الإرادة الذي يحكم عقد البيع الإلكتروني الدولي.

أ/ مفهوم عقد البيع الإلكتروني: يتم التطرق في هذا العنصر خاصة إلى ضبط عقد البيع الدولي الإلكتروني من خلال دراسة على القوانين المقارنة، بالإضافة إلى تحديد مضمون قانون الإرادة الذي يحكم هذا النوع من العقود الجديدة وأساس ذلك.

#### 1/ تعريف عقد البيع الإلكتروني في القوانين المقارنة

يتميز العقد الإلكتروني عن بقية العقود الأخرى، بأنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، ويقصد بالعقود المبرمة عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، وبالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع تطرق إلى تعريف عقد البيع بأنه عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل الملكية للمشتري ملكية الشيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي<sup>(5)</sup> دون التطرق إلى التعامل الإلكتروني عكس ما كان في التشريعات المقارنة في هذا المجال، فقد عرفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني<sup>(6)</sup> العقد الإلكتروني على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كلياً أو جزئياً".

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

فالمشرع الأردني لم يكتف بتعريف العقد الإلكتروني، وإنما عرف إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها، معتبرا أنه يكفي أن تتم مرحلة واحدة من مراحل إبرام العقد بالطريق الإلكتروني، ليعتبر العقد برمته إلكترونيا، كما جاء تعريفه للوسيلة الإلكترونية مفتوحا على ما ستسفر عليه تطورات التقنية مستقبلا.

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي<sup>(7)</sup> المبادلات الإلكترونية في مادته 2 على أنها: " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"، وعرف التجارة الإلكترونية بأنها: " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

أما في فرنسا، فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة أين عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة"، فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية، بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع الفرنسي أشار في المادة 16/121 من قانون الاستهلاك رقم 88-21 إلى عقد البيع الإلكتروني تحت عنوان عقد البيع عن بعد *contrat de vente en ligne* الذي يقصد منه البيع عبر شبكات الاتصال خاصة الانترنت<sup>(8)</sup>.

أما بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني (المبرم عبر شبكة الانترنت) حسب الفقيه بشار محمود دودين انه يمتاز بنفس مميزات عقد البيع التقليدي، فهو عقد رضائي تبادلي ملزم للجانبين وناقل للملكية، كما أن عقد البيع الإلكتروني ينعقد دون تحقق الحضور المادي للبائع والمشتري<sup>(9)</sup>.

## 2/ تعريف عقد البيع الإلكتروني في المواثيق الدولية:

بالعودة خاصة إلى أحكام القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية (UNCITRAL أو CNUDCI)<sup>(10)</sup>، لا نجد تعريف خاص بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني إنما هناك مقاربات خاصة بعقود التجارة الإلكترونية بصفة عامة، لكن بالعودة بصفة خاصة إلى المادة 16 منه نجد أن مضمونها يتعلق أساسا بالتجارة الإلكترونية في مجالات محددة، إذ تم

الإشارة في مضمون المادة إلى عقود البيع الدولية المتعلقة بالبضائع ونقلها، كما انه في سياق النصوص المتعلقة بطريقة الإبرام واستلام رسائل البيانات الالكترونية في العلاقة التعاقدية، نجد فيها الإشارة بصفة دائمة إلى قانون الإرادة<sup>(11)</sup>. كما نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال<sup>(12)</sup>، بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد: " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

كما تناولت اتفاقتي روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وفيما الخاصة بالبيع الدولي للبضائع<sup>(13)</sup> عقد البيع الدولي دون الإشارة إلى طريقة إبرام العقد إذ كان بطريقة تقليدية أو الكترونية مما يجعل مجال تطبيقها وارد على عقد البيع الالكتروني الدولي بالإضافة إلى أحكام القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية<sup>(14)</sup>.

### ب/ مضمون خضوع عقد البيع الالكتروني الدولي لقانون الإرادة:

بالنظر إلى خاصية العقود الدولية التي تخرج عن المجال التشريعي للدول، فإن أطراف العلاقة التعاقدية تجد نفسها أمام فراغ قانوني لان عقدهم لا يخضع إلى قانون أية دولة لزوماً، عكس العقد الذي تكون جميع عناصره وطنية إذ لا يثير أي إشكال حول إبرامه أو تنفيذه باعتباره يخضع إلى سلطان قانون الدولة التي أبرم فيها والمنازعات الناجمة منه لاختصاص المحاكم الوطنية، بالتالي فعقد البيع الالكتروني الدولي في خانة العقود التي تخرج عن سلطان قانون الدولة لاتصافه بالدولية ومن ثم تثار مشكلة تنازع القوانين، رغم أن العقد يجب أن يخضع في إبرامه وشروطه وأثاره إلى قانون معين فللأطراف إضافة اتفاقهم (شروط العقد)، عليهم تحديد القانون الذي يحكم هذه العلاقة التعاقدية، وهذا التحديد يكون باتفاقهم وهو الذي يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة في تحديد قانون العقد "loi d'autonomie"<sup>(15)</sup>.

1 / أساس قانون الإرادة: إن أساس قانون الإرادة في مجال البيوع الدولية الالكترونية يمكن استنباطه من خلال الاتجاهات الفقهية التي قيلت في طريقة اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، إذ نجد اتجاهين تأثرت بهما التشريعات الداخلية للدول، فمن الدول

التي أطلقت حرية أطراف العقد في تحديد قانون العقد الدولي (النظرية الشخصية) بالتالي يسمو اتفاق الأطراف على القانون باعتبار أن القانون المختار يستمد قوته الملزمة من الاتفاق كما أن القانون المحدد جزء من العقد باعتبار أن أحكام هذا القانون اندمجت مع شروط العقد<sup>(16)</sup> ، على العكس نجد دول أخرى تأثرت بالنظرية الموضوعية التي تقيد حرية أطراف العقد الدولي (النظرية الموضوعية) فيجوز لأطراف العقد الدولي تحديد القانون الذي يحكم العقد لكن ليس بصفة طليقة إذ تنقيد هذه الإرادة بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بالعقد بمعنى وجود صلة أو علاقة بين القانون المختار والعقد<sup>(17)</sup>.

## 2/ شروط اختيار القانون الذي يطبق على عقد البيع الإلكتروني الدولي:

بالعودة إلى أحكام قواعد التنازع في القانون المدني الجزائري، وخاصة نص المادة 18 منه التي تنص على: (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد....)، بالتالي يمكن القول أن المشرع يشترط لإعمال قانون الإرادة توافر الشروط التالية:

أ) أن يكون العقد دولياً: ويكون كذلك إذا تضمن عنصراً أجنبياً.

ب) التعبير على القانون واجب التطبيق على العقد الدولي: الأصل أن التعبير على الإرادة يكون في العقود الدولية التقليدية أو الإلكترونية صريحاً<sup>(18)</sup> وذلك باتخاذ أحد الأشكال الكتابية التي ينص عليها القانون الداخلي<sup>(19)</sup> ، وبالعودة إلى المادة 18 من التقنين المدني المشرع لم يحدد طريقة التعبير عن الإرادة أو الشكل الذي تتخذه ومن ثم يمكن القول أن المشرع اخذ بإحدى الحالتين في التعبير عن الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية (خاصة بالعودة إلى القواعد العامة المادة 60/2 من القانون المدني)<sup>(20)</sup> ، كما أن اتفاقية روما أقرت أن التعبير عن الإرادة للتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يمكن أن يكون صراحة أو استخلاصه من ظروف التعاقد، والتوجه نفسه نجده في اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع<sup>(21)</sup> . أما بالنسبة للعقد البيع الدولي الإلكتروني إنما التعبير عن القانون واجب التطبيق عادة ما يكون بطريقة صريحة من خلال إدراج العقد بنداً يحدد القانون واجب التطبيق أو بأن يدرج هذا البند في اتفاق مستقل لاحق بسند الكتروني، كما يمكن أن يكون ضمناً من ظروف الواقع وملابساته<sup>(22)</sup> .

ج) وجود صلة حقيقية بين قانون الإرادة والمتعاقدين أو العقد: المشرع الجزائري قيد من حرية الأفراد في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي من خلال استعماله في المادة 18

السالفة الذكر لمصطلح (صلة حقيقية) إذ أُلزم الأطراف أن يقوموا باختيار قانون له صلة حقيقية بهم أو بالعقد، عكس ما كان عليه الحال قبل تعديل المادة 18<sup>(23)</sup> ، إذن حتى في مجال عقود البيع الالكترونية يجب على الأطراف تحديد القانون الذي له صلة حقيقية بهم (الأطراف مثلا الجنسية المشتركة) أو بالعقد.

### ثانيا: نطاق قانون الإرادة وحدود تطبيقه على عقد البيع الدولي الالكتروني

إن مجال تطبيق قانون الإرادة هو الالتزام التعاقدى بشكل عام، وذلك في حالة اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون واجب التطبيق سواء كان صراحة أو ضمنا، ويتم تطبيق القانون المختار على العقد من كافة نواحيه باستثناء الأهلية وشكل العقد بالإضافة إلى عق البيع الالكترونية المتعلقة بالعقار، فالقانون الذي يتم تحديده يسري على الأركان العامة للعقد وشروط صحة إثباته والآثار المترتبة على هذا العقد، فإرادة المتعاقدين في عقد البيع الدولي الالكتروني كذلك المكرسة في العقود الدوائية التقليدية وهي أوسع من العقود الداخلية، ذلك أن الإرادة في العقود الداخلية مقيدة بالقواعد الآمرة خاصة كما أنها قاصرة على القواعد المكملة والمفسرة<sup>(24)</sup> .

كما نجد أن قانون الإرادة يتم استبعاده في حالة مخالفة النظام العام لدولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع أو وجود غش نحو القانون الوطني للقاضي، كما أن هناك بعض عقود البيع الالكترونية الدولية التي يحدد فيها البائع جميع بنود العقد دون تدخل المشتري في ذلك (العقود النموذجية).

أ/ نطاق تطبيق قانون الإرادة: أن التصرفات الناتجة عن الإرادة تكون متعددة ومتنوعة في العقود الدولية، إذ أن الفقه والتشريع المقارن استقر على الأخذ بقانون الإرادة كقاعدة عامة في إطار القانون الواجب التطبيق وكافة الشروط الموضوعية المتعلقة بالعقد المبرم الكترونيا (الانترنت)، فانعقاد عقد البيع الدولي الالكتروني يتوافر على أركانه لينتج الآثار المرجوة منه بعد تحقق أركانه كافة<sup>(25)</sup> .

1/ التراضي: إن التراضي هو الأساس في أي عقد يتم إبرامه ويكون نتيجة لاتفاق إرادة طرفي العقد<sup>(26)</sup>، بالتالي تطابق الإيجاب والقبول في عقد البيع الدولي الالكتروني يكون عن طريق تبادل الرسائل الالكترونية بالرغم من عدم تواجد أطراف العقد في مجلس واحد، لكي ينعقد العقد لابد أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من المتعاقد الآخر، ولا بد أن يقترن الإيجاب بالقبول ويرتبط بهذه المسائل، مسألة مكان وزمان اقترانهما، والتي لها مكانتها الهامة والتميزة في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية<sup>(27)</sup>.

وبالعودة إلى التشريع الجزائري نجد أنه في قواعد التنازع لم يتطرق للعقود الالكترونية وإنما ذكر بصفة عامة في نص المادة 18 موضوع الالتزامات التعاقدية في العقود الدولية، وضمنيا عقد البيع الدولي الالكتروني الذي يولد التزامات للأطراف المتعاقدة يخضع لهذه القاعدة التي تقر باختصاص قانون الإرادة، ومن ثم كذلك تقابل الإيجاب والقبول يخضع لقانون الإرادة ماعدا أهلية الأطراف المتعاقدة إنما يتم إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص<sup>(28)</sup> ، على أساس أن توافر التراضي ركن أساسي لانعقاد العقد وبما أن الرضا يقوم على تصرفات الشخص فمن الأساسي أن يكون الشخص كامل الأهلية<sup>(29)</sup> .

**2/ محل وسبب التعاقد:** يطبق بشأنهما قانون الإرادة بصفة عامة، ولكن مع بعض الاستثناءات التي يجب أخذها بعين الاعتبار، كما هو الشأن بالنسبة لمحل العقد، إذ أورد البعض استثناءا فيما لو كان محله مالا أو عملاً، فيقررون إخضاعه في الحالة الأولى لقانون موقع المال، وفي الحالة الثانية لقانون محل تنفيذ العمل، وأما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال، فيجب التفرقة بين العقود المتعلقة بالعقارات وتلك الواردة على المنقولات، فتخضع الأولى لقانون موقع العقار وفقا للاستثناء الوارد في المادة 2/18 ق.م.ج، وأما تلك التي يكون محلها أموالاً منقولة فتخضع لقانون الإرادة، وأما السبب فقد اتفق الفقه الراجح على إخضاعه لقانون العقد، ولكن مع مراعاة القيد المتعلق بالنظام العام.

**3/ آثار العقد:** لا شك أنّ الهدف الأساسي من التعاقد هو تحقيق النتائج المنتظرة من ذلك وترتيب كل الآثار القانونية، لذا أصبح من الضروري إخضاعها لقانون الإرادة الذي يستجيب أكثر لمصلحة المتعاقدين، إلا أنّ هذا التسليم يرد عليه بعض الاستثناءات التي تخضع هذه الآثار لقانون آخر غير القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف، وهذا ما سيتضح لنا من خلال الآثار المتعلقة بالنسبة للأشخاص، وكذلك النسبة للآثار المتعلقة بالموضوع.

#### • آثار العقد بالنسبة للأشخاص:

تخضع آثار العقد فيما يتعلق بالأشخاص إلى قانون العقد بصفة عامة، فهذا الأخير هو الذي يتولى تحديد من له الحق في الاستفادة من العقد، وكذا من يلتزم به سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير، ومن ثمة يحدد هذا القانون مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص، وإلى المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير<sup>(30)</sup>، ولكن قد يستثنى فيما يتعلق بانصراف آثار العقد إلى الخلف العام كل المسائل التي تدخل في نطاق الميراث، حيث يسري عليها قانون الهالك وقت موته<sup>(31)</sup> .

## • آثار العقد بالنسبة للموضوع:

قلماً يتفق الأطراف في عقدهم على كافة الشروط والتفاصيل الخاصة بآثار العقد وتنفيذه وما يترتب عن عدم التنفيذ في العقود الدولية الالكترونية، مما يقتضي الرجوع إلى القانون المختص لتكملة النقص بواسطة أحكامه الآمرة والمكملة، ولكي يتوصل القاضي إلى تطبيق الأحكام القانونية المناسبة الواجبة التطبيق، يجب أولاً تفسير العقد الذي اختلفت بشأنه الأنظمة القانونية، ففي الدول التي تأخذ بالإرادة الباطنة كالنظام الفرنسي والأنجلوساكسوني والدول العربية، يجب البحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين<sup>(32)</sup>، وهذا على خلاف النظام الجرمانى الذي يأخذ بالإرادة الظاهرة والتوقف عند الإرادة المصرح بها في العقد<sup>(33)</sup>. فيما يتعلق بتحديد نطاق العقد، أي بيان ما يولده من حقوق والتزامات سواء تم استخلاصه من نية المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وبعد تحديد كل هذه المسائل فقد يلزم المتعاقدين بتنفيذه. فإذا كان الاتجاه الغالب يرى إخضاع مثل هذه الالتزامات لقانون العقد، إلا أنها تخضع في تنفيذها للقانون محل التنفيذ، الذي يتولى تحديد طريقة التنفيذ وكيفياته، لأن التنفيذ كثيراً ما تحكمه قواعد تدخل ضمن دائرة تنظيم الأمن المدني وتخرج من نطاق العقد، وبهذه الصفة تتمتع بالإقليمية وتسري على التنفيذ أيّاً كان القانون الذي يحكم الالتزام الذي عينته الإرادة، كما هو الشأن في الأحكام الآمرة الخاصة بإجراءات التنفيذ أو الخاصة بالتقادم، فتطبق بالأولوية في بلد التنفيذ ويجب احترامها ومراعاتها ولا يمكن تفاديها بالتذرع بأحكام القانون المتفق عليه، وهذه الأحكام إنما أصلاً هي مقررة في العقود التقليدية لكن يمكن أن يتم إخضاع عقود التجارة الالكترونية الدولية إلى هذه الأحكام العامة ما دام أن عقد البيع الالكتروني يكون نظري عند إبرامه ولكن حقيقي مادي عند تنفيذه، كذلك أنه ما دام هناك التزامات تعاقدية يجب الوفاء بها.

### ب/ حدود تطبيق قانون الإرادة على عقد البيع الالكتروني الدولي (الاستثناءات)

إن إمكانية تحديد أطراف عقد البيع الدولي الالكتروني للقانون واجب التطبيق على العقد بحرية، بالإضافة إلى تحديد الالتزامات المتقابلة بين الطرفين قائم على مبدأ سلطان الإرادة، لا يعني أن الأطراف لهم كامل الحرية في ذلك إنما هذه الحرية تصطدم ببعض الاستثناءات التي أقرتها التشريعات الداخلية وكذا الاتفاقات الدولية<sup>(34)</sup>.

1/ استبعاد قانون الإرادة لمخالفته النظام العام أو لغش نحو قانون القاضي<sup>(35)</sup> : من أهم القيود التي تواجه القانون المختار هي فكرة النظام العام، وهذه الفكرة وإن كانت غير

متعارضة مع مبدأ حرية أطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما<sup>(36)</sup>، إلا أنه يمكن في بعض الحالات أن تؤدي إلى إهدار إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق<sup>(37)</sup>. أن فكرة النظام العام وفقا للقانون الداخلي تستخدم للحد من مبدأ سلطان الإرادة حسب الاتفاقات التي تبرم وفقا للمادة 106 ق. م. ج وإخضاعها للقيود التي جاءت بها المادتان 96 و 97 من القانون السالف الذكر<sup>(38)</sup>، وأما في إطار تنازع القوانين فيقتصر النظام العام على استبعاد القانون المختار كما هو الشأن في المادة 24 ق. م. ج التي تنص على أنه:

« لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة ».

فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أنّ المشرع الجزائري أخذ بفكرة النظام العام بمفهومها الحديث، المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي حماية لبعض القواعد القانونية الأمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العامة، وكذا بعض المصالح الخاصة التي نظمها المشرع تنظيماً أمراً.

بالتالي ففي عقد البيع الدولي الإلكتروني يحد النظام العام<sup>(39)</sup> من تطبيق قانون الإرادة إذا كان مخالفاً له ويظهر ذلك خاصة في عنصري الأهلية وشكل التصرفات القانونية بالإضافة إلى عنصر حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إذ يلجأ القاضي إلى تطبيق قواعد قانون ضرورية التطبيق لما لها من حماية لأطراف العقد.

فبالنسبة لعنصر الأهلية فإن العلاقات التعاقدية في مجال عقود البيع الإلكتروني يتم إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص وذلك لما تقرره من حماية خاصة بالنسبة للتصرفات الصادرة من ناقص الأهلية أو فاقدها، كما أن الطابع الاستثنائي بالنسبة لهذه العقود التي يصعب فيها تقدير أهلية أطراف العقد عند إبرامه عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة (وسائل الاتصال الإلكتروني)، دفعت بفقهاء تنازع القوانين إلى طلب إخضاع أهلية الأشخاص في عقود التجارة الإلكترونية إلى قانون الجنسية لأن قانون المحل لا يمكن تقريره مادام أن العقد يتم إبرامه على الهواء بالوسائل الإلكترونية، أكثر من ذلك لا يمكن التحقق من أهلية المتعاقد ما دام أن البيانات الخاصة بالعقد والمتعاقد يتم كتابتها في المواقع الإلكترونية من خلال ملاء الاستثمارات المتعلقة بالعقد دون حضوره في مجلس العقد<sup>(40)</sup>.

-أما بالنسبة لعنصر الشكل الذي يتخذه عقد البيع الدولي الالكتروني، فنجد أن شكل العقد يمكن أن يخضع إلى قانون الإرادة (القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية) ، لكن باعتبار أن الأصل في شكل العقود الدولية إنما يخضع إلى قانون محل الإبرام (قاعدة locus regit actum)، كما انه وبالنظر إلى الطابع الاستثنائي للعقود الالكترونية التي ليس لها تركيز مكاني محدد يصعب تطبيق قاعدة قانون المحل، لكن هذه القاعدة إنما أصبحت تتطور باتجاه اعتماد دول موطن احد المتعاقدين<sup>(41)</sup>، كما أن اتفاقية روما أقرت بان العقد الدولي صحيحا من حيث شكله إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في إحدى دول موطن احد المتعاقدين، غير أن بعض الفقهاء شكوا في جدوى هذا الطرح فيما يتعلق بالعقود الالكترونية الدولية على اعتبار أن هذا النوع لا يمكن إدراجه في العقود الرسمية للدولة<sup>(42)</sup>، لذلك نجد أن بعض الفقه ذهب إلى القول بان أفضل الحلول لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الالكترونية من حيث شكلها والمشاكل التي يثيرها تباين الأنظمة القانونية، يتمثل في إبرام المعاهدات الدولية.

كما نجد استثناء على قانون الإرادة في مجال العقود الدولية الالكترونية عندما يكون محل العقد عقار، بالتالي يتم إخضاع العلاقة التعاقدية إلى قانون موقع العقار وذلك بالنظر إلى تعلق العقار بالنظام القانوني لقانون دولة موقعه، كما انه حماية لاستقرار المعاملات والحقوق اللصيقة بهذا العقار يجب إخضاع العقد الى قانون موقعه.

**2/ استبعاد قانون الإرادة لتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري:** يتم أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري مباشرة دون استشارة قواعد التنازع، فللقاضي السلطة الكاملة في استبعاد القانون الواجب التطبيق كلما تبين له ذلك، وهذا عن طريق ما يقوم به من تحليل القواعد التي ينتمي إليها لغرض استخلاص أهدافها والبحث عن مدى إرادتها في التطبيق، فإن تبين له ذلك فيقوم بتطبيقها<sup>(43)</sup>، لذلك أصبح أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد القانون الذي أشارت إليه الإرادة لم يعد محل جدال كلما كانت هذه المخالفة تمس القواعد الآمرة في دولة القاضي، سواء تلك التي تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني بصفة عامة، أو تلك التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إذا ما رجعنا إلى القانون الجزائري، نجد هناك مجموعة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، كتلك الواردة في قانون المنافسة، حيث تعد أحكامه آمرة باعتبارها تهدف إلى تنظيم المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين<sup>(44)</sup>، لذلك تقتضي الضرورة استبعاد كل التصرفات التي يمكن أن تمس المنافسة

النزيهة، وهذا ما يفهم من المادة الأولى من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، التي تنص على ما يلي:

« يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين »<sup>(45)</sup>.

ودائماً في إطار القوانين المتعلقة بالمنافسة التي تبين أهمية هذا الجانب في تنظيم الاقتصاد الوطني، نجد ما جاء به كذلك الأمر رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وهذا حسب المادة الأولى من هذا الأمر التي تنص على ما يلي:

« يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه »<sup>(46)</sup>. وأكثر من ذلك هناك بعض النصوص وردت في هذا القانون جاءت بصيغة أمر، لذلك لا تكون محل استبعاد من قبل الأطراف ولها دائماً الأولوية في التطبيق، ومن التشريعات التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حتى لا يكون عرضة للشروط المجحفة التي يمكن أن يملها الطرف القوي، ما نص عليه قانون الاستهلاك تُعدّ حماية المستهلك من بين الأهداف الأساسية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، من دون التمييز بين الوطني والأجنبي، فلا يعتد بجنسية لمن تقررت لمصلحته الحماية، فكل من يقيم بصفة مؤقتة في إقليم دولة معينة يمكن له أن يستفيد من الحماية التي أقرها قانون الاستهلاك، وما يفيد أن المشرع الجزائري قد أقرّ حماية قانونية للمستهلكين هو ما ورد في نص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك:

« يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش »<sup>(47)</sup>.

وعلى ذلك فإن عقود الاستهلاك المبرمة عن طريق الاتصالات الحديثة هي في مقام عقود البيع (عقود معاوضة)، تكون بين البائع والمشتري المستهلك تخضع بصفة عامة إلى القانون الذي يختاره المتعاقدان (قانون الإرادة)، لكن بتحفظ شديد من الفقه والقضاء وكذلك ما استقرت عليه التشريعات وهو أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الأمرة لقانون الدولة لتي

يوجد بها محل إقامته، والراجح لدى الفقه أن تطبيق القاعدة السابقة المأخوذة من اتفاقية روما وما وقفها من الاتفاقيات والتشريعات الأخرى على العقود الالكترونية يجعل تطبيق قانون محل إقامة المستهلك أمراً مقبولاً وذلك لان عرض السلع إنما يتم استقباله عبر الشاشة، خاصة العقود المبرمة عبر الانترنت وفي محل إقامة المستهلك الذي له صلة بالعقد<sup>(48)</sup>، كما أن المستهلك يقوم بالأعمال الضرورية لإتمام العقد عند قبوله الإيجاب المعلن من البائع في صفحات الانترنت<sup>(49)</sup>.

بالتالي ففي عقود البيع الدولية الالكترونية التي لها طابع عقد الاستهلاك التي يتم فيها عرض السلعة عن طريق شاشة الانترنت لجمهور المستهلكين أو من خلال قيام البائع بإرسال رسائل الكترونية عن طريق البريد الالكتروني، فالعرض في هذه الحالة يتم استقباله في محل إقامة المستهلك متى قام هذا الأخير بالدخول إلى موقع المعلن فيه السلعة في محل إقامته<sup>(50)</sup>.

وعليه فان عقود الاستهلاك الالكترونية تكون وثيقة الصلة بقانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك متى كان هذا الأخير قد قام بالإعمال الضرورية اللازمة لإبرام العقد في هذه الدولة، إذن العبرة بقانون بلد محل الإقامة العادية للمستهلك المتعامل عبر شبكة الانترنت وذلك لدرء الغش او التحايل نحو تطبيق قوانين لا تخدم ولا توفر حماية كافية للمشتري المستهلك.

### الخاتمة:

من خلال التحليل السابق يتبين لنا أن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني، يعدّ من المبادئ الأساسية التي يُعتمد عليها في فضّ مشكلة تنازع القوانين القائمة بين مختلف الأنظمة القانونية، كلّما كان النشاط يتعلق بمعاملات التجارة الدولية، فتكون للأطراف إمكانية اختيار أحد القوانين المناسبة لحكم الرابطة العقدية. وبالرغم من الصعوبات التي تعتلي هذا النوع من العقود خاصة بالنظر إلى طابعها الاستثنائي مقارنة بعقد البيع التقليدي الذي يكون بالتقاء أطراف العقد في مجلس واحد إلا أنها تسهل من عمليات التعاقد من خلال تقريب الأطراف المتعاقدة بالنظر إلى المسافة البعيدة، لكن ما يعاب على المشرع الجزائري خاصة انه لم يواكب التطور الحاصل في مجال المعلوماتية ووسائل الاتصال الحديثة.

فرغم غياب نصوص صريحة ضمن قواعد القانون المدني تتعلق بمدى مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد، يعطى للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتهما، وبالتالي لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة للعقد من أجل التعاقد إلكترونياً، إلا أن عدم تنظيم المشرع للوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة يثير الكثير من الصعاب، بالنظر إلى المخاطر المتعلقة بالثقة التي توفر للمتعاقدین خاصة تلك التي قد يتعرض إليها المستهلك الذي أولاه المشرع بحماية خاصة، لذلك نقترح النص صراحة في القانون المدني على الاعتراف الصريح برسالة البيانات في التعبير عن الإرادة وتنظيمها كما فعلت ذلك التشريعات المقارنة ووضع قواعد صريحة من شأنها توفير حماية خاصة للمستهلك في العقود الإلكترونية التي يبرمها.

كذلك هناك بعض المسائل القانونية التي يجب استجلاؤها قبل الدخول في التعاقد على الشبكة الدولية للمعلومات الانترنت، ولاسيما فيما يتعلق بالأهلية المتوافرة لدى المتعاقدين، وحدود سلطة كل طرف من الأطراف المتعاقدة.

وفي الأخير يمكن القول أن عقد البيع الدولي الإلكتروني بكل ملامحاته القانونية التي تطرقنا إليها قد كشف بالفعل عن قصور القواعد القانونية الكلاسيكية الحالية في نظرية العقد على حلها، وهذا ما لا يكاد يختلف عليه الباحثون في مجال قانون التجارة الإلكترونية، وذلك ما يستدعي إلى سن إما قانون مستقل ينضم المعاملات الإلكترونية أو تعديل قواعد القانون المدني كي لا تتصادم مع التقنيات الحديثة. كما انه على المشرع الجزائري أن يسلك درب المشرع التونسي أو الأردني والبحريني (أو الدول الغربية) خاصة عند قيامهم بإصدار تقنيات خاصة تنظم المعاملات التجارية الإلكترونية، بالإضافة إلى التوسيع من قواعد التنازع من خلال إقرار أكثر حرية بالنسبة للقاضي لتقدير القانون الأنسب الذي يحكم العقد الدولي في حالة غياب قانون الإرادة.

## الهوامش:

<sup>1</sup>- انظر في ذلك المقاربة التي قدمتها الأستاذة Camille forment حول العقود الإلكترونية:

Les contrats du commerce électronique sont indifféremment les contrats conclus en ligne et exécutés hors ligne et les contrats conclus et exécutés en ligne. Mais il importe de distinguer les conséquences juridiques liées à l'une et à l'autre de ces deux catégories de contrats, Voir Camille forment, loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire de D.E.S.S. Droit du Multimédia et de l'Informatique, université Paris 2, 2001, p 4.

<sup>2</sup> - يمكن الحديث عن طريقتين لإبرام عقد البيع الإلكتروني: فالأولى تتمثل في التعاقد بالمراسلة عن طريق البريد الإلكتروني Electronique mail، أما الطريقة الثانية فيتم فيها التعاقد بواسطة الاتصال المباشر وذلك من خلال زيارة العميل أو المشتري للموقع الإلكتروني للبائع وعند الموافقة على التعاقد يقوم المشتري بالتوقيع على النموذج المتاح في موقع البائع، في تفصيل ذلك راجع: العطار محمد حسن رفاعي، البيع عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 29.

<sup>3</sup> - تعرف قاعدة الإسناد بأنها: « قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفى أكثر القوانين المناسبة والملائمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها ». نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، "تأملات في ماهية قاعدة التنازع"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد والخمسون، 1995، ص 97. وهذه القواعد قام المشرع الجزائري بالنص عليها من المادة 9 إلى المادة 24 من القانون المدني، التي يسترشد بها القاضي لتحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

<sup>4</sup> - La convention précise que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Cela signifie qu'au moment du conflit, le juge ne pourra pas contester ce choix. N'importe quelle loi peut être choisie, indépendamment du domicile et de la nationalité des parties. Une loi neutre peut donc être retenue afin de ne pas conférer de préférence à un contractant, Voir, la loi applicable au contrat international, in les notes d'information juridique, chambre du commerce et d'industrie d'Alsace, France, 9-12-2008, p 3.

<sup>5</sup> - راجع نص المادة 351 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 17 لسنة 1975، معدل ومتمم.

<sup>6</sup> - أنظر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001، محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 268.

<sup>7</sup> - أنظر قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000، محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 277، للإشارة فان تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

<sup>8</sup> - Français, L121-16,N<sup>0</sup> 88-21 : « toute vente d'un bien ou toute - code de consommation fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanées des parties, ntre un consommateur et un professionnel.....utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication a distance » .

<sup>9</sup> - المحاسنة محمد يحي وبشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص ص 175-176.

<sup>10</sup> - صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فمكون من

فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و 17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية.

ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد أمره تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه، كما أن يسري أن التجارة الإلكترونية والدولية على حد سواء. ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد بذلك عملا تشريعا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، من أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، راجع [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). كذلك في الموضوع نفسه راجع:

عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002، ص ص 23، 24، 165، 166 و 167.

<sup>11</sup> - المصطلحات المستعملة في النصوص القانونية تبين فعلا تغليب سلطان الإرادة في عقد البيع الإلكتروني بصفة خاصة وفي المعاملات التجارية بصفة عامة.

<sup>12</sup> - Directive n°97-07 CE du 20 Mai 1997, JO CE 04/06/1997 N°144,P19.-

<sup>13</sup> - « Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant. », voir aussi d'autres approches du contrat de vente international des marchandises, **ALQUDAH Maen**, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, thèse pour le doctorat en droit, option droit privé, université de Reims champagne, Ardenne, 2007p4-5

<sup>14</sup> - Cabinets FONTANEAU, loi applicable aux contrats internationaux, Revue "Fiscalité Européenne et Droit International des Affaires" N° 129, 2002, pp 3-4

<sup>15</sup> - احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 157. وهذا ما اقره المشرع الجزائري في المادة 18 من الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم لاسيما بالقانون 05-10، ج ر عدد 44، 2005، بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه المادة خاصة في نقطة مدى تمتع أطراف العقد الدولي بالحرية في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي.

<sup>16</sup> - ما يمكن التطرق إليه في هذه النظرية أن أطراف العقد يمكن لهم استبعاد نصوص القانون المختار التي تجعل العقد باطل، لقد تبنت هذا الموقف محكمة النقض الفرنسية في حكما الصادر في 1910، في ذلك انظر: هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 130.

<sup>17</sup> - LOUIS – LUCAS Pierre, "Formation historique et principe du système français de solution des conflits de lois ", Juris – classeur de droit international, tome 7, fasc530-BArt3, 1990, p08.

<sup>18</sup> - voir, BLANCO Dominique, négociateur et rédiger un contrat international, DUNOD, paris, 1993, p 153.

<sup>19</sup> - انظر المادة 60 من الأمر رقم 58/75، المرجع السابق

<sup>20</sup>- Le choix de la loi applicable au contrat peut être exprès et résulter d'une clause de choix de la loi, ou encore tacite et être révélé par les faits, les circonstances et les termes du contrat. Cabinets FONTANEAU, op,cit,p 4.

<sup>21</sup>- Art 3-1 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui stipule : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat », Aussi l'article 7 de la convention sur la vente internationale de marchandise qui stipule : « la vente est régie par la loi choisie par les parties, l'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties ... »

<sup>22</sup>- لأنها مسألة واقع تترك إلى تقدير محكمة الموضوع، إذ دلالة العقد مثلا على شرط منح الاختصاص إلى دولة معينة قد يعني تطبيق قانون هذه الدولة...، أكثر تفصيل في الإرادة الضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود الالكترونية، انظر: الياس نصيف، المرجع السابق، ص 321.

<sup>23</sup>- قبل تعديل المادة 18 كانت تتيح أكثر حرية للأطراف، (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون آخر).

<sup>24</sup>- voir, AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente internationale de marchandise, op, cit, p 69.

<sup>25</sup>- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 144.

<sup>26</sup>- حث القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية " CNUDCI " الدول الأعضاء للاعتراف الصريح في قوانينها على قبول الوسائل الإلكترونية (رسائل البيانات) في التعبير عن الإرادة وتنظيمها، إذ نصت المادة 11 منه على أنه: " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين عقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض". وأضافت المادة 12 على أنه: " في العلاقة بين منشأ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد انه على شكل رسالة بيانات". وتطبيقا لذلك فقد اعترفت التشريعات المتطورة صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمتها لتضاف للصور التقليدية المعروفة.

<sup>27</sup>- أما موقف المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة، فيظهر فيما جاءت به المادة 1/67 ق.م.ج التي جعلت التعاقد بين غائبين قائما في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، وهذا في حالة عدم اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ما نصت عليه هذه المادة، ولكن مثل هذا الموقف منتقد في حد ذاته كونه يثير صعوبة أخرى تتعلق بوجه الخصوص بتحديد زمان ومكان القبول.

<sup>28</sup>- انظر المادة 10 من الأمر 58/75، يتضمن القانون المدني،السالف الذكر

<sup>29</sup>- في هذه الحالة يتم إخضاع أهلية الشخص في التصرفات القانونية إلى قانون الجنسية، غير أن المعاملات التي تكون لها توابع مالية إنما يتم إخضاعها إلى قانون مكان إبرام العقد، وهو ما قرره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 10، كما إن القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية ونظرا

لصعوبة تحديد مكان إبرام عقد البيع الإلكتروني فقد حدد محل إبرام العقد بمقر منشئ رسالة كموطن انعقاد، بالتالي فالقانون الوطني لذلك الإقليم هو واجب التطبيق، في تفصيل ذلك راجع: محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 146.

<sup>30</sup> - زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الثاني، رسالة

لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1991، ص 254.

<sup>31</sup> - وهذا ما تنص عليه المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري « يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته.

ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما ».

<sup>32</sup> - يظهر موقف المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة في المادة 111 من القانون المدني، والتي تنص على أنه:

« إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء، في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

<sup>33</sup> - زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية...، مرجع سابق، ص 255.

<sup>34</sup> - في الحقيقة أن المادة 18 من القانون المدني الجزائري، اعترف بحق الأطراف في تحديد قانون ينظم العلاقة التعاقدية، لكن هذه الحرية مقيدة إلى ابعده الحدود لان الأطراف عند تحديدهم لقانون العقد يجب أن يكون هذا القانون له صلة حقيقة بالعقد أو بالمتعاقدين وإلا القاضي يقوم باستبعاد القانون ومن ثم تطبيق القانون الجزائري (الحل الذي أقرته المادة 24 من قواعد التنازع الجزائرية)، بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: المبادئ العامة لتنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 307.

غير انه إذا غابت الصلة الحقيقية يتم اللجوء إلى الحلول الاحتياطية الوارد في الفقرات الأخرى التي تحيل الاختصاص إلى قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل إبرام العقد (والحل الأخير مستبعد باعتبار أن العقود الإلكترونية ليس لها مكان محدد ومجلس واحد)، يتضح من ذلك انه يتم اللجوء إلى الحلول الاحتياطية في حالة غياب قانون الإرادة وهو حل منطقي وعملي لكن ليس من المنطقي في حالة استبعاد القاضي الجزائري لقانون الإرادة لغياب صلة حقيقية بينه والمتعاقدين أو مع العقد أن يلتزم بتطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون مكان إبرام العقد، إذ هو ملزم بتطبيق قانون غير القانون الذي استبعد به قانون الإرادة، في تفصيل ذلك راجع: بلميهوب عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة في الملتقى الوطني حول موضوع الحرية التعاقدية، جامعة الاغواط، كلية الحقوق، 2007، ص 7، كما ان اتفاقية روما لعام

1980 في مادتها الرابعة فقرة أولى أفرت في الحالات التي لا يتم فيها الاتفاق على القانون الذي يحكم العقد يسري على العقد القانون الذي يكون أكثر ارتباطاً بالعقد، في ذلك انظر:

AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, op cit, p 70.

<sup>35</sup> - تعتبر فكرة النظام العام فكرة قديمة عرفها الفقه منذ بداية ظهور ما يسمى بتنازع القوانين، ومن ذلك الحين صاحبها عدة تطورات إلى أن استقرت في التشريعات الحديثة، وأصبح دورها في مجال القانون الدولي الخاص هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي متى توفرت شروط إعمال هذه الفكرة، لم يكن النظام العام في بداية ظهور نظرية تنازع القوانين أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، بل كان أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي كما هو الشأن لدى الفقه الإيطالي القديم، وهذا عندما فرق الفقيه الإيطالي BARTOLE في العصور الوسطى بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة، فجعل الأحوال الأولى هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب، فتطبق عليه ولو غادر الإقليم، وأما الأحوال البغيضة فهي تلك القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود البلد الذي أصدرها ومن هذا التقسيم يعتبر هذا الفقيه أول من وضع البذور الأولى لفكرة النظام العام، وإن كان بمفهوم يختلف عما عليه الشأن حالياً كون التنازع آنذاك لم يكن تنازعا دولياً وإنما هو تنازع بين أحوال المدن المختلفة كما أشار إلى فكرة النظام العام الفقيه الإيطالي MANCINI فبعد أن وسع مبدأه المتمثل في شخصية القوانين، وما ينتج عنه من فسح المجال لكل القوانين الشخصية التي تجد مجال تطبيقها في إيطاليا، ولكن يمكن أن تستبعد في حالة ما إذا كانت تتعارض مع النظام العام كما جعل هذا الفقيه فكرة النظام العام تشمل بعض القوانين ذات التطبيق الإقليمي كما هو الشأن مثلاً في القوانين الجزائية وقوانين البوليس وقوانين الشهر العقاري... الخ. كل هذه القوانين ذات الصلة المباشرة مع الإقليم الوطني، تكون واجبة التطبيق بغض النظر عن القانون الذي اختارته إرادة الأطراف، كونها لا تقبل المزاحمة من القوانين الأجنبية. وهذا ما يبين أن النظام العام وفقاً لهذا الاتجاه لم يأخذ بعد دوره الحقيقي. ولكن الأمر يختلف نوعاً ما عند الفقيه الألماني سافيني Savigny، الذي جعل من النظام العام أداة لاستبعاد القانون الأجنبي، وهذا من خلال تعرضه لفكرة الاشتراك القانوني والتي يقصد بها أن فكرة الاشتراك في المدينة والثقافة الروحية أو القانونية ترتكز على القانون الروماني من جهة، وعلى المسيحية من جهة أخرى، فأى شخص من طبقة معينة لا يستطيع أن يتفاهم مع أشخاص من طبقة مختلفة عن طبقته، لأن المناقشة المفهومة لا يمكن أن تقوم إلا بين شخصين يفهما بعضهما البعض بلغة مشتركة، وهذا ما ينطبق على القاضي، فهو لا يستطيع تطبيق قوانين بلد لا تتفق مع قوانين دولته، ولا في الفكرة القانونية ولا في روح المدينة، في تفصيل عنصر النظام العام انظر:

أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 156 و هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 156.

<sup>36</sup> - عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي

وزو، 2005، ص 73،

<sup>37</sup> - زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 326.

<sup>38</sup> - تنص المادة 96 من الأمر رقم 58/75، السالف الذكر على أنه: « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام، أو الآداب كان العقد باطلاً ». كما تنص المادة 97 من القانون نفسه على أنه: « إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً ».

<sup>39</sup> - Une autre limite à l'application de la loi désignée par les parties ou par les critères subsidiaires de rattachement concerne l'ordre public. L'article 6 de la Convention de La Haye prévoit expressément que « l'application de la loi déterminée par la présente convention peut être écartée pour un motif d'ordre public ». Selon la doctrine, on peut assimiler le « motif d'ordre public » prévu dans la convention aux dispositions impératives ou lois de police. Aux termes de l'article 6, le juge est toujours libre d'appliquer une loi de police du for au détriment éventuel de la loi du contrat, Voir, Camille forment, op cit, p 24.

<sup>40</sup> - محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص ص 145-146.

<sup>41</sup> - أحسن المشرع الجزائري عملا لمواكبة تطور العقود الدولية من خلال إقراره في نص المادة 19 من القانون المدني من خلال إقراره على تطبيق قانون الموطن المشترك أو القانون المشترك لأطراف العقد، وهو الموقف الذي يتماشى وطبيعة العقود الالكترونية.

<sup>42</sup> - على اعتبار أنها تخضع إلى قواعد خاصة في الإثبات، وليس من المؤكد أن تعتبر الوسيلة الالكترونية لنقل المعلومات شكلا بالمفهوم القانوني في تفصيل ذلك انظر: الياس نصيف، المرجع السابق، ص 320.

<sup>43</sup> - أكد كل من الفقه والقضاء، بأنه يمكن للقاضي البحث عن الإرادة الصريحة للمشرع إذا أراد تطبيق القاعدة القانونية تطبيقا مباشرا على النزاع إن كان هناك نص صريح، وإن لم يرد مثل هذا النص، يجب البحث عن الإرادة الضمنية للمشرع فيما يقصده من هذه القاعدة. راجع: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 314.

<sup>44</sup> - عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 85، 86.

<sup>45</sup> - أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2003، معدل ومتمم.

<sup>46</sup> - قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 لسنة 2004.

<sup>47</sup> - قانون رقم 03/09 مؤرخ في 2009/02/025 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15 لسنة 2009.

<sup>48</sup> - Si dans le contrat il existe une clause déterminant la loi applicable, ce choix sera en principe valable. Cependant, ce choix ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il réside habituellement. En l'absence de choix dans le contrat, le contrat de consommation sera régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. C'est une règle et pas une présomption, on ne peut y déroger même s'il est avéré que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, Voir, la loi applicable au contrat international, in les notes d'information juridique, op.cit., p 7.

49- لهذا خرجت بعض القوانين المقارنة عن احترام قاعدة قانون الإرادة، وعلى سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري الذي اقر بخضوع العقد لقانون الموطن أو المحل الذي يقيم فيه المشتري حماية له حسب المادة 120/ف1 من القانون المذكور سالفاً، في ذلك راجع: العطار محمد حسن رفاعي، المرجع السابق، ص 220 و 221.

50- المرجع نفسه، ص 223.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA BEJAIA  
FACULTE DE DROIT



REVUE ACADEMIQUE DE LA  
RECHERCHE JURIDIQUE

Revue semestriel I e – N° 02/2010

ISSN : 21770 - 0087

**UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA**  
**FACULTE DE DROIT**



**REVUE ACADEMIQUE DE LA  
RECHERCHE JURIDIQUE**

Revue semestriel I e – N° 02/2010

ISSN : 21770 - 0087

# Revue Académique de la Recherche Juridique

---

## Revue Semestrielle éditée par la Faculté de Droit Université Abderrahmane Mira de Béjaia

### Directeur de la Publication

**BOUDRIOUA Abdelkrim**, Doyen de la Faculté de Droit - Université Abderrahmane Mira de Bajaia

### Rédacteur en Chef

**REDDAF Ahmed**, Professeur à la Faculté de droit - Université Abderrahmane Mira de Bajaia

### Comité scientifique

- ZOUAIMIA Rachid, Professeur à la Faculté de Droit, UAM Bejaia
- REDDAF Ahmed, Professeur à la Faculté de Droit, UAM Bejaia
- BOUDRIOUA Abdelkrim, Maître de conférences, Faculté de Droit, UAM Bejaia
- TAYEB Essaid, Professeur à la Faculté de Droit, Université d'Alger
- KACHER Abdelkader, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tizi-ouzou
- DJAFOUR Med Saïd, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tizi-ouzou
- ZERGUINE Ramdane, Professeur à la Faculté de Droit, Université Batna
- KAHLOULA Mohamed, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tlemcen
- BENHAMOU Abdallah, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tlemcen
- MENTRI Messaoud, Professeur à la Faculté de Droit, Université Annaba.

Université Abderrahmane Mira-Béjaia  
FACULE DE DROIT  
Campus Aboudaou  
Tel/Fax : 034229357 – Email : [facdroit\\_bej@yahoo.fr](mailto:facdroit_bej@yahoo.fr)

## **Protocole de rédaction**

Les articles adressés à la rédaction sont soumis à l'appréciation du comité scientifique de la Revue. Les contributions, rédigées soit en arabe, soit en français, doivent respecter les normes suivantes :

### **Indications relatives à l'auteur**

Nom et Prénom de l'auteur suivis du titre universitaire ou professionnel qu'il souhaite utiliser.

### **Notes de bas de pages**

Les notes seront numérotées d'une manière continue du début à la fin de l'article.

### **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 une trentaine de pages. Il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police Time New Roman taille 12 pour développements et taille 10 pour les notes.

Les articles doivent être remis ou transmis en 1 exemplaire format papier accompagné d'un CD.

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

# Sommaire

- **LE SUPPLEMENT D'INFORMATION  
EN PROCEDURE PENALE ALGERIENNE**

Dr TALBI Halima  
Maitre de Conférences, Faculté de droit  
Université Badji Mokhtar, Annaba..... 06

- **LA REGULATION DES SERVICES PUBLICS :  
LE SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS**

BERRI Noureddine ..... 13

# LE SUPPLEMENT D'INFORMATION EN PROCEDURE PENALE ALGERIENNE

Dr TALBI Halima  
Maitre de Conférences, Faculté de droit  
Université Badji Mokhtar, Annaba

## **Introduction :**

L'examen par le juge d'instruction de la procédure d'information peut laisser des lacunes ou des déficiences. Il est dans l'intérêt de la défense et de la justice que cette procédure soit redressée. Le supplément d'information aura pour objectif de compléter la procédure d'information et de redresser les erreurs commises afin que la chambre d'accusation puisse décider en toute clarté du règlement définitif de l'instruction préparatoire. Quelle que soit la raison du supplément d'information, il est destiné à la manifestation de la vérité et profite en définitif à la défense et c'est le pouvoir de révision qui autorise la chambre d'accusation à l'ordonner.

Il semble que le code de procédure pénale ne fait une différence entre la mesure d'instruction complémentaire et le supplément d'information : le complément d'information porte sur un acte précis par contre le supplément d'information confie au magistrat délégué la mission de reprendre l'ensemble de l'affaire et lui attribue des pouvoirs d'investigation plus étendus. Il est vrai que les articles 186, 190 et 193 du CPP, écrits pour la chambre d'accusation utilisent diverses expressions : « actes d'information complémentaires », « supplément d'information », « information complémentaire ». L'article 276 du CCP écrit pour le tribunal criminel parle de « tous actes d'information » ordonné lorsque l'instruction est jugée incomplète et les articles 356 à 401 du CCP utilisent, pour le tribunal statuant en matière de délits et de contraventions, l'expression de « supplément d'information ». Ainsi le législateur lui-même emploie indifféremment ces terminologies pour une même procédure.

Cependant, on peut entendre par actes d'information complémentaires, les mesures d'instruction destinées à compléter la procédure d'information préparatoire jugée incomplète et par supplément d'information, la procédure au cours de laquelle est accomplie l'information complémentaire selon les règles de l'instruction préparatoire. Ces différentes terminologies sont donc destinées à la même procédure et l'on peut dès lors les considérer comme synonymes au regard du droit algérien.

Partant de ces constatations, on peut utiliser dans nos développements les expressions supplément et complément d'information comme synonymes mais quelle est la nécessité du complément d'information ordonné par la chambre d'accusation, dans quelle condition le magistrat délégué accomplit-il cet acte de procédure et qu'elles sont ses limites par rapport à la direction de la procédure d'information? Nous répondrons à cette triple question par les trois paragraphes suivants :

### **Paragraphe 1 : La nécessité du complément d'information :**

Le complément d'information est décidé par la chambre d'accusation par un arrêt de plus ample informé et la décision est prise par la chambre toute entière qui apprécie souverainement l'utilité du complément d'information et sa nécessité. Le

président de la chambre ne dispose d'aucun pouvoir propre pour ordonner cette mesure. Il faut pour autant que la chambre d'accusation soit saisie du dossier de procédure et que la mesure du complément d'information soit utile à la manifestation de la vérité.

#### **A- La saisine de la chambre d'accusation du dossier de procédure :**

La chambre d'accusation peut d'office ou à la demande du procureur général ou d'une des parties, ordonner le complément d'information en toutes hypothèses : c'est-à-dire en matière criminelle lorsqu'elle est saisie par l'ordonnance de transmission des pièces au procureur général <sup>(1)</sup>, ou en matière correctionnelle ou contraventionnelle lorsque le dossier lui est soumis par la voie de l'appel ou de la procédure en annulation. Il existe cependant une exception où la chambre d'accusation ne peut prescrire le supplément d'information, c'est lorsqu'elle est saisie de l'appel relevé contre une ordonnance rendue en matière de détention provisoire car dans ce cas, elle ne peut en vertu de l'article 192 al.2 du CPP évoquer et par voie de conséquence, elle ne peut ordonner le supplément d'information propre à la révision de la procédure.

La chambre d'accusation ne peut se saisir elle-même du dossier d'information mais une fois saisie par les voies de droit ordinaires, elle peut étendre sa compétence à l'ensemble du dossier de procédure et exercer son pouvoir de révision et ordonner le supplément :

-Lorsqu'en matière correctionnelle ou contraventionnelle, le dossier est soumis à la chambre d'accusation par la voie de l'appel ou la procédure en annulation, la chambre doit obligatoirement évoquer pour avoir l'entier dossier et pouvoir ordonner le supplément d'information .

Si l'appel porte sur l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction, la chambre d'accusation n'a pas à évoquer pour ordonner le supplément d'information car l'appel du ministère public contre l'ordonnance de renvoi soumet à la chambre l'entité du dossier et cet appel joue le rôle de substitut de l'évocation et à le même effet <sup>(2)</sup>.

Toutefois, pour que la saisine de la chambre d'accusation soit régulière, elle doit, lorsqu'elle évoque, le déclarer expressément, faute de quoi, elle ne peut ordonner le supplément d'information sur une procédure dont elle n'est pas saisie par les voies légales.

- Si la chambre d'accusation est saisie de l'ordonnance de transmission des pièces à parquet général, la chambre d'accusation n'a pas à user de la technique de l'évocation pour ordonner le supplément d'information du fait que cette ordonnance soumet l'entité du dossier à la chambre d'accusation.

#### **L'opportunité de l'acte d'information :**

L'article 186 du CPP précise que la chambre d'accusation peut ordonner tous actes d'information complémentaire qu'elle juge utile. Il peut s'agir de n'importe quel acte d'information telles que les auditions de témoins, les inculpations nouvelles, la poursuite de chef d'infraction résultant du dossier, les mesures d'expertises ou de complément d'expertise, etc.

La chambre d'accusation est seule juge de la nécessité et de l'opportunité du complément d'information même lorsque cet acte de procédure est demandé par le

procureur général ou par les parties privées et qu'elle est souveraine pour apprécier le bien fondé de leurs requêtes<sup>(3)</sup>. Elle n'est liée à cet égard ni par les réquisitions du ministère public, ni par les conclusions des parties car elle procède en vertu du droit qu'a tout juge d'exiger les éléments qui lui sont nécessaire pour statuer sur le dossier de procédure. La décision du refus de prescrire le supplément d'information n'est susceptible d'aucune voie de recours mais elle doit être suffisamment motivé car la partie l'ayant demandée est en droit de connaître les raisons du refus.

Si la chambre d'accusation est indépendante pour décider que la procédure d'information dont elle est saisie est complète ou non, il pèse néanmoins sur elle l'obligation d'interroger l'inculpé lorsque celui-ci n'a pas été interrogé par le juge d'instruction du fait qu'aucune personne ne peut être présentée aux juridictions de jugement si elle n'a pas fait l'objet d'un interrogatoire par les juridictions d'instruction (sauf inculpé en fuite). En dehors de ce cas particulier, si la chambre ne prescrit aucun supplément d'information à la procédure qui lui est soumise, il en résulte une sorte de présomption légale de régularité pour la procédure d'information.

### **Paragraphe2 : Les conditions propres au magistrat délégué :**

Le magistrat délégué est désigné par la chambre d'accusation et ses attributions sont délimitées.

#### **A- La désignation du magistrat délégué :**

La décision de la chambre d'accusation prescrivant le supplément d'information doit désigner le magistrat qui procédera aux actes d'information. Selon l'article 190 du CPP, le magistrat chargé du supplément d'information peut être soit un des membres de la chambre d'accusation, soit un juge d'instruction qu'elle délègue à cette fin :

Premièrement : lorsque le magistrat délégué est membre de la chambre d'accusation : Si le supplément d'information est confié à un membre de la chambre d'accusation, le magistrat désigné à cette fin, doit après avoir accompli les actes d'information complémentaires, participer à la décision de la chambre d'accusation portant sur le règlement de la procédure. Il cumulera ainsi les pouvoirs d'instruction et de juridiction qui sont les deux attributions d'un juge d'instruction sans être pour autant concerné par l'interdiction du cumul<sup>(4)</sup>.

Ainsi, le membre de la chambre d'accusation qui accomplit le supplément d'information, devra nécessairement faire partie de la juridiction collégiale de la chambre lorsqu'elle décide du règlement de la procédure car l'interdiction du cumul entre l'instruction du premier et second degré ne s'étend pas au supplément d'information et que par le complément d'information, la chambre d'accusation cherche les éléments nécessaires à sa conviction pour prendre sa décision et régler le dossier de procédure.

Toutefois et afin que cette procédure soit régulière, il faut qu'un nouveau rapport soit établi par le conseiller rapporteur car en vertu de l'article 184 al.1 du CPP, la chambre d'accusation statue après rapport du conseiller commis.

Le nouveau rapport établi est requis dans l'intérêt des droits de la défense afin que les parties et leurs conseils soient avertis du résultat du supplément d'information préalablement à l'audience qui règle la procédure d'instruction préparatoire<sup>(5)</sup>.

Deuxièmement : lorsque le magistrat délégué est juge d'instruction :

Si le supplément d'information est délégué à un juge d'instruction, ce magistrat peut être le juge d'instruction initialement saisi du dossier d'information ou un autre juge d'instruction du ressort de la chambre d'accusation même au mépris des règles de compétence territoriale.

-La désignation du juge d'instruction initialement saisi du dossier est la plus courante car connaissant tous les éléments du dossier, il est mieux placé qu'un autre magistrat pour accomplir les actes du supplément d'information. Cette solution est confortée par l'article 174 du CCP loi 20/12/2006 qui autorise le juge d'instruction à poursuivre son information lorsqu'il est interjeté appel d'une ordonnance, ou lorsque la chambre d'accusation est directement saisie en application des articles 69,69bis,143 et 154,sauf décision contraire de la chambre d'accusation.

-La désignation d'un autre juge d'instruction relevant du ressort de la chambre d'accusation peut également se justifier pour de multiples raisons : négligence ou délicatesse vis-à-vis du magistrat initialement saisi du dossier. Ce magistrat n'a pas besoin d'être désigné nommément, la chambre d'accusation se contente de désigner le tribunal dont il dépend et s'il existe plusieurs juges d'instruction au sein de ce tribunal, c'est au procureur de la république de désigner le juge d'instruction qui procédera effectivement à l'acte requis par le supplément d'information par application de l'article 70 du CPP.

Quelque soit le magistrat commis, celui-ci reçoit, dès que l'arrêt de la chambre d'accusation ordonnant le supplément d'information est devenu définitif, une expédition de cet arrêt en vue d'exécuter les actes qui lui sont délégués. Quels sont les actes qui entre dans ses attributions lorsqu'il est chargé du supplément d'information ?

### **B- Les attributions du magistrat délégué :**

Le magistrat chargé du supplément d'information ne peut accomplir que les actes d'information mais quelle est l'étendue de ces actes et quel est le pouvoir de décision du magistrat délégué ?

Premièrement : L'étendue des actes d'information complémentaire :

La chambre d'accusation ordonnant le supplément d'information ne peut déléguer au magistrat chargé du supplément d'information que les actes d'information (c'est-à-dire les actes d'instruction), non les actes de juridiction (article 186 du CPP). L'étendue des actes délégués varie selon la désignation effectuée par la chambre d'accusation.

Deux situations sont possibles :

- Ou bien la chambre d'accusation précise elle-même l'acte d'information complémentaire « qu'elle juge utile »,le magistrat délégué se limitera à l'accomplissement de cet acte.

- Ou bien elle ordonne le supplément d'information en laissant « si elle le juge nécessaire » le soin au magistrat délégué d'accomplir « tous acte d'information » jugé utile au complément de la procédure. Dans cette hypothèse, le magistrat délégué est investi de tous les actes d'information accordés par la loi au juge d'instruction pour l'établissement de la vérité et la réunion des preuves. Il peut par conséquent procéder

par lui-même ou par commission rogatoire aux actes d'interrogatoire, de confrontation, d'audition, ou nommer des experts ou effectuer des saisies ou perquisitions,....

- Dans tous les cas, l'acte délégué doit être accompli conformément aux dispositions relatives à l'instruction préalable (article 190 du CPP). Et de ce fait, l'acte d'information complémentaire doit observer les formalités protectrices des droits de la défense. Deuxièmement : La décision du magistrat délégué :

Le magistrat chargé du supplément d'information est un magistrat indépendant dans l'accomplissement des actes d'information qui lui sont délégués sous réserve du respect des règles relatives à l'instruction préparatoire. Si des requêtes lui sont présentées par le procureur général ou par les parties et qu'il ne peut y faire droit en fonction de la mission qui lui est confiée, il doit se contenter de ne pas répondre à ces demandes car n'ayant pas de pouvoir juridictionnel dans la cadre du supplément d'information, il ne peut prendre d'acte juridictionnel. Une décision de refus par ordonnance est un acte juridictionnel et ouvre droit aux voies de recours, ce qu'il ne peut se permettre en tant que magistrat délégué <sup>(6)</sup>.

Les actes accomplis par le magistrat chargé du supplément d'information sont soumis, quand à leurs régularités au contrôle de la chambre d'accusation conformément à la théorie des nullités de l'information (article 157 et ss et article 191 du CCP) et c'est ainsi que lorsque l'information complémentaire est exécutée, le magistrat délégué remet le dossier à la chambre d'accusation qui seule apprécie le résultat de ses investigations et leur régularité avant de décider du règlement de la procédure dont la direction échappe au magistrat délégué.

### **Paragraphe 3 – La direction de la procédure ne relève pas du magistrat délégué :**

- En ordonnant le supplément d'information, la chambre d'accusation ne délègue pas ses pouvoirs de juridiction. L'argument est tiré de l'interprétation à contrario de l'article 186 du CPP <sup>(7)</sup>. Les décisions juridictionnelles demeurent de la compétence exclusive de la chambre d'accusation, elles ne peuvent être prises par le magistrat chargé du supplément d'information, lequel ne détient pas la direction de la procédure d'information. Deux conséquences sont tirées de cette règle : d'une part, le magistrat délégué ne peut régler la procédure d'information, d'autre part, il ne peut décerner les mandats de justice.

#### **A- Le magistrat délégué n'a pas la décision du règlement de la procédure :**

Le règlement de la procédure est décidé par la chambre d'accusation par un arrêt de règlement. Le magistrat délégué ne dispose pas dans le cadre du supplément d'information d'un pouvoir juridictionnel et il ne prend pas part à l'arrêt de règlement que rend la chambre d'accusation sauf si le supplément d'information est confié à un de ses membres (conseiller rapporteur).

Une fois l'information complémentaire terminée, le magistrat délégué renvoie le dossier à la chambre d'accusation qui statuera sur les résultats obtenus après respect des dispositions prévues par l'article 193 du CPP , c'est-à-dire que le procureur général informe les parties et leurs conseils de la date de l'audience à laquelle

l'affaire reviendra devant la chambre d'accusation et les avise que le dossier est mis à leur disposition.

Ainsi, la défense pourra présenter les arguments qu'elle juge utiles. Néanmoins, il faut rappeler d'une part que la comparution personnelle des parties auprès de la chambre d'accusation n'est autorisée que par la chambre elle-même même si l'article 184 al. 2 du CPP - loi 18/8/1990 donne la faculté aux parties d'être présentes à l'audience, assistées de leurs conseils. D'autre part, leurs conseils ne sont pas admis à plaider, ils ne peuvent que présenter des observations orales pour soutenir leurs demandes (même texte).

### **B- Le magistrat délégué n'a pas le pouvoir de délivrer les actes de coercition :**

En matière de détention provisoire ou de liberté, la chambre d'accusation ne pouvant ni évoquer, ni prescrire de supplément d'information, doit ordonner par elle-même le maintien en détention ou la remise en liberté, ou décerner mandat de dépôt ou d'arrêt en chargeant le procureur général d'assurer l'exécution de ces décisions préalablement au renvoi du dossier au juge d'instruction initialement saisi du dossier.

Cette règle écrite par l'article 192 al.1 du CPP (loi du 26/6/2001) se rapporte aux décisions susceptibles d'être prises par la chambre d'accusation lorsqu'elle statue sur l'appel des ordonnances du juge d'instruction rendue en matière de détention provisoire ou de liberté. En toute autre matière, la chambre d'accusation qui infirme l'ordonnance du juge d'instruction et évoque la procédure conformément à l'alinéa 2 du même article, peut ordonner un supplément d'information. Cependant, par le supplément prescrit, elle ne peut déléguer au magistrat commis par elle les actes relatifs à la détention provisoire ou à la remise en liberté, lesquels ne peuvent relever que de sa seule compétence juridictionnelle. Trois constatations s'imposent :

Premièrement : En ce qui concerne la mise du dossier à la disposition du conseil et la notification aux parties et à leurs conseils de la date d'audience après supplément d'information : Le délai de 5 jours fixé par l'article 193 du CPP pour le supplément d'information est différent de celui prévu à l'article 182 du CPP qui fixe un délai de 48 heures pour la détention provisoire et 5 jours en toute autre matière.

L'article 193 n'a pas à faire la distinction entre la matière de la détention provisoire et autres matières car l'expression « en toute matière » contenue dans ce texte ne vise que les matières d'information, non les actes de coercition. Cela s'explique par le fait que la chambre d'accusation ne peut évoquer, ni ordonner de supplément d'information en matière de détention provisoire ou de liberté ; elle doit seulement statuer sur l'ordonnance rendue en cette matière.

L'article 193 du CPP ne concerne pas l'hypothèse prévue par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 192 propre aux mesures de coercition mais s'applique à son alinéa 2 qui est relatif aux actes d'information. Cela se comprend car le magistrat délégué ne détient aucun pouvoir de coercition, son information complémentaire portera seulement sur les actes d'information et donc la chambre d'accusation ne peut lui déléguer par le supplément d'information le pouvoir de coercition que la loi ne lui a pas octroyé.

Deuxièmement : la chambre d'accusation ne peut adresser des injonctions au juge d'instruction sans menacer sans indépendance car en tant que magistrat instructeur, il ne peut être contraint à délivrer un acte de coercition ou de remise en

liberté .Ces mesures ne peuvent être rendues que sous sa conviction de juge et révèlent une activité juridictionnelle puisqu'elles résultent de l'estimation que les charges sont ou ne sont pas suffisamment graves pour priver un individu de sa liberté. Le magistrat délégué ne peut donc modifier l'état de l'inculpé soit en le mettant en détention provisoire, soit en lui accordant la mise en liberté car ces attributions relèvent uniquement de la juridiction saisie de la procédure qui seule a compétence pour modifier le statut des personnes déférées devant elle.

Troisièmement : si une urgence s'impose de prendre une décision sur le statut de l'inculpé, le magistrat délégué pourra prescrire la garde à vue en attendant que la chambre d'accusation apprécie souverainement la nécessité de la détention provisoire <sup>(8)</sup>. Néanmoins, le magistrat délégué ne peut user de la garde à vue par le moyen d'une subdélégation effectuée à un officier de police judiciaire car ces derniers agissant sur commission rogatoire ne sont pas autorisés à interroger l'inculpé ou la personne contre laquelle il existe des indices graves et concordants de culpabilité.

### **CONCLUSION**

Si le supplément d'information est laissé à la faculté souveraine de la chambre d'accusation qui peut évoquer et clôturer la procédure d'information qui lui est soumise sans à voir à ordonner le supplément d'information , et qu'elle peut étendre ses poursuites à des personnes non renvoyées devant elles ou à des faits nouveaux en vertu des articles 187 et 189 du CPP par la révision de procédure en utilisant le procédé du supplément d'information, Il faudrait espérer que lorsque la chambre d'accusation est amenée à exercer ces pouvoirs extensifs quant aux personnes et quant aux faits , que sa procédure d'instruction préparatoire soit effectuée conformément aux règles protectrices des droits de la défense et des libertés individuelles avec la même rigueur que s'il s'agissait d'une information ordinaire, telle que la convocation du conseil, la communication du dossier,..... D'autant plus que la décision ordonnant le supplément d'information ne peut pas faire l'objet d'un pourvoi en cassation (article 189 in finé et 190 du CPP).

---

### **Bibliographie**

<sup>1</sup>-M.HERZOG-EVANS, « procédure pénale : théorie et pratique », collection Dyna'sup droit, Vuibert, 2<sup>o</sup>Ed. 2009, p. 248 et 286 : le juge d'instruction rend une ordonnance de mise en accusation pour la matière de nature criminelle car il n'existe plus de second degré d'instruction en procédure pénale française, voir article 181 all du CPPF.

<sup>2</sup>-P.CHAMBON, « la chambre d'accusation », D.1978 p.194 n°300

<sup>3</sup>- J.BOULOC, « l'acte d'instruction », Paris 1965 p.307 n°437

<sup>4</sup>- J.BOULOC, op.cit, p.311 n° 444

<sup>5</sup>-THEROND, « les garanties de la liberté individuelle aux cours du supplément d'information », R.S.C 1938, 1966 et ss

<sup>6</sup>-J.BOULOC, op.cit, p.316 n°128

<sup>7</sup>-J.PRADEL, « procédure pénale » Paris 1985,p.541 n°462 in finé

<sup>8</sup>-J.BOULOC, op.cit, p.313 n° 445 in finé

# LA REGULATION DES SERVICES PUBLICS : LE SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS

Noureddine BERRI\*  
Maître assistant 'A'', Attaché de recherche  
Université A/Mira de Béjaia

## Introduction

Le secteur de la poste et des télécommunications était régi jusqu'en 2000 par des dispositions aux termes desquelles il jouissait d'un monopole aussi bien pour les services de la poste que pour les télécommunications<sup>(1)</sup>. Cette situation a engendré de nombreuses contraintes, à savoir notamment un mode de gestion des procédures assez lourd, l'absence de concurrence, des capacités d'autofinancement insuffisantes, dues essentiellement au faible taux de recouvrement des créances. Cet état de fait a par ailleurs entraîné un retard important dans la diffusion des services Internet, la transmission des données et autres services à valeur ajoutée.

Ces contraintes et insuffisances ont conduit l'Etat à entreprendre une vaste réforme du secteur tant au plan juridique qu'institutionnel, en dotant ces secteurs d'un cadre législatif et réglementaire efficient et transparent, favorisant la concurrence afin de promouvoir le développement des réseaux et services, de fournir un service public de qualité à un coût raisonnable sur tout le territoire et d'ouvrir ce secteur sur l'économie mondiale.

Le nouveau dispositif issu de la loi n° 2000-03 réaffirme les principales prérogatives de l'Etat en matière de contrôle et de régulation du secteur de la poste et des télécommunications, tout en consacrant l'ouverture de l'exploitation de ce secteur à la concurrence. En outre, pour permettre l'exercice effectif de la fonction de réglementation et de contrôle de ce marché par l'Etat, cette nouvelle loi prévoit la création d'une autorité de régulation indépendante (*ARPT*)<sup>(2)</sup>.

Ce nouveau dispositif constitue « un véritable tournant » dans l'histoire des télécommunications en Algérie, dans la mesure où il marque la fin du monopole d'Etat sur le téléphone. Néanmoins, cette démonopolisation ne signifie point l'abandon du service public. Le texte de loi s'efforce de définir une concurrence « régulée » en partant du postulat que la concurrence n'est pas l'ennemi du service public<sup>(3)</sup>. La nouvelle loi relative à la poste et aux télécommunications traduit cette volonté d'équilibre et précise les facettes du dispositif : le libre exercice des activités, le maintien et le développement du service public, l'indépendance de la fonction de régulation par rapport aux fonctions d'exploitant de réseaux ou de fournisseurs de service<sup>(4)</sup>. La fonction de régulation est exercée au nom de l'Etat par le ministre chargé de la poste et des Technologies de l'information et de la communication et par l'autorité de régulation de la poste et Télécommunications (*ARPT*). Cette dernière est qualifiée d'autorité de régulation indépendante.

La création de l'*ARPT* à partir de l'année 2001, s'inscrit dans la volonté de l'Etat Algérien- parallèlement à la mise en chantier d'un vaste mouvement de déréglementation et de son retrait de la sphère économique au profit du marché- à la mise en place de nouvelles structures calquées sur le modèle occidental des AAI

chargées de multiples fonctions liées au processus de régulation d'une économie en transition<sup>(5)</sup>. En outre, et après avoir libéré le marché des télécommunications, l'opérateur historique et principale (Algérie Télécom) restant sous le contrôle de l'Etat, ne pourrait être à la fois « juge et partie » ; pour assurer la crédibilité de la fonction de régulation et donner confiance aux investisseurs, il était donc utile de séparer le rôle de l'opérateur et celui du régulateur<sup>(6)</sup>. La troisième raison qui justifie la création d'un régulateur indépendant, a trait au caractère bien particulier des télécommunications par rapport à d'autres services publics ouverts à la concurrence. Fonctionnant comme un système collectif, les télécommunications doivent garantir aux utilisateurs l'interopérabilité, c'est-à-dire la possibilité pour chacun de communiquer avec tous les autres quels que soient les réseaux empruntés, et cela suppose un minimum de règles techniques qui ne relève pas à strictement parler du droit commun de la concurrence<sup>(7)</sup>.

Une des caractéristiques des AAI est de cumuler des compétences qui sont habituellement dissociées : la fonction de régulation qui leur est assignée implique la mise en œuvre de prérogatives diversifiées, allant de l'élaboration de normes de portée générale jusqu'au pouvoir de contrôle et de sanction en passant par la prise de décisions de règlement de litiges<sup>(8)</sup>. En effet, l'ARPT est dotée d'un pouvoir quasi-juridictionnel en étant chargée de règlement des différends et de se prononcer sur les litiges en matière d'interconnexion<sup>(9)</sup>, de sorte que l'autorité connaît les contentieux entre opérateurs dans les domaines de refus d'interconnexion et des conditions d'accès à un réseau de télécommunications. Cette compétence expresse de régler les litiges d'interconnexion entre les opérateurs privés lui permet d'élaborer au profit des concurrents de l'opérateur historique un droit subjectif d'interconnexion. Cette nouvelle forme de régulation juridique offre la possibilité d'adapter en permanence le cadre réglementaire de l'interconnexion dès lors qu'à travers ses décisions, l'ARPT fixe les lignes de sa stratégie en faveur du développement du marché<sup>(10)</sup>.

L'objet principal de cette étude est, la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence de ce secteur et l'exigence de service public. La recherche de cet équilibre s'effectue à travers la notion de régulation qui constitue une fonction nouvelle, visant à concilier deux objectifs *a priori* contradictoires : l'ouverture à la concurrence et l'intérêt général. Pour ce faire, on a jugé pertinent de structurer cette étude à travers deux parties essentielles. Dans la première, on s'intéressera à la notion de régulation sectorielle comme mode d'ouverture à la concurrence des services publics en réseaux aux marchés concurrentiels, de façon générale, et particulièrement du service public des télécommunications. Il s'agit de mettre en avant les éléments fondateurs d'une politique publique sectorielle révisée, ses fondements et ses modes opératoires **(I)**. En suite, la régulation des télécommunications conduit au réaménagement du schéma institutionnel classique. Pour accomplir cette fonction, est mis en place un régulateur spécialisé dont l'action innovante doit conduire à restructurer l'équilibre institutionnel. Cette partie permettra de voir ainsi, la géographie institutionnelle de la régulation dans le secteur des télécommunications **(II)**.

## **I) La régulation sectorielle : Mécanisme d'ouverture du service public des télécommunications au marché concurrentiel**

L'ouverture à la concurrence de certains services publics a fait surgir en droit algérien les notions de régulation et de régulateur. Cette libéralisation a en effet, donnée lieu à la création d'autorités sectorielles verticales de régulation dans des domaines jusque là réservés à des opérateurs économiques en position de monopole naturel.

Il en est ainsi dans le domaine de la télécommunication. En la matière, c'est la loi n° 2000-03 du 05-08-2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, qui a ouvert en Algérie l'activité à la concurrence. Cependant, cette libéralisation conduit nécessairement à la limitation de la notion de service public (B), limitation engendrée par la nouvelle fonction de régulation (A).

### **A/ La régulation : fonction juridique nouvelle et portée du service public**

Le thème de régulation est désormais indissociable de la perspective néolibérale. L'Etat se charge d'assurer le maintien des grands équilibres économiques, en intégrant des contraintes de nature diverse<sup>(11)</sup>. L'évolution de l'économie de marché rendrait cette intervention indispensable : la mondialisation des échanges économiques, les mutations technologiques, la sophistication des produits financiers..., imposent la mise en place d'instances capables de fixer certaines règles du jeu et de protéger certains intérêts.

On passe en effet des mécanismes de contrôle social à de nouvelles formes d'intervention que l'on résume sous le vocable de régulation.

Le concept de régulation ne se laisse pas aisément définir. Le mot est apparu en français dès 1460 ; il a depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle, un sens assez proche de celui sous-entendu lorsqu'il est question d'autorités de régulation. Le terme régulation se trouve obscurci par la référence au même mot anglais dont la traduction exacte est « réglementation ». La réglementation peut même être regardée comme une des formes de la régulation, « celle qui consiste à produire des normes destinées à discipliner un secteur déterminé »<sup>(12)</sup>.

Au sens fonctionnel, la régulation est d'origine économique et s'est développée dans les pays anglo-saxons. L'usage Américain a voulu que le terme soit employé pour désigner l'intervention des autorités publiques, notamment fédérales, dans le contrôle de certaines activités économiques. Cette fonction économique tente de corriger diverses formes de déficiences du marché, telles que le pouvoir des monopoles, le déficit d'information ou une fourniture insuffisante des biens collectifs<sup>(13)</sup>. Cette utilisation économique du terme régulation a été repris dans la littérature anglo-saxonne contemporaine au moment de la mise en œuvre du programme de privatisation du Gouvernement Thatcher et de l'ouverture à la concurrence des grands services publics au Royaume-Uni<sup>(14)</sup>.

Dans sa définition la plus générale, celle liée au modèle dit de l'Etat régulateur, déchargé des tâches d'opérateur, la régulation désigne en fait, les formes diverses d'intervention par lesquelles l'Etat « garantit pour le présent et pour l'avenir, le projet social, économique et culturel dont une communauté humaine est dotée »<sup>(15)</sup>, tout en déléguant au maximum les tâches opérationnelles à d'autres acteurs.

Le concept de régulation est considéré par certains auteurs, comme «une alternative à l'intervention directe d'un Etat entrepreneur ; elle vise la correction des déficiences du marché par l'édiction de règles ou par l'institution d'autorités de supervision»<sup>(16)</sup>.

Pour d'autres, la régulation signifie que l'intervention de l'Etat est nécessaire dans la sphère économique, il reste toutefois qu'une telle intervention change de nature : son rôle consiste à superviser le jeu économique, en établissant certaines règles, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble, régler les conflits; par la régulation, l'Etat se pose comme arbitre du jeu économique et non comme acteur ; tout en se bornant à poser les règles aux opérateurs et en s'efforçant d'harmoniser leurs actions<sup>(17)</sup>.

- La plupart des analystes lient la régulation à l'existence d'autorités de régulation. Et effectivement, la régulation appelle des autorités nouvelles, c'est à partir de leur existence que l'on s'est mis à parler de régulation<sup>(18)</sup>. En droit algérien, le législateur adopte par effet de mimétisme les mêmes structures administratives de régulation que celles des pays occidentaux, tout en les vidant de toute leur substance originelle<sup>(19)</sup>.

Le rôle de cette régulation sectorielle dans le domaine des télécommunications est complémentaire de celui de l'exercice du droit général de la concurrence : alors que celui-ci veille *ex-post* à la bonne marche de la concurrence<sup>(20)</sup>, la régulation est là pour créer *ex-ante* les conditions de son émergence, notamment en procédant à l'attribution de licence aux opérateurs, en contrôlant les accords d'interconnexion, en assurant le maintien et le financement des missions de service public<sup>(21)</sup>.

L'instance de régulation sectorielle (ARPT) a pour mission d'accompagner le secteur des télécommunications vers un système concurrentiel. Elle assure ainsi une mission de régulation *ex ante* qui consiste essentiellement à mettre en place les mécanismes nécessaires à la transition d'un régime de monopoles à un régime concurrentiel. Dans son rapport annuel pour 2001, l'ARPT précise que "l'Autorité doit ainsi favoriser l'installation progressive de nouveaux opérateurs, le développement de nouveaux services et du marché afin de favoriser les investissements et la croissance des secteurs"<sup>(22)</sup>.

### **B/ La concurrence et le recul de l'idée de service public ?**

La loi sur les télécommunications ne comporte pas de définition de service public des télécommunications, en revanche l'article 8§18 de cette loi qui a trait au service universel, pose les critères de définition du service public communément admis par la doctrine. Le texte prévoit que « Service universel des télécommunications : la mise à la disposition de tous d'un service minimum (...) et ce, dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité »<sup>(23)</sup>. Toutefois, les deux concepts "service universel et service public", sont largement différents. Le service public se préoccupe des discriminations tarifaires entre usagers, il les provoque éventuellement dans un but de péréquation, pour favoriser l'accès du plus grand nombre au service et compenser les inégalités de fond. Alors que le service universel vise l'accès de tous en s'efforçant d'obtenir un prix de service accessible à tous, quelle qu'en soient les ressources de

chacun<sup>(24)</sup> On remarque donc, le passage du service public au service universel, qui doit être satisfait désormais par des opérateurs privés, dans un climat de concurrence.

Le service universel est un moyen de protection de l'intérêt général, il n'en demeure pas moins l'instrument du marché. Le financement de ce service ne dépend plus de l'Etat ; il est tout d'abord financé par le prix payé par les usagers. A ce prix, s'ajoute toutefois un financement complémentaire, prévu par le décret exécutif fixant le contenu du service universel, les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement ; par les opérateurs du marché et ce, pour compenser le surcoût qui pèse sur l'opérateur chargé de gérer ce service<sup>(25)</sup>.

Dans tous les secteurs, la libéralisation a consisté à restreindre le champ du monopole en premier lieu, et l'introduction de la concurrence ensuite. Le pilotage de la concurrence est donc un trait commun à toutes les régulations, mais les modalités en sont diverses.

L'introduction de la concurrence se traduit bien par la mise en place de nouvelles réglementations de nature différente de celles qui préexistaient. On a affaire à une modification profonde des modalités d'intervention de l'Etat, ou en d'autres termes à la mise en place de nouvelles formes de régulation publique.

Lorsque le réseau des télécommunications était organisé en monopole, l'Etat agissait comme tuteur de ce monopole. Il veillait à ce que son prix ne fût pas excessif, à ce que sa performance économique fût satisfaisante et à ce que les missions de service public fussent correctement assurées (égalité, continuité et adaptabilité aux changements).

Lorsque la concurrence est introduite, le mode d'intervention de l'Etat se complique nécessairement. Certes les pouvoirs publics continuent à remplir certaines missions qui existaient déjà : en particulier, ils doivent toujours exercer un contrôle sur les segments d'activité qui restent en monopole. Mais surtout, ils doivent remplir des fonctions nouvelles. L'Etat doit garantir en même temps que le marché concurrentiel nouvellement créé est équitablement organisé, que les missions de services public soient bien assurées<sup>(26)</sup>. C'est ce point qui concentre les principaux enjeux de la régulation des services publics en réseaux. L'article 4 de la loi 2000/03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications prévoit cette fonctions nouvelles de l'Etat en disposant que « Dans le cadre des prérogatives attachées à ses missions générales, l'Etat veille, notamment :

- (...)
- A la continuité et à la régularité des services offerts au public
- Au respect des règles d'une concurrence loyale entre les opérateurs et à l'égard des usagers (...) ».

Cet article indique clairement que l'Etat s'attache aux anciennes missions de service public, mais dans un climat concurrentiel.

En outre, dans son rapport annuel pour 2003, l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications explique que "l'Etat a du partager le marché postal avec des opérateurs privés sans renoncer à sa mission de service public qui est définie dans le nouveau concept de service universel" ou encore que "le processus de libéralisation du secteur postal ne devrait en aucun cas négliger l'aspect de service public qu'il

revêt et son importance pour la société". Enfin, "dans toutes les activités de l'ARPT, les besoins spécifiques des consommateurs vont de pair avec la notion de service public dans le secteur de la poste et des télécommunications"<sup>(27)</sup>.

L'introduction de la concurrence entraîne des remises en cause du service public des télécommunications : celle de la position de l'Etat -actionnaire et celle de l'Etat – opérateur.

- Dans la première, le rôle de l'Etat voit ses prérogatives de puissance publique considérablement limitées, car dorénavant exercées par une entreprise publique (Algérie Telecom : SPA). Ceci se traduit par la réduction de son engagement financier -surtout si cette entreprise ouvre prochainement ses capitaux aux privés-, ce qui par conséquent change, de fait ou de droit, le statut juridique de cet opérateur. Du fait d'une éventuelle ouverture du capital d'Algérie Télécoms, l'Etat perdra un pouvoir dans la gestion qui va relever prioritairement des impératifs du marché concurrentiel, et accessoirement de ceux de service public.

- La deuxième remise en cause, est celle qui consiste en la séparation des activités d'exploitation et de régulation de l'Etat –opérateur. Désormais les missions de l'ancienne entreprise publique monopolistique sont limitées à l'exploitation alors que les missions de régulation sont confiées à l'ARPT sur la base d'une critique de la régulation classique. La justification de cette séparation confirme cette logique. Elle constitue non seulement un gage d'efficacité mais aussi une garantie, en particulier pour les nouveaux opérateurs afin que le marché concurrentiel ne soit pas biaisé par un Etat qui serait enclin à favoriser l'opérateur historique qui lui est encore lié, en respectant des critères d'objectivité, de transparence et de non discrimination. Celui-ci ne pourrait être à la fois « juge et partie » : « l'Etat ne saurait demeurer l'actionnaire majoritaire du service de télécommunications et prétendre en même temps faire respecter la loi du marché avec toute l'impartialité requise »<sup>(28)</sup> ; pour assurer la crédibilité de la fonction de régulation et donner confiance aux investisseurs, il était utile de séparer les deux rôles.

Au-delà des missions de service public *stricto sensu*, l'Etat doit veiller aux intérêts des consommateurs qui, en cas, de réformes importantes, doivent bénéficier des gains d'efficacité obtenus et se voir garantir une prestation de qualité. Les interventions publiques nécessaires lorsque la concurrence est introduite, peuvent se classer en grande catégories : harmoniser, promouvoir une concurrence équitable en garantissant les missions de service public, défendre les intérêts des consommateurs<sup>(29)</sup>. Les tâches concrètes que recouvrent ces caractérisations très générales, sont en pratique nombreuses et variées : création de normes, attribution de licences et autorisations à des opérateurs, attributions de biens rares telles que les fréquences de télécommunications, contrôle des tarifs finals et de tarifs d'accès à l'infrastructure, gestion de fonds ou de dispositifs tarifaires liés aux missions de service public<sup>(30)</sup>. C'est bien un ensemble complexe et cohérent de règles du jeu qu'il est nécessaire de définir et de mettre en œuvre.

## **II) Un régulateur spécifique : Equilibre institutionnel ?**

La logique de la régulation sectorielle débauche sur une réforme institutionnelle. Elle apparaît comme la réponse à l'inadaptation des structures administratives

classiques face aux besoins nouveaux, et met ainsi en jeu la conception même de l'Etat. Il s'agit selon un auteur, « d'une des manifestations les plus significatives de la transformation actuelle du pouvoir de l'Etat »<sup>(31)</sup>.

Dans cette logique, la régulation implique la promotion d'un nouveau mode d'organisation et d'intervention des pouvoirs publics dans un domaine supposant une transparence et une impartialité au-dessus de tout soupçon. La mise en place de régulateur spécialisé apparaît dès lors inévitable.

Si l'Etat se désengage dans le secteur des télécommunications, il reste que face aux exigences d'un encadrement efficace des mécanismes du marché, l'intervention de l'Etat s'avère nécessaire. Celle-ci prend toutefois de nouvelles formes et s'exerce à travers une structure inédite : il s'agit de l'ARPT, qualifié d'autorités de régulation indépendante<sup>(32)</sup>. Cette nouvelle figure de l'architecture institutionnelle algérienne, n'est pas, toutefois le fruit d'un « génie législatif algérien »<sup>(33)</sup>, mais le fruit d'un simple décalquage sur le modèle français des autorités administratives indépendantes<sup>(34)</sup>.

Dans cette partie, on s'intéressera à l'exigence d'indépendance du régulateur spécialisé (B), pour exercer pleinement et efficacement une mission de régulation sectorielle (A)

## **A/ De l'efficacité de la régulation sectorielle : entre politique publique et concurrence**

La fonction de régulation apparaît comme l'écrit le professeur Jacques Chevallier, comme « une fonction éclatée »<sup>(35)</sup>. La régulation est, en matière de télécommunications, partagée principalement entre régulateur « spécifique », le gouvernement et l'autorité chargée de la concurrence, ce qui accroît d'ailleurs, la complexité du système juridique<sup>(36)</sup>.

Ce partage est d'autant plus réel que l'autorité de régulation se trouvent placées sous une double contrainte constitutionnelle : le maintien de l'autorité législative et de la compétence du gouvernement pour la réglementation, les décisions tenant à la bonne exécution de services public, le contrôle opéré par le Conseil de la concurrence et, enfin celui du juge administratif pour le respect du cadre juridique en vigueur.

D'un point de vue constitutionnel, il revient aux représentants de la nation d'en fixer tout d'abord le périmètre et d'en surveiller le fonctionnement des services soumis à régulation. La détermination de l'étendue du service public revêt en effet, un caractère hautement politique puisque cette opération aboutit à déterminer les droits que pourront revendiquer les citoyens en termes d'accessibilité au service des télécommunications<sup>(37)</sup>. On estime au surplus, que l'autorité de régulation ne saurait suppléer le politique dans la fixation de diverses mesures d'application des principes généraux : c'est pourquoi, certains tarifs régulés relèvent, même au sein de ce marché libéralisé, d'une décision du gouvernement prise sur proposition de l'autorité de régulation<sup>(38)</sup>.

En effet, le choix de l'organisation de la régulation fait apparaître des ambiguïtés<sup>(39)</sup>. Alors que sont créés des AAI, celles-ci ne recueillent pas l'intégralité des compétences de régulation. Les compétences sont strictement définies et doivent être situées par rapport à celles des autorités ministérielles (gouvernement) qui demeurent importantes. Le législateur a en effet, confié au gouvernement le soin de fixer les règles d'intérêt général que devront respecter les nouveaux entrants et d'organiser le service public. L'autorité de régulation en matière Télécommunications ne peut que préciser les règles posées par le gouvernement.

Dans cet esprit, la loi n°2000/03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, prévoit que la fonction de régulation est exercée au nom de l'Etat par le ministre chargé des télécommunications et par l'autorité de régulation. On peut se demander dès lors, si la régulation n'est pas exercée de façon égale par le ministre et l'autorité<sup>(40)</sup>. Ainsi, en l'absence de pouvoir réglementaire de l'ARPT le gouvernement continu à exercer les compétences régaliennes dans ce secteur. Il reste chargé de la réglementation. L'Etat fixe donc les règles du jeu et est garant du service public. Néanmoins, dans le cadre des négociations internationales, l'autorité des télécommunications, peut être « associée », à la demande du ministre chargé des télécommunications, à la préparation de la position Algérienne dans le domaine ; dans le même sens, elle peut participer également à la représentation algérienne dans les organisations internationales.

Dans ce domaine, le législateur a mis en place un partage de compétences qui laisse apparaître des zones « frontières ». Cela n'est pas surprenant, si l'on admet, comme l'exprime un auteur, « que les pouvoirs attribués à l'autorité apparaissent plus comme le reflet d'un compromis politique que d'un édifice logique »<sup>(41)</sup>.

Dans le cas de la régulation sectorielle, l'ARPT exerce une mission de régulation *ex ante*. Ici, l'autorité agit sur la structure du marché ainsi que sur le comportement des agents économiques : elle est habilitée à fixer elle-même les règles du jeu en définissant les concessions, en procédant à des arbitrages, en fixant des paramètres tarifaires. "Les autorités de régulation pénètrent ainsi au cœur même des décisions stratégiques des acteurs du marché"<sup>(42)</sup>.

S'agissant du Conseil de la concurrence, sa mission relève plutôt de la régulation *ex post* en ce sens qu'il intervient en aval pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence. Dans un tel cas de figure, l'autorité de régulation a pour fonction de veiller au respect en aval d'un ensemble de règles qu'elle n'a pas compétence à définir en amont. En somme, elle n'a pas vocation à fixer aux acteurs du marché les règles du jeu, elle veille au respect des règles et normes de conduite préétablies qu'imposent aux opérateurs les pouvoirs publics, dans le but de garantir la transparence, l'équilibre et l'égalité entre les agents dans le secteur d'activité en cause.

En d'autres termes, sa mission consiste à surveiller le degré de conformité des pratiques des agents économiques du secteur des télécommunications aux règles de la concurrence. Cela suppose que les entreprises en cause évoluent dans un marché mature, un marché concurrentiel. Ce qui signifie que le Conseil de la concurrence est appelé à prendre le relais de l'autorité sectorielle au moment où le secteur en cause dépasse l'étape transitoire et entame son accès à l'ordre concurrentiel<sup>(43)</sup>.

En outre, le Conseil de la concurrence est amené à intervenir dans le secteur des télécommunications placé sous la surveillance de l'ARPT. *De même, certaines affaires sont susceptibles de relever à la fois de la compétence du Conseil de la concurrence et de l'ARPT.* Il arrive en effet que la même affaire soumise à l'une des autorités de régulation comporte des questions litigieuses qui nécessitent des réponses tirées tant du droit sectoriel que de celui de la concurrence, notamment en raison des

liens étroits existant entre régulation du marché et droit de la concurrence<sup>(44)</sup>. A titre d'exemple, dans une espèce soumise à l'arbitrage de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications, Orascom Télécom Algérie estime que l'opérateur Algérie Télécom pratique une discrimination tarifaire et demande une renégociation des taxes de terminaison. De tels litiges sont d'ailleurs appelés à se multiplier avec la croissance des marchés et le développement des nouvelles technologies de communication<sup>(45)</sup>.

Il est donc nécessaire d'envisager des procédures d'inter régulation destinées à établir une collaboration étroite entre le Conseil de la concurrence et l'autorité de régulation sectorielle qui sont appelées à intervenir sur des affaires communes.

En outre, à la lecture de la loi 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, portant création de l'ARPT, on est saisi par le manque de rigueur du législateur en ce que le corpus juridique en cause contredit de façon manifeste les dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence.

Celle-ci dispose en son article 13 que l'Autorité de régulation a pour mission "de veiller à l'existence d'une concurrence effective et loyale sur les marchés postal et des télécommunications en prenant toutes les mesures nécessaires afin de promouvoir ou de rétablir la concurrence sur ces marchés". Or, pour rétablir la concurrence sur le marché, l'autorité de régulation est appelée à connaître et sanctionner des pratiques restrictives comme, par exemple, l'abus de position dominante.

En outre, l'article 27 de la loi 2000-03 précise que "les opérateurs et les prestataires de services ne peuvent subventionner, à partir d'une activité pour laquelle ils sont en position dominante au sens de l'ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, d'autres activités". La question qui se pose est de savoir qui du Conseil de la concurrence ou de l'ARPT est compétent pour apprécier l'état de position dominante, sachant que le texte fait référence, de manière explicite, au droit de la concurrence.

En application de telles dispositions, l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications s'est déclarée compétente pour appliquer le droit de la concurrence au litige qui lui était soumis. Ainsi, dans une affaire opposant Orascom Télécom Algérie (OTA) à Algérie Télécom (AT), l'autorité de régulation relève "que les tarifs d'interconnexion des opérateurs dominants peuvent être soumis à encadrement par l'ARPT" et que "l'objectif de cet encadrement est de promouvoir la concurrence"<sup>(46)</sup>. Dans une seconde affaire opposant les mêmes opérateurs à propos de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de régulation mentionne dans les visas de sa décision l'ordonnance de 1995 relative à la concurrence et spécialement son article 10. En outre, dans ses considérants, elle relève que les pratiques tarifaires anticoncurrentielles sont proscrites, notamment : "la vente à perte" ainsi que "la subvention d'un service en concurrence par un service en situation d'exclusivité"<sup>(47)</sup>. Enfin, l'autorité de régulation a délivré une injonction à l'encontre d'OTA à l'effet de retirer une offre tarifaire au double motif que l'opérateur n'a pas observé les conditions de publicité des tarifs et que l'offre tarifaire constitue une pratique de tarif singulièrement bas<sup>(48)</sup>.

## **B/ L'exigence d'indépendance du régulateur**

Pour assurer pleinement ses missions de régulation, l'ARPT doit être indépendante. Cette exigence est affirmée à l'article 10 de la loi 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications. Cet article prévoit qu'« Il crée une autorité de régulation indépendante dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière... ». L'indépendance de l'autorité implique d'abord l'absence de toute tutelle ou pouvoir hiérarchique à son égard de la part du pouvoir exécutif. Une AAI ne reçoit ni ordre, ni instruction du Gouvernement. Le concept de l'indépendance est que, l'autorité de régulation n'est soumise à aucune tutelle de ministère et que les organes du pouvoir politique et le gouvernement ne marquent aucune direction dans le choix et les décisions du régulateur<sup>(49)</sup>. Dès lors, l'indépendance organique et juridique de l'autorité de régulation forme le noyau de cette indépendance.

L'attribution de la personnalité morale aux autorités administratives indépendantes est un élément qui renforce la confiance entre ces dernières et les agents économiques régulés. Toutefois, l'indépendance ne se résume pas à l'attribution de la personnalité morale, car on constate qu'en Algérie, quelques AAI restent sous la tutelle d'un ministère quoiqu'elles soient dotées de la personnalité morale ; leur création par le pouvoir exécutif porte un risque démesuré de dépendance. C'est le cas du Conseil de la concurrence. En effet, la loi issue des modifications de 2008, place cette autorité sous la tutelle du ministre chargé du commerce. L'article 9 de la loi 08-12 relatives à la concurrence, modifiant l'article 23 de l'ordonnance 03-03, dispose qu'« il crée une autorité administrative autonome, ci-après dénommée « conseil de la concurrence », jouissant de la personnalité juridique, et de l'autonomie financière, placée auprès du ministre chargé du commerce... ».

La condition d'indépendance des AAI est d'une grande importance, elle permet de créer un climat de confiance entre les agents régulés et ces institutions, elle tend aussi, à éviter les conflits d'intérêts et la préoccupation prioritaire des intérêts des entreprises dans laquelle l'Etat reste (est) partie prenante. Selon Mme Martine Lombard<sup>(50)</sup> : « Lorsque l'Etat reste l'actionnaire majoritaire ou le tuteur de l'un des principaux opérateurs sur le marché, voire de l'opérateur historique dans le cas des services récemment ouverts à la concurrence, il est en effet impératif d'organiser une pleine indépendance de (l'autorité réglementaire nationale), par rapport aux autorités de l'Etat, dans la mesure où elle risquent de se préoccuper prioritairement sinon, des intérêts de telle entreprise publique dans l'Etat est partie prenante ».

Une autre raison plus générale qui est invoquée afin de justifier l'idée d'une nécessaire indépendance du régulateur par rapport au pouvoir politique (autorités issues de l'élection), il s'agit du risque de « *capture* » de régulation dont la réussite et l'efficacité économique demanderait d'avoir une vision et objectifs à long terme, par des autorités issues de l'élection et soumises en général à la réélection, qui sont guidées par des intérêts et considérations électoraux de court terme<sup>(51)</sup>.

L'analyse des textes institutifs de l'autorité sectorielle des télécommunications confirme l'existence justement du risque de «*capture*» de cette autorité par le pouvoir politique. Tel est le cas quand il s'agit de désigner ses membres.

La formation ou la composition de l'ARPT est collégiale. Toutefois, le critère de spécificité et de technicité de ses membres ne semble pas être pris en considération. L'un des critères qui justifie l'existence des autorités de régulation réside dans le besoin des administrations de répondre-en parallèle à la création de la concurrence et de son bon fonctionnement-, aux problèmes spécifiques et techniques dans des domaines déterminés, tel n'est pas le cas pour le législateur algérien, comme le souligne M. Zouaimia Rachid : « aucune règles ne semble guider le législateur dans le choix des critères présidant à la constitution de tels collèges »<sup>(52)</sup>. Ainsi aucune qualification particulière ou critère de spécialisation ne sont exigés pour les membres de cette autorité de régulation. Dès lors, le risque de trouver des membres non spécialisés dans une autorité de régulation "spécialisée", est démesuré ; ce qui est le cas de l'ARPT ; L'article 15 de la loi 2000-03 prévoit que : « Le conseil de l'autorité de régulation se compose de sept (7) membres dont le président, désigné par le président de la république ». Or, dans le pays d'origine de cette autorité (France), son président est choisi parmi les autres membres.

Il est à ce titre, bien regrettable, comme l'exprime un auteur, de constater que le critère d'appartenance à une pensée ou à un parti politique constitue bien souvent l'élément dominant dans le choix ou la révocation des dirigeants " dans le secteur économique"<sup>(53)</sup>. Ce mode de désignation clientéliste, à la base pratiqué dans les sphères politico-administrative, a fini par s'imposer comme moyen privilégié de nomination des membres qui composent les "régulateurs", ouvrant ainsi la voie au favoritisme et à la corruption.

Concernant le mandat des membres, ni la loi sur les Télécommunications, ni le décret présidentiel n° 2001-109, portant nomination des membres de l'ARPT<sup>(54)</sup>, ne fixent la durée du mandat de ses membres. Ce qui donne la possibilité aux pouvoirs qui les ont nommés de les révoquer sans aucun préavis.

### **Conclusion :**

De ce qui précède, il est permis de conclure que la régulation du service public des télécommunications en Algérie semble dominé par une conception économique qui considère le service public comme la justification du monopole incompatible avec la libéralisation et la construction du marché concurrentiel. La régulation sectorielle développée par la puissance publique et la nouvelle autorité de régulation peut encore concilier l'idée de service public et la libéralisation du marché des télécoms. Les pouvoirs publics ne devraient plus simplement énoncer de nombreux principes qui concourent au service public ou protègent celui-ci, encore devraient-ils envisager les mécanismes effectifs de sa protection.

Le type de régulation adopté dans notre pays, dans le secteur des télécommunications, et le modèle politico-administratif ; dans lequel, la régulation est partie intégrante du processus de politique du gouvernement<sup>(55)</sup>.

Pour qu'une régulation efficiente ait lieu dans ce secteur particulier des télécommunications, l'Etat doit encore doter le régulateur d'une indépendance

organique et fonctionnelle effective, ôter les ambiguïtés relatives au partage de compétences avec l'autorité générale de concurrence et en définitive, activer et/ou réactiver le Conseil de la concurrence pour construire une jurisprudence algérienne de la concurrence et de régulation.

### Notes bibliographiques

\*- Membre de l'équipe de recherche sur « *Le Droit de la régulation à l'épreuve des impératifs de bonne gouvernance* », Faculté de Droit, Université de Bejaia.

<sup>1</sup>- Ordonnance n° 75-89 du 30-12-1975 portant code des postes et télécommunications, *JORA* n° 29 du 09 Avril 1976, p. 338, abrogée par la loi n° 2000/03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06 Août 2000.

<sup>2</sup>- Art. 7 de la loi n° 2000-03, Ibid.

<sup>3</sup>- J. CHEVALLIER, « La nouvelle réforme des télécommunications : rupture et continuité », *RFDA*, 12 (5) Sep-Oct. 1996, P.909 et S.

<sup>4</sup>- La politique sectorielle et la fonction de réglementation relève du ministre de la poste et des technologies de l'information et de communication, alors que les fonctions d'exploitation et de développement de la poste et des télécommunications sont confiées à deux opérateurs distincts :

- Algérie poste ; établissement public à caractère industriel et commercial pour les activités postales ;

- Algérie télécom ; entreprise publique (SPA) pour les télécommunications. Voir, l'article 12 de la loi n° 2000-03, op.cit.

<sup>5</sup>- R. ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, éd. Houma, Alger, 2005, P.6. Du même auteur, *Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie*, éd. Houma, Alger, 2005.

<sup>6</sup>- Voir, E. ROLIN, « Les règlements de différends devant l'ART », *S/Dir*. Marie-anne Frison Roche, *La régulation : efficacité et légitimité*, Dalloz, Paris, pp. 149 et s. Si le sujet des AAI a fait l'objet d'importantes études doctrinales, précisément en France, tel n'est pas le cas en Algérie où thème demeure méconnu. Ce n'est que par mémitisme que le législateur Algérien adopte les notions de régulation et de régulateur indépendant. Voir pour plus de détails, R. ZOUAÏMIA, ibid. p. 6 et s.

<sup>7</sup>- LASSERE (B), « L'autorité de régulation des télécommunications », *AJDA*, n° 03 du 20 mars 1997.

<sup>8</sup>- Les pouvoirs de l'ARPT sont énumérés à l'article 13 de la loi n° 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, op.cit.

<sup>9</sup>- Ce rôle capital en matière d'interconnexion constitue le cœur des compétences attribuées sans partage à l'ARPT, l'article 8/4 de la loi n° 2000-03 précitée définit l'interconnexion comme étant « *Les prestations réciproques offertes par un opérateur de réseau public ou les prestations offertes par un opérateur de réseau public à un prestataire de service de téléphonie au public qui permettent à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux, quel que soient les réseaux auxquels ils ont raccordés ou les services qu'ils utilisent* ». Voir également, les articles 13, 25 et 26., ce dernier prévoit l'application des tarifs pour l'interconnexion en adéquation avec les principes de tarification de l'ARPT. En outre, les conditions d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications sont fixés par le décret exécutif n° 02-256 du 06 mai 2002, [www.arpt.dz/](http://www.arpt.dz/)

<sup>10</sup>- Voir, E. ROLIN, « Les règlements de différends devant l'ART », *op.cit*, Voir aussi, ART, « Adapter le régulation au nouveau contexte du marché des télécommunications », Rapport de l'autorité de régulation des télécommunications (ART, Paris, France 2002)

<sup>11</sup>- M. Grozier, « Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes », in *Normes juridiques et régulation sociale*, s/dir. De F. Chazel & J. Commaille, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 131.

<sup>12</sup>-La régulation est considérée par Yves Gaudemet comme, « un nouveau pavillon de normativité » Y. Gaudemet, « La concurrence des modes et des niveaux de régulation », *RFAP*, n°109- 1, 2004, p. 13-16

- <sup>13</sup>- G. MAJONE, *La communauté européenne: un Etat régulateur*, Montchrestien, Paris, 1997, p. 13 à 22
- <sup>14</sup>- A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité*, L.G.D.J, Paris, 2003, p. 3 et s.
- <sup>15</sup>- J-L Silicani, « Demain : l'Etat régulateur », *Les échos*, 16.02.2000, cité dans le rapport public du Conseil d'Etat Français sur *les Autorité Administratives indépendantes*, études & documents n° 52, 2001, p. 280.
- <sup>16</sup>-J.Ch. Jobart, "Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit", *Droit Prospectif*, n° 1, 2004, p. 54.
- <sup>17</sup>-J. Chevallier, « L'Etat régulateur », *op.cit.*, d'autres encore définissent la régulation comme étant « Une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel. La régulation impose ce compromis aux opérateurs sur le marché par des moyens juridiques. En d'autres termes, il s'agit de la fonction de la puissance publique visant à la satisfaction de besoins collectifs par des activités de nature économique sous un régime concurrentiel », G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A*, 2006, p.347
- <sup>18</sup>-G. Farjat, *Pour un droit économique*, Puf, Paris, 2004, p.115, Un auteur écrit à propos de la création des autorités de régulation qu' « On voit naître des institutions dont la structure est un défi aux conceptions juridiques contemporaines (...), Si elles durent, il faut bien que la doctrine révise ses idées générales et intègre l'existence de ces monstres dans une nouvelle explication de l'ordre social », B. Chenot, *Organisation économique de l'Etat*, Dalloz, 2e éd., 1965, p. 101.
- <sup>19</sup>- Voir, R. ZOUAIMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation...*, *op.cit.*, p.7.
- <sup>20</sup>- Ordonnance n°03-03 du 19-07-2003 relative à la concurrence, *JORA* n°43 du 20-07-2003, modifiée et complétée par la loi n°08-12 du 25-06-2008, *JORA* n° 36 du 02-07-2008
- <sup>21</sup>- Voir, R. Zouaimia, « De l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit Algérien », Communication au colloque national sur les autorités de régulation en matière économique et financière, Université de Bejaia, les 23 et 24 mai 2007, Recueil des actes, Université de Bejaia ; Voir également, N.CURIEN, « Libéralisation des télécommunications en Europe », in, *Concurrence et service public, Textes des conférences Jules Dupuit*, L'Harmattan, Paris, 2003, pp. 353-366.
- <sup>22</sup>- ARPT, *Rapport 2001*, [www.arpt.dz/](http://www.arpt.dz/)
- <sup>23</sup>- Voir pour les définitions de ces critères, A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1991, C. MARTINAND & J-H. LORENZI, *La régulation des services publics- concilier équité et efficacité*, Rapport officiel, éd. ESKA, Coll. Rapports officiels, 1995.
- <sup>24</sup>-A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité*, L.G.D.J, Paris, 2002, p.249
- <sup>25</sup>- Décret exécutif n° 03-232 du 24 juin 2003, fixant le contenu du service universel des postes et des télécommunications et les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement, *JORA* n° 36 du 29 juin 2003. Le montant du service universel est proposé par l'ARPT, Voir, l'article 13 de la loi 2000-03, *op.cit.* ; en outre, cette loi, prévoit la création d'un fond de financement « de service universel » ; ce fond à le double mérite de favoriser la concurrence dans la mesure où il rend possible une pluralité d'opérateurs sur le marché et de confier la gestion des mécanismes compensatoires à un organisme indépendant et non à un opérateur impliqué lui-même dans la concurrence.
- <sup>26</sup>-J. BERGOUNOUX, *Rapport public : Services publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Avril 2000, p. 206 et s.
- <sup>27</sup>-ARPT, *Rapport 2003*, [www.arpt.dz/](http://www.arpt.dz/)
- <sup>28</sup>- F-F. LISSOUCK, « La régulation des services publics en réseau : réflexion sur la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et l'exigence de service public », *RRJ*, n°2, 2005, pp. 840-865.
- <sup>29</sup>- J. BERGOUNOUX, *Rapport public : Services publics en réseaux...*, *op.cit.*, p. 210.

- <sup>30</sup>- Voir, les articles 5, 6 et 7 de la loi fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *op.cit*
- <sup>31</sup>- J. Chevallier « La nouvelle réforme des télécommunications : rupture et continuité », *op.cit*
- <sup>32</sup>- R. Zouaimia, « De l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur... », *op.cit.*, « Les autorités administratives indépendantes sont définies comme des organes administratifs investis d'une capacité à agir au nom de l'Etat sans être subordonnés au gouvernement », G. Berger, « Le rapport entre l'indépendance du régulateur et le choix de l'évaluateur », in *les régulations économiques : légitimité et efficacité*, volume 1, coll. droit et économie de régulation, Presse de sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 88.
- <sup>33</sup>- F. Alloui, « Le caractère décoratif des autorités de régulation en Algérie », Colloque national sur les autorités de régulation indépendantes en matière économique et financière, Université de Bejaia, les 23 et 24 Mai 2007.
- <sup>34</sup>- R. Zouaimia, *Les autorités administratives indépendantes et ...*, *op.cit*, p6.
- <sup>35</sup>-J.Chevallier, « La nouvelle réglementation des télécommunication », p. 935 ; la fonction de régulation est considérée pour d'autre comme une fonction « pluraliste », c'est-à-dire que même si cette fonction repose principalement sur l'action du régulateur « spécialisé », d'autres institutions y participent. V, H. Maisl, « La nouvelle règlementation des télécommunication », *AJDA*, 20 octobre 1996, p.775
- <sup>36</sup>-V. R. Zouaimia, « De l'articulation des rapports entre le Conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit Algérien », *op.cit*,
- <sup>37</sup>-V. A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux...op.cit*, p. 405
- <sup>38</sup>-V. par exemple, sur les coûts ou les tarifs du service universel ; art.13 de la loi sur les télécommunications, *op.cit*, et le décret exécutif n°03-232 relatif au service universel, *op.cit*.
- <sup>39</sup>-V. R. Zouaimia, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économiques en Algérie*, *op.cit*, p. 54.
- <sup>40</sup>-La politique sectorielle et la fonction de réglementation relève du ministre de la poste et des technologies de l'information et de communication, alors que les fonctions d'exploitation et de développement de la poste et des télécommunications sont confiées à deux opérateurs distincts : - Algérie poste ; établissement public à caractère industriel et commercial pour les activités postales ; - Algérie télécom ; entreprise publique (SPA) pour les télécommunications. Voir, l'article 12 de la loi n° 2000-03, *op.cit*.
- <sup>41</sup>-Voir, B. Lasser, « L'autorité de régulation des télécommunications », *AJDA*, 20 mars, 1997.
- <sup>42</sup>-Rapport Claude Henry, *Etude comparative des conditions et instruments de la régulation économique de services publics en réseaux*, novembre 1999, La documentation Française, [www.vie-publique.fr/](http://www.vie-publique.fr/)
- <sup>43</sup>-R. Zouaimia, « De l'articulation des rapports entre le Conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit Algérien », *op.cit*
- <sup>44</sup>-Sur la question en droit français, voir M. Daury-Fauveau, "Le partage enchevêtré des compétences de la régulation", in Nicole Decoopman (s/dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, op. cit. pp. 149-165 ; Marie-Anne Frison-Roche, "*L'hypothèse de l'interrégulation*", in Marie-Anne Frison-Roche (s/dir.), *Les risques de régulation*, coll. *Droit et Economie de la Régulation*, t.3, Dalloz/Presses de Sciences Po, Paris, 2005, pp. 69-80.
- <sup>45</sup>-Décision n° 02/SP/PC/ARPT/03 du 30 juin 2003 relative aux règles applicables par les opérateurs de télécommunications pour la tarification des services fournis au public, [www.arpt.dz/](http://www.arpt.dz/), Voir, N.BERRI, « Le règlement des différends devant l'ARPT », in, Colloque national sur les Autorités de régulation en matière économique et financière, *op.cit*.
- <sup>46</sup>-Décision n° 03/ SP / PC / ARPT / 03 du 30 juin 2003 relative à la détermination de la taxe de terminaison d'un appel en provenance de l'international sur les réseaux mobiles de Orascom Télécom Algérie (OTA) et Algérie Télécom (AT), [www.arpt.dz/](http://www.arpt.dz/)

- <sup>47</sup>-Décision n° 02/SP/PC/ARPT/03 du 30 juin 2003 relative aux règles applicables par les opérateurs de télécommunications pour la tarification des services fournis au public, [www.arpt.dz/](http://www.arpt.dz/)
- <sup>48</sup>-Décision n° 11/SP/PC/ARPT du 12 mars 2007 portant retrait sans délai, par l'opérateur Orascom Télécom Algérie, de l'offre tarifaire relative à son produit Allo OTA, [www.arpt.dz/](http://www.arpt.dz/)
- <sup>49</sup>- R. Caranta, « Les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, volume 1, collection droit et économie de régulation, Presse de sciences p et Dalloz, Paris, 2004, p.72.
- <sup>50</sup>-M. Lombard, « La régulation dans un Etat de droit », in *règles et pouvoirs de régulation*, op.cit, p. 29.
- <sup>51</sup>-Ibid, p30.
- <sup>52</sup>- R. Zouaimia, *Les autorités administratives...*, op.cit., p.35.
- <sup>53</sup>-N. Grim, *L'économie algérienne otage de la politique*, éd. Casbah, Alger, p. 44 et s.
- <sup>54</sup>- Décret présidentiel n° 2001-109, portant nomination des membres de l'ARPT, *JORA* n°26 du 09 Mai 2001, Le mandat peut être une garantie organique d'indépendance de l'autorité. Toutefois, même si un mandat est fixé, il est douteux de prétendre l'indépendance de l'organe, comme c'est le cas de la loi n°90-10 relative à la monnaie et au crédit (abrogée) , qui a prévu un mandat de 6 ans pour le gouverneur de la Banque d'Algérie et président du Conseil de la Monnaie et du Crédit ainsi que de la Commission Bancaire ; où est mis fin aux fonctions du Gouverneur 2 ans après sa nomination par les même formes ; Décret présidentiel du 15 avril 1990 portant nomination du gouverneur de la Banque centrale d'Algérie, M.Abderahmane Roustoumi Hadj Nacer, *JORA* n° 28 du 11/07/1990 ; Décret présidentiel du 21 Juillet 1992 mettant fin aux fonctions du gouverneur de la Banque centrale d'Algérie, M. Abderahmane Roustoumi Hadj Nacer, *JORA* n°57 du 26/07/1992. V. N. Berri, « Le règlement des différends devant l'ARPT », in, Colloque National sur les autorités de régulation en matière économique et financière, *op.cit.* p.63
- <sup>55</sup>- Dans ce type de régulation, l'autorité en charge de régulation est soit directement le ministère en charge du secteur, soit une agence gouvernementale. C'est le cas de l'Espagne, où si un régulateur indépendant existe tout de même, il n'agit qu'à titre de conseiller ou d'organe de consultation pour le ministère en charge de la régulation. V. C. GENOUD, « Libéralisation et régulation des industries de réseaux : divergences dans la convergence ? », *Revue Internationale de Politique Comparée*, n°2, Vol. 11, 2004, pp.187-204