جـامعـة عـبد الـرحمـان ميـرة – بجايـة

كليـة الحقـوق و العلـوم السياسيـة

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية محكمة:السنة الثالثة/المجلد05/عدد01-2012

ردم د: 0087 - 2170

بسم الله الرحمن الرحيم

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

- -

مجلة سداسية تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

مدير النشر:

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

رئيس التحرير:

رداف أحمد- أستاذ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

اللجنة العلمية:

- **زوايمية رشيد-** أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة– بجاية.
- **رداف أحمد-** أستاذ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية.
- **بودريوه عبد الكريم-** أستاذ محاضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية.
- **طيب السعيد-** أستاذ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- **جعفور محمد السعيد-** أستاذ ، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- **كاشير عبدالقادر-** أستاذ، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- **زرقين رمضان-** أستاذ ، كلية الحقوق، جامعة باتنة.
- **كحلولة محمد-** أستاذ ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
- **منثري مسعود-** أستاذ ، كلية الحقوق، جامعة عنابة.
- **بوضياف عمار** – أستاذ، كلية الحقوق، جامعة تبسة.

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية- القطب الجامعي أبوداو

الهاتف/ فاكس 034229357 البريد الإلكتروني 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 تُـدون 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 ألاّ يتجاوز المقال 25 صفحة .

تُـطبع المقالات بخط Simplified Arabic حجم 14 للمضمون و 12 بالنسبة للهوامش .

تُرسل أو تودع المقالات في نسخة ورقية واحدة تكون مصحوبة بنسخة محفوظة في قرص مرن (CD) .

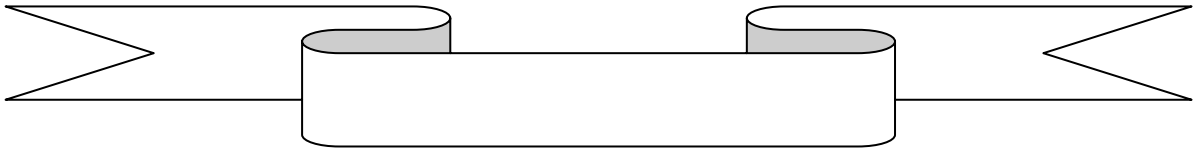
يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

المجـلّة الأكـاديمية للبحـث القـانـوني

الفهـــــرس

- مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني و مسؤولية الحماية حساني خالد..... 08
- رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري بزاحي سلوى زوجة بومقورة..... 29
- النظام المالي للزوجين بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري د. زبيدة إقروفه..... 48
- منازعات الشيك في القانون الجزائري دراسة تحليلية على ضوء القانون التجاري وقانون العقوبات أغليـس بوزيـد..... 63
- الطابع الخيالي لحماية البيئة في قانون براءات الاختـراع الجزائري: عدم فعلية المادة 8/3 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع حمادي زوبير.....85
- دراسة لأهم التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائرية بموجب الأمر رقم 05-01 ناتوري كريم.....95
- آثار التطور التكنولوجي على حقوق المؤلف في التشريع الجزائري بن شعلال الحميد.....114
- الاندماج المصرفي كوسيلة لإنقاذ المؤسسة المصرفية من التعثر طباع نجاة..... 131
- استراتيجيه محاربة الفقر من خلال العمل اللائق مامون فاطمة الزهـراء..... 153
- حقوق الإنسان العالمية وخصوصية الفعل الوطني في حمايتها بن عثمان فوزية.....181
- دور المجتمع المدني في مكافحة الفساد سـاوس خيرة 211
- حماية العلامات التجارية من جريمة التقليد في القانون الجزائري راشدي سعيدة.....220
- حماية الاختراعات في القانون الجزائري فرحات حمو.....238
- ممثل الشركة التجارية في القضايا الجزائية عائشة بوعزم.....259

- حق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب في الجزائريين التقييد والتحريم" ثوابتي إيمان ريمة سرور_ مرزوقي وسيلة.....275
- حوالة الحق كآلية لنقل الأصول في عمليات التوريق المصرفي سقلاب فريدة 302
- التعاون ما بين البلديات بين القانون و الممارسة بن عيسى قدور.....316
- Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence Pr Rachid ZOUAÏMIA.....06



مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني و مسؤولية الحماية

حساني خالد
أستاذ مساعد - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

مقدمة

أدت التحولات التي شهدها النظام الدولي منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، إلى تطور الاهتمام الدولي بحماية حقوق الإنسان، وقد تزايد ذلك الاهتمام إثر انتهاء الحرب البـاردة و انهيار المنظومة الاشتراكية وتفكك الإتحاد السوفيتي، لاسيما مع تزايـد نشـوب النزاعـات الداخلية في العديد من الدول بشكل أفضى إلى بروز ظاهرة التدخل الدولي الإنساني، فمنـذ مطلع تسعينات القرن المنصرم صدرت دعوات كثيرة مطالبة بالتدخل العسكري الخـارجي، من أجل الدفاع عن حقوق الإنسان وحماية الأقليات و معاقبة مرتكبي الجرائم ضد الإنسـانية وتأمين وصول المساعدات الإنسانية إلى المناطق التي تشهد أزمات إنسانية طارئة.

كما ظهرت منذ نهاية القرن العشرين تهديدات وتحديات جديدة شكلت مصدرا للقلـق الدولي نظرا لمساسها بحقوق الإنسان الأساسية، ومن أهمها الهجرة غير الشرعية، البطالـة، المجاعة، التلوث البيئي، الإرهاب الدولي، انتشار أسلحة الدمار الشامل، الجريمـة المنظمـة عبر الوطنية، و تزايد نشوب النزاعات المسلحة الداخلية لأسباب عرقية ودينية.

وأمام تفاقم هذه التهديدات الجديدة لحياة الإنسان و عجز الدولة منفردة عن مواجهتهـا ونتائجها المباشرة على الأمن العالمي، برز الاتجاه الدولي نحو حماية أكثر فعاليـة لحقـوق الإنسان، نظرا للعلاقة الوطيدة بين هذه الحماية وحفظ السلم والأمن الدوليين.

ومن هذا المنطلق، فإنه في حالة الانتهاكات الجسيمة والخطيـرة لحقـوق الإنسـان الأساسية لفئة أو جنس معين، فإن المجتمع الدولي ليس أمامه من البدائل سوى تطبيق فكـرة التدخل الدولي الإنساني لمصلحة هذه الفئات المنكوبة والمضطهدة.

لقد طرح تعارض التدخل الدولي الإنساني مع مبـدأ السيادة العديد مـن الإشـكاليات سنحاول الإجابة عليها في هذه الورقة، ويمكن تلخيص هذه الإشكاليات فيما يلي:

- **إذا كانت حماية حقوق الإنسان تعد مسؤولية دولية تقع على عاتق كافة أعضاء المجتمع الدولي، فما هو دور المجتمع الدولي في تحقيق الحماية الإنسانية ؟ وما هي انعكاسات هذه الحماية على سيادة الدول ؟**
- **هل حقيقة أصبح مبدأ السيادة عائقا وعقبة أمام حماية حقوق الإنسان ؟ وهل يشكل مفهوم مسؤولية الحماية بديلا لحق التدخل الإنساني ؟ وما هي الأطر القانونية لمسؤولية الحماية ؟ ومن هي الجهة الدولية التي يحق لها ممارسة هذه المسؤولية؟**

الفرع الأول: ماهية التدخل الإنساني

لم يعد التدخل الإنساني مفهوما متفقا عليه من طرف الفقه الدولي بسـبب الانتقـادات الموجهة إليه نتيجة تعارضه مع مبدأ السيادة من جهة، واستعماله كمطية للتدخل في الشؤون الداخلية للدول من جهة أخرى، و من ثم فإننا سنتناول مفهوم التدخل الإنسـاني فـي نقطـة أولى، ثم نعمل على إبراز مشروعيته في نقطة ثانية.

أولا/ مفهوم التدخل الإنساني

يعتبر مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول من المبادئ الجوهرية للقانون الدولي المعاصر، غير أن التفسير الواسع للفصل السابع من الميثاق وما ترتب عنه من توسيع المصادر المهددة للسلم والأمن الدوليين، جعل تجاوز هذا المبدأ من الممكن جدا في الوقت الحالي و أصبح التدخل الإنساني قاعدة عرفية استوجبتها التغيرات المعاصرة للمجتمع الدولي.

غير أن الفقه الدولي اختلف في تحديد مفهوم التدخل الإنساني بين من يدافع عن مفهوم **ضيق للتدخل الإنساني**، و هو ذلك الذي لا يمكن أن يتم إلا من خلال العمل العسكري و استخدام القوة المسلحة.

بينما يدافع الاتجاه الثاني عن **مفهوم واسع للتدخل الإنساني**، حيث يعتبر أن التدخل كما يمكن أن يتم عن طريق استخدام القوة العسكرية، يمكن أن يتم أيضا بوسائل أخرى مثل الضغوط السياسية، الاقتصادية، و الدبلوماسية و غيرها.

1/ المفهوم الضيق للتدخل الإنساني

يتجه فريق محدود من الفقهاء نحو حصر التدخل الدولي الإنساني في ذلك التدخل

الذي يقتصر تنفيذه على استخدام القوة العسكرية، فاستخدام هذه القوات يمثل إذن الأساس الذي يستند إليه هذا النوع من أنواع التدخلات الدولية، فقد أطلق مثلا الأستاذ *Baxter* وصف "**التدخل الدولي الإنساني**" على كل استخدام للقوة من جانب إحدى الدول ضد دولة أخرى لحماية رعايا هذه الأخيرة مما يتعرضون له من موت أو أخطار جسيمة، كما يمكن أن يستهدف فعل التدخل حماية رعايا الدولة التي تقوم بتنفيذه، عن طريق ترحيلهم من الدولة التي يتعرضون على إقليمها لخطر الموت [1].

هذا الرأي أخذ به كل من *Bayerlin, Scheffer et Brownlie* حيث أكد هذا الأخير أن الهدف من التدخل يكمن في حماية الرعايا و حرياتهم متى كانت دولهم عاجزة عن حمايتهم أو ليست لها الرغبة في ذلك، ويتضح أن المفهوم الضيق للتدخل الإنساني يرتبط بالقوة المسلحة، و هو ما سبق أن عبر عنه الفقيه *Lillich* الذي وظف التدخل لحماية رعايا الدولة المتدخلة أو رعايا الدول الأخرى متى كانوا في أوضاع معرضين فيها للخطر [2]، كما أكد الفقيه *Mario Bettati* على مبدأ الضرورة، و مبدأ النسبية، أي أن يكون التدخل العسكري نتيجة لانتهاكات خطيرة لا غير، فـضـرورة التدخـل تقدر بقدرها [3].

بينما قام الأستاذ *Marie-José Domestici-met* بتعداد ست عمليات يرى أنها تنتسب بشكل أو بأخر إلى هذا النوع من التدخل، و تتميز هذه العمليات بأن تنفيذها قد تم عن طريق استخدام القوات المسلحة، تتمثل هذه العلميات في: التدخل البلجيكي في الكونغو في يوليو 1960، التدخل الأمريكي البلجيكي في *Stanleyville-Paulis* عام 1964، و الغارة الإسرائيلية على مطار عنتيبي عام 1976، و العملية التي قامت فرنسا بتنفيذها في *Kolwezi* عام 1986، و الغارة الأمريكية الفاشلة على *Tabas* (إيران) عام 1980، و العملية التي

---

[1]- **حسام أحمد محمد هنداوي**، التدخل الدولي الإنساني –دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القـانون الدولي-، دون ذكر عدد الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 43.

[2]- **محمد ناصر بوغزالة**، التدخل الإنساني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصـادية والسياسـية، العدد 3، 2011، ص 213.

[3]- **فوزي أوصديق**، مبدأ التدخل و السيادة لماذا؟ و كيف؟، دار الكتـاب الحـديث، مصـر، 1999، ص 237.

قامت بها القوات المصرية في مطار مالطا عام 1985 و التي استهدفت إنقاذ الرهائن المحتجزين على متن طائرة البوينغ التابعة للخطوط الجوية المصرية [4].

غير أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي رفضت هذا النوع من التدخل في قضية *(penevezys saldustiskis)* عندما أكدت أن قواعد القانون الدولي تمنح الدولة حق الحماية الدبلوماسية لمواطنيها في الدول الأخرى، و أنه لا يحق لها إعمال هذا الحق لرفع الضرر عن غيرهم، بينما أكدت محكمة العدل الدولية في قضية *(Barcelona Traction)* ضرورة احترام الحماية الدبلوماسية للرعايا على المستوى العالمي، و اعتبرت أن وسائل حماية حقوق الإنسان لا تخول الدول صلاحية حماية المتضررين من انتهاك هذه الحقوق، بصرف النظر عن جنسيتهم، و من ثم لا يمكن أن يكون التدخل العسكري الذي تقوم به دولة ما لحماية مواطنيها في دولة أخرى تدخلا إنسانيا مشروعا، لأنه يمثل حالة غير مشروعة لاستخدام القوة وفقا لقواعد القانون الدولي [5].

2/ المفهوم الواسع للتدخل الإنساني

إن الاتجاه المدافع عن المفهوم الواسع للتدخل الإنساني لا يربط بين التدخل الذي يتم لأغراض إنسانية و بين استخدام القوة المسلحة، فهذا النوع من التدخل يمكن أن يتم بوسائل أخرى غير اللجوء إلى هذه القوة كاستخدام وسائل الضغط السياسي أو الاقتصادي أو الدبلوماسي... إلخ، فكلما كان الهدف من هذه الوسائل حمل إحدى الدول على الكف عن انتهاك حقوق الإنسان، كلما أمكن اعتباره تدخلا دوليا إنسانيا.

و يعـد الأستاذ *Mario Bettati* من أكبر المدافعين على مفهوم واسع للتدخل الإنساني، حيث يعتبر أن التدخل الإنساني هو ذلك التدخل الذي يتحقق من خلال تدخل دولة أو منظمة دولية حكومية في الشؤون التي تعد من صميم الاختصاص الداخلي لدولة معينة، و يضيف إلى ذلك أن التدخلات التي تحدث من قبل أشخاص عاديين أو من قبل مؤسسات أو

---

[4]- **حسام أحمد محمد هنداوي**، مرجع سابق، ص 44- 45.

[5]- **محمد يعقوب عبد الرحمن**، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مركـز الإمـارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 22.

شركات خاصة أو من قبل منظمات دولية غير حكومية لا ترقى إلى كونها تدخلا دوليا و إنما تعد مخالفات داخلية يتصدى لها القانون الداخلي للدولة [6].

بينما يؤكد الأستاذان *Olivier Corten et Pierre Klein* المفهوم الواسع للتدخل الإنساني، من خلال إدراجهما –تحت الوسائل التي يمكن أن يتم بها هذا النوع من التدخل- العديد من الوسائل، تتلخص أبرزها في تنظيم الحملات الصحفية، توقيع الجزاءات الاقتصادية، فرض القيود على بيع الأسلحة، منع إرسال مواد الإغاثة للسكان، التدخل المسلح من طرف واحد، اللجوء إلى تدابير القمع التي يتخذها مجلس الأمن طبقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة [7].

و عليه فانه في ظل هذا التصور للتدخل الدولي الإنساني فان الهدف من التدخل يختلف من حالة إلى أخرى، إذ يمكن أن يشمل التدخل لحماية الرعايا، حماية الأقليات، إنهاء الاعتداءات الداخلية، احتواء الهجرة و توطين المهاجرين من اللاجئين، التصدي للماسي الإنسانية نتيجة الكوارث الطبيعية أو الكوارث البشرية و تدعيم حركات التحرير الوطني بناء على حق تقرير المصير [8].

و بناء على ذلك يتفق البعض على أن التفسير الضيق للتدخل الإنساني قد يتفق مع المرحلة السابقة لإنشاء منظمة الأمم المتحدة أين كانت الحرب وسيلة مشروعة و مقبولة لتسوية النزاعات الدولية، غير أنه لا يتفق مع المرحلة اللاحقة لإبرام الميثاق عام 1945 حيث تم حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية إلا في حالتين، هما:

- حالة تدابير الأمن الجماعي التي يتخذها مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من الميثاق.
- حالة الدفاع الشرعي استنادا إلى المادة 51 من الميثاق.

---

[6]- **شاهين علي الشاهين**، التدخل الدولي من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق، جامعـة الكويـت، العدد الرابع، ديسمبر 2004، ص 262.

[7]- **حسام أحمد محمد هنداوي**، مرجع سابق، ص 48.

[8]- **محمد ناصر بوغزالة**، مرجع سابق، ص 214.

و من ثم فان عدم إدراج التدخل الدولي الإنساني ضمن هاتين الحالتين، إضافة إلى حصر التدخل الإنساني في اللجوء إلى القوة العسكرية يعني القضاء عليه، و هو ما لا يتفق مع الانتهاكات الجسيمة و الخطيرة لحقوق الإنسان في عدة دول، لاسيما حينما يكون الإنسان مهددا في حياته و وجوده بسبب انتمائه لفئة معينة أو تكلمه بلغة خاصة أو إيمانه بعقيدة مختلفة أو اتسامه بلون مغاير للآخرين [9].

ثانيا/ مشروعية التدخل الإنساني

إذا كان الفقه الدولي قد اختلف حول مفهوم التدخل الدولي الإنساني بين من يعتبره ذلك التدخل الذي يتم عن طريق القوة المسلحة بتفويض من مجلس الأمن، ومن يرى بأنه يمكن أن يتم عن طريق استخدام القوة العسكرية أو عن طريق وسائل أخرى مثل الضغط السياسي والضغط الاقتصادي و الدبلوماسي، فانه يتفق على أن الغرض منه إنساني وهو حماية حقوق الإنسان والأقليات [10]، كما ميز الفقه بين التدخل الإنساني المنفرد وهو تدخل غير مشروع وتدخل الأمم المتحدة الإنساني وهو تدخل مشروع أقرته الممارسة الدولية لمجلس الأمن.

1/ عدم مشروعية التدخل الإنساني المنفرد

الأصل في التدخل أنه عمل دولي غير مشروع، فقد أكد ميثاق الأمم المتحدة التزام الدول بعدم التدخل في شؤون بعضها البعض، وهو ما يستفاد من نص المادة 4/2 التي تنص على أنه "**يمتنع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه أخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة**" [11].

وهذا الحظر في الحقيقة يعد نتيجة اعتراف الميثاق بالسيادة المتساوية للدول الأعضاء (م 2/2)، ومن ثم فقد ساهم مبدأ حظر استخدام القوة بشكل كبير في الحد من ظاهرة عدم

---

[9]- **شاهين علي الشاهين**، مرجع سابق، ص 263.

[10]- المرجع نفسه، ص 261.

[11]- أنظر نص المادة 2/4 من ميثاق الأمم المتحدة.

احترام مبدأ عدم التدخل، وذلك لأن أغلب حالات استخدام القوة تعتبر من قبيل التدخل في الشؤون الداخلية للدول [12].

وقد تأكد مبدأ عدم التدخل في العديد من الوثائق الدولية [13]، أهمها الإعلان الخاص بعدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول الصادر بقرار الجمعية العامة رقم 36/ 103 بتاريخ 09 ديسمبر 1981، وقد تضمن هذا القرار واجب الدول في الامتناع عن استغلال وتشويه المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان بهدف التدخل في الشؤون الداخلية للدول وممارسة الضغط على الدول أو إحداث الشك أو الاضطراب داخل دولة أخرى أو بين مجموعة دول [14].

وبالرغم من ذلك إلا أن الفقه الدولي انقسم حول مشروعية التدخل الإنساني المنفرد الذي تمارسه دولة أو مجموعة من الدول إلى تيارين: الأول يعتبر التدخل الإنساني المنفرد عملا مشروعا، والثاني يعتبره عملا غير مشروع.

أ- التيار المؤيد للتدخل الإنساني المنفرد

يستند الموقف المؤيد للتدخل الإنساني المنفرد باعتباره عملا مشروعا إلى الحجج الآتية:

- إن ممارسات الدول قبل إبرام ميثاق الأمم المتحدة تؤكد مشروعية التدخل الإنساني المنفرد، لأنه يستند إلى تكافل شعوب العالم للتوصل إلى حد أدنى من الأمن للإنسانية، كما أن الميثاق لم يتضمن نصا صريحا يمنع الدول من حق التدخل الإنساني المنفرد أو الجماعي أو يخولها ذلك، زيادة على أن التدخل الإنساني يندرج ضمن صور التدخل

---

[12]- **شاهين علي الشاهين**، مرجع سابق، ص 261.

[13]- تم تأكيد مبدأ عدم التدخل في إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول الصادر بقرار الجمعية 2131 لعام 1965، إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية بين الأمم بقرار الجمعية العامة رقم 2625 الصادر في 24 أكتوبر 1970، وميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الصادر بقرار الجمعية العامة رقم 3281 لعام 1974.

[14]- **بوكرا إدريس**، "شرعية وسائل الضغط اثر انتهاكات حقوق الإنسان"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 02، 2002، ص 43.

المشروع المستثناة من مبدأ حظر استخدام القوة وفق ما تنص عليه المادة 51 من الميثاق، ومن ثم فان الدول تحافظ على قاعدة عرفية تسمح لها بالتذرع بنظرية الـ دفاع الشرعي لحماية حقـ وق الإنسان المتعلقة خاصة بمواطنيها [15].

- إن القانون الدولي المعاصر لا يهتم فقط بتنظيم العلاقات بين الدول وإنما يهتم أساسا بحماية الكائن البشري وضمان احترام حقوقه [16]، كما أنه لا يضع حدا فاصلا بين المبدأ الخاص بسيادة الدولة، وبين الاهتمام المتزايد بحقوق الإنسان، فميثاق الأمم المتحدة يضع هذين المبدأين اللذين يظهران كأنهما متناقضان، جنبا إلى جنب، فمن ناحية يحظر الميثاق التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى [17]، ومن ناحية أخرى يلزم الدول على التعاون لحماية حقوق الإنسان وتعزيزها والعمل على تطويرها [18].

وينتهي التيار المؤيد للتدخل الإنساني المنفرد إلى نتيجة مفادها أن القانون الدولي العرفي لا يمنع في ظل شروط وظروف معينة استخدام القوة لأغراض إنسانية، فإذا عجز مجلس الأمن عن ممارسة سلطاته المقررة في الفصل السابع من الميثاق بسبب استخدام إحدى الدول الدائمة العضوية حقها في النقض، يكون التدخل العسكري المنفرد مشروعا في حالة الانتهاكات الجسيمة والخطيرة لحقوق الإنسان، بتوافر شروط أهمها: وجود أدلة موضوعية تؤكد بوضوح وقوع انتهاكات جسيمة وواسعة النطاق لحقوق الإنسان، وعدم قدرة الدولة المعنية على اتخاذ التدابير المناسبة لوقف هذه الانتهاكات، أو عدم رغبتها القيام بذلك أو هي التي ترتكب هذه الانتهاكات، وأخيرا استنفاذ التدابير غير العسكرية دون جدوى وفشل مجلس الأمن في اتخاذ التدابير المناسبة لمنع استمرار هذه الانتهاكات [19].

---

[15]- **محمد يعقوب عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص 98.

[16]- ***Pablo Antonio Fernadez Sanchez****, « La violation grave des droits de l'homme comme une menace contre la paix », R.D.I.S.D.P, Vol 77, n° 01, 1999, p 24.*

[17]- **عبد الكريم علوان**، التدخل لاعتبارات إنسانية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، يوليو 2004، ص 328.

[18]- أنظر نصوص المواد 55 و 56 من ميثاق الأمم المتحدة.

[19]- **محمد خليل الموسى**، استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 35.

ب- التيار المعارض للتدخل الإنساني المنفرد

يستند التيار المعارض للتدخل الإنساني المنفرد إلى الحجج التالية:

- إن الاعتراف بمشروعية التدخل الإنساني المنفرد يخالف أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها ميثاق الأمم المتحدة والمتمثل في مبدأ حظر استخدام القوة أو التهديد باستعمالها في العلاقات الدولية (م 4/2)، وهو مبدأ اتفاقي وعرفي في أن واحد، وأصبح حاليا من القواعد الآمرة *Cogens Jus* التي لا يجوز مخالفتها.

كما أن الاعتراف بالتدخل الإنساني المنفرد ينكر ويخالف جميع قرارات الجمعية العامة التي تحرم استخدام القوة في العلاقات الدولية تحريما شاملا بموجب ميثاق الأمم المتحدة، فقد استثنى الإعلان رقم 2625 الخاص بمبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول من نطاقه الحق في التدخل، ولم يتضمن أي نص يتعلق بالتدخل الإنساني، كما أعاد قرار الجمعية العامة رقم 3314 (1974) الخاص بتعريف العدوان ما جاء في القرار 2625، حيث نص في المادة الخامسة على أنه "ما من اعتبار أيا كانت طبيعته، سواء كان سياسيا أم اقتصاديا أم عسكريا أم غير ذلك، يصح أن يتخذ مبررا لارتكاب عدوان" [20].

سبق لمحكمة العدل الدولية أن تعرضت إلى مبدأ عدم تدخل الدول في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، في قضية مضيق كورفو بين ألبانيا والمملكة المتحدة، حيث ورد في حكمها الصادر في 09 أفريل 1949 أنه "**يُعمل بقاعدة تحريم اللجوء إلى القوة مهما كانت النقائص الحالية للأمم المتحدة**"، واعتبرت المحكمة أن التدخل المزعوم وسيلة سياسية لاستخدام القوة، مضيفة أنه حتى ولو فشل مجلس الأمن في اتخاذ التدابير المناسبة تطبيقا للفصل السابع، بحيث تعود الدول إلى الحالة السابقة على الميثاق، إلا أنه لا يمكن قبول ذلك كمبـرر للتدخل الإنساني [21].

---

[20] - المرجع نفسه، ص 36.

[21] - **محمد يعقوب عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص 104.

وفي السياق ذاته، فقد أدانت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 27 جوان 1986 قيام الولايات المتحدة الأمريكية بتدريب وتسليح وتمويل قوات الكونترا وتشجيع ومساعدة النشاطات العسكرية وشبه العسكرية الموجهة ضد نيكاراغوا منتهكة بذلك القانون الدولي العرفي الذي يفرض عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، وقد قررت المحكمة أن استخدام القوة لا يعد الأسلوب المناسب لضمان احترام حقوق الإنسان، وخلصت المحكمة إلى أن الدافع المبني على حماية حقوق الإنسان في نيكاراغوا لا يمكن أن يبرر قانونا [22].

ومن ثم يظهر أن المحكمة رفضت فكرة التدخل الإنساني المنفرد لحماية حقوق الإنسان، والذي يؤدي في غالب الأحيان إلى ارتكاب انتهاكات جسيمة لهذه الحقوق، ونحن بدورنا نميل إلى هذا الرأي وحجتنا في ذلك أن التدخل الإنساني المنفرد يعد عودة إلى القانون التقليدي أين كانت الحرب وسيلة مشروعة لتسوية النزاعات الدولية، مما يجعل أحكام الميثاق بلا معنى، كما أن الاعتراف بهذا النوع من التدخل يؤدي إلى نشر الفوضى وتزايد النزاعات وانتهاك الحقوق الأساسية للإنسان مثلما حدث في العراق عقب التدخل الأمريكي عام 2003.

2/ مشروعية التدخل الإنساني الأممي

أصدر مجلس الأمن بعد نهاية الحرب الباردة العديد من القرارات استنادا إلى الفصل السابع من الميثاق تتعلق بتسوية مسائل لم تكن تقليديا من بين مصادر تهديد السلم والأمن الدوليين، فحماية حقوق الإنسان والأقليات الإثنية والعرقية وتقديم المساعدات الإنسانية، تبرز أن المجلس لم يعد يعتبر الاعتداءات العسكرية وحدها كمصدر لتهديد السلم [23].

---

[22]- **باسيل يوسف باسيل**، سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2001، ص 101.

[23]- **خالد حساني**، "تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الإثنية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 02، 2010، ص ص 73- 81.

ومن ثم فان أخذ مجلس الأمن بالتفسير الواسع لمفهوم التهديد بالسلم والأمن الدوليين ليشمل النزاعات المسلحة الداخلية والتي تعرف انتهاكات خطيرة وجسيمة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، أصبح مبررا شرعيا للتدخل الإنساني من طرف الأمم المتحدة وبناء على الفصل السابع من الميثاق [24].

لقد أكد الأمين العام السابق للأمم المتحدة بطرس غالي أن المنازعات التي يتعين على الأمم المتحدة ممثلة في مجلس الأمن تسويتها، ليست نزاعات محتدمة بين الدول بل ناشبة بداخلها، وعلى الأمم المتحدة أن تواجه في كل يوم الحروب الأهلية وعمليات الانسلاخ والتجزئة والانقسامات الإثنية والحروب القبلية [25].

أمام إشكالية التعارض بين التدخل الدولي لحماية حقوق الإنسان وقيد الاختصاص الداخلي للدول، فقد اعتبرت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 05 فيفري 1970 في قضية *Barcelona Traction* أن حقوق الإنسان ذات طابع شامل وعالمي ملزم وتندرج ضمن القواعد الآمرة *(Jus Cogens)* التي تتجاوز الاختصاص الوطني، حيث يجوز لجميع الدول أن تعتبر بأن لها مصلحة قانونية في حماية هذه الحقوق، وبالتالي فهي التزام في مواجهة الكافة *(Erga Omnes)* [26].

يضاف إلى ذلك، أن ميثاق الأمم المتحدة يعتبر أن أي تهديد للسلم والأمن الدوليين من جانب دولة ما يشكل استثناء على مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء (م 7/2)، وهذا يعني أن منظمة الأمم المتحدة لها الحق في التدخل في الشؤون الداخلية للدول بواسطة قرار صادر عن مجلس الأمن استنادا إلى الفصل السابع من الميثاق [27].

---

[24]- ***Yann Kerbrat**, La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité, L.G.D.J, France, 1995, p 12.*

[25]- **بطرس بطرس غالي**، " الأمم المتحدة والمنازعات الدولية الجديدة "، مجلة المستقبل العربي، العدد 201، نوفمبر 1995، ص 04.

[26]- **باسيل يوسف باسيل**، مرجع سابق، ص 113- 114.

[27]- **محمد مخادمة**، "الحق في المساعدة الإنسانية"، مجلة أبحاث اليرموك، جامعة اليرموك، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني (أ)، 1997 ، ص 217.

وعليه إذا كان الهدف من تدخل مجلس الأمن هو حماية حقوق الإنسان والأقليات، فإن هذا التدخل لا يعد تدخلا غير مشروع في الشؤون الداخلية للدول. وذلك لأن المادة 7/2 من الميثاق التي تحظر التدخل في الشؤون الداخلية للدول استثنت إجراءات القمع المتخذة بواسطة مجلس الأمن تطبيقا لأحكام الفصل السابع لحفظ السلم والأمن الدوليين [28].

وفي السياق ذاته، يجد التدخل الإنساني الذي تقوم به الأمم المتحدة بهدف حماية حقوق الإنسان سنده وأساسه القانوني في القرار الذي أصدره معهد القانون الدولي خلال دورته المنعقدة في *Saint- Jaques de Compastalle* بتاريخ 13 سبتمبر 1989 بشأن " **حماية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول** "، والذي ذهب إلى إخراج المسائل المتعلقة بحقـوق الإنسان من إطـار المجال المحجـوز للدول وفق ما تقضي به المادة الثانية من القرار [29]، وعليه فان تدخل الأمم المتحدة الإنساني يشكل أحد الاستثناءات الجديدة لمبدأ عدم التدخل والتي فرضتها قواعد القانون الدولي المعاصر.

تجسد التدخل الدولي الإنساني المشروع للأمم المتحدة عن طريق القرارات الصادرة عن مجلس الأمن طبقا للفصل السابع من الميثاق، وارتكزت هذه القرارات على دول شهدت وقوع انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والأقليات، وبدأ هذا الاتجاه الجديد لمجلس الأمن منذ حرب الخليج الثانية بإصداره للقرار 688 بتاريخ 1991/04/05، الذي أدان أعمال القمع التي يتعرض لها السكان المدنيون في أجزاء كبيرة من العراق، الذي شمل مؤخرا المناطق السكانية الكردية، وتهديد الوضع للسلم والأمن الدوليين، كما طالب المجلس من العراق السماح بوصول المنظمات الإنسانية على الفور، إلى جميع من يحتاج إلى المساعدة في كل أنحاء العراق ويوفر التسهيلات اللازمة لعملياتها.

وقد كان هذا القرار في الحقيقة خطوة متقدمة في توسيع سلطات مجلس الأمن لكونه ولأول مرة ينص بصراحة لا غموض فيها على ربط انتهاكات حقوق الإنسان في الدولة مع

---

[28]- 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**".

[29]- **حسام أحمد محمد هنداوي**، مرجع سابق، ص 189.

تهديد السلم والأمن الدوليين، كما فتح له الباب أيضا لاتخاذ قرارات أخرى تسمح بالتدخل الإنساني كالقرار 794 (1992) الخاص بالصومال، والقرار 912 (1994) والقرار 929 (1994) الخاصين برواندا والقرار 940 (1994) المتعلق بالوضع في هايتي [30].

الفرع الثاني: تحول التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية

أعلن رئيس الوزراء الكندي السيد جون كريتيان، في مؤتمر الألفية -الذي عقد في سبتمبر من عام 2000- عن إنشاء و تشكيل **اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول *(ICISS)*** تنصب مهامها على وضع أسس التدخل الدولي الإنساني [31]، و محاولة دعم نقاش عالمي شامل حول العلاقة بين التدخل و سيادة الدول، يقوم على أساس التوفيق بين واجب المجتمع الدولي في التدخل أمام الانتهاكات الواسعة والخطيرة للقواعد الإنسانية وضرورة احترام سيادة الدول [32].

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 احتراما لمبـدأ السيادة، غير أنه في حالة تعرض السكان لأذى خطير نتيجة حـرب داخلية، أو عصيان، أو قمع، أو إخفاق الدولة أو كون الدولة غير راغبة أو غير قادرة على وقف الأذى أو تجنبه يتنحى مبدأ عدم التدخل لتحل محله **المسؤولية الدولية للحماية**، من هنا كان أول ظهور **لفكرة مسئولية الحماية التي تعد تطورا لمبدأ التدخل الإنساني**، و قد أكد تقرير اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول على أن مسؤولية الحماية تشتمل على ثلاث مسؤوليات محددة:

أولا: مسؤولية الوقاية

---

[30] - **عبد الكريم علوان**، التدخل لاعتبارات إنسانية، مرجع سابق، ص 237.

[31] - يترأس اللجنة المعنية بالتدخل و سيادة الدول International Commission on Intervention and State Sovereignty الأسترالي غاديث إيفانز و الجزائري محمد سحنون.

[32] - أنظر تقرير اللجنة المعنية بالتدخل و سيادة الدول على موقع اللجنة علـى الإنترنيـت: www.iciss-ciise.gc.ca.

وتتمثل في معالجة الأسباب الجذرية والمباشرة للصراع الداخلي وغيره من الأزمات التي هي من صنع الإنسان، والتي تعرض الشعوب للخطر. وقد أكدت اللجنة على أن مسؤولية الوقاية لم تعد شأنا وطنيا أو محليا فقط، بل واجب يقع على المجتمع الدولي بكامله.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن كل من الجمعية العامة ومجلس الأمن اعتمدا في عام 2000 قرارات هامة تعترف بالدور الحيوي لكل أجهزة الأمم المتحدة في منع وقوع الصراعات والعمل على تجنبها، حيث أكد المجلس أهمية إتباع إستراتيجيات وقائية فعالة وطويلة الأجل لمنع وقوع النزاعات الداخلية خاصة.

غير أنه لا يوجد اتفاق عالمي على تحديد الأسباب الجذرية للنزاعات، أو التفرقة بينها وبين الأسباب المباشرة للنزاعات المسلحة، إلا أن تقرير اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول حدد أربع تدابير لمنع الأسباب الجذرية والمباشرة للصراع، هذه التدابير منها ما هو داخلي أي تتخذه الدول لحماية شعوبها ومنها ما هو ذو طابع دولي، وتتمثل هذه التدابير فيمايلي [33]:

1/ التدابير السياسية: وتتضمن التدابير التي يمكن أن تتخذها الدول في إقامة الديمقراطية وتقاسم السلطات الدستورية، وتكريس مبدأ التداول على السلطة وحماية الحريات وسيادة القانون، كما تشمل أيضا التدابير السياسية والدبلوماسية التي يمكن أن يتخذها الأمين العام للأمم المتحدة كالوساطة والمساعي الحميدة، وبعثات تقصي الحقائق.

2/ التدابير الاقتصادية: تتمثل هذه التدابير في العمل داخليا على تقديم مساعدة إنمائية لمواجهة أوجه الإجحاف في توزيع الموارد وتشجيع النمو الاقتصادي، كما تشمل هذه التدابير على المستوى الدولي تمويل وتشجيع الاستثمارات الدولية وتسهيل التبادلات

---

[33]- أنظر تقرير اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول، ص 24- 30، وأنظر أيضا،

- **وليد حسن فهمي**، الأمم المتحدة من التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية، مجلة السياسة الدولية، العدد 170، أكتوبر 2007، ص 36- 37.

التجارية، وقد تشمل هذه التدابير اتخاذ إجراءات ذات طبيعة قسرية كالتهديد بجزاءات تجارية ومالية، وسحب الاستثمارات أو الدعم المقدم من طرف صندوق النقد الدولي.

3/ التدابير القانونية: و تشمل الجهود الرامية إلى تعزيز سيادة القانون، وحماية وضمان استقلالية الأجهزة القضائية للدولة، وتشجيع تنفيذ القوانين، أما فيما يخص البعد الدولي لهذه التدابير فيشمل اللجوء للتحكيم والقضاء الدولي في حالة النزاعات الداخلية.

4/ التدابير العسكرية: و تشمل إصلاح المؤسسات العسكرية والأمنية للدول وضمان مساءلة الأجهزة الأمنية لها وضمان عملها في إطار القانون، وعلى المستوى الدولي، يمكن اتخاذ تدابير عسكرية مثل الانتشار الوقائي للقوات، ويعد وجود قوات للأمم المتحدة للانتشار الوقائي في مقدونيا أحسن مثال في هذه الحالة.

ثانيا/ مسؤولية الرد

تنطوي مسؤولية الحماية بادئ ذي بدء على مسؤولية القيام برد فعل على أوضاع تكون فيها الإنسانية في حاجة ملحة إلى الحماية، عندما تفشل التدابير الوقائية في تسوية النزاع واحتوائه، وعندما تكون الدولة غير قادرة أو غير راغبة في معالجة الوضع، وهو الأمر الذي يستدعي اتخاذ تدابير تدخلية من طرف أعضاء المجتمع الدولي الأوسع نطاقا، وقد تشمل هذه التدابير القسرية تدابير سياسية أو إقتصادية أو قضائية، وفي الحالات البالغة الشدة تشمل التدابير العسكرية أيضا، وفيما يخص أولوية هذه المبادئ، فانه يتعين دائما النظر في اتخاذ تدابير قسرية دون العمل العسكري، بما فيها على وجه الخصوص، مختلف أنواع الجزاءات السياسية والاقتصادية والعسكرية.

غير أن هذا لا يعني أن فشل التدابير الوقائية من الأسباب الجذرية أو الأسباب المباشرة لتفادي أو احتواء أزمة إنسانية أو صراع، أن العمل العسكري لازم بالضرورة، إنما ينبغي أولا حيثما أمكن، دراسة مسألة اتخاذ تدابير قسرية دون العمل العسكري، بما فيها على

وجه الخصوص مختلف أنواع الجزاءات السياسية والاقتصادية والعسكرية والتي سنبرزها أدناه [34].

وفي السياق ذاته، فان الجزاءات الدولية تعرقل قدرة الدول على التعامل مع العالم الخارجي بينما لا تمنع الدولة ماديا من القيام بأعمال داخل حدودها، وتهدف هذه التدابير مع ذلك إلى إقناع السلطات المعنية باتخاذ أو عدم اتخاذ تدبير معين أو تدابير معينة، أما التدخل العسكري من جهة أخرى، فيتدخل مباشرة في قدرة السلطات الداخلية على العمل في داخل أراضيها، فهو فعليا يزيح السلطة الداخلية ويحل محلها ويهدف إلى معالجة المشكلة المعنية أو التهديد الحاصل معالجة مباشرة، لهذه الأسباب، وبسبب المخاطر الأصلية التي تصاحب أي استخدام للقوة العسكرية، كان احتمال استخدام العمل العسكري القسري دائما يثير قلق المجتمع الدولي أكثر مما يثيره فرض جزاءات سياسية أو دبلوماسية أو اقتصادية [35].

و تأكيدا على أن التدخل العسكري لا يعد الأساس الجوهري لمبدأ مسؤولية الحماية، فقد أشار الأمين العام السابق للأمم المتحدة كوفي عنان إلى أن جهوده للوساطة في الأزمة الكينية التي أعقبت الانتخابات المتنازع على نتيجتها نهاية 2007 و بداية 2008 ترمي إلى التسوية السلمية، لأن هذه الأخيرة تعد التجسيد الحقيقي لمبدأ مسؤولية الحماية.

لقد برزت في السنوات الأخيرة الجزاءات التي تستهدف القيادات والمنظمات الأمنية المسؤولة عن انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان كبديل مهم عن الجزاءات المقررة في الفصل السابع من الميثاق ويطلق على هذه الجزاءات مصطلح **العقوبات الذكية**، حيث يعترف مجلس الأمن حاليا بضرورة استثناء المواد الغذائية واللوازم الطبية وكل المسائل الضرورية لحياة الإنسان من دائرة الجزاءات الأممية، كما تركزت الجهود الرامية إلى تحديد أهداف الجزاءات، تحديدا أكثر فاعلية لتقليل أثارها على المدنيين وزيادته على أصحاب القرار، على ثلاث مجالات مختلفة ومحددة تنحصر فيما يلي [36]:

---

[34]- ***Anne Peters**, « Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence : vers une responsabilité de protéger », in, « Droits de l'homme : Souveraineté et Ingérence », Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, N° 37, 2002, p 80.*

[35]- تقرير اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مرجع سابق، ص 31.

[36]- **وليد حسن فهمي**، مرجع سابق، 37.

1/ في المجال العسكري: وضع حد للتعاون العسكري وبرامج التدريب، كذلك حظر بيع الأسلحة، الذي يعتبر أداة مهمة في يد مجلس الأمن والمجتمع الدولي ويمكن التلويح بها في حالة نشوب صراع.

2/ في المجال الاقتصادي: فرض جزاءات مالية على الأصول المالية في الخارج لدولة ما أو لمنظمة إرهابية أو حركة تمرد، وقد تشمل فرض قيود على الأنشطة الاقتصادية والمنتجات النفطية، وكذلك حظر الطيران في بعض الحالات.

3/ في المجالين السياسي والدبلوماسي: فرض قيود على التمثيل الدبلوماسي، بما في ذلك طرد الموظفين الدوليين أو تعليق أو رفض عضوية الدولة في هيئة أو منظمة دولية ما.

ثالثا/ مسؤولية إعادة البناء

لا تنطوي مسؤولية الحماية على مجرد الوقاية أو رد الفعل فقط، وإنما تتضمن أيضا مسؤولية المتابعة وإعادة البناء، وهذا يعني أنه إذا تم التدخل العسكري في دولة ما –بسبب انهيارها أو تخليها عن قدرتها أو سلطتها على النهوض بمسؤولية الحماية- ينبغي أن يكون ثمة التزام حقيقي بالمساعدة على إعادة بناء سلام دائم، والعمل على إيجاد حسن الإدارة وتحقيق التنمية المستدامة، وينبغي إعادة تهيئة الأحوال الملائمة لإعادة بناء السلامة العامة والنظام العام من طرف موظفين دوليين يعملون في شراكة مع السلطات المحلية، بهدف تحويل سلطة إعـادة البناء والمسـؤولية عنها إلى هـذه السلـطـات [37].

ومن ثم فان التخطيط للقيام بتدخل عسكري ينبغي أن ينطلق من أهمية وضع إستراتيجية محددة لما بعد التدخل، هذا الأخير يهدف أساسا إلى منع وقوع نزاعات وحالات طوارئ إنسانية أو زيادة حدتها أو انتشارها أو بقائها أو تكرارها، وبناء على ذلك ينبغي أن يكون هدف هذه الإستراتيجية المساعدة على ضمان عدم تكرار الأسباب التي أدت إلى التدخل العسكري أو مجرد إعادة ظهورها.

---

[37]- تقرير اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مرجع سابق، ص 42.

كما أنه من بين الوظائف الأساسية التي يلزم على قوات التدخل القيام بها، توفير الأمن الأساسي والحماية اللازمة لجميع السكان، لاسيما أنه عادة ما يحدث أثناء التدخل من عمليات تطهير عرقي وإبادة جماعية للسكان كالحالة العراقية بعد غزو الكويت عام 1990، لذلك من الواجب جدا أن تخطط عمليات ما بعد التدخل لهذه الحالة الطارئة، إلى جانب ضرورة توفير أمن فعلي لجميع السكان حينما يحدث التدخل [38].

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه ضمن المفهوم الواسع لتهديد السلم وتطبيق الفصل السابع لأغراض إنسانية، بدأ مجلس الأمن يشرف على نشاطات ذات طابع داخلي، تتمثل في العمل على إقامة أنظمة سياسية ديمقراطية من خلال مساعدته للدول على إجراء انتخابات حرة ونزيهة [39]، وبالتالي تطور دور مجلس الأمن عما كان عليه أثناء الحرب الباردة، ليصب اهتمامه على الاتجاهات السياسية للدول عن طريق **إعادة السلم أو بنائه بدولة ما وليس المحافظة عليه فقط،** وهو الوضع الذي عرف تطبيقه في كل من الصومال وكمبوديا [40].

ومن جهة أخرى قد لا يتوافر في الدولة التي حدث فيها التدخل العسكري نظام قضائي يؤدي عمله على الوجه الصحيح، مما جعل الأمم المتحدة تدرك بشكل متزايد –

---

[38]- **وليد حسن فهمي**، مرجع سابق، 38.

[39]- من القرارات التي أصدرها مجلس الأمن في هذا الشأن نذكر:

- القرار 668 (20 سبتمبر 1990)، القرار 745 (28 فيفري 1992)، القرار 783 (13 أكتوبر 1992) والقرار 792 (30 نوفمبر 1992) بشأن إيجاد حل للنزاع في كمبوديا من خلال إجراء انتخابات حرة ونزيهة.

- القرار 747 (24 مارس 1992)، القرار 785 (30 أكتوبر 1992)، القرار 793 (30 نوفمبر 1992) بشأن إجراء انتخابات حرة ونزيهة في أنجولا.

- القرار 788 (19 نوفمبر 1992) بشأن ضرورة التزام جميع أطراف النزاع في ليبيريا وجميع الجهات الأخرى المعنية بأحكام القانون الدولي الإنساني، وكذا تنظيم انتخابات حرة ونزيهة لإيجاد حل سلمي للنزاع في هذا البلد، أنظر:

- **حسام أحمد محمد هنداوي**، مرجع سابق، ص 162.

[40]- **نعيمة عميمر**، دمقرطة منظمة الأمم المتحدة (أطروحة دكتوراه)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2007. ، ص 44.

خاصة منذ عملية سلطة الأمم المتحدة الانتقالية في كمبوديا- أهمية إعادة النظم القضائية إلى نصابها في أسرع وقت ممكن بعد التدخل من خلال إنشاء المحاكم الجنائية المختلطة، وأخيرا فانه إذا كان للقوة المتدخلة ولاية حماية حقوق الإنسان ومنع وقوع المزيد من الانتهاكات، فانه دون وجود نظام يعاقب منتهكي هذه الحـقوق، فستصبح مهام القوة غير قابلة للتحقيق، كما أنها ستفقد مصداقيتها محليا و دوليا [41].

خـاتـمـة

انتهينا من خلال هذه الدراسة إلى أن المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه التدخل الإنساني هو استخدام القوة العسكرية بهدف حماية حقوق الإنسان و منع حدوث انتهاكات جسيمة و صارخة لهذه الحقوق، وقد تطور التدخل الإنساني بشكل كبير خلال القرن التاسع عشر، و ازداد شدة تطبيقه بعد نهاية الحرب الباردة بسبب تغير طبيعة النزاعات التي تقع في العالم من نزاعات فيما بين الدول إلى نزاعات داخل الدول.

غير أنه و بغض النظر عن مشروعية التدخل الإنساني أو عدم مشروعيته، إلا أن الممارسة الدولية أثبتت أن تطبيقه تم بازدواجية في بعض الحالات و خروجا عن الضوابط و القواعد العرفية التي تحكمه مثلما حدث في الصومال، كما عرف تطبيقا متأخرا في حالات أخرى مثلما هو عليه بالنسبة لرواندا، في حين لم يتم اللجوء إلى تطبيقه في حالات أخرى إطلاقا.

يضاف إلى ذلك أنه نتيجة الانتقادات الموجهة للتدخل الإنساني من منطلق تعارضه مع مبدأ السيادة، ظهر بالمقابل مبدأ مسؤولية الحماية الذي يسعى إلى حماية حقوق الإنسان لكن دون المساس بسيادة الدول، و لعل التطبيق السليم لهذا المبدأ الأخير وفق الأطر القانونية التي حددتها اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول سيشكل ضمانة هامة لحماية الحقوق و الحريات الأساسية للأفراد و احترام السيادة المتساوية للدول و منع أي تدخل خارجي في شؤونها لأغراض إنسانية.

---

[41]- **وليد حسن فهمي**، مرجع سابق، 38.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

- **باسيل يوسف باسيل**، سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2001.

- **بطرس بطرس غالي**، " الأمم المتحدة والمنازعات الدولية الجديدة "، مجلة المستقبل العربي، العدد 201، نوفمبر 1995.

- **بوكرا إدريس**، "شرعية وسائل الضغط اثر انتهاكات حقوق الإنسان"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 02، 2002.

- **حسام أحمد محمد هنداوي**، التدخل الدولي الإنساني –دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي-، دون ذكر عدد الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- **خالد حساني**، "تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الإثنية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 02، 2010، ص ص 73-81.

- **شاهين علي الشاهين**، التدخل الدولي من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2004.

- **عبد الكريم علوان**، التدخل لاعتبارات إنسانية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، يوليو 2004.

- **فوزي أوصديق**، مبدأ التدخل و السيادة لماذا؟ و كيف؟، دار الكتاب الحديث، مصر، 1999.

- **محمد خليل الموسى**، استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.

- **محمد مخادمة**، "الحق في المساعدة الإنسانية"، مجلة أبحاث اليرموك، جامعة اليرموك، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني (أ)، 1997.

- **محمد ناصر بوغزالة**، التدخل الإنساني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونيـة والاقتصـادية والسياسية، العدد 3، 2011.
- **محمد يعقوب عبد الرحمن**، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مركـز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2004.
- **نعيمة عميمر**، دمقرطة منظمة الأمم المتحدة (أطروحة دكتوراه)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2007.
- **وليد حسن فهمي**، الأمم المتحدة من التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية، مجلة السياسة الدولية، العدد 170، أكتوبر 2007.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- ***Anne Peters**, « Le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence : vers une responsabilité de protéger », in, « Droits de l'homme : Souveraineté et Ingérence », Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, N° 37, 2002.*
- ***Pablo Antonio Fernadez Sanchez**, « La violation grave des droits de l'homme comme une menace contre la paix », R.D.I.S.D.P, Vol 77, n° 01, 1999.*
- ***Yann Kerbrat**, La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité, L.G.D.J, France, 1995.*

رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي
في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

بزاحي سلوى زوجة بومقورة
أستاذة مساعدة -كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

إذا كان التعديل الدستوري لسنة 1996 بداية ثورة تشريعية في الجزائر - نظرا لما استحدثه من قواعد قانونية في مجالات عدة كان أهمها على الإطلاق الإنتقال من وحدة القضاء المطبق منذ 1965 إلى نظام إزدواجية القضاء- فإن هذه الثورة ظلّت تنتظر محركا تشريعيا يفعل نصوص الدستور إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08 -09 الذي خص المنازعة الإدارية بأحكام قانونية مستقلة ,تبرز إرادة المشرع في تدارك القصور الموجود. بعد أن أثبت الواقع العملي تزايد المنازعات الإدارية, وتعقيدها, وعدم تحكم القاضي العادي فيها.

ويعد القضاء الاستعجالي الإداري أكثر المواضيع التي نالت حظوة قانونية فائقة تجلّت في عدد المواد المنظمة له (مقارنة بقانون الإجراءات المدنية 90-23),وتسلسل أحكامه بدء بقاضي الاستعجال, و سلطاته, ومرورا بالإجراءات المتّبعة أمامه ,وصولا إلى طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية.

ولم يتوقّف المشرع عند هذا الحد بل أورد تفصيلا دقيقا لمجالات اللجوء لقضاء الاستعجال كمادة إثبات الحالة, و التسبيق المالي ,وتدابير التحقيق.

ويعد الاستعجالي قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية و العقود الإدارية من المسائل التي قنّنها المشرع الجزائري لأول مرة في قانون 08 -09 الصادر في 25 -02 -2008. و رغم أن هذه الخطوة جاءت متأخّرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس استعجالي ما قبل التعاقد منذ سنة 1992, بمقتضى القانونين 92 -10 الصادر في 04 -01 -1992 والقانون 93 -1416 المؤرخ في 29 -12 -1993. إلاّ أنّه يعد إتجاها محمودا يؤكّد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية, ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية. إذ تعد هذه الأخيرة الأداة القانونية و الاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات

التنمية الوطنية و المحلية على حد سواء,ذلك أن سياسة الاستثمار التي تنتهجها الحكومة تقوم أساسا على آلية الصفقة العمومية التي تضطلع بدور أساسي في هذا المجال, نظرا لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة ,خاصة مع إطلاق رئيس الجمهورية لبرنامج المخطط الخماسي الثاني الذي رصد له مبلغ 286 مليار دولار أي ما يعادل 21214 مليار دينار.

هذا الغلاف المالي الذي سيمول مشاريع تنموية ضخمة يحتاج لإرفاقه بإجراءات قانونية سريعة تكفل مشروعية الصفقة العمومية من جهة , وتضمن حماية المال العام من جهة أخرى وهو ما يعرف بالتدابير الاستعجالية.

- فما مفهوم الاستعجالي قبل التعاقدي؟
- هل هو مجرد محاكاة قانونية لما هو مكرس في القانون الفرنسي أم أنّه تدبير ينفرد بخصوصية معينة؟
- ما هي سلطات القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية؟
- ما مدى فعاّلية رقابة القضاء الاستعجالي ؟ (هل يعد ضمانة لمشروعية الصفقة أم أنّه عرقلة لإبرامها ولسير المرافق العامة؟).

هذه الإشكاليات وغيرها سنتولى الإجابة عليها وفق الخطة التالية:

أولا: مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية.

ثانيا: شروط الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية.

ثالثا: الحكم في الدعوى الاستعجالية.

أولا:مفهوم الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية:

إن التطرق إلي خصوصية الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية يقتضي بادئ ذي بدء الإحاطة بمفهوم الاستعجالي قبل التعاقدي من خلال التطرق إلى:تعريفه القانوني, وتطوره التاريخي , وكذا أسباب تكريسه في التشريع الجزائري في هذه المرحلة بالذات .

1- تعريف الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية:

لعله من نافلة القول الإشارة إلى الطابع المركب لهذا المصطلح القانوني فهو جامع لمصطلحين هما:القضاء الاستعجالي من جهة والصفقة العمومية من جهة أخرى وهو ما يفرض علينا تناول الإثنين بالشرح والتفصيل.

رغم نص المشرع الجزائري على الخصائص التي يقوم عليها تعريف القضاء الاستعجالي في المواد 917و925 ,924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ,إلاّ أنّه قد أحجم عن وضع تعريف للقضاء الاستعجالي تاركا ذلك للفقه و القضاء.

و قد عرفه الأستاذ "Merignhac " بأنه: "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة, وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها, ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق"[1].

في حين عرفته محكمة النقض المصرية بقولها :" يقوم إختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر, و الاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي ,يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنّه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت" [2].

أما الصفقة العمومية فتعرفها المادتين الثانية و الرابعة من المرسوم الرئاسي 10 _236 الصادر في 07 اكتوبر2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بأنّها :"العقد المكتوب في مفهوم التشريع المعمول به,الذي تبرمه الإدارات العمومية,الهيئات الوطنية المستقلة ,الولايات, البلديات ,المؤسسات العمومية الإدارية. مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع التقني و المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الإقتصادية , قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الدراسات لصالحها كمصلحة متعاقدة.[3]

وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية بأنه:"إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص , الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية, وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة".

2-التطور التاريخي لاستعجالي قبل التعاقدي في فرنسا:

يرتد النظام القانوني لاستعجالي ما قبل التعاقد في فرنسا إلى أصل تشريعي أروبي ,فقد تشدد المشرع الأروبي بشان تطبيق قواعد العلانية و المنافسة في نطاق إبرام عقود الشراء العام .وفي سبيل تحقيق ذلك قام بإصدار التعليمة 89 -665 بتاريخ 21 ديسمبر 1989 التي وردت تحت عنوان "طعن ورقابة" في مجال الصفقات العمومية للتوريدات و الأشغال. والتي تم

تكريسها بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الإتحاد الأروبي, بعد أن تنبه المشرع إلى عدم وجود دعوى قضائية تؤمن إحترام الأحكام الأروبية في نطاق المنافسة و العلانية, و تضمن مجازاة المخالفات المرتكبة في هذا المجال.[4]

و بناء عليه تبنّى المشرع الفرنسي هذا التوجه بصدور القانون 92_10 بتاريخ04 -01 -1992 والقانون 92 -13 المؤرخ في 25 -02 -1992 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في مجالات (الطاقة, المياه, النقل, والإتصالات). وتم إدراج أحكامهما في المادتين ل 22 و ل 23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية,ثم المواد ل 551 -1 و551 -2 في التعديل الجديد لقانون القضاء الإداري.

وتمنح المادة ل 551-1 لرئيس المحكمة الإدارية (كقاضي فرد فاصل في الدعوى الاستعجالية) سلطات واسعة سوف نأتي لبيانها لاحقا وذاك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية و إتفاقيات تفويض المرفق العام .

أما المادة ل 551 -2 فإنّها تمنح القاضي الإداري سلطات أقلّ في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و الوضع في المنافسة ,التي تخضع بمقتضاها الصفقات العمومية إلى أحكام قانون الإتحاد الأروبي في القطاعات المنظمة بمقتضى قانون 11 -12 -1992 (الماء, النقل, الطاقة, الإتصالات) .[5]

وهكذا كان للمشرع الفرنسي السبق الإيجابي في إرساء معالم دعوى قضائية جديدة تعد حديثة العهد بالولادة ,غير أنّها في جوهرها آلية شديدة القوة تضمن فعالية أحكام العلانية والمنافسة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية.

3-أسباب التكريس القانوني لاستعجالي قبل التعاقدي في الجزائر:

إن المُتتبع لحركة التشريع الجزائري يلحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت قانون الإجراءات المدنية و الادارية08 - 09.

فقانون الإجراءات المدنيةالسابق90 -23 جاء هزيلا جدا في هذا المجال ولم يتضمن إلا مادة وحيدة هي المادة 171, التي نظّمت بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية و الإدارية على حد سواء رغم الإختلاف الكبير بينهما.

أما القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة(98 -01) و المحاكم الإدارية (98 -02) و محكمة التنازع(98 -03), فلم تتناول بأي شكل القضاء الاستعجالي الإداري. وهو ما أدى إلى فراغ قانوني في المجال التطبيقي إلى غاية صدور القانون 08 -09.

ولعلّ أهم إشكالية تطرح بهذا الصدد هي :ما هي الأسباب التي دعت المشرع الجزائري إلى تقنين استعجالي قبل التعاقد في هذه المرحلة بالذات؟

يمكن رد ذلك إلى أسباب عدة نذكر منها ما يلي:

أ. تنامي الأهمية القانونية والإقتصادية للصفقة العمومية في الجزائر خاصة في ظلّ تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة , و المبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض، فالخزينة العمومية باتت بوابة رئيسة لتمويل الصفقات العمومية, إذ تقدر قيمتها بما يفوق ثمانية ملايين دينار جزائري لصفقات الأشغال و اللوازم وما يفوق أربعة ملايين دينار جزائري لصفقات الدراسات و الخدمات طبقا للمادة06 من تنظيم الصفقات العمومية.

ب. الإنتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية و المنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساسا على اللامشروعية, وهو ما أثّر سلبا على المناخ الاستثماري بإحجام المستثمرين عن التقدم بعطاء اتهم من جهة ظنّا منهم أنّها لن تحظى بالقبول سلفا لأن معايير الإختيار تجافي قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن ترتكز عليها الصفقات العمومية, وتبديد مبالغ هائلة من الأموال العامة من جهة أخرى.

ج. رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام العقود الإدارية، بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد. فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن ,ذلك أن الإدارة تسارع في أغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بتّ القاضي في دعواه بحكم نهائي. فضلا عن أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة و نافذة حتى يطلب أحد أطرافها إلغاءها أمام قاضي العقد, وهو ما أكّده المفوض "روميو" في قضية « Martin » بقوله :"إننّا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية...."[6].

د. تأثّر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقّق تطورا كبيرا في حماية مبادئ المساواة العلانية, والمنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية, وذلك عن طريق آليتين

متكاملتين هما التشريع والإجتهاد القضائي وهو ما سيأتي بيانه في معرض الحديث عن سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية.

ثانيا: شروط الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية :

لرفع الدعوى الاستعجالية لا بد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي يتطلّب القانون توفّرها في الدعوى الاستعجالية وشروطا خاصة تنفرد بها الدعوى الاستعجالية في الصفقة العمومية.

1- الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية :

هناك شروطا عامة تتعلق بالدعاوى الاستعجالية وتتمثل فيما يلي:

أ. **الاستعجال:**

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للاستعجال رغم أنّه يعتبره شرطا جوهريا لرفع الدعوى الاستعجالية في المواد919، 921، 924, 925. و يعود ذلك إلى صعوبة وضع تعريف موحد و شامل لفكرة الاستعجال التي غالبا ما تتداخل مع العديد من المصطلحات المشابهة كالضرورة و السرعة والخطر الوشيك[7].

و يعرف الفقه الإداري الاستعجال بأنّه:"الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا, أو أنّه الخطر المباشر الذي لا يكفي في إتّقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد"[8].

ويملك القاضي الفاصل في الدعوى سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق, ومن طبيعة الحق ذاته, و من الظروف المحيطة بالدعوى. ففي حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يخشى ضياعه إن تم إبرام الصفقة وبدء في تنفيذها.

ب. **عدم المساس بأصل الحق:**

الأصل العام أن القضاء المستعجل يتدخل لإتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية لا تمس بأصل الحق فيكفي لرفع الدعوى الاستعجالية إحتمال وجود الحق ,إذ يقتصر دور القاضي الاستعجالي على بحث الأمر الظاهر الذي يدلّه على إحتمال وجود الحق أو عدم وجوده, من خلال بحث المستندات المقدمة من الخصوم[9].وهو ما إشترطته المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنّه:"يأمر القاضي الاستعجالي بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق....."

وقد أقر مجلس الدولة الجزائري هذا الشرط في قراره رقم: 043277 بتاريخ 12 -12 - 2007 حيث أنّه وفي إطار إيصال قنوات صرف المياه القذرة إلى قرية" تالة "من قبل بلدية "شلاطة" عارض ملاك الأراضي إتمام الأشغال، فرفعت البلدية دعوى أمام القاضي الاستعجالي طالبت فيها بتوجيه أمر للملاك بعدم التعرض لإتمام الأشغال فصرح قاضي أول درجة بعدم اختصاصه باعتبار أن الطلب المستأنف يمس بأصل الحق.

تم الاستئناف أمام مجلس الدولة فقضى بأنّه:" في الحالة التي عليها الدعوى يجب القول أن القاضي الإداري الفاصل في المسائل المستعجلة غير مختص للفصل في الدعوى الأصلية للمجلس الشعبي البلدي المستأنف لمساس بأصل الحق"[10].

إنّنا وبمجرد قراءة قرار مجلس الدولة الذي إعتبر أن توجيه أمر للملاك من طرف القاضي الاستعجالي يعد مساسا بأصل الحق, نطرح إشكالية غاية في الأهمية:إلى أي مدى يتوفر شرط عدم المساس بأصل الحق في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية خاصة وأن القاضي الاستعجالي الفاصل فيها يملك سلطة توجيه أمر للإدارة بضرورة الإمتثال لقواعد العلانية والمنافسة تحت طائلة توقيع غرامة تهديدية؟ وهو ما سنتناوله بشيء من الفحص والتدقيق في معرض حديثنا عن سلطات القاضي الاستعجالي في هذه الدعوى.

ج.**<u>شرط الجدية:</u>**

يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية أن يكون هنالك إحتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي , فان لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة. و ترتبط جدية الطلب بمسألتين هما:

- وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته : فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنّه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية, فإنّه لا محل لرفع دعواه الاستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانونا.
- يجب أن يتبين القاضي من خلال الوقائع ما من شأنه أن يعطي إحتمالا لوجود هذا الحق و هو ما تؤكده المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها على أنّه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب, أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب" فعلى القاضي التأكد من إحتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ويقصد بالتزامات الإشهار أو ما يعرف بمبدأ العلانية إلتزام الإدارة بالإعلان مسبقا عن تاريخ ومكان إجراء الصفقة حتى يتسنّى للمستثمرين المهتمين المشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم في الوقت و الشكل المطلوب [11].

أما مبدأ المنافسة فيقتضي إفساح المجال أمام المهتمين بالصفقة على السواء دون تفرقة أو إقصاء أو تهميش لتقديم عروضهم وتنص المادة 03 من تنظيم الصفقات العمومية على أنّه: " ...يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين, و شفافية الإجراءات, ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم".

2-الشروط الخاصة للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية:

يقتضي بحث الشروط الخاصة العودة إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 -09 التي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى وتتجسد الشروط فيما يلي:

أ. **صفة المدعي:**

تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوما أوسع و أشمل من شرط الصفة الذي نعرفه في القواعد العامة, فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون:

- **اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة**: حيث تقبل الدعوى من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بإلتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية طبقا للفقرتين الأولى و الثانية من المادة 946.

ولا يستلزم مفهوم القابلية للضرر وجوب إثبات ضرر ناتج عن الإخلال بقواعد المنافسة، بل يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الخرق.

وبناء عليه فإن الدعوى لا تقبل كلّيا من الأشخاص الغرباء عن عمليات إبرام العقد كالتنظيمات المهنية و المتعاقدين من الباطن, و منظمات حماية البيئة و على العكس تقبل الدعوى التي يرفعها المرشّحون الذين حرموا من دخول الصفقة دون وجه حق و المرشحون المستبعدون منها وكذا الأشخاص الذين لم يشتركوا في الصفقة لخلل في قواعد العلانية.

- **اكتساب صفة المدعي بحكم القانون**: يعد مكتسبا لهذه الصفة كل جهة رسمية أعطاها القانون حق رفع الدعوى الاستعجالية حماية لشفافية الصفقة العمومية وقد خولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي بإعتباره ممثّلا للدولة على مستوى الولاية حقّ إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار والمنافسة إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف

جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلّية. غير أن نص هذه المادة يطرح العديد من الإشكاليات القانونية:

إن كان الوالي حارسا لشفافية الصفقات العمومية المحلية فمن يحرس شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية المحددة حصرا في المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية ؟ فكأن المشرع الجزائري يتجاهل وجود صفقات مركزية يجب ضمان مشروعيتها.

كيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في الصفقات العمومية المحلية, في غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفيات تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة؟ و هو النقد نفسه الذي يواجهه نظام الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا بعد أن أثبت الواقع العملي عدم ميل المحافظين إلى استخدام هذه الدعوى, نظرا لصعوبة علمهم بالمخالفات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية[12].

ب. <u>وجود إخلال بإلتزامات الإشهار و المنافسة:</u>

يعتبر إنتهاكا لقواعد العلانية والمنافسة ما يلي:

- **خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية:** يعد الإشهار الصحفي للإعلان عن الصفقة إجراء جوهريا بنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي 10 -236 المؤرخ في 07 -10 -2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و هو ما يضمن مبدأي العلانية و حرية المنافسة.

ويعد من قبيل إنتهاك قواعد الإعلان عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة مطلقا .أو قيامها بإعلان معيب فتنشره في جريدة يومية واحدة في حين أن المادة 49 من ت ص ع تشترط نشره في جريدتين يوميتين وطنيتين باللغة العربية وبلغة أجنبية موزعتين علي المستوى الوطني, كما يعد عدم تضمين الإعلان البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 46 عيبا من عيوب العلانية والمنافسة, غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرق في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلّفها إلى إنتهاك قواعد العلانية والمنافسة, والأشكال الثانوية التي لا تؤثّر فعليا على العقد والتي يمكن تصحيحها لاحقا, فلا يستدعي إغفالها اللجوء إلى القاضي الاستعجالي أصلا.

كما إعتبر القضاء الإداري كل خرق للقواعد المتعلقة بمدد إستلام العروض مخالفا لقواعد العلانية[13].

- **إختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب:** حدد المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية من المادة 25 إلى المادة 34 من تنظيم الصفقات العمومية, وفق شروط

قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها. لذا فإن إستخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة, و مثاله أن تقوم الإدارة بإبرام صفقة مع متعامل وحيد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة طبقا لإجراء التراضي في غياب الحالات الداعية للللجوء إلى التراضي في نص المادة 43 من تنظيم الصفقات العمومية.

- **مخالفة المواصفات و الخصوصيات التقنية:** يعد وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية إنتهاكا لقواعد المنافسة ,وعلى هذا الأساس إعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقّدة للصفقة عند الإعلان عنها, بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذواتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة.
- **الحرمان أو الإستبعاد من الصفقة دون وجه حق:** يقصد بالحرمان من دخول الصفقة الحظر القانوني من المشاركة فيها لأسباب يحددها القانون كالمصلحة العامة أو الإفلاس أو عدم الوفاء بالواجبات الجبائية, وهو ما يطلق عليه المشرع الجزائري مصطلح "الإقصاء" فإن طبقت الإدارة هذا الإجراء على مرشّح ما دون سند قانوني كان له حق رفع الدعوى الاستعجالية [14].

أما الإستبعاد من الصفقة فيكون بإخراج عطاء بعينه من دائرة المنافسة, بعد إستلامه لعدم مطابقته للمواصفات التقنية أو لعدم توقيعه من صاحبه...الخ, أو إذا تبين أن العرض المقبول يمكن أن يؤدي إلى هيمنة على السوق أو إختلال في المنافسة أو إذا إتّضح أن العرض المالي المختار منخفض بشكل غير عادي. فإن تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي[15].

- **الإخلال بقواعد إختيار المتعامل المتعاقد:** لم يغفل المشرع الجزائري عن ضبط معايير إختيار المتعاقد مع الإدارة, فجاءت المواد: 35، 36، 37، 38، 39 و 40 لتؤكّد على إلزامية التأكد من مؤهلات المرشحين, كما منعت المادة58 المصلحة المتعاقدة من التفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لإختيار الشريك المتعاقد, فإن ثبت عدم إلتزام الإدارة بمعايير الإختيار, كان ذلك دليلا سافرا على خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة.

و قد إعتبرت المحكمة الإدارية « Chàlon_sur marne » " أن صفقة الدراسات المبرمة بين « sivomat »و « le cabinet Oth _est » بتاريخ 06 -10 -1993 باطلة لأنّها جاءت بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض[16].

ج.**<u>الأجل القانوني لرفع الدعوى:</u>**

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا أو مدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت في فقرتها الثانية على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيبرم، ثم أردفت في فقرتها الثالثة بأنّه: " يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

وتشبه صياغة المادة 946 من القانون الجزائري إلى حد بعيد المادتين ل551-1 ول551-2 من القانون الفرنسي, إذ تنص الأولى(551 -1) على أن: " رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يبتّ قبل إبرام العقد...". أما الثانية (551 -2) فقد نصت على أنّه:"لا يمكن للقاضي أن يبت قبل إبرام العقد إلاّ ضمن الشروط المحددة فيما يلي....".

ولعلّ أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية هي: التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنّها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد و إمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟

فالمنطق الوقائي يفرض بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد, حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمرا للمتسبب للإمتثال لإلتزاماته, أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقا للفقرتين 4 و6 من المادة 946 .أما إن أبرم العقد فما محل هذه الدعوى؟

لقد قبلت بعض المحاكم الإدارية في فرنسا النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس الاستعجالي قبل التعاقدي.غير أن مجلس الدولة الفرنسي ما فتئ أن تبنّى مبدأ مستقرا مفاده أن تطرق القاضي الاستعجالي إلى مشروعية العلانية والمنافسة بعد إبرام العقد, يخرجه من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.

وعلى هذا الأساس أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام الصفقة العمومية[17].

غير أن إبداع القاضي الإداري الفرنسي الخلاق أبى إلاّ أن يبتكر إجتهادا حديثا أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية و منازعاتها القضائية وذلك بمقتضى قراره الصادر في 16 -07 -2007 في قضية « société Tropic travaux signalisation » والتي تتلخص وقائعها في أنّه:"على إثر دعوة للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة بPointe à Pitre العرض الذي تقدمت به شركة« Rugoway » فرفعت شركة « Tropic »- بإعتبارها

مرشحة للصفقة- دعوى إستعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها, قرار منح الصفقة ل: Rugoway , قرار إمضاء الصفقة, الصفقة ذاتها.

بتاريخ 02 -03 -2006 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيسا على أنّه لا محل لها لأن العقد قد أبرم ونفذ كليا.إستأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنّه: "يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية لحقهم في مخاصمة العقد ذاته [18]" إلاّ أنّه رفض الاستئناف لأنّه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو إخلال بالعلانية و المنافسة, ويكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:

1.إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية في مجال العقود الإدارية والصفقات قبل أو بعد إبرام العقد, وهو ما يجعلنا نطالب المشرع الجزائري بتسمية الدعوى ب "شبه الاستعجالية في مجال العقود الإدارية" بدلا من الاستعجالية قبل التعاقدية.

2.حق الغير في مخاصمة العقد ذاته بعد أن كان الأمر حكرا على أطراف العقد وهو ما سيؤدي إلى قلب نظرية العقد الإداري رأسا على عقب في سبيل ضمان مشروعية العقد.

ثالثا: الحكم في الدعوى:

بعد إستيفاء المدعي شروط الدعوى يأتي دور القاضي الاستعجالي لممارسة السلطات المخولة له قانونا.

1- قواعد الإختصاص القضائي باستعجالي قبل التعاقد :

يمكن القول بأن التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08 -09 قد حمل في طياته تغييرا تشريعيا لما كان مكرسا في السابق.

وأول بوادر التغيير تأتي من نص المادة 917 التي نصت على أنّه : " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البتّ في دعوى الموضوع".

ويقصد بذلك أن الهيئة القضائية الفاصلة في دعوى إلغاء القرار المخالف لقواعد العلانية والمنافسة هي نفسها الفاصلة في الدعوى الاستعجالية. و تطرح هذه المادة الإشكاليات القانونية التالية:

1.ما هو سبب توحيد الجهة الناظرة في الدعويين؟

2.هل تخدم التشكيلة الجماعية الطابع الاستعجالي الذي يفترض أن تتسم به الدعوى الاستعجالية؟

3.هل يعد إقتران الدعوى الاستعجالية بدعوى الإلغاء شرطا شكليا جوهريا لقبول الدعوى؟وإن كان الأمر كذلك فما مصير دعوى الإلغاء إن قامت الإدارة بتصحيح عيب الإخلال بإلتزامات العلانية و المنافسة ,إمتثالا لأمر القاضي الاستعجالي؟.

وقد عقد المشرع الإختصاص للقضاء الإداري ممثّلا في المحكمة الإدارية للنظر في الدعوى الاستعجالية التعاقدية وذلك بنص المادة946 في فقرتها الأولى على أنّه:" يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة ,وذلك في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية".

و من خلال إستقراء هذه المادة يمكن تسجيل الإنتقادات التالية:

- يؤخذ على المادتين 946 و947 المنظمتين لهذه الدعوى حصر الإختصاص القضائي في المحكمة الإدارية دون الإشارة إلى إختصاص مجلس الدولة بنظر هذه الدعوى بإعتباره جهة إستئناف (هذا في حال ما لم نتصور كونه جهة ابتدائية نهائية في الدعاوى الاستعجالية المتعلقة بإخلال بالمنافسة والعلانية في الصفقات العمومية المركزية ,لأن الأمر مرتبط هنا بقرارات إدارية مركزية منفصلة عن الصفقة العمومية).
- نصت المادة 946 على عبارة: العقود الإدارية و الصفقات العمومية وهو ما يوحي بوجود فرق بين المصطلحين؟ و هو أمر صائب فكون الصفقة العمومية نوع من العقود الإدارية لا يعني أن جميع الصفقات العمومية عقود إدارية, فالصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الإقتصادية لا تعد عقودا إدارية طبقا للمعيار العضوي المكرس في المواد800 ,8001 ,901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و المادة 09 من القانون العضوي 98 -01 المنظّم لإختصاصات مجلس الدولة.فإن كان الأمر كذلك لماذا أخضع المشرع جميع أنواع الصفقات لإختصاص القاضي الاستعجالي الإداري ؟ ألم يكن حريا به أن يدقّق أكثر بالإشارة إلى إختصاص القاضي الاستعجالي الإداري بالصفقات العمومية ذات الطبيعة الإدارية فقط ,خاصة أمام تمسك القاضي الإداري الجزائري بعدم إختصاصه بالفصل في منازعات الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الإقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري[19] .

2- **<u>سلطات القاضي:</u>**

تمنح المادة 946 للقاضي الإداري السلطات التالية:

- سلطة توجيه أمر للإدارة.

- فرض الغرامة التهديدية.
- وقف إبرام الصفقة.

أ. **<u>سلطة القاضي في توجيه أمر للإدارة:</u>**

يملك القاضي توجيه أمر للإدارة للامتثال لإلتزاماتها. و كان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري مبدأ إجرائي مفاده أن "القاضي يحكم و لا يدير" و ذلك تطبيقا لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية و الإدارية و هو ما يترتب عليه مسألتين هامتين هما:

- **القاضي لا يحل محل الإدارة**
- **الامتناع عن توجيه أوامر إليها:** و ذلك مهما بلغت درجة و جدية إنتهاك الحجية فالقاضي لا يمكنه توجيه أمر لها بالتنفيذ و لا بطريقة إجرائه.

و لا يتوقف المنع عند هذا الحد بل يمتد ليدخل في نطاقه وسائل التهديد المالي بتنفيذ الحكم.إذن فالقاضي الإداري لا يستطيع الحكم على الإدارة بطرق تهديدية لحملها على التنفيذ إذا أهملت أو تأخّرت. و هذا ما صرح به مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته بأنّه "إذا كان يناط بالقاضي أن يبين الحقوق و الالتزامات المتبادلة للمتداعيين, و أن يقضي بالتعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار، فإنه لا يسوغ له التدخل في إدارة المرافق العامة بتوجيه أوامر تنطوي على التهديد بجزاء مالي سواء إلى الإدارة أو إلى أولئك الذين يقومون على إدارة مرفق عام".

و هو الموقف الذي ظل القاضي الإداري الجزائري يتبنّاه إلى وقت قريب جدا فنجده يصرح في 24- 04 -2000 في قضية "رئيس بلدية درقينة " ضد "س ع" بأن :"البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلاّ لأمر أداء[20],وفي قرار حديث له بتاريخ 08- 04 -2008 "قضية السيدة " ك م" ضد "وزارة التربية الوطنية" قضى بأنّه :لا يجوز للقاضي الإداري الحكم بغرامة تهديدية لإنعدام النص القانوني الصريح"[21].

غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 منحه كل هذه السلطات(بعد أن تبنّاها نظيره الفرنسي) وهو ما يعني أن القاضي الاستعجالي أصبح يملك مكنة توجيه أمر للإدارة لتفي بإلتزاماتها في مجالي العلانية والمنافسة, كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية, أو بإعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية, أو يوجه لها أمرا بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول الصفقة دون وجه حق. وهو ما يجعله يتدخّل في أصل الحق

وينظر في جوهر الدعوى خلافا للقواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي وهو ما يدعونا إلى تسمية هذه الدعوى ب "شبه الاستعجالية".

ب. **<u>سلطة فرض الغرامة التهديدية:</u>**

الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08. وقد إستقر الفقه و القضاء في الجزائر على أنّها "مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ إلتزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي, بناء على طلب الدائن."فالغرامة التهديدية بهذا المعنى تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة أو المتماطلة عن التنفيذ بإلزامها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الإلتزام.وهو ما يمكن أن يحملها على الإلتزام بقواعد العلانية والمنافسة .

و لعل أهم إشكالية تطرح في معرض الحال هي: ألا تعد هذه الأوامر صادرة في إطار الإختصاص الولائي للقاضي و لم يتّخذها بموجب وظيفته القضائية فهي لا تحسم خصومة أو نزاعا فكيف يمكن ربطها بغرامة تهديدية؟ ,خاصة و أن مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبارها على تنفيذ أمر تقدير لرسوم الخبرة[22] و هو رأي منتقد لأن الأوامر الاستعجالية تتمتع بقوة تنفيذية مما يجعلها قابلة للتنفيذ بقوة القانون. و هو ما يؤكده الفقيه AUBU بقوله "إن الغرامة التهديدية تسري على جميع ماله قوة تنفيذية مما يصدره القضاء حتى و لو كان لا يتمتع بحجية أو قوة الشيء المقضي به"[23].

وهو ما تؤكّده المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنّه :"يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها إتخاذ أمر بالتنفيذ ....أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها".

وعلى هذا الأساس نصت المادة 946 في فقرتيها 4 و5 على أنّه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته, و تحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه.

ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد".

ويلاحظ أن المشرع منح القاضي الاستعجالي سلطة تقديرية في فرض الغرامة التهديدية من عدمه في حالة إنقضاء الأجل المحدد دون تنفيذ الإدارة لإلتزامها.

ج. **تأجيل إمضاء الصفقة لمدة 20 يوما:**

منحت الفقرة السادسة من المادة 946 للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما ,و يعد هذا التأجيل بحد ذاته وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بإلتزاماتها , وهي سلطة خطيرة تشلّ عمليات العقد و تؤثر على سير المرفق العام بإنتظام وإطراد.

لكن في حال رفع هذه الدعوى بعد إبرام العقد يصبح هذا الأمر دون جدوى كما سبق بيانه.

وبعد دراستنا لسلطات القاضي الاستعجالي الجزائري في هذه الدعوى يمكن إبداء الملاحظات التالية:

- لقد حاكى المشرع الجزائري نظيره الفرنسي فالسلطات الممنوحة للقاضي الجزائري هي ذاتها المقررة للقاضي الفرنسي في مجال صفقات الأشغال, والتوريد, والخدمات, وعقود تفويض المرافق العامة ،اللهم ما تعلق بفرض الغرامة التهديدية والتي لم يكرسها المشرع الفرنسي في هذا النوع من العقود.
- تعد هذه السلطات هزيلة جدا مقارنة بتلك التي أقرها المشرع الفرنسي في الصفقات العمومية المتعلقة بمجالات المياه، النقل ، الطاقة و الإتصالات والمتمثلة في:
  - إلغاء القرارات الإدارية المنطوية على مخالفات لإلتزامات العلانية والمنافسة.
  - سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية والتي تتضمن مخالفة لقواعد العلانية والمنافسة[24].

وفي آخر مرحلة من مراحل الدعوى تفصل المحكمة الإدارية طبقا للمادة 947 في أجل 20 يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها وهي نفس المدة في القانون الفرنسي، و تعد هذه المدة قصيرة حسب رأينا مقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام العقود الإدارية.

وفي غياب أحكام خاصة باستئناف أمر المحكمة الإدارية في الدعوى الاستعجالية التعاقدية, نأخذ بالقواعد العامة التي فرضتها المادة 950 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنّه: " يحدد أجل إستئناف الأحكام بشهرين (2) ويخفّض هذا الأجل إلى 15 يوما بالنسبة للأوامر الاستعجالية، ما لم توجد نصوص خاصة.

تسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم إلى المعني وتسري من إنقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا....".

وفي ختام دراستنا للنظام القانوني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية ,نود أن نشد على يدي المشرع الجزائري لأن إقراره لهذا النظام الجديد تضمن تجاوزا على بعض المحظورات التقليدية في القوانين السابقة على صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك من خلال:

1.التكريس التشريعي غير المسبوق في الجزائر لاستعجالي قبل التعاقد, وهو ما من شأنه تفعيل المنظومة القانونية بسد الفراغ الذي كان سائدا في هذا المجال و رأب الصدع الذي تعرفه الصفقات العمومية من تجاوزات أثّرت على الاقتصاد الوطني.

2.إعطاء القاضي الإداري مساحة واسعة و غير مألوفة من السلطات, كسلطة الأمر و فرض الغرامة التهديدية, و كذا تأجيل إمضاء العقد. وعلّة ذلك تكمن في أن الإجراء الذي قنّنته المادة 946 يهدف إلى إيجاد دعوى فعالة تفصل في نزاع محاط بحالة من الاستعجال, مما ينتج عنه أن هذا القضاء ليس قضاء مستعجلا بمعنى الكلمة بل هو تقنية خاصة في سبيل حماية الصفقة العمومية والمال العام.

غير أنّنا نعيب على مشرعنا النقائص التالية:

1.رغم تنصيب الوالي كحارس لمشروعية الصفقات المحلية, إلا أنّنا نسجل غياب الأطر القانونية التي تضمن علم الوالي بالانتهاكات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية المحلية.

2.عدم منح صفة قانونية لجهة مركزية تتولى فرض رقابة قانونية على مدى إحترام قواعد العلانية والمنافسة في الصفقات العمومية المركزية.

3.توحيد جهة الإختصاص القضائي بالنظر في منازعات العقود الإدارية والصفقات العمومية, علما أن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الإقتصادية لا تعد عقودا إدارية طبقا للمعيار العضوي الذي يتبنّاه كلاّ من المشرع و القاضي الجزائريين, فإن كان القضاء الإداري يقر عدم إختصاصه بالفصل في منازعاتها الموضوعية, فإنّه لن يقبل النظر في منازعاتها الاستعجالية التحفظية.

4.الإغفال التام لضمانات هذه الدعوى الجديدة وإتباع القواعد العامة في القضاء الاستعجالي، على خلاف المشرع الفرنسي الذي خص هذه الدعوى بإجراءات معينة كمبدأ الوجاهية, و تبادل المذكرات بين أطراف الدعوى, و إبداء الملاحظات الشفهية في الجلسات العلنية .

كما نرجو أن يكرس المشرع الجزائري سلطتي: إلغاء القرارات و البنود التعاقدية المخالفة لإلتزامات العلانية و المنافسة وذلك في سبيل تفعيل هذه الدعوى الجديدة التي ندعو إلى تسميتها ب "**الدعوى شبه الاستعجالية في العقود الإدارية والصفقات العمومية** ", لأنّها التسمية الأدق والأصح لهذا المولود الجديد الذي يقود ثورة على المحظورات التقليدية التي كانت سائدة في نظامنا القانوني.

الهوامش:

1. لحسين بن شيخ آث ملوية ,المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري, دار هومة للنشر, الجزائر 2007, ص 12.
2. المرجع نفسه، ص 13.
3. أنظر في هذا الخصوص: المرسوم الرئاسي رقم10 -236 المؤرخ في 7-10 -2010, المتضمن تنظيم الصفقات العمومية, الجريدة الرسمية, العدد58, ص 3.
4. مهند مختار نوح, الإيجاب و القبول في العقد الإداري, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان، 2005، ص 843.
5. Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, Berti éditions, Alger 2007, p 147.
6. سليمان محمد الطماوي, القضاء الإداري, قضاء الإلغاء, دار الفكر العربي, مصر، 1996, ص186 و 187.
7. محمد برا هيمي, القضاء المستعجل, الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 93.
8. لحسين بن شيخ آث ملوية, مرجع سابق, ص 13.
9. خميس السيد إسماعيل, القضاء المستعجل و قضا ء التنفيذ طبقا لأحدث التعديلات, دار محمود للنشر و التوزيع, مصر، 2005, ص 19.
10. مجلة مجلس الدولة, العدد9 , الجزائر2009, ص125 و126.
11. عمار عوابدي, القانون الإداري,الجزء الثاني, ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر2000, ص204.
12. مهند مختار نوح, الإيجاب و القبول في العقد الإداري, مرجع سابق, ص 851.
13. عبد المنعم خليفة, الأسس العامة للعقود الإدارية, دار الكتب القانونية, مصر، 2005، ص108.
14. أنظر في هذا الصدد : بومقورة سلوى –رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية – مذكرة ماجستير, جامعة عنابة، 2008، ص115 (غير منشورة).
15. حمدي حسن الحلفاوي, ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة، 2001 ، ص163.

[16.] Mireille BERBARI, marchés public, la réforme à travers la jurisprudence, le moniteur ,Paris, 2001, p 79.

[17.] Rémy SHWARTS, Le juge Français des référés administratifs, revue du Conseil d'Etat, n 4, Algérie 2003, p72.

[18.] Dominique POUYAUD, un nouveau recours contentieux, RFDA, n 523, Paris, septembre-octobre 2007, p 923.

[19.] أنظر بهذا الخصوص: بن علية حميد ,مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الجزائري,رسالة ماجستير, كلية الحقوق بن عكنون، 2001، ص50 (غير منشورة).

[20.] لحسين بن شيخ آث ملويا, دروس في المنازعات الإدارية, وسائل المشروعية، الطبعة3، دار هومة، الجزائر،2007، ص444,445.

[21.] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص505.

[22.] CHAPUS René , Droit de contentieux administratifs, Montchrestien, paris, 1990, p : 756.

[23.] عمر باهي يونس, الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية, دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية, مصر، 2001، ص58.

[24.] الدكتور مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 871 -881.

النظام المالي للزوجين
بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري

د. زبيدة إقروفه
أستاذة محاضرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

المقدمة

إن عقد الزواج ينشىء حقوقا وواجبات مادية وأدبية تُتَبادل بين طرفي العلاقة الزوجية وتترتب عنه أثار مالية منها الصداق والنفقة والميراث والتعويض حال ثبوت الضرر، وقد تولى المشرع الجزائري تنظيمها في فصول ومباحث قانون الأسرة[1].

كما أن المدونات التشريعية الوضعية عموما اعتنت ببيان صيغ وأحكام النظام المالي للزوجين على تفاوت في طريق معالجة الموضوع بين السعة والإيجاز، وبين التصريح والتلميح، وبين الجرأة والتردد ، لكل وجهة هو موليها حسب القيم والمرجعيات والثقافات التي يحتكم إليها كل مجتمع من المجتمعات الإنسانية.

فما هي معالم وحدود النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟.

تعريف النظام المالي للزوجين :

"هو القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين وتحدد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج ، والأموال المكتسبة بعد الزواج ، وطريقة التصفية والقسمة بينهما على التساوي"[2].

هذه العلاقـة المالية تنشأ بسبب رابطـة الزوجية بين طرفي العقـد الزوج والزوجة ومن شأنها المحافظة على الحقوق المالية لكـل طرف - سواء في ظل عشرة زوجية قائمـة أو عند انتهائها بإحدى طرق الانحلال- ودفع أسباب الخلاف مما يساهم في استقرار الأسرة ودوام المودة والوفاق بين الزوجين .

وعليه يتخذ النظام المالي أشكالا متغايرة تبعا للنظام التشريعي القائم عليه وهو في الغالب يرسو على مبدأين:

أحدهما: استقلال الذمة المالية للزوجين، ويتميز باليسر والسهولة وعدم تحمل طرف لأعباء الطرف الأخر، مما يعنى أن الزواج الناشئ بينهما لا أثر له على حرية تصرفهما في أملاكهما الخاصة سواء اكتسباها قبل الزواج أو بعده.

ثانيهما: نظام الاتحاد في الأموال الذي يفرض قيودا على تصرفات الزوجين ويوجب مسؤولية تضامنية بينهما اتجاه الغير[3].

درجت التشريعات العربية للأسرة – ماعدا تونس- على المبدأ الأول وهو انفراد كل من الزوج والزوجة بذمة مالية مستقلة عن الأخر وسارت على ذلك منذ أن رأت تلك التشريعات النور، وعد ذلك قاعدة أصلية ثابتة.

أما البلدان الغربية فمعروف عنها الأخذ بنظام اتحاد الذمة المالية بين الزوجين مع إقرار أيضا مبدأ انفراد الذمة المالية في حالات معينة.

والذمة في الفقه الإسلامي كما عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا -رحمة الله عليه- :"هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"[4].

فالذمة هي محل أو وصف اعتباري افتراضي ، يقدر وجوده في الإنسان تثبت فيه الحقوق التي تترتب له وعليه، المالية منها وغير المالية، وسواء أكانت هذه الحقوق لله تعالى أم للعبد.

أما الذمة في القانون الوضعي فهي مجموع الحقوق والواجبات التي لها قيمة مالية لكل شخص[5].

فالقانون يلتقي مع فقه الشريعة في نطاق الذمة المتعلق بالحقوق والواجبات المالية المتعلقة بحق العباد، ويفترقان في نطاق الحقوق والواجبات غير المالية والحقوق والواجبات المالية المتعلقة بحق الله تعالى[6].

استقلالية ذِمّة المرأة المالية:

تتمتع المرأة في الشريعة الإسلامية بالأهلية الشرعية والقانونية الكاملة وباحترام إرادتها وباستقلال ذمتها المالية، فلها أن تبيع وتشتري وتقايض وتهب وتوصي وتقرض وتقترض، وتصرفاتها نافذة بإرادتها الذاتيـة ولا يتوقف شيء من ذلك على رضـا أب أو أخ أو زوج، وليس لأحدهم أي أثر على استقلال أهليتها في التملك والتعاقد، قال الإمام الشافعي -رحمة الله عليه-: "فمن بلغ راشدا من الرجال والنساء أيهما صار إلى ولاية ماله

فله أن يفعل في ماله ما يفعل غيره من أهل الأموال وسواء في ذلك المرأة والرجل وذات زوج كانت أو غير ذات زوج وليس الزواج من ولاية مال المرأة بسبيل"[7].

واستقلالية ذمة المرأة مثل الرجل أصولها شرعية مستلهمة من الكتاب والسنة منها:

- قوله تعالى : **ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين** [8].

وجه الاستدلال: أن مال المرأة يورث عنها، وأنها توصي لمن شاءت ، وأن دين المرأة لازم لها في مالها، مما يعني أن لها أهلية التملك والتصرف وأن نتائج تصرفها لازمة لها في مالها[9].

- قوله تعالى: **"للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر"**[10] .
- قوله تعالى: **" ولا تَتَمنوا ما فَضلَ الله بِهِ بعضكُم على بعضٍ للرجال نَصِيب مما اكْتَسبوا وللنساءِ نَصِيب مما اكْتَسبن واسأَلُوا الله مِن فَضلِهِ إن الله كان بِكُل شَيء عَلِيم"**[11] والاكتساب هنا هو العمل كما ذكر المفسرون.
- وكانت أم المؤمنين السيدة زينب بنت جحش -رضي الله عنها- تُدعى (أم المساكين) سماها بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنها كانت تغزل الصوف وتدبغ وتبيعه في السوق وتتصدق بالثمن على المساكين، فكل هذه تصرفات مالية من قبل (أم المساكين) من بيع وصدقة وما إلى ذلك[12].
- حديث ابن عباس قال :" فصلى ثم خطب(أي الرسول صلى الله عليه وسلم) ، ثم أتى النساء ، ومعه بلال فوعظهن وذكرهن وأمرهن بالصدقة فرأيتهن يهوين بأيديهن يقذفنه في ثوب بلال "[13].

وجه الاستدلال أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قَبِلَ صدقة النساء يوم العيد ولم يسأل ولم يستفصل منهن عما إذا كن متزوجات أم لا وهل أذن لهن آباؤهن أو أزواجهن أم لا، فيستدل بذلك على جواز صدقة المرأة من مالها من غير توقف على إذن أحد.

وقد اتفق الفقهاء على أهلية المرأة الراشدة للتملك والتعاقد كالرجل واختلفوا في مسألة الهبة والتبرع بأملاكها بعد الزواج، فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى إطلاق حريتها كالرجل فتتبرع بما تشاء ولمن تشاء قبل الزواج وبعده، إعمالا لعموم

النصوص السالفة الذكر، في حين انفرد المالكية برأي مفاده تقييد تبرع المرأة - ذات الزوج - بأموالها بالثلث وما زاد على الثلث يتوقف على إذن الزوج.

قال محمد:" وفي المدونة قال مالك وما باعته المرأة ذات الزوج من مالها كالدار والخادم وغير ذلك وهي مرضية في حالها جاز ذلك أحب زوجها أو كره ، وإن حابت كانت المحاباة في ثلث مالها، وكذلك إن تصدقت وهي مرضية الحال جاز لها من ذلك ما بينها وبين الثلث، وإن تصدقت أو وهبت أكثر من الثلث لم يجز من ذلك قليل ولا كثير إلا أن يجيزه الزوج"[14].

وقال الوزاني:" وليس لها أن تهب من مالها ولا أن تتحمل إلا بإذن زوجها فيما زاد على الثلث"[15].

ورأي المالكية يستند للمعقول والأقيسة وبعض الأحاديث منها:

حديث "لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها"[16].

وفي لفظ:" لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذا هو ملك عصمتها"[17].

والإمام مالك لم يأخذ بهذا الحديث على إطلاقه، وإنما أخذ به فيما زاد على الثلث لحاجة المرأة للتصدق والتقرب إلى الله عز وجل، فلم يمنعها من التصرف في مالها بالكلية بل سمح لها بالقليل في حدود الثلث وإن كان التقييد بهذا الحد مجرد اجتهاد ليس عليه دليل ظاهر.

ورد الإمام الشافعي على هذا الحديث بأنه ليس بثابت ليلزمنا القول به والقرآن يدل على خلافه ثم السنة ثم الأثر ثم المعقول.

وقد ضعف أهل العلم هذه الأحاديث لخلل في سندها.

- ما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بحلي لها، فقالت: إني تصدقت بهذا فقال لها– رسول الله - صلى الله عليه وسلم– لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجـها فهل استأذنت كعبا ؟ قـالت : نعم، فبعث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى كعب بن مالك، فقـال :هل أذنت لخيرة أن تتصدق بحليها،فقال : نعم : فقبله رسو ل الله – صلى
الله عليه وسلم- منها"[18].

وحمل أكثر العلماء الأحاديث المقيدة لعطية المرأة بإذن الزوج على الندب وعلى معنى حسن العشرة والصحبة واستطابه نفس الزوج ، فيكون على المرأة أن تستأذن زوجها في

تصرفها في مالها على سبيل الاختيار لا الإلزام ، ومن باب التودد والإرضاء صيانة للأسرة عن الشقاق والخلاف.

والدليل على أنـه مؤول بغير ما استدل به المالكية أنه يجوز بالاتفاق أن تعطي المرأة ما دون الثلث من مالـها، وليس من دليل حديث أو غيـره على تحديد المنع بالثـلث، والتحديـد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا دليل عليه[19].

وعلى فرض صحته فالمنع ينصب على عطية المرأة من مال زوجها وليس من مالها وهو الأقرب للمفهوم والمتوافق مع القواعد العامة للشريعة المتعلقة بحرمة المساس بمال الغير إلا بإذنه.

ويبدو أن هدف المالكية من هذا التحجير الجزئي على أهلية المرأة، هو حماية الزوجة نفسها من التبرع بمالها بدون حد، حيث إذا فقدت زوجها القائم عليها وجدت في مالها ما تسد به حاجتها.

وأجيبهم أن اعتبار هذا المعنى في حق الزوج أولى لأنه هو المسئول عن إعالة زوجه وأصوله وفروعه فإذا وهب كل أمواله تسبب في إضرار نفسه وعائلته فهو بمقتضى استدلالكم أولى بالمنع من التبرع بما زاد على الثلث حماية لحق من تعلق بذمته شرعا وقانونا.

اتحاد الذمة المالية للزوجين:

إن فكرة الاشتراك في الأموال الزوجية المكتسبة سويا بدأت تتسلل ببطء إلى مدونات الأحوال الشخصية العربية وتفرض نفسها نتيجة ظروف سياسية وعوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية جدت وطرأت على الساحة العامة للبلدان العربية منها ارتفاع نسبة التعليم والوعي والعمل بين الإناث، ونشاط الجمعيات النسوية والحقوقية المطالبة بمحاربة أشكال التمييز بين الجنسين وحماية المرأة من الإجحاف والتشرد بعد أن تجرأت المرأة على اقتحام مجالات التعلم والعمل والاسترزاق وأصبحت تشارك في تكوين ثروة العائلة وتحمل الأعباء المالية جنبا إلى جنب مع الأب والأخ والزوج إضافة إلى المسؤوليات الأدبية الأخرى التي تستقل بها عن الرجل.

وبالنظر إلى الإجحاف الذي يلاحقها عند توزيع تلك الثروة بين أفراد العائلة التي غالبا ما يستأثر بها الذكور كما هو الشأن في الميراث، وإلى الإنكار الذي يواجهها حالة الانفصال

الزوجي وصعوبة الإثبات نتيجة حسن النية فتجد نفسها وأولادها عرضة للتشرد والفاقة بعد سنين من الكد والجهد والكسب، أصبح الآن من الضروري وضع قالب قانوني يضبط مسألة الممتلكات الخاصة لكل طرف والمكتسبات المشتركة.

"ولعل أخطر ما في الذمة الماليـة المشتركة أن الزوج يمكنه أن يغامر بأمواله وأموال زوجته فيتسبب في إفلاسها، خاصة إذا علمنا أن الزوج هو الذي يتولى عادة استثمار أموال الأسرة بمفرده، وحتى إذا ما شاركته زوجته فغالبا ما تكون له الكلمة العليا بحكم العادة والواقع، فيكون هو المستفيد الأكبر إذ يتصرف في مالها كما يشاء وتتحمل معه عبء ذلك دون أن تشاء، وإذا كان المؤيدون لنظام اتحاد الذمم يبررونه بكونه يمكّن المرأة من حق اقتسام ثروة الزوج وأخذ نصيبها من الممتلكات فإن هذا الطرح يبقى في غالب الأحيان ضربا من الأحلام والأوهام، إذ أن الزوج بدهائه وحيله يستطيع قبل الطلاق أن ينجو بثروته فلا ينوب الزوجة إلا نصيبها من الضرائب والأعباء"[20]، دون أن ننسى الأعراف الجائرة المتجذّرة في مجتمعاتنا التي تكتم أنفاس القوارير، والتي تتطلب عقودا من النضال لتقويمها.

أضف إلى ذلك بعض الأراء الفقهية التي ترى عدم استحقاق الزوجة لشيء من الأموال المحصلة خلال الحياة الزوجية ما عدا المتعة ونفقتها التي تتوقف بمجرد الانفصال الزوجي ولو قضت الزوجة في العمل معه سنوات عديدة من حياتها، حتى وإن تعرضت أثناء عملها المنزلي لحادث أضر بصحتها وتسبب لها في عجز أقعدها عن الكسب[21].

وما يثلج الصدور في الموضوع ويثبت فكرة اقتسام المكتسبات المشتركة في ظل الحياة الزوجية أن نجد له أصولا شرعية تنبعث من مصادر التشريع الإسلامي – وليس من الاجتهادات الفردية التي قيلت في بيئات وأزمنة خاصة تختلف جذريا عن واقعنا اليوم _ رغم عدم وضوح الرؤية وجلاء الفكرة واتفاق الكلمة إلا أن الومضات الفقهية الاجتهادية كافية لإنارة الطريق عاجلا أو آجلا ليجد موضوع مشاركة المرأة في الثروة المكتسبة للعائلة(النسبية أو الزوجية) موضعه وموقعه في أحد أبواب الفقه الإسلامي إعمالا لمقاصد وقواعد الشريعة الإسلامية السمحاء مصداقا لقوله تعالى: "**لقد أرسلنا رسلنا بالبيّنات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط**" [22].

منها الأثر الذي يسند إلى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه_ أنه قضى بين ورثة عمرو بن الحارث وحبيبة بنت زريق، التي كان زوجها قصارا يتجر في الأثواب، وكانت تساعده في ترقيمها حتى اكتسبا مالا كثيرا، فمات عمرو وجاء ورثته واستحوذوا على مفاتيح

المخازن واقتسموا المال بينهم، فأقامت عليهم الزوجة حبيبة بنت زريق دعوى وطالبت بعمل يدها وسعايتها مترافعة مع الورثة أمام أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، الذي قضى بينها وبين الورثة بشركة المال وقسمته إلى نصفين، أخذت منه حبيبة النصف بالشركة بالإضافة إلى نصيبها من الإرث كزوجة.

وقد أفتى الشيخ عبد الرحمان الوغليسي كما أثبته الوزاني في مصنفه في نازلة سعي وكسب المرأة قائلا:" ...أما التي عملت الصوف والشعر فإن عملت ذلك للزوج بالتصريح أو باستمرار العرف الذي لم يختلف فذلك له، وإلا فهو لها ويكون شركة بينهما بقيمة الأول وقيمة العمل"[23].

"ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت استقلال ذمم الزوجين كمبدأ عام، لا تنفي وجود هذا الاتحاد بل على العكس من ذلك فهي ترغب فيه وتدعو إليه لتوحيد الرؤى والمصالح بين الزوجين لما يمكن أن ينتج عنه من الاندماج والانسجام المؤدي إلى تدعيم وتوطيد العلاقة بينهما في احترام متبادل لخصوصية وشخصية كل زوج"[24] وهذه المعاني مقصودة من عقد الزواج لا يختلف فيه اثنان ، لقوله تعالى "**هن لباس لكم وأنتم لباس لهن**"[25].

ومن خلال الأحكام العامة لقيام الشركة في الفقه الإسلامي وبما أن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ استقلال الذمـة المالية للزوجين حيث تتمتع المرأة بحق ملكيـة أموالها وبالحريـة للتصرف فيها فإنه بإمكان الزوجين إبرام شركة بينهما بنفس الشروط التي تنعقد بها الشركة بين الأجانب.

جاء في المدونة الكبرى: "قلت هل تجوز الشركة بين النساء والرجال في قول مالك؟ قال ما علمت من مالك في هذا كراهية ولا ظننت أن أحدا شك في هذا ولا أرى به بأسا"[26].

فبإمكانهما إذن إنشاء شركة مال يساهم كل واحد منهما فيها بحصة معينة أو شركة ملك فيما يشتريانه من عقارات ومنقولات، كما يمكنهما أيضا إنشاء شركة مفاوضة التي تجد سندها في الفقه المالكي والتي تعتبر أكثر أنواع الشركات توافقا مع وضع الزوجين بحكم حياتهما المشتركة.

القراءة القانونية للنظام المالي للزوجين:

قد نص قانون الأسرة الجزائري على استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين عن الأخر في المادة 38 الملغاة في معرض بيان حقوق المرأة " للزوجة الحق في:

- زيارة أهلها من المحارم واستضافاهم بالمعروف.

- حرية التصرف في مالها"، والمادة 37 منه المعدلة بالأمر رقم 05-02 قائلا:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأخر"، تأصيلا على حكم الشريعة الإسلامية التي أقرت هذا المبدأ باعتبارها مصدرا لتشريع الأسرة الجزائري ولسائر تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

وأضطر للتجاوز عن بعض العناصر منها أهمية الذمة المالية وخصائصها وأقتصر على ذكر مكونات الذمة المالية لعلاقتها بموضوع الدراسة وهي:

- العقارات والمنقولات المكتسبة قبل إنشاء الرابطة الزوجية.
- ما يدخل في الملكية من أموال عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية أو الوقف.
- التعويضات المادية الناشئة عن التصرفات الضارة ضررا ماديا أو معنويا.
- الديون المترتبة بالذمة لصالح الغير.
- الديون التي تتعلق بذمة الغير لصالح الدائن.

وتنفرد المرأة بعناصر أخرى تدخل في ذمتها وهي ما يسمى أيضا بالحقوق المالية للمرأة:

- الصداق الذي يدفعه الزوج كشرط يفرضه القانون لصحة عقد الزواج (م9مكرر من قانون الأسرة).
- النفقة حيث أوكل المشرع مسؤولية الإنفاق على الزوجة وعلى الفروع إلى الزوج باعتباره صاحب القوامة والعصمة، فالنفقة حق مالي للزوجة نظير احتباسها لحق الزوج، ويسري هذا الحق ابتداء من تاريخ الدخول كقاعدة عامة وقد يتوجب قبل ذلك إذا دعته للبناء ببينة وتماطل في الاستجابة(م74 من قانون الأسرة) .

وتشمل النفقة كل ما يعد من الضروريات في العرف والعادة من المأكل والمشرب والكسوة والعلاج والمسكن ولوازمه دون توقف على الوضع المادي للزوجة فقيرة أو ثرية عاملة أو ماكثة بالبيت(م78 من قانون الأسرة).

وإذا أعسر الزوج بالنفقة وصدر حكم ضده بالإنفاق –لاسيما أن النفقة من قضايا الاستعجال- وامتنع عن التنفيذ كان ذلك مبررا لتأسيس متابعة جزائية ضده ورفع دعوى التطليق بناء على الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد 78 و79و 80 من هذا القانون"، ولا ينتقل واجب الإنفاق إلى مال الزوجة لتنفق منه على نفسها - *إذا أعسر الزوج بالنفقة على ما سار عليه المشرع الجزائري على رأي الجمهور*- بخلاف ما هو مقرر في النفقة على الفروع، حيث تتعين في أموالهم إن كان لهم مال وإلا فعلى الأب تحمل كامل الأعباء المادية نحوهم لغاية سن الرشد في حق الذكور والدخول في حق الإناث ، وتمتد في حالة مزاولة الدراسة أو الإصابة بمرض عقلي أو بدني لغاية زوال هذه الأسباب(م75 من قانون الأسرة)، وعند عجز الأب عن الإنفاق ينتقل الوجوب إلى ذمة الأم متى كانت قادرة ماديا على هذا الواجب(م76 من قانون الأسرة) .

كيفية تسيير الأموال المشتركة:

منح المشرع حرية إفراغ اتفاق الزوجين حول المكتسبات الزوجية وكيفية إدارتها واستثمارها ونسب الاستحقاق في الريع في قالب شكلي قانوني يتمثل في وثيقة تتضمن شروط الاتفاق المبرم بينهما، هذا الاتفاق يكون ملازما ومصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج، أو يأتي لاحقا من غير تحديد الأجل وهذا ما تضمنته المادة 37 من قانون الأسرة:

" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

وهنا لابد من التمييز بين وضعين نظرا لتعدد الجهة المكلفة بتوثيق عقود الزواج(م18 من قانون الأسرة):

- **<u>البلدية</u>:** إذا اختار الطرفان المتناكحان ضابط الحالة المدنية ببلدية إقامتهما أو إقامة أحدهما لتسجيل عقد زواجهما فإن اتفاقهما المتعلق بالأموال المشتركة بينهما يبقى مجرد اتفاق شفوي يعلن في مجلس العقد أمام الضابط المؤهل والشاهدين والولي، ولا يمكن تدوين هذه الشروط ولا هذا الاتفاق في الاستمارات المعدة لعقود الزواج، وهنا لا خيار أمام الطرفين إلا إبرام وثيقة مستقلة أمام الموثق.

- <u>الموثق</u>: إذا كان عقد الزواج سيتم إبرامه بين يدي الموثق فإن ذلك أفضل لأن هذا الأخير بإمكانه تحرير كل الشروط التي يتقدم بها الزوج والزوجة سواء كانت شروطا عامة أدبية أو مالية كحسن العشرة والمكوث في البيت والاستقلال بالسكن الزوجي والتعدد واقتسام

الأرباح التي تدريها مشاريعهما المستقبلية أو مساهمة الزوجة بجزء من أموالها في تحمل الأعباء الزوجية تجسيـدا لنص المادة 19 "للزوجين أن يشترطا في عقـد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" التي تناولت موضوع الاشتراط في عقد الزواج بصورة عامة سواء تعلقت بالحقوق المعنوية أو المالية وبنفس القوالب الواردة في المادة 37 فهما تنصبان في نفس التوجه للمشرع الجزائري بخصوص الاتفاق حول الثروة المكتسبة بين الزوجين المبينة في المادة 37 من خلال إقرار حرية الاشتراط بين الزوجين حول كل ما يتعلق بواجبات الحياة المشتركة بما يضمن مصالحهما الخاصة ومصلحة الأسرة ككل.

كل هذه الشروط بإمكان الموثق إدراجها في ملخص عقد الزواج الذي يحرره بلغته وأسلوبه سواء كان صفحة واحد أو صفحات متعددة مع تضمين العقد العناصر التي يفرضها القانون من الركن والشروط وأسماء وألقاب أطراف العقد المجتمعة ومبلغ الصداق وتاريخ إبرام العقد وختمه وغيرها من البيانات الضرورية.

كما يمكنه أيضا تحرير عقد مستقل عن عقد الزواج يفرد للنظام المالي المتفق عليه بين الزوجين.

وقـد فتح المشرع مجـالا واسعا أمـام الزوجين لتوجيه إرادتهما نحـو أي أسلـوب أو نظام قانوني يقترحانه لتسوية الوضع المالي المشترك الذي ينشأ بينهما نتيجة المكتسبات المحققة سويا في ظل الرابطة الزوجية، ولم يقيدها بوقت معين بل جعل ذلك ساريا متى دعت الحاجة إليه في أي مرحلة من مراحل الحياة الزوجية ولو بعد إبرام عقد الزواج والدخول وإنجاب الأولاد، فما على الطرفين إلا التوجه نحو الموثق لإبرام عقد رسمي رضائي يضمنانه اتفاقهما دون أن يفصح المشرع عن طبيعة هذا العقد وكيفية تسميته وشروطه والأحكام التي تعتريه والتي تختلف حسب الطبيعة والمضمون، فقد ينصب هذا العقد الرسمي على تسيير وإدارة الأموال أو مشاركة أحد الأطراف بالخبرة والكفاءة ، وقد يتضمن نسبة الاستحقاق من الأرباح بالتساوي أو التفاوت حسب رأس مال كل واحد من الزوجين.

مع العلم أن هذا العقد الذي يمكن تسميته بعقد تدبير الأموال الأسرية* يمكن إبرامه حتى بين الأزواج الذين وثقوا عقود زواجهم قبل تعديل 2005 الذي حمل هذا الجديد فالمادة

37 من قانون الأسرة سارية في حقهم ولا تختص أحكامها بعقود الزواج المبرمة فقط بعد 2005.

ويمكن تلخيص معالم وخصائص نظام الأموال بين الزوجين في حدود نصي المادة 19 و 37 من قانون الأسرة في النقاط الآتية:

- إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل طرف كقاعدة أصلية.
- فسح المجال أمام الزوجين لتحديد واختيار نظام لتسيير ممتلكاتهما المشتركة بينهما التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.
- وجوب إفراغ اتفاقهما في قالب قانوني – عقد رسمي -.
- الاتفاق يكون إما مصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج أو لاحقا في عقد مستقل مفتوح الأجل.
- مادام الاتفاق يفرغ في عقد رسمي فإنه يخضع لحكم العقد شريعة المتعاقدين فيمكن تعديله أو استبداله أو توقيفه حسب إرادتيهما سواء في ظل الرابطة الزوجية أو في حالة انفكاكها.
- الجزاء المترتب على مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج – خاصة تلك المنصوص عليها في المادة 19- هو الحكم بالتطليق لصالح الزوجة بناء على الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة وهي" مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، والحكم بالطلاق المؤسس والمبرر لصالح الزوج وهو وإن لم يصرح به في قانون الأسرة لكن مادام الطلاق غير المبرر يستجاب له سيرا على اجتهادات وقرارات المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية_(27) فمن باب أولى إذا كان طلاقا مبررا سببه إخلال الزوجة بالشروط المتفق عليها.
- حالة انعدام اتفاق بين الطرفين حول الثروة المكتسبة سويا والتنازع على الاستحقاق من عدمه نضطر لإعمال قواعد الإثبات العامة التي يسري العمل بها قانونا.

ملاحظات وانتقادات:

- المادة 53 من قانون الأسرة نصت صراحة على حق الزوجة في التطليق إذا تمت مخالفة الشروط المتفق عليها، ولم ينص المشرع على حق الزوج في ذلك وإن كان يفهم ضمنا تجسيدا لمبدأ الاستجابة لطلب الزوج في كل الأحوال، حيث حكم القاضي كاشف عن إرادة الزوج وليس منشئا وهو الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي.

• مادام القانون المدني(28) هو الذي نظم أحكام إدارة وتسيير المال المشترك أو المشاع وكيفية اقتسامه وتصفيته فعقد تسييرالأموال المشتركة للزوجين يخضع في شطر منه لأحكامه، وقد منح القانون لكل طرف حق القيام بجميع الأعمال الرامية إلى حفظ الأملاك المشتركة والانتفاع بها مادية كانت أو قانونية.

• الاكتفاء بمادة يتيمة في موضوع الثروة المكتسبة بين الزوجين هي المادة 37 والإشارة في مادة أخرى هي المادة 19 إلى حرية الاشتراط في عقد الزواج عموما دون تفصيل، وهذا قليل بالنظر لأهمية الموضوع وأثاره على الزوجين والأسرة، والأولى تخصيص أكثر من نص قانوني لبيان الأحكام التي تعتري مسألة المكتسبات الزوجية المشتركة ابتداء من مشتملاتها وتاريخ سريانها وكيفية إفراغها في قالب رسمي وحصر حالات انقضاء اتفاقهما والآثار المترتبة على ذلك مع تحديد طرق فض النزاع الذي يثار حولها .

• خصص المشرع الجزائري مادة واحدة أيضا في قانون الأسرة هي المادة 73 لبيان طريق فض النزاع الذي يثار بين الزوجين حول متاع البيت كأثر من الآثار التي يستتبعها انحلال الرابطة الزوجية معتمدا على ما جرى به العرف والعمل وفق المذهب المالكي(29) الذي هو بعينه مضمون المادة 73:" إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للـزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين" مع السكوت المطلق عن حالة التنازع على المكتسبات – عقارية كانت أو منقولات – المحققة سويا في ظل الزوجية والتي ساهم فيها كلا الزوجين بماله أو جهده أو فكره أو وقته والتي يستأثر بها أحدهما عن الأخـر إما بحسن النية فتسجل كل الممتلكات والمكتسبات باسمه، وهو الصورة الغالبة على الأسر الجزائرية مراعاة للمانع الأدبي الذي يقف حاجزا أمام الكتابة التي نصت عليها المادة 37 من قانون الأسرة إذ " الزواج رابطة مقدسة لا تقوم على الحسابات الضيقـة والمصالح المادية"(30)،أو ابتزازا وقهرا للطرف الأخر خاصة الطرف الضعيف في هذه العلاقة في مجتمعاتنا وهو المرأة ، فلم يحسم تشريع الأسرة هذا الأمر وتركه لقواعد الإثبات العامة المقررة في القانون.

الخاتمة

بناء على تغير الفتوى بتغير الأحوال والأعراف والأزمنة والبيئات ولو داخل البلد الواحد يتعين إعادة النظر في مسألة المكتسبات المشتركة خلال الحياة الزوجية ولو استأثر بها أحدهما بتسجيلها على اسمه فيحق للطرف الأخر المطالبة بنصيبه حسب الجهد والمال والعمل المقدم سواء في ظل زوجية قائمة أو بعد الفراق بطلاق أو موت حيث يخصم من تركة المتوفى باعتباره حقا من الحقوق المتعلقة بالتركة التي تسدد قبل توزيع الباقي على المستحقين من الورثة، سواء من الناحية الفقهية في إطار الفقه المالكي ونوازله - باعتباره المرجعية الفقهية في الشمال الإفريقي- وغيره من المذاهب الإسلامية، أو من الناحية التشريعية بالتعجيل بإدخال نصوص قانونية تقر هذا المبدأ وتحسم الخلاف فيه بصورة واضحة بناء على التأصيل الفقهي للمسألة في إطار مبادئ الشريعة الإسلامية- التي هي أحد مصادر قانـون الأسـرة الجزائري (م222من قانون الأسرة)- والتي ترسو على قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد، وخاصية الديمومة والصلاحية لكل زمان ومكان، فحيثما وأينما ثبت الحق والمصلحة فثم شرع الله.

مع الاستفادة والاقتداء بالتشريعات العربية التي قطعت شوطا كبيرا وخطت خطوات مميزة في موضوع الأموال الزوجية وأحكامها على رأسها مدونة الأحوال الشخصية المغربية في المادة 49 منها المعدلة سنة 2003 حيث أقرت نظام الكد والسعاية الذي يعتبر نموذجا رائعا في توزيع الثروة الزوجية بين الأطراف المساهمة في تكوينها وهو ذو أصول تاريخية تمتد عبر قرون في ثقافة ومعاملات بعض المناطق المغربية خاصة منطقة سوس-أكادير-(31)، خاصة وأن المسألة باتت تفرض نفسها بما لا يدع مجالا للتهرب منها نتيجة التحولات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية الطارئة على المجتمعات الإسلامية.

الهوامش:

(1) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، ج.ر.ع 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984 المعدل بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ/ 27 فيفري 2005- ج.ر.ع 15 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

(2) خليفة علي الكعبي ، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، ط1، الأردن: دار النفائس، 2010 ، ص78.

(3) رعد مقداد الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، ط2، الأردن: دار الثقافة، 2010، ص199/197.

[4] الزرقا مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام، ط1، دمشق: دار القلم ,1420هـ / 1999 م، ص 197- 201 .

[5] الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، ط2، بيروت، دمشق: (دار النشر،بلا)، 1418هـ، 1998م،ج1، ص163.

(6) السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،(ط،بلا)، بيروت: المجمع العلمي العربي الإسلامي، 1953هـ/ 1954 م، ج1، ص22.

[7] الشافعي محمد بن إدريس، الأم، خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي، ط1،بيروت: دار الكتب العلمية، 1413هـ/ 1993م، ج3 ، ص248، 249.

[8] النساء: 12

[9] الشافعي، المرجع نفسه، ج3، ص249.

[10] النساء/ 7

[11] النساء/ 32

[12] ابن الحجاج مسلم، صحيح مسلم، ط1، القاهرة: مكتبة الصفا، 2004،(كتاب الفضائل، باب فضائل أم المؤمنين زينب بنت جحش، ح.رقم 2452)، ج2، ص575.

[13] البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، القاهرة: دار البيان الحديثة، 2003، (كتاب العيدين، باب العلم الذي بالمصلى، ح.رقم 977)، ج1 ، ص215.

[14] ابن أبي زمنين محمد، منتخب الأحكام ، تحقيق عبد الله بن عطية الرداد، (ط،بلا)، (البلد،بلا):مؤسسة الريان، (د،ن)، ج2، ص 303/302.

[15] الوزاني المهدي ، النوازل الجديدة الكبرى، تصحيح عمر عباد، (ط،بلا)، المغرب: وزارة والأوقاف والشؤون الدينية ، 1997، ج3، ص514.

[16] النسائي أحمد بن شعيب، سنن النسائي، ط1، الرياض: مكتبة المعارف، (د،ن)، (كتاب الزكاة، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، ح.رقم 2540)، ص396.

قال الألباني: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم في مستدركه حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

[17] ابن ماجه محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه،** (ط،بلا)، الرياض: بيت الأفكار الدولية ،(د،ن)،(كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، ح.رقم2388)، ص257.

قال الألباني: صحيح.

[18] ابن ماجه، المرجع السابق،(كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، ح.رقم2389)، ص257، وقال البوصري هذا إسناد ضعيف لجهالة عبد الله بن يحيى وأبيه، وقال الألباني، صحيح.

[19] نعيرات أيمن أحمد محمد ، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس / فلسطين، إشراف د .جمال زيد الكيلاني، 2009،

ص81/74 .

[20] محمد أقـاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة ، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، إشراف الدكتور: عبد الحميد أخريف، السنة الجامعية 2005-2006 ، ص45.

[21] المرجع نفسه، ص48.

[22] الحديد/ 25.

[23] الوزاني، المرجع السابق، ج4، ص578.

[24] محمد أقـاش، المرجع السابق، ص41.

[25] البقرة/187.

(26)المدونة الكبري للإمام مالك رواية سحنون بن سعيد التنوخي،(ط،بلا)، مصر: طبعة السعادة، (د،ن)، ج 8، ص100.

*وهي فكرة اقترحها الأستاذ الملكي الحسين بن عبد السلام المحامي المغربي في كتابه نظام الكد والسعاية.

[27] (إن العصمة بيد الزوج وله الطلاق بإرادته المنفردة من دون حاجة إلى تبريره فالقرار الذي خالف هذه القاعدة يستوجب نقضه/ ملف رقم:41255 بتاريخ: 1986/03/24)، بلحاج العربي ، قانون الأسرة(مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)، (ط،بلا)، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص65/ 67.

[28] الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ/ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78 مؤرخة في 30 / 09 / 75 .

[29] ابن حسنين بري عثمان، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ط1، بيروت: دار صادر، 1994، ج2، ص315.

[30] ابن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين (دراسة مقارنة نقدية تحليلية)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، إشراف الدكتورة دنوني هجيرة، كلية الحقوق جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2008/ 2009، ص63.

[31] الملكي الحسين بن عبد السلام ، نظام الكد والسعاية، **ط2،** الرباط: دار القلم، **2010،** ج2، ص46.

منازعات الشيك في القانون الجزائري
دراسة تحليلية على ضوء القانون التجاري وقانون العقوبات

أغليـس بوزيـد
أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

مقدمـــة

شهد تنظيم الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري[1] استقراراً نسـبياً مـن حيث التغيير والتعديل الذي ساور المنظومة القانونية في الوقت الذي تصـاعد فيـه اهتمـام الإرادة السياسية للدولة نحو تهيئة المحيط القانوني للتحولات الإقتصادية التي شهدتها الـبلاد منذ حقبة التسعينيات لمواكبة التحولات الجذرية التي يشهدها الإقتصاد الدولي واقتطاب مكانة مميـزة للإقتصاد الجزائري وسط رهانات دولية مكثّفة تَعرِف تزايداً متصاعدا نحو التكتـل الإقتصادي بين الدول الصناعية الكبرى.

ولقد خص المشرع تنظيم الأوراق التجارية في الكتاب الرابع من القـانون التجـاري تحت عنوان "السندات التجارية" —**Des effets de commerce**[2]، وجعلها كوسيلة فعالة في المعاملات المصرفية والمالية تقوم مقام النقود في الوفاء على الصعيد الوطني والـدولي رغم أنها لا تتوفّر على خصائص الورقة النقدية.

ولعلّ من أهم السندات التجارية التي حققت هذه الفعالية واجتذبت اهتماما مستفيضاً في الوقت الراهن لدى الفقه ورجال القضاء نجـــد بلا منازع ورقة الشيك التي عرفت استعمالا مذهلا في الحياة اليومية بين الأشخاص وشغلت فكر الفقه القانوني الـذي رصـد لهـا آراء مختلفة لاسيما في دراسة الإلتزامات الناشئة عن التعامل بها والآثار القانونية المترتبة عـن حركتها في العلاقات القائمة بين الأشخاص، وهي دراسة وضعت فـي الإعتبـار مواقـف القضاء المطروحة لكفل الحماية القانونية التي خصها التشريع لتلك الورقة حفاظاً على الثقـة المزعومة بين المتعاملين بالشيك[3].

إن الضرورات العملية التي صاحبت التعامل بالشيك دفعت المشرع إلى سن قواعـد قانونية؛ كانت الغاية منها هو كفل هذا التعامل بخاصيتي السرعة والثقة.

لكن وضع هذه القواعد لم ينَـل من بزوغ بعض الإشكالات والمنازعات التي عرفها التعامل بورقة الشيك، مما أتاح للقضاء بالتدخل لحسمها وتحييده على عدم اهتـزاز عنصـر الثقة الملازمة لهذا التعامل.

تتّـخذ هذه المنازعات في طابعها مفهوما عاما لا يتعدى الإطار القـانوني المقـرر لتحديد مفهوم الشيك في القانون التجاري، ومفهوماً خاصاً يلازم الصبغة الجزائية لها عنـدما تتعدى المخالفة المرتكبة نسبةً من الخطورة أين قرر المشرع حيالها ترتيب المتابعة الجزائية التي تتأهب لإصدار عقوبة الحبس والغرامة المالية في حـق مرتكب هذه المخالفة.

ولتسوية هذه المنازعات رصد المشرع مجموعة من الإجراءات الإدارية التي يجـب أن يتّخذَها المخالِفُ للأنظمة والقوانين المؤطرة لمفهوم الشيك؛ وذلك قبل تدخل القضاء للنظر فيها.

ورغم التعقيد المرتقب بخصوص منازعات الشيك التي يكون بعضها ذات طابع مدني والآخر جزائي؛ إلاّ أن ذلك لم يمنع الفقه الحديث من إثـارة بـدائل أخـرى لتسـوية هـذه المنازعات تتمثّل في طريق التحكيم دون التريث في مدى إمكانية تقصير هذا الطريـق مـن الضمانات التي يحاط بها عمل القضاء الذي يحرص جاداً على حماية حقوق الخصوم لاسيما في المنازعات المتعلقة بجرائم الشيك التي تزداد تعقيداً في الطرح.

ولمـا كان المشرع قد خص ورقة الشيك بالتنظيم وعمـد علـى تـأطير مختلـف المنازعات التي يثيرها التعامل بها؛ فقـد **نتساءل** عن جدوى هذا التنظيم في ترصيد الائتمان وتنشيط الثقة في رِحاب المعاملات الملازمة لسند الشيك؟

وإجابتنا عن هذه الإشكالية تأتي في إطار محدد يتناول أهم التفاصيل الممكن شـملها لمعرفة النظام القانوني لمنازعات الشيك، وبيان الوسائل الكفيلة بتسوية هذه المنازعات، وذلك في مبحثين متتابعين، معتمدين على منهج تحليلي نقـ ـدي.

المبحث الأول: الإطار القانوني لمنازعات الشيك

الشيك ورقة تجارية معدة للصرف والأداء فور الإطّلاع عليها، تُحـرر وفق بيانـات محددة نص عليها القانون وتوخّاها المشرع في المادة التجارية حتى يضـمن أداء وظيفتـه؛ وبالتالي فإن أداء هذه الوظيفة يعتبر رهناً على توفرِ وصحة البيانات المتطلبة وإلاّ كان ذلك محلاً للمنازعة بشأن البيانات الإلزامية لإنشاء الشيك (المطلب الأول).

لكن صحة أو عدم تخلف البيانات الإلزامية التي رصدها المشرع لإنشاء ورقة الشيك وأداء وظيفتها في الصرف، لا يكون بمنأى عن إشكالات قانونية أخرى تتعلّق بمحلّ الشيك أو سببه؛ وذلك عندما تعترض إصداره إشكالية عدم وجود مقابل الوفاء في الرصيد أو إحداث تزييف وتزوير في محرر الشيك، الأمر الذي يرتّب مخالفة أكثر خطورة عن سابقتها، ونظرا لهذه الخطورة على عنصر الثقة في التعامل بورقة الشيك، أضفى المشرع على هذه المنازعة طابعاً جزائياً بتقرير تجريمها والعقاب عليها في قانون العقوبات. (المطلب الثاني).

ولعلّ ترصد الإطار السابق في تعداد منازعات الشيك يبرز غاية المشرع في كفل حماية قانونية خاصة وفريدة للشيك سعياً لتوفير الطمأنينة بتسليط العقاب المناسب حسب درجة المخالفة. (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المنازعات المتعلّقة بالبيانات الإلزامية لإنشاء الشيك.

نصت المادة 472 من القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم، على أن إنشاء الشيك يقترن بإيراد مجموعة من البيانات الإلزامية تتمثّل في الآتي:

01- "ذكر كلمة شيك، مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها،

02- أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين،

03- اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)،

04- بيان المكان الذي يجب فيه الدفع،

05- بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه،

06- توقيع من أصدر الشيك (الساحب)".

ومن منطلق استقراء نص المادة المذكورة أعلاه، يتبين بأن منازعات الشيك لا يكون لها صدى إلاّ إذا كان تحريره يوصف بمفهوم القانون التجاري بأنّه شيكاً؛ أي بمعنى أن المحرر الذي اشتمل على البيانات الإلزامية المنوه إليها في النص القانوني يلحق به وصف الشيك في منظور القانون التجاري باعتبار هذا الأخير أنّه القانون المحدد لمعنى ومفهوم الشيك وهو المرجع في تنظيمه، أما المحرر الذي يفقد إحدى هذه البيانات، يغيب عنه وصف الشيك في منظور القانون التجاري وبالتالي يتحول إلى مجرد سند عادي مقدم للإعتراف بدين[4] ولا يصلح النزاع الناشئ عن الوفاء به لأن يأخذ طابع النزاع المعرف في الشيك[5].

لكن ذلك لا يؤخذ على إطلاقه، وإنما يرد تطبيقه ضمن الحلول القانونية التي رصدها المشرع الجزائري، بشيء من الليونة؛ حرصاً على توسيع الدائرة المحددة لمعنى الشيك، حيث قرر المشرع بموجب الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من المادة 473 من القانون التجاري صحة ورقة الشيك رغم خلو السند من بعض البيانات السابقة والملازمة لتحديد وصف الشيك، فحين يتعلّق الأمر بخلو الشيك من بيان مكان الوفاء؛ اعتُبر المكان المذكور إلى جانب اسم المسحوب عليه هو مكان الوفاء، وإذا ذكرت عدة أمكنة فيكون الشيك واجب الوفاء في المكان المذكور أولا، وإذا غاب ذكر كلّ بيانٍ متعلق بمكان الدفع، اعتُبر الشيك لازم الأداء في المكان الذي به المحل الأصلي للمسحوب عليه. وكذلك لمّا يتخلّف ذكر بيان مكان انشائه؛ يعتبر الشيك عندئذ قد تم انشاؤه في المكان المبين بجانب اسم الساحب.

فمن تحصيل حاصل ما تقدم يتّضح أنّه يكفي احترام البيانات الإلزامية المذكورة آنفاً في تحرير الشيك ليعتَبر إنشاؤه صحيحا في مفهوم القانون التجاري، ومتى تم إنشاؤه صحيحا حاز قوته التنفيذية لأداء وظيفته الصرفية بغض النظر عن سببه؛ أي بمعنى أن الحامل يعتبر في هذه الحالة دائناً للساحب بقيمة المبلغ المكتتب على المحرر دون أن يكون مطالبا ببيان السبب الذي تسلم من أجله ذلك الشيك[6].

لكن ما يثير المنازعة بخصوص بيانات إنشاء الشيك أن يكون المحرر مخالفاً للنماذج المسلمة من البنك أوالمؤسسة المالية المشابهة، وأن يخلو السند من بيانات إلزامية يتوقف عليها تحديد وصف الشيك على الورقة مثل إغفال ذكر كلمة "الشيك" في نص الصك أو إغفال ذكر تاريخ إنشاء سند الشيك.

ففي مثل حالة إغفال ذكر كلمة "الشيك" على نص الصك، يفقد هذا الأخير صفته كورقة تجارية ويتحول إلى مجرد سند اعتراف بدين[7]، يخضع تنظيمه للقانون المدني دون الأحكام التجارية المنظمة للشيك، وكما يختص القضاء المدني بالنظر في المنازعات الناشئة عن الوفاء به، ولا يثير أية إشكالات من حيث إمكانية الفصل في هذه المنازعات بطريق التحكيم إذا اتفق الأطراف على عقد الإختصاص لهيئة تحكيمية طالما أن موضوع النزاع يتعلّق بحق مالي خالص.

بينما في حالة فقدان المحرر لبيان تاريخ إنشائه، حال ذلك دون ترتيـب أيـة قيمـة قانونية للمحرر وعد باطلا، وهو نفس الحكم الذي يترتب عن تخلّف توقيع الساحب[8]، وهو بطلان يقرره القضاء التجاري وفقاً للأحكام التجارية للشيك.

ولكن في حالة تقديم الشيك للوفاء قبل اليوم المعين فيه كتاريخ لإصداره، عـد واجب الوفاء في يوم تقديمه[9].

وتجدر الإشارة إلى أن الشيك المستوفي للبيانات الإلزامية كاملة يكون معداً للصـرف ومثبتاً للمديونية في العلاقة القائمة بين أطرافه، ولا جدوى من المنازعة في الوفاء بقيمته ما لم يوجد دليل يثبت العكس؛ كما لو ثَبتَ تزوير الشيك أو اتخاذ طريق آخر في إثبات العكس.

وجدير بالذكر أيضاً أن الدفوع المتعلقة بعدم صحة إنشاء الشيك تعتبر كسائر الـدفوع الشكلية في المنازعات القضائية؛ يجب إبداؤها أمام محكمة أول درجة قبل عرض أي دفاعٍ في الموضوع أو دفعٍ بعدم القبول أو تقديم الطلبات، وذلك تأسيساً على المبادئ العامة فـي تنظيم الدفوع الإجرائية، ولا يصح إثارة الدفع بعدم صحة شكليات إنشاء سند الشـيك لأول مرة أمام المجلس القضائي عند النظر في دعوى الإستئناف أوأمام المحكمة العليا عند نظـر دعوى الطعن بالنقض، ما لم يتعلّق الأمر بالدفوع التي تقدرها المحكمة العليا بأنها مرتبطـة بفكرة النظام العام.

وفي الأخير نذكر بأن العمليات الواردة على الشيك كإنشائه وتظهيره وإصداره للوفاء والصرف، لا تكتسب الصفة التجارية في الأصل مثلما هو الحال بالنسـبة للسـفتجة وفقـاً لمقتضى الفقرة الأولى من المادة الثالثة، وكذلك المادة 389 من القانون التجاري؛ ذلـك أن المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات المقارنة، لم ينص على ملازمة هذه الصفة لعمليات الشيك، مما يدلّ ضمنا أنّها تعتبر ذات طبيعة مدنية في الأصل، ولا تكتسب الصفة التجارية إلاّ إذا صدرت من طرف تاجر وكان إصدارها مرتبطاً بمتطلّبات نشاطه التجاري وفقا لمفهوم الأعمال التجارية التبعية المنظمة بمقتضى المادة الرابعة من القانون التجـاري، وكما تعـد عملا تجاريا كلّ حالات الضمان الإحتياطي الواردة على الشيك كورقة تجاريـة والمقررة في المواد 497، 498 و499 من القانون التجاري، وذلك إحتكاماً بمقتضى المادة 2/651 من القانون المدني[10] التي اعتبرت كفالة أحد الموقـعين على الورقـة التجاريـة

يعتبر عملا تجاريا بغض النظر عن صفة الشخص الموقع عليهـا توقيعـا يفيـد الضـمان الإحتياطي.

والأهم في التطرق إلى بيان الطبيعة القانونية للعمليات الواردة على الشيك هو إبـراز الحلول القانونية للمنازعة التي قد تنشأ عن تداول شيك تم إنشاؤه دون ذكـر إحدى البيانات الإلزامية في إنشائه، وكان تداوله وقت ذاك غير متّـصلٍ بالأعمال التجارية التبعية ولا هو متعلـق بحالات الضمان الإحتياطي. فهل ذلك يعنـي عدم خضوع تحديد معنـى الشـيك للمفهوم المقرر في القانون التجاري؟

فبديهياً؛ يبدو أنّه رغم اعتبار إصدار الشيك أو تداوله ليس عمـلا تجاريـا بالنسـبة للموقـع عليه، إلاّ أن ذلك لا يعني عدم الإحتكام إلى قواعد القانون التجـاري لاسـتخلاص مفهوم ومعنى الشيك، وبالتالي فتحديد وصف الورقة كشيك يكون دائما بالرجوع إلى الأحكام التجارية المنظمة للشيك رغم اعتبار العملية الواردة عليه ذات طبيعة مدنية.

فمن تحصيل الحاصل نقول بأن حسم المنازعات المتعلّقة بالبيانات الإلزامية لإنشـاء ورقة الشيك يكون دوماً بالرجوع إلى قواعد القانون التجاري، باعتبارها القواعد المحددة لمعنى الشيك والمنظـمة له.

المطلب الثاني: المنازعات المتعلقة بجرائم الشيك.

يمكن تصنيف جرائم الشيك إلى قسمين رئيسيين.

أمـا القسم الأول؛ فيشمل الجرائم التي تقع بمناسبة صرف الشيك دون مقابل الوفاء في الرصيد أوصرفه على وجه الضمان، وهو ما يعرف في اصطلاح القـانون الجزائـي بجنحة إصدار شيك بدون رصيد، وجنحة صرف أو تظهير الشيك على وجه الضمان.

وأمـا القسم الثاني فيتعلّـق بجرائم التزوير والتزييف الذي يطرأ على محرر الشيك.

ولذلك نبحث في هذا المطلب الإشكالات القانونية التي تُسـفر عنها المنازعات المتعلقة بهذه الجرائم، وموقف الفقه منها ودور القضاء في ترصـدها وكشفها تخطيـطاً وتنفيـذاً.

الفرع الأول: الجرائم المتعلقة بصرف الشيك.

استقـر الفقه والقضاء على منطقية المبدأ المقرر في القانون بشأن إلزامية التثبـت من وجود مقابل الوفاء في الرصيد قبل تمام عملية إصدار الشيك، وما تَستتبعـه مخالفة هذا المبدأ من عقوبات جزائية.

وكما وفّـق المشرع في تجريد ورقة الشيك من أداء وظيفة الإئتمان والضمان وجعلها ذات غاية للصرف والوفاء فقط، فأسعف بذلك تقديم الشيك على وجـه الضـمان بـالتجريم والعقاب عليه.

أولا: جنحة إصدار شيك بدون رصيد.

نصـت المـادة 526 مكـرر 06 مـن القـانون رقـم 02/05، المـؤرخ فـي 2005/02/06،[11] المعدل والمتمم للأمـر رقـم 59/75، المـؤرخ فـي 1975/09/26، والمتضمن القانون التجاري، على أنّه "تباشر المتابعة الجزائية طبقا لقانون العقوبـات، فـي حالة عدم القيام بتسوية عارض الدفع في الآجال المنصوص عليها في المادتين 526 مكرر 02 و 526 مكرر 04 المذكورة أعلاه مجتمعة".

يفيد هذا النص أن المتابعة الجزائية المقررة في قانون العقوبات عن إصـدار شـيك بدون رصيد لا تتحقق إلاّ بعد استنفاذ إجراءات تسوية عارض الدفع خلال المهل القانونيـة المحددة بموجب المادتين 526 مكرر 02 و526 مكرر 04 مـعاً. وبالتـالي فـإذا تمكّـن الساحب من القيام بالتسوية المذكورة خلال تلك الآجال، توخّى بذلك خطر متابعته جزائيـا، بينما إذا تخلّف عن إجراء هذه التسوية كان بذلك محلا للمتابعة الجزائية عن إصدار شـيك بدون رصيد وفق قواعد قانون العقوبات.

والغاية من تقرير إجراءات التسوية قبل المتابعة الجزائية هو إعطاء الشارع للقاضي سلطة لاستخلاص قرينة عن سوء نية الساحب في إصدار الشيك؛ إذ يعتبـر هـذا الأخيـر سيء النية في نظر القضاء إذا لم يقُم بإجراء تسوية عارض الدفع قبل انتهاء المهل القانونية المحددة.

وقد نصت المادة 374 من قانون العقوبات الجزائري،[12] المعدل والمتمم، على عقاب كل من أصدر شيكا بسوء نية لا يقابله رصيد قائم وقابل للصرف أو كان الرصيد غير كاف لأداء قيمة الشيك أو كان قد سحب رصيده كلّه أو بعضـه بعـد إصـدار الشـيك أو منـع

المسحوب عليه من صرفه، بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة لا تقل عـن مبلـغ الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد. وتطبق ذات العقوبة على تظهير الشيك في نفس هذه الظروف مع العلم بها. وبالتالي فالحكم القانوني لا يختلف بين الإصـدار والتظهيـر فـي ظروف ينعدم فيها مقابل الوفاء أو يقل عن مبلغ الشيك.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أعرب عن إلحاق جريمة إصدار شيك بـدون رصـيد بجريمة النصب نظرا للصلة الوثيقة بينهما وتقاربهما من حيث عنصر التـدليس، بـل وأن السائغ هو القول بأن غايتهما واحدة تتمثّل في الإثراء غير المشروع.

غاية المشرع من العقاب على إصدار شيك بسوء نية دون رصيد قائم وقابل للصرف هو حماية سند الشيك في التداول بين الأشخاص وحماية قيمته كورقة تجارية تفي بوظيفـة الأداء والصرف في المعاملات على أساس أن لها مجرى النقود[13].

تنطوي جريمة إصدار شيك بدون رصيد على عنصر التدليس من منطلق اعتبـار أن الساحب أوهم المستفيـد بالمبلغ المكتتب على محرر الشيك دون وجوده كلّه أو بعضه فـي الرصيد، لكن بالرغم من ذلك لا يصح اعتبار هذه الجريمة من عداد ونطاق جريمة النصب رغم أن كلاهما تتوفران على عنصر التدليس؛ ذلك لأن التدليس الذي تفترضه جريمة الشيك لا يرقى إلى مرتبة "الطرق الإحتيالية" المفترضة في جريمة النصب، وإنّما هو نمط ونـوع من الكذب المكتوب على محرر، أساسه ادعاء الساحب كذباً أنّه دائنا للمسحوب عليه بمبلـغ الشيك[14].

وبهذا التحليل نفهم بأن المشرع ارتأى تنظيم جريمة النصب وإصـدار شـيك بـدون رصيد في القسم الثاني من الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الجزء الثاني من قانون العقوبات تحت عنوان "النصب وإصدار شيك بدون رصيد" لوجود تقارب بينهمـا في عنصر التدليس، لكنهما مختلفتان في التنظيم من حيث أركان كل منهما والعقـاب علـى ارتكابهما[15].

يصح تسمية أي محرر بأنّه شيكا إذا انعكست شكليته في مظهرين؛ فالأول يتمثّـل في تحريره، ذلك أن القانون لا يعرف شيكاً شفوياً؛ ممـا يدلّ على أنّه لا يمكن توجيـه الأمـر شفاهة إلى أي بنك أو مؤسسة مالية مشابهة لأداء مبلغ نقدي معين. والثـاني يظهـر فـي توفّـر المحرر على البيانات الإلزامية المحددة قانوناً في ورقة الشيك.

إن صحة عملية إصدار الشيك تتوقف على إلحاق المحرر بالمظـهرين مجتمعـين، فضلا عن وجوب مراعاة مجموعة من الشروط الموضوعية للشيك التي تعد في جوهرهـا أركان قيام التزام الساحب وهي –وفقا للقواعد العامة في القانون المدني- ركـن الرضـا الصحيح بما يستتبعه من توافر الأهلية الكاملة وخلوه من عيوب الإرادة كـالغلط والتـدليس والإكراه، وكذلك المحل والسبب.

فعدم توفّر أحد هذه الأركان يثير منازعة حول صحة التعامل بالشيك كورقة تجاريـة ويحقّ بالتالي للساحب أن يطعن ببطلان التزامه في الدعوى المدنية المقامة ضده للمطالبـة بقيمة الشيك دون أن يحقّ له الإحتجاج بهذا البطلان في الدعوى الجزائية المرفوعة ضـده في حالة عدم وجود الرصيد وقت إصدار الشيك. ومؤدى هذا القـول أن للشـيك مـدلول جزائي يستند إلى قاعدة "الكفاية الذاتية لبيانات الشيك"[16] ومفاد هذه القاعدة أن بيانات الشيك كافية بذاتها لقيام الالتزام الثابت فيه دون أن يمتد ذلك إلى بحث شروط صحة الشيك خارج إطار الورقة. فإذا لحق العلاقة القائمة بين الساحب والمستفيد مثلا سبب للبطلان كمـا لـو كانت بينهما علاقة مديونية ناتجة عن لعبة قمار أو كان دفع الشيك ليكون مقابلا لرشوة؛ فإنّه لا ينعكس ذلك على صحة سند الشيك، ولا تنتفي به المتابعة الجزائية عن إصدار شيك بدون رصيد.

وتطبيقاً لذلك؛ فإن الساحب يمكن أن يستند إلى هذا البطلان فـي الـدعوى المدنيـة المرفوعة ضده لمطالبته بمبلغ الشيك، لكن ذلك البطلان لا يعد سببا يحميـه مـن المتابعـة الجزائية عن إصدار الشيك وكان لا يقابله رصيد في الحساب. ولهذا اصطلح الفقـه علـى وصف الشيك بأنّـه "عملٌ قانوني مجرد"[17] Acte juridique abstrait–، يتضمن سـببه في ذاته ولا يصح بالتالي البحث عن سببه في علاقة قانونية سبقت إصداره.

لكن ينبغي التوضيح بأن ثمة دفوع موضوعية في الدعوى الجزائيـة القائمـة علـى متابعة الساحب عن جنحة إصدار شيك بدون رصيد يكون لها صدى وتأثير، من شـأنها أن تسعف المتهم بظروف تمنع عنه المساءلة الجزائية قوامها وأساسها هو وجود مفهوم تجاري للشيك مختلف عن مدلوله الجزائي.

ومن قبيل هذه الدفوع تلكم التي تثار بخصوص عيب الرضا الذي من شأنه أن ينتفـي معه فعل السحب، كما في حالة الإكراه المادي على الساحب أو إلحاقه بتدليس وقت توقيعـه

للشيك؛ ففي مثل هذه الحالات تنتفي جريمة إصدار شيك بدون رصيد بمجـرد إثـارة هـذه الدفوع وتنحسر حيالها الحماية الجزائية للشيك.

بينما الدفوع المتعلقة بصحة ركن المحل والسبب في إصدار الشيك بدون رصيد فـلا تثير صعوبات عملية، ذلك أن المحلّ إذا ورد في محرر الشيك بغير المادة النقديـة فَقَـد صفته كشيك وانتفت الجريمة حيال ذلك، بينما السبب –كما أسلفنا- فهو كامن في ذات الشيك ولا يعدم حق المتابعة الجزائية عند عدم مشروعيته إذا صدر الشيك بدون مقابل الوفاء فـي الرصيد، لأن السبب لا يكون في هذه الجريمة محلّ تنقيب لبحث شروط صحته.

وتكملة لِمـا تقدم، يسوغ لنا البحث عن المرجع في تحديد شروط صحة الشيك شكلا وموضوعا؛ وأثر تخلف أحدها على قيام المسؤولية الجزائية عن ارتكاب جنحة إصدار شيك بدون رصيد، لمعرفة ما إذا كان المرجع في تحديد هذه الشروط هو القـانون التجـاري، أم القانون الجزائي.

وبعبارة أخرى نتساءل عن القانون الذي يرجع له الإحتكام في بيان طبيعـة المحـرر الذي يوصف بأنّه شيكاً ويستفيد من الحماية الجزائية عند إصداره بدون رصيد؛ هـل هـو القانون التجاري أم القانون الجزائي؟

وهل للشيك حقيقة مدلول في القانون التجاري يختلف عن مدلوله في القانون الجزائي؟

من حيث المبدأ، لا نرى وجود اختلاف في مدلول الشـيك بـين القـانون التجـاري والقانون الجزائي، وأساس هذه الرؤية وجوب تحقق الإتساق والترابط وعدم التضـاد فـي قواعد القانون على حسبِ تنوع فروعه.

لكن لا نجزم باكتمال هذه الرؤية بخصوص مفهوم الشيك، لأن تناول نصوص القانون التجاري والقانون الجزائي بالدراسة الفنية المعمقة، كل منها على حدة، يوحي إرادة المشرع الجزائري الإصطلاح للشيك في القانون التجاري بمدلول مغاير له في القـانون الجزائـي؛ ومناط هذا الإصطلاح أن المشرع في القانون التجاري يعتبر الشيك ورقة تجارية، نظّمهـا كعمل قانوني مثل سائر السندات التجارية، وحدد بياناتها ومميزاتهـا عـن سـائر الأوراق التجارية الأخرى، واعتبر البطلان أو تحويل طبيعة السند إلى نوع آخر كجزاء عن تخلّـف أوعدم صحة هذه البيانات. لـكن في القانون الجزائي، ارتقب المشرع تنظيم الشـيك مـن منظور التعامل به على وجه يهتز به عنصر الثقة بين الأشخاص واعتبره أداة تدليس عنـد

إصداره بدون رصيد، وبالتالي لم يعط الإعتبار والإهتمام إلى بياناته، ممـا يـدلّ علـى أن الجريمة تعتبر قائمة إذا لم يكن مقابل الوفاء متوفرا في الرصيد عند تقديمه للمسحوب عليه رغم عدم اكتمال بياناته المعهودة في ظلّ القانون التجاري، مع مراعـاة بعـض البيانـات الجوهرية التي تمثل المقومات الأساسية في تحديد وصف الشيك؛ إذْ عند تخلّف مثـل هـذه البيانات تنتفي الجريمة وتنحسر المتابعة الجزائية كما لو كان موضوع الورقة هو أداء بغير النقود أو تضمن أمرا معلّقا على شرط[18]. حيث تجمع هذه الحالات أن الورقة قد تجـردت من وصف الشيك ممـا يؤدي إلى انتفاء المتابعة الجزائية عن إصدار هذه الورقة ولم يقابلها رصيد في الحساب.

ثانيا: جنحة صرف شيك على وجه الضمان.

أقرت المادة 374 من قانون العقوبات، في فقرتها الأخيرة، على إدانة إصدار شيك أو تظهيره أو قبوله مع اشتراط عدم صرفه؛ وهو ما يعني أن القانون لا يجيز وظيفة الإئتمـان أو الضمان في التعامل بالشيك.

وقرر الشارع إدانة هذه الأفعال بنفس العقوبة التي تنزل في حقّ الساحب الذي أصدر شيكا بدون رصيد.

علّة تجريم هذه الأفعال تعود إلى الرغبة في سد منافذ التواطؤ بين الساحب والمستفيد على تغيير طبيعة الوظيفة التي ابتغاها المشرع في التعامل بالشيك كأداة وفـاء وجعلـه مجرد سند الضمان والإئتمان. بل وأن المشرع ارتأى بموجب المادة المذكورة أعلاه إدانـة ومعاقبة حتى القابل للشيك على وجه الضمان نظراً لاعتباره الطرف الأكثر استجابة لتعطيل صرف الشيك.

تعتبر جنحة تقديم الشيك على وجه الضمان جريمة مستقلة وقائمة بذاتها، يتحقق ركنها المادي بتسليم الشيك من الساحب للمستفيد أو المظهر له مع الإشتراط أو الإتفاق على عـدم تقديمه للصرف على الفور. ويتمثّل ركنها المعنوي في العلم المسبق بعدم صرف الشيك فور استلامه لأنّه مشروط بالإحتفاظ به على وجه الضمان وقبوله بذلك.

ويقع عبء إثبات هذه العناصر على عاتق النيابة العامة التي يمكنهـا تحـري ذلـك خاصة بالاعتماد على القرائن كما لو توصلت إلى استخلاص سوء النية في تقديم الشيك على وجه الضمان من خلال مراقبة تاريخ إنشاء الشيك ومقارنته بالتاريخ الذي قُدم فيـه للوفـاء

أول مرة، أو أن يظْـهر بأن الحامل قد احتفظ بالشيك في فترة ظَهر أن الساحب قد تـوفي خلالها؛ فهي كلها قرائن تبين تقديم الشيك على وجه الضمان والائتمان.

وقد أحسن المشرع الجزائري حين نص في قانون العقوبات على تجريم فعل إصـدار الشيك أو قبوله أوتظهيره على سبيل الضمان والعقاب عليه، وذلك توخيـا منـه لمخـاطر الوظيفة الائتمانية للشيك التي نذكر منها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ما يأتي:

- إن اعتبار صرف الشيك على وجه الضمان يخول للساحب معارضـة المسـحوب عليه ومنعه من سحب الشيك حتى في غير حالة الضياع أو إفلاس الحامل المشار إليهما في المادة 503 من القانون التجاري، ولا يجوز بالتالي لقاضي الأمور المستعجلة أمر رفع اليد عن الإعتراض، لأن هذه الأحكام مقررة في القانون التجاري لتحكم فقط الشـيك الصـادر لأداء وظيفة الصرف و ليس لتحكم الشيك المقدم لأداء وظيفة ائتمانية.

- لا يمكن التمسك بقاعدة تَظْـهير الدفوع في حالة تظهير الشيك الصادر على وجـه الضمان، لأنها قاعدة تخص فقط الشيك المعروف كورقة تجارية منظمة في القانون التجـاري لأداء وظيفة صرفية.

- يعتبر تظهير الشيك المقدم على وجه الضمان مجرد وثيقة لنقل الحقوق ترتب آثار حوالة الحق المدني.

وتفاديا من المشرع لضياع قيمة الشيك كورقة أداء تجري مجرى النقود، وحرصاً منه لحماية الثقة بين المتعاملين بهذه الورقة فضلاً عن الإحتراس للإقتصاد الوطني، أقَـ ـر بهذه الوظيفة للشيك وجرم فعل تقديمه على سبيل الضمان.

الفرع الثاني: الجرائم المتعلقة بتزوير أو تزييف بيانات الشيك

نصت المادة 375 من قانون العقوبات على إدانة ومعاقبة مزور أو مزيـف الشـيك، وقابل استلامه مزوراً أو مزيفاً مع علْمه بذلك، بالحبس من سنة إلى عشر سنوات و بغرامة لا تقلّ عن قيمة الشيك أو قيمة النقص في الرصيد.

تعتبر الثقة العامة في التعامل بورقة الشيك هو الحق المعتدى عليه بفعل التزويـر أو التزييف المجرم والمعاقب عليه بموجب نص القانون المذكور أعلاه، وهي ثقة لا بـد مـن حمايتها حتى تؤدي ورقة الشيك دورها الإقتصادي في محيط المعاملات الداخلية والدولية.

يقصد بتزوير الشيك تغيير الحقيقة في محرره تغييراً من شأنه إلحاق الضرر بـالغير وذلك بنيـة استعمال المحرر المزور في الغرض الذي أُعـد له. ويرد التزويـر علـى ورقة تكون في الأصل صحيحة. بينما يؤدي مدلول التزييف معنى يفيد إدخال التشويه على بيانات ورقة الشيك بطريق الإنتقاص أو التمويه لغرض التقليل أو التضخيم من قيمة الورقة. ويرد التزييف في العموم على ورقة تكون باطلة أو فات أجلها المحدد لترتيـب مفعولهـا؛ فيطرأ عليها التزييف بفعل الجاني لتوخي هذه النتائج.

ومثال التزوير على ورقة الشيك تغيير المبلـغ الممثـل لقيمـة الورقـة أو تغييـر الإمضاءات المبينة عليها سواء بالإضافة أو الحذف عن طريق المحو أو الكشط والشطب.

ومثال التزييف زيادة أو إنقاص رقم في المبلغ المكتتب على ورقـة الشـيك لغـرض الوصول إلى إعطاء الورقة مظهر شيك ذو قيمة أكبر أو أقل من أصلها، أو زيـادة إحـدى البيانات الإلزامية التي يترتّب عن تخلفها بطلان الورقة في مفهوم القـانون التجـاري، أو تمويه التاريخ المؤَشـر عليها لغرض توخي نهاية فعالية الورقة.

المطلب الثالث: الحماية القانونية للشيك من المنازعات الناشئة عن إستعماله

تضارب الفقه في آرائه بين المفهوم التجاري للشيك والمدلول الجزائي لـه في تقرير الحماية القانونية اللازمة إزاء كل الإشكالات التي تظهر عن التعامل به، ولقد ظهر انقسـام للفقهاء في هذه المسألة إلى اتجاهين[19]؛ إذ يرى أولهما بأن تقرير الحماية القانونية تعتبـر رهينةَ تَحقـق الوصف الكامل لطابع الورقة كشيك حسب أحكام القانون التجاري الذي يعتَبر القانون الأصلي في تنظيم هذه الورقة. بينما دعا الفريق الثاني إلى تحيين مـدلول جزائـي مستقل للشيك عن مفهومه الوارد في القانون التجاري، لأن التمسك بوصـف الشـيك كمـا يتطلّبه هذا الأخير يؤدي – لا محالة- إلى تقلّـص الحماية المرغوبة فـي الشـيك ممـا يسهـل التلاعب به والإستيلاء على أموال الغير بطريق التدليس.

ولـقد لقي الإتجاه الثاني تأييدا ومساندة غالبة، لأنّه جرى مجرى الإجتهاد القضـائي الذي يكتفي بالمظهر الخارجي للشيك في تطبيق النصوص المقررة للحماية الجزائية له ولو كان الشيك يفتقر إلى بعض شروطه الشكلية المعروفة في القانون التجاري، وهـو الإتجـاه الذي نؤيـده في نظرنا حرصـاً على حماية الثقة العامة المعهودة في التعامل بالشيك، لكن فيما يتعلق بالحماية القانونية التي يتطلّبها الفصل في المنازعات المرتبطة بالبيانات الإلزامية

لإنشاء الشيك، فلا جدوى للقضاء إلاّ التقيـد بالمفهوم التجاري للشيك، لأن التمسك بشـكلية الشيك في هذه المنازعات يضحى أمرا لا مفر منه.

المبحث الثاني: نظم تسوية منازعات الشيك.

تتجه دساتير الجزائر منذ عام 1963 إلى تكريس مبادئ قانونية من شأنها تحقيق دولة القانون. وهي مبادئ تحمل في طيات مفاهيمها وجوب خضوع الدولة ذاتها للقـانون حتـى يرضى الأفراد بالخضوع لسلطتها، ويعتبر وجود السلطة القضائية بمثابة الضمانة الأساسية لفعالية ذلك[20]، لأن القضاء يؤدي دورا أساسيا في مراقبة التصرفات المخالفة للقانون وتدين على اقترافها.

لكن أظهرت الدراسات الحديثة عن جدوى نظام التحكيم في تحقيق العدالة التي يرصد لها جهاز القضاء، حتّى أنّه يصلح لأن يكون بديلا عن القضاء المختص للفصل في مختلف المنازعات، إلى درجة أن البعض يقول عنه أنّه "نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطـراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بـإنزال حكم القانون عليها"[21]، وهو نظام تظهر أهميته في سرعته وبساطة إجراءاته خلافا لطبيعة نظام التقاضي، فضلا عن أنّه لا يقتصر مجاله على منازعات القانون الخاص، بل يمكن أن يتناول بعض المنازعات الجزائية المتعلقة بالحقوق الخاصة التي هي من صميم منازعـات القانون العام[22].

وإذا كان القضاء هو الطريق التقليدي لفض نزاعات الشيك على مسـتوى العلاقـات الداخلية بالجزائر، فإن الموضوع يهمنا أن نبحث فيه عن مدى إمكانية تطبيق نظام التحكـيم لتسوية هذه النزاعات لاسيما وأن بعض الدول مثل جمهورية مصر العربية[23] قد عرفـت تطبيقا لهذا النظام بخصوص تلك المنازعات؟ وإذا كانت الجزائـر لا تعـرف مثـل هـذا التطبيق، فإن الأمر يحول دون سلب اختصاص القضاء لنظر منازعات الشيك على مستوى العلاقات الداخلية، فما مصير المنازعات التي تظهر عن استعمال الشـيك علـى مسـتوى العلاقات الدولية وكان قـد ورد بشأنها الإتفاق على اختصاص التحكيم لتسويتها بين أطراف يكون أحدهما جزائري الجنسية والآخر أجنبي يسمح قانونه الوطني بذلك التطبيـق، وكـان الشيك قـد أُنشـئ في الجزائر ولكنه يعـد واجـب الوفـاء خـارج إقلـيم الجمهوريـة الجزائرية؟

المطلب الأول: اختصاص القضاء بالفصل في منازعات الشيك.

الفرع الأول: تنوع الإختصاص بين الجهات القضائية للفصل في منازعات الشيك.

تتعدد منازعات الشيك على النمط الذي تقدم بيانه، فمنها منازعات تتعلّـق بالبيانـات الإلزامية لإنشاء الشيك، حيث أن توفّر كل البيانات المحددة في القانون التجـاري لوصـف الشيك يجعل الورقة تجارية تفي بغرضها لصرف النقود، لكن إذا تخلّفت إحدى هذه البيانات أدى ذلك إلى فقدان الورقة وصف الشيك لتصبح مجرد ورقة عادية تتضمن اعترافا بالدين.

ولهذه التفرقة أهمية في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع نوعيا ومحليا؛ ذلـك أن النزاع الناشئ عن ورقة لها مواصفات الشيك وفقاً للقانون التجاري وكان النزاع ناشئاً بسبب استعمال تلك الورقة لأغراض أعمالٍ تجارية تبعية بمفهوم المـادة الرابعـة مـن القـانون التجاري، أو نشأ النزاع بسبب حالة من حالات الضمان الإحتياطي للورقة؛ عـد النزاع ذو طابع تجاري، وخضع بذلك لولاية القضاء التجاري ليفصل فيـه طبقـاً لقواعـد القـانون التجاري. وتطبق القواعد العامة المتعلقة بالإختصاص المحلي في تعيين المحكمة المختصـة إقليميا لنظر ذلك النزاع.

بينما إذا فقدت الورقة مواصفات الشيك المحددة في أحكام القانون التجاري وتحولـت بذلك إلى ورقة عادية، اعتبر النزاع الذي ينشأ عن اسـتعمالها ذو طـابع مـدني، رجـع الإختصاص للفصل فيه إلى القسم المدني بالمحكمة الإبتدائية المختصة محليا وفقا للقواعـد العامة.

وعند تعداد تلك المنازعات أيضا، بينا بأن هناك فئة منهـا تتعلـق بجـرائم الشـيك. وبالرجوع إلى أحكام المادة 375 مكرر من القانون رقم 23/06 المتضمن تعديل الأمر رقم 156/66[24]، فإن المحكمة المختصة محليا بنظر هذا النوع من المنازعات هي محكمة مكان الوفاء بالشيك أو محكمة مكان إقامة المستفيد من الشيك بالنسبة للجرائم المتعلقـة بصـرف الشيك والمنصوص عليها في المادة 374 من قانون العقوبات وهي جنحة إصدار شيك بدون رصيد وجنحة صرف الشيك على وجه الضمان. بينما نطبق القاعدة العامـة الـواردة فـي المواد 37، 40، 329 من قانون الإجراءات الجزائية لمعرفة المحكمة المختصة محليا لنظر الجرائم المتعلقة بتزوير أو تزييف الشيك والمنصوص عليها في المـادة 375 مـن قـانون

العقوبات، وهي "محكمة مكان وقوع الجريمة"[25]. ويعتبر بديهيا أن الإختصـاص النـوعي لنظر المنازعات ذات الطابع الجزائي في الشيك يعود إلى القضاء الجزائي.

وبخصوص الدعوى الجزائية التي تقام ضد الساحب ترتيبا لمتابعته عن جرائم الشيك المقررة في المادتين 374 و375 من قانون العقوبات؛ فإن المستفيد من الشيك يحـقّ لـه يرتبط بهذه الدعوى كمدعي مدني للمطالبة أمام المحكمة الجزائية بمبلغ الشيك زيادة عمـا له من حق في المطالبة بجبر الضرر الذي لحقه من جراء ارتكاب الساحب لتلك الجرائم إذا كان لهذه المطالبة سند يبررها، وكما لـه –حسب اختياره- أن يرافع الساحب أمام المحكمة المدنية المختصة محليا بعد صدور الحكم في الدعوى الجزائية بإدانة هذا الأخير[26].

وما يجدي التنبيه إليه، هو أن الإختصاص المحلي في المواد الجزائيـة لـه طـابع الإختصاص النوعي، حيث يتعلق بالنظام العام[27].

الفرع الثاني: تقادم دعاوى منازعات الشيك.

تتقادم دعاوى الحامل للشيك ضد المظهـرين أو الساحب بانقضاء مهلة سـتة أشـهر ابتداء من تاريخ انقضاء مهلة التقديم[28]، وتقرر نفس المهلة، يبدأ حسابها من اليـوم الـذي حصل فيه سداد قيمة الشيك أو من اليوم الذي رفعت فيه الدعوى ضد الملتزم بالنسبة لتقادم دعاوى رجوع الضامنين على بعضهم البعض[29].

بينما تتقادم دعاوى حامل الشيك على المسحوب عليه بانقضاء ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ انقضاء مهلة تقديمه[30].

لكن لا يمنع التقادم، حامل الشيك من رفع الدعوى ضد الساحب إذا لم يـوفر مقابـل الوفاء، أورفعها ضد غيره من الملتزمين الذين حصلوا على إثراء غير مشروع[31].

بينما تطبق القواعد العامة المعروفة في تقادم الدعوى العمومية والمقررة في قـانون الإجراءات الجزائية على تقادم دعاوى المنازعات المرتبطة بجرائم الشيك. وتتقـرر هـذه القواعد بموجب المادة 08 من قانون الإجراءات الجزائية التي حددت مهلة ثـلاث سـنوات لانقضاء الدعوى العمومية في مواد الجنح. ويبدأ حساب هذه المهلة كاملة ابتداء مـن يـوم ارتكاب جريمة الشيك، بشرط ألاّ يقطع هذه المدة اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيـق أو المتابعة، وإلاّ كان بدء حساب مدة التقادم المذكورة كاملة من تاريخ آخر إجراء تم اتخـاذه. غير أنّه لا يقطع التقادم المقرر لدعوى جرائم الشيك الإجراء المتخذُ في الـدعوى المدنيـة

المرفوعة وحدها للمطالبة بمبلغ الشيك أوبالتعويض عن الضرر المترتب عـن الجريمـة، وذلك سواء كانت هذه الدعوى مقامة أمام القضاء المدني أو أمام القضاء الجزائي[32].

المطلب الثاني: تأملات في إختصاص التحكيم بمنازعات الشيك.

تتوزع منازعات الشيك بين منازعات ذات طابع مدني وأخرى ذات طابع جزائي.

ولمـا كانت المنازعات ذات الطابع المدني تتعلق بحقوق خاصة بالمستفيد من الشيك وكان يحكمها القانون الخاص؛ فإن طرح تسويتها بطريق التحكيم لا يثير أي خلاف فقهـي في نظرنا طالما أن نظام التحكيم كثيرا ما طُبـق كبديل للقضاء الوطني لحـلّ منازعـات القانون الخاص لاسيما تلك المتعلّقة بالحقوق المالية للأشخاص، وإن كانت المنازعـات ذات الطابع الجزائي في التعامل بالشيك لا تقاس بهذا المقياس باعتبار أنّها من منازعات القانون العام، ويسودها عدم قابلية الموضوع للنظر بطريق التحكيم، إذ يعتبـر القضـاء صـاحب الإختصاص المانع للفصل فيها.

لكن ما يثير التساؤل في منتهى هذا الطرح هو مدى إمكانية تطبيق نظام التحكيم فـي الدعوى المدنية التبعية المرفوعة مع الدعوى الجزائية القائمة لإدانة الساحب عـن جريمـة إصدار شيك بدون رصيد أوجريمة التزوير والتزييف في الشيك؟

إن المتابعة الجزائية عن جرائم الشيك في فرنسا خاصة، تعير اهتماماً بالغاً للمعلومات المقدمة من البنوك والمؤسسات المالية التي قُـدم الشيك للسحب أمامها لاسيما بخصـوص إصدار شيك بدون رصيد، لكن في الجزائر نلاحظ أن هذه المتابعة هي وليدة تطبيق المـادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، إذْ تكون بمبادرة من المتضـرر المـدني عـن طريق رفع شكوى مصحوبة بادعاء مدني[33]، وفي رفع هذه الشكوى يطالب مـن وكيـل الجمهورية بإحالة المتهم للمحاكمة مباشرة أمام المحكمة الجزائية حتى يتسنّى له تقديم طلباته المدنية المتعلقة بجبر الضرر اللاحق به عن ارتكاب الجريمة فضلا عن المطالبـة بمبلـغ الشيك. وبالتالي يتضح أنّه يستقل بالدعوى المدنية التي لا دخل للنيابة العامـة بشـأنها، لأن هذه الأخيرة يبقى دورها معلقا على إثبات الجرم وتقديم طلب الإدانة للمحكمة الجزائية.

وبالتالي؛ فمن تحصيل حاصل ما تقدم نفهم بأن الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية مع الدعوى العمومية تتعلق بحـق مالي خاص يجوز حتى التنازل عنه من طرف المستفيد من الشيك، فهي بالتالي مستقلّة عن دعوى القضاء الجزائي، ممـا يصح لنا القول بجواز تقدير

الطلبات المدنية بواسطة هيئة التحكيم بدلا من هيئة المحكمة الجزائية إذا وجِـد اتفاق علـى ذلك.

ومتى وجد هذا الإتفاق لزم سلب اختصاص القضاء الجزائي، والقضاء المدني – بعد صدور الحكم الجزائي النهائي بالإدانة- للنظر في الدعوى المدنية المرتبطة بجرائم الشـيك بطريق التحكيم، ويستوي الأمر في ذلك بين التعامل في الشيك داخلياً أو دولياً.

الأساس الذي نستند إليه في هذه الرؤية المتقدمة، هو المبدأ القاضي بأن "كلّ ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم".

فالصلح جائز في منازعات الشـيك، أساسـه المـواد مـن 526 مكـرر 02 إلـى 526مكرر05 من القانون التجاري التي تحكم إجراءات التسوية الداخلية للمخالفة المرتكبـة من الساحب صاحب الشيك الصادر منه إلى المسحوب عليه بغير رصيد.

وبالتالي؛ فعند تمام المهل القانونية المقررة في نصوص هذه المواد دون أن تُسفـر عن مصالحة تتعلّق بتسوية عارض الدفع وفق ما ينص عليه القانون، ثبـت الحـقّ عندئـذ لمتابعة الساحب أمام القضاء الجزائي عن جنحة إصدار شيك بدون رصيد وما يتزامن مـع هذه المتابعة من حقّ المستفيد من ورقة الشيك أن يعود على الساحب بطلباته المدنية. وهذه الطلبات يمكن أن تُطْرح أمام هيئة التحكيم بدلا من تقديمها أمام القضاء، تأسيساً على المبدأ المذكور أعلاه.

لكـن هل يصح مثل هذا التحليل للقول بجواز التحكيم في جرائم الشـيك طالمـا أن الصلح ثابت حتى في دعاوى القانون العام، وهو طريق تنقضي به الدعوى العمومية حسب ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون الإجراءات الجزائية؟

إن الصلح يعتبر حقيقة طريقا من طرق انقضاء الدعوى العمومية إحتكاماً بنص المادة 4/6 من قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، لكنّه ليس سبباً عاماً لانقضائها، ممـا يعني أن اللجوء إليه يكون مقيداً وبنص صريح من المشرع؛ لأنّه طريق يتنـافى وبعـض الجرائم. فدائرة المصالحة تتّـسع في الدعاوى الجزائية القائمة عن الإعتداءات على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة، المجرمة والمعاقب عليها بموجب القسم الخامس من الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الجزء الثاني من قانون العقوبـات، المعدل والمتمم[34].

وترتيباً عمـا تقدم، يتّضح لنا أن التصالح في قيمة الشيك سبق النص عليه في القانون التجاري، وهو طريق قنّنه المشرع ضمن الإجراءات الأولية السابقة لأوان تحريك المتابعـة الجزائية، ممـا يدلّ على أنّه لا صلح بعد نفاذ المهل القانونية المحددة لتسوية عارض الدفع وأداء غرامة التبرئة، وبالتالي يعتبر القضاء الجزائي صاحب الإختصـاص المـانع لنظـر منازعات الشيك القائمة بعد تحريك الدعوى الجزائية ولا مناط للتحكيم في هذا المقام، فضلاً عن تعلّق الأمر بدعوى جزائية يرتبط موضوعها بفكرة النظام العام، وهـي الفكـرة التـي تتنافى ومبادئ التحكيم.

المطلب الثالث: تقييم نظامي الفصل في منازعات الشيك.

يعتبر القضاء صاحب الإختصاص الأصيل المهيمن على الفصل في منازعات الشيك بتعدد أنواعها، وهو صاحب الولاية العامة عليها، وحـقّ المستفيد من الشيك أوسع نطاقاً في المطالبة به أمام القضاء عنه في التحكيم، والمطالبة أمام القضاء بهذا الحـق أكثـر حفـلاً بالضمانات القانونية لاسيما منها ما يتعلق بتنفيذ الحكم الصادر جبراً بواسطة السلطة العامة، وهو ما يغيب نسبيا في نظام التحكيم، خاصة وأن هذا الأخير ذو نطاق محـدود تتعـارض مبادئه مع موضوع بعض منازعات الشيك لأنها ترتبط بفكرة النظام العام.

خاتمـــة

يثير التعامل بورقة الشيك في تداول الحياة الإقتصادية المحلية والدولية عدة إشكالات تترتب عنها منازعات تقتضي إعطاء الأهمية فيها للإعتداءات الواقعة بين أطراف الورقـة التجارية، محورها اهتزاز الثقة العامة المطلوبة في ذلك التعامل.

فبمراجعة جميع منازعات الشيك بمفهومها التجاري وبمدلولها الجزائي نجد أن الخطر الذي يستفحل فيها هو إهدار الثقة بفعل التدليس الذي صاحب العملية الواردة علـى ورقـة الشيك.

فاستلزم الوضع إذاً معالجة تشريعية تقطع دابر المناورات التي تعترض مجرى الورقة التجارية التي تؤدي وظيفة الصرف في الحياة الإقتصادية؛ وهي المعالجة التي تصدى لهـا المشرع الجزائري في القانون التجاري والقانون الجزائي، سواء فيما يتعلّق بتحديد النظـام القانوني للورقة أو ببيان الآثار المترتبة عن مخالفة هذا النظام القانوني إلى حين تسويتها.

الهوامش:

1. أمر رقم 59/75، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.
2. راجع المواد من 389 إلى غاية 543 مكرر 18 من القانون التجاري، وقد عـ ـدد من خلالها مشرعنا السندات التجارية في كلّ من السفتجة والسند لأمر (الباب الأول من الكتاب الرابع)، والشيك (الباب الثاني)، وسند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة (الباب الثالث).
3. وقـ ـد خلا القانون التجاري الجزائري باعتباره القانون المنظم لورقة الشيك على غرار معظم تشريعات الدول من تعريف هذا السند، بل اقتصر على تعداد البيانات التي يضحى محرر الشيك صحيحا وملازما لصفته كورقة تجارية إذا تضمنها عند انشائه؛ الأمر الذي جعل الفقه القانوني يتحرى معناه على الإجماع بأنّه محرر مسحوب على بنك أو مؤسسة مالية مشابهة، للحصول على مبلغ نقدي محدد لفائدة حامله فور الإطلاع عليه. - أنظر في ذلك: راشد راشد، الأوراق التجارية: الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 125. وعلى خلاف ما حذا به المشرع الجزائري من غياب تعريف لسند الشيك في مواده، ظهر المشرع المصري في قانون 1999 لتنظيم التجارة بتعريفه، وجاء فيه أن الشيك "أداةُ دفعٍ و وفاء، مستحـ ـق الأداء لدى الإطلاع دائما ويغني عن استعمال النقود في المعاملات". - أنظر بخوش علي، "سند الشيك وكيفية تطبيق أحكام المادة 374 من قانون العقوبات"، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2003، ص72. ولكن ما ينعكس من جلّ النصوص القانونية المنظمة لورقة الشيك في معظم تشريعات الدول أنّها جعلت الأداء والوفاء كوظيفة وحيدة لهذه الورقة دون اعتبارها أداة ائتمان، رغم أن الواقع العملي الذي تزامن مع حالات المعاملة بها أظهر عكس ذلك، كما لو تم تسليم الشيك للمقرض، فهو أداء غير مباشر للدين المقترض، وظاهريا يكون الشيك في هذه الحالة مؤديا لوظيفته كأداة وفاء، لكن المقصود بين الطرفين هو استعمال هذا الشيك كضمان بالنسبة للمقرض، ولهذا نرى تنامي أهمية وظيفة الشيك كأداة ضمان وائتمان رغم عدم نص القوانين على هذه الوظيفة.
4. راشد راشد، المرجع السابق، ص 129.
   - LAGADEC Jean, Droit commercial et des affaires, Vuibert, France, novembre 2007, p. 316.
5. يسـ ـتـ ـخلص ذلك من مقتضى الفقرة الأولى من المادة 473 من القانون التجاري، المعدل والمتمم.
   - LAGADEC Jean, Op. Cit., p.318.
6. قرار المجلس الأعلى المغربي، رقم 1740، مؤرخ في 2000/11/01، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 56، ص ص347-349.
7. حكم المحكمة التجارية سين، صادر بتاريخ 1938/05/18. (نقلا عن: راشد راشد، المرجع السابق، هامش رقم 02، ص 129).
8. نقض فرنسي، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 1939/04/20. (نقلا عن: نفس المرجع، هامش رقـ ـم 03، ص130).

- LAGADEC Jean, Op. Cit., p.318.

9. – أنظر المادة 2/500 من القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم. – راجع في ذلك أيضا قرار المحكمة العليا رقم 66941، صادر بتاريخ 1990/04/22، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1991، ص ص105-108.
10. أمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
11. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 11، مؤرخ في 2005/02/09، ص 09.
12. أمر رقم 156/66، مؤرخ في 1966/06/08، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
13. قرار محكمة النقض المصرية، صادر بتاريخ 1955/12/12، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة قضائية عدد 06 رقم 426، ص 1443. (نقلا عن: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، هامش رقم 02، ص 1055).
14. لاحظ تفاصيل التمييز بين الجريمتين: نفس المرجع، ص 1056.
15. لتحري هذا الإختلاف، راجع المواد: 372، 373 و374 من قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
16. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 1065.
17. نفس المرجع، ص 1065.
18. جاء في قرار محكمة النقض المصرية ما يفيد هذا الطرح، حيث قررت أنّه: "إذا كانت الورقة التي أدين الطاعن باعتبارها شيكا لا يدلّ مظهرها على أنّها شيك بالمعنى المعروف قانونا، إذ هي صيغت في صورة خطاب إلى مدير البنك مشفوع بعبارات التحية وتدلّ عبارتها على أنّها صدرت في يوم سابق على تاريخ استحقاقها مما لا يجعلها أمراً بالدفع مستحقّ الأداء لدى الإطلاع، كان الحكم الذي اعتبرها شيكا قد أخطأ في تطبيق القانون".- نقض مصري، صادر بتاريخ 1953/01/06، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة قضائية عدد 04، رقم 131، ص229. (نقلا عن: محمود نجيب حسني، المرجع السابق، هامش رقم 01، ص 1069).
19. راجع تفاصيل أخرى عن تضارب الإتجاهين فقهاً وقضاء وقانوناً في فرنسا ومصر والجزائر: مقال المستشار بخوش علي، سابق الإشارة إليه، ص ص 80-81.
20. بوبشير محند أمقران، عن انتفاء السلطة القضائية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري –تيزي وزو- 2006/2005، الصفحة الأولى.
21. أحمد عبد الكريم سلامة، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي: دراسة تأصيلية لبعض جوانب التحكيم التجاري الدولي وفق نظام ولائحة المركز، بحث مقدم في المؤتمر السنوي الخامس حول، الاتجاهات الحديثة في التحكيم، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 28-29 مارس 2000، ص 08.

22. محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاهما في المجال الجنائي، مطبعة جامعـة نـايف العربيـة للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص ص 24-25.
23. راجع قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية، الصادر بتاريخ 04 أوت 2001، قضية رقم 8، للسنة القضائية عدد 22، الذي فصل بتأييد القضاء الصادر من هيئة التحكيم المشكلة بالإتحاد العام للغـرف التجارية وغرفتي القاهرة والإسكندرية في طلب التحكيم لتسوية النزاع المتعلق بالشيك حول مقابـل الوفاء، ومن ثم غلق طريق الإدعاء المدني في مواجهة المستفيد منه أمام محكمة جنح قصر النيل.
24. يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.
25. بن أجعود فاطمة، جنحة إصدار شيك بدون رصيد: دراسة مقارنة مع أهم التعديلات التـي أدخلـت عليها، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعـة عشـر، المدرسـة العليـا للقضاء، وزارة العدل، 2006/2003، ص 50.
26. راجع في ذلك الفقرة الثانية من المادة 542 من القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
27. بن أجعود فاطمة، المرجع السابق، ص 50.
28. أنظر الفقرة الأولى من المادة 527 من القانون التجاري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
29. أنظر المادة 2/527 من نفس المرجع.
30. أنظر المادة 3/527 من نفس المرجع.
31. أنظر المادة 4/527 من نفس المرجع.
32. راجع في ذلك: أغليس بوزيد، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالإقتناع الذاتي للقاضي الجزائـي: دراسـة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري وبعض القوانين العربية، دار الهدى، عـين مليلة-الجزائر، 2010، ص ص64-65. - راجع أيضا: فاتح التيجاني، "تقادم الدعوى العمومية في مواد الجنح"، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2002، ص37 وما يليها.
33. لاحظ تعليق فاتح التيجاني عن ذلك في مقاله: "الحماية الجزائية للشيك عبـر التشـريع والاجتهـاد القضائي في الجزائر وفرنسا"، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2002، ص ص 29-31.
34. راجع في ذلك تفصيلا: أغليس بوزيد، المرجع السابق، ص ص 77- 78.

الطابع الخيالي لحماية البيئة في قانون براءات الاختراع الجزائري: عدم فعلية المادة 8/3 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع

حمادي زوبير*
أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة:

بداية لا أبالغ إن قلت إن الإنسان الذي بدأ حياته يحمي نفسه من البيئة، أصبح اليوم مطالب بحماية البيئة من نفسه. فلا يخفى على أحد أن الإنسان اليوم وصل إلى أعماق الماء، وأجواء الفضاء، و تقدم في العلم أشواطا، واكتشف ما لم يكن مكشوفا، واخترع ما لم يكن موجودا. فالتطور العلمي والتكنولوجي وكذا الاختراعات التي يتوصل إليها الإنسان في مختلف مجالات الحياة قد تكون نتائجها وخيمة وفي منتهى الخطورة إن لم تخضع مسبقاً لضابط المنافع والمضار.

فالمنافع تقتضي حماية الاختراعات إذا عظمت فائدتها، واستغلالها إذا ما اشتد الاحتياج إليها وكانت سببا في التقدم والرقي، وسبيلا لسمو الفضائل، أما المضار فيقتضي استبعاد الاختراعات، إذا ما بان ضررها واستفحل خطرها، ونال الناس شرورها[1].

ولعل من أخطر الاختراعات الضارة تلك التي لا تقيم للبيئة وزنا، ولا للخلق قيمة، ولا تراعي للمخلوقات الأخرى حرمة. فمثل هذه الاختراعات لو منحت عنها براءات اختراع ستؤدي حتما إلى اختلالات خطيرة تصيب البيئة وحياة الإنسان والحيوان والنبات، ومن وانطلاقا من هذه الخطورة كان لابد أن يتضمن القانون الجزائري ما يمنع تسجيل الاختراعات التي تشكل خطراً على البيئة.

---

*- رئيس قسم التعليم القاعدي في الحقوق، عضو فرقة البحث حول قانون المنافسة في الجزائر: أي فعلية للقواعد القانونية؟، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية.

1 - ناصر عبد الحافظ محمد، (ضوابط الحماية القانونية للحقوق الذهنية)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 330.

وفعلاً فبمجرد الرجوع إلى الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع[2]، نجد أن المادة 8 منه في فقرتها الثالثة تمنع من التسجيل تلك الاختراعات التي يكون استغلالها على الإقليم الجزائري ضارا بالبيئة.

ومثل هذا الحكم يوحي وكأن المشرع الجزائري حريص على حماية البيئة. غير أن الحقيقة هي على خلاف ذلك، إذ بعد تحليل أحكام الأمر 03-07 السالف الذكر اتضح لنا أن الفقرة الثالثة من المادة 8 المشار إليها أعلاه مجرد حبر على ورق وأنّها عديمة الفعلية.

وتظهر عدم الفعلية هذه من ناحيتين:

الأولى تتمثل في فكرة (الخطر الجسيم) التي أتى بها المشرع الجزائري لاستبعاد الاختراعات من نطاق البراءة والحماية القانونية، ففكرة الخطر الجسيم هذه تبدو غامضة ومبهمة، كما أنّها لا ترفع الضرر عن البيئة (أولاً).

أما الثانية فإنّها تتمثل في عدم خضوع الاختراعات من الناحية الموضوعية إلى إجراء الفحص قبل أن تمنح عنها براءة الاختراع[3](ثانياً).

أولاً- الخطر الجسيم: فكرة غامضة ومبهمة ولا ترفع الضرر عن البيئة:

في حقيقة الأمر تعد حماية البيئة من المسائل التي أدخلتها اتفاقية تريبس[4] في مجال الملكية الفكرية، إذ وضعت هذه الأخيرة مبدأ دوليا مفاده حق الدول في استبعاد الاختراعات الضارة بالبيئة وصحة الإنسان والحيوان والنبات، إذ أجازت للدول أن تستثني من قابلية الحصول على البراءة تلك الاختراعات الضارة بالبيئة و الحياة البشرية أو الحيوانية والنباتية[5].

---

[2] - الأمر رقم 03-07 ، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءات الاختراع، ج ر عدد 44 لتاريخ 23 يوليو 2003.

[3] - براءة الاختراع هي وثيقة تسلم لحماية اختراع، أنظر المادة 2 من الأمر رقم 03-07 السالف الذكر.

[4] - اتفاقية تريبس هي أحكام دولية تحكم جوانب حقوق الملكية الفكرية ذات الصلة بالتجارة، وهي إحدى الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي تشرف على إدارة تنفيذها منظمة العالمية للتجارة وقد تم التوصل إليها خلال جولة مفاوضات الجات التي عقدت في الفترة من 1986 حتى عام 1993 بأورجواي وتم التوقيع على مقررات هذه الجولة بمراكش عام 1994.

[5] - جاء في المادة 2/27 من اتفاقية تريبس أنّه: « *يجوز للبلدان الأعضاء أن تستثنى من قابلية الحصول على براءات الاختراع التي يكون منع استغلالها تجاريا في أراضيها ضروريا لحماية النظام العام*

ومن الأهداف الجوهرية لاتفاقية تريبس ضمان حد أدنى لمستوى الحماية القانونية المقررة لحقوق الملكية الفكرية في كل دولة عضو في المنظمة العالمية للتجارة، لذا فإنّها تلزم الدول الأعضاء بأن تتضمن تشريعاتها الداخلية ما يكفي من الأحكام لتوفير هذا الحد الأدنى[6].

وبناء على ذلك حرصت الدول الأعضاء على أن تتضمن تشريعاتها الداخلية أحكاماً خاصة تمنع تسجيل الاختراعات الضارة بالبيئة[7]، والمشرع الجزائري تحسبا لانضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة تدخل في سنة 2003 لإعادة النظر في المنظومة القانونية التي كانت تحكم الاختراعات في الجزائر بشكل يتناسق مع أحكام اتفاقية تريبس[8]. وعلى هذا الأساس أكد أن براءة الاختراع لا تمنح عن الاختراعات التي يكون استغلالها مضرا بصحة وحياة الأشخاص والحيوانات ومضرا بحفظ النبات أو يشكل خطراً جسيما على البيئة. إذ جاء في المادة 3/8 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع أنّه:

« لا يمكن الحصول على براءات اختراع بموجب هذا الأمر لما يأتي:...الاختراعات التي يكون استغلالها على الإقليم الجزائري مضرا بصحة وحياة الأشخاص والحيوانات أو مضرا بحفظ النباتات أو يشكل خطرا جسيما على حماية البيئة».

والأخلاق الفاضلة بما في ذلك حماية الحياة والصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية، أو لتجنب الأضرار الشديدة بالبيئة... ».

[6] - أحمد محمد أحمد حسين، (الحماية الدولية للملكية الفكرية في إطار أحكام اتفاقات منظمة التجارة العالمية) رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2006، ص 16.

[7] - راجع على سبيل المثال بالنسبة للتشريع المصري المادة 2 من القانون رقم 82 لسنة 2002 المؤرخ في 2002/06/02، المتضمن حماية الملكية الفكرية، ج ر عدد 22 مكرر لسنة 2002. وأنظر أيضاً بالنسبة للتشريع الأردني المادة 4 من القانون رقم 32 لسنة 1999، المؤرخ في 09/20/ 1999، المتعلق ببراءات الاختراع، ج ر عدد 4389 لتاريخ 1999/11/01.

[8]- كانت الاختراعات قبل سنة 2003 تخضع للمرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر 1993، المتعلق بحماية الاختراعات، ج ر عدد 81. الذي كان بديلاً للأمر رقم 66-54 المؤرخ 3 مارس 1966، المتعلق بشهادات المخترعين وأجازات الاختراع، ج ر عدد 19.

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد تبنى فكرة الخطر الجسيم كمعيار لمنع الاختراعات من استحقاق البراءة والحماية القانونية. لكنه في الوقت ذاته لم يجرؤ على بيان المقصود بالخطر الجسيم ليتسنى لنا تمييزه عن الضرر اليسير.

وعليه فإن فكرة الخطر الجسيم هذه في نظرنا تبدو فكرة غير واضحة ويشوبها الغموض، إذ أنّه في ظل غياب تعريف للخطر الجسيم، وفي ظل غياب معايير قانونية تسمح بتحديد طبيعة الخطر، يبقى من الصعب التكهن والقول بأن اختراع ما يشكل خطراً جسيماً على البيئة.

وزيادة على ذلك، فإن فكرة الخطر الجسيم هي فكرة مرنة ونسبية تتغير من منتج لأخر، إذ ليس للجسامة حدا تقف عنده، ولا مدى تنتهي عنده، وإنّما تقاس جسامة خطر كل اختراع حسب طبيعة هذا الاختراع، وما يحدثه من آثار.

وعليه فإذا كان غرض المشرع من المنع هو رفع الضرر عن البيئة، فكان يكفيه أن يشترط إحداث الاختراع للضرر بالبيئة دون اشتراط الجسامة فيه. لأن ما يمكن أن يحدث الضرر القليل، يحدث الكثير، لذلك كان مناط الحماية الحقيقة رفع كل ضرر يسيراً كان أو جسيماً، إذ قد يكون الضرر جسيما للإنسان، ولكنه ليس كذلك بالنسبة للحيوان والنبات، وقد يكون تأثيره سيئا على الهواء ولكنه ليس كذلك بالنسبة للمياه واليابسة، فأي عنصر إذن يمكن اتخاذه مقياسا لبيان قدر الجسامة ؟

ولهذا كما قلنا فإن فكرة الخطر الجسيم تبدو غامضة إلى حد بعيد، لذا كان يكفي مجرد الخطر لحماية البيئة من الاختراعات، ولهذا يستحسن على المشرع الجزائري إن كان يقيم للبيئة وزناً ويريد حمايتها فعلاً أن يحذف عبارة (الخطر الجسيم) في المادة 8/3 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع ويكتفي بمجرد الخطر.

ثانيا- عدم خضوع الاختراعات إلى فحص سابق قبل منح البراءة:

إن القول بأن اختراع ما يشكل خطرا على البيئة وذلك بغض النظر عن جسامة الخطر أو يسره يقتضي فحص وتجربة هذا الاختراع قبل أن تمنح بشأنه براءة اختراع. فإذا تأكد أن الاختراع يشكل خطرا على البيئة مُنع من التسجيل والاستغلال ولا تُمنح بشأنه براءة اختراع. أما إذا تبين أن هذا الاختراع لا يلحق أي أذى بالبيئة جاز استغلاله وتُمنح عنه براءة اختراع ويستفيد من الحماية القانونية.

لكن بالرجوع إلى القانون الجزائري في هذا الشأن، نجد أن القسم الثاني من الباب الثالث من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع قد جاء تحت عنوان (الفحص)، فهذا العنوان يوحي وكأن الاختراعات في الجزائر تخضع لفحص سابق.

غير أنّه بمجرد استقراء المواد الواردة فيه سيتضح جلياً أن الاختراعات من الناحية الموضوعية في حقيقة الأمر لا تخضع لأي فحص سابق. فالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية باعتباره المصلحة المختصة بمنح براءات الاختراع في الجزائر[9] يقتصر دوره على مجرد تفحص الطلبات المتعلقة بتسجيل الاختراعات من الناحية الشكلية ليس إلاّ.

وما يدعم قولنا هذا هو ما جاء في المادة 31 من الأمر رقم 03-06 المتعلق ببراءات الاختراع والتي جاء فيها أنّه:

« *تصدر براءات الاختراع ذات الطلبات المستوفية الشروط دون فحص وتحت مسؤولية الطالبين ومن غير أي ضمان، سواء تعلق الأمر بواقع الاختراع أو جدته أو جدارته أو تعلق الأمر بوفاء الوصف وبدقته. وتسلم المصلحة المختصة للطالب شهادة تثبت صحة الطلب وتمثل براءة الاختراع*».

إذ بناء على هذا النص يتولى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية تسجيل الاختراعات ومنح البراءات عنها بصورة أوتوماتيكية وفقا للطلب المقدم، فالمعهد لا يقوم بفحص الاختراع ولا يقدر محتواه، وإنّما يقتصر دوره على توثيق إيداع الطلبات لديه متى استوفت الشروط الشكلية [10].

ومما يدل أيضاً على عدم خضوع الاختراعات لفحص سابق في الجزائر هو ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المحدد لكيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها [11]

---

[9] - أنشئ هذا المعهد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 21 فيفري 1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي ج ر ع 11 لـ 1 مارس 1998. ولقد عرف قبل ذلك تسميات مختلفة، وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع: حمادي زوبير، الحماية القانونية للعلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 75.

[10] - هذا ما يفهم من خلال المادة 1/27 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع التي جاء فيها أنه: " *تقوم المصلحة المختصة بعد الإيداع بالتأكد من أن الشروط المتعلقة بإجراءات الإيداع المحددة في القسم الأول من الباب الثالث أعلاه وفي النصوص المتخذة لتطبيقه متوفرة* "

[11] - المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 2005/08/02، المتعلق بتحديد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، ج ر عدد 54

من أحكام، إذ لم تشير أحكام هذا المرسوم إطلاقاً إلى إمكانية خضوع الاختراعات إلى فحص سابق.

وهكذا يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري قد تبنى نظام عدم الفحص السابق أو ما يعرف بنظام الإيداع البسيط، وذلك لأنّه نظام يقوم أساسا على مجرد إيداع طلب التسجيل من المعني أمام الإدارة المختصة التي تمنح شهادة التسجيل لمودع الطلب كلما استوفى الإجراءات الشكلية المتعلقة بتحرير الطلب وفقا للقانون من دون أن تتدخل في فحص الاختراع المراد حمايته [12].

ولقد أخذ المشرع المغربي بهذا النظام، إذ أن الإدارة المختصة بالتسجيل في المغرب شأنها شأن مثيلتها في الجزائر، إذ عليها فقط أن تتحقق من أن الطلب المقدم إليها محرر على الاستمارة المعدة لذلك وموضحا بها كافة البيانات والتعليمات الخاصة والعناصر المراد حمايتها قانونا على وجه الدقة دون أن تمتد صلاحيتها إلى فحص الشروط الموضوعية للاختراع[13].

ويلاحظ أن هذا النظام يسمح بحصول أصحاب طلبات التسجيل على براءاتهم في فترة وجيزة، لأنّه يتسم بسرعة البت في الطلبات والبساطة في الإجراءات وقلة التكاليف[14]، لأن الإدارة المختصة لا تكلف فيه بإجراء فحص للاختراع، وهذا يعني أن الإدارة لا تحتاج إلى إجراء التجارب التي قد يتطلبها مثلا فحص الاختراع والتأكد من صلاحيته، ولا الاستعانة

---

[12] - د. عباس حلمي المنزلاوي، الملكية الصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص43 .وأنظر: د. محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 28. انظر: خالد يحيى الصباحين، شرط الجدة (السرية) في براءة الاختراع: دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والأردني والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 63.

[13] - تنص المادة 48 من القانون رقم 797 الصادر في 15 فيفري 2000 المتعلق ببـراءات الاختـراع المغربي على أنه: " تسلم البراءات التي لم يرفض طلبها دون فحص سابق لها مع تحميـل الطـالبين تبعات ذلك ومن غير أي ضمان سواء فيما يتعلق بحقيقة الاختراع أو بأمانة الوصف أو دقته أو بقيمة الاختراع ".

[14] - د. القليوبي سميحة، الملكية الصناعية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ، ص 185.

بخبراء متخصصين لغاية إجراء تلك التجارب[15]. ولهذا نجد أن هذا النظام يشيع في الدول النامية، وذلك نظرا لضعف مستواها التكنولوجي والصناعي[16].

غير أنّه رغم مزايا هذا النظام إلاّ أنه لا يخلو من النقائص، إذ يؤخذ عليه من عدة نواحي:

فمن ناحية، لا يوفر أية حماية للبيئة لأنّه لا يسمح باكتشاف الاختراعات الضارة بالبيئة ما دام أن الاختراعات فيه لا تخضع لفحص سابق قبل أن تمنح عنها براءات اختراع.

ومن ناحية ثانية، لا يحقق عائدا علميا أو تكنولوجيا، ولا يؤدي إلى تقدم حقيقي في الملكية الصناعية، ولا يخلق في الدولة قاعدة تكنولوجية، ولا يكون أفرادا قادرين على استزراع التكنولوجيا في المجتمع، وذلك لأن القائمون بالتسجيل في ظل هذا النظام، لا يعنيهم المحتوى التكنولوجي للاختراع، ولا يطلب منهم معرفة ودراية به[17].

ومن ناحية ثالثة، فإن براءة الاختراع فيه تصدر ضعيفة القيمة القانونية، وغير محصنة، وهذا من شأنه أن يفتح المجال أمام الغير للطعن فيها، ومن ثمة إبطالها إن توافرت أسباب ذلك.

ومن ناحية رابعة، فإن الإدارة المختصة بالتسجيل في ظل هذا النظام تعفى من أية مسؤولية عند إصدارها براءات الاختراع، وعلى النقيض من ذلك فإن مسؤولية البراءة يتحملها طالب الإيداع[18].

ونتيجة لذلك فإن معرفة أن براءة الاختراع غير محصنة ورغم ذلك لا تضمنها الإدارة قد يخلق نوع من القلق في نفوس أصحاب البراءات، وهذا سيؤدي حتماً إلى عدم الاطمئنان وعدم الثقة في استغلال الاختراعات في المجال لصناعي.

---

15 - د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية و التجارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمـان، الأردن، 2005، ص 62.

16 - أحمد علي عمر، الملكية الصناعية وبراءات الاختـراع: التجربـة المصـرية، مطبعـة الحلميـة، الإسكندرية، 1993، ص 89.

17 - المرجع نفسه، ص 90.

18 - وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 31 من الأمر رقم 03-06 المتعلق ببراءات الاختـراع. والموقف نفسه نص عليه المشرع المغربي في المادة 48 من القانون رقـم 797 المتعلـق ببـراءات الاختراع السالف الذكر.

خاتمة:

بناء على ما سبق يتضح أن الحماية التي أضفاها المشرع على البيئة من الاختراعات ما هي إلاّ حماية خيالية، إذ لو أن المشرع الجزائري أراد فعلاً حماية البيئة لاكتفى من جهة بمجرد الخطر كمعيار لاستبعاد الاختراعات من التسجيل دون اشتراط الجسامة فيه، ومن جهة أخرى لأخضع الاختراعات إلى فحص سابق قبل منح البراءة عنها[19].

لكن ما يثير الانتباه هي تلك العلاقة الموجودة بين شرط الخطر الجسيم ونظام الفحص المعتمد، إذ أن فكرة الخطر الجسيم هي فكرة جاءت بها اتفاقية تريبس، وأن أحكام هذه الاتفاقية ملزمة للدول الأعضاء في المنظمة العالمية للتجارة، وبناء على ذلك يتعين على كل الدول التي تريد الانضمام إلى هذه المنظمة أن تتضمن تشريعاتها الداخلية أحكاماً قانونية تتماشى ومقتضيات اتفاقية تريبس. ومعنى ذلك أن الدول التي تريد الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة عليها أن تأخذ بفكرة الخطر الجسيم التي جاءت بها اتفاقية تريبس.

وانطلاقاً مما سبق يمكن القول أن فكرة الخطر الجسيم في الدول الصناعية تبدو فكرةً معقولة لأنّها أولاً هي من وضعت أحكام اتفاقية تريبس، وثانياً لأنّها تأخذ بنظام الفحص السابق نظرا لما تمتلكه من وسائل تمكنها من وضع حد للاختراعات الضارة[20]. وعلى النقيض من ذلك فإن فكرة الخطر الجسيم لا تخدم مصالح الدول النامية، وذلك لكون هذه الأخيرة لا تأخذ بنظام الفحص السابق نظرا لافتقارها للإمكانيات التي تتطلبها عمليات الفحص.

ومن جهة أخرى فإن الاستجابة لمقتضيات اتفاقية تريبس سيضع الدول النامية في مأزق. فمن ناحية، إما أن تأخذ بنظام عدم الفحص، وبالتالي تصبح مجالاً خصباً وحيوياً لاستغلال الاختراعات الضارة، كما أنّها لا ترفع الضرر عن بيئاتها، إذ أن عدم خضوع الاختراعات للفحص سيفتح المجال لذوي النفوس الضعيفة من أصحاب الاختراعات الضارة خاصة الأجانب منهم لتسجيل اختراعاتهم واستغلالها في هذه الدول.

---

[19]- تجيز المادة 53 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع البطلان القضائي لبراءات الاختراع التي يكون موضوعها مخالفا لأحكام القانون. غير أن هذه الحماية قاصرة على أساس أنّها لا تضع حدا للاختراعات إلاّ بعد استفحال ضررها.

[20] - هذا النظام أخذ به القانون الأمريكي والقانون الفرنسي.

ومن ناحية ثانية، إما أن تأخذ بنظام الفحص[21]، وبالتالي تجعل نفسها في حالة تبعية تجاه الدول الصناعية المتقدمة، نظرا لعدم توافرها على الإمكانيات البشرية والتقنية التي يتطلبها نظام الفحص، إذ أن انعدام الخبراء ومراكز التجريب فيها سيدفعها إلى اللجوء حتما إلى طلب خبرة أجنبية التي أكيد لن تكون مجاناً وإنّما مقابل أموال طائلة.

وأخيرا لا يسعني سوى أن أقول أنّه إذا كان السعي وراء الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة جعل المشرع الجزائري يردد فكرة الخطر الجسيم الواردة في اتفاقية تريبس، فإن السعي من أجل حماية البيئة والحفاظ عليها أولى من الانضمام إلى المنظمة المشار إليها أعلاه، لأن الحفاظ على البيئة التي نعيش فيها لا تقدر بثمن.

قائمة المراجع

أولا- الكتب:

- أحمد علي عمر، الملكية الصناعية وبراءات الاختراع: التجربة المصرية، مطبعة الحلمية، الإسكندرية، 1993.

- حمادي زوبير، الحماية القانونية للعلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

- خالد يحيى الصباحين، شرط الجدة (السرية) في براءة الاختراع: دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والأردني والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009

- عباس حلمي المنزلاوي، الملكية الصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

- القليوبي سميحة، الملكية الصناعية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005

- محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

- صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

ثانيا- الرسائل الجامعية:

- أحمد محمد أحمد حسين، (الحماية الدولية للملكية الفكرية في إطار أحكام اتفاقات منظمة التجارة العالمية) رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2006.

- ناصر عبد الحافظ محمد، (ضوابط الحماية القانونية للحقوق الذهنية)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 330.

---

[21] - أخذت مصر بنظام الفحص السابق. أنظر: المادة 16 من القانون رقم 82 لسنة 2002 المتعلـق بحمايـة الملكية الفكرية، السالف الذكر.

ثانيا- النصوص القانونية:

1- **النصوص القانونية الوطنية**:

- أمر رقم 66-54 مؤرخ 3 مارس 1966، يتعلق بشهادات المخترعين وأجازات الاختراع، ج ر عدد 19.

- مرسوم تشريعي رقم 93-17 مؤرخ في 07 ديسمبر 1993، يتعلق بحماية الاختراعات، ج ر عدد 81.

- أمر رقم 03-07 ، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج ر عدد 44 لتاريخ 23 يوليو 2003.

- مرسوم تنفيذي رقم 68/98، مؤرخ في 21 فيفري 1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي ج ر ع 11 لـ 1 مارس 1998.

- مرسوم التنفيذي رقم 05-277، مؤرخ في 02 أوت 2005، يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها.

2- **النصوص القانونية الأجنبية**:

- قانون رقم 32 لسنة 1999، المؤرخ في 09/20/ 1999، المتعلق ببراءات الاختراع، ج ر عدد 4389 لتاريخ 1999/11/01.

- قانون رقم 82 لسنة 2002 المؤرخ في 2002/06/02، المتضمن حماية الملكية الفكرية، ج ر عدد 22 مكرر لسنة 2002.

دراسة لأهم التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائرية بموجب الأمر رقم 05-01

ناتوري كريم
أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان - بجاية

مقدمة

استجابةً للتحولات التي عرفها المجتمع في مختلف المجالات، حاول المشرع الجزائري مواكبة هذه التحولات بتعديل النصوص القانونية التي استمرت لمدة طويلة منذ الاستقلال، كتعديل بعض القواعد في: القانون المدني، قانون الأسرة وفي قانون الجنسية، هذه الأخيرة معرفة بالقانون وتحدد شروط اكتسابها، الاحتفاظ بها أو فقدانها بالقانون، بمفهوم المادة 30 من الدستور[1]، وتدل هذه المادة الدستورية على أن الدولة الجزائرية سائدة في تحديد مواطنيها ولا دخل لها في تحديد جنسية الأجانب[2].

وبالرغم من اختلاف الفقهاء حول تعريف الجنسية إذ هناك من يجردها من الجانب السياسي، مثل الفقيه "باتيفول" الذي يعتبرها فقط علاقة قانونية تربط الفرد بدولته، وهناك من يسقط الجانب القانوني مثل الفقيه الفرنسي "نيبوابيه" ويعتبرها علاقة سياسية وروحية تقوم بين الفرد والدولة...الخ، إلاّ أنّه بشكل عام الجنسية هي رابطة قانونية ووسيلة سياسية تربط الشخص بالدولة التي ينتمي إليها[3]، نظّمتها العديد من الاتفاقيات الدولية وتشريعات الدول المختلفة، وتناول المشرع الجزائري الجنسية بموجب القانون رقم 63-96 الملغى بالأمر 70-86[4]، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01 الصادر في 2005[5]، الموافق عليه بموجب القانون رقم 05-08[6].

وكل من ينتمي لدولة معينة يحمل جنسيتها ويعد من مواطنيها أي يصبح تابعاً لها، ويتمتع بكافة الحقوق الوطنية وتقع على عاتقه كافة الالتزامات الوطنية، لأن الجنسية تنظمها الدولة وتضع قواعد التمتع بها واكتسابها، بمعنى أكثر دقة يصبح الفرد من رعايا تلك الدولة وعضواً في أحد أركانها وهو"الشعب".

ولما كان تنظيم الجنسية من الصلاحيات القانونية للدولة، إذ تنفرد بالسلطة في تحديد مواطنيها عن طريق وضع معايير للتمتع بجنسيتها وأخرى لاكتسابها مع مراعاة التزاماتها

الدولية، **نتساءل حول المسائل التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 05-01 الصادر في 2005؟.**

للإجابة على هذا التساؤل نتولى دراسة المسائل المعدلة بموجب هذا الأمر(أولا)، ثم نتطرق إلى المسائل الملغاة (ثانيا).

أولا: المسائل المعدلة بموجب الأمر 05-01:

قام المشرع الجزائري بإحداث تعديلات على جميع فصول قانون الجنسية، سنحاول إبراز ذلك حسب ترتيب كل فصل، دون التطرق إلى المواد الملغاة التي تكون محلاً للدراسة في الشق الثاني من هذا البحث.

1-التعديلات التي مست الفصل الأول (الأحكام العامة) من قانون الجنسية

تم تعديل المادة الرابعة التي كانت تنص على أن سن الرشد في قانون الجنسية هو 21 سنة[7]، فأصبح بموجب التعديل سن الرشد في قانون الجنسية هو نفسه سن الرشد المدني المحدد بـ 19 سنة[8]، وهذا منطقي لأن المشرع يهدف إلى إحداث توافق في القوانين الوطنية.

كما أحدث المشرع تعديل طفيف على المادة الخامسة من قانون الجنسية؛ إذ استبدل "يفهم من عبارة بالجزائر..."[9]، بـ "يقصد بعبارة بالجزائر..."[10]، الأكثر دقة في تحديد ماذا يقصد المشرع بمصطلح "بالجزائر".

2- التعديلات التي مست الفصل الثاني (الجنسية الأصلية) من قانون الجنسية

أخذ المشرع الجزائري فيما يتعلق بالتمتع بالجنسية الجزائرية بحق الدم (أ) وبحق الإقليم (ب).

أ- التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الدم

عدل المشرع المادة السادسة من قانون الجنسية، فأصبح الولد المولود من أم جزائرية يعد جزائري بغض النظر عن مكان الولادة، وعن جنسية وهوية والده، حتى ولو كان عديم أو مجهول الجنسية[11]، بمعنى أن المشرع الجزائري أصبح يعترف بالولد غير الشرعي، فلا يهمنا مكان الولادة ولا طبيعة العلاقة التي نتج عنها الولد إن كانت شرعية أم لا، المهم أنه من أم جزائرية[12]، فيتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الدم من جهة الأم استناداً إلى المادة السادسة من قانون الجنسية.

إذن المشرع الجزائري قام بإطلاق حق الدم من جهة الأم، وهذا يعد انجاز كبير خاصة أن الجزائر صادقت على اتفاقية حماية حقوق الطفل التي نصت في المادة السابعة منها على حق كل طفل في الاسم والجنسية[13]، هذا النص يورد انطباع بأن المشرع كرس المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بجنسية أولادهم[14]، غير أن الواقع عكس ذلك لأن قانون الأسرة المعدل في 2005 كرس عدم المساواة بين الجنسين، فالمادة الرابعة من قانون الأسرة لا تعترف إلاّ بالزواج الذي يتم على الوجه الشرعي[15].

كذلك يظهر عدم المساواة بين الجنسين في ذات قانون الجنسية، فيما يتعلق بامتداد الجنسية الجزائرية إلى الأولاد القصر عند اكتساب الأب للجنسية الجزائرية، عكس ما إذا كانت الأم هي من اكتسبت الجنسية الجزائرية فلا تمتد إلى أولادها القصر[16].

ب- التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الإقليم

تم تعديل المادة السابعة التي تناولت الحالات التي يعتبر فيها الولد المولود في الجزائر جزائرياً على أساس حق الإقليم، إذ ألغيت الحالة الثانية المتعلقة بالولد المولود في الجزائر من أم جزائرية وأب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر[17]، أو ما يعرف بالميلاد المضاعف، واستحدث المشرع حالة أخرى تتعلق بالولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تثبت جنسيتها[18]، في الحين حافظ المشرع الجزائري على الحالة الأولى من المادة 07 المتعلقة بالولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين، بمعنى أنّه لا نملك حول هوية الوالدين وجنسيتهما أي معلومة، وكان على المشرع استعمال مصطلح الوالدين بدلاً من الأبوين.

وكل شخص يتمتع بالجنسية الجزائرية يعد مواطناً جزائرياً يتمتع بجميع الحقوق ويلتزم بالواجبات التي تقع على كل مواطن جزائري[19]، بما فيها الحقوق السياسية المنصوص عليها في المادة 50 من الدستور[20]، غير أن هذا المفهوم يتعارض مع أحكام المادة 73 من الدستور التي تشترط مثلاً في المترشح لمنصب رئاسة الجمهورية أن يثبت الجنسية الجزائرية لزوجه أيضاً[21].

فالمشرع عدلّ الحالة الثانية من المادة 07 لأنّه أطلق حق الدم من جهة الأم المنصوص عليه في المادة السادسة من قانون الجنسية، ونلاحظ أنّه استخدم في المادة 08 عبارة "إن الولد المكتسب للجنسية الجزائرية بموجب المادة 07..." وكان عليه استخدام

عبارة الولد المتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب المادة 07..."، لأن الولد الذي تتحقق فيه شروط المادة 07 يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الإقليم[22].

3-التعديلات التي مست الفصل الثالث (اكتساب الجنسية الجزائرية) من قانون الجنسية

يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط (أ) أو عن طريق التجنس (ب)، وإذا اكتسب الشخص الجنسية الجزائرية أو تجنّس بها يترتب عن ذلك مجموعة من الآثار(ج).

أ- اكتساب الجنسية الجزائرية بموجب الزواج المختلط

نصت المادة 09 مكرر من قانون الجنسية على الشروط الواجب توافرها لاكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم[23]، ويجب تقديم طلب إلى وزير العدل[24]، لكن باستقراء الشروط المنصوص عليها في هذه المادة يظهر جلياً صعوبة تقبل المشرع لفكرة الزواج المختلط وتعامله بحذر شديد مع هذا الموضوع.

هذا ما يتأكد من خلال نصوص المواد: 31 من قانون الأسرة[25]، 10 إلى 16 من القانون المدني المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية والمادة 22 من القانون المدني، خاصة موضوع القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج وأثاره بتطبيق أحكام المواد 11، 12و13 من القانون المدني[26]، فيطبق دائما القانون الجزائري عندما يكون أحد الطرفين جزائري وقت إبرام عقد الزواج[27]، أو يملك إلى جانب الجنسية الجزائرية جنسية دولة أجنبية، حتى ولو كانت الجنسية الجزائرية مكتسبة، ولا يهم إن كان القانون الجزائري ملائماً أم لا لحكم النزاع[28].

كما أنّه لما نقول المادة 09 مكرر فهذا يعني أنّه توجد المادة 09، لكن هذه الأخيرة تم إلغاؤها في 2005.

ب- اكتساب الجنسية الجزائرية بموجب التجنس

يجب التذكير أن اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط أو التجنس ليس بحق بل هو منحة من الدولة، لأنّه لابد من تقديم طلب إلى وزير العدل[29]، فإذا لم تتوافر الشروط يصدر وزير العدل مقرر عدم قابلية الطلب، يكون معلل ويبلّغ إلى المعني[30]، وبالمفهوم القانوني الإلزام بالتعليل يعني إمكانية الطعن في صحة هذا المقرر[31]، أما إذا توافرت الشروط القانونية فتبقى السلطة التقديرية في يد وزير العدل في قبول أو

رفض الطلب دون أن يكون ملزم بالتبرير، بل يكتفي فقط بإصدار قرار الرفض يبلغ للمعني بالطلب[32].

يدل هذا على الطبيعة السياسية لمنح الجنسية الجزائرية لأي شخص[33]، خاصة مع وجوب صدور مرسوم رئاسي لمنح الجنسية وتأكيد المشرع على طبيعة هذا المرسوم في 2005[34].

نلاحظ أن المادة 10 من قانون الجنسية المتعلقة بالشروط الواجبة لتقديم طلب التجنس لم يلحقها أي تعديل في 2005، بالرغم من وجود بعض الشروط التي تثير تساؤلات قانونية، فمثلاً شرط السلامة الجسدية والعقلية[35]، يعني استبعاد الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة من إمكانية التجنس بالجنسية الجزائرية[36]، إلاّ إذا كانوا يدخلون في صنف الأشخاص المحددين بموجب أحكام المادة 11 من قانون الجنسية التي عدلت في 2005، حيث تم حذف الفقرة الأولى من النص القديم لأنّها أصبحت تدخل في مضمون المادة 09 مكرر، كما تم حذف الفقرة الثانية أيضاً لأنّها مشمولة بأحكام المادة 06 في 2005[37].

وبالتالي وجود شرط في المادة 10 من قانون الجنسية يستبعد شريحة الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة يتعارض مع المادة 18 من الاتفاقية الدولية لحقوق المعاقين[38]، وعلى المشرع تعديل النصوص القانونية بما يتلاءم مع الالتزامات الدولية للجزائر إعمالاً لروح المادة 132 من الدستور التي تقضي بسمو المعاهدات الدولية المصادق عليها والمنشورة في الجريدة الرسمية على القوانين الوطنية[39].

ج- أثار اكتساب الجنسية الجزائرية أو التجنس بها

إذا اكتسب الشخص الجنسية الجزائرية أصبح مواطناً جزائرياً يتمتع بجميع الحقوق ويلتزم بجميع الواجبات وفقاً لدستور الجمهورية الجزائرية[40]، وقد نصت على هذه الآثار الفردية المادة 15 من قانون الجنسية[41]، ونلاحظ أن المشرع ألغى المادة 16 في 2005 التي كانت تتعلق بتقلّد الوظائف النيابية[42].

أما الآثار الجماعية للتجنس المنصوص عليها في المادة 17 المتعلقة بامتداد الجنسية الجزائرية بقوة القانون إلى الأولاد القصر للمتجنس، التي كانت تنص على حرية تنازل هؤلاء الأولاد عن الجنسية الجزائرية خلال الفترة الممتدة من 18 إلى 21 سنة[43]، أصبحت في2005 تنص على تنازل هؤلاء الأولاد عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين من بلوغ سن الرشد أي ما بين 19 و21 سنة[44].

يجب التذكير أن الجنسية الجزائرية تمتد إلى الأولاد القصر بقوة القانون إذا كان مكتسبها الأب، أما إذا كانت الأم هي المكتسبة للجنسية الجزائرية فلا تمتد إلى أولادها القصر، وباستثناء هذه الحالة يبقى اكتساب الجنسية الجزائرية أو التجنس بها منحة من الدولة الجزائرية لمن يتقدم بطلب إلى وزير العدل[45].

4- التعديلات التي مست الفصل الرابع (فقدان الجنسية والتجريد منها) من قانون الجنسية

عدلت بعض المسائل المتعلقة بفقدان الجنسية(أ) وكذلك المسائل المرتبطة بالتجريد من الجنسية الجزائرية(ب).

أ- فقدان الجنسية الجزائرية

تم تعديل المادة 20 من قانون الجنسية التي كانت تنص على وقت بدأ سريان أثر فقدان الجنسية الجزائرية في الحالات المنصوص عليها في المادة 18، إذ أصبحت أكثر دقة من ناحية المصطلحات القانونية وتم حذف الفقرة الأخيرة من المادة 20 المتعلقة بالمادة 19 لأن هذه الأخيرة ألغيت في 2005[46].

كما تم تعديل المادة 21 المتعلقة بامتداد أثر فقدان الجنسية الجزائرية بقوة القانون إلي الأولاد القصر لفاقدها، بشرط أن يكونوا غير متزوجين ويعيشون معه[47]، إذ تراجع المشرع عن هذه الحالة بنصه بصريح العبارة في 2005 على عدم امتداد أثر فقدان الجنسية إلى الأولاد القصر[48].

ب- التجريد من الجنسية الجزائرية

قام المشرع بتعديل حالات التجريد من الجنسية المنصوص عليها في المادة 22، فبعد ما كان ينص في الحالة الأولى على صدور حكم من أجل عمل يعد جناية أو جنحة تمس "بأمن الدولة"، استبدل هذه العبارة الأخيرة " بالمصالح الحيوية للجزائر"، فماذا يقصد المشرع بالمصالح الحيوية؟، وما هي معايير تحديد الحالات التي تدخل في هذا المفهوم؟، وقام كذلك بحذف الحالة المتعلقة بالتهرب عن قصد من الخدمة الوطنية[49].

كما وضع حد لإمكانية تمديد التجريد من الجنسية الجزائرية إلى زوجة المعني بالأمر وأولاده القصر، بنصه على عدم امتداد التجريد من الجنسية إليهم في الفقرة الثانية من المادة 24، مع إمكانية تمديد التجريد إلى الأولاد إذا تعلّق الأمر بتجريد كلا الأبوين[50]، ونلاحظ

أن المشرع استعمل عبارة الأولاد وليس الأولاد القصر في هذه الحالة، كما استعمل كلمة شاملاً "لأبويهم" والأصح شاملاً "لوالديهم".

5- التعديلات التي مست الفصل الخامس (الإجراءات الإدارية) من قانون الجنسية

لاكتساب الجنسية الجزائرية أو التجنس بها لابد من تقديم طلب إلى وزير العدل(أ) الذي يتولى الفصل فيها(ب).

أ- تقديم الطلب إلى وزير العدل

قام المشرع بتعديل المادة 25 المتعلقة بطلبات اكتساب الجنسية الجزائرية أو التخلي عنها أو استردادها، ويجب رفعها إلى وزير العدل مصحوبة بالمستندات والوثائق التي تثبت استيفاء الشروط القانونية[51]، على خلاف ما كانت عليه المادة في 1970، إذ كانت أكثر دقّةً وتفصيلاً بما أنّها تناولت نوعية هذه المستندات التي يعتد بها، كما تناولت حالة كون صاحب الطلب أو التصريح مقيماً في الخارج[52]، زيادة على أن المشرع كان يعتد بالطلبات والتصريحات المقدمة لاكتساب الجنسية الجزائرية أو التنازل عنها أو رفضها وكذا استردادها، بينما في 2005 يعتد فقط بالطلب دون التصريح ولا يحق للفرد رفض الجنسية الجزائرية، وهذا مساس وتقييد لحرية الفرد[53].

ب- الفصل في صحة الطلبات

أعطى المشرع في 2005 سلطة تقديرية مطلقة لوزير العدل للبث في طلبات اكتساب الجنسية الجزائرية أو التخلي عنها وكذا استردادها بموجب المادة 26، فإذا لم تتوافر الشروط يعلن وزير العدل الرفض بموجب مقرر عدم القابلية معلل ويبلغ للمعني، ويمكن دائماً لوزير العدل الرفض حتى ولو توافرت الشروط القانونية المطلوبة بموجب قرار يبلّغ للمعني، دون أي تعليل[54].

ولوزير العدل كامل الحرية في الرد على الطلبات المقدمة إليه أو عدم الرد، لأنّه غير مقيد بمدة للرد بموجب الأمر 05-01، في الحين كان وزير العدل مقيداً ب:12 شهر للبث في الطلبات المقدمة إليه، ويعتبر سكوت وزير العدل فيما يتعلق بالتجنس بعد مرور12 شهر من يوم تقديم الطلب بصفة قانونية قبولاً[55].

يجعلنا هذا نجزم بأنّه فيما يتعلق باكتساب الجنسية الجزائرية أو التخلي عنها وكذا استردادها، هناك تقييد مطلق لحرية الفرد بعد تعديل 2005 مقابل سلطة تقديرية مطلقة لوزير العدل.

ويجب دائماً صدور مرسوم رئاسي يجسد قرار وزير العدل بمنح الجنسية وفقاً لنص المادة 12[56]، وعليه يمكن تصور إمكانية قبول وزير العدل منح الجنسية لشخص ورفض رئيس الجمهورية ذلك، فإذا لم يقم رئيس الجمهورية بإصدار مرسوم اكتساب الجنسية الجزائرية فلا يكتسب هذه الأخيرة ذلك الشخص.

6- التعديلات التي مست الفصل السادس(إثبات الجنسية والنزاعات) من قانون الجنسية

كل شخص يدعي أنّه جزائري يقع عليه عبء إثبات ذلك (أ) وفي حالة النزاع في مسائل الجنسية يفصل فيها أمام المحاكم (ب).

أ- إثبات الجنسية

عدلت المادة 32 قانون الجنسية التي كانت تنص على إثبات الجنسية الأصلية عن طريق النسب بوجود أصلين ذكرين من جهة الأب فقط، مولودين في الجزائر ومتمتعين بالشريعة الإسلامية، فأصبحت تشمل أيضاً حالة ما إذا كان الأصلين الذكرين من جهة الأم[57]، وهذا منطقي ما دام المشرع اعترف في 2005 بالتمتع بالجنسية الجزائرية على أساس حق الدم من جهة الأم وفقاً لأحكام المادة 06 من قانون الجنسية، علماً أن الولد ينسب أولاً إلى أبيه وفقاً لقانون الأسرة الجزائري[58].

لكن المشرع لم ينص على إمكانية إثبات الجنسية الجزائرية الأصلية بوجود أصلين أنثيين مولودتين في الجزائر ومتمتعتين بالشريعة الإسلامية، لا من جهة الأب ولا من جهة الأم، وهذا يتعارض مع المادة الأولى من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979[59]، ويمس بمبدأ دستوري يتمثل في سمو المعاهدات الدولية على القوانين الوطنية[60].

كما أضاف المشرع إلى المادة 32 فقرة أخرى تتعلق بإثبات الجنسية الجزائرية للولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تبين جنسيتها، التي تثبت بشهادة ميلاده وشهادة مسلمة من الهيئات المختصة[61].

أما الجنسية الجزائرية المكتسبة فتثبت حسب المادة 33 من قانون الجنسية بمرسوم منحها أو بنظير مرسوم، أو طبقاً لمعاهدة إذا تم اكتساب الجنسية الجزائرية بموجب معاهدة دولية[62]، وتم حذف ما يتعلق بالتصريح بالتخلي عن الجنسية في 2005 بموجب أحكام المادة 35[63]، وباستقراء المادة 33 نستنتج أنّه إضافةً إلى التجنس والزواج المختلط يمكن

اكتساب الجنسية الجزائرية بموجب معاهدة دولية، لكن لا نجد أي نص يشير إلى ذلك في الفصل الثاني المتعلق باكتساب الجنسية الجزائرية.

ب- نزاعات الجنسية

تم تعديل المادة 37 بإضافة فقرة تنص على أن النيابة العامة تُعد طرفاً أصيلاً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الجنسية[64]، وأجرى المشرع تعديلات طفيفة على المادتين 38 و39 باستخدامه مصطلحات قانونية أكثر دقّة، كما بين في المادة 40 الوسيلة والكيفية التي يتم عن طريقها نشر الأحكام والقرارات في قضايا الجنسية، وتتمثل في إحدى الجرائد اليومية مع ضرورة تعليق إعلان بالمحكمة المختصة[65].

ولما يكون أكثر من جنسية واحدة لدى الشخص يطبق القانون الجزائري إذا كانت من بين هذه الجنسيات الجنسية الجزائرية، ولا يهم إن كانت هذه الأخيرة أصلية أو مكتسبة، أما إذا لم تكن من بين هذه الجنسيات الجنسية الجزائرية فعلى القاضي البحث عن الجنسية الحقيقية للشخص[66].

وبتَوجه قانوني يمكننا اعتبار تعدد الجنسيات نتيجة سلطة الدول في تحديد شروط التمتع بجنسياتها واكتسابها، وقد عبر بعض الفقهاء عن ذلك بعبارة " le désordre des nationalités"، دون أن ننسى حركية انتقال الأفراد عبر الدول[67].

ثانيا: المسائل الملغاة بموجب الأمر 05-01

أجمع الفقهاء على أن الجنسية علاقة بين شخص ودولة لها آثارها وانعكاساتها المتبادلة بين الطرفين، وبالتالي لا تخلو من كونها علاقة نفعية تحكمها اعتبارات قانونية، سياسية، اجتماعية وروحية تحددها الدولة المنظمة لها.

وفقاً لهذا التوجه قام المشرع الجزائري بإلغاء بعض المواد من قانون الجنسية بموجب التعديل الوارد في 2005، إذ نصت المادة التاسعة من الأمر 05-01 على إلغاء المواد: 03، 09، 16، 19، 28 و30 من الأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية[68]، وسنحاول الرجوع إلى مضمون هذه المواد حسب ترتيبها في فصول قانون الجنسية.

1- المواد الملغاة في الفصل الأول (الأحكام العامة)

تم إلغاء المادة الثالثة من قانون الجنسية التي كانت تشترط على كل شخص يريد اكتساب الجنسية الجزائرية بموجب الزواج المختلط أو التجنس (المادتين 09 و10 قبل 2005)، تقديم تصريح بالتخلي عن الجنسية الأصلية ويسري مفعول هذا التصريح من يوم

اكتساب الجنسية الجزائرية[69]، وبالتالي إذا لم يتم قبول طلب اكتساب الجنسية الجزائرية لشخص ما، لا يسري مفعول التصريح بالتخلي عن جنسيته الأصلية.

ونتصور أن شخصاً قدم تصريح بالتخلي عن جنسيته الأصلية وكانت جنسيته الوحيدة، بهدف تقديم طلب لاكتساب الجنسية الجزائرية، ثم بعد صدور مرسوم منح الجنسية الجزائرية له، قامت السلطات بسحبها منه، فيصبح عديم الجنسية، وعليه هذه المادة كانت تفتح المجال لمشكلة انعدام الجنسية التي تحاول مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية محاربتها.

لذلك نعتقد أن المشرع الجزائري أصاب لما ألغى هذه المادة لأنّها تقيد حرية الفرد من جهة، وتتدخل في مسألة جوهرية تتعلق بسيادة كل دولة في تحديد مواطنيها من جهة أخرى، فإلزام الأجنبي الذي يريد اكتساب الجنسية الجزائرية بالتخلي عن جنسيته الأصلية يعد مساس بسيادة هذه الدولة الأجنبية، لأن قانونها الداخلي هو الذي يحدد حالات التخلي أو فقد جنسيتها، مع ضرورة احترام الاتفاقيات الدولية.

جسد المشرع الوطني سيادة الدولة الجزائرية في تنظيم جنسيتها في المادة 30 من الدستور:" **الجنسية الجزائرية، معرفة بالقانون، شروط اكتساب الجنسية الجزائرية، والاحتفاظ بها، أو فقدانها، أو إسقاطها، محددة بالقانون**"[70]، ونلاحظ أنّه ورد في المادة الأولى من قانون الجنسية أن المرجع في تحديد شروط التمتع بالجنسية الجزائرية هو القانون الجزائري، وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات الدولية[71]، وكان على المشرع الحديث أيضاً على شروط اكتساب الجنسية الجزائرية، واستعمال عبارة دون الإخلال بالمعاهدات الدولية لأن الدستور الجزائري يضمن سمو المعاهدات الدولية المصادق عليها والمنشورة في الجريدة الرسمية على القوانين الداخلية، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي وافقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، وأكّد على حق كل شخص في الجنسية والحق في تغيير الجنسية[72].

2- **الفصل الثاني بعنوان التمتع بالجنسية الجزائرية**

لم تُلغى مواد في هذا الفصل من المادة 06 إلى المادة 08، لكن نلاحظ أن المشرع استعمل في المادة الثامنة من قانون الجنسية عبارة "إن الولد المكتسب للجنسية الجزائرية بموجب المادة 07..." وهذا خطأ لأن المصطلح القانوني الصحيح هو" إن الولد المتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب المادة 07..."[75]، ما دام أن المادة 07 تتعلق بالتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق أو رابطة الإقليم، وليس اكتساب الجنسية الجزائرية.

نستنتج أن المشرع جعل من حق الدم الأصل في التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية، لأنّه أطلق حق الدم من جهة الأب ومن جهة الأم وفقاً للمادة 06، وجعل من حق الإقليم الاستثناء في التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية، لأن ليس كل من يولد في الجزائر يتمتع بالجنسية الجزائرية، بل يجب تحقق فقط الحالتين المنصوص عليهما في المادة 07 من قانون الجنسية.

3- المواد الملغاة في الفصل الثالث (اكتساب الجنسية الجزائرية)

أُلغيت بموجب الأمر 05-01 مادتين في هذا الفصل، المادة التاسعة المتعلقة باكتساب الجنسية الجزائرية بالولادة والإقامة في الجزائر(أ)، والمادة 16 المتعلقة بمنع المتجنس بالجنسية الجزائرية من شغل مناصب نيابية (ب).

أ- إلغاء اكتساب الجنسية بالولادة والإقامة في الجزائر

كانت المادة 09 من قانون الجنسية (ملغاة) تنص على اكتساب الجنسية الجزائرية بالولادة أو الإقامة في الجزائر، وكذلك اكتساب الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية وأب أجنبي مولود خارج التراب الجزائري الجنسية الجزائرية، بشرط أن يعلن عن رغبته في اكتساب الجنسية الجزائرية خلال 12 شهراً السابقة لبلوغ سن الرشد، وأن تكون له إقامة معتادة ومنتظمة بالجزائر وقت التصريح عن هذه الرغبة[73].

أحسن المشرع لما ألغى هذه المادة لأن الفقرة الأولى منها أصبحت تدخل في الحالات المنصوص عليها في المادة 07 من قانون الجنسية بعد التعديل، المتعلقة "بالولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين" و"الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها"، بينما تدخل الفقرة الثانية في أحكام المادة السادسة من قانون الجنسية الجزائرية، أي أن كل من ولد من أم جزائرية يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق الدم من جهة الأم، ويجب أن نوضح بأن الولادة من أم جزائرية وكذا الولادة في الجزائر مع تحقق إحدى الحالتين الواردتين في المادة 07 من قانون الجنسية، يؤدي إلى تمتع الولد بالجنسية الجزائرية الأصلية[74]، فيكون إذن الولد أصيل وليس دخيل.

ب- إلغاء المنع من شغل مناصب نيابية

قبل 2005 كانت المادة 16 من قانون الجنسية (ملغاة) تنص على عدم إمكان المتجنس بالجنسية الجزائرية أن يترشح للانتخابات، في 05 سنوات الأولى التالية لنشر

مرسوم التجنس في الجريدة الرسمية[76]، وهذا يتعارض مع مواد دستورية منها المادة 50 التي تعطي لكل مواطن جزائري الحق في الانتخاب والترشح، المادة 29 التي تقضي أن جميع المواطنين سواسية أمام القانون، دون أي تمييز بسبب المولد، العرق، الجنس، الرأي أو أي شرط أو ظرف أخر شخصي أو اجتماعي، المادة 31 التي تفرض على مؤسسات الدولة ضمان مساواة كل المواطنين في الحقوق والواجبات بإزالة الصعوبات التي تحول دون تفتح الإنسان ومشاركته في الحياة السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية.

أكّدت المادة 32 من الدستور على حقوق المواطن، واعتبرتها إلى جانب الحريات الأساسية وحقوق الإنسان تراث مشترك بين جميع الجزائريين والجزائريات، وعليهم أن ينقلوها من جيل إلى آخر[77].

وعليه نقول أن المشرع وفّق في 2005 لما ألغى هذه المادة التي تتعارض مع الدستور مما يؤثر على فعالية التشريعات الوطنية، وتتعارض مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي أكّد في المادة 25 على حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية بما فيها حق الترشح والانتخاب[78].

4- المواد الملغاة في الفصل الرابع (فقدان الجنسية والتجريد منها)

نص المشرع في المادة 19 الملغاة في 2005 على إمكانية فقد الجزائري الذي يكون موظفاً في بلد أجنبي أو عضو في منظمة دولية لا تعد الجزائر عضو فيها، أو كان هذا الجزائري يقدم مساعدة لهذه المنظمة، ولم يتخل عن منصبه بعد إنذاره من قبل الحكومة الجزائرية وإعطائه أجل يتراوح بين 15 يوم وشهرين[79]، وهذا تقييد لحرية الفرد ومساس بحقوقه المدنية ويتعارض مع دستور الجمهورية[80].

وعليه فالمشرع أحسن لما ألغى هذه المادة لأنها تمس بالحقوق المدنية للفرد، وتتعارض مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكول الاختياري المتعلق به، انضمت إليهما الجزائر في 1989.

5- المواد الملغاة في الفصل الخامس (الإجراءات الإدارية)

أُلغيت في هذا الفصل كل من المادة 28 المتعلقة بحق وكيل الجمهورية الطعن في صحة طلبات اكتساب الجنسية (أ)، والمادة 30 التي تحدد الجهة المختصة بالنظر في الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة في القرارات الإدارية في قضايا الجنسية (ب).

أ- المادة 28 (ملغاة)

كانت تتناول حق الطعن المخصص لوكيل الجمهورية - دون سواه – فيما يتعلق بصحة كل طلب أو تصريح لاكتساب الجنسية الجزائرية أو استردادها أو التخلي عنها، إذا تمت الموافقة على هذا الطلب أو التصريح ضمنياً أمام المحكمة المختصة محلياً، وتعطي أيضاً الحق لكل شخص يعنيه الأمر أن يرفع الطلب إلى وكيل الجمهورية، كما بينت المادة مدة تقادم دعوى الطعن وهي سنتين من يوم النشر في الجريدة الرسمية[81].

نلاحظ أن هذه المادة كانت تُعطي الحق لكل شخص يهمه الأمر أن يطعن في صحة التصريح أو الطلب، غير أن المشرع في 2005 أعطى سلطة تقديرية مطلقة لوزير العدل في قبول أو رفض طلبات اكتساب الجنسية أو استردادها أو التخلي عنها، دون تقييده بمدة قانونية للرد على هذه الطلبات[82]، فلا داعي إذن من الإبقاء على هذه المادة.

فالسلطة التقديرية المطلقة الممنوحة لوزير العدل تنفي حرية الفرد في اكتساب الجنسية أو استردادها أو التخلي عليها، على الرغم من ضرورة تقديم الطلب الذي يجسد رغبة الفرد، إلاّ أن هذه الرغبة تصطدم دائماً بالسلطة التقديرية المطلقة لوزير العدل.

أ- المادة 30 (ملغاة)

تتعلق باختصاص المحكمة الإدارية في النظر بشأن الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية في قضايا الجنسية[83]، وعليه فإن إطلاق المشرع السلطة التقديرية لوزير العدل في 2005 فيما يتعقل في قبول أو رفض طلبات اكتساب الجنسية أو استردادها أو التخلي عنها، يعد في اعتقادنا السبب الرئيسي لإقدام المشرع على إلغاء المادتين 28 و30 من قانون الجنسية.

6- الفصل السادس بعنوان إثبات الجنسية والنزاعات

حافظ المشرع على كل مواد هذا الفصل من المادة 31 إلى المادة 40، مع إجراء تعديلات تُجسد الطبيعة السياسية للجنسية، ويتأكد ذلك من خلال أحكام المادة 38 من قانون الجنسية[84]، التي تضمن لكل فرد الحق في رفع دعوى يكون موضوعها استصدار حكم بتمتعه أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية، وتُرفع الدعوى ضد النيابة العامة دون الإضرار بحق تدخل الغير، وتحتفظ النيابة العامة وحدها بالحق في رفع دعوى يتعلق موضوعها الأصلي بإثبات تمتع المدعى عليه بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتعه بها، وتكون النيابة العامة ملزمة بإقامة هذه الدعوى في حالة ما إذا طلبت منها ذلك سلطة من السلطات العمومية[85].

إذن كل سلطة عمومية تابعة للجمهورية الجزائرية تتمتع بحق إلزام النيابة العامة بإقامة دعوى إثبات تمتع فرد بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتعه بها، واستعمل المشرع عبارة " إثبات تمتع أو عدم تمتع "، وكأن الدعوى تتعلق فقط بذوي الجنسية الجزائرية الأصلية، لأن التمتع بالمفهوم القانوني يختلف عن الاكتساب أو التجنس، لكن المشرع قصد أيضاً مكتسبي الجنسية الجزائرية.

خاتمة

يظهر جلياً أن الدولة الجزائرية لديها الحرية في تنظيم جنسيتها، لكن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي مقيدة بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر والمنشورة في الجريدة الرسمية.

لقد حاول المشرع الجزائري مواكبة التطورات التي شهدها المجتمع في شتى المجالات، والوفاء بالتزاماته الدولية ذات العلاقة بموضوع الجنسية، عن طريق تعديل قانون الجنسية الجزائرية في 2005، وأبرز ما نلاحظه بعد هذا التعديل هو:

-إطلاق حق الدم من جهة الأم، فكل من يولد من أم جزائرية يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية على أساس حق أو رابطة الدم من جهة الأم، وفقاً لأحكام المادة 06 من قانون الجنسية.

- الطابع السياسي للجنسية، ويظهر ذلك من خلال تأكيد المشرع على ضرورة صدور مرسوم رئاسي لمنح الجنسية الجزائرية.

- التمييز بين الجنسين فيما يتعلق بامتداد الجنسية الجزائرية المكتسبة إلى أولادهما القصر، فتمتد فقط إذا ما كان الأب هو من اكتسب الجنسية الجزائرية.

- التمييز بين الجنسين فيما يتعلق بإثبات التمتع بالجنسية الجزائرية عن طريق النسب، فيعتد فقط بالأصلين الذكرين من جهة الأب أو الأم، المولودين في الجزائر والمتمتعين بالشريعة الإسلامية، دون الأصلين الأنثيين.

- السلطة التقديرية المطلقة لوزير العدل في قبول أو عدم قبول طلبات اكتساب الجنسية الجزائرية، وعدم تقييده بمدة للرد على هذه الطلبات.

- التعارض في بعض النقاط مع الدستور، قانون الأسرة وبعض الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر والمنشورة في الجريدة الرسمية.

- تعامل المشرع الجزائري بحذر شديد مع موضوع الجنسية، نظراً لطابعها السياسي وارتباطها بموضوع حساس في مجال القانون الدولي الخاص، المتمثل في الأحوال الشخصية المرتبطة بأحكام الشريعة الإسلامية، والتي أخضعها المشرع لضابط الجنسية.

يجب التذكير أنّه هناك جوانب إيجابية لا يمكن إنكارها في تعديل 2005، كإلغاء شرط التنازل عن الجنسية الأصلية لتقديم طلب اكتساب الجنسية الجزائرية، ومحاولة المشرع محاربة مشكلة انعدام الجنسية من خلال المادتين 06 و07 من قانون الجنسية، إذ جعل من حق الدم (رابطة الدم) من جهة أحد الوالدين الأصل في التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية دون تمييز بين الأب والأم بموجب المادة 06، ومن حق الإقليم (رابطة الإقليم) الاستثناء في التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية حسب أحكام المادة 07، إضافةً إلى إلغاء بعض المواد التي تتعارض مع الحقوق المدنية والسياسية للمواطن كالمادة 16.

لكن لا يزال قانون الجنسية يثير حالات التعارض مع مواد في الدستور، قانون الأسرة والاتفاقيات الدولية خاصة ما يتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، وكذا المساواة بين الجنسين، كما أن الواقع يفرض حالات أخرى لم يتناولها المشرع الجزائري، فيكون الولد عديم الجنسية مثل:

- الولد الذي عثر عليه في الجزائر وتبين بعد التحقيق أنّه ليس حديث العهد بالولادة.
- الولد المولود في الجزائر من والدين مجهولين الجنسية.
- الولد المولود في الجزائر من والدين عديمي الجنسية.
- الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم عديمة الجنسية.
- الولد المولود في الجزائر من أب عديم الجنسية وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات تثبت جنسيتها.
- الولد المولود في الجزائر من أب مجهول الجنسية (أي مسمى فقط دون أي معلومة عن جنسيته) وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات تثبت جنسيتها.

يجب تدارك كل هذه النقائص لأنّه لا يعقل أن يتحمل الأولاد أخطاء أوليائهم، والمجتمع الدولي يسعى جاهداً لمحاربة مشكلة انعدام الجنسية لأنّها تثير مشاكل على المستويين الداخلي والدولي، وعلى المشرع الجزائري أيضاً العمل من أجل الوفاء بالتزاماته الدولية.

الهوامش:

[1]- راجع المادة 30 من دستور 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم96 -438، المؤرخ في 07-12-1996، ج ر ع 76 صادر بتاريخ 08-12-1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-19، المؤرخ في 15-11-2008، ج ر ع 63 صادر بتاريخ 16-11-2008.

[2]-BENCHENEB Ali, « le droit de la nationalité algérienne ; un essai de décryptage de l'outil politique », in : L'exigence et le droit, Mélanges en l'honneur de professeur ISSAD Mohand, Edition AJED, Alger 2011, p 66.

[3]-Ibid, p 43.

[4]- أمر رقم 70-86، مؤرخ في 15-12-1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر ع 105 صادر بتاريخ 18-12-1970.

[5]- أمر رقم 05-01، مؤرخ في 27-02-2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86، المؤرخ في 15-12-1970، والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر ع 15 صادر بتاريخ 27-02-2005.

[6] - قانون رقم 05-08، مؤرخ في 04-05-2005، يتضمن الموافقة على الأمر 05-01، المؤرخ في 27-02-2005، الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 70-89، المؤرخ في 15-12-1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر ع 43 صادر بتاريخ 22-06-2005.

[7]-المادة 04 من الأمر رقم 70-86، المتضمن قانون الجنسية، السالف الذكر.

[8]-المادة 04 من قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-01، السالف الذكر.

- راجع أيضاً المادة 40 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26-09-1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر ع 78 صادر بتاريخ 30-09-1975.

[9]- راجع المادة 05 من الأمر 70-86، السالف الذكر.

[10]- راجع المادة 05 من قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[11]- راجع المادة 06 من المرجع نفسه.

[12]-BENCHENEB Ali, op-cit, p 50.

[13]- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 02-09-1990، صادقت عليها الجزائر مع تصريحات تفسيرية، بموجب مرسوم رئاسي رقم 92-461، مؤرخ في 19-12-1992، ج ر ع 91 صادر بتاريخ 23-12-1992.

[14]- هذا ما تدافع عنه الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، أنظر: المرأة الجزائرية...واقع ومعطيات، الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، (د س ن)، ص11.

[15]- راجع المادة 04 من الأمر 05-02، المؤرخ في 27-02-2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 09-06-1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 15 صادر بتاريخ 27-02-2005. موافق عليه بموجب قانون رقم 05-09، مؤرخ في 04-05-2005، ج ر ع 43، صادر بتاريخ 22-06-2005.

ولتفاصيل أكثر حول عدم المساواة بين الجنسين راجع المواد: 11-31-48 و87 من قانون الأسرة، السالف الذكر.

[16]- المادة 17 من قانون الجنسية المعدل بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[17]- راجع المادة 07، الحالة الثانية من الأمر 70-86، المتضمن قانون الجنسية، السالف الذكر.

[18]- راجع المادة 07، الحالة الثانية... الأمر05-01، المعدل والمتمم لقانون الجنسية، السالف الذكر.

[19]- راجع المواد 29،31 و32 من دستور 1996، السالف الذكر.

[20]-" لكل مواطن تتوافر فيه الشروط القانونية أن ينتخب وينتخب "، المادة 50 من المرجع نفسه.

[21]-BENCHENEB Ali, op-cit, p 45.

راجع أيضاً المادة 73 من دستور 1996، السالف الذكر.

[22]- راجع المادتين 07 و08 من قانون الجنسية، السالف الذكر.

[23]- للإطلاع على شروط اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط راجع المادة 09 مكرر من قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[24]- راجع المادة 25 من قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[25]- راجع المادة 31 من الأمر 05-02، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[26]- راجع المواد من 10 إلى 16 والمادة 22 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26-09-1975، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-10، مؤرخ في 20-06-2005، ج ر ع 44، صادر بتاريخ 26-06-2005.

[27]- راجع المواد 11، 12 و13، المرجع نفسه.

[28]- المادة 22، المرجع نفسه.

[29]- راجع المادة 25 من قانون الجنسية، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[30]- راجع الفقرة الأولى من المادة 26، المرجع نفسه.

[31]-BENCHENEB Ali, op-cit, p59.

[32]- راجع المادة 26، الفقرة 02 من قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[33]-BENCHENEB Ali, op-cit, p59-60.

[34]- راجع المادة 12 من قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[35]- راجع المادة 10، المرجع نفسه.

[36]- BENCHENEB Ali, op-cit, p 60.

[37]- راجع المواد 06، 09 مكرر و11 من قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[38]- اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 13-12-2006، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 09-188، مؤرخ في 12-05-2009، ج ر ع 33 صادر بتاريخ 31-05-2009.

[39]- راجع المادة 132 من دستور 1996، السالف الذكر.

[40]- راجع المواد:31، 32 و44 من المرجع نفسه.

[41]- لم يلحقها أي تعديل في 2005، راجع المادة 15 من قانون الجنسية السالف الذكر.

[42]- راجع المادة 16 من قانون الجنسية، الملغاة في 2005 بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[43]- راجع المادة 17 من قانون الجنسية(قبل تعديل 2005)، السالف الذكر.

[44]- راجع المادة 17 من قانون الجنسية، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[45]-« la Nationalité Algérienne est un privilège de l'Etat, octroyé à l'individu… », Voir : Acquisition de la Nationalité Algérienne, R.A.D.P, Ministère de la justice, in : www.mjustice.dz, p 02.

[46]- راجع المادة 20 من قانون الجنسية، المعدل والمتمم بموجب الأمر05-01، السالف الذكر.

[47]- راجع الماد ة21 من قانون الجنسية (قبل تعديل 2005)، السالف الذكر.

[48]- راجع المادة21 من قانون الجنسية، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[49]- راجع المادة 22، المرجع نفسه.

[50]- راجع المادة 24 من المرجع نفسه.

[51]-" ترفع طلبات اكتساب الجنسية الجزائرية أو التخلي عنها أو استردادها إلى وزير العدل، مصحوبة بالعقود والوثائق والمستندات التي تُثبت استيفاء الشروط القانونية "، المادة 25 من المرجع نفسه.

[52]- BENCHENEB Ali, op-cit, p 66.

[53]- راجع المادة 25 من الأمر 70-86، المتضمن قانون الجنسية، السالف الذكر.أنظر أيضاً :
-BENCHENEB Ali, op-cit, p 66.

[54]- راجع المادة 26 من قانون الجنسية المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[55]-أنظر المادة 27 من قانون الجنسية لسنة 1970 والنص المعدل في 2005 بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[56]- راجع المادة 12، المرجع نفسه.

[57]- راجع المادة 32 من قانون الجنسية المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[58]- راجع المادة 41 من قانون الأسرة السالف الذكر.

[59]- انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51، مؤرخ في 02-01-1996، ج ر ع 06 صادر بتاريخ 24-01-1996.

[60]- راجع المادة 132 من دستور 1996، السالف الذكر.

[61]- راجع المادة 2/32 من قانون الجنسية...05-01، السالف الذكر.

[62]- راجع المادة 33 من المرجع نفسه.

[63]- المادة 35، المرجع نفسه.

[64]- راجع المادة 37 من المرجع نفسه.

[65]- راجع المواد: 38، 39 و40 من المرجع نفسه.

[66]- راجع المادة 22 من القانون المدني، السالف الذكر.

[67]- BENCHENEB Ali, op-cit, p 67.

[68]- راجع الأمر رقم 05-01، السالف الذكر.

[69]- المادة 03 (ملغاة) من قانون الجنسية، السالف الذكر.

[70]- المادة 30 من دستور 1996،السالف الذكر.

[71]- راجع المادة الأولى من قانون الجنسية، السالف الذكر.

[72]- المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (المادة11 من دستور 1963)، ج ر ع 64، صادر في 1963.

[73]- المادة 09 (ملغاة) من قانون الجنسية، السالف الذكر.

[74]- راجع المادتين 06 و07 من المرجع نفسه.

[75]- راجع المادة 08 من المرجع نفسه.

[76]- المادة 16 (ملغاة)، المرجع نفسه.

[77]- راجع المواد: 29، 31، 32 و50 من دستور 1996، السالف الذكر.

[78]- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، انضمت إليه الجزائر وإلى البروتوكول الاختياري المتعلق به، بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-67، مؤرخ في 16-05-1989، ج ر ع 20 صادر بتاريخ 17-05-1989.

[79]- المادة 19 (ملغاة) من قانون الجنسية السالف الذكر.

[80]- راجع المادة 44 من دستور 1996، السالف الذكر.

[81]- راجع المادة 28 من قانون الجنسية، السالف الذكر.

[82]- راجع المادة 26 من المرجع نفسه، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01، السالف الذكر.

[83]- راجع المادة 30 (ملغاة) من المرجع نفسه.

[84]- BENCHENEB Ali, op-cit, p 59-60.

[85]- راجع المادة 38 من قانون الجنسية السالف الذكر.

آثار التطور التكنولوجي على حقوق المؤلف في التشريع الجزائري

بن شعلال الحميد
أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة :

طيلة مدة طويلة كان المؤلف يبحث على الموافقة بين دورتين متناقضتين ، الدورة الأولى هو آماله في أن يكون معروف من أوسع جمهور ممكن ، و الذي يدفعه إلى نشر و توزيع مصنفه مع احتمال أن يكون مصنفه محل استنساخ دون ترخيص أو حتى تقليد .

و الدورة الثانية هو رغبة المؤلف في أن يعترف به أنه هو المؤلف الوحيد للمصنف لكن بالنسبة للسلطات العمومية (الدولة) فهذا الحل ليس بالحل الأمثل بسبب المنفعة الاجتماعية للمصنف ، و بالتالي يجب على التشريع المتعلق بقانون المؤلف أن يتفادى تعسف المؤلف في عدم استعمال مصنفه ولكن في نفس الوقت يجب على هذا التشريع أن يخلق الظروف المناخية و بلورة الفنون الجميلة و لذا يجب أن يضمن للمؤلف مستوى كاف من الاستقرار و الأمن القانوني و الاعتراف له بحقوقه الكاملة يعني المادية و المعنوية على مصنفه ، قصد أولا مكافئة المؤلف و ثانيا وضع مفكرين آخرين للتأليف و الإبداع و الابتكار ، ولا يمكن أن يكون توزيع المصنف غائب عن البحث عن هذا التوازن و كل الأمر متعلق و مرتبط بقدرة إمكانية الاستنساخ و لإعادة استعمال المصنف[1] .

و كما يقال للجمهور الحق في أن يكونوا مطمئنين أن المصنف الذي يهمهم يكون من إنتاج فكر المؤلف دون تعديل أو تحريف مهما كان مستوى التعديل أو التحريف ، و هذه الإشكالية كانت موجودة حتى قبل اختراع الطباعة حيث كانت المكتبات تمارس رقابة فكرية واقتصادية على حتى ما يسمى بتسويق الكتب ، وكانت الرقابة تهدف إلى التأكيد على أن الكتب الضرورية لدراسة الأساتذة و التلاميذ لا تحمل أخطاء تؤدي إلى تحريف المعنى و بعد ذلك تسمح بالحصول على نسخ ، و هذه المنهجية كانت تسمح بتفادي تغيرات

أو تعديلات جسيمة أكثر فأكثر من نسخة إلى نسخة أخرى مادام أن كل نسخة أصبحت مستخرجة من نموذج موحد .

لكن هل معنى ذلك أن المسألة الوحيدة المرتبطة في حق المؤلف و التقنيات الرقمية و الإنترنت تدور حول ملكية الحقوق واحترام حقه أو حقوق المؤلف على مصنفه ؟ ، فالإجابة إذن أن هذا غير صحيح فالمحيط الرقمي العصري المعمول به يسمح أيضا بتحريفات المصنف تحريفات خطيرة بما أنها هي سهلة يسيرة للإنجاز أو صعبة للاكتشاف و كل التقنيات الحديثة تشكل أخطار للمصنف و لحقوق المؤلف ، و في يومنا هذا كل ما يكتب أصبح موضوع الإنترنت ، و كما هو الحال بالنسبة للكتب الموجودة في مكتبة معينة و التي هي تحت تصرف الجمهور فالوثيقة الموجودة على شبكة الانترنت يمكن الإطلاع عليها من قبل كل الجمهور رغم أنها يصعب إيجادها في بعض الأحيان ويمكن الإطلاع عليها ، وهناك احتمال أن تكون محرفة كما أنها قابلة للاستنساخ دون حدود مما يشكل خطر لاستقرار محتواه ومساس بسلامة المصنف ، والهدف من التشريع هو البحث على توازنات بين كل هذه النقاط أي بمعنى حماية حقوق المؤلف الواردة على مصنفه الذهني ، وحماية سلامة المصنف ، وضمان توزيع المصنف في أحسن الظروف ، وبالتالي ضمان صحة النسخ والمحيط الرقمي ، وبالخصوص شبكة الإنترنت تجعل هذا التوازن صعب ميدانيا سواء بالنسبة لاكتشافه وللحفاظ عليه ، ومحل ذلك هو تحليل آثار شبكة الانترنت على حق المؤلف والحقوق المجاورة خاصة الفنانين الممثلين ، نظرا لظهور هذه الوسيلة الجديدة للاتصالات وتقييم وضعية احترام حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة في التكنولوجيات الجديدة في الإعلام[2] .

المبحث الأول: آثار الانترنت على حقوق المؤلف

تبرز قدرة قانون المؤلف في التوافق مع تقنيات جديدة وأيضا ضعفه الخاص أمام رقمنة المصنفات وجمع هذه التقنيات مع نشر المصنفات له تأثير على قانون المؤلف وعليه فإننا نبرز نقطاط أساسية هي: النقطة الأولى تتمثل في تبيان نظرة تاريخية على قانون المؤلف، والنقطة الثانية تتمثل في الثورة الرقمية وأخيرا آثار الرقمنة .

المطلب الأول: نظرة تاريخية على قانون المؤلف

إن تاريخ قانون المؤلف مرتبط مع تاريخ الكتاب والجمهور وإبراز الفرد ، وبصفته نقطة أساسية للقاء ما بين القارئ الذي هو المستفيد من المصنف و المؤلف

الذي هو مبدع المصنف والكتاب الذي هو دعامة المصنف (دعامة مالية) ، والإبراز التدريجي لحق معترف به للمؤلف على عمله الفكري يشكل مركز- إن صح التعبير- لثلاثة مصالح والتي هي في بعض الحالات متناقضة وتتمثل في مصالح المؤلف، مصالح المستهلك، مصالح الناشر[3] .

ودور المشرع الجزائري يتمثل في إيجاد نقطة التوازن مابين هذه المصالح الثلاثة، وعادة تتدخل الدولة في تمويل الكتاب وأيضا الاعتراف بخاصية المصنف ، هو شيء قديم جدا وحسب بعض الفقهاء فكلمة الانتحال ظهر لأول مرة عند الشاعر الاسباني الروماني " مارك فالير مارسيال " حينما اكتشف أن مصنفاته قد استغلت دون رخصة منه ومنذ ذلك العهد وبقيت استعمال كلمة انتحال والتي تعبر عن الجريمة من قبل سرقة لشيء مكتوب .

أولا: مرحلة امتياز صاحب المكتبة على المصنف المطبوع

ظهرت مسألة الامتيازات في أوروبا وخاصة في انجلترا وفرنسا ، ومنذ المراحل الأولى لتطوير حق الامتياز كان الامتياز يفرق بين الامتياز المالي و الامتياز المعنوي ، فبالنسبة للامتياز المعنوي فبعض الفقهاء وخاصة الفقهاء الفرنسيين بينوا أن هذا الجزء من حق المؤلف ظهر في العصور القديمة بمناسبة سرقة المخطوطات واعتبروا أنها من طبيعة خاصة تختلف عن سرقة أموال أخرى (الأموال المادية) ، وحسب الفقيه الفرنسي " كلود كلومبي" وكان الاعتراف عنده ضمني وأن المخطوطات تتميز ليس فحسب أنها مال اقتصادي بل هي مرتبطة أو لاصقة مع شخصية مبدعها أو مع شخصية المؤلف[4] ، أما مصادر الحق المالي يمكن ربطها مع امتيازات الطباعة وبالفعل وفي ميدان الإبداع الأدبي ومع اختراع الطباعة تجسد مفهوم المؤلف انطلاقا من هذه الامتيازات التي ظهرت في الفترة الممتدة مابين أوائل القرن 16ق م وأواخر القرن 18ق م في فرنسا وفي باقي البلدان الأوروبية ، وكان له تأثير كبير على تطور قانون المؤلف والملاحظ من هذه الزاوية هو أن امتياز الطابع أو الناشر سبق امتياز المؤلف ، والامتيازات بدأ منحها في القرن 16 ق م من قبل السلطات العمومية التي كان شغلها الشاغل ليس حماية حق المؤلف ولكن رقابة تجارة الكتب و تنظيم المهنة أي مهنة الطباعة ومن أوائل الامتيازات التي منحت في مدينة إيطاليا هي فينيزيا وذلك سنة 1495 وهذا لنشر مصنفات الفيلسوف اليوناني "أرسطو" متبوعا بامتيازات أخرى في فرنسا مابين سنة 1507 و 1508 ، وكان المؤلف آنذاك على العموم يكره المكافئة المالية من صاحب المكتبة ماعدا إذا قام بعمليات

التصحيح لحساب المكتبة وكان المؤلف يفضل أن يعيش من الهيبات التي كان يحصل عليها بمناسبة إهداء الكتاب .

وبالفعل تبين دراسة هذه الامتيازات أنها كانت موجهة ليس للمؤلف وكانت في الحقيقة تهم صاحب المطبعة والمكتبة فقط الذي كان ملزم قبل كل شيء بتقديم المصنف للسلطة العمومية التي كانت لها السلطة التقديرية في ممارسة الرقابة على المصنفات ، و يتمثل الامتياز الممنوح في احتكار مؤقت في طبع المصنف الذي كان من المفروض أن يعوض لصاحب الامتياز تكاليف الطبع وهذا الاحتكار كان غالبا يساوي الوقت الذي يعتبر ضروري لنشر المصنف[5] .

إذن فالامتياز كان يحمي ليس المصنف كإبداع ذهني ولكن منتوج الطبع وكان المؤلف أساسا خاضع لشروط الطابع بما فيه التنازل عن بعض الحقوق مثلا حق نشر كتاب الذي تحصل على نسخة منه دون ترخيص المؤلف .

ثانيا: امتياز المؤلف على مصنفه

إن ظهور امتياز المؤلف بالمقارنة مع أصحاب المكتبات كان مؤخر جدا حيث الاعتراف بحقه ألاستئثاري على

مصنفه كرس في أواخر القرن 18 ق م وكان هذا التكريس تدريجي في كل الدول منها انجلترا بقانون معروف وهو قانون الملكية سنة 1907 ، ثم اسبانيا في ظل القانون الصادر سنة 1763 ، ثم فرنسا تحت قانون 1777 ، أما بالنسبة للدول العربية و الإسلامية لا توجد في الماضي تشريعات تتعلق بحق المؤلف باستثناء آيات من القرآن الكريم عامة تعاقب خاصة على السرقة مثل قوله تعالى " السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما ..." ، وأول نص قانوني وضعي هو القانون العثماني لسنة 1902 الذي بقي مطبق إلى غاية ماض قصير قبل أن تقوم الدول المعنية بإصدار قوانين وضعية وعصرية خاصة بحقوق المؤلف.

ومن خلال هذا التمييز بين الامتيازات الممنوحة للمؤلف و لصاحب المكتبة (الناشر) نستخلص أن مدة حماية الامتيازات تختلف بما أنه بالنسبة للمؤلف امتيازه له طابع دائم ، غير أن الامتيازات المعترف بها لأصحاب المكتبة هي مؤقتة ولا يمكن أن تمتد بعد وفاة المؤلف ، والقوانين التي أصدرت فيما بعد أخذت بعين الاعتبار هذا التمييز والدليل عن ذلك أن أصحاب المكتبات أصبحت تخضع لقانون يختلف تماما عن قانون المؤلف

الذي يتميز بما يسمى بازدواجية حقوق المؤلف أو المبدع والتي تتمثل في حقوق معنوية وحقوق مادية(مالية) .

ثالثا: ملكية المؤلف على ثمار عمله

إن مفهوم حق المؤلف على مصنفه كحق ملكية هو مرتبط بظهور الدولة المعاصرة ، وأن الامتياز يخضع لسلطة تقديرية للملك آنذاك ، حيث أصبح حق المؤلف مرتبط به عموما ودون شرط من طرف القانون، رغم الصعوبات التي تلقاها المؤلفين عبر التاريخ وبالفعل نهاية القرن 18ق م وخاصة في بعض البلدان ومنها فرنسا وتميزت بالنزاع بين الهدف الثوري(1789) الذي يعرض حرية الطبع كنتيجة للممارسة الحرة لكل نشاط اقتصادي، وبالتالي وفي آن واحد زالت الامتيازات والفكرة التي تنادي بأن الاحتكار هو الوسيلة الوحيدة لحماية حقوق المؤلف[6] .

ولقد حاول بعض الكتاب آنذاك إيجاد تبرير أكثر فعالية لاحتكار في الطبع عوض عن الامتياز الممنوح من قبل السلطات فقط ، ومن بين هؤلاء الكتاب نجد الأديب الفرنسي"ديدروا" الذي دفع على مفهوم معاصر للمؤلف والذي تعمم شيئا فشيئا في أوروبا، وعلى أساس حركات المؤلفين ظهرت تدريجيا قوانين معاصرة التي أشرنا إليها آنفا في كل بلد منها فرنسا التي بقي قانونها المؤرخ في 1957/03/11 يطبق في الجزائر بعد استرجاع السيادة الوطنية إلى غاية سنة 1973 والتي ظهر فيها أول قانون جزائري في ميدان حقوق المؤلف، ومن خلال هذه النظرة السريعة يمكن القول :

- أن قانون المؤلف المعاصر قد تشكل أو تكون من جهة وفق مفهوم قانون شخصي ومن جهة أخرى بصفة مشتركة مابين المشرع والمبتكرين بمعنى المؤلفين على الأقل في بعض البلدان وخاصة في البلدان الأوروبية ، لكن لم يفكر المشرع الجزائري آنذاك في تطور أساليب الصور للاستنساخ وبالتالي التطور غير العادي للنسخة الخاصة ، وبظهور وسيلة النقل عن طريق شبكة تسمح للمرسل إليه باستلام مصنف واحد غالبا و كل ما هو ممكن استلامه في مادة المصنفات[7] .

ورغم ذلك حاول التشريع أن يتلاءم مع الوسائل التكنولوجية الجديدة والتي ظهرت منذ زمن والتي تتمثل في الإبداع والسينما والتلفزة والمواصلات وبرامج الإعلام الآلي ، وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه أخذ بعين الاعتبار بجزء من هذه التطورات التكنولوجية الجديدة خاصة في الأمر الصادر في 2003 المعمول به حاليا[8] ، وخاصة في

1973 لم يأخذ المشرع بالتطورات التكنولوجية الجديدة و حتى الحقوق المجاورة لم يفكر فيها ، ورغم ذلك تبقى النصوص القانونية وخاصة المادة 4 من الأمر 2003[9] تحمي المصنفات الأصلية وتعطي قائمة خاصة بها وهي طريقة سليمة لأنها تسمح للمشرع الجزائري بإدماج المصنفات الأصلية والمدمجة ، وهي من الجانب السلبي كون المشرع ذكر بعض المصنفات منها برامج الإعلام الآلي أين أدمجها في قانون المؤلف كمصنف أدبي أو فني بصفة مؤقتة وليس بصفة دائمة إلى غاية إيجاد الحل .

المطلب الثاني: الثورة الرقمية

إن الرقمنة هي تقنية تسمح بنقل الإعلام و تكمن قوتها فيما يمكن أن نسميه بقدرتها في تقسيم لبعض المفاهيم ، بمعنى كل مضمون مهما كان شكله يمكن أن نقسمه أو نجزئه ونحافظ عليه ، وفائدتها تكمن في قدرتها على الاسترجاع يعني ذلك كل تصغر يمكن أن يكون محل للعملية المعاكسة لإعادة التشكل ينقص الصورة للمضمون الأصيل وبهذه الكمية تضيف شبكة الانترنت بما يسمى سحر كلية الحضور ، الذي يتمثل في إزالة المسافات وسرعة المواصلات و تسهيل النقل للمضمون عبر العالم ، وتسمح كذلك بالنقل السريع للمعلومات وبقرصنة المواصفات بأكثر سهولة .

أولا: مفهوم الرقمنة

يعتبر رقمي كل ما يتعلق بالأرقام وبالتالي تتمثل رقمية المصنف في تحويله إلى سلسلة من الأرقام وهذه التقنية أي تقنية الرقمنة المستعملة منذ 1980 بما يسمى القرص الرقمي، حيث أن الإشارة الظاهرة أو المسموعة هي قبل كل شيء تقسم على فصول متساوية ثم يقسم حد كل عينة ثم يحول بعد ذلك إلى ما يسمى اللغة المزدوجة ، ويكفي حينئذ قراءة سلسلة هذه العينة لإعادة تكوين ترجمة تامة لبرقية أصلية وبأكثر دقة استنساخه لكي يكون مماثل للأصل ، لكنن في شكل لغة أخرى وهي اللغة الرقمية فمثلا بالنسبة للمنتوج النهائي هو نفس المنتوج لكن يختلف تركيبه وفي حالة القرص الرقمي توضع السلسلة المزدوجة على سطح القرص وتتم قراءته حزمة مما يستبعد كل التماس بين القرص والقراءة الكلاسيكية للمصنف[10] .

ولهذه التقنية مميزات معتبرة حيث أنها تستبعد خطر إتلاف الإعلام وعلى الأقل مبدئيا بما أنه توضع المعلومة ليس على سطح القرص كما الحال في الماضي ، لكن داخل القرص تصبح حينئذ محمية خاصة من الاستعمالات السيئة والنوعية الأصلية للتجميع

تبقى محفوظة ، وبالتالي يمكن القول أن الرقمنة تمنح سهولة معتبرة للحفاظ على المعلومات وللإطلاع عليها ولاستنساخها ولتعديلها .

1- تسهيل الحفاظ على المعلومات

قبل كل شيء تسمح هذه التقنية أي تقنية الرقمنة بتخزين عدد كبير من المعلومات على أن الساحة ضيقة جدا ، ألا وهو القرص الرقمي والذي هو يمكن أن يستقبل أكثر من 6 ملايير من المعلومات القاعدية ، غير أن ذاكرة جهاز الحاسوب كانت تستقبل بصعوبة 64 أو إلى غاية 128 كيلوهوكتات وهذا دليل على أهمية هذه الرقمنة ولأنها تسهل تخزين المعلومات والمثال على ذلك القرص الذي له 12 قطر يمكن أن يخزن[11] .

2- تسهيل الإطلاع على المعلومات

أن محركات البحث تسمح في ظرف بعض الثواني بالبحث على استشهاد بحث معين داخل نصوص عديدة ومشكلة من آلاف الصفحات أما بالنسبة لمسيري خزائن الملفات فإنها تسمح لهم بترتيب كل المصنفات الرقمية حسب النوع والفئات وهذا بكل سهولة.

3- تسهيل الاستنساخ

إن النوعية الأساسية للمصنف الرقمي هي من دون شك الحصول عليه بكل سهولة لكن سهولة استنساخ المصنف جزئيا أو كليا يسمح بتكوين نوع ما مكتبة كاملة من المصنفات أو الأجزاء منها التي نعتبرها هامة بالنسبة للموضوع الذي هو محل الدراسة، وهذه التقنية أي تقنية الاستنساخ في إطار الرقمنة لا تقتصر على المصنف المكتوب بل تستعمل في المصنفات السمعية و الصور وحتى الصور الثابتة والصور المتحركة ، ويمكن استنساخ المصنف جزئيا فقط ، حيث لا يوجد مانع في أن يستنسخ جزء واحد من النص أو من المصنف قصد إدماجه في نص أو مصنف آخر ، والعلاقة بين النصوص تسمح بالانتقال الفوري من وثيقة إلى وثيقة أخرى، وبعبارة أخرى تسمح بما يسمى التجول بين المصنفات[12] .

ثانيا: العلاقة مابين الرقمنة وشبكة الانترنت

أن شبكة الانترنت هي مجموعة الشبكات الإعلامية العامة و الخاصة والمرتبطة مع بعضها البعض على أساس ما يسمى بروتوكول اتصال ، وأول شبكة من هذا النوع أنجزت سنة 1969 من قبل وزارة الدفاع الأمريكية وتطورت تدريجيا فيما بعد الاتصالات أو

المواصلات بين الشبكات و أصبح كل ذلك ممكن على أساس قواعد مشتركة خاصة معروفة تحت اسم ، أو موجودة في بروتوكول الاتصال و الذي أنجز تدريجيا سنة 1970 و في سنة 1979 أنجزت وزارة الدفاع الأمريكية شبكة تحت اسم internet configuration وفي سنة 1983 فصل الجانب العسكري عن الجانب المدني والمخصص لاتصالات المؤسسات العلمية و لكن تم إدماجه منذ 1990 في شبكة معروفة تحت اسم شبكة الجمعية الوطنية للعلم والتي دعمت التطور التكنولوجي إلى غاية سنة 1995 ، وحينئذ بدأ الانترنت يفتح إلى الجمهور، وفي سنة 1992 لاحظنا ظهور ما يسمى موقع الواب هذا من جهة ومن جهة أخرى لوحظ ظهور شبكات أخرى خاصة مرتبطة مع بعضها البعض والتي عوضت ابتداء من سنة 1995 بشبكة الجمعية الوطنية للعلم الأمريكي[13] ، وإذا جمعنا بين استعمال الأنترنت الذي هو أسلوب النشر والرقمنة التي هي الدعامة فنلاحظ إنشاء أو وجود فضاء جديد و الذي هو غير منظم من قبل أي دولة أو أي منظمة دولية ، ونلاحظ أن هذا الفضاء قد تطور عبر العالم والدليل عن ذلك هو العدد المرتفع للمستعملين والتي على سبيل المثال في انجلترا نجد تقريبا 15مليون مواطن داخل في هذه الشبكة ومتبوعة بألمانيا وفرنسا و وم أ ، أما في الجزائر فإن مستعملي شبكة الانترنت أقل من العدد المذكور في البلدان المتطورة وهو حوالي خمسة ملايين مستعمل إلى حد الآن .

المطلب الثالث: آثار الرقمنة على حقوق المؤلف

أن هذه الآثار عديدة أو كثيرة وكان من المنتظر أن التحكم في تقنيات الرقمنة يكون بنتائج سلبية على بعض الجوانب الخاصة بحقوق المؤلف ، ومن بين هذه النتائج نتوقف على اثنتين منها منها أساسية وهي :

أولا: المصنف المصطنع(المستنسخ)

إن أول آثار للرقمنة على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة مرتبط بإمكانية تعديد المصنف بدون حدود دون أن تتمكن من التمييز بين النسخة الأخيرة أو آخر نسخة والنسخة الأصلية وهذا النوع من الاستنساخ يؤدي إلى الكلام على le clonage عوضا عن النسخة، وزيادة عن هذا المساس استنساخ الحقوق وهو حق من الحقوق المالية للمؤلف،

فالخلط بين الرقمنة والانترنت يضيف خطر آخر بالنسبة لأصحاب الحقوق ويتمثل هذا الخطر فيما يسمى بذواب المصنف مع مرور الزمن، والنشر الأدبي أو الموسيقي والسمعي

البصري يؤثران بالأمثلة البارزة لهذا الذواب وهذا حسب الفقيه الفرنسي "أندري لوكا رد"[14].

ويبدوا أن التطور التكنولوجي تغلب على الدهنيات بالفعل ظهر في يومنا هذا أن الأجيال الجديدة لم تهتم بدعامة المصنف بالمقارنة مع الأجيال السابقة وأهمية الأسطوانات والكتاب وغلافه أصبح دون أهمية لهذه الطائفة من الجمهور والمحتوى هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار، والشبيبة من الأجيال الحالية لم تر أي مساس بحقوق الملكية الفكرية الواردة على المصنف سواء تعلق الأمر بمصنف موسيقي أو مكتوب أو صورة أو في تخزينه في ذاكرة الكمبيوتر الشخصي ، غير أن تاريخ قانون المؤلف يبين أنه أنشئ من الدعامة حيث أن هذه الأخيرة تسمح بتعري المصنف كما تسمح بتحديد نطاق النشاط ألابتكاري الذي هو مصدر هذه الدعامة[15].

والمحتوى الافتراضي للمصنفات الرقمية تسهل نسيان حتى شخصية المؤلف والحقوق التي حصل عليها نتيجة لعمله الإبداعي و مثال ذلك ألعاب الفيديو بالنسبة للأجيال الحالية لا تعتبر أنها مصنفات ناتجة عن نشاط ابتكاري وبالتالي فهي غير محمية بقانون المؤلف. حتى أصبح البعض يتساءلون حول معنى مفاهيم النسخة أو النسخة الخاصة في المحيط الرقمي، مادام هذا الأخير يفتح الباب للنهب أو السرقة .

ثانيا: المصنف المتفكك

وهي النتيجة الثانية للرقمنة و تسمح هذه التقنية بتعديل أو تحويل المصنف الذي يرى أن حدوده تزول شيئا فشيئا بما أنه وحداوية المصنف واستقراره يبدوا أنها أصبحت محل تراجع فيها ، فحسب أغلبية الفقهاء الدعامة المادية تبقى لها أهمية و هناك ارتباطات متبادلة بين الانترنت والمصنفات ، و كما نلاحظ فالعلاقة بين شبكة الإنترنت و مؤلف مصنف ذهني يعتبر تقليص أو حتى إخفاء مساهمة الشبكة والإبداع ذاته، وفي هذا الصدد يجب على قانون المؤلف أن لا يقلص من الإمكانيات الجديدة التي تعرض على المؤلفين ، صحيح أن في الماضي برهن قانون المؤلف أن له قدرة التلاؤم أمام ظهور تقنيات جديدة و بالتالي يمكن اعتبار أهمية الثورة الرقمية نسبية فقط ، و صحيح كذلك أن المصنف أصبح سهل جدا للاستنساخ لكن هذا التسهيل يذكرنا في التسهيل الذي منحته في الماضي آلات التصوير، صحيح أيضا أن المصنف يعتبر متبخر بمعنى أنه يحول بكل سهولة لكن هذه القدرة في التحويل كانت تتمتع بها الصورة في الماضي[16] .

وبالتالي فرقمنة المصنف لا تعني تفكيك حدود المصنف و قانون المؤلف يطبق دون شك على المصنف الرقمي، لكن مرونة المصنف الرقمي تشكل النقطة الضعيفة الأساسية لقانون المؤلف، حيث أنه وبالمقارنة مع التقنيات السابقة فالرقمنة هي التي سهلت أكثر استنساخ وتحويل المصنف سواء كان مكتوب أو مركب .

المبحث الثاني: مدى صلاحية المبادئ العامة للتشريع الحالي للتطبيق

تاريخيا قانون المؤلف أعتبر كمادة مرنة واستطاع أن يستقبل تقنية جديدة أو مصنفات جديدة منها الصور ، السينما و الإذاعة و حتى القمر الاصطناعي ، إذن هناك آمال كبير أن يكون هذا التشريع الحالي قابل لمواجهة تعميم التكنولوجيات الجديدة للإعلام و الاتصال و خاصة الانترنت ، وفي الجزائر وهي من الدول التي أخذت بنظام قانون المؤلف والذي هو محل الأمر 03-05 ، وفي هذا الإطار سوف نتطرق إلى المصنفات المحمية وكذا الحقوق المحمية وأخيرا نتطرق إلى وسائل الحماية .

المطلب الأول: المصنفات المحمية

وفقا للمادة الثالثة من الأمر 03-05[17] فحقوق المؤلف تطبق على كل إيداع أصلي لكل مصنف أدبي أو فني مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته ، فإن النتيجة هي أن كل المعطيات أو المعلومات الموجودة على الانترنت غير محمية من قبل قانون المؤلف لكن يبقى تطبيق الملكية الأدبية والفنية شاسع جدا ، حيث أنه يشمل كل المصنفات الذهنية ذات الطابع الأصلي يعني تلك التي تحمل بصمة شخصية للمؤلف، إذن فالنصوص من أي نوع كانت موزعة على الشبكة سواء تعلق الأمر بمستخرجات من مصنفات أدبية أو علمية أو مقالات صحفية ، أو خطابات عمومية و هي محمية على أساس قانون المؤلف وكما يحمي هذا الأخير الصور المتحركة و النسخ من المصنفات الفنية ، و كل مصنف سمعي بصري يعني مصنف مشكل من قطع من الصور المتحركة بأصوات أو من دون أصوات ، و المصنف المتعدد الأوساط يشكل نوع من المصنف ظهر أخيرا و الذي يستفيد من حماية حقوق المؤلف و يعرف عادة هذا المصنف كما يلي : " يقال أن المصنف المتعدد الأوساط هو مجموعة من خدمات تجاذبية ويستعمل فقط دعامة الرقمية لتناول ونقل المعلومة بدون إشكالية" .

وعلى العموم فإن المصنف المتعدد الأوساط هو مصنف مركب بمفهوم المادة 14من من الأمر 2003 التي تنص على ما يلي :" فالمصنف المركب هو المصنف الذي يدمج فيه بالإدراج أو التقريب أو التحويل الفكري للمصنف أو عناصر مصنفات أصلية دون مشاركة مؤلف المصنف الأصلي أو عناصر المصنف المدرجة فيه"، و النظام القانوني للمصنف المركب يمنح ملكية الحقوق للشخص الذي يقوم بإبداع المصنف مع مراعاة حقوق المؤلف الأصلي وهذا ما جاءت به المادة 14 فقرة 2 من الأمر 2003[18] ، حيث أدخلت كذلك برامج الحاسوب ضمن المصنفات المحمية على أساس قانون المؤلف و هي تعتبر مصنفات رقمية منذ 1997 ، والملاحظ أن الأمر1997 يحمي ويتكلم على المصنفات و قواعد البيانات و ذلك في المادة 4 منه، لكن في الأمر 03-05 فإنه ينص على برامج الإعلام الآلي فقط و يبدوا أن هناك اختلاف بين النص الفرنسي والنص باللغة العربية، وبغض النظر عن هذا الاختلال فإن برامج الإعلام الآلي محمية قانونا ، و بالإضافة إلى ذلك و لمحاربة انتحال مصنفات الإعلام الآلي ينص الأمر 03-05 في مادته 53 على ما يلي[19] :"يبقى أن تقتصر الاستعمالات على استنساخ نسخة واحدة من برنامج الحاسوب أو اقتباسه على الأوجه المنصوص عليها في المادة 52 أعلاه" .

المطلب الثاني: الحقوق المحمية

هناك نوعين من الحقوق وهما: الحق المادي، الحق المعنوي، ولكل حق من هذه الحقوق عدة فروع.

أولا: الحق المادي

يسمح هذا الحق لصاحبه أن يحصل على مكافئة من خلال استغلاله و أن يحدد طريقة استعماله ، وحسب المادة 27من الأمر 03-05 فإن الحق المادي يشمل خاصة حق الاستنساخ وحق التمثيل، وكل تمثيل أو استنساخ كلي أو جزئي دون رضا أو موافقة المؤلف أو ذوي الحقوق، وهو غير شرعي يعتبر تقليد بمفهوم المادة 151 من الأمر 03-05 ، ونفس الشيء بالنسبة للترجمة والاقتباس والتعديل الموسيقي لمصنف أصلي، وتتمثل هذه الحقوق في إمكانية المؤلف في إبلاغ مصنفه إلى الجمهور بأي وسيلة ما .

وحسب الأمر 03-05 فإنه توجد وسيلتين لإبلاغ المصنف للجمهور وهي كالتالي:

- الثبوت المادي الذي يسمح بإبلاغ غير مباشر للجمهور و حينئذ يتعلق الأمر بالاستنساخ الذي يتم بواسطة دعامة رقمية أم لا .

- الإبلاغ الذي لا يتطلب أي دعامة، والمميز بما يسمى المتجه للمصنفات ومن ثم نكون أمام تمثيل .

1- حق استنساخ المصنف على شبكة الانترنت

إن وجود مصنف على الانترنت يفترض أنه تم ترقيمه مسبقا، وهذا التصرف يساوي ليس فقط استنساخ المصنف بل أيضا اقتباسه بسبب تحويل المعطيات من لغة إلى لغة أخرى، وحسب ما يسمى بالكتاب الأخضر للجنة الأوروبية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الصادر في جويلية 1995 يعتبر أن رقمنية المصنف تدخل تحت نظام الاستنساخ ونفس الشيء بالنسبة لما يسمى التحميل أي تحميل المصنف في الذاكرة المركزية للحاسوب .

إذن يجب أن تكون رقمنة المصنف مرخصة مسبقا من قبل صاحب الحقوق، وعلى هذا المصنف وهي غير قابلة للاستفادة من النسخة الخاصة والتي تعتبر استثناء من الاستثناءات الواردة على حقوق المؤلف، ومثال ذلك أنه في يوم من الأيام في فرنسا قاموا طلبة برقمنة نصوص أو مستخرجات من أغاني الفنان "جاك بريل" ثم وضعوها في صفحة الواب دون ترخيص من الفنان واعتبر ذلك قرصنة و حكم عليهم على مستوى المحكمة الجنائية، وإحدى المشاكل المثيرة من خلال هذه القضية هو معرفة ما إذا كان استنساخ النسخة لاستعمال الشخصي قابل للاحتجاج به اتجاه حق استنساخ المعترف به للمؤلفين ، ولكن تقنين الملكية الفكرية الفرنسي يصرح بأن النسخة الخاصة لاستعمال الشخصي للمصنف مشروعة حقيقة لكن بشرط أن لا تكون موجهة للاستعمال الجماعي[20] .

وحقيقة فشبكة الانترنت هي بطبيعتها تسمح لمستغلي أو لمستعملي الشبكة بالدخول في صفحات الانترنت خاصة وبالحصول على النسخ منها، زيادة عن ذلك مجرد التنازل عن حق الاستنساخ على ورقة وهي دعامة مادية لا تفرض تلقائيا الحق في الرقمنية مما يفسر بالنسبة لمؤسسات النشر والتي تربطها مع المؤلفين عقود إعادة المفاوضات .

2- حق تمثيل المصنفات على الانترنت

لا شك أن الرقمنة بما أنها تؤدي إلى تقديم معطيات على شاشة مستعملي الانترنت إلا أنها تشكل وسيلة نشر، وبالفعل كل وسيلة اتصال و التي تسمح ببحث الصور أو المعطيات الأخرى بكل أنواعها يعتبر نشر و بالتالي

تشكل تمثيل ، إذن وعلى أساس ما سبق وضع ابتكارات على الشبكة عن طريق الانترنت يشكل بالتأكيد تمثيل اتجاه مستغلي أو مستعملي شبكة الانترنت، لكن السؤال المطروح : هل هذه الشريحة أو الفئة من المجتمع تدخل في مفهوم الجمهور علما أن الشيء الذي يميزهم هو تشتيتهم ووجودهم في عدة أماكن خاصة وإمكانيتهم بالاتصال بأي موقع ما؟ فالقرارات القضائية الموجودة في هذا الإطار أجابت بنعم، أي يعتبر تمثيل و ذهبت إلى وضع مصنف على الانترنت ينشأ أو يكون تلقائيا جمهور افتراضي .

وبالنسبة للأمر 2003 تنص المادة 27 منه[21] على حق المؤلف في إبلاغ مصنفه إلى الجمهور بأي منظومة معلوماتية و عمومية، ونص هذه المادة تسمح بإدماج التمثيل عن طريق الانترنت ويعني ذلك مفهوم الجمهور الذي لم يعرفه الأمر المشار إليه ، لكن يمكن القول أن لكل ميدان نجد جمهور خاص يعني فئة من المجتمع يهمها الموضوع ومثال ذلك (هواة المسرح) وهذا يعتبر جمهور خاص، إذن يمكن القول بأن المادة 27 قابلة للتطبيق على أساس ما سبق من اجتهاد قضائي و موقف الفقه في هذا الميدان ، وهناك استثناء لحق التمثيل ألا وهو الحق في الاستشهاد الموجود في المادة 2/42 من الأمر 2003 و التي تنص على ما يلي :"يعد عملا مشروع الاستشهاد بمصنف أو الاستعارة بمصنف آخر شريطة أن يكون ذلك مطابق للاستعمال الأمني لإبلاغ المطلوب"، ومن ثم فالسؤال المطروح هو: هل يمكن إنجاز مصنف مشكل من عدد كبير من الاستشهادات ؟ و أثير هذا المشكل في فرنسا في قضية معروفة وتتمثل وقائعها فيما يلي:" أنجزت شركة مكروفور بنك لمعطيات تشمل ملخصات مقالات صحفية خرجت أو نشرت من في عدة أعداد من جريدة le monde دون موافقة هذه الأخيرة وقرر القضاء أن الملخصات المشكلة من استشهادات قصيرة فقط، لم تعف القارئ من اللجوء إلى الأصل و أن كامل النشر كان له طابع مصنف إعلامي ، وبمعنى آخر فإن القضاء اعتبر هذا النوع من المصنف لا يمس بحقوق صاحب المعلومات الموجودة في الجريدة .

إذن فتكوين موقع الانترنت مشكل من عدة ملخصات واستشهادات لمصنفات موجودة سابقا على سبيل الاستدلال موضوع معين لا يشكل حتميا أو ضروريا مساس بحقوق الملكية الأدبية أو الفنية ، والنوع من هذا الموقع موجود بكثرة على شبكة الانترنت ولا يكون محل إجراءات قضائية .

ثانيا: الحق المعنوي

الحق المعنوي يمكن و يضمن للمؤلف أن مصنفه لا يكون محل تحريف ، و أن انتسابه للمصنف يبقى معترف به، و في القانون الجزائري وعلى غرار بعض القوانين الأخرى فالحقوق المعنوية تتميز بأنها غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم كما جاء في المادة 21 من الأمر 2003[22] ، والمؤلف أثناء حياته والورثة بعد وفاته هم اللذين لهم الحق بالمطالبة بهذه الحقوق، ويشمل الحق المعنوي : الحق في الكشف الأول على المصنف و الحق في احترام اسمه وسلامة المصنف.

1- الحق في الكشف الأول على المصنف

يفرض هذا الحق أن المؤلف وحده هو الذي يمكن له أن يقوم بإبلاغ المصنف إلى الجمهور وأن يرخص باستغلاله وبالتالي فيكون مساس بالحق المعنوي مادام أن رقمنية المصنف أو نشره على الانترنت يكون هذا النشر قد تم دون موافقة المؤلف .

2- الحق في احترام اسم المؤلف ونوعية المصنف

الهدف منه هو ضمان بنوة مصنف وانتسابه لمؤلفه وحماية سلامته، والمراد به سلامة المصنف قصد تفادي تحريفه أو تعديله و الرقمنية تسهل التلاعبات و التحويلات سواء تعلق الأمر بنص مكتوب أو بصورة أو بقطعة موسيقية مما يؤدي إلى تغيير معنى المصنف الأصلي، والتعسف في استعمال الاستشهادات يمكن أيضا أن يتسبب في تحريف المصنف بالمقارنة مع معناه الأصلي ومثال ذلك:"جزء من صورة موجودة على موقع محله ليس له أي علاقة مع هذه الصورة ويمكن أن يساوي تشويهها و حينئذ يكون مساس بالحق المعنوي للمؤلف "، وكما أن المساس بالحق المعنوي عن طريق الاستشهاد يمكن أن نجده على الشبكة من خلال بعض العلاقات بين النصوص ويكمن الخطر في إمكانية استعمال مظلومة خارجة عن نطاقها لفائدة موقع ليس له أي علاقة مع الموقع السابق ومنه دون أن يكتشفه المستعمل ذاته .

المطلب الثالث: جزاءات المساس بالحقوق المحمية

أن كل استنساخ أو تمثيل أو نشر بكل وسيلة ما لمصنف ذهني يعتبر خرق لحقوق المؤلف و من ثم يشكل تقليدا، حينئذ يحق لصاحب المصنف أن يختار بين الدعوى المدنية و الدعوى الجزائية، حيث أن الدعوى المدنية تسمح له بالحصول على التعويض مقابل الضرر المادي من خلال استغلال مصنفه دون موافقة أو ترخيص وهذا طبقا

لما نصت عليه المادة 143 من الأمر 2003[23]، أما الدعوى الجزائية فتكون دائما على أساس جنحة التقليد طبقا للمادة 151و152 من الأمر 2003[24]، ولذلك يجب أن تكون هذه الجنحة قد وقعت في الجزائر وطبقا لقاعدة التنازع فإن القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق طبقا لمبدأ قانون محل الفعل الضار وهذا ما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني ، إلا أن هذا لا يطرح أي صعوبة من الناحية العملية، فأي موقع تابع للشبكة العالمية للانترنت يمكن أن يكون الاتصال به انطلاقا من أي حاسوب موجود في الجزائر، لكن علاقة الموقع المتنازع فيه و المقرر من قبل القاضي لا تكون له أية فعالية إلا إذا كان هذا الموقع يستقبل في مزود موجود في الجزائر و لسبب الوجود المتواضع للغة العربية لشبكة الانترنت يبدوا أنه في الواقع تعتبر أن أغلبية المساس بحقوق المؤلفين الجزائريين سوف تكون ماديا تابعة لمواقع لها علاقة مع الإقليم الجزائري، وإضافة إلى ذلك فأغلبية الجرائم هو سببها جهل القواعد و ليس حتميا نتيجة للإرادة العمدية مما يجعل إعلام وتحسيس الجمهور ضروري في هذه المسألة .

ولغالبية الدول تشريع داخلي في مادة حقوق المؤلف إلا أن هناك اختلافات ظهرت بين هذه القوانين، حيث أنه هناك بعض الدول لم تعط الأهمية اللازمة لمتابعة الجرائم الواقعة في هذا الميدان، ولكن هناك اتفاقيتان دوليتان والتي تجمع أكثر من 80 دولة تضمن حماية أدنى على المستوى الدولي وهي :

- اتفاقية برن 1866 والمعدلة والمكملة باتفاق أدبيك.
- اتفاقية جنيف العالمية لحقوق المؤلف لسنة 1952 .

خاتمـــة:

نستخلص أن التطور الأخير للتكنولوجيات الجديدة و خاصة الانترنت قلب بصفة جذرية المفهوم الكلاسيكي للتبادلات و العلاقات بين الأفراد ، بمعنى أن كل نوع من الإعلام يمر بين كل المستعملين على الساحة الدولية بصفة سريعة جدا وغير عادية ، و ميزات الانترنت تجعله شبكة عالمية و غير متمركزة وتسمح له بالاستغناء عن الزمان والمكان، ولم توجد أي هيئة إدارية تقرها بصفة شاملة والنتيجة إذن هي الحرية التامة لاستعمال الشبكة وغياب رقابة إدارية بالنسبة لتصرفات مختلف المستعملين الموجودين على مستوى الشبكة، لكن هذا لا يعني أن هناك فراغ قانوني على الانترنت حيث يوجد القانون ومن المفروض أن يطبق .

ولكن في مادة الملكية الفكرية مسألة القانون على الانترنت يبدوا أنها خطيرة جدا بسبب الوسائل التي تمنحها شبكة الانترنت للانتحال أي لنهب الملكية الفكرية ، وبالفعل نلاحظ في الوقت الحالي أنه سواء بالنسبة للناشرين العاديين أو منتجي الموسيقى أو المصنفات السمعية البصرية يترددون عن نشر مصنفاتهم على شبكة الانترنت والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل التشريع الحالي كاف لحمايتها و ملائم مع تطور تبادلات الأملاك المندمجة للملكية الفكرية أو العكس، وهل يشكل التشريع الحالي حاجز ومن ثم يستبعد الفنانين عن وجودهم في هذا النوع من السوق ؟ و تبدوا المبادئ العامة للملكية الفكرية صارمة للتطبيق على الانترنت لكن لابد وأن تفرض تعديلات خاصة عليها .

الهوامـــش:

[1]- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية- دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني- الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2001،ص1.

[2]- محمد سامي عبد الصادق، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة،ط1، المكتب المصري(الحديث)، ط 2002،ص 408 .

[3]- شحاتة غريب محمد شلقامي،برنامج الحاسب والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2001 ، ص21 .

[4]- فاروق علي الحفناوي، قانون البرمجيات، دراسة معمقة في الأجسام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، دار الكتاب الحديث، ط2001، ص111 .

[5]- نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص15 .

[6]- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص105 .

[7]- محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص 420 .

[8]- فرحة زواوي صالح ، حقوق الملكية الفكرية ، دار ابن خلدون للنشر، 2003 ، ص45 .

[9]- سمير جميل حسين الفتلاوي ، الملكية الصناعية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1988 ، ص 70 .

[10]- راجع المادة 4 من الأمر 03-05 مؤرخ في 2003/07/23، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر عدد44، الصادر في 2003/07/23 .

[11]- مازوني كوثر،الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق جامعة الجزائر،2004-2005،ص82.

[12]- نفس المرجع، ص 83.

[13]- نفس المرجع ، ص 85 .

[14]- شحاتة غريب محمد شلقامي ، المرجع السابق ، ص 35 ,

[15]- صلاح زين الدين، الملكية الصناعية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، القاهرة، 1998، ص189.

[16]- فاروق علي الحفناوي، المرجع السابق ، ص120 .

[17]- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية العلامات التجارية والصناعية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 ، ص55 .

[18]- مازوني كوثر، المرجع السابق ، ص90 .

[19]- نفس المرجع ، ص100 .

[20]- صلاح الدين عبد اللطيف الناهي ، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية ، دار الفرقان، 1996 ، ص110 .

[21]- راجع المادة 27 من الأمر 03-05، المرجع السابق.

[22]- راجع المادة 21 من الأمر 03-05، المرجع السابق.

[23]- راجع المادة 143 من الأمر 03-05، المرجع السابق.

[24]- راجع المادتين 151 و152 من الأمر 03-05، المرجع السابق.

الاندماج المصرفي كوسيلة لإنقاذ المؤسسة المصرفية من التعثر

طباع نجاة
أستاذة مساعدة - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمـة

يعد القطاع المصرفي من أهم القطاعات الاقتصادية و أكثرها تأثرا و استجابة للتطورات الاقتصادية العالمية التي أفرزتها ظاهرة العولمة و التي تمثلت أهم معالمها في موجة التطورات والتحولات الجذرية التي شهدتها الساحة المالية و المصرفية الدولية ، والتي كان في صدارتها الاتجاه المتزايد نحو التحرر من القيود و إزالة المعوقات التشريعية والتنظيمية ، ما أدى إلى زيادة حدة المنافسة بين المصارف [1]

وعلى اثر توسع العمل المصرفي العربي في الداخل والخارج خلال عقد السبعينات ومطلع الثمانينات،الذي غلب عليه طابع التوسع و ازدياد عدد المصارف و الفروع و حجم الأعمال التي لم تبنا على أسس مدروسة ، بهدف اجتذاب العملاء و تحقيق الأرباح على نحو لم يكفل الأمان والضمان المصرفي ،برزت مشكلة عدم كفاية الضمانات وتفاقم مشكلة الديون المشكوك في تحصيلها ، التي صاحبتها بروز مشكلة المؤسسات المصرفية المتعثرة في البلدان العربية ،إثر أزمة المديونية و ضعف الرقابة المصرفية ،بالا ضافة إلى بروز فئات جديدة من رجال الأعمال و المصارف في عدد من المؤسسات المصرفية ،ملكت رأس المال، لكنها لم تملك الخبرة و النزاهة.

ومن أهم التغيرات المصرفية العالمية التي تزايد تأثيرها بقوة خاصة خلال العقد الماضي مع تسارع و تيرة العولمة و التحرر المالى في ظل بيئة اقتصادية تنطوى على المخاطر، ظهور ما يسمي بالإندماج المصرفي ، الذي أصبح ظاهرة عالمية تأثرت بها كل

[1]- إبراهيم دبدوب ، العولمة و أثرها على الأزمات الاقتصادية في العالم ، الطبعة الأولى ، عمان ، 1998، ص 21.

البنوك في العالم. و الاندماج المصرفي بشكل عام هو اتحاد أكثر من بنك في بنك واحد أو ذوبان كيانين مصرفيين أو أكثر في كيان واحد،[2]

إذ يعتبر أحد أنجح السبل لمواجهة المنافسة الشديدة في الساحة المصرفية العالميةوكهدف لتحقيق النمو والتوسع ى تلجأ اليه البنوك لتكوين مجموعات بنكية تقدم سلسلة من الخدمات المصرفية المتكاملة و تحقيق التغطية الشاملة .، كما كان لمتطلبات لجنة بال المعدل لكفاية رأس المال أثره الواضح في اتجاه البنوك نحو الاندماج لتدعيم رؤوس أموالها[3]

وقد برز موضوع الدمج المصرفي كأحد الوسائل لمعالجة الأزمة المصرفية و بصفة خاصة المصارف المتعثرة، حيث ازداد الاعتقاد لدى السلطات النقدية و المصارف التجارية بأن الدمج هو العلاج الناجح للكثير من المشاكل المصرفية و على رأسها تدني ربحية المصارف و ضعف قدرتها على المنافسة. اعتقادا بأن المؤسسات المصرفية الكبيرة الحجم تعمل وفق الاعراف المصرفية السليمة ،ومن ثم يمكنها مواجهة المنافسة الشديدة في السوق المصرفي ، كما يمكنها التخفيض من المخاطر التي يتعرض لها نشاطها[4] .

ومن هذا المنطلق ، اعتبر الدمج المصرفي كآلية لتقوية المركز المالى للشركة الجديدة كما أنه يتيح الفرصة لمساهمي الشركة المندمجة للحصول على مساهمات مجدية في الشركة الجديدة .و وسيلة لمواجهة المشكلات المصرفية التي تؤدي الى جعل هذه الاخيرة في حالة تعثرمالي ، الذي يعارف بأنه مواجهة المنشأة لظروف طارئة غير متوقعة تؤدي الى عدم قدرتها على توليد مردود اقتصادي أو فائض نشاط يكفي لسداد التزاماتها في الاجل القصير .

و لقد اعتمدت عمليات الدمج في هذا الاطار حيث يعمل على انقاذ المؤسسة المتعثرة من الانقراض في المستقبل في ظل عدم فرض وجودها في السوق المصرفي، حيث اعتبر التعثر المصرفي عامل من عوامل الاندماج المصرفي .

أولا: التعثر المصرفي عامل من عوامل الاندماج :

---

[2]- عبد المنعم محمد الطيب حمد النيل ، العولمة وأثارها الاقتصادية على المصارف –نظرة شمولية- ملتقي المنظومة المصرفية الجزائرية و التحولات الاقتصادية – واقع وتحديات- انترنت-ص 8.

[3]- أنظر في ذلك : النشرة الاقتصادية لبنك الإسكندرية ، المجلد الخامس و الثلاثون 2003 .
www.alexbankcom/nachra.doc.2003.

[4]- سياسة الدمج المصرفي و أثارها على أداء المصارف في السودان،–دراسة حالة بنك الخرطوم – الجزء الأول- ، ص1.. www.googl.com

وإن كانت العوامل التي تدفع إلى الاندماج المصرفي ، ليست واحدة و مستقرة في جميع المجتمعات ، وإنما هي تتغير بتغير مستويات الجهاز المصرفي ونموه ، فقد يتمثل الباعث على الاندماج في رغبة إحدى هذه البنوك أو المؤسسات المالية في السيطرة والهيمنة وهو ما يحدث عندما يفوق البنك الدامج البنك أو البنوك المدمجة من حيث الأهمية أو الشهرة أو القدرة المالية ، فيترتب على الاندماج عند ئذ خلق نوع من الاحتكار من شأنه الإضرار بالبنوك الصغيرة أو المتوسطة الحجم ، ومن ثم استبعادها من المنافسة على المستوى القريب أو البعيد ، مما يلحق ضررا بليغا بالاقتصاد الوطني و جمهور المتعاملين مع المصارف [5]، حيث أنه من السهل التوصل الى وضعية الهيمنة عن طريق عملية التجميع أو الاندماج إذ يؤدي ذلك إلى تقليص عدد المنافسين من جهة ،و الى خلق وضعية اقتصادية جد ايجابية لأعضائها من جهة أخرى .

و قد يتمثل الباعث في أحيان أخرى على العكس من ذلك في رغبة البنوك أو المؤسسات المالية في التعاون وتحقيق التكامل فيما بينها ،- رغبة تؤكد حقيقتها كون هذه البنوك على نفس القدر أو المستوى من الأهمية الاقتصادية-.

ولكن مهما اختلفت مبررات الاندماج و دوافعه، أن هناك عامل رئيسي له علاقة بالدمج المصرفي و هو التعثر المصرفي ، حيث أصبحت ظاهرة التجمع و الاندماجية لها غاية واحدة ، حيث اعتبرت من الوسائل التي تلائم لمواجهة حالات التعثر المصرفي، سواء تعلق هذا التعثر بالنشاط المصرفي أو بالمؤسسة المصرفية ، و ذلك على اعتبار أن اللجوء إلى الاندماج المصرفي يكون نتيجة وجود ضغوطات مادية أو اقتصادية ، تجعل المؤسسة المصرفية غير قادرة على التجاوب مع التحديات و الصعوبات التي تواجهها، مما يجعلها عاجزة على توفير السيولة والخدمات لمواجهة العملاء ماقد يؤدي بها إلى التعثر أو الفشل. وذلك من منطلق أن من ايجابيات الاندماج تجميعه للموارد، وبالتالي تجميع المزايا النسبية المصرفية في مصرف واحد ، يكون المصرف الوليد أكثر تميزا و قدرة على التأثير ايجابيا في تحيسن جودة الخدمة المقدمة و المقدرة التنافسية للمصرف .

---

[5]- يعقوب يوسف صرخوه ،" الإطار القانوني للاندماج بين البنوك الكويتية "، دراسة مقارنة –"، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 04، ديسمبر 1993،ص 16

كما يتمحض على الاندماج إنتشار المصرف الجديد بشكل أفقي و عمودي على نطاق أوسع منه قبل الاندماج ، وانطلاقه نحو الانتشار الاقليمي ومن ثم العالمي ، مما يحتم على المصرف تحسين جودة خدماته التي سيطرحها في المواقع الواسعة و المنتشرة وهذا يزيد من مقدرته التنافسية .

وإذا علمنا أن حالة التعثر المصرفي نقصد بها حالة أين تكون البنوك تواجه مشاكل وصعوبات كبيرة و ليس بالضرورة أن تصل إلى حد تصبح معه البنوك مهددة بالتوقف. و عليه فعملية الدمج المصرفي كآلية لمواجهة حالات التعثر المصرفي تكون إما طوعيا أو قسريا.

ففي مجال عمليات الدمج الطوعي فإنها تتوخي الحصول على فوائد ومزايا لمواجهة حدة المنافسة الذي أثر على نشاطها وجعلها غير قادرة على التجاوب مع التحديات و ما جعلها تعاني من تعثر في النشاط، حيث تلجأ بعض المصارف الضعيفة الى الدمج مع مصارف قوية نظرا لعدم قدرتها على تأمين تغطية الزيادة الجديدة لرأس المال الذي فرضته عليها السلطات النقدية أو لعدم أو لعدم تمكنها من مجازاة المصارف الكبيرة في المنافسة أو لسقوف التعامل السائد في السوق ، كما أن بعض المصارف قد تطلبه خوفا من التصفية ، وفي هذه الحالة يكون الدمج طوعيا ،و هو الذي يعرف بالدمج الودي الذي يتم بموافقة إدارة كل من المصرفين الدامج والمدموج ، حيث يقوم في هذه الحالة المصرف الدامج بتقديم عرض لشراء المصرف المدموج ومن ثم تقوم إدارة كل من المصرفية بتقديم كتاب إلى مساهمي مصرفهم، توصي فيه بالموافقة على عملية الدمج ، وفي حالة إتمام الموافقة ، يقوم المصرف الدامج بشراء أسهم المصرف المدموج و يدفع قيمة الأسهم إما نقدا أو على شكل أسهم لديه [6].

أما بالنسبة لعملية الدمج ألقسري ، هو الذي قد تلجأ إليه السلطات النقدية لتنقية القطاع المصرفي من المصارف المتعثرة و تفاديا للمصاعب المالية أو التصفية التي قد تعترض بعض المصارف ، حيث تتوخي الحفاظ على السلامة المالية للجهاز المصرفي و تفادي هزات مصرفية نتيجة أزمة السيولة المصرفية ، تجنبا حالات التصفية و الإفلاس لما لهذه الظاهرة من أثر على النظام المصرفي والمالي بصفة عامة .وهو الذي يتم غالبا عن

[6]- سياسة الدمج المصرفي و أثارها على أداء المصارف في السودان ، مرجع سابق ،..ص 4.

طريق قانون تشجيع المصارف على الاندماج لقاء إعفاءات ضريبية مشجعة أو عن طريق تزويد المصرف الدامج بالقروض لقاء تعهده بتحمل كافة التزامات المصرف المدموج[7]

ثانيا:- الاندماج المصرفي كوسيلة لتجنب التعثر المصرفي المتعلق بالنشاط المصرفي-

إن مفهوم التعثر المصرفي المرتبط بالنشاط المصرفي للمؤسسة المصرفية ينصرف أساسا إلى استحالة تجاوب المؤسسة المصرفية مع تحديات المنافسة، برغم من ايجابيات ازدياد المنافسة في العمل المصرفي و خدمته للأداء الاقتصادي الكلي ،إلا أن كثيرا من المصارف عانت من التكيف مع الظروف المستجدة التي أفرزتها المنافسة الشديدة بحيث أصبح البقاء للأقوى و ذلك لرفع القيود عن العمل المصرفي و استحداث تقنيات مصرفية جديدة ،حيث أصبحت المصارف الأمريكية و الأوروبية و اليابانية في وضع تنافسي شديد.[8]

و أمام ازدياد تحديات المنافسة في المجال المصرفي ، أصبح النشاط المصرفي أمام تحديات ومصاعب حيث بدأت تقوم بتطوير أنشطتها المصرفية لمواكبة التطورات الكبيرة على الساحة المصرفية ، حيث أدخلت أجهزة الصراف الآلي التي تقدم عدة خدمات للعملاء كوسيلة للحصول على النقود بسرعة أو إيداع الأموال و تحويلها و التحقق من الرصيد النقدي ، ورصيد الحساب الجاري ، أدت كل هذه التطورات إلى خلق إمكانات جديدة لتحقيق الأرباح ،إلى جانب تقديم التسهيلات الائتمانية و محافظ الاستثمار و العمولات التي تتقاضاها مقابل تقديم الخدمات المصرفية للعملاء .

ومع ظهور مؤسسات جديدة نتيجة التطور النظام المالي و النقدي تدهوره العمليات و النشاطات المصرفية بسبب عدم مقدرة هذه البنوك على مواكبة التطورات الكبيرة على الساحة المصرفية و عدم المقدرة على منافسة البنوك الكبرى في مجال تقديم الخدمات المصرفية ،و هذا أثر سلبا على ربحية بعض المصارف نتيجة تردي النشاط المصرفي لها و اعتمادها على خدمات مصرفية تقليدية، حيث أدى ذلك إلى انخفاض حجم الودائع الذي يمثل المصدر الرئيسي لتحقيق العوائد، إلى جانب ظهور مؤسسات جديدة منافسة حيث أصبح التنافس غير محصور بين المصارف التقليدية ذاتها في استقطاب المدخرات و إنما دخلت

---

[7]- نفس المرجع ، ن ص.

[8]- جوزف طربية ، المصرف الناجح يكون حيث يكون الموظف الناجح ، مجلة اتحاد المصارف العربية، بيروت ، العدد 196، نيسان ، 1997، ص 10.

منافسة مؤسسات مالية غير مصرفية أثرة بصورة سلبية على انخفاض إيرادات البنوك التجارية.

و أمام هذه التحديات الاقتصادية التي ترتبط بالظروف الاقتصادية التي تحيط بالعمل المصرفي، والتحدي التكنولوجي، حيث يتوقف نجاح المصارف على مدى استيعاب التكنولوجيا الحديثة، بالإضافة إلى تحدى العولمة الذي تفرضه ثورة الاتصالات و انفتاح أسواق العالم على بعضها مما يرفع وتيرة المنافسة، و يفرض على المصارف التجارية تقييم المخاطر و أثرها على نشاط وربحية المصارف [9]

كل هذا كان له أثر سلبي على الساحة المصرفية، حيث أصبحت بعض البنوك لا تتجاوب مع هذه التحديات جعلتها غير قادرة على التجاوب مع متطلبات المرحلة، و ذلك أمام مواجهة المصارف للعديد من تحديات التنافسية، مما انعكس على النشاط المصرفي، حيث أصبح على المصارف التجارية أن تقوم بمواكبة التطورات على الساحة المصرفية وتطبيق نظام الضيرفة الشاملة، وتنويع المنتجات وفقا للمقاييس و المعايير العالمية، والقيام بزيادة رأس مال المصارف لمواجهة متطلبات المرحلة.

وبهذا قد اختارة هذه البنوك الاندماج المصرفي – الاندماج الطوعي- كوسيلة لمواجهة تحديات المنافسة التي كانت سبب في تعثر النشاط المصرفي لدى بعض البنوك، على أساس أن الاندماج بين المصارف يؤدي الى تقوية رؤوس أموالها، مما يساهم في رفع معدل كفاية رأس المال بما ينسجم والمعايير التي وضعتها لجنة بازل، و هذا يعمل على تعزيز القدرة التنافسية للمصارف لما يمكن أن يحققه من نتائج :

*- تطوير القدرات المالية للبنوك إذ أن أبرز المزايا التي يكفلها نظام الدمج بين الشركات ، هو ما يمكن أن يؤدي إليه من من تطوير قدراتها الانتاجية، كذلك الحال بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية، و تتكتل وتتظافر جهود و خبرات أجهزتهما، مما يعزز قدراتها المالية ويحقق و حدة الادارة ووحدة القرار على مستواها، فيترتب على ذلك بنوك أكثر ملاءة وقوة ومن ثمة أكثر قدرة على المنافسة، الامر الذي يؤدي الى تحسين مستوى الخدمة ومنح مزايا

[9]- جوزيف طربية ، مرجع نفسه ، ص 11.

أفضل للعملاء ،في ظل وجود منافسة قوية للبنوك الاجنبية و في ظل مناخ اقتصادي عالمى تسوده بوجه عام روح التكتل و الاندماج [10]

*- تحقيق المزيد من الوفورات و الأرباح : إن حجم الوحدة المصرفية الناجمة عن الاندماج يكون أقدر من حجم أي من الوحدتين المندمجتين على تحقيق الربح، فهذا الأخير هو الدافع الأساسي للنشاط الاقتصادي في القطاع الخاص ، ويضاعف النشاط [11]، و لا يشذ القطاع المصرفي عن هذه القاعدة ، فالاندماج فيما بين البنوك و المؤسسات المالية غايته الأساسية هو تحقيق أرباح ومكاسب تفوق ما كان يحققه كل مصرف منفردا

حيث يمكن أن يحقق الاندماج [12]:

- الزيادة في الأرباح الناتجة عن زيادة و تحسين الأصول الكاسبة .
- نمو الودائع الأساسية .
- تحسين التسعير لنسب الفائدة على القروض .
- فرص الدخول في أسواق جديدة .
- التعامل مع زبناء جدد.

*- كما يمكن المصارف المندمجة من تحسين جودة خدماتها المصرفية بسبب توافر الموارد القوية التي تحتاجها عملية تحسين جودة الخدمات ،ومواجهة متطلبات الاستثمار في التكنولوجيا المصرفية المتطورة ، لأن الموقف المالي للمصرف الجديد يكون قادر على تقديم مزيد من المخصصات لاستثمارها في التكنولوجيا التي تؤثر بدورها بصورة فعالة في تحسين جودة الخدمات التي يقدمها المصرف و مقدرته التنافسية .

- و يكون الاندماج هنا عن طريق المزج و هو عبارة عن فناء شركتين أو أكثر و قيام شركة جديدة ، وهي الصورة الأكثر شيوعا، إذ من خلالها تلجأ الشركة الأقوى إلى ضم شركة الأضعف .

- أو عن طريق الضم : وهو عبارة عن ضم شركة أو أكثر إلى شركة قائمة ، على عكس الصورة التي يتم فيها الاندماج المصرفي عن طريق الانفصال، وذلك بفصل إحدى مؤسسات

---

[10]- خليل هندى ، أنطوان الناشف ، " العمليات المصرفية والسوق المالية ، الجزء الثالث : دمج المصارف ، مرجع سابق ، ص 124.

[11]- يعقوب يوسف صرخوه ، " الإطار القانوني للاندماج بين البنوك الكويتية "، مرجع سابق ، ص 16.

[12]- خالفي وهيبة ،"خوصصة البنوك الجزائرية : الواقع و الأفاق "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون – تخصص نقود ومالية - ، جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ،2000، ص 176.

الشركة و دمجها في شركة أخري بغية زيادة رأسمالها، ويسفر الاندماج عن طريق الضم إلى ظهور شركة جديدة تنشأ عن أنقاض جميع الشركات القديمة التي انصهرت بفعل الاندماج، وتلجأ الى هذه الصورة غالبا الشركات أو المؤسسات المتقاربة في قدرتها المالية ، إذ يكون شركاء الشركات المندمجة شركاء في الشركة الجديدة .[13]

مع الإشارة إلى أنه عندما يرغب مصرفان في الاندماج أو عندما يرغب مصرف في ضم آخر، تبدأ عمليات المفاوضات بين إدارتي المصرفين، والعامل الأساسي الذي تدور حوله المفاوضات هو قيمة كل من المصرفين الراغبين في الاندماج أو قيمة المصرف الذي يسعي المصرف الآخر لشرائه في حالة الضم .

و لبيان القيمة الحقيقية للمصارف الراغبة في الاندماج، لا تكتفي بالبيانات الحسابية بل تلجأ إلى عملية بحث وتدقيق لبنود الميزانية للتعرف على قيمتها و التي قد لا تكون متساوية مع قيمتها الدفترية .لتبدأ بعدها مرحلة إتمام الإجراءات القانونية ، التي تبدأ بوضع مشروع الاتفاق بالصيغة القانونية و عرضها على مجلس إدارة المصرفين و إقراره منها و الحصول على موافقة البنك المركزي على عملية الدمج، و يكون تنفيذ هذا الاتفاق معلق على شرط موافقة الجمعية العمومية غير العادية للمساهمين في كلا المصرفين ، مع دعوة هذه الأخيرة للانعقاد من أجل إقرار الاتفاق، بالتصويت بأكثرية النصاب. مع تسجيل و نشر القرارات المتخذة في الجمعيتين العموميتين غير العادتين للمساهمين في كلا المصرفين في السجل التجاري، والصحف اليومية وفقا للقواعد العامة .

و لتتم عملية الدمج لابد من توحيد صافي أصول و خصوم المنشأتين لقاء تبادل أسهم، أن تكون هناك مشاركة مستمرة بين الطرفين من المساهمين عمليات المنشأتين التين ضم مصالحهما.

حيث تترتب عن عملية الدمج زوال الشخصية الاعتبارية لكلا المصرفين و أنشاء مصرف جديد يحل محلها ويتمتع بشخصية اعتبارية جديدة ، حيث يتم انتقال شامل للذمة المالية للمصرف المندمج الى المصرف الدامج الذي يحل محله في جميع حقوقه والتزاماته، من حيث ملاحقة ديونه ،من جهة و الوفاء بالديون المتوجبة على المصرف المدموج من جهة أخرى.

---

[13]- يعقوب يوسف صرخوه ،مرجع سابق، ص29.

ثالثا- الاندماج المصرفي كوسيلة لتجنب الفشل المالي للمؤسسة المصرفية.

إن الفشل المالي للمؤسسة المصرفية ينبع أساسا من تعثر هذه الأخيرة في حد ذاتها، أي عجزها على تنفيذ التزاماتها المستحقة الأداء نتيجة عدم الملاءة، حيث أن ه من الأسباب التي أدت إلى وجود المؤسسة المصرفية في مثل هذه الوضعية، هو التوسع في العمل المصرفي الذي صاحبه التساهل في شروط الإقراض، بهدف اجتذاب العملاء و تحقيق الأرباح على نحو لم يكفل الأمان والضمان المصرفي، برزت مشكلة عدم كفاية الضمانات وتفاقم مشكلة الديون المشكوك في تحصيلها، حيث شهدت الساحة المصرفية حديثا متزايدا عن ظاهرة التعثر المصرفي الذي قد يصيب المؤسسة المصرفية نتيجة تعثر البنك في حد ذاته، والذي يمكن اعتبار ه كالمرض الطبيعي الذي يتدرج في الخطورة من وعكة إلى حالة مرضية تتطلب المعالجة أو إجراء عملية جراحية إلى وضع ميئوس منه في الشفاء ، وذلك نتيجة مواجهة البنك لمجموعة من المشاكل العرضية تجعله غير قادر على الوفاء بالتزاماته تجاه المودعين والمقترضين نتيجة لعوامل داخلية وخارجية تجعل البنك مهدد بالتوقف أو الإفلاس مما يجبر السلطات النقدية بالإضافة إلى الحكومة على التدخل لمنع تفاقم التعثر وانتشاره على نطاق واسع [14]

و قد يكون التعثر البنكي ناجم عن عدم كفاية موجودات البنك على تغطية مطلوبا ته.-أزمة سيولة حيث يكون البنك في هذه الحالة عاجز عن تلبية مسحوبات المودعين، مما يدفع بهم إلى سحب ودائعهم بصورة سريعة، نتيجة شعورهم بالخوف حول مستقبل أموالهم المدخرة في هذه البنوك، مما ينذر بالتعثر المفرط و هو ارتفاع حجم الديون بما فيها الديون المتعثرة. [15]

و في هذه الحالة يكون البنك أمام احتمالين، الأول: إمكانيته من الحصول على السيولة لمواجهة الوضع، فيكون التعثر غير مكشوف للعيان، حيث لا يكشفه إلا جهاز يقوم بأعمال المراقبة الداخلية و الخارجية المستمرة، كالبنك المركزي. أما الاحتمال الثاني، هو عدم تمكن البنك من توفير السيولة لمواجهة الوضع المتأزم، يكون تعثره مكشوفا حيث يصبح البنك في وضع إفلاسي محقق.

---

[14]- صلاح الدين هارون ، إعادة هيكلة البنوك :الاسباب و الوسائل ، مجلة عالم البنوك ، الأردن 1998، ص 20.

[15]- توفيق شمبور ، تعثر المؤسسة المصرفية في لبنان ، مرجع سابق ، 25.

و في إطار الحفاظ على استقرار النظام المصرفي و حماية الاقتصاد الوطني من الهزات المصرفية عمدت السلطات النقدية إلى اعتماد الدمج المصرفي من بين وسائل علاج المؤسسات المصرفية المتعثرة، تفاديا للمصاعب المالية أو التصفية، حيث تلجأ السلطة النقدية إلى الدمج المصرفي لتنقية الجهاز المصرفي من المصارف المتعثرة و التي هي على وشك الإفلاس و التصفية [16]

والميزة الأساسية في عملية الدمج هذه أنه يكون ليس بإرادة البنك أو المؤسسة المالية المندمجة، و إنما اعتمد كآلية قانونية من طرف السلطات النقدية لبعث الإنعاش لدى بعض المؤسسات المصرفية و إعطاء لها فرصة الاستمرارية و إنقاذها من الإفلاس أو التصفية ، وغالبا ما يتم ذلك وفقا لقانون تشجيع المصارف على الاندماج .

و يتخذ الاندماج هنا صورة البديل عن الإفلاس ،و هو ما يسميه الفقه بالاندماج ألقسري[17]، الذي عرفه الأستاذين خليل الهندي و أنطوان الناشف: هو الاندماج الذي تلجأ إليه السلطات النقدية لتنقية القطاع المصرفي من المصارف المتعثرة أو التي هي غالبا على وشك الإفلاس و التصفية [18]

و ما يجب الإشارة إليه أنه و إن كان سحب الاعتماد يعد أحد مراحل الاندماج، إلا أن نص المادة 115 من نفس الأمر03-11المتعلق بالنقد والقرض ، تقضي بنص صريح على أن سحب الاعتماد من بنك معين يستتبع تصفيته، والتي تستتبع أثار قيد التصفية وهي تناقض تماما فكرة الاندماج المصرفي، مما يستدعي وجوب إعادة النظر فيها .

فالاندماج المصرفي نتيجة تعثر المؤسسة المصرفية يكون بتدخل اللجنة المصرفية، في ايطار ممارسة مهامها الرقابي على الوضع المالى للمؤسسة المصرفية ، فإن تبين لها أن البنك يواجه حالة عجز

في مواجهة السحوبات الكبيرة من قبل العملاء لشح السيولة المتوفرة لديها نتيجة تعرض البنوك لمشاكل وصدمات كبيرة كانخفاض قيمة العملة الوطنية وتدهور كبير في

---

[16]- سياسة الدمج المصرفي وأثرها على أداء المصارف في السودان، مرجع سابق ، ص 4.

[17]- وهو يختلف عن الدمج العدائي : و هو الدمج الذي يتم رغم معارضة إدارة البنك المدموج ، إما لتدني قيمة السعر المعروض ، أو للمحافظة على استقلالية بنكها .

[18]- أنظر : خليل الهندي ، انطوان الناشف ، " العمليات المصرفية والسوق المالية "، الجزء الثالث ، دمج المصارف ،..... ص11،12.

أسعار الأسهم والعقارات وضعف إدارة البنك والتوسع الكبير في الائتمان المصرفي غير المدروس و الاعتماد الكبير على الاقتراض الخارجي في تمويل استثمارات طويلة الأجل مما ينعكس ذلك في انخفاض قيم أصولها وتدني ربحيتها ويتفاقم التعثر المصرفي بهروب الودائع بحيث يصبح البنك أمام وضع تعثر أو فشل محتمل. فلها أ تقترح الدمج المصرفي، بين مؤسستين متعثرتين أو ضم مؤسسة متعثرة في مؤسسة غير متعثرة .

ثالثا- الأساس القانوني للاندماج المصرفي في التشريع الجزائري:

إن البنوك و المؤسسات المالية تخضع لقوانين و أنظمة متنوعة ، فباعتبارها بنوك تجارية فهي تخضع لقانون النقد والقرض و مختلف الأنظمة الصادرة عن الهيئات القائمة على القطاع المصرفي – بنك لجزائر، مجلس النقد والقرض - و باعتبارها شركات مساهمة ذات رؤوس أموال ، تخضع للأحكام العامة المتعلقة بالقانون التجاري الخاصة بشركات الأسهم .

كما تخضع من جهة أخرى لأحكام قانون المنافسة باعتبارها مؤسسات تمارس بصفة دائمة نشاطات الخدمات ،إعمالا بنص المادة 03 من أمر رقم 03 -03 المتعلق بالمنافسة، [19] إذ أن تدخل قواعد المنافسة على مستوى هذا الاخير يهدف الى استبعاد ممارسات و أفعال بعض البنوك و المؤسسات المالية ، التي من شأنها أن تقضي على بنوك ومؤسسات أخرى ، أو اقصائهم في مزاولة النشاط المصرفي، والذي يتم خاصة من خلال التمركزات الاقتصادية المحتملة بين البنوك أو المؤسسات المالية .

فلا شك أن سياسة أي مشروع نحو التمركز الاقتصادي أو التجمع هي امتداد و استكمال لسياسته اتجاه الهيمنة على السوق و تفادي مخاطر المنافسة، و التي يطلق عليها تسيمية الاندماج المصرفي.

و يجد الاندماج المصرفي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نصوص القانون التجاري ، التي تقضي على أن :" للشركة في حالة تصفيتها أن تندمج في شركة أخرى أو

---

[19]- حيث عرف المشرع الجزائري في المادة 03 من أمر 03-03 المؤسسة على أنها :" كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة ، نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات "، فقانون المنافسة حسب المادة 2 من الأمر نفسه يطبق على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون ، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام .

أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج ، كما لها أن تقدم ماليتها لشركات موجودة أو أن تساهم معها في انشاء شريكات جديدة بطريقة الاندماج أو الانفصال كما لها أن تقدم رأسمالها لشركات جديدة بطريقة الانفصال." كما نص هذا الاخير على مشروعية الاندماج و الانفصال ، وأخذ المساهمات في شركات أخرى و إنشاء التجميعات ، من خلال القسم الرابع من الفصل الرابع من الكتاب الخامس المتعلق بالشركات التجارية، إذ تضمنت الفقرة الاولى أحكام عامة – المواد من 744 الى 748 ق.ت – أما الفقرة الثانية فكانت متعلقة بشروط و اجراءات اندماج شركات المساهمة، والتي تنطبق على البنوك و المؤسسات المالية – المواد من 749 الى 762 ق .ت-

كما تجد عملية الاندماج أساسها القانوني من خلال أحكام الأمر 03-11 المتعلق بقانون النقد والقرض ،حيث اشترط المشرع مجموعة من الاجراءات ينبغي احترامها و الخضوع لها من قبل البنوك و المؤسسات المالية الراغبة في تغير أو تعديل طبيعة نشاطها أو قانونها الأساسي أو رأسمالها ، ويعد الاندماج أحد أبرز صور التعديل الواردة على البنوك و المؤسسات المالية .

و لكن بعد اطلاعنا على هذه النصوص نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالأصل،حيث يتم الاندماج طوعيا ، أي أخذ موقفا تجاه الاندماج الطوعي و ليس الاندماج القسري، حيث أنه استعمل عبارة الرغبة ، مما يدل على وجود الارادة لدى ادارة البنك في الاندماج، مما يدل على أن الاندماج طوعيا هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد أنه أخضع عمليات الدمج المصصارفي للقواعد العامة ولم يصدر أي قانون خاص يتولى تنظيم عمليات الدمج المصرفي فيى حالات التعثر مما يعني أنه قصد عمليات الدمج الطوعي دون القسري ، لأن هذه الاخيرة تكون وفقا لقانون خاص، كون عمليات الدمج القسري تنادي الى ضرورة قيام السلطات النقدية و المصرفية بدمج المصارف ببعضها تجنبا لهزات مصرفية تضرب الاقتصاد الوطني ،أي معالجة الاوضاع المتردية لبعض المصارف، حيث نجد الدول التي اعتمدت عملية الدمج لهذه الغاية قد أصدرت قوانين خاصة لتنظيم هذه العملية، ومن بين هذه الدول نجد لبنان، حيث صدر قانون رقم 93/192، يتصمن قانون تسهيل عملية اندماج المصارف و تصفيتها في لبنان، الذي غلق كل عملية اندماج بين مصرفين أو أكثر على

موافقة المجلس المركزي لمصرف لبان، كما حدد عدة اجراءات من أجل نية الموافقة على عملية الاندماج .[20]

وما يؤكد تحليلي هذا هو أن السلطة النقدية لم تعتمد عملية الدمج كحل لاحدى الازمات البنكية التي شهدها القطاع المصرفي الجزائري ،،فاللجنة المصرفية لم تعتمد عملية الدمج كأحد الوسائل لمعالجة الأزمات البنكية ، وإنما اعتمدت سياسة التصفية، حيث اتخذت قرار تصفية كل من بنك الخليفة و البنك الصناعي التجاري الجزائري بعد إعلان عدم قدرتهما على السداد ، كما أصدرت اللجنة مقررا يوم 27 ديسمبر 2005 ، يقضي بسحب الاعتماد الممنوح لـ الشركة الجزائرية للبنك [21].ووضع البنك قيد التصفية و تم تعين مصفين للقيام بعملية التصفية ، حيث يشير البيان الصادر عن اللجنة أنها عاينت عدم ملاءة هذا البنك التي تفاقمت باعتراف مساهمي البنك بعدم قدرتهم على تكوين رأس المال المطلوب ، كما عاينت اللجنة استمرارية حالة عدم سيولة البنك و بالتالي ثبوت حالة التوقف عن الدفع . - ويعد هذا القرار الصادر عن اللجنة القرار الخامس الذي يمس بنكا خاصا بعد كل من بنك الخليفة و البنك الصناعي و التجاري الجزائري و يونيون بنك و البنك الدولي الجزائري ليتقلص عدد البنوك الخاصة برأس مال جزائري الى بنكين أساسيين هما :أركو بنك و مونا بنك .[22]

رابعا- اجراءات الاندماج المصرفي في القانون الجزائري ومدى خضوعها للرقابة

إذا كان الاندماج المصرفي صورة مصغرة للتكتلات الاقتصادية التي تعتبر ميزة من ميزات الحياة الاقتصادية الجديدة ، فهو ليس محظورا بذاته في قانون المنافسة، وإنما يتعلق الحظر فقط بتلك التجميعات و الاندماجات التي تتوافر فيها شروط معينة تؤدى الى عدم مشروعية التجميع مما يتطلب الرقابة السابقة من قبل مجلس المنافسة وفق إجراءات وكيفيات معينة، تتنوع بين الاجراءات العامة المنصوص عليها في أحكام المنافسة و إجراءات خاصة منصوص عليها في قانون النقد والقرض.

فبرجوع الى أحكام قانون المنافسة يتبين لدينا أن الأصل في التجميع لا يخضع لرقابة إلا التجميع الذي تقوم به المؤسسات المتمتعة بالقوة الاقتصادية ذات التأثير القوي على المنافسة،

---

[20]- الجريدة الرسمية عدد رقم 2 الصادرة بتاريخ 1993/01/14.

[21]- مقرر رقم 92/02 المؤرخ في 28 أكتوبر 1999 الصادر عن محافظ بنك الجزائر.

[22]- يومية الخبر الجزائرية ، 13 أكتوبر 2005،و 28 ديسمبر 2005.

ومعرفة مدى القوة الاقتصادية المتحصل عليها بفعل التجميع و مدى مساسها بالمنافسة، كذلك الشأن بالنسبة للاندماج المصرفي الطوعي .

وفي هذا الصدد نصت المادة 18 من قانون المنافسة على أن كل تجميع يرمي الى تحقيق حد يفوق 40بالمائة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة، وجب اخضاعها الى مراقبة مجلس المنافسة، مما يعني أن القوة الاقتصادية التي ستحوزها البنوك المندمجة تقاس بحجم الخدمات التي سيحققها هذا الاندماج، فإذا ما تجاوزت مقداره 40 بالمائة من الخدمات المعروضة في السوق، كان ذلك تأكيد ا على توافر الشرط الأول لإخضاعها للرقابة، و هو تعزيز وضعية الهيمنة لبعض البنوك دون الأخرى ، وهذا قد ينعكس سلبا على البنوك الأخرى [23].

فمعيار خضوع الاندماج للرقابة وفقا لقانون المنافسة ،هو تحقيق حد يفوق 40بالمائة من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة، لكن الاشكال يكمن في صعوبة معرفة حجم السلع والخدمات التي يرمي التجميع إلى تحقيقها لغياب المعطيات اللازمة لذلك، ولا سيما إذا كان النشاط المعني متعلقا بالخدمات ، كما هو الشأن بالنسبة للقطاع المصرفي، خلافا للمشرع الفرنسي الذي أعتمد في بداية الأمر مقياس رقم الأعمال، إذ حدد في المادة 4 من قانون 1977 بـ 40 بالمائة من الاستهلاك الوطني إذا تعلق الأمر بالمنتوجات أو الخدمات غير الماثلة غير التعويضية، ثم وحد هذه النسبة بموجب 1981 و حددت بـ 25 بالمائة لكل البيوع المحققة وأو عمليات التبادل بين المؤسسات، بالاضافة الى شرط آخر و هو مدى تحقيق التجميع لرقم أعمال لا تقل قيمته عن مليارين فرنك فرنسي خلال آخر سنة مالية مختتمة . [24]

---

[23]- حيت أشارت المادة 17 من الأمر 03/03 الى ما يلي : " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ، ولا سيما بتعزيز و ضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما يجب أن يقدمه أصحابه الى مجلس المنافسة الذي يبث فيه في أجل 3 أشهر ."

[24]- إلا أنه و بتوجيه من الاتحاد الأوروبي ، فقد أدخل قانون الضبطية الاقتصادية في 15 ماي 2001 الذي أدرج أمر 1986 ضمن القانون التجاري عدة تعديلات على النظام الفرنسي لرقابة التجميعات و خاصة التخلي عن مقياس حصة السوق و استبداله بمقياس رقم الأعمال المحقق على المستوى العالمى أو الوطني أنتظر:

-Con domines Aurélien , « le contrôle des concentrations en France»,www.opucitatum.com/art.

أما بالنسبة لأحكام قانون النقد والقرض نجد أن المشرع الجزائري اشترط مجموعة من الاجراءات ينبغي احترامها و الخضوع لها من قبل البنوك و المؤسسات المالية الراغبة في تغير أو تعديل طبيعة نشاطها أو قانونها الأساسي أو رأسمالها، إذ يجب أن تراعي بخصوصه الأحكام التي ورد النص عليها في الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض و ذلك إعمالا لنص المادة 94 من هذا الأمر التي تنص على ما يلي :

" يجب أن يرخص المحافظ مسبقا بكل تعديل في القوانين الأساسية للبنوك و المؤسسات المالية لا يمس غرض المؤسسة أو رأس مالها أو المساهمين فيها .

كما يجب أن يرخص المحافظ بصفة مسبقة، بأي تنازل عن أسهم في بنك أو مؤسسة مالية وفقا للشروط المنصوص عليها في نظام يتخذه المجلس."

و أضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه :" حتى تكون نافذة في الجزائر ، تعرض تعديلات القوانين الأساسية للبنوك أو المؤسسات المالية الأجنبية التي تتوفر على فرع في الجزائر على مجلس الإدارة إذا كانت منصبة على غرض الشركة."

فمن خلال نص المادة هذه تبين أنه يتعين على البنوك والمؤسسات المالية الراغبة في الاندماج ، إتباع الإجراءات التالية :

1- يتعين قبل أن تبدأ البنوك أو المؤسسات المالية الراغبة في الاندماج ، السير في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمامه طبقا لأحكام القانون التجاري، أن تخطر بنك الجزائر بهذه الرغبة ، من حيث أن الاندماج يشكل تعديلا جوهريا في عقد تأسيس هذه البنوك و نظامها الأساسي .

2- الحصول على ترخيص من محافظ بنك الجزائر قبل إتمام عملية الاندماج، إعمالا بنص المادة 94 من أمر 11/03 المذكور أعلاه ،و على محافظ بنك الجزائر في مثل هذه الحالة التأكد من وفاء البنك في هذه الحالة بجميع التزاماته في مواجهة عملائه و دائنيه وفقا لما هو منصوص عليه في القانون ،خاصة إذا كان الاندماج عن طريق المزج الذي يترتب عنه فناء الشخصية المعنوية للبنوك المندمجة و ظهور كيان جديد .

و لكن الاشكال المطروح هنا هو عندما يتعلق الامر بالاندماج القسري ، الذي قلنا عنه أن هناك غياب ارادة البنوك في عملية الاندماج، حيث يتم بقرار من السلطة النقدية و ذلك في اطار انقاذها المؤسسة المصرفية من الفشل المحتمل ، فهل هذا يعني أن السلطة النقدية في الجزائر لها دور في اقتراح الاندماج كآلية لمواجهة الوضية المتأزمة....؟

إن المشرع الجزائري لم يكن صريحا في هذه النقطة أي أنه لم ينظم أحكام الدمج القسري، الى جانب ذلك نجد أن البنك المركزي الجزائري في ايطار تعزيز سلامة الجهاز المصرفي لم يعتمد عملية الدمج رغم ايمانه بأن وجود مؤسسات مصرفية قوية يعتبر من أساسيات تعزيز قدرة تلك المؤسسات على المنافسة المحلية والخارجية ، فقد طلب البنك المركزي من البنوك الجزائرية رفع الحد الأدنى لرأسمالها من 20 مليون دينار الى 40 مليون دينار على أن يتم تحقيق هذا المستوى بنهاية عام 2007 ، كما رفع الحد الادني لمعدل كفاية رأس المال إلى 12 بالمائة بالمقارنة مع النسبة المقررة في بازل و البالغة 8 بالمائة.

ولكن يمكن لنا ضمنيا،اعتبار امكانية اعتماد عملية الدمج من طرف السلطة النقدية كتدبير وقائي لتفاقم وضعية البنك المتأزم ، و ذلك بالرجوع الى أحكام قانون النقد و القرض، و إعمالا بنص المادة 114من قانون النقد والقرض ، التي تقضى ،على إمكانية اتخاذ الهيئة المصرفية العليا لدى المصرف المركزي – الهيئة المكلفة باتخاذ العقوبات الإدارية" اللجنة المصرفية " –القرارين التاليين :

-منعه- المصرف المخالف أو المتعثر – من القيام ببعض العمليات أو فرض أية تحديدات أخرى في ممارسة المهنة –تعين مراقب أو مدير مؤقت .

إن هذين القرارين يندرجان ضمن العقوبات الإدارية ،لكن في الوقت نفسه يعتبران من قبيل التدابير الوقائية الرامية إلى منع تفاقم الضرر الناجم عن تعثر مصرف ما .

و قد أشارت المادة 113في فقرتها الثانية إلى الظروف المستوجبة لتعين متصرف إداري مؤقت،حيث نصت على أن هذا التعين يكون بناء على مبادرة من مسيري المؤسسة المعنية إذ قدروا أنه لم يعد باستطاعتهم ممارسة مهامهم بشكل عاد، و إما بمبادرة من اللجنة إذ رأت أنه لم يعد بالإمكان ،إدارة المؤسسة المعنية في ظروف عادية أو عندما تقرر إحدى العقوبات التالية المنصوص عليها في الفقرتين 4و5 من المادة 114.:[25]

- التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعينه .

- إنهاء مهام شخص أو أكثر من هؤلاء الأشخاص أنفسهم مع تعين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعينه .

[25]- تقصي بهما اللجنة في حالة ما إذا أخل بنك أو مؤسسة مالية بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه أو لم يذعن لأمر أو لم يأخذ في الحسبان التحذير ،

فإنطلاقا من نص المادة هذه يمكن للجنة المصرفية إصدار قرار الدمج في إطار الصلاحية المخولة لها، من حيث تخويل لها السلطة التقديرية في تقدير وضعية المصرف، و اتخاذ التدابير الوقائية لتفادي الفشل المالي لدى البنوك والمؤسسات التي تعاني من الصعوبات المصرفية ،،حيث أوجب قانون النقد والقرض على اللجنة المصرفية تقييم أعمال المصارف و نشاطاتها و التعرف على مجوداتها و مطلوباتها و النظام الحاسبي المطبق في عمليات التدقيق الحسابي الداخلي و الخارجي، ومدى تطبيق نظام المعلومات المحاسبية الذي يساعد الإدارة على أهم المخاطر التي قد تواجه المصارف، وكذلك التعرف على الإجراءات التصحيحية في حال تعثر و فشل بعض المصارف . –

لكن مع استشارة وموافقة مجلس النقد والقرض تطبيقا لمقتضيات نص المادة 62 من قانون النقد والقرض التي تنص على أن .كل تعديل يمس البنك أو المؤسسة المالية مقرون بترخيص من مجلس النقد والقرض [26]

فتطبيقا لمقتضي هذه المادة لكي تتخذ اللجنة المصرفية قرار الدمج يجب موافقة مجلس النقد والقرض مسبقا على كل تعديل يمس هدف الشركة أو رأسمالها .

كما يتطلب الترخيص كذلك إذا مس التعديل أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة أن يكون مرفقا بالسيرة الذاتية لكل منهم إلى محافظ بنك الجزائر لدراسة مدى تطابقها مع الأحكام القانونية والتنظيمية السارية المفعول و يطبق هذا الإجراء على مسيري فروع البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية، و في حالة تغير هذه القائمة فإنه يجب طلب الموافقة المسبقة لمحافظ بنك الجزائر، كما يطبق الإجراء الجديد على المدير العام أو المديرين العامين غير الأعضاء في مجلس الإدارة .

لكن مع الاشارة أن لمجلس النقد والقرض بإعتباره سلطة نقدية يمثل بنك الجزائر، في ايطار المهام الموكلة اليهبموجب نص المادة 62 من الامر 11/03، من حيث حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية في مجال المعاملات المصرفية، أن يتخذ قرار دمج بين بنكين ، انطلاقا من النتائج التي يتوصل اليها مفتشي بنك الجزائر في ايطاروظيفة الرقابة التي يمارسها البنك المركزي على البنوك التجارية، حيث يلزم البنك المركزي كل بنك

---

[26] - المادة 62 من أمر 11/03 يتعلق بالنقد والقرض :

"..... يتخذ المجلس القرارات الفردية الآتية :

الترخيص بفتح البنوك والمؤسسات المالية و تعديل قوانينها الأساسية ."

خاضع له، تقديم مايطلبه من بيانات و ايضاحات التي يرئ أنها تحقق أغراضه ،كما يمكن لمفتشي البنك المركزي على صورة أية مستندات لا زمة لتحقيق أغراض التفتيش، وهذا بهدف التأكد من سلامة المركز المالى للبنك و للحفاظ على أموال المودعين، وعليه إن تبين أن البنك يعاني من صعوبات مصرفية، يمكن للسلطة النقدية أن تتخذ قرار فردي يتضمن عملية دمج مصرف مع آخر سعيا منها تفادي المصاعب المالية و تجنبا للافلاس، حيث نجد أن المشرع خول لمجلس النقد والقرض استنادا لنص المادة صلاحية سحب الاعتماد من البنك أو المؤسسة المالية في حالة التعثر في النشاط فمن المنطلق و بمفهوم المخالفة يمكن لهذا الاخير بدلا من أن يتخذ قرار سحب الاعتماد يتخذ قرار يتضمن عملية الدمج .

خاتمة

ما يمكن قوله أنه وإن كان يمكن إعتبار اعتماد الدمج المصرفي كوسيلة لاستمرار التقدم و النمو و الاستقرار في الجهاز المصرفي لما يحققه من ايجابيات في تدعيم رأس المال، و الذي يؤدي إلى زيادة فاعلية المؤسسات المندمجة إضافة إلى تعزيز مركزها التنافسي ،من خلال خلق مؤسسات مصرفية قوية كما يهدف إلى إنقاذ المؤسسة المصرفية التي قد تعاني عجزا ماليا يحتمل أن يؤدي بها إلى الفشل .

إلا أنه لا يمكن اعتبار الدمج هو الوسيلة الفضلى لتحقيق سلامة القطاع المصرفي و المحافظة على سيولته و حماية المودعين ،فهو لم يرقي الى مستوى الحل السحري لكافة التحديات التي تواجه العمل المصرفي، فلابد من النظر إليه ضمن إستراتيجية للإصلاح المصرفي التي تستند إلى إصلاح الأجهزة المصرفية في الداخل مما يؤدي إلى رفع كفاءة الرقابة المصرفية و إعادة تنظيم العمل المصرفي ، وتدعيم الملاءة المالية .

و دليلنا في ذلك أن حالات الانهيار التي شهدها النظام المصرفي الجزائري لبعض البنوك ليس نتيجة لصغر حجمها أو نتيجة عدم كفاية رأس المال، وإنما نتيجة ضعف الرقابة ووجود تجاوزات مصرفية ، وهذا ما حصل مع بنك الخليفة، و البنك الصناعي والتجاري الجزائري ، حيث بينت جهات الرقابة ببنك الجزائر التي قامت بالرقابة الشاملة سنة 2001، وجود العديد من التجاوزات للقواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالنشاط البنكي في البنك الصناعي التجاري الجزائري من بينها:

- عدم احترام التسيير الجيد للمهنة (التسيير البنكي) ، خاصة فيما يتعلق بمعالجة الشيكات غير المدفوعة؛

- عدم كفاية الحساب الجاري للبنك لدى بنك الجزائر؛
- غياب الاحتياطي الإجباري؛
- تجاوزات لقوانين الصرف.

فالجنة المصرفية لم تعتمد عملية الدمج كأحد الوسائل لمعالجة الأزمات البنكية ، وإنما اعتمدت سياسة التصفية، حيث اتخذت قرار تصفية كل من بنك الخليفة و البنك الصناعي التجاري الجزائري بعد إعلان عدم قدرتهما على السداد ، كما أصدرت اللجنة مقررا يوم 27 ديسمبر 2005، يقضي بسحب الاعتماد الممنوح لـ الشركة الجزائرية للبنك [27].ووضع البنك قيد التصفية و تم تعين مصفين للقيام بعملية التصفية، حيث يشير البيان الصادر عن اللجنة أنها عاينت عدم ملاءة هذا البنك التي تفاقمت باعتراف مساهمي البنك بعدم قدرتهم على تكوين رأس المال المطلوب، كما عاينت اللجنة استمرارية حالة عدم سيولة البنك و بالتالي ثبوت حالة التوقف عن الدفع .[28]

فمن الناحية العملية لم يحصل في تاريخ النظام المصرفي الجزائري أين تمت عملية الدمج القسري لا من طرف السلطة النقدية و لا من طرف اللجنة المصرفي، وإنما الحل هو سحب الاعتماد لأن المشاكل المصرفية الجزائرية نابعة من عدم الشفافية و سوء الرقابة، حيث لا يوجد التنبؤ المبكر من جهة ومن جهة أخري أن أغلب البنوك التي واجهة صعوبات بنكية، كان نتيجة لتجاوزات قانونية .

و اضافة الى ما سبق ومن تجارب الدول، نجد أن من سلبيات قرارات الدمج ،أنه قد يضاف الى قائمة الاسباب التي تساهم في تعثر البنك، حيث أن عملية الدمج أحيانا تكون بين شركتين مالتين متعثرتين، مما يجعل قرار الدمج عقيما و ربما يكون عائقا أمام تسوية أوضاع البنكين تسوية ايجابية، مما سوف يؤدي الى اعتبار هذا الاجراء في حد ذاته سبب من أسباب التعثر المصرفي، على أساس أن دمج شركتين متعثرتين يعكس انطباع لدى الجمهور بأن البنك الجديد هو الآخر ضعيف في انطلاقته المصرفية، وبالتالي ثقة الجمهور

---

[27]- مقرر رقم 92/02 المؤرخ في 28 أكتوبر 1999 الصادر عن محافظ بنك الجزائر.

[28]- ويعد هذا القرار الصادر عن اللجنة القرار الخامس الذي يمس بنكا خاصا بعد كل من بنك الخليفة و البنك الصناعي و التجاري الجزائري و يونيون بنك و البنك الدولى الجزائري ليتقلص عدد البنوك الخاصة برأس مال جزائري الى بنكين أساسيين هما :أركو بنك و مونا بنك،يومية الخبر الجزائرية ، 13 أكتوبر 2005،و 28 ديسمبر 2005.

سوف تكون ضعيفة، إلا إذا أثبت قدرته عن طريق توسيع نشاطاته المصرفية وعوائده، وهذايتطلب عدة سنوات، و هذا ما حدث مع بنك الاردن والخليج، حيث صدرت توصية من البنك المركزي تتضمن قرار دمج بنك البتراء وهذا الاخير، حيث أدى ذلك الى زعزعة ثقة الجمهور بالبنك فكثرت السحوبات على ودائعه و عدم التعامل معه في المستقبل ،فصدر قرار من لجنة الامن الاقتصادي بعد مدة أقل من عام يقضي بإلغاء دمج البنكين ،حيث تبين عند اعادة تقيم موجودات و مطلوبات البنك، أن مجموع خسائر البنك تزيد عن 100 بالمائة من مجموع مرأس المال مما كانت عليه فإعتبرت الهيئة العامة محلولة ، وأصبحت لجنة الادارة بمثابة هيئة عامة، التي كان عليها أن تدرس الخيارات المتاحة لتقرير مصير البنك [29] .فمن هذا المنطلق يمكن اعتبار أن قرار الدمج ساهم هو الآخر في زيادة تعقد أوضاع البنك، حيث أن قرار الدمج ألحق ضررا بالبنك، حيث أدى الى ابتعاد الجمهور من التعامل معه، وتراجع حجم الميزانية. حتى بعد الغاء دمجه مع بنك البتراء لم يستطيع نشر ميزانيته لفترة أربع سنوات متتالية .فمن الناحية الفنية لم تكن هناك ضرورة لدمج البنكين لأن دمج بنك ذي أوضاع معقدة مع بنك مماثل لا يخلق وحدة مصرفية صحية ، بل وحدة أكثر تعثرا، و عليه فمعالجة أزمات التعثر المصرفي تكون بتعزيز دور السلطة االنقدية في ادارة و مراقبة عمل المصارف التجارية من خلال أدوات سياستهاا النقدية وتحديدا سياسة ادارة السيولة و المراقبة الدورية للمراكز المالية لهذه الادارة، وجعل من احدى مسؤليات البنك المركزي مراقبة اختيار و عمل الادارة في البنوك والمؤسسات المالية ، بشكل دورى، حتي يضمن عدم بروز المغامرين و غير المحترفين المصرفين في هذه الادارة . لأن مشكلة أغلب البنوك كما هو الحال في الجزائر يرجع إلى المحيط و السياسات المطبقة في المجال المصرفي و المالي، حيث أنها لا تطبق كامل قواعد الحذر المعتمدة بما فيها" نسبة كوك" و أن هناك بنوكا عمومية بلغت حد الإفلاس طبقا للقواعد المعمول بها دوليا، مما يجعلها تقع تحت طائلة المادة 715 مكرر20 من القانون التجاري الجزائري الذي ينص على أن المؤسسة تصبح مفلسة إذا أصبحت أصولها الصافية أقل من ربع رأس ماله.و لم تخضع للاجراء؟.

---

[29]- عبد الله عبد المجيد المالكي ، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني، - البنوك الاخرى- مجلد 9، 1997. ص 27.

الهوامش:

1- إبراهيم دبدوب، العولمة و أثرها على الأزمات الاقتصادية في العالم ، الطبعة الأولى ، عمان ، 1998، ص 21.

2- عبد المنعم محمد الطيب حمد النيل ، العولمة وأثارها الاقتصادية على المصارف –نظرة شمولية- ملتقي المنظومة المصرفية الجزائرية و التحولات الاقتصادية – واقع وتحديات- انترنت-ص 8.

3- أنظر في ذلك: النشرة الاقتصادية لبنك الإسكندرية، المجلد الخامس و الثلاثون 2003.
www.alexbankcom/nachra.doc.2003.

4- سياسة الدمج المصرفي و أثارها على أداء المصارف في السودان ،–دراسة حالة بنك الخرطوم – الجزء الأول – ص1 موقع الانترنت.www.googl.com.

5- يعقوب يوسف صرخوه ،" الإطار القانوني للاندماج بين البنوك الكويتية "، دراسة مقارنة –"، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 04، ديسمبر 1993،ص 16

6- سياسة الدمج المصرفي و أثارها على أداء المصارف في السودان ، مرجع سابق ،..ص 4.

7- نفس المرجع ، ن ص.

8- جوزف طربية ، المصرف الناجح يكون حيث يكون الموظف الناجح ، مجلة اتحاد المصارف العربية ، بيروت ، العدد 196، نيسان ، 1997، ص 10.

9- مرجع نفسه ، ص 11

10- خليل هندى ، أنطوان الناشف ، " العمليات المصرفية والسوق المالية ، الجزء الثالث : دمج المصارف ، مرجع سابق ، ص 124.

11- يعقوب يوسف صرخوه ، مرجع سابق ، ص 16.

12- خالفي وهيبة ،"خوصصة البنوك الجزائرية : الواقع و الأفاق "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون – تخصص نقود ومالية - ، جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ،2000، ص 176.

13- يعقوب يوسف صرخوه ،مرجع سابق، ص29.

14- صلاح الدين هارون ، إعادة هيكلة البنوك :الأسباب و الوسائل ، مجلة عالم البنوك ، الأردن 1998، ص 20

15- توفيق شمبور، تعثر المؤسسة المصرفية في لبنان ، مرجع سابق، 25.

16- سياسة الدمج المصرفي وأثرها على أداء المصارف في السودان، مرجع سابق، ص4.

- وهو يختلف عن الدمج العدائي : و هو الدمج الذي يتم رغم معارضة إدارة البنك المدموج، إما لتدني قيمة السعر المعروض ، أو للمحافظة على استقلالية بنكها .

17- أنظر : خليل الهندي ، انطوان الناشف، " العمليات المصرفية والسوق المالية "، الجزء الثالث، دمج المصارف[1] ،.ص ص11،12.

18- حيث عرف المشرع الجزائري في المادة 03 من أمر 03-03 المؤسسة على أنها :" كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة ، نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات .". فقانون المنافسة حسب المادة 2 من الأمر نفسه يطبق على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام .

19- الجريدة الرسمية عدد رقم 2 الصادرة بتاريخ 1993/01/14.

20- مقرر رقم 92/02 المؤرخ في 28 أكتوبر 1999 الصادر عن محافظ بنك الجزائر.

21- يومية الخبر الجزائرية، 13 أكتوبر 2005 و 28 ديسمبر 2005.

22- حيت أشارت المادة 17 من الأمر 03/03 إلى ما يلي : " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ، ولا سيما بتعزيز و ضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبث فيه في أجل 3 أشهر ."

23- إلا أنه و بتوجيه من الاتحاد الأوروبي ، فقد أدخل قانون الضبطية الاقتصادية في 15 ماي 2001 الذي أدرج أمر 1986 ضمن القانون التجاري عدة تعديلات على النظام الفرنسي لرقابة التجميعات و خاصة التخلي عن مقياس حصة السوق و استبداله بمقياس رقم الأعمال المحقق على المستوى العالمي أو الوطني أنظر: Condomines Aurélien, « le contrôle des concentrations en France»,www.opucitatum.com/art.

24- تقصي بهما اللجنة في حالة ما إذا أخل بنك أو مؤسسة مالية بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه أو لم يذعن لأمر أو لم يأخذ في الحسبان التحذير،

25- المادة 62 من أمر 11/03 يتعلق بالنقد والقرض :".....

يتخذ المجلس القرارات الفردية الآتية :

الترخيص بفتح البنوك والمؤسسات المالية و تعديل قوانينها الأساسية ."

26- مقرر رقم 92/02 المؤرخ في 28 أكتوبر 1999 الصادر عن محافظ بنك الجزائر.

- ويعد هذا القرار الصادر عن اللجنة القرار الخامس الذي يمس بنكا خاصا بعد كل من بنك الخليفة و البنك الصناعي و التجاري الجزائري و يونيون بنك و البنك الدولي الجزائري ليتقلص عدد البنوك الخاصة برأس مال جزائري إلى بنكين أساسيين هما :أركو بنك و مونا 27- يومية الخبر الجزائرية ، 13 أكتوبر 2005، و 28 ديسمبر 2005.

28- عبد الله عبد المجيد المالكي، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني، - البنوك الأخرى- مجلد 9، 1997. ص 27.

29- عبد الله عبد المجيد المالكي ، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني، - البنوك الاخرى- مجلد 9، 1997. ص 27.

استراتيجيه محاربة الفقر من خلال العمل اللائق

ماموني فاطمة الزهـراء
أستاذة مساعدة كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الحميد ابـن باديس- مستغانم

مقدمـة

لقد نوقشت العولمة من ناحية السوق و الدولة على حد السواء. و لكن نادرا ما تم بحثها من ناحية أثرها على البشر، خاصة أن السياق الحالي للعولمة المتسم بنشر التكنولوجيات الجديدة و تدفق الأفكار و تبادل السلع والخدمات و زيادة رؤوس الأموال والتدفقات المالية و تدويل عالم الأعمال و العمليات التجارية و الحوار و تنقل الأشخاص لا سيما العاملات و العمال، يغير معالم عالم العمل تغييرا جذريا:

من جهة، ساعد مسار التعاون و التكامل الاقتصاديين عددا من البلدان على الاستفادة من المعدلات العالية للنمو الاقتصادي و خلق العمالة. و على استيعاب العديد من الفقراء الريفيين في الاقتصاد الحضري الحديث والدفع قدما بأهدافها الإنمائية و دعم الابتكار في تطوير المنتجات و تداول الأفكار.

من جهة أخرى وضع التكامل الاقتصادي العالمي العديد من البلدان و القطاعات أمام تحديات كبيرة، تتمثل في عدم تساوي الدخل واستمرار مستويات عالية من البطالة وهشاشة الاقتصاديات أمام الصدمات الخارجية و نمو العمل غير المحمي و الاقتصاد غير المنظم والأنواع غير النمطية مـن العمـل، مما يؤثر على علاقة الاستخدام و أشكال الحماية التي يمكن أن تقدمها. و بالتالي تراجع الأمن و تنامي الفقر. من ثمة يمكن القول أن الفقر يعتبر أبرز سيئات العولمة، الناتج عن تعرض حق الإنسان في مستوى معيشي كاف و لائق والحقوق المتعلقة به، لتأثر سلبي كبير بآثار العولمة بكل جوانبها، خاصة و أنه يوجد نصف 2.8 مليار عامل على مستوى العالم يعيشون رفقة عائلاتهم بما يعادل دولارين يوميا. [1]

وسع البنك الدولي مفهوم الفقر الى أنه "عدم القدرة على تحقيق الحد الأدنى من مستوى المعيشة. و هذا بسبب عدم كفاية الدخل و سوء التغذية وانعدام الاستفادة من

1 -V, Rapport du directeur général : s'affranchir de la pauvreté par le travail , bureau international du travail Genève n 58 décembre Travail,2004 p.4

الضمان الاجتماعي[1]". إن الفقر مهما تعددت زوايا النظر إليه، إلا أن الثابت أنه ظاهرة قديمة قدم الحياة الإنسانية و إن اتسع نطاقه مع هيمنة العولمة الاقتصادية، حيث تم احصاء حوالي مليار شخص يعيشون الفقر المدقع، يتقاضون أجرا لا يزيد عن دولارا واحدا يوميا. و قد أكد رئيس البنك الدولي على أن حوالي ثلاثة ملايير شخص و هو ما يعادل نصف سكان الأرض يمتلكون أقل من دولارين يوميا للعيش [2] أما فيما يخص العالم العربي، رغم تسجيله تقدم في التنمية البشرية إلا أنه قدر في أوائل التسعينات أن حوالي أربعون مليون شخص يعيشون تحت خط الفقر أي ما يعادل 4 ،18 % [3].

عن واقع الفقر في الجزائر، أكدت إحصائيات برنامج الأمم المتحدة للتنمية والبنك العالمي على أن الجزائر لا تزال تعرف مفارقة كبيرة من حيث الاختلال في توزيع الثروة و الدخل، حيث بلغت نسبة الذين يعيشون في خط الفقر(لا يتعدى عائدهم اليومي دولارين) أكثر من 22 % أي أكثر من 5 ،6 مليون جزائري [4] .

لقد اكتسب تحليل ظاهرة الفقر أهمية كبيرة منذ مطلع التسعينات و ذلك في ظل النتائج المخيبة للتوقعات نتيجة تطبيق برامج الاصلاح الاقتصادي في عدد كبير من الدول النامية

---

[1]- حول تعاريف الفقر، انظر: حسين رحيم، التنمية و العولمة، إشكالية الموازنة لتحقيق النمو المتوازن استئصال الفقر و ضمان الرفاه الاجتماعي، مجلة الاقتصاد و المناجمنت، الفقر و التعاون. كلية العلوم الاقتصادية و التسيير. جامعة الجزائر. عدد 2 سنة 2003 ص 225 . و سوزان حسن أبو العنينين ، الفقر في الدول العربية، المجلة العلمية للاقتصاد و التجارة، العدد الرابع، كلية التجارة، جامعة عين الشمس، القاهرة 2004 ص 115 : و جريدة الخبر" لا بديل عن إشراك الفقراء في برامج التنمية " عدد 3131 الصادرة بتاريخ 02 ابريل 2001 ص 3 .

-Pierre de Senarclens, La mondialisation, théories, enjeux et debats, Armand Colin, 4ème édition 2005. P.130 et 102.103. 104

[2]- أي حوالي نصف سكان جنوب أسيـا و إفريقيا الجنوبية. و ربع سكان أمريكا اللاتينية. و ثلث سكان الشرق الأوسط و إفريقيا الشمالية، أنظر: - Pierre de Senarclens, *op.cit*,p.102

[3]- كوريل فريد : الفقر، مسبباته، أثاره و سبل الحد منه، حالة الجزائر، مجلة الاقتصاد و المناجمنت، كلية العلوم الاقتصادية و التسيير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان. الجزائر عدد 2 . 2003 ص 182.

[4]- انظر : جريدة الخبر " الجزائريون بين فقر زاحف و استدانة متزايدة، العدد 5438 الصادر بتاريخ 29 – 09 -2008 ص .07 .

[1]من حيث انتشار البطالة والانخفاض في الدخول الحقيقية الناتجة عن زيادة الأسعار و البطالة و التهميش و الحرمان، مما دفع الأمم المتحدة سنة 2000 بالتأكيد على أولوية محاربة الفقر في السياسات التنموية. و قد اعترفت قبل ذلك الجمعية العامة لها في دورتها التاسعة والأربعين بأن الفقر يمثل مشكلة بالغة الإلحاح. و أكدت ذلك في تقريرها الصادر في ديسمبر 1994 بشان حقوق الانسان و الفقر حيث ورد فيه أن " الفقر والحرمان الاجتماعي يشكلان انتهاكا خطيرا لكرامة الإنسان. و من ثمة يتطلبان اتخاذ تدابير عاجلة على الصعيدين الوطني و الدولي لوضع حد لهما "[2].

لذا أدرك مؤتمر العمل الدولي بأن تحقيق نتيجة محسنة و منصفة لصالح الجميع في ظل هذه الظروف، أصبح أمرا ضروريا أكثر فأكثر من اجل تحقيق العمالة الكاملة، لضمان استدامة المجتمعات المتفتحة و الاقتصاد العالمي و لتحقيق التلاحم الاجتماعـي و محاربة الفقر و حالات عدم المساواة المتزايدة. و من أجل الاستجابة للتطلع العالمي إلى العدالة الاجتماعية و التي لن تتحقق إلا بالتأثير المتبادل ما بين الفرص الاقتصادية، الحريات السياسة و القدرات الاجتماعية. ذلك أن هذه العوامل مجتمعة، هي ما يميز كل المجتمعات المزدهرة والعادلة. كل هذا عزز قدرات منظمة العمل الدولية على المضي قدما بهذه الأهداف من خلال برنامج العمل اللائق في إطار رؤية عصرية للمنظمة في ظل العولمة. إن العمل اللائق هو الضمانة الأقـوى و الأفضل و الاكثر استدامة لتحقيق التنمية الاقتصادية و التماسك الاجتماعي علي مستوى عالمي[3]. فهل تمكنت منظمة العمل الدولية من تقديم العمل في بعده الجديد كهدف يتجاوز الحساب الاقتصادي الضيق واعتباره مدخلا

---

[1]

[2]- وقد أكد على ذلك مؤتمر قمة الألفية سنة 2000 ، مشيرا إلى ضرورة تحقيق الأهداف الانمائية الثمانية للألفية الجديدة والمتمثلة في : القضاء على الفقر المدقع والجوع، نشر التعليم الابتدائي على نطاق عالمي، تعزيز المساواة وتمكين المرأة، تخفيض معدلات وفيات الأطفال، تحسين صحة الامهات ، ومكافحة فيروس نقص المناعة البشرية، كفالة الاستدامة البيئية ، الشراكة العالمية من اجل التنمية . إن هذه الأهداف تتماشى و استراتيجية الحد من الفقر المقترحة من طرف المدير العام لمكتب العمل الدولي في ضرورة تدعيم النمو الاقتصادي و التنمية الاجتماعية بتدعيم و تعزيز عوامل العمل اللائـق و دعم الفئات المحرومة و تبني سياسة اجور متزنة .

[3]- عن رئيس وزراء البرتغال في كلمة ألقاها أمام منتدى منظمة العمل الدولية حول العمل اللائق. أنظر مجلة منظمة العمل الدولية، عالم العمل، العمل من اجل عدالة اجتماعية. العدد 64 افريل 2009 ص8.

لإستراتيجية خلق الوظائف المنتجة ومكافحة الفقـر و الإقصاء الاجتماعي، بدلا من اعتباره غرضا في حد ذاته. إن الوقوف عند تحديد مفهومه، كفيل بتوضيح الرؤية عن أهداف البرنامج العام للعمل اللائق(المبحث الأول). إلي جانب عوامل تعزيز و تجسيد العمل اللائق والإدماج الاجتماعي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم العمل اللائق

لقد تم تعزيز النمو الاقتصادي باعتباره الإستراتيجية الأساسية طويلة المدى لتقليل الفقر في بلدان العالم الثالث، بينما تم تثبيط الاستثمار العام في الفقراء باعتباره يبطيء من عملية النمو الاقتصادي. و الآن تتغير هذه الصورة وإن كان ذلك يتم لأسباب اقتصادية أكثر منه لأسباب أخلاقية. فيقال الآن إن النمو الاقتصادي يتوقف أيضا على تنمية رأس المال البشري، من خلال الاستثمار العام في التكوين و التعليم و الصحة و خاصة توفير فرص العمل اللائق. فمـاذا يقصد به، ما ؟ أهدافـه ؟ (المطلب الأول) وما مؤشراتـه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تعريف العمل اللائق

ورد عن المدير العام لمنظمة العمل الدولية "جون صومافيا "Juan Somafia : "بما أن السلام العالمي و الدائم لا يمكن إقامته إلا على أساس من العدالة الاجتماعية، و بما أنه يوجد من أنماط العمل ما ينطوي على إلحاق الظلم و البؤس و الحرمان بعدد كبير من الناس، الأمر الذي يولد سخطا من الشدة بحث يعرض السلام و الوئام العالميين للخطر، فانه يتعين خلال زمن الحروب والسلام و النكبات والنمو الاقتصادي، على الحكومات ومنظمات العمال وأصحاب العمل أن تتابع الاجتماع و الحوار حول مبادئ موحدة. فعلى العمل أن يكون مصدرا للكرامة والعمل ليس سلعة والفقر حيثما كان يولد خطرا يهدد الرخاء في كل مكان. فلنعمل معا على وضع سياسات تقوم بدعم هدف العمل اللائق و تطوير قضية العمل اللائق من أجل عدالة اجتماعية وعولمة عادلة. فهذه هي مهمتنا، وهذا هو ميثاقنا ومسؤوليتنا" [1] .

[1] - هذا ما اكدته منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة. عن مؤتمر العمل الدولي في دورته السابعة و التسعين جنيف 10 حزيران/يونيو 2008 و يعتبر البيان الرئيسي الثالث حول المبادئ و السياسات الذي يعتمده مؤتمر العمل الدولي من دستور منظمة العمل الدولية عام 1919 .و هو يستند إلى إعلان فيلادلفيا لعام 1944 و إلى إعلان المبادئ و الحقوق الأساسية في العمل

هذا ما أكدته اللجنة العالمية المعنية بالبعد الاجتماعي للعولمة [1] من خلال تقريرها"عولمة منصفة، تهيئة الفرص للجميع" بأن " التوجه الحالي للعولمة يحدث اختلالا في التوازن على مستوى الدول فيما بينها. فالثروات تم خلقها، لكن دون أن ترتب أي فائدة بالنسبة لعدد كبير من الدول و الأشخاص. لذا يجب أن تكون العولمة فرصة لتطوير البشرية من خلال العمل اللائق الذي يجب أن يشغل حيزا رئيسيا ضمن كل الاستراتيجيات بهدف بلوغ التقسيم العادل و الاستفادة من ايجابيات العولمة. فالعمل اللائق هو ما يسمح بتأمين مستقبل أفضل لأولادنا و لأجيالنا المقبلة.

إن العالم دون عمل هو عالم يفتقد فيه بعدا مهما للقدرات الإنسانيـة خاصة و أن " العمل" "الأجر " "المستخدم" لم تعد إلا مصطلحات عرفهـ ـا تاريخ قانـون العمل. مع ذلك في مجتمعاتنا يظل العمل مهما كانت طبيعته نمطي أو غير نمطي الأساس القانوني و المشروع و الميكانيزم المعتمد لحركة رأس المال البشري. إن العمل لا يعتبر هدفا في حد

لسنة 1998. كما يعد حصيلة المشاورات الثلاثية التي استهلت في أعقاب صدور تقرير الجنة العالمية المعنية بالبعد الاجتماعي للعولمة . كما يستند إلى التزامات مؤتمر القمة العالمي للتنمية الاجتماعية كوبنهاجن 1995. انظر إعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة. عن مؤتمر العمل الدولي في دورته السابعة و التسعين جنيف 10 حزيران/يونيو 2008 و جامعة الدول العربية . ص91.

[1] - تم إنشاء اللجنة العالمية المعنية بالبعد الاجتماعي للعولمة باقتراح من المدير العام لمنظمة العمل الدولية و التي عهدت للجنة وكالة البحث عن توحيد الآراء و صياغة اقتراحات من أجل الخروج من مأزق العولمة من خلال الاهتمام بطموحات و انشغالات الأشخاص و التركيز على الوسائل المثلى لاستثمار إمكانيات العولمة. إن هذه اللجنة تحمل رسالة الأمل و تحقيق السلم و العمل على جعل العولمة أكثر عدالة لا تقصي أحدا و اعتبارها هدفا يطمح إليه كأولوية عالمية. ذكر صومافيا بأن هذه اللجنة تتكون من 26 عضوا من سياسيين، خبراء في المسائل الاجتماعية و الاقتصادية، ممثلين عن مؤسسات متعددة الجنسيات،النقابات، عن الشركات المدنية و الذين وجدوا أنفسهم- أمام المصالح المتعارضة التي تميز العولمة -يرتبطون بمهام صعبة في كل ما يتعلق بتحليل أثارها و صياغة تنظيمات من أجل تصحيح الاختلال في التوازن الذي يتبناها لمنحها بعدا اجتماعيا و جعلها أكثر عدالة .

-Rapport de la commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation. Revue travail. Vers une mondialisation juste. la magazine de L'OIT. Bureau internationale du travail. Genève. édition p 5 et 06

ذاته و لكن وسيلة للوصول إلى إثبات الذات و الاندماج الاجتماعي[1]. و من هنا بدء النضال من جديد لحل مشاكل عالمية من خلال الفكرة الرائدة التي شغلت كل اهتمامات و جهود منظمة العمل الدولية " العمل اللائق ".

اختلفت زوايا النظر إلي العمل اللائق، فهناك من ربط مفهومه بالعولمة العادلة و السلم الاجتماعي و بالأجر اللائق و التدريب و المساواة بين الجنسين. و فهناك من ربطه بالضمان الاجتماعي. فقد صرحت إحدى أعضاء النقابات العماليـة المشتركة في الفلبين عند تعريفها للعمل اللائق[2]، بأن " العمل يكون لائقا عندما ألتزم بالكامل و بفرح بتخطي متطلبات عملي، من دون أن ينتابني القلق حيال وظيفتي و الضمان الاجتماعي و الدخل و المنافع و الصحة و السلامة و الفرص و المشاركة في صنع القرار، فقط لأني امرأة و عضو في نقابة عمالية". في حين اعتبر خبير في الموارد البشرية- من غانا- العمل اللائق " أي عمل يؤمن رضا وضيفي للموظف فلا يفكر بتركه بالتالي، تتضمن المتغيرات القادرة على تحقيق ذلك ظروف عمل جيدة و اعتراف الأقران و المدراء بالجهود المبذولة و الاستقلاليـة و السيطرة علي ساعات العمل و الأنشطة و الادارة الرشيدة و الالتزام التنظيمي بالقيم المهنيـة و التقدم المهني". في حين عرفته إحدى أعضاء الاتحاد العام للعمال الجزائريين بأنه عقد دائم و أجر كريم لحياة كريمة و قدرة شرائية مناسبة و ضمان اجتماعـي و احترام اتفاقيات منظمة العمل الدولية". أما وزير العمل والسياحة الاجتماعية لجمهورية صربيا يرى بأن العمل اللائق يقتضي أن يكون لكل عامل ظروف عمل لائقة و ضمان اجتماعي و عقد استخدام و المنافع غير المرتبطة بالأجر علي غرار فرص التدريب و التعليم و القضـاء على فجوة الأجور بين الجنسين. إلى جانب تدابير الكفاية الغذائية للجميع.

كانت نظرة منظمة العمل الدولية للعمل اللائق أوسع. فقد عرف مكتب العمل الدولي العمل اللائق " travail décent على أنه "العمل المنتج الذي يؤدي في ظروف تسودها

---

[1]- Peter Auer, Genévrière Besse et Dominique Métha. Délocalisation, Normes du travail et politique d'emploi. vers une mondialisation plus juste. Ouvrage publié avec le concours de OIT et l'institut international d'études sociales. Paris.2005.p209 et 210.

[2]- ورد في مجلة العمل الدولية، عالم العمل، 90 تصريحا حول مفهوم العمل اللائق من مختلف دول العالم. أكثر تفاصيل ، أنظر مجلة العمل الدولية، عالم العمل. العمل اللائق: ماذا يعنى لك ؟ "90 صوتا من حول العالم ".العدد 64 افريل 2009.ص 22 و ما بعدها.

الحرية والإنصاف والأمن وكرامة الإنسان، والذي يحصل عليه النساء والرجال على قدم المساواة. ويشكل العمل اللائق محور التقاء الأهداف الإستراتيجية الأربعة لمنظمة العمل الدولية معا، تعزيز الحقوق في العمل، الاستخدام، الحماية الاجتماعية، الحوار الاجتماعي. و هذا بما يؤدي إلى الاهتمام بجميع العمال في القطاع المنظم والاقتصاد غير المنظم و بتعزيز القدرات الشخصية للناس بما يؤمن لهم معيشة لائقة من خلال أهدافها الإستراتيجية الأربعة بأسلوب متوازن ومتكامل وخلق الإحساس بوجود هدف مشترك لدى أطراف الإنتاج الثلاثة.[1]

في إطار التعريف بالمبادئ الأساسية للعمل اللائق، أكد أحد فقهاء القانون، أن العمل اللائق في معناه الأوسع هو الإنسان اللائق والمواطن اللائق والحياة اللائقة والتقاعد اللائـ ـ ـق والاستقرار الاجتماعي اللائق. كما أن العمل اللائق في أي مكان في العالم يعني ظروف عمل مريحة ودخل مستحق ومتوازن وحماية اجتماعية. كما يعني العدل بين العمال وضمان حقهم في التعبير عن همومهم وإبراز شواغلهم.

إن مجرد فكرة اللياقة "Décence" تحمل في ذاتها بعض الحلول، فهي تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق ميزة التضامن في العمل بين الرجال والنساء، دون السعي إلى السيطرة والضغط المتبادل بين الطرفين. و بالنتيجة توحي فكرة اللياقة إلى التشاور في الرأي والبحث عن المساعدة والدعم والتعاون والحماية بين الشركاء الاجتماعيين وصياغة وتطبيق القوانين الخاصة بالعمل.

إن فكرة العمل اللائق تتطلب تبعا لذلك أن لا تتحول العلاقات الإنسانية إلى أيدلوجيات بل يجب أن تأخذ بعدا أخلاقيا.[2] إن للعمل اللائق بهذا المفهوم هدفا مزدوجا، هدفا كميا يتمثل في جعل العمل اللائق هدفا عالميا و هدفا نوعيا يسعى إلى تحسين نوعية العمل.

- الهدف الأول يتحقق إذا حظي الجميع بعمل منتج وبحرية في كل العالم. وهذا ما سعت اللجنة الدولية للبعد الاجتماعي للعولمة إلى توضيحه من خلال تقريرها، حيث حثت الدول

---

[1] - أنظر نوع الجنس، العمل، الاقتصاد غير المنظم. قاموس المصطلحات منظمة العمل الدولية. المكتب الاقليمي للدول العربية، ص9 و 10. على أن تتضافر في تحقيق ذلك جهود وأطراف الإنتاج الثلاثة: الحكومات بتبني حكم راشد والمؤسسات يتحمل المسؤولية الاجتماعية لها والعمال.

[2] - V : Jean –Michel Servais, Normes internationales du travail. L.G.D.J 2004, p 295 § 1109.

على أن تسعى لأن تجعل من العمل اللائق هدفا عالميا يقدم باعتماد استراتيجيات وطنية ودولية متكاملة تسعى إلى خلق فرص العمل، الأمر الذي يسمح بتقليص الضغوطات الاجتماعية داخل الدول وتفادي التصادم الاجتماعي فيما بينها[1].

- الهدف الثاني الخاص بتحسين نوعية العمل: ورد عن المدير العام لمنظمة العمل الدولية "جون صومافيا" على أنه يجب أن لا يتوقف الأمر على خلق فرص العمل فحسب، ولكن خلق فرص عمل ذو نوعية مقبولة. كما أنه يجب أن لا يكون هناك انفصال ما بين مستوى العمل أو قيمته ونوعيته. حقيقة أن كل التعاريف الخاصة بالعمل اللائق موجدة في كل المجتمعات، لكن نوعية العمل يمكن أن يأخذ مفهومها عدة أبعاد، فقد يشمل الأشكال المختلفة للعمل ولظروف العمل، فضلا على فكرة القناعة والرضا بالعمل [2]. فما يجب أن يكون اليوم هو قيام الدول بدورها لتحقيق العدالة في العمل. و هذا من خلال تبني سياسة العمل اللائق و التي بإمكانها التخفيف من الآثار السلبية للعولمة بالنسبة للأشخاص المعنية بها و الاستفادة من كل ما يمكن أن يترتب عن التحولات الاقتصادية من أثار ايجابية.

إن هذه السياسة يمكنها أن تساهم في كبح وتيرة التغييرات التي أحدثتها العولمة، إلى أن تصبح مقبولة إنسانيا. على الدولة أن تستمر في استعمال كل الوسائل القانونية من أجل تنفيذ هذه السياسة الاجتماعية ، معتمدة في ذلك على سلطتها التشريعية و تبني معايير عمل أكثر برمجـة و منهجية و ليس معايير رادعة. و هذا من خلال إزالة العوائق خاصة ما يتعلق منها بالضغوطات المفروضة لشل الحركات النقابية. كما يجب عليها أن تقوم بدور المنقذ و الوسيط بدلا من الوصي، من خلال إنشاء بيئة ملائمة للحوار و الاتصال و العمل على دمج المعايير الاجتماعية من طرف الأجهزة المكلفة بتنفيذ السياسات الاجتماعية في كل ما يخص التكويـن المهني و القرض و الضمـان الاجتماعي و دعم الفئات المحرومة...الخ و توسيع مجال التفاوض. على أن تتخذ مهام السلطات العامة بعدا خاصا اتجاه القطاع غير المنظم و المؤسسات الصغيرة و المتوسطة حيث يعاني العمل المشترك و الحوار الاجتماعي صعوبات أكبر. على الدول الديمقراطية أن تؤسس آليات تمنح كل المعنيين فرص المساهمة في انجاز سياسات و برامج توفر لهم العمل اللائق تمارس في

[1] - rapport de la commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, Revue de Travail, vers une mondialisation juste N° 50 Mars 2004 p 5.

[2] - V. Jean Michel Servais. Politique de travail décent et mondialisation, réflexions sur une approche juridique renouvelée, revue internationale du travail N° 01 Bureau internationale du travail. Généve2004 p 204.

ظل ظروف كريمة و إنسانية و حماية اجتماعية ضد المخاطر المرتبطة بهذا العمل. دون أن يحول ذلك دون التكيف والتطور السريع لسوق عالمي قائم على المنافسة [1]. الأمر الذي لن يتحقق الا اذا تم مراعاة مبادئ العمل اللائق و مؤشراته.

المطلب الثاني :مبادئ العمل اللائق ومؤشراته

لكي يكون العمل ذو نوعية مقبولة، يجب أن يكون كافيا، بمعنى أن يتوفر للجميع الإمكانية التامة للوصول إلى فرص كسب الدخل مع الاحتفاظ بكافة الحقوق في العمل. وأن يكون منتجا وأن يكون كاملا. وأن يكون حرا مختارا. فهل تمكنت السياسات الاجتماعية للدول من بلوغ هذا المفهوم للعمل اللائق بكل أهدافه؟ للإجابة عن هذا الإشكال حدد مكتب العمل الدولي مؤشرات كفيلة بالكشف عن مدى بلوغ ذلك نوردها تباعا.

أولا: مبادئ العمل اللائـق

- أن يكون العمل حرا مختارا: بمعنى أن يمارسه الشخص دون أن يكون مجبرا على القيام به. هذا و قد أشارت اتفاقية العمل الجبري إلى أنه " يشمل كل أعمال أو خدمات تغتصب من أي شخص تحت التهديد بأي عقوبة و لم يتطوع هذا الشخص بأدائها بمحض اختياره. يستثنى من هذا التعريف الأعمال و الخدمات التالية: أي أعمال أو خدمات تغتصب بموجب قوانين الخدمة العسكرية الإلزامية ذات صبغة عسكرية بحتة. أي أعمال أو خدمات تمثل جزءا من الواجبات المدنية الطبيعية للمواطنين في بلد يتمتع بحكم ذاتي شامل. أي أعمال أو خدمات تغتصب من أي شخص بناءا على إدانة من محكمة قانونية، بشرط أن تنفذ هذه الأعمال و الخدمات تحت إشراف و رقابة سلطة عامة، و أن لا يكون هذا الشخص مؤجرا لأفراد أو شركات أو جمعيات أو يكون موضوعا تحت تصرفها. أي أعمال أو خدمات تغتصب في حالات الطوارئ، أي في حالة نشوب حرب أو وقوع كارثة، أو وجود ما يهدد بوقوع كارثة كحريق أو فيضان أو مجاعة ، أو وباء أو مرض وبائي، أو غزو من حيوانات أو حشرات أو أفات زراعية و بوجه عام أي ظرف يهدد بقاء أو رخاء السكان كلهم أو بعضهم.الخدمات الاجتماعية البسيطة التي يؤديها أفراد المجتمع لتحقيق نفع مباشر لهذا المجتمع، و من ثمة يمكن اعتبارها واجبات مدنية طبيعية على أفراد المجتمع.

[1]-Jean Michel Servais, Op.cit p221-223.

بشرط أن يكون لأفراد المجتمع أو لممثليهم المباشرين الحق في أن يستشار فيما يتعلق بالحاجة إلى مثل هذه الخدمات [1] .

- أن يكون كاملا: أمام فشل الحكومات المتعاقبة للدول المتطورة و النامية على السواء في وضع إستراتيجية مترابطة في ظل العولمة و ما رتبته من أثار اجتماعية خطيرة بما فيها الأزمة المطولة للبطالة و توسع الفقر و انعدام المساواة، ظهرت الحاجة لتبني سياسات اقتصادية و اجتماعية جديدة، على أن يكون التشغيل الكامل في قلب هذه الاستراتيجيات للبحث عن فعالية اقتصادية جديدة و مواجهة المشاكل أو التحديات التي أفرزها التقسيم الدولي الجديد للعمل. فالكثير من الأشخاص يتم تشغيلهم و بالوقت الكامل، لكن في ظل ظروف عمل مزرية و مع إنتاجية ضعيفة أو تحت الإجبار، مما يجعل هذه الأعمال غير مقبولة. فضلا على أن انتشار العمل غير النمطي و التنافس لجلب الاستثمار الأجنبي يخفض نوعية العمل. و هذا كله يتطلب ربط المسائل الاقتصادية بتلك المرتبطة بمستقبل العمل لكونها الطريقة الوحيدة لإعادة خلق الثروات.

في هذا المجال يرى احد الفقهاء القانون أن نقطة الانطلاقة تكون في منح معنى جديد للعمل. خاصة و أن مفهومه أصبح أكثر غموضا و صعب الفهم و الإدراك. هذا ما أقرته الفيدرالية الدولية للعمل و التي كانت أول من نادت بأنه على العمال أخذ المبادرة في السعي إلى التغيير والإبداع و التكوين. و التكيف والمفهوم الجديد لأمن العمل، من خلال تجاوز شكل عقد العمل غير محدود المدة(CDI) بمفهومه الكلاسيكي و العمل الكامل و المؤقت Plein emploi partiel إلى تخفيض و إعادة تنظيم وقت العمل[2] وأخذ المبادرة الحرة لتجسيد مشاريع العمل. كما أكدت على أن الأمر لا يتوقف على جعل الإنسان محور الاهتمامات. إنما الأمر يتطلب خلق علاقات جديدة بين البشر وكذا بين العمـال والإدارة خاصة أمام تمزق النسيج الاجتماعي[3].

---

[1] - و هي الاتفاقية رقم 29 الصادرة سنة 1930. يستخدم أيضا للتعبير عن العمل الجبري العمل القسري و الإلزامي. أنظر قاموس المصطلحات. المرجع السابق ص 23 و 24 .

[2]- Jean-Christophe le Duigou, d'un nouveau plein emploi a la démocratie sociale. L'économie politique n 34 .alternative avril 2007.p27 et 29 et 30.

[3]- Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation :une Mondialisation juste. Créé des opportunités pour tous.1er édition. Avril 2004.p70.

- أن يقوم على مبادئ المساواة و الإنصاف: إن مفهوم العمل اللائق لا يكتمل إلا بمراعاة مبادئ المساواة و الإنصاف التي أكد عليها مكتب العمل الدولي "... العمل اللائق هو العمل الذي يؤدى في ظروف تسودها الحرية و الإنصاف و المساواة بين الجنسين..." تتجسد هده المبادئ في الإنصاف من خلال ما يلي:

* العدالة بين الجنسين في عالم الشغل : يقصد بالمساواة بين الجنسين في عالم العمل انطلاقا من برنامج عمل منظمة العمل الدولية بشأن العمل اللائق:

- تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة في العمل. - المساواة فـ ـي الأجر عن العمل ذي القيمة المتساوية. - الوصول المتساوي إلى بيئة عمل آمنة وصحية وإلى ضمان اجتماعي. - المساواة في الحرية النقابية وفي المفاوضة الجماعية. - المساواة في الحصول على ترقية وظيفة فعلية.- توازن منصف بين العمل والحياة الأسرية للنساء والرجال. و المشاركة المتساوية في اتخاذ القرارات.[1]

* عدم التمييز: يتضمن التميز حسب اتفاقية التمييز في الاستخدام والمهن لسنة 1958 رقم 111: أي تفريق أو استبعاد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني أو الأصل الاجتماعي ويكون من شأنه أبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المعاملة في الاستخدام أو المهنة. أي تمييز أو استبعاد أو تفضيل آخر يكون من أثره إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المساواة في المعاملة في الاستخدام أو المهنة تحدده الدولة العضو المعنية بعد التشاور مع ممثلي منظمات أصحاب العمل ومنظمات العمل أن وجدت ومع هيئات مختصة أخرى. لا يعتبر أي تفريق أو استبعاد أو تفضيل على أساس مؤهلات يقتضيها شغل وظيفة معنية من قبيل التمييز.[2]

* تمكيـن المرأة: تمكين المرأة هو العملية التي تكتسب النساء من خلالها وعيا بشأن علاقات السلطة غير المتكافئة القائمة على أساس نوع الجنس و يحظين بصوت أعلى يخولهن مواجهة عدم المساواة السائدة في المنزل و مكان العمل و المجتمع المحلي.و يهدف التمكين إلى حث النساء على التحكم بحياتهن من خلال وضع برامج عمل خاصة بهن و

---

[1] - وهذا حسب التعريف الوارد عن مكتب العمل الدولي سنة 2007 للمساواة بين الجنسين في عالم العمل، و عن المساواة في الأجر. انظر الاتفاقية المساواة في الأجور رقم 100 لسنة 1951 . أنظر قاموس المصطلحات المرجع السابق ص 29 و ص64

[2] - أنظر قاموس المصطلحات، المرجع السابق ص 11 و 12.

اكتساب المهارات و معالجة المشاكل و تطوير قدرتهن على الاعتماد على أنفسهن. و يقضي منظور تمكين المرأة ضمن سياق منظمة العمل الدولية بتعزيز موقع النساء المتساوي في عالم العمل و تعزيز هذه الغاية على أكثر من صعيد من خلال:

أ- تعزيز بناء قدرات النساء لتمكينهن من المشاركة على قدم المساواة في مختلف النشاطات المجتمعية و في صنع القرارات على المستويات كافة.

ب- تعزيز النفاذ المتكافئ إلى الموارد وفوائد النشاطات الإنتاجية والإنجابية والمجتمعية والتحكم بها عبر اتخاذ إجراءات ايجابية لصالح النساء.

ج- العمل لتحقيق المساواة و ظروف عمل أمنة و قائمة على الاحترام.

د- تعزيز وتدعيم قدرة المنظمات النسائية الإنمائية على العمل في سبيل تمكين المرأة وتحقيق المساواة بين الجنسين.

ه- تعزيز التغييرات في الظروف الاجتماعية و الاقتصادية السائدة في المجتمع و التي غالبا ما تخضع النساء لسلطة الرجال، مثل القوانين و أنظمة التعليم و المشاركة السياسية و العنف ضد النساء و حقوق الإنسان الخاصة بالنساء.

و- توعية الرجال بشأن أهمية المساواة بين الجنسين.

ثانيا: مؤشرات العمل اللائق

قام مكتب العمل الدولي بدراسات ميدانية حدد من خلالها ثلاثون مؤشرا إحصائيا من شأنها أن تمكن الدول من قياس مدى تحقق الهدف الاستراتيجي للعمل اللائق. وذلك حتى يسهل توصيل مفهوم العمل اللائق للأفراد ونشره بينهم. تصنف هذه المؤشرات إلى عشرة مجموعات تعكس كل مجموعة بعدا معينا من أبعاد العمل اللائق، وتتمثل فيما يلي:

- فـرص العمـل: يناقش هذا البعد من أبعاد العمل اللائق فرص العمل من الناحية الكمية. ويتكون المؤشر المركب لفرص العمل من المؤشرات التالية، نسبة المشتغلين للسكان، معدل البطالة (إجمالي البطالين/ إجمالي القوة العاملة)، معدل البطالة بين الشباب (إجمالي العاطلين عن العمل في الفئة العمرية 16-24 عاما/ قوة العمل في نفس الفئة

العمرية)، نسبة العاملين بأجر إلى إجمالي العاملين. ونسبة العاملين في القطاع غير الزراعي إلى إجمال العاملين[1].

- الاستقرار في العمـل: يزيد الاستقرار في العمل من إحساس العامل بالأمان الوظيفي. ولضبط هذا المؤشر، يتم اختيار نسبة العاملين عملا متقطعا وموسميا إلى إجمالي اليد العاملة للتعبير عن العمل غير منظم، بحيث يعكس ارتفاع هذه النسبة عدم الاستقرار في العمل والعكس بالعكـس.

- التوازن بين العمل والحياة الشخصية: يعد التوازن بين العمل و الحياة الشخصية من الجوانب المهمة في العمل اللائق، بحيث لا تتعارض ظروف العمل مع الحياة الشخصية. ولقد تم التعبير عن ذلك الجانب من خلال المؤشرين التالين؛ معدل التشغيل بين النساء المتزوجات في القطاع العام إلى إجمالي المشتغلات في القطاع العام. و معدل التشغيل بين النساء المتزوجات في القطاع الخاص إلى إجمالي المشتغلات في القطاع الخاص.

- العمل غير المقبـول: يعكس هذا المؤشر وجود أشكال غير مقبولة من العمل. ويتكون هذا المؤشر من عدة مؤشرات مركبة ومرجحة بالتساوي، حيث تم حساب هذه المؤشرات بالاعتماد على استمارة بحث العمل التبعي. تتمثل مؤشرات العمل غير المقبول في نسبة الذين لم يلتحقوا بالتعليم، نسبة المتسربين من التعليم من بين الذين التحقوا بالتعليم؛ نسبة عمالة الأطفال (6-16) /الأطفال في نفس الفئة العمرية.

---

[1] - تقترح الاتفاقية رقم 122 المتعلقة بسياسة التشغيل طريقة لقياس مدى تحقق هدف العمالة الكاملة من خلال تحديد معدلات العمالة بالنسبة المؤوية من مجموع السكان النشطين أو لفئات مختلفة من العمال. الاتحاد الأوربي على سبيل المثال يهدف لعام 2010 بلوغ التشغيل الكامل بنسبة 70 بالمائة. 60 بالمائة للإناث. و 50 بالمائة عن النسبة التي يتراوح عمرها ما بين 55-64 سنة. في أواخر سنة 2002، كانت المعدلات المسجلة من قبل الاتحاد الأوروبي 64.3 على التوالي،55.6 و 40.1 بالمائة. إن استعمال نسبة العمالة كمؤشر تمكن البلد المعني من قياس التقدم المحرز وتقييم فعالية السياسات الرامية إلى مكافحة الاستبعاد في سوق العمل.على الرغم من صعوبة تطبيقه، حيث انه من الصعب جمع بينات عن العمالة ولا سيما أمام انتشار الاقتصاد غير الرسمي ، خيار تحديد معدل المشتغلين في نشاط معين يسهل وضع سياسات للفئات التي تفتقر للعمل اللائق و التي هي عرضة للفقر. انظر: Rapport du directeur générale sur la dimension social de la mondialisation. Une mondialisation juste. conférence internationale de travail 2004. P37

- مؤشر الدخل الملائم: يهدف هذا المؤشر إلى التعرف على مدى وجود عدالة في توزيع الدخل والمقارنة بين اتجاهات الأجور والاختلافات في الأجور وفقا للمهن. ويتكون هذا المؤشر من عدة مؤشرات مرجحة بالتساوي. تتمثل هذه المؤشرات في نسبة الحاصلين على أجر أقل من الأجر الأدنى المضمون ووسط الأجر الحقيقي ونسبة التفاوت في الأجور.

- مؤشر ساعات العمل المناسبة: يوضح هذا المؤشر أثر ساعات العمل الإضافية على الصحة وعلى التوازن بين العمل والحياة الشخصية، حيث يتم حساب هذين المؤشرين بالاستعانة على استمارة بحث العمل التبعي. ويتكون هذا المؤشر من مؤشرين هما ، نسبة المشغلين لساعات عمل أكثر من 50 ساعة إلى إجمالي المشتغلين. ونسبة المشتغلين لساعات عمل أقل من المتوسط ويرغبون في العمل لساعات أكثر.

- ظروف عمل آمنة: يناقش هذا المؤشر إجراءات الصحة السلامة والأمن داخل مكان العمل.

- حوار اجتماعي وعلاقات في مكان العمل: يناقش هذا المؤشر نسبة العاملين المقيدين في النقابات العمالية والمهنية كأحد التنظيمات التي تدافع عن حقوق العاملين وتحمي مصالحهم.

- المساواة في المعاملة في العمـ ـ ـل:يناقش هذا المؤشر أوجه التفاوت بين الجنسين في فرص العمل ونوعية العمل والمهارات والأجور. ويتكون هذا المؤشر من عدة مؤشرات مرجحة بالتساوي، وهي كالتالي: نسبة الإناث العاملين بأجر إلى إجمالي العاملين بأجر؛ نسبة الإناث العاملين في القطاع غير الزراعي إلى إجمالي العاملين في القطاع غير الزراعي الخاص، نسبة الإناث العاملين بأجر في الفئة الأولى من المهن (المديرون) إلى إجمالي العاملين بأجر في تلك الوظائف، نسبة أجور الإناث في القطاع العام إلى أجور الذكور في القطاع العام، نسبة أجور الإناث في القطاع الخاص إلى أجور الذكور في القطاع الخاص ومعدل بطالة الإناث إلى معدل بطالة الذكور.

- مؤشر الحماية الاجتماعية: يهدف هذا المؤشر للتعرف على مدى وجود تغطية تأمينية للعاملين؛ ويتكون هذا المؤشر من مؤشرين هما؛ نسبة المقيدين في التأمينات الاجتماعية ونسبة المستفيدين الأحياء من التقاعد.[1]

المبحث الثاني: عوامل تعزيز العمل اللائق

وفقا للرؤية العصرية لمنظمة العمل الدولية، يمكن للسياسات الاجتماعية أن تجسد العمل اللائق من خلال مراعاة كل أبعاد التنمية المستدامة: دعم النمو الاقتصادي و الاجتماعي على حد السواء(المطلب الأول) ودمج الاقتصاد غير المنظم (المطلب الثاني).

المطلب الأول :تدعيم النمو الاقتصادي و التنمية الاجتماعية

من اجل خلق فرص العمل اللائـ ـق يجب تعزيز كل الوسائل المتاحة و التي حددتها منظمة العمل الدولية بما يتماشى و أهداف إعلان الألفية بما يلي :

- تكوين الكفاءات لضمان وسائل العيش المستمر

من بين وسائل تقليص الفقر- ما دام أن المصدر الرئيسي لعيش الفقراء وغيرهم هو العمل- التكوين، حيث يظل مصدرا أساسيا لتحسن الإنتاجية ورفع مستوى الأجور، و تامين الاحتفاظ بمنصب العمل. تمت الدعوة إلى توجيه السياسات الوطنية نحو التكوين خلال انعقاد الدورة 88 لمؤتمر العمل الدولي المنعقدة سنة 2000 و هذا من خلال تطبيق التوصية رقم 150 المتعلقة بتنمية الموارد البشرية. و أكدت منظمة العمل الدولية على ضرورة وضع برامج التعليم و التكوين المرن لمساعدة الشركاء الاجتماعيين من اجل تحسين معلومات و معـ ـارف و كفاءات الفئات الأكثر فقرا ، ثم تامين الحوافز الضرورية لمساعدتهم للالتحاق بعمل مأجور في كل ما يخص القرض، المساعدات النقدية ، الإعلام حول الأسواق [2].

- التمويل المرفق بغرض اجتماعي

---

[1] - في المقابل تشمل مؤشرات قياس النقص في العمل اللائق في؛ الأجور المتدنية وغير المستقرة التي لا تسمح للعمال بالعيش بكرامة، تجاوز المدة القصوى للعمل، ارتفاع نسب البطالة، العقود الهشة، التي لا تسمح بناء مستقبل، الأعمال الخطرة التي لا تحفظ صحة العاملين، سوء التشغيل الذي لا يسمح باستغلال مهارات وقدرات العمال، أنظر:

Jean Michel Servais op.cit., p295 § 1108.

[2] - اعتمدت العديد من الدول هذه الطريقة مثل الهندراس، النيبال ن الفلبين، جمايكا ، كمبوديا الخ انظر Rapport du directeur général .s'affranchir de la pauvreté par le travail, *op cit*, p41-43

لقد أظهرت الأزمة المالية أهمية الاستراتيجيات المالية التي تخدم الاقتصاد الحقيقي وتستجيب لاحتياجات الأسر ومن بين هذه الاستراتيجيات التمويل بالغ الصغر، فنموه وأثره خير دليل على أن التمويل المسؤول اجتماعيا ممكن ومجد ومستدام.

يعتبر الحصول على الائتمان والتمويل كقيد رئيسي أمام تحقيق العمل اللائق والعمالة المنتجة، سواءا كان ذلك في سياق المنشآت المستدامة أو العمالة الريفية أو عمالة الشباب أو التعاونيات أو الحماية الاجتماعية

أو المساواة بين الجنسين أو الاقتصاد غير المنظم أو الهجرة.[1] لذا سعى مكتب العمل الدولي في دورته المائة سنة 2009، إلى كشف أساليب توجيه النظم المالية نحو العمل اللائق بقدر أكبر، والتي من شأنها أن تجعل التمويل أكثر شمولية، وهذا من خلال مبادرات مكتب العمل الدولي الرائدة "التمويل بالغ الصغر من أجل العمل اللائق" والتي أقام من خلالها شراكة مع 21 من كبريات مؤسسات التمويل بالغ الصغر في العالم لاختبار مجموعة متنوعة من الابتكارات المالية للتصدي لمسائل العمل اللائق على نحو ملموس، مسترشدا في ذلك بمنظمات أصحاب العمل ومنظمات العمال على الصعيد المحلي. وفي موازاة ذلك، استهل مكتب العمل الدولي عدة مبادرات لتقرير قدرة منظمات العمال ومنظمات أصحاب العمل على إرشاد ومساعدة أعضائها للحصول على التمويل وإرادته. وهذا يشمل أيضا الحكومات التي تلتمس مشورة المكتب في تصميم وإدارة الصناديق الاجتماعية المعدة لا ستعاب صدمات الأزمة المالية.

إن تكوين المعارف عن أفضل الممارسات في مجال استخدام الأدوات المالية من أجل تحقيق العمالة المنتجة والعمل اللائق، له انعكاسات على عملية صنع السياسات وبناء قدرات الشركاء الاجتماعيين ووزارات العمل ومساعدتهم على التفاعل على نحو أكثر فعالية مع وزارات التمويل والمصارف المركزية. ماذا عن الوضع في الجزائر؟ وكيف يمكـ ـن

[1] - وهذا ما أكدته عدة دورات لمؤتمر العمل الدولي، والذي سعى من خلال دورته المائة سنة 2009 إلى تكوين المعارف عن أفضل الممارسات بشأن الأساليب الناجحة في توجيه التمويل نحو العمل اللائق ومتى يتم ذلك وفي ظل اية ظروف وكيف يمكن نشر هذه المعارف على أفضل وجه، كما استهدف تحديد الشراكات الممكنة بين الشركاء الاجتماعيين والحكومة والمؤسسات المالية وتقديم الإرشاد لسياسة الحكومة لدعم هذه المبادرات. انظر التمويل المرفق بغرض اجتماعي عن مؤتمر العمل الدولي في دورته المائة، نوفمبر 2009 الفقرة 3.

للأدوات و المؤسسات المالية أن تشجيع العمالة المنتجة والعمل اللائق؟ وكيف يمكن للتمويل المسؤول اجتماعيا أن ينقل المشتغلين من الاقتصاد غير المنظم إلى الاقتصاد المنظم؟

أثر انعقاد الندوة الوطنية الأولى حول مكافحة الفقر و الاقتصاد بالجزائر، تمت المصادقة على استراتيجية وطنية خماسية (2001-2005) و برنامج عمل من شأنهما التخفيف من وطأة ظاهرة الفقر على الفئات الهشة والأكثر حرمانا. ولتجسيد هذه الإستراتيجية، أكد الوزير المكلف بالتضامن الوطني، على أن التكفل بإشكالية مكافحة الفقر يرتكز على ما يسمى بالطريقة الإسهامية إي إشراك الفئات المستهدفة في بلورة برامج "تنموية جماعية محلية"، وهذا بإدماج هذه الفئات في مدار النشاطات المدرة للمداخيل وتوفير مناصب شغل قارة، تصبو إلى تغير الدهنيات بالعزوف عن اليد الممدودة وإحياء شعور الاعتماد على النفس. على أن يمتد تمويل هذه المشاريع من خلال القروض المصغرة[1]، استنادا إلى التجارب الناجحة للبلدان التي أحدثت هذه الآلية[2]. تتمثل المؤسسة المالية المختصة بالتمويل المصغر في الوكالة الوطنية لتسير القرض المصغر "ANGEM" والمنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-14 المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم06-193 [3] والتي تسعى إلى إزالة العراقيل بتقديم الاستشارات للشباب ذوي للمشاريع الاستثمارية، منع قروض بدون مكافأة، تبليغ المستفيدين وتقديم الاستثارة ومرافقتهم في تنفيذ أنشطتهم. هذا و قد أكد مدير الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر أن القطاعات التي سجلت طلبات تمويل كثيرة هي الصناعات التقليدية و الفلاحة الى جانب النشاطات التي باشرها جامعيون و شبان من التكوين المهني، وقد تم التخطيط لإدخال 350 ألف نشاط جديد في المؤسسات المستفيدة من القروض المصغرة إلى غاية 2014. موضحا ان عدد القروض المصغرة الممنوحة خلال سنة 2010 فاقت 48000 قرضا مصغرا .كما أوضح أن العدد الإجمالي للقروض

---

[1] - القرض المصغر هو قرض يمنح للفئات بدون دخل أو ذوي الدخل الضعيف غير المستقر يوجه إلى أحدات أنشطة بما في ذلك أنشطة المنزل، بغية اقتناء العتاد الصغير والمواد الأولية الأزمة، حدد مبلغ القرض بـ 50.000 دج كحد أدنى ولا يمكنه أن يتجاوز 400.000 دج.

[2] - انظر جريدة الخبر ليوم 2 أفريل 2001 عدد 3131 ص 03.

[3] - الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر هي هينة ذات طابع خاص تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضع تحت سلطة الوزير الأول، ويتولى وزير العمل المتابعة العملية لجميع نشاطاتها. أنظر المرسوم التنفيذي 04-14 المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 06-193.

المصغرة منذ انطلاق هذا الإجراء في ماي 2005 يرتفع إلى 000 192 قرض في حين بلغ عدد المناصب المستحدثة 268 ألف منصب[1].

إن للتمويل المرفق بغرض اجتماعي فوائد عديدة، حيث يمكن للمؤسسات المالية أن تعزز العمل اللائق بوسائل شتى تتمثل فيما يلي:

يؤدي تحسين سبل الحصول على التمويل إلى تعزيز روح المبادرة والاستثمارات والإنتاجية ويحفز الطلب على اليد العاملة. من سبل التمويل، مساعدة الصندوق الوطني للتأمين على بطالة الشباب عن طريق القروض لخلق مؤسسات صغيرة ومتوسطة، لتشكل هذه المؤسسات أداة لخلق مناصب عمل لغيرهم. حيث تشير إحصائيات هذا الصندوق للسنوات 2004- 2007 إلى إنشاء أكثر من 670 مؤسسة صغيرة للشباب البالغين من العمر ما بين 35 و 50 سنة في الجزائر العاصمة فقط. مما نتج عنه خلق أكثر من 1959 منصب عمل جديد.[2]

كلما ازدادت وثاقة الوسطاء الماليين بالمنشآت الصغيرة، كلما تحسنت قدرتهم على الاستجابة بسرعة لطلب التمويل. إن المؤسسات المالية ذات الغرض الاجتماعي كالتحادات الائتمان ومصارف الادخار البلدية والمصاريف الترويجية ومصاريف المجتمعات المحلية و مؤسسات التمويل بالغ الصغر،صناديق الزكاة، تظهر بطرق مختلفة كيفية إبقاء الوساطة المالية قادرة على الاستجابة بثبات لاحتياجات الأسر والمنشآت في الاقتصاد الحقيقي، في الوقت الذي تعمل فيه على أساس مبادئ السوق القائمة.

---

[1] - و أوضح الوزير أن من أهم النشاطات التي سيركز عليها القطاع خلال الفترة المقبلة لدى منحه لقروض مصغرة للشباب الراغب في تكوين مؤسسته الخاصة هي "الميكانيك و الصناعات الأخرى التي تعتمد على التقنية و الإبداع". و شدد في هذا السياق على أن الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر لا تهتم فقط بالحرف الصغيرة كصناعة الحلويات و الخياطة و إنما هي الطريق للدخول "عالم الإبداع والإنتاج".أما نسبة تسديد القروض المصغرة فقد قاربت 70 بالمئة مشيرا إلى مضيفا أن ال30 بالمئة المتبقية تمثل التأخر الناتج عن الصعوبات المرتبطة بطبيعة النشاط و تسويق المنتوج أو المقاول في حد ذاته.عن جريدة الخبر الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2010.

[2] - أنظر جريدة الخبر ليوم 2007/11/08 عدد 2143 تجدر الإشارة إلى أن قيمة القروض قد تصل إلى خمسة ملايين دج.

كما يمكن للائتمان أن يحفز الأهل على إبقاء أولادهم في المدرسة وعدم إرغامهم على العمل. وعلى سبيل المثال، تمنح مؤسسة في المغرب الأهل تخفيضا عن الفائدة إذا قدموا شهادة تفيد بتردد أطفالهم إلى المدرسة.[1]

تمثل العقود المالية مخرجا من السمة غير المنظمة، حيث تقدم بعض المؤسسات المالية حوافز لزبائنها للانتقال إلى السمة المنظمة، وتسهيل الارتقاء من العمل للحساب الخاص في الاقتصاد غير المنظم إلى مرحلة تنظيم المشاريع الناجحة.

يمكن أن تؤدي التحسينات في الحصول على التمويل، إلى تغيير توزيع وقت العمل بين الرجال والنساء. وقد تبين بأن التمويل بالغ الصغر يعطي المرأة صوتا أقوى في وضع القرارات داخل الأسرة فيما يتصل بالنشاط الممول من الائتمان وفي إدارة ميزانية الأسرة ككل.

يقدم برنامج في بنغلاديش يشمل ما يقرب من مليون امرأة حبوبا غذائية مجانية لفترة 18 شهرا للأسر المعوزة التي ترأسها امرأة وتكون معرضة لأعلى احتمال للوقوع في براثن الجوع. ويستخدم البرنامج مساعدة الإغاثة بالحبوب الغذائية لجذب أشد الناس فقرا وتلبية احتياجاتهم الاستهلاكية الفورية، ولكنه يضيف من ثم التدريب على المهارات وخدمات الادخار والائتمان لبناء قدراتهم الإنمائية. و عليه عندما تنتهي دورة الحبوب الغذائية المجانية، يكون المشاركون قادرون على الضلوع في أنشطة مولدة للدخل، وعلى أن يصبحوا زبائن للبرامج المنتظمة من التمويل بالغ الصغر.

يمكن أن يكون التمويل أيضا أداة فعالة تتصدى للعمل سدادا لدين، وهو انتهاك أساسي لحق العمل. وعلى سبيل المثال، تقوم مؤسسة في باكستان بالجمع بين التعبئة الاجتماعية والتدريب على المهارات والادخارات للتأكد من أن أفراد مجموعة "هاريس" (وهي مجموعة مؤلفة من أفراد كانوا في السابق من العمال سدادا لدين) لن يقعوا من جديد في براثين العمل سدادا لدين.

تتصدى المؤسسات المالية ذات الغرض الاجتماعي لطائفة من المسائل الأخرى في العمل اللائق، منها مساعدة العمال المصابين بفيروس نقص المناعة البشرية الإيدز على الادخار من أجل العلاج الطبي، تصميم الادخارات ومنتجات الاستثمار لأسر العمال

[1] - أنظر مؤتمر العمل الدولي، المرجع السابق.

المهاجرين، زيادة فرص الحصول على التأمين على الحياة والصحة، تنظيم العمال في المنزل أو العمال المتعاقدين في نواد للادخار والائتمان، منح طالبي العمل الشباب فرصا لاستهلاك حياتهم العملية، إدماج المعوقين في الخدمات، تمكين أصحاب العمل في الاقتصاد غير المنظم من تقديم الإعانات إلى عمالهم من قبيل التأمين الصحي وما على ذلك.

3- **التعاونيـ ـات** : تبنى مؤتمر العمل الدولي في دورته 90 سنة 2002 التوصية رقم 193 المتعلقة بترقية و تعزيز التعاونيات من خلال اجتماع فئات معينة بهدف تحسين وسائل العيش الخاصة بها و تقليص حالة الفقر و الإقصاء الاجتماعي لديها .

عرفت هذه التوجيه التعاونية على أنها : "جمعية مستقلة مؤلفة من أشخاص اتحدوا معا طواعية لتحقيق حاجاتهم و تطلعاتهم الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية المشتركة عن طريق منشأة مملوكة جماعيا و يشرف عليها ديمقراطيا "[1] .

تعتبر التعاونية استنادا إلى مبادئ وقيم تأسيسها النموذج الأكثر وضوحا لتنظيم اجتماعي يسمح بترقية العمل اللائق ومن ثمة الترقية الاقتصادية والاجتماعية للفرد و الجماعة. حيث تعمل هذه المجموعات على تطوير كفاءاتها ووسائل عيشها وتتمكن من تامين مصادر للدخـل وتحسين ظروفها الصحية وفرص التعلم وإنشاء علاقات مع المرافق العامة. كما تشجع على العدالة الاقتصادية وتامين المساواة بين أعضائها في الاستفادة من الخدمات والأسواق. بذلك تسمح حتى للفئات الأكثر فقرا بالمشاركة في التنمية من خلال فتح فرص التشغيل لهؤلاء الذين يمتلكون المعارف لكنهم يفتقرون لرأسمال.

إن التعاونيات يمكنها بالإدارة الحسنة لمواردها ، أن تؤمن الكرامة المفقودة للفقراء. كشفت منظمة العمل الدولية أن برامج التعاونيات قادرة على تحقيق نتائج ايجابية في

---

[1] - و هذا حسب التعريف الوارد عن توصيه تعزيز التعاونيات رقم 193 سنة 2002 ، و التي أكدت على ضرورة أن يشجع تعزيز و تقوية هوية التعاون استنادا إلى أ) القيم التعاونية المتمثلة في المساعدة المتبادلة و المسؤولية الشخصية و الديمقراطية و المساواة و الإنصاف و التضامن، فضلا عن القيم الأخلاقية المتمثلة في الاستقامة و الشفافية و المسؤولية الاجتماعية و العناية بالغير ب) المبادئ التعاونية كما حددتها الحركة التعاونية الدولية و هذه المبادئ هي : العضوية الطوعية و المفتوحة للجميع، و ممارسة الأعضاء للسلطة الديمقراطية و المشاركة الاقتصادية للأعضاء و الاستقلالية و التعليم و التدريب و المعلومات و التعاون بين التعاونيات و الاهتمام بالمجتمع المحلي انظر توصية تعزيز التعاونيات رقم 193 لسنة 2002 انظر قاموس المصطلحات المرجع السابق ص9.

مناهضة الفقر في حالة ما ذا عملت في إطار قانوني منظم تحت حماية الدولة، حيث ثبت أن برامج التعاونيات شملت في ستة دول افريقية (بوركينافاسو، مالي ، موريتانيا ، النيجر، السينغال ، جزر الرأس الأخضر) أكثر من 85000 شخص و امرأة في المناطق الريفية كأعضاء في 2000 تعاونية [1].

4- استبعاد تشـغـيل الأطفـال

يعتبر النضال ضد عمل الأطفال احد أهم عوامل مناهضة الفقر، حيث يعتبر عمل الأطفال بالمرة احد أسباب الفقر كما يعتبر احد أهم مظاهره . خاصة و أن إحصائيات منظمة العمل الدولية كشفت سنة 2000 على وجود حوالي 352 مليون طفل عامل، من بينهم 246 مليون طفل يشتغلون في أعمال سبق للمنظمة وأن طالبت بالحد منها و منعها.

أمام هذا الواقع، قامت منظمة العمل الدولية في إطار الحملة المعلن عنها لحماية هؤلاء الأطفال من الخطر ومنحهم فرصة التحرر من حالة الفقر والانطلاق الصحيح في حياتهم بتأسيس البرنامج الدولي لمنع تشغيل الأطفال المعروف "IPEC " سنة 1992، و الذي أصبح اليوم محل اهتمام 82 دولة تسعى الى تطبيقه . وقد دعم هذا البرنامج الاتفاقية رقم 138 حول السن الأدنى للعمل الصادرة سنة 1973 ، والتي حضت بعدد كبير من التصديقات الجديدة منذ سنة 1998 إلى جانب الاتفاقية رقم 182 حول منع أسوء أشكال عمل الأطفال سنة 1999 .

تقوم هذه الحملة الخاصة بمنع تشغيل الأطفال حسب تجربة منظمة العمل بالتعاون مع السلطات العامة، النقابات و المستخدمين، بمراحل تتمثل فيما يلي:

يجب بداية إعلان حملة تحسيسية حتى يدرك الجميع بان عمل الأطفال مكلف بالنسبة للعائلات و للجميع و أنه يظل و إن كان سببه الفقر، السبيل أيضا إليه.

- المرحلة الثانية: يستدعي استبعاد عمل الأطفال القضاء على مسبباته، فإذا علمنا أن نسب التسرب المدرسي مرتبطة في اغلب الأحيان بقرار الأسر لإرسال أبناءها إلى العمل عوض المدرسة لمواجهة الفقر أمام عجز الآباء عن ضمان قوت العائلة ، يكون الحل لتخليص

[1] - تحتل التعاونيات أهمية بالغة في الاقتصاد العالمي حيث تم إحصاء 800 مليون عضو لهذه التعاونيات، كما انها تشغل أكثر من 100 مليون شخص انظر
Rapport du directeur général : s'affranchir de la pauvreté par le travail op. cit p55-58

هؤلاء الأطفال من سوق العمل المبكر هو إدماجهم في الحياة العائلية وفرض التمدرس الإجباري إلى سن معقول.وهو السن الذي يمكن أن يحضى فيه هؤلاء بفرص عمل لائق [1].

- المرحلة الثالثة: لضمان استدامة حملة القضاء على عمل الأطفال ، يجب أن ترتبط مع أخرى مماثلة لتوفير مناصب الشغل و التكوين و المساواة بين الجنسين لضمان دخل لائق.

لمواجهة ارتفاع نسب البطالة، رفعت العديد من الدول الأوروبية السن الإجباري للتعليم . كما تبنت أنظمة للضمان الاجتماعي تسمح باستبعاد الحاجة للعمل في سن مبكر، في حين سعت دول أخرى كالباكستان إلى تحويل الأطفال من سوق العمل إلى مراكز للتعليم و التكوين [2] .

الجزائر من جهتها تكفلت بالهدف الثاني لإعلان الألفية ، خاصة أمام نسب تسرب مدرسي تعادل 500 ألف تلميذ سنويا ، و هذا بشروع وزارة التربية ابتداءا من تاريخ 10 جانفي 2010 في تطبيق قانون يفرض عقوبات مالية تصل الى 5 ملايين سنتيم على الأولياء الذين لا يلتزمون بواجب تعليم أولادهم من سن السادسة إلى غاية السادسة عشرة. و هي الفترة التي توافق مرحلة التعليم الإلزامي الذي يدوم 09 سنوات . كما يمنع طرد أي تلميذ لم يبلغ بعد سن 16 سنة كاملة.

5- استبعاد التميـ ـز

تتفاقم أثار الفقر بفعل التمييز القائم على أساس العرق، اللون، الأصل، الدين، الانتماء السياسي ، الجنس، المشاكل الصحية. لذا تؤكد منظمة العمل الدولية على أنه من عوامل تقليص الفقر، ترقية و تعزيز المساواة بين الجنسين في النفاذ إلى العمل و هذا بأخذ فرضية رجل/امرأة في الاستراتيجيات الوطنية لتقليص الفقر، و اتخاذ إجراءات ايجابية

---

[1] - Jean Michel Servais/ Normes internationales du travail op. cit p 127 §349 et 352.

[2] - تم إحصاء 500000 طفل مستخدم في صناعة السجادة بولاية بنجاب في باكستان، و قد سعت هذه الدولة في اطار الحملة المعلن عنها للقضاء على عمل الأطفال إلى إنشاء العديد من مراكز التعليم و التي ادى عدم وجودها سابقا قرب محل إقامة هؤلاء الى دفع الاسر الى تشغيل أبنائهم بدلا من تدريسهم و قد نجحت هذه المدارس في استقطاب أكثر من 10250 طفل مؤهلون كحرفيين في صناعة النسيج هذا النموذج يشجع على تمديد هذه العمليات على المستوى الوطني مثل ما حدث على مستوى بعض الدول كالسلفدور، تنزانيا، غانا ، النيبال سنة 2002 انظر

Rapport du directeur général de L' OIT op cit p 66 et 67

على المستوى المحلي و الوطني و المشاركة الفعالة لنقابات العمال و المستخدمين استنادا إلى الاتفاقية رقم 111 المتعلقة بمنع التمييز لسنة 1958. الجزائر من جهتها صادقت على المعاهدة الدولية الخاصة بإزالة كافة أشكال التمييز ضد المرأة في جانفي 1996 ، حيث أصبحت المرأة الجزائرية تشغل خمس مناصب العمل المتوفرة.

أكدت منظمة العمل الدولية على ضرورة النضال ضد التمييز القائم على أساس المشاكل الصحية. ليشكل بذلك مرض السيدا VIH /SIDA بعدا جديدا لمحاربة الفقر. خاصة وانه يقضي على صحة ضحاياه ويتلف المعارف والخبرة والعلاقات والتي يمكن اعتمادها كمعايير لضمان العيش، حيث تضطر المرأة للتكفل بالزوج المريض إلى العمل في مجالات التنظيف. وفي حالة وفاته، تجد نفسها دون أي دخل او أي ضمان يمكنها من الحصول على قرض، حيث تجبر إلى سحب الأبناء من المدرسة وإلحاقهم بسوق العمل للتكفل بأنفسهم. أمام هذا الوضع - حيث سجل في افريقيا مثلا 58 % شخص يحملون فيروس الايدز، و قد قفز إلى 5،2 مليون شخص سنة 2002 ، كما رتب 11 مليون فقير- سعت منظمة العمل الدولية بالتعاون مع مؤسسة تطوير و ترقية المرأة للأمم المتحدة لوضع إستراتيجية من اجل ضمان الحماية الاجتماعية لمواجهة الأوضاع المزرية المترتبة عن السيدا، تقوم على إدماج التكفل بمرض الايدز ضمن استراتيجيات التقليص من الفقر، و هذا بدعم من البنك الدولي و صندوق النقد الدولي ، على أن لا يقتصر محاربة داء السيدا على أنشطة الوقاية و العلاج، بل أيضا تخفيف النتائج السوسيو اقتصادية للمرض [1].

عن الوضع في الجزائر، تم تكثيف العمل الصحي في منتصف التسعينات من خلال تفعيل اللجنة الوطنية لمحاربة السيدا، تنفيذ برنامجين متتالين على المدى المتوسط في منتصف التسعينات بالتعاون مع المنظمة العالمية للصحة بين 1991 و 1999 و برنامج آخر وسيط 1994-1995 كما تم إنشاء آلية لتعاون بين الجزائر و الأمم المتحدة و دائرة مكافحة السيدا.

[1] -IBID p 68 – 71 .

أما فيما يتعلق بالهدف الأخير لإعلان الألفية المتعلق " بتامين بيئة سليمة " فقد أكدت منظمة العمل الدولية من جهتها على ضرورة مراعاة البعد البيئي لمحاربة الفقر و ضمان الاستفادة العادلة من الموارد و الثروات [1].

المطلب الثاني : دمج الاقتصاد غير المنظـم

يشير الاقتصاد غير المنظم إلى جميع الأنشطة الاقتصادية التي يقوم بها العاملون والوحدات الاقتصادية الذين هم، قانونا أم عمليا، غير مشمولين أم غير مشمولين بما فيه الكفاية بالترتيبات المنظمة. لا تندرج أنشطتهم ضمن القانون، ما يعني أنهم يشتغلون خارج حيز القانون، أو ليست أنشطتهم مغطاة عمليا، مما يعني أنه على الرغم من أنهم يشتغلون داخل حيز القانون، يبقى القانون غير مطبق أو غير منفذ، أو أن القانون نفسه يشجع عدم الامتثال إما لكونه غير ملائم أو لفرضه أعباء ثقيلة أو تكاليف مفرطة.[2]

نشأ الاقتصاد غير المنظم، مثله في ذلك مثل الفقر، قبل العولمة بكثير إلا انه أخذ في النمو في الكثير من دول العالم، خاصة النامية منها. ليشمل هذا الاقتصاد عموما عمليات الصناعة التحويلية أو منشآت بيع صغيرة الحجم في مناطق ريفية والأعمال الزراعية. تتميز أعمال الاقتصاد غير المنظم بأنها أعمال منخفضة النوعية، غير منتجة غير معترف بها أي غير محمية من جانب القانون ولا يتمتع عمالها بأي حقوق أو تأمين أو حماية اجتماعية ملائمة. رغم ذلك يظل الاقتصاد غير المنظم المصدر الأساسي لمداخيل معظم الأشخاص الفقراء المستخدمين جزئيا.

ذلك هو الوضع في الجزائر، حيث ضاعف بروز اقتصاد طفيلي موازي بدل اقتصاد منظم وحر من تفاقم الفقر، ففي الوقت الذي تشير فيه السلطات العمومية إلى تراجع البطالة إلى مستوى 11% فإن التقديرات الفعلية تشير إلى تزايد دور القطاع الموازي الذي يمثل نصيبا

---

[1] - عن مراعاة البعد البيئي في استراتيجية محاربة الفقر. انظر الاتحاد الدولي للطبيعة، مؤتمر التنوع البيولوجي والتعاون الأوروبي للتنمية 19-21 سبتمبر 2006.

- Pierre de Senarclens, La mondialisation, théories, enjeux et débats- Armand colin, 4ème édition 2005 P 159 .

[2] - يستخدم أيضا: الاقتصاد اللانظامي. حسب تعريف مكتب العمل الدولي سنة 2002، أنظر قاموس المصطلحات المرجع السابق ص 40.

كبيرا من اليد العاملة غير المصرح بها والخارج عن نطاق السيطرة ومراقبة الدولة نتيجة اشتداد المنافسة والضغط على الأسواق[1].

إن نمو اقتصاد موازي غير منظم يرجع للإدارة غير السديدة "الحكم غير الراشد" و إن لذلك تأثير كبيرا على انعدام العدالة في توزيع فوائد العولمة، يظهر ذلك من خلال نقاط ثلاثة، أولا يؤدي نقص الحقوق والحماية إلى التضرر وعدم المساواة مما يقوض مبادئ الحكم الراشد[2].

ثانيا ، عدم القدرة على النفاذ إلى أسواق العمل والخدمات يحول دون تحقيق إمكانية النمو والتنمية. ثالثا، العجز عن بناء اقتصاد نزيه وتشاركي ما دام أن قواعد اللعبة المنفذة ليست مماثلة للجميع، كما أن روح المبادرة لن تزدهر إلا إذا شعر العمال بحماية القانون، لذا من الضروري خلق قواعد تطبق بطريقة متساوية على كل أفراد المجتمع.

إن نمو اقتصاد موازي غير منظم يرجع لسوء التسيير. وأن غياب إطار ملائم لتسير الأسواق عموما وأسواق العمل بصفة خاصة يخلق بيئة تتميز بانعدام الأمن ويحول دون إمكانية الجمع بين رأس المال المادي والبشري والاجتماعي. دون وجود إستراتيجية متطورة لحماية عمال مؤسسات القطاع غير منظم للدول النامية، تظل الطاقة الإنتاجية للفقراء من السكان النشطين غير مستغلة، وهذا يشكل خطئا يعيق التنمية بسبب الضغوطات الاجتماعية المتزايدة.

إن الحد من الفقر من خلال العمل اللائق، يتطلب أن يتخلص العمل غير المنظم من جوانبه السلبية، وهذا بتبني إستراتيجية لتحسين تسير أسواق العمل غير المنظم من خلال دمج *عمال* ومؤسسات الاقتصاد غير المنظم في القطاع المنظم.

---

[1] - أنظر جريدة الخبر - الجزائريون بين فقر زاحف واستدانة متزايدة عدد 5438 بتاريخ 29 سبتمبر 2008 ص 07.

[2] - كثيرا ما يرجع نمو الاقتصاد غير المنظم إلى سياسات اقتصادية كلية وسياسات اجتماعية غير ملائمة أو غير مؤثرة أو أسيء توجيهها أو تنفيذها، وهي سياسات كثيرا ما توضع دون تشاور ثلاثي، كما يرجع إلى نقص الأطر القانونية والمؤسسية المفضية إلى الهدف، والافتقار إلى أجهزة الحكم السديد من أجل تنفيذ السياسات والقوانين بفعالية وعلى النحو الواجب. إن السياسات الاقتصادية الكلية حين لم تركز على العمالة بشكل كاف، قللت من الوظائف أو لم تخلق وظائف جديدة كافية في الاقتصاد المنظم. انظر قرار مؤتمر العدل الدولي الدورة 90 سنة 2002 الفقرة 14

يمكن الهدف من دمج الاقتصاد غير منظم في الاقتصاد المنظم في خلق عمل وأجور وحماية لائقة والمحافظة على العلاقات التجارية في ظل الأنظمة الدولية. لتحقيق هذا الهدف يجب على الحكومات أن تتبع طرق جديدة ملائمة لمؤسسات وعمال الاقتصاد غير المنظم بما يسمح لهم بإزالة العوائق وفرص الأمن الاقتصادي والاجتماعي. وهذا يتطلب تنمية الموارد البشرية والإنتاجية والكفاءات والحد من الموقف السلبي للسلطات العامة اتجاه العمل غير المنظم. يجب تبني معايير لمعالجة مشكل نقص المعارف والكفاءات ونوعية اليد العاملة و إقصاء العمال غير نظاميين من أنظمة الضمان الاجتماعي.

لتفادي فخ فقر الاقتصاد غير المنظم يجب وجود بيئة سياسية تتلاءم وثقافة المؤسسة وتسهل تمويل العمال المستقلين والمؤسسات الصغيرة بالموارد المالية الكافية والتكنولوجيا والأسواق وتطوير احتمالات الاستثمار في القطاع الخاص، وإزالة القيود البيروقراطية التي كثيرا ما تعرقل تنمية ونجاح أنشطة الاقتصاد غير المنظم.[1]

لكي تكون السياسات الهادفة لحل مشاكل الاقتصاد غير المنظم فعالة ، يجب أن يشارك عمال مؤسسات القطاع غير منظم في اتخاذ القرارات على المستوى الوطني. وهذا من خلال انضمامهم إلى نقابات أو إلى منظمات أرباب العمل، أو خلق أجهزتهم التمثلية الخاصة بهم بدعم من الحكومات والسلطات المحلية والنقابات والأجهزة التمثلية لأرباب العمل والتي يجب أن تعمل على خلق وتطوير أجهزة تمثيلية جديدة شفافة مسؤولة وتسير ديمقراطي. إلى جانب دعم الحوار الاجتماعي لدمج الأعمال غير المنظمة في أطر تنظيمية

---

[1] - هناك مشكل أساسي يكمن في الافتقار إلى الإطار القانوني والتأسيسي الذي يحمي حق الملكية ويستبعد ما يصل إلى مليار شخص مقصون من المشاركة في الاقتصاد العالمي وهذا لمجرد عدم الاعتراف بحقوق ملكيتهم، رغم أن أصولهم وبالأخص البيوت والأراضي، تساوي مبالغ هائلة. إلا أنها تعتبر "رأس مال ميت" لأنه لا يمكن اعتمادها كضمان للقروض، مما يثبط الائتمان والاستثمار ويعمل العجز عن معالجة هذه المسألة على إحباط إمكانية نمو وتنمية الملايين من المنشآت الصغيرة، ويشجع على الأنشطة الاقتصادية المنخفضة النوعية، والتي تقع خارج الشبكة الضريبية لذا يجب أن يكون للقوانين الخاصة بحماية حق الملكية دور حاسم في تحويل الاقتصاد غير المنظم وهذا من خلال قيام الحكومات بتثبيت أصول المعنيين بالأمر، تثبت الأعراف التي تدير ملكية واستعمال وتحويل هذه الأصول وهذا بغرض وضع إطار تشريعي لحق الملكية إزالة العراقيل الإدارية والبيروقراطية التي تحول دون الدخول إلى السوق.

IBID § 264 et § 265 et 266

اقتصادية واسعة، خاصة وأن عمال المؤسسات الصغيرة للقطاع غير المنظم يواجهون صعوبات تحول دون ممارسة الحق النقابي بسبب التعديلات الطارئة على أنظمة العمل والمدة القصيرة جدا لحياة أغلبية المؤسسات الصغيرة. لذا يجب على الدول أن تعدل أحكامها القانونية والإدارية من أجل ضمان وحماية الحرية النقابية وأن لا تقيد حق تنظيم عمال ومستخدمي القطاع غير المنظم.[1]

الخاتمـة

بعد عرض الاستراتيجيات المقترحة من طرف منظمة العمل الدولية، والتي تعمل الجزائر من خلال برامجها إلى تبني معظمها. نتساءل عن مدى فعالية هذه الاستراتيجيات، وموقفها من العمل اللائق خاصة و ان سياسة التشغيل بالجزائر لم ترق إلي توفير فرص العمل اللائق، سيما و أنها تعتمد أساسا على تأقيت علاقات العمل. لينتج عن ذلك نمو وانتشار لأنظمة مختلفة من العمل العرضي والمتقطع والعمال المتعاقدين بصفة مؤقتة والعاملون بالوقت الجزئي. وكل أنواع الأعمال غير الدائمة التي تمتاز بقلة الكفاءة وانخفاض الأجور والتي تصنف كأعمال غير نمطية. و تترافق بتراجع الامن و تنامي الفقر والذى لا تزال نسبته تبلغ 22 % حسب الإحصائيات المتوفرة لدى الهيئات الدولية. كما تبلغ نسبة احد أهم مسبباته " البطالة " 25 % حسب الدراسات العلمية الجديدة الصادرة عن المكتب الجزائري المتخصص " ايكوتكنيك" المعتمد من قبل العديد من الأوساط بما فيها الأوروبية. و هي تقريبا ذات النسبة المعتمدة حاليا من قبل الهيئات الدولية في تقاريرها، اذ تظل الهيئات الدولية تؤكد بلغة دبلوماسية أن البطالة في الجزائر لا تزال مرتفعة و أنها وفق المعايير الدولية تظل برقمين اكبر التحديات التي تواجه الجزائـر.

وفي هذا إشارة إلى عدم دقة الإحصاء في الجزائر، خاصة امام التغييرات التي سجلت على تقييم الديوان الوطني للإحصاء و التي جاءت بعد التعديلات التي قامت بها الحكومة في تقدير نسبة البطالة و التي لا يمكن اعتبارها حقائق مطلقة لا سيما و أنها غالبا ما تعتمد على عينات عشوائية يمكن أن تكشف حقائق جزئية فحسب. يضاف إلى ذلك لجوء

[1] - Rapport du directeur général de l'OIT. S'affranchir de la pauvreté par le travail. Conférence internationale du travail 91 er session 2003 Bureau internationale du travail Genève premier édition 2003 P 82 et 83.

السلطات العمومية لخيار انتقاء الديمومة في التوظيف و اعتماد نظام التعاقد و العمل الموسمي و التشغيل المؤقت الذي يحسب على انه وظيفة دائمة [1]

هذا و قد صرح الوزير الأول للدولة في جلسة برلمانية انعقدت بتاريخ 31 أكتوبر 2010 بان نسب البطالة بلغت ، 10 % سنة 2009 و أنها تشكل نسبة 25 % من الشباب. وصرح بأنه لا يحجم كيفية احتساب هذه النسب، حيث يتم اعتبار عاملان اثنان في العمل غير نمطي على انه عامل واحد في وظيفة دائمة. على أمل إحداث ثلاثة ملايين منصب عمل خلال المخطط الخماسي 2010-2014 نصفها دائم ونصفها مؤقت. أمام هذا الوضع يتضح جليا مدى صعوبة حصر ظاهرة البطالة في الجزائر، و أول صورة تكشف ذلك هي التضارب الموجود بين الأرقام التي تقدمها مختلف الهيئات و الوزارات.

بذلك تظل الظاهرة المتنامية للسوق الموازية عاملا غير قابل للضبط ، خاصة وأن الفرق موجود اعتمادا على المقاييس الدولية، بين التشغيل الكامل والتشغيل المؤقت. بذلك يمكن القول بان التنمية الاقتصادية في الجزائر تمت على حساب التنمية الاجتماعية رغم الجهود المبذولة، في حين ان التوجه نحو عولمة عادلة يتطلب توجيه السياسات الوطنية نحو التنمية الشاملة المستدامة بكل أبعادها الاقتصادية والاجتماعية وحتى البيئية. والمضي قدما نحو تجسيد برنامج العمل اللائق باعتباره السبيل الأساسي للخلاص من الفقر.

[1] - انظر جريدة الخبر " ربع الجزائريون بطالون " الصادرة بتاريخ 25 جويلية 2005 . عدد 4456 ص 06 .

حقوق الإنسان العالمية وخصوصية الفعل الوطني في حمايتها

بن عثمان فوزية
أستاذة مساعدة - كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة فرحات عباس – سطيف

يشكل مصطلح حقوق الإنسان مفهوما مركبا شاملا لمنظومة متكاملة ذات تعريفات متشابكة ومتقاطعة، لا تخلوا من التعقيد في مستوى التحليل ، فهي إجمالا تمثل مفهوما متفقا عليه مبدئيا من حيث هو قيمة إنسانية جوهرية، و لا يكاد يحصل اختلاف إلا في مستوى التطبيق والإنجاز.

ويعبر بطرس غالي عن ذلك بقوله" إن الصراع من أجل حقوق الإنسان يظل في مقدمة اهتمام الأسرة الدولية، وإن الأمم المتحدة تواصل تحريك قواها وجهودها حتى يأتي اليوم الذي تصبح فيه مسألة حقوق الإنسان اللغة المشتركة للإنسانية جمعاء[1].

ولعل المرد في ذلك إلى حقيقة، أن الفرد أو الإنسان الذي قُررت من أجله هذه الحقوق هو الأصل في كل تطور وتقدم يراد إنجازه، و هذا يعني بعبارة أخرى أن توفير الضمانات والآليات اللازمة التي تكفل التمتع بقدر مناسب من الحقوق يعتبر ولا شك أحد المداخل المهمة لتحقيق الغايات المرجوة من أي مشروع أو خطة للتنمية المجتمعية.

لذلك، سوف نتناول هذا الموضوع من خلال ثلاث مباحث، أولا مفهوم حقوق الإنسان وبيان مبادئها ، ثم نتطرق للجهود الدولية في مجال ترقية حقوق الإنسان وهل نجحت في ذلك ؟ أم يستدعي الواقع الراهن في خضم تداعيات العولمة الاحتكام لمفاهيم جديدة ووسائل أخرى يمكن أن تساعد على انجاز تقدم في مجال حقوق الإنسان وتحقيق الحماية المرجوة .

المبحث الأول

مفهوم حقوق الإنسان وبيان مبادئها

يعد مفهوم حقوق الإنسان من المفاهيم الشائكة، نظرا لأنه واسع في مضمونه، خطير في آثاره. فهو واسع لأنه يشمل على مجموعة كبيرة من الحقوق سواء المدنية أو السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية. وأغلب النظم والتنظيمات القانونية والسياسية قد نظمت هذا الموضوع. وهو خطير لأنه يتدخل في حياة الإنسان اليومية وفي نشاطاته

المختلفة وعلاقاته الفردية والذهنية بالآخرين وبالسلطة القائمة على أمر الجماعة، وأي إنكار لحق من تلك الحقوق في النهاية هو إنكار لوجود الفرد ولكرامته، ونفي لشرعية وجود الدولة نفسها[2].

ونظرا لخطورة حقوق الإنسان وسعتها، نجد صعوبة كبيرة في وضع تعريف محدد لهذا المفهوم، ومعظم المحاولات التي بذلت في هذا الإطار لم تنجح إلا في الاقتراب من العناصر الأساسية لهدا المفهوم. وسنحاول معالجة هذا المبحث من خلال مطلبين:

- مختلف تعاريف حقوق الإنسان.
- مبادئ حقوق الإنسان

المطلب الأول

مختلف تعاريف حقوق الإنسان

إن مصطلح حقوق الإنسان مثله مثل الكثير من المصطلحات والمفاهيم عرف تعريفات عديدة ومتفارقة. ولاشك في أن المدخل إلى التعريف بحقوق الإنسان عموما إنما يكمن -بداية - في بيان المقصود بالحق، وترتدي كلمة الحق معان عدة بحسب الحقل المعرفي الذي تُعرف ضمنه، وعموما يمكن حصر استعمالها في فكرتين أساسيتين:

1- الحق ما يكون متطابقا مع قاعدة محددة، ومن ثم يكون واجبا شرعيا وقانونا، ويكون بالتالي مستحقا، لأن القوانين والأحكام تأمر به، أو لأنه مطابق للرأي، على الصعيد الأخلاقي.

2- الحق ما يكون مسموحا به، مباحا بالقوانين المكتوبة أو الأحكام المتعلقة بالأفعال المعتبرة، أو مباحا بشكل أخلاقي، لأن العمل المقصود إما أ ن يكون صالحا، و إما أن يكون محايدا أخلاقيا[3].

أما بالنسبة لحقوق الإنسان، فقد طُرحت تعاريف عديدة بغية تحديد هذا المصطلح. ومن هذه التعاريف ما طرحه "رينه كاسان" أحد واضعي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948، والحائز على جائزة نوبل للسلام 1968، فقد عرفه على أساس" أن علم حقوق الإنسان هو فرع خاص من فروع العلوم الاجتماعية موضوعه هو دراسة العلاقات القائمة بين الأشخاص وفق الكرامة الإنسانية مع تحديد الحقوق والخيارات الضرورية لتفتح شخصية كل كائن إنساني[4] "، وبالتالي هذا التعريف يفترض قيام علم حديث اسمه علم حقوق الإنسان بحيث يكون معيار هذا العلم هو الكرامة الإنسانية.

وفي عام 1976 أصدر الفرنسي"ايف ماديو" كتابه حقوق الإنسان والحريات العامة وطرح التعريف التالي: "موضوع حقوق الإنسان هو دراسة لحقوقه الشخصية المعترف بها وطنيا ودوليا والتي في ظل حضارة معينة تتضمن الجمع بين تأكيد الكرامة الإنسانية وحمايتها من جهة، والمحافظة على النظام العام من جهة أخرى". كما تُعرف حقوق الإنسان بأنها مجموعة من الحقوق التي يتمتع أو يجب أن يتمتع بها كل فرد في المجتمع الذي يعيش فيه وهو ما يحتم أن تكون هذه الحقوق عالمية يتمتع بها كل فرد بصفته إنسانا دون تمييز بين فرد وآخر، كما يجب أن تجد هذه الحقوق صداها في التزام قانوني بتطبيقها، وليس التزاما أخلاقيا [5].

ويحدد اتجاه آخر لدى تعريفه لها، مضمون ومحتوى هذه الحقوق بتعريفها، بأنها تلك الحقوق غير القابلة للتجزئة أو المساس بها والتي تجب للإنسان لكونه إنسانا، التي تهدف لتحقيق كرامة كل إنسان، فضلا عن أنها تشكل التزاما قانونيا سواء على المستوى الوطني أو الدولي [6].

كما يعرفها دافيد ب. فورسايث بأنها تلك الحقوق العالمية التي حددتها الاتفاقيات الدولية، فهي عملية سياسية ناتجة عن عملية تشريعية دولية لحقوق الإنسان [7].

وتشترك هذه التعاريف جميعها في مقاربة الموضوع ضمن المنظور الحديث للحقوق والقانون، إنها تفترض وجود دولة حديثة يسود فيها القانون، هذا القانون عليه أن يكفل الحقوق والكرامة والمساواة والعدالة للمواطنين جميعهم. غير أن "ليالفين "حاولت أن ترى الموضوع من زاوية أخرى، فترى أن جوهر مفهوم حقوق الإنسان لمجرد أنه إنسان له حقوق ثابتة وطبيعية، وهذه الحقوق هي الحقوق المعنوية النابعة من إنسانية كل كائن بشري، والتي تستهدف ضمان كرامته، أما المعنى الثاني لحقوق الإنسان فهو الخاص بالحقوق القانونية والتي أنشئت طبقا لعمليات سن القوانين في المجتمعات الوطنية والدولية على السواء، وتستند هذه الحقوق إلى رضا المحكومين، أي رضا أصحاب هذه الحقوق وليس إلى نظام طبيعي كما هو قائم في المعنى الأول [8].

والى هذا المعنى الأول يفضي تعريف قاموس الفكر السياسي الذي وضعه مجموعة من المختصين، بأن حقوق الإنسان هي تلك الحقوق التي يمتلكها الكائن البشري لمجرد انه كائن بشري [9]. ويوثق هذا المعنى أكثر جاك دونللي، عندما يؤكد بأن حقوق الإنسان هي تلك التي تنبع من الكرامة المتأصلة في الشخصية الإنسانية، وتشكل انتهاكات حقوق الإنسان

حرمانا للشخص من إنسانيته، فهي لاتمنع بالضرورة الشخص من تلبية احتياجاته،إننا بحاجة إلى حقوق الإنسان ليس لمقتضيات الصحة وإنما من أجل تلك الأشياء الضرورية للحياة الكريمة، من أجل حياة جديرة بالإنسان أي حياة لا يمكن التمتع بها دون هذه الحقوق [10].

فحقوق الإنسان تُعرف وفقا لذلك ضمن حالة الطبيعة، وهي حالة الحرية والمساواة التي يكون عليها الناس قبل أن تقوم فيهم سلطة تحد من حقهم في ممارستها[11]، أما وفق الناحية القانونية، فتعرف حقوق الإنسان على أنها حصيلة مكتسبة من خلال كفاح إنساني عبر تاريخ طويل[12]، ويكون خطها البياني صاعدا مع تطور الأوضاع السياسية والاجتماعية للإنسان.

لكن هل من الممكن التحدث عن حقوق طبيعية مجردة للإنسان؟ ثم كيف يمكن تعريف وتحديد هذه الحقوق الطبيعية ؟

إن مصطلح "حقوق الإنسان" هو مصطلح حديث نسبيا، أما الحقوق الطبيعية فهي التسمية التي كانت رائجة في القرون السابقة وتحديدا في القرون الوسطى بالنسبة للتطور الأوروبي، نستطيع أن نقول أن حقوق الإنسان هي الحقوق التي تُكفل للكائن البشري، والمرتبطة بطبيعته كحقه في الحياة والمساواة وغير ذلك من الحقوق المتعلقة بذات الطبيعة البشرية والتي ذكرتها المواثيق والإعلانات العالمية.

إن الإصرار على الحق الطبيعي ينبع من الرغبة في إعطاء صيغة عالمية لهذه الحقوق وعدم ربطها بالقانون أو الدستور مما يجعلها خاضعة لإرادة السلطة أو الدولة. إضافة إلى ذلك فان هذا التعريف يفترض ذكر الحقوق التي تزامنت مع المصطلح وبروزه كمفهوم محدد المعالم.

إن ذلك، لا يعني أبدا إنكار وجود حقوق الإنسان قبل ظهوره كمصطلح، لأن جوهر المفهوم في حد ذاته يرتبط بإنسانية الإنسان في كل زمان ومكان. ولذلك نجد أن الشرعة الدولية لحقوق الإنسان ركزت في صياغتها لهده الأخيرة، على أنها تنبع من الكرامة المتأصلة في الشخصية الإنسانية، وتشكل انتهاكات حقوق الإنسان حرمانا للشخص من إنسانيته، ويؤكد ذلك جاك دونللي عندما يقول بأن حقوق الإنسان هي تلك الحقوق التي يمتلكها الفرد ببساطة باعتباره إنسانا، وبالتالي إذا ما انتفت عن المرء صفة الإنسانية، انتفى

امتلاكه لمثل هذه الحقوق، بالتالي فحقوق الإنسان هي نوع معين من الممارسة الاجتماعية المبنية على مفهوم الكرامة الإنسانية [13].

والكرامة الإنسانية تظهر من خلال العلاقة بين الحق والحرية والمسؤولية، هذه القيم تكتمل بمبدأ الانسجام والعالمية وعدم التجزئة[14]. ومن ثم يمكن القول بأن حقوق الإنسان هي محصلة الصراع السياسي من أجل الكرامة الإنسانية، وان جميع حقوق الإنسان المنصوص عليها في الشرعة الدولية لحقوق الإنسان في العالم المعاصر، تمثل إجماعا واسعا ومقبولا حول المقتضيات الضرورية لحياة كريمة.

المطلب الثاني

مبادئ حقوق الإنسان

إن تتبع مسيرة حقوق الإنسان وتفحص المعايير الدولية والوطنية ذات الصلة بها، إنما يكشف عن مجموعة من المبادئ تتصف بها هذه الحقوق ويمكن بيانها فيما يلي :

الفرع الأول: عالمية حقوق الإنسان ومبدأ التكامل والاعتماد المتبادل

أكد تقرير التنمية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لعام 2000 بعنوان التنمية البشرية وحقوق الإنسان، أن هذه الأخيرة هي حقوقا يمتلكها كل الأشخاص من أجل العيش في حرية وكرامة، إنها حقوقا عالمية، وغير قابلة للتقسيم، وغير قابلة للتصرف فيها، إنها حقوقا تعبر عن التزامنا العميق بضمان الحصول على الرفاه والحريات الضرورية من أجل العيش بكرامة[15].

بالتالي فان حقوق الإنسان عالمية وغير قابلة للانتقاص، عالمية بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 وجميع الوثائق الدولية التي تلته، وأكد مؤتمر فينا 1993 لحقوق الإنسان هذه العالمية[16]، بأنه يتعين الاعتراف بها لكل إنسان على وجه الإطلاق وفي جميع الأحوال. وأن تقييدها لا يكون جائزا إلا على سبيل الاستثناء الذي لا ينبغي التوسع فيه[17]. فحقوق الإنسان بهذا المعنى، هي مستحقة لجميع البشر ولا يمكن لهم الاستغناء عنها أو للغير أن ينتزعوها، وهي أي حقوق الإنسان غير قابلة للتجزئة، وهي مترابطة ومتكاملة وذات اعتماد متبادل، فلا يوجد ما يسوغ إعطاء أولوية خاصة لطائفة بعينها من الحقوق على حساب طائفة أو طوائف أخرى[18].

وهذا الطرح التوفيقي الاندماجي لحقوق الإنسان الذي أكده مؤتمر فيينا ومن قبل مؤتمر طهران 1968[19] يمثل الشرط الضروري لكفالة التمتع بهذه الحقوق واقعيا وفعليا

من جهة، وهو الذي يتيح للإنسان أينما وجد فرصة إشباع الحاجات الأساسية والمجتمعية بوصفه إنسانا يعيش في إطار جماعة سياسية منظمة من جهة أخرى.

ويرى الدكتور أحمد الرشيدي: أن تكامل الحقوق وعدم قابليتها للانقسام وللتجزئة لا يعني عدم إمكان الخروج على مقتضاه أحيانا، متى وجد المبرر الموضوعي الذي يسوغ ذلك ... أنه من المتصور عملا اختلاف بعض حقوق الإنسان وآليات تطبيقها من مجتمع لآخر، من دون أن يعني ذلك بطبيعة الحال النيل من إطلاقية بعض هذه الحقوق، أو ثباتها بالنسبة إلى عموم البشر، دون تمييز[20] .

وفكرة ثنائية الحقوق القائمة على تقسيم حقوق الإنسان إلى حقوق مدنية وسياسية وحقوق اجتماعية واقتصادية وثقافية، والتي برزت في ظل الصراع الإيديولوجي بين المعسكرين الشرقي والغربي، والتي جسدتها الوثائق الدولية المتمثلة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، السبب فيها يعود أساسا، إلى إنكار الدول الليبرالية الكبرى لها واعتبارها أي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مجرد تطلعات لا أكثر[21].

وتؤسس الثنائية على معيار ايجابية الحقوق وسلبيتها ومدى إلزامية تدخل الدولة، هذا المعيار الذي تجاوزه فقه القانون الدولي لحقوق الإنسان، وانتهى إلى أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية هي حقوقا يتطلب تحقيقها مشاركة كل الفواعل الداخلية هي الدولة والمجتمع المدني والقطاع الخاص، وفقا لنظرية السياسة العامة. فإذا كان الحق الاقتصادي والاجتماعي والثقافي هو التزام ببذل عناية أكثر منه التزام بنتيجة، فإنه لا يكفي لإنفاذ الحق رسم سياسة معينة بل يجب على الدولة إذا لم تحقق تلك السياسة نتائجها أن تغير منها، فالمحك هو الفاعلية وليس مجرد سياسة فقط. ولهذا فإن تحقيق الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يتطلب تكاثف جهود كل الفواعل داخل الدولة، ولم تعد بالنتيجة التزام ملقى على عاتق الدولة فقط، ولهذا اقتربت من الحقوق المدنية والسياسية[22].

والحقيقة أن هناك علاقة جدلية بين الحقوق المدنية والسياسية وبين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، فالأفراد المحرومون من الحقوق المدنية والسياسية، لا يكون تمتعهم بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كاملا، والعكس صحيح، والأمثلة عديدة من مجتمعات مورست فيها مجموعتا الحقوق بأسبقيات وأشكال مختلفة، فالاتحاد السوفيتي دعم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ولكن لم يؤدي هذا إلى التمتع بالحقوق المدنية

والسياسية، تلقائيا، بل أن نفس هذه الممارسة انتكست انتكاسة مؤسفة في غياب الحقوق المدنية والسياسية. وفي الدول المصنعة نفسها يرتفع مستوى ممارسة الحقوق المدنية والسياسية كلما ارتقى مستوى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهذا جلي في أن الدول المصنعة التي يرتفع فيها عن غيرها مستوى تمتع الإنسان بصحة جيدة، وتمتد فيها سنوات التعليم وترتقي فيها المرأة، في هذه الدول بالذات يرتفع فيها كذلك مستوى المشاركة في إدارة الشؤون العامة، كما يبدو واضحا من ارتفاع نسب المشاركة في الانتخابات العامة، ويرتقي فيها التمتع الفعلي بالحق في الحياة والحق في الحرية، وهذا ما انتهت إليه الجمعية العامة في قرارها 431 الصادر بتاريخ 4 ديسمبر 1950 الذي نص على أن " التمتع بالحريات المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أمران متصلان ... وحين يجرد الشخص من حقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فإنه لا يمثل الشخص الذي يعتبره الإعلان العالمي المثل الأعلى للفرد الحر[23].

الفرع الثاني: الأصل في حقوق الإنسان أنها مسألة وطنية داخلية

فعلى الرغم من تعدد مظاهر الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان، خاصة منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين، وعلى الرغم أيضا من التسليم بأهمية الجهود التي بذلت في إطار المنظمات الدولية بهدف تعزيز وترقية حقوق الإنسان، إلا أن ذلك كله ، لا يخلع عن حقوق الإنسان منشأها الوطني[24] ونفاذها الوطني أيضا، ذلك لأن حقوق الإنسان قضية وطنية عميقة وليست دولية، وهذا في ظل نظام دولي، حيث تكون الحكومات فيه وطنية وليست عالمية، مما يجعل حقوق الإنسان بالضرورة قضية وطنية بالأساس[25]. ناهيك على أن النشأة في الأصل كانت وطنية كما لاحظنا ، فالدول هي المنتهك الرئيسي لحقوق الإنسان، وهي كذلك الفاعل الرئيسي الذي تحكمه المعايير الدولية، إضافة إلى أن القوانين والتشريعات الوطنية على اختلاف مستوياتها هي التي اضطلعت بالجهد الأكبر في مجال تقنين حقوق الإنسان ووضع الضوابط القانونية التي تكفل تعزيزها وحمايتها، حتى وإن كانت هذه الضوابط في أحيان كثيرة تفتقد للفاعلية.

ويترتب على أن الأصل في حقوق الإنسان أنها مسألة وطنية عميقة وليست دولية، أن العمل من أجل حمايتها وترقيتها إنما يكون منطلقه من المجتمع الوطني ذاته وهو ما يعني أن مؤسسات الدولة والفواعل الخاصة بما فيها المناضلين ونشطاء حقوق الإنسان،

لابد وأن يعملوا من منطلق داخلي أصلا وأساسا لتنفيذ هذه الحقوق. وجعل المعايير الدولية موضع الإنفاذ الوطني.

الفرع الثاني: حقوق الإنسان أساس للتمكين

التمكين يجب أن يشمل تعزيز قدرات وإمكانيات الفقراء والفئات المهمشة والضعيفة والأقليات، من أجل إفساح المجال أمام مشاركتهم المتساوية في الحقل السياسي والإدارة الراشدة[26].

وهذا يتطلب ليس مجرد الحق في المشاركة في وضع السياسات والاعتراض عليها فقط وإنما الحق في المعلومة وفي شفافية المعلومات ومراقبة ومحاسبة ومساءلة من يقع عليهم الالتزام بعدم انتهاك الحقوق.

فالهدف إذا هو إعطاء البشر القدرة والقوة والكفاءة اللازمة لتحسين حياتهم والارتقاء بمجتمعاتهم، والسيطرة على مصائرهم، فهم ليسوا متلقين سلبيين بل مساهمين في عملية التنمية ومستفيدين منها، وهذا يعنى استهداف توعية العديد من الفئات المختلفة للقيام بدورها المناسب في المجتمع، خاصة ذوى الاحتياجات الخاصة، كالفقراء، والعاطلين، والنازحين، والمعوقين، والمهمشين، كالأطفال، والشباب، والنساء، وتأهيلهم ببناء الثقة في أنفسهم وتنمية قدراتهم لتحسين أوضاعهم الحياتية من خلال برامج وأنشطة واقعية، والتعامل المباشر معهم من أجل الحيلولة دون انفراد الصفوة القادرة بالتخطيط التنموي وسلطة اتخاذ القرار. ولبناء قدراتهم على التحري في أوجه الصرف العام[27]

ويرتكز التمكين على عناصر أساسية في مجال حقوق الإنسان هي المشاركة، المحاسبة والمساءلة و المساواة وعدم التمييز.

بالنسبة للمشاركة، فإن التمكين يتطلب قدرا عاليا وواسعا من مشاركة الفئات المجتمعية المختلفة كمنظمات المجتمع المدني من جمعيات ونقابات وأحزاب سياسية وأجهزة الإعلام والأقليات والسكان الأصليين، ورجال الأعمال والقطاع الخاص، والشباب وخلافهم، وينبغي أن تكون تلك المساهمة حقيقية وفاعلة وليست مجرد مظهر أو إشراك رمزي. إذ من الضروري إيلاء الاهتمام الكامل للانفتاح والشفافية، وإتاحة الفرصة للفئات المختلفة أن تعبر عن رأيها وتطرح منظورها وطموحاتها، ما يعنى الطرح العلني لمشاريع البرامج والأنشطة المتعلقة بالتنمية والمؤسسات المعنية ونشر الوعي، وسبل وآليات المعالجة والإصلاح بالنسبة للمستفيدين والشركاء.

ويستند الحق في المشاركة على ما ورد في الشرعة الدولية حول المساهمة في الشؤون العامة من خلال الحق في التنظيم والتجمع والتعبير والنشر، ما يفترض وجود نظام تعددي يكفل للجميع التمتع بهذا الحق.

أما فيما يخص الشفافية والمساءلة، فإن التمكين يتطلب شفافية المعلومات ورفع درجة المساءلة والمحاسبة بتحديد أصحاب الحقوق، وبالمقابل من يقع عليهم الالتزامات، وفي هذا الصدد يؤخذ في الاعتبار الالتزامات الإيجابية المتمثلة أساسا في الحماية والترقية نحو أصحاب هذه الحقوق, والالتزامات السلبية بمعنى الامتناع عن الانتهاك[28]. فضلا عن ذلك الواجبات الملقاة على عاتق جميع الفئات بما في ذلك الأفراد والمجتمع المدني ومؤسسات الدولة، والسلطات المحلية، والقطاع الخاص، وحتى مانحي المعونات، والمؤسسات الدولية. ويفضى هذا بالضرورة إلى تبنى القوانين والسياسات والمؤسسات والإجراءات والممارسات والآليات اللازمة للمعالجة والمحاسبة اللازمة للاستجابة لدعاوى الانتهاك وضمان المساءلة، بما في ذلك إعداد وتعديل التشريعات الوطنية، وإنشاء المحاكم وباقي الهيئات الإدارية في هذا المجال[29]، بما يؤكد ترجمة وتطبيق وانعكاس المعايير الدولية إلى وسائل محلية لقياس التقدم المحرز في حقوق الإنسان على المستوى الداخلي ودعم محاسبة ومساءلة الجهات المسئولة عن انتهاك حقوق الإنسان.

وتبقي المساواة وعدم التمييز كعنصر ثالث للتمكين تمثل حجر الأساس في حقوق الإنسان، فهذه الأخيرة مكفولة للجميع، فقراء أم أغنياء، أميين أم متعلمين، نساء أم رجال. وتقرر الشرعة الدولية لحقوق الإنسان مبدأ المساواة بصورة تكاد تكون مطلقة، وتعتبره بذلك نابعا من كرامة الإنسان[30]. ويحظر القانون الدولي أي تمييز في التمتع بحقوق الإنسان لأي سبب كان كالأصل العرقي، اللون، الدين، الرأي، اللغة، الملكية، النوع الاجتماعي أو المولد، وعليه فإن أي تمييز بين البشر يعني بالضرورة وضع فئة منهم في وضع أحسن حالا من الفئات الأخرى، وبالتالي الانتقاص من حقوق هذه الأخيرة، ما يقتضيه بالضرورة إزالة القوانين والمؤسسات التي تتضمن تمييزا ضد أية فئة أو فرد، وتوفير الموارد اللازمة لاستيعاب تلمك الفئات أو أولئك الأفراد في الاستفادة من السياسات الداخلية الموجهة للتنمية والتمتع بالحقوق[31]، كما ينبغي على جميع قرارات وسياسات ومبادرات الحكومة، أن تسعى لتمكين الفئات المحلية، وأن تضمن صراحة عدم الإخلال بالتوازن بين المرأة والرجل، ملاك الأراضي والفلاحين، العمال والمخدومين وخلافهم، لهذا فقد نصت المادة 20 من

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه " يحظر بالقانون أية دعوة للكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية تشكل تحريضا على التمييز أو العداوة أو العنف "

المبحث الثاني

حقوق الإنسان ومسألة الجهود الدولية في حمايتها وترقيتها

لم تكن حقوق الإنسان إلى وقت قريب تدخل ضمن اهتمامات القانون الدولي، ذلك أن اهتمامات ذلك القانون الأساسية نشأت في الأصل لتنظيم العلاقات بين الدول، أما الأفراد فلم تخاطبهم قواعد ذلك القانون سواء لإقرار الحقوق لهم أو فرض التزامات عليهم . وقد ترتب على ذلك بحكم المنطق والواقع أن علاقة الأفراد بالدول التي ينتمون إليها كانت تعتبر من المسائل الداخلية التي لا يجوز إثارتها على المستوى الدولي.

غير أنه لم يكن طبيعيا أن يستمر العنصر البشري مهملا في ظل النظام الدولي، ذلك لأن الإنسان هو غاية كل تنظيم، وما وجدت الدول ولا المجتمعات ولا الحكومات ولا المنظمات إلا لكي تحقق للإنسان حريته، ولكي تكفل له أفضل السبل لحياته المعيشية، بل وتقتضي الحكمة أن تتواءم القواعد القانونية في الأنظمة القانونية مع الطبيعة البشرية للإنسان وأن تساير الجانب الخير منه.

من هنا كان لابد أن يهتم النظام القانوني الدولي بالإنسان أينما وجد وحيثما كان، وأن تتجه قواعده لتتقصى حاجاته الأساسية، وأن يكون إشباع تلك الحاجات من بين الغايات المستهدفة في نطاق متطلبات الروابط الإنسانية. وقد جاء ميثاق الأمم المتحدة مؤكدا على هذه الحقيقة، ومسجلا لهذا التطور، ثم جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1948/12/10. ليؤكد على ضرورة التزام الدول الأعضاء باحترام حقوق الإنسان .

وهكذا لم يعد موضوع حقوق الإنسان وحمايتها وترقيتها منحصرا فقط في نطاق النظم القانونية الوطنية، وإنما أصبح موضوعا عالميا يدخل في نظام القيم الأساسية التي يتشوق إليها المجتمع الدولي. بل وبات يمثل قيمة مستهدفة للنظام القانوني الدولي، مثلما هو قيمة مستهدفة في النظم الداخلية، الأكثر من ذلك، أصبح من الشائع تقييم سلوك الدول والحكومات بمدى احترامها وحمايتها وترقيتها لحقوق الإنسان على المستويين الداخلي والدولي، وكما يؤكد جاك دونللى " فإن حقوق الإنسان أصبحت اهتماما رئيسيا في العلاقات

الدولية، وتشكل موضوعا نمطيا للنقاشات، وفي بعض الأحيان للأنشطة في عدد من السياقات الثنائية والمتعددة الأطراف[32].

لذلك سنوضح في الآتي، مختلف الجهود الدولية (العالمية والإقليمية) في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان، ثم هل أن هذه الضمانات والآليات كفلت الحماية والترقية الفعلية لحقوق الإنسان؟ أم أن هذه الأخيرة لا زالت في حاجة إلى أنواع أخرى من الوسائل والأدوات خاصة مع تسارع مسارات العولمة؟

المطلب الأول

مختلف الوثائق العالمية والإقليمية

لقد أولى ميثاق الأمم المتحدة اهتماما خاصا بمسألة حقوق الإنسان، فأنشأ أكبر منظمة دولية في هذا القرن، كما تمت الموافقة عليه في ذلك الوقت من قبل خمسين دولة تختلف انتماءاتها الدينية والعرقية واللغوية، والاهم من ذلك أنه لم يجعل مسألة حقوق الإنسان فقط من بين أهداف المنظمة، بل انه نص على تعهد الدول بالعمل على توفير هذه الحقوق، مما يعني أن الموضوع أصبح التزاما دوليا قانونيا[33] .

وإذا كان ميثاق الأمم المتحدة يمثل نقطة تحول رئيسية في تاريخ الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان بجعلها هدفا من أهداف المنظمة ومقصدا أساسيا من مقاصدها، فإن هذه الخطوة الأولى كان لابد أن تتبعها خطوات أخرى. فليس بكاف الإحساس بأهمية حقوق الإنسان وضرورة وضع قواعد دولية لتنظيمها، بل لابد أن يلي ذلك، الإعلان عن وجودها بشكل أكثر تحديدا وتفصيلا، ثم العمل على حمايتها بانتقالها إلى مجال الالتزام القانوني بإبرام اتفاقيات ملزمة تتعهد فيها الدول بحماية وترقية هذه الحقوق وتنشئ آليات وأجهزة دولية تقوم على الرقابة على تنفيذ هذه الاتفاقيات[34].

وقد كانت الخطوة الثانية تتمثل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي يعد الوثيقة الرئيسية في مجال حقوق الإنسان، وبعيدا عن الجدل حول القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فانه قد تضمن في مواده الثلاثين الجمع بين الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية، وإن كان قد اقتصر بالنسبة للمجموعة الأخيرة على خمس مواد فقط جاءت بصورة عارضة تفتقر إلى التحديد والتفصيل الدقيق.

وتنبع القيمة الكبيرة للإعلان، في أن إقراراه من قبل غالبية دول المجتمع الدولي ودون معارضة أي دولة، تجعله معبرا عن الضمير العالمي في هذا الصدد، وذلك على الرغم من اختلاف الحضارات والثقافات والأصول الوطنية لحقوق الإنسان في كل دولة. كما وأن للإعلان تأثيره الكبير على المستويين الوطني والدولي، إذ تأثرت به العديد من الآليات العالمية والإقليمية لحقوق الإنسان التي تلته، فضلا على أن العديد من الدساتير والقوانين الوطنية قد أقرت العديد من الحقوق التي يتضمنها ونصت على كفالتها، وهو ما يعد إنجازا كبيرا لتحقيق بعض المفاهيم المقبولة عالميا برغم اختلاف الحضارات والثقافات[35].

ثم كانت الخطوة الثالثة بإبرام العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، بالرغم من أن العهدين هما اتفاقيتان ملزمتان قانونا إلا أن طبيعة الالتزام المترتب على كل منهما يختلف عن الآخر. فبالنسبة للطائفة الأولى من الحقوق وهي الحقوق المدنية والسياسية يكون التزام الدولة قبلها هو التزام فوري، إذ يتعين على هذه الأخيرة الامتناع عن انتهاك هذه الحقوق دون أن يتطلب الأمر ما هو أبعد من ذلك[36]. في حين أنه فيما يتعلق بالطائفة الثانية وعلى نحو ما تضمنه العهد الدولي، ينحصر التزام الدولة في أن تقوم بالخطوات اللازمة من أجل التوصل تدريجيا للتحقيق الكامل للحقوق المعترف بها في الاتفاقيات، ويتحدد ذلك بحدود ما تسمح به موارد الدولة المتاحة[37] .

وإذا كان العهدان الدوليان قد وفقا لحد ما في كونهما أول اتفاقيتين دوليتين عالميتين تتمتعان بوصف الإلزام في مجال حقوق الإنسان، إلا أنهما أقرتا التجزئة والتقسيم بين مختلف مجموعات الحقوق بما يوحي بدنو مجموعة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عن مجموعة الحقوق المدنية والسياسية، أو أنها ليست جديرة بالحماية التي تتطلبها الثانية، وقد يكون ذلك لطبيعة التزامات الدول قبلها أو لحداثتها، أو نتيجة للانحياز الإيديولوجي على اعتبار أن الحقوق المدنية والسياسية هي حقوق ذات توجه ليبرالي وبالتالي فهي حقوق ذات الأولوية قبل غيرها.

وفي هذا الإطار، حاول العديد من الليبراليين والفلاسفة أمثال كرانستون إقصاء الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، والقول بأنها ليست عالمية ولا علمية، وأنها ليست حقوقا إنسانية حقيقية[38].

غير أن ذلك التقسيم غير مستساغ، لأن حقوق الإنسان في مجموعها ترتبط وتتشابك مع بعضها، إذا أنه ليس من المتصور الحديث عن حرية الرأي والتعبير بالنسبة لشعب غالبيته يجهل القراءة والكتابة، أو الحديث عن المشاركة في الحياة السياسية في ظل المعاناة من الفقر والجهل والمجاعات، وقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قراراها الصادر في دورتها الخامسة 1950 إذ ذكرت أن التمتع بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بتوقف كل منهما على الآخر وان الإنسان إذا حرم من هذه المجموعة الثانية من الحقوق فإنه لا يمثل نموذج الإنسان الحر الذي وصفه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[39].

ولعل ضعف فاعلية الضمانات والآليات ومنها أسلوب الرقابة الذي تضمنه العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، هو ما دعا إلى إعداد مشروع بروتوكول اختياري ملحق بهذا العهد، أكد هذا البروتوكول في ديباجته على اتصال مختلف حقوق الإنسان بعضها البعض واعتمادها المتبادل وعدم قابليتها للتجزئة، وأنشأ لذلك لجنة عهد إليها تلقي الشكاوي والتبليغات من قبل الأفراد الذين يدعون كونهم ضحايا لانتهاكات الحقوق الواردة في هذه الاتفاقية، وهو ما من شأنه أن يعطي فاعلية اكبر للاتفاقية[40].

وقد كان الانتقال عقب ذلك بحقوق الإنسان من المستوى العالمي إلى المستوى الإقليمي، إيذانا بتطورات متلاحقة وسريعة في هذا الصدد، ويلاحظ أنه وان كانت الاتفاقيات الإقليمية في نشأتها لم تختلف من حيث محتوى الحقوق الواردة بها مع نظيرتها العالمية، إلا أن التطورات التي تلت ذلك جعلت الاتفاقيات الإقليمية تختلف من حيث الآليات التي توفرها لحماية وترقية حقوق الإنسان.

وكانت البداية في هذا الصدد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950 ثم الاتفاقية لأمريكية لحقوق الإنسان 1969 ثم الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981 وأخيرا الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

وقد كان الاتجاه إلى الإقليمية في مجال حقوق الإنسان راجعا إلى ذات العوامل التي دفعت إلى سلوك هذا الاتجاه في مجال القانون الدولي العام والمتمثلة أساسا في ضعف الحماية وعدم فاعلية الضمانات والآليات المخولة. وقد تمكنت هذه الأنظمة الإقليمية من

تحقيق قدر من الفاعلية خصوصا بالنسبة لاحترام الخصوصيات الثقافية والحضارية، والتأكيد على أن عالمية حقوق الإنسان لا تتعارض مع الخصوصية التاريخية والثقافية.

وإذا كانت حقوق الإنسان تُعرف بأنها تلك الحقوق غير قابلة للتجزئة أو المساس بها، والتي تجب للإنسان لكونه إنسانا والتي تهدف لتحقيق الكرامة الإنسانية وتشكل التزاما قانونيا، فان هذا يعني أن هذه الحقوق يجب أن تتمتع بالفاعلية والعالمية في ذات الوقت، و هو ما يتطلب أن تحض بمفهوم موحد بين سائر الدول وأن تتوافر لها ضمانات وآليات فعالة.

ورغم أن حقوق الإنسان في النصف الأخير من هذا القرن قد حققت مكاسب كبيرة في مجال الحماية من الناحية القانونية كما رأينا (اتفاقيات وإعلانات دولية وإقليمية)، إلا أن واقعها في المرحلة الراهنة يعكس وأنها تمر بأزمة حقيقية وتواجه تحديات كبيرة في معظم مناطق العالم خاصة بالنسبة لواقعها في الدول النامية.

فأزمة حقوق الإنسان تكمن في أن الواقع العملي لا يؤكد وجود حماية عالمية فعلية لحقوق الإنسان وفق المعايير الدولية التي لاحظناها، وسنوضح في الفرع التالي جوانب ضعف هذه الحماية وعدم فعاليتها في نواحي كثيرة

أما، ما يعد تحد لحقوق الإنسان في ظل التحولات العالمية الراهنة والتقدم العلمي والتقني، والزيادة الرهيبة للسكان والتفاوت الاقتصادي، فهو ضرورة تطوير حقوق الإنسان لتستوعب هذا التقدم بإدخال مفاهيم جديدة وحقوق جديدة وضمانات وآليات جديدة وفعالة تحول حقوق الإنسان من قواعد ومعايير قانونية مجردة إلى واقع ملموس، وذلك بتجسيد الآثار العملية للإعلانات والاتفاقيات والصكوك والمواثيق الدولية، والتي لا يمكن تحقيق ذلك إلا عبر الفعل الوطني، لأن حقوق الإنسان هي قضية وطنية عميقة و ليست دولية.

المطلب الثاني

مدى فعالية النظام القانوني الدولي في حماية وترقية حقوق الإنسان

سبق وأن أوضحنا في مجال الجهود الدولية لترقية حقوق الإنسان أن تلك الحقوق أصبحت تشكل التزاما دوليا قانونيا نتيجة تعهد الدول بالعمل على توفيرها[41].

وواقع الأمر أن النظام القانوني الدولي يفتقد إلى عنصر الفعالية سواء من حيث افتقاد أجهزته لسلطة اتخاذ القرار الملزم، أو من حيث ضعف الجزاء، ذلك أن أجهزة الحماية القائمة على ضمان حقوق الإنسان في المجتمع الدولي، يقتصر دور أغلبها على محاولة التقريب بين وجهات نظر الأفراد المنتهكة حقوقهم من جهة، وبين الدول من جهة أخرى، وهذا دور توفيقي مجرد من القيمة القانونية الإلزامية [42]، بالتالي ليست له سوى فعالية محدودة. كما انه لا توجد جزاءات يمكن أن توقع على الدولة المخلة بالتزاماتها تجاه اتفاقيات حقوق الإنسان.

ولعل السبب في ذلك، هو ضعف الآليات والضمانات الدولية المعترف بها في هذا الشأن، وهي تلك المستمدة أساسا مما تشير إليه أهم تلك الاتفاقيات والوثائق وما تفرضه مقتضيات التنظيم العالمي المعاصر والمتمثلة أساسا في نظام التقارير الدورية ونظام الشكاوى و العرائض[43].

بالنسبة لنظام التقارير، فهو يتيح إمكانية الرقابة على تطبيق أحكام الاتفاقيات عن طريق التقارير التي تقدمها الدول بصفة إلزامية متضمنة المعلومات والإيضاحات اللازمة بخصوص مدى التقدم الذي أمكن إنجازه في مجال تطبيق أحكام هذه الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان[44]. هذا النظام لا يوفر نظام رقابة دولية قوية، حيث لا يوجد نظام للحصول على معلومات مستقلة، وتنظر التقارير وفقا لجدول معد سلفا وليس حسب ما تتطلبه حالة سلوك كل دولة، ولا توجد إجراءات متابعة فعالة[45]، ويمكن لمختلف اللجان المختصة إثارة أسئلة فقط، دون إصدار أحكام بتقييد الدولة بالاتفاقية .

إن شكل الضغط الذي تمارسه مثل هذه اللجان يعتمد على مقدرتها في إحراج الدول من خلال لفت نظر الرأي العام الدولي إلى الانتهاكات الواضحة أو سلبيات في التقارير. ونلاحظ أن دور أجهزة الرقابة الدولية تكميلي، ويمكن أن يكون لنظم تقديم التقارير الدولية أثر ثانوي على ممارسات حقوق الإنسان في بعض الحالات، وعلى العكس من ذلك، فإن غياب نظام تقديم التقارير قد يجعل من السهل على الدول أن تفلت من التعرض لعقوبة انتهاك حقوق الإنسان و المتمثلة أساسا في توصيات.

لكن في النهاية، تعكس التقارير الممارسة الوطنية فقط، ومن ثم تعتبر الممارسة الوطنية هي المفتاح، ويمكن التأثير على هذه الممارسة في كل الحالات بشكل هامشي فقط، حتى من قبل أقوى نظام دولي لتقديم التقارير لأن التزامات الدول في مجال حقوق الإنسان يتم إنفاذها من خلال الفعل الوطني[46].

أما بالنسبة لنظام الشكاوي والعرائض، فإنه نظام يقوم على أساس الاعتراف للأفراد والجماعات والمنظمات غير الحكومية بحق تقديم الشكاوي المتعلقة بانتهاك حقوق الإنسان ضد أي دولة من الدول الأعضاء وحتى الدول غير الأعضاء[47].

إن تقديم الشكاوى إلى أجهزة الرقابة لن يعالج أي انتهاك لحقوق الإنسان[48]، الفصل في الشكاوى الفردية يعالج أعراض المشكلة المعنية في أحسن الأحوال، إن حماية الناس من انتهاك حقوقهم لا يتم من خلال توفير انتصاف دولي، وإنما يتم من خلال تغيير الممارسات الوطنية التي تبيح أو تشجع انتهاك حقوق الإنسان.

إن الحماية الحقيقة ضد انتهاكات حقوق الإنسان، تقوم على تغيرات سياسية وطنية جذرية، ومن المؤكد أن الرقابة الدولية تعتبر عاملا ثانويا في إحداث مثل هذه التغيرات، ويبقى أن مصير حقوق الإنسان، حمايتها أو انتهاكها، ترقيتها أو تجاوزها، التمتع بها أو الحرمان منها هو إلى حد كبير موضوع فعل وطني و ليس دولي، وذلك عن طريق وضع المعايير الدولية موضع التنفيذ الوطني.

إن حقوق الإنسان، وفق ما سبق توضيحه، هي قضية وطنية عميقة و ليست دولية، وذلك في ظل نظام دولي، حيث تكون الحكومات فيه وطنية و ليست عالمية ، مما يجعل حقوق الإنسان بالضرورة قضية وطنية بالأساس ، فالدول هي المنتهك الرئيسي لحقوق الإنسان وهي كذلك الفاعل الرئيسي الذي تحكمه المعايير الدولية.

وبحكم أن حقوق الإنسان ومنذ بروزها كمفهوم وكمصطلح صنفت ضمن القانون الدولي العام، فان مجمل الدراسات والأبحاث انصبت على دراسة الأبعاد الدولية لحقوق الإنسان، في حين الأبعاد الوطنية لم تدرس بشكل واضح.

وأدى تطور هذا المفهوم عبر أجياله الثلاث إلى البحث عن نظام للحكم يضمن التمتع الكامل بهذه الحقوق، على اعتبار أن كيفية ممارسة الحكم تعتبر عاملا حاسما في تهيئة المناخ الاجتماعي و السياسي لسلامة إعمال حقوق الإنسان[49]. وأن النجاح النهائي لنظام ما ومدى استمراريته في احترام وتطبيق وترقية حقوق الإنسان، يعتمد أساسا على العوامل السياسة الداخلية[50]، خاصة وأن الديمقراطية كنظام لا يضمن هذا الهدف لأن الفساد يحتل موقعه في بعض الدول الديمقراطية.

لهذا كان إلزاما الاستعانة بمفاهيم جديدة تواكب التطورات الحاصلة وتمكّن من توفير وسائل جديدة وجديرة بتحقيق الحماية والترقية لحقوق الإنسان على المستوى الوطني، فالمشاركة النشطة والشفافية والمساءلة والمحاسبة وسيادة القانون تفعيلها كفيل بجعل المعايير الدولية موضع التنفيذ الوطني.

المبحث الثالث:

تغيير الممارسات الوطنية جوهر حماية حقوق الإنسان

إن الحماية الحقيقة ضد انتهاكات حقوق الإنسان وضمان الانتفاع الأمثل بها، إنما تقوم على تغيرات سياسية وطنية حقيقية وجذرية تتمثل في تعميق المشاركة وتجسيد الشفافية والمساءلة على النحو التالي:

المطلب الأول:

المشاركة من أجل حقوق الإنسان

الفرع الأول: مفهـوم المشاركـة

يعرض لوسيان باي، مفهوما مبسطا للمشاركة يقترب من مثيله عند غابريل الموند، وهو يشير إلى أنها تعني "مشاركة أعداد كبيرة من الأفراد والجماعات في الحياة السياسية". وهي تعني بحسب صموئيل هانتنغتون وجون نيلسون ذلك النشاط الذي يقوم به المواطنون العاديون بقصد التأثير في عملية صنع القرار الحكومي، سواء أكان هذا النشاط فرديا أو جماعيا، منظما أو عفويا متواصلا أو متقطعا سلميا أو عنيفا شرعيا أو غير شرعي فعالا أم غير فعال[51].

ووصفها قاموس اكسفورد، بأنها أخذ دور مع الآخرين في بعض الأعمال أو الموضوعات. ويعرفها قاموس الخدمة الاجتماعية، بأنها انغماس أو ارتباط أعضاء من الجمهور العام المحتمل تأثرهم بالتغيير الذي يحدث في السياسة الاجتماعية أو القانونية، أو في بعض الأوضاع، أو في عملية التخطيط والتنفيذ لهذا التغيير[52].

كما تُعد المشاركة تلك العملية التي من خلالها يلعب الفرد دورا في الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية لمجتمعه، وتكون لديه الفرصة لأن يشارك في وضع الأهداف العامة لذلك المجتمع، وكذلك أفضل الوسائل لتحقيق وإنجاز هذه الأهداف[53].

وضمن هذا السياق، يعرفها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي بموجب تقرير التنمية العالمية لسنة 1993 بأن الناس معنيين بالمشاركة في القرارات بالنسبة للمجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية التي تؤثر في حياتهم، في بعض الحالات الرقابة تكون كاملة ومباشرة لهذه العمليات، وفي حالات أخرى هذه الرقابة تكون جزئية، ما يهم هنا، هو أن الناس يمكنهم باستمرار الحصول على سلطة اتخاذ القرار[54].

ومن ثم، فان المشاركة تمثل إستراتيجية شاملة، فهي تركز على الدور الجوهري الذي يجب أن يلعبه الناس في جميع مجالات الحياة، بتوسيع نطاق الاختيارات والاستخدام الأمثل لطاقات وقدرات الأفراد والجماعات المنظمة، فيكون لهم دور في تشكيل السلطة والتأثير على السياسات الاجتماعية[55]، وهذا ما يجعل المشاركة وسيلة وغاية في آن واحد للديمقراطية وللحكم الراشد، وضمانة قوية لحماية وترقية حقوق الإنسان، وحق من حقوق الإنسان الأساسية بموجب الإعلانات والاتفاقيات الدولية.[56]

وعلى هذا، فالمشاركة ليست مفهوما من المفاهيم الجديدة التي طرحتها العولمة، إنما هي حق من حقوق الإنسان بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فالتأكيد على الحق في المشاركة يعني ضمان كرامة البشر، بأن تكون لهم حرية المشاركة في تكوين قواعد المؤسسات التي تحكمهم، وأن يكونوا قادرين على تلك المشاركة التي تمكّنهم من الإعمال الأمثل لحقوقهم، وجعل المعايير الدولية لحقوق الإنسان موضع التنفيذ الوطني الداخلي بمشاركة كل الفئات، وإدماج الأقليات والفئات الضعيفة

والمهمشة[57]، كالفقراء، والمرأة وذوي الاحتياجات الخاصة، والأطفال وسكان المناطق النائية والأرياف.

الفرع الثاني: صور المشاركـــة

إن المشاركة وإبداء الرأي عملية متعددة الأبعاد، وهناك صور تكاد تكون قاسما مشتركا بين كافة المجتمعات ومختلف النظم السياسية المعاصرة وهي: التصويت والأنشطة الانتخابية، الانتماء التنظيمي والنشاط الجماعي.

أولا: ***التصـويت والأنشطـة الانتخابيـة:***

إن إعمال الحق في المشاركة يقتضي مباشرة الحق في التصويت والترشح والانتخاب، وحرية الرأي والتعبير في التنظيم على المستوى الوطني والمحلي، الذي يعنى نقل صلاحيات اتخاذ القرارات من المستويات المركزية إلى الأقاليم والمقاطعات، فيتمكن الناس من المشاركة في الحكم وفق عمليات التصويت والترشح والانتخاب والتمثيل بشكل مباشر أكثر. سواء في صورة حق التمثيل الحر في المجالس التشريعية وفق مبدأ المساواة في الترشيح، أو اللامركزية والحكم المحلي بمعنى إعادة هيكلة السلطة، بحيث يكون هناك نظام المشاركة في المسؤولية، بين المؤسسات المركزية والمحلية وفقا لمبدأ التبعية، مما يسمح بزيادة مستوى الفعالية والجودة.

ثانيا: ***الانتماء التنظيمـي والنشاط الجماعـي:***

وتعنى أن ينتمي الفرد إلى تنظيمات سياسية كالأحزاب السياسية أو تنظيمات غير حكومية كالجمعيات، وأن تكون هذه التنظيمات تتمتع بممارسة الأنشطة الجماعية، سياسية واجتماعية وثقافية واقتصادية بطريقة منظمة ومشروعة. وهذه الأنشطة تجرى خارج العملية الانتخابية، وفي غير توقيتها، سواء بهدف الدفاع عن قضايا أو أفكار بذاتها، أو لمعارضة قرارات أو سياسات بعينها، أو للمطالبة بمصالح ومنافع خاصة لفئات أو جماعات أو طبقات محددة داخل المجتمع[58].

المطلب الثاني

الشفافية من أجل حقوق الإنسان

الفرع الأول: *تعريف الشفافية:*

تتأسس الشفافية على حرية تدفق المعلومات، فالعمليات والمؤسسات والمعلومات يجب أن تكون متاحة بصورة مباشرة لأولئك المهتمين بها، ويجب توفير المعلومات الكافية لفهم تلك العمليات والمؤسسات ورصدها[59].

إن توفر المعلومات الدقيقة في مواقيتها، وإفساح المجال أمام الجميع للإطلاع على كل المعلومات الضرورية والموثقة، يساعد في اتخاذ القرارات الصالحة في مجال السياسات العامة، ويبرر أهمية توفر المعلومات الإحصائية عن السياسة المالية والنقدية والاقتصادية بشكل عام، وأهميتها في تصويب السياسات الاقتصادية، وتعتبر الحكومة والمؤسسات الاقتصادية العامة والخاصة مثل البنوك، المصدر الرئيسي لهذه المعلومات ويجب أن تنشرها بعلنية وبصفة دورية من أجل توسيع دائرة المشاركة والرقابة والمحاسبة من جهة، ومن أجل التخفيف من الهدر ومحاصرة الفساد من جهة أخرى[60]؟.

وفي هذا السياق، يؤكد المؤتمر الدولي الثامن لمحاربة الفساد في الإعلان الصادر عنه، والمعروف بإعلان "ليما"، أن الفساد يقود إلى انتهاك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للفقراء والمهمشين، ويقوض الديمقراطية ويقوض حكم القانون الذي يشكل عماد أي مجتمع متحضر ويعوق التنمية، وعلاوة على ذلك يهدد النسيج الاجتماعي للمجتمعات. لذلك كان لابد من التحالف بين الحكومات والمجتمع المدني والقطاع الخاص لمحاربة الفساد، إذ يقع على جميع هذه الهيئات عبء الشفافية.

الفرع الثاني: *صـور الشفافية:*

الشفافية قد تكون في صنع السياسات العامة وتنفيذها، كما يمكن أن تكون أيضا في مسائل المالية العامة كما سنوضحه في الآتي.

أ- الشفافية في صنع السياسات العامة: إن الدولة ملزمة بالإعلان عن سياستها، والتعويل على دور المواطن في المشاركة بصنع تلك السياسة في إطار من الشفافية والتعاون، بغية

الوصول بالأهداف إلى غاياتها، ودرء مخاطر تغلغل الفساد في تلك السياسات عند صنعها أو تنفيذها.

كما يجب أن يتسم العمل الحكومي بالشفافية حتى يكسب ثقة المواطنين، ومن ذلك أن تكون المعلومة ميسرة ومتاحة للناس، ووثيقة الصلة بالموضوع، وأيضا يجب توخي الدقة والحداثة و الشمولية في تلك المعلومة[61].

ب- الشفافية في مسائل المالية العامة: وهي تقتضي الانفتاح على الجمهور في ما يتعلق بهيكل ووظائف القطاع الحكومي، ونوايا السياسات المالية العامة، وحسابات القطاع العام، الذي من شأنه تعزيز المساءلة، وتثبيت المصداقية، وحشد تأييد للسياسات الاقتصادية السليمة من قبل جمهور على علم بمجريات الأمور، مع الأخذ بالاعتبار أن انعدامها أي الشفافية يؤدي إلى زعزعة الاستقرار وعدم الكفاءة، والافتقار إلى العدالة وبالتالي انتهاك لحقوق المواطن.

ومن ثم، فإعمال مبدأ الشفافية والحكم الراشد يعزز سلامة المجال الاقتصادي والمالي، وتصبح صياغة السياسات الاقتصادية والمالية تتم على أساس مشورة واسعة النطاق، والحرص على المصلحة العامة، ويتيح كل ذلك لأجهزة الدولة تنفيذ هذه السياسات بطرق يقبلها الناس، مما يحفز المواطنين على التعامل معها بروح إيجابية نابعة من ثقتها في شرعيتها وحسن تمثيلها للمصلحة العامة.

ثالثا: ***كيف تدعم الشفافية حقوق الإنسان***:

تعد الشفافية كبعد من أبعاد حقوق الإنسان في إطار العولمة حقا من الحقوق الأساسية للمواطن، الذي يخوله زيادة الدخول لمصادر المعلومات للحد من ممارسات الفساد.

إن من حق كل مواطن أن يراقب ويفهم، ويقرر مختلف القرارات والمشاريع، فالحق في المعلومة يمكّن الفرد العادي من مناقشة القرارات العامة، بل وحتى تقديم الطعون أمام الجهات القضائية المختصة، كما أنه يحد من تعسف السلطة، لأنه يذكّر المسئولين بأنهم ملتزمون ومسئولون في مواجهة المواطن[62].

كما يتطلب الحق في الشفافية، وضوح التشريعات القانونية وبساطتها مما يسهل على المواطن حسن التعامل معها دون الاعتماد على من يقوم بالمساهمة في تفسيرها، فتعقيد المعاملات يبرر الإكراميات واستغلال النفوذ ويؤدي بذلك إلى انتهاك لحقوق المواطن، لأن الشفافية في التشريعات والإجراءات الإدارية تنعكس في بساطتها ووضوحها[63].

كما تعمل تكنولوجيا المعلومات أيضا على فتح المجال واسعا لمشاركة الجمهور في رسم السياسات العامة للحكومة ومتابعة تنفيذها، والمساهمة في تقديمها من خلال سهولة التواصل التي يوفرها الآن البريد الإلكتروني والانترنيت والمواقع الالكترونية، مما يضمن إمكانية التكفل التام بانشغالات وحاجات المواطنين.

وبهذا المعنى، فإن مفهوم الشفافية يجب النظر إليه على أنه أوسع من كونه مجرد أداة للكشف عن الفساد، بل هو كأداة لقياس درجة رشادة الحكم، والمجتمع أيضا، لذلك فهو مفهوم أوسع من مفهوم الديمقراطية، لأن المجتمعات الديمقراطية قد لا تكون مجتمعات شفافة، ولأن الديمقراطية قد لا تكون تتمتع بالشفافية بالضرورة، خاصة حينما نجد فيها أن درجة كبيرة من عدم الشفافية تشوب مجالات عدة في نظمها التي من المفروض أن تكون تشاركيه وبخاصة المجالات ذات الصبغة الأمنية.

أما المساءلة بأنواعها المختلفة والمترابطة والمتكاملة فهي الطريق إلى فرض الشفافية، وهذا ما نتطرق إليه الآن.

المطلب الثالث

المساءلة من أجل حقوق الإنسان:

الفرع الأول: تعريف المساءلة:

تعرف المساءلة على أنها الطلب من المسئولين تقديم التوضيحات اللازمة لأصحاب المصلحة حول كيفية استخدام صلاحياتهم، وتصريف واجباتهم، والأخذ بالانتقادات التي تُوجه إليهم، وتلبية المتطلبات المطلوبة منهم وقبول المسؤولية عن الفشل وعدم الكفاءة، أو عن الخداع والغش.

إذ يجب أن يكون صناع القرار في الحكومة والقطاع الخاص ومنظمات المجتمع المدني مسئولين أمام الجمهور العام، وأمام أصحاب المصلحة المؤسسية، وخاضعين للمحاسبة من قبل الجهات المختصة.

ويمكن للمساءلة أن تكون داخلية أو خارجية؛ فالمساءلة الداخلية هي حين يقوم الشعب نفسه بمساءلة حكوماته، أي كأن يقوم متلقي الخدمة العامة بمساءلة مباشرة لمقدمي الخدمة. أما المساءلة الداخلية فهي حين تقوم الحكومة بغية حماية المصلحة العامة، بإرساء أنظمة وحوافز متعددة تحكم سلوك المؤسسات المختلفة ضمن الحكومة، من هذه الإجراءات فصل السلطات، وإنشاء أجهزة رقابة مستقلة[64].

الفرع الثاني: أنواع المساءلة:

لقد صيغت العديد من التصنيفات بخصوص المساءلة، نذكر منها: المساءلة التنفيذية، المساءلة التشريعية، والمساءلة القضائية. فأما المساءلة التنفيذية فتعنى مسؤولية الجهاز التنفيذي عن محاسبة نفسه بنفسه عبر سبل إدارية، منها فتح قنوات الاتصال مع الناس لإيصال أصواتهم إلى الإدارات حول ما يشوب الجهاز التنفيذي من انتهاكات لحقوق المواطن، كي تؤخذ من قبل القائمين على الأمر بالتحقيق الفعال لتعزيز إطار المساءلة داخل المؤسسة الحكومية ذاتيا. ويمكن أن نستشهد بالنموذج الأوغندي في إنجاز المساءلة الفعالة استجابة للرأي العام، عندما اتخذت الإجراءات الإدارية بحق 121 موظفا، وتم عزلهم عن الخدمة، عقب احتجاج الناس عبر وسائلهم الخاصة والصحافة، على مستوى أدائهم الذي صدقته قرارات لجنة الحسابات المالية بحقهم بعد اكتشاف الفساد في دوائر الجمارك والنقاط الحدودية[65].

وأما المساءلة التشريعية فهي من أعرق صور المساءلة في النظم الديمقراطية، حينما يلعب البرلمان دورا مهما في تقييد الحكومة والرقابة عليها، وهو ما يضمن إلى حد كبير إمكانية تحقيق حسن الأداء.

وتشكل المساءلة القضائية أهم أركان ضبط عمل الجهاز الحكومي وغير الحكومي، على أساس تطبيق القوانين النافذة من قبل القضاة في المنازعات والدعاوى المعروضة عليها، وباستقلالية تامة عن تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية في أعمالها.

إن طبيعة المهمة الملقاة على القضاة، إن لم تحظ باهتمام بالغ في سبيل إقامة العدل وتعزيز المساءلة واحترام حقوق الإنسان، فإنها ستكون سبيلا ميسرا لشيوع ثقافة الإفلات من العقاب، مما يتيح المجال لانعدام الثقة بإمكانيات السلطة القضائية من قبل المواطنين بضمان حقوقهم على نحو نزيه.

لذلك، يستوجب الأمر كفاءة هذه السلطة في تفسير وتنفيذ القانون والمحافظة على سيادته، وإتاحة المجال أمام المواطن للتظلم أمامها من أجل أداء دور أكبر للمساءلة، وضمان تطبيق القانون بما يحفظ كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية.

الفرع الثالث: كيف تدعم المساءلة حقوق الإنسان:

إن تفعيل المساءلة يعنى أن يكون للناس الحق في إخضاع حكامهم للمحاسبة، وطلب أجوبة على أسئلة بشأن مختلف القرارات والأفعال، وأن يكون بإمكانهم كذلك معاقبة المسئولين العامين أو الهيئات العامة الذين لم يرقوا على مستوى مسؤولياتهم. والإصرار على إخضاع المسئولين للمساءلة يمتد للقطاع العام والخاص وكذا منظمات المجتمع المدني، وإلى كل كيان يتمتع بسلطة في عملية صنع القرار العام[66].

فالانتفاع التام بحقوق الإنسان يقتضي رفع درجة المساءلة نحو من يقع عليهم واجب احترام وحماية هذه الحقوق، ويفضي هذا بالضرورة إلى جعل المعايير الدولية لحقوق الإنسان موضع التنفيذ الوطني الداخلي، من خلال القدرة على وضع الآليات التشريعية والإدارية والمؤسساتية اللازمة لتفعيل تلك الحقوق، فبالنسبة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الواردة في العهد الدولي الخاص بتلك الحقوق، كالصحة والتعليم والسكن، ينبغي على الدولة أن تتخذ فورا الخطوات اللازمة لضمان التمتع الفعلي"التدريجي" لتلك الحقوق "بأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة"، وفق ما ورد في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وأن إخفاق الدولة في القيام بتلك الواجبات يشكل خرقا لالتزاماتها بموجب نصوص العهد، وبتطبيق الأمر ذاته على الحقوق المدنية والسياسية الواردة في العهد الدولي الخاص بها، إذ تلتزم الدولة باحترام واتخاذ الخطوات اللازمة لتعزيز احترام وحماية تلك الحقوق وتفعيلها. وهكذا يمكن تفعيل الحق في المساءلة من مهمة الرصد والمتابعة لتقييم التقدم المحرر

في مجال حقوق الإنسان، وفي غياب المساءلة والشفافية، يكون الفساد ، الذي يؤثر بشكل خطير على موارد الدولة ، ويقيد قدرة البلد على احترام وحماية وضمان التمتع الكامل بحقوق الإنسان[67].

الخاتمة:

إن مفهوم حقوق الإنسان يعد من المفاهيم المعقدة على مستوى التحليل، وإن كان هناك اتفاقا عالميا ومبدئيا من حيث أنه يمثل قيمة جوهرية بالنسبة للإنسانية، غير أننا نلمس اختلافا في مستوى التطبيق والاحترام الأمثل لهذه الحقوق وهذا ما يعكس واقعها في المرحلة الراهنة بكونها تمر بأزمة حقيقة وتواجه تحديات كبيرة بفعل التحولات العالمية الراهنة والتقدم العلمي والتقني الرهيب، والتفاوت الاقتصادي الكبير، ما أدى إلى ضرورة تغيير الممارسات الوطنية لتستوعب هذا التقدم، وذلك بالاحتكام لمفاهيم جديدة ووسائل فعالة قادرة على تحويل حقوق الإنسان من قواعد ومعايير قانونية مجردة إلى واقع ملموس وتجسيد الآثار العملية للإعلانات والاتفاقيات والمواثيق الدولية، والتي لا يمكن تحقيق ذلك إلا عبر الفعل الوطني بتعميق مشاركة المواطنين وكل الفواعل في عملية اتخاذ القرار والتنفيذ والرقابة والإشراف، ووجود مؤسسات شفافة وخاضعة للمساءلة والمحاسبة وسيادة القانون.

التهميش

---

[1] انظر: بطرس بطرس غالي، **حقوق الإنسان بين الديمقراطية والتنمية،** ص(351-358)، مجلة السياسة الدولية، العدد 114، السنة 29 أكتوبر 1993.

[2] انظر: علي محمد صالح الدباس، علي عليان محمد أبوزيد ،**حقوق الإنسان وحرياته** ، دار الثقافة للنشر ، 2005 ، ص 26

[3] انظر: رضوان زيادة، **مسيرة حقوق الإنسان في الوطن العربي،** المركز الثقافي العربي، 2000، ص15-16. وللمزيد بشأن تعريفات أخرى للحق أنظر : فتحي الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده** ، دار النشر ، عمان ،1997 .

[4] انظر: أحمد الرشيدي ،عدنان السيد حسين، **حقوق الإنسان في الوطن العربي** ، دار الفكر دمشق، سورية ودار الفكر المعاصر بيروت، لبنان، ط1، 2002 ، ص 21 .

[5] انظر: مصطفى عبد الغفار، **ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي** ، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان 2000 ، سلسلة أطروحات جامعية (3) ،ص14 .

[6] انظر: المرجع نفسه، ص15.

[7] انظر: دافيد ب. فورسايث ، **حقوق الإنسان والسياسة الدولية**، ترجمة محمد مصطفى غنيم، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ط1993، ص 54.

[8] انظر: ليا ليفين ، **حقوق الإنسان:أسئلة و إجابات** ، اتحاد المحامين العرب ، اليونيسكو1986 ، ص 13-14.

[9] انظر: رضوان زيادة، **مسيرة حقوق الإنسان في الوطن العربي**، مرجع سابق، ص 18.

[10] انظر في تفصيل ذلك: -جاك دونللي، -حقوق **الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق**، ترجمة مبارك علي عثمان، مراجعة محمد فرحات، المكتبة الأكاديمية 1998، ص29.

- Praab Kumar Panday, **Human Rights and Good Governance** :A Quesat for Measuring the Status of good Governance at the Violation of human Rights in Bangladesh. Pakistan Journal of Sosial Science3 (9):1117-1122, 2005;

[11] انظر: محمد عايد الجابري ،**رؤية عامة للأبعاد الثقافية الحضارية لحقوق الإنسان** ،ص(79-106) ، الأبعاد الثقافية لحقوق الإنسان في الوطن العربي ، تحرير عبد الله أحمد النعيم، دار سعاد الصباح الكويت ، مركز ابن خلدون القاهرة ،ط1، 1993 .

[12] انظر: رضوان زيادة، **مسيرة حقوق الإنسان في الوطن العربي**، مرجع سابق، ص 17.

[13] انظر: جاك دونللي، **حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق**، مرجع السابق ، ص 32 .

[14] للمزيد من التفصيل انظر:

Patrice MEYER-BISCH, **Méthodologie pour une présentation systémique des droits Humains**, p (47-85), CLASSER LES DROITS DE L'HOMME , Penser le droit, BRUYLANT, BRUXELLES 2004.

[15] راجع التقرير:

UNDP, Human development Report 2000, **Human development and Human rights**, p. 19-20 http:// www. trarget. com/.

[16] تم إصدار إعلان فينا لعام 1993 على اثر المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان ، و الذي حضره ممثلون عن 172 دولة إلى جانب مراقبين عن 95 منظمة أو مؤسسة وطنية لحقوق الإنسان ، و عن 840 منظمة غير حكومية ، و قد عكس الحوار أو الجدل الذي كان دائرا في إطاره طبيعة التغير الذي طرأ في هدا المسار، بحيث توارى دلك الجدل التقليدي حول مدى أسبقية حقوق الشعوب على حقوق الإنسان ،أو حقوق الإنسان الاقتصادية على الحقوق المدنية و السياسية ، و ظهر اتجاه يؤكد على عالمية حقوق الإنسان الأساسية ، و أن هناك حدا أدنى مشترك من الحقوق يتعين على كل النظم السياسية أن توفرها للإنسان الذي ينبغي أن يكون موضوعها الرئيسي و المستفيد الأساسي من حمايتها . حول ذلك أنظر:

محمد فهيم يوسف ، **حقوق الإنسان في ضوء التجليات السياسية للعولمة** ، ص(57-66)، سلسلة كتب المستقبل العربي (41)، مركز دراسات الوحدة العربية ط2، بيروت، جويلية 2007.

[17] انظر: أحمد الرشيدي ،عدنان السيد حسين، **حقوق الإنسان في الوطن العربي**، مرجع سابق، ص 30.

[18] انظر: أحمد أبو الوفا، **الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة ووكالاتها الدولية المتخصصة** ، دار النهضة العربية ، مصر 2000 ،ص88– 90

[19] فقد أكد إعلان طهران الصادر في 13ماي 1968في فقرته (13) على أن "حقوق الإنسان و حرياته الأساسية غير قابلة للانقسام و لا يمكن التمتع بالحقوق السياسية و المدنية دون التمتع بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، و النجاح في مجال تطبيق حقوق الإنسان يفترض وجود سياسة وطنية و دولية عقلانية و فعالة في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية ".

راجع الوثيقة:

NU.A/ConF32/41, p4 (Acte Finale de la Conférence Internationale des Droits de Lhomme, Téhéran ,22Avril-13Mai 1968).

[20] انظر: أحمد الرشيدي ،عدنان السيد حسين، **حقوق الإنسان في الوطن العربي** ، مرجع سابق، ص31-32.

[21] انظر: إبراهيم عوض، **طبيعة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية**، ص(30-39)، مجلة رواق عربي، السنة الثالثة، العدد 05 ، 1998.

[22] انظر: المرجع نفسه .

[23] انظر: عصام محمد أحمد زناتي ، **حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة** ، دار النهضة العربية مصر 2001 ، ص74 .

[24] انظر: أحمد الرشيدي ،عدنان السيد حسين، **حقوق الإنسان في الوطن العربي** ، مرجع سابق، ص37

[25] انظر: جاك دونللي، **حقوق الإنسان العالمية بين النظرية و التطبيق** ، مرجع سابق ،ص315.

[26] انظر: حسن كريم، **الحكم الصالح**، ص(95-123) ورقة قدمت في الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسا الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي بالاسكندرية، حول: الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية، ط1، بيروت ، ديسمبر2004 .

[27] انظر: - أمين مكي مدني، **التنمية القائمة على حقوق الانسان**، الدليل العربي، حقوق الانسان والتنمية.

www.Arab human rights.org

[28] انظر: أمين مكي مدني، **التنمية القائمة على منهج حقوق الإنسان ،** مرجع سابق

[29] انظر: محمد نور فرحات، **القانون الدولي لحقوق الإنسان والحقوق المترابطة**، الدليل العربي:حقوق الإنسان والتنمية، مرجع سابق

[30] انظر: الشافعي محمد البشير، **قانون حقوق الإنسان، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية**، دار المعارف، ط 2004، ص266

[31] انظر: أمين مكي مدني،. **التنمية القائمة على منهج حقوق الإنسان**، مرجع سابق.

[32] انظر: جاك دونللي، **حقوق الإنسان العالمية بين النظرية و التطبيق** ، مرجع سابق ، ص301

[33] انظر: مصطفى عبد الغفار، **ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي**، مرجع سابق، ص19.

وأيضا: Praab Kumar Panday, **Human Rights and Good Governance,** op.cit

[34] انظر: عصام محمد أحمد زناتي ، **حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة** ، مرجع سابق، ص74

[35] حول أهمية الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، ومدى تأثيره على المستويين الوطني والدولي. انظر: مصطفى عبد الغفار، **ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي**، مرجع سابق، ص22.

[36] تنص المادة الثانية فقرة(1-2) من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية: "تتعهد كل دولة طرف باحترام الحقوق المقررة في الاتفاقية الحالية لكافة الأفراد المقيمين ضمن إقليمها الخاضعين لولايتها، وبكفالة هذه الحقوق واتخاذ التشريعات اللازمة لذلك".

[37] تنص المادة الأولى فقرة(4)من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية "تتعهد كل دولة طرف في هده الاتفاقية بأن تتخذ وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدرجي بالحقوق المعترف بها في العهد".

[38] انظر: جاك دونللي، **حقوق الإنسان العالمية بين النظرية و التطبيق** ، مرجع سابق ، ص 58.

[39] انظر: عصام محمد أحمد زناتي ، **حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة** ، مرجع سابق، ص76..

[40] إن نشاطات الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان امتدت أيضا إلى اعتماد عدد كبير من الاتفاقيات والإعلانات ومن أهم هذه الوثائق: اتفاقية مكافحة إبادة الجنس البشري والعقاب عليها عام 1948و الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على التميز العنصري بكافة أشاكه 1965، إعلان الأمم المتحدة للقضاء على التمييز ضد المرأة 1967و الإعلان ضد التعذيب 1975 والاتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري 1979، و اتفاقية حقوق الطفل 1989و الاتفاقية الدولية لحماية جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم 1990،والاتفاقية الدولية بشأن حقوق المعوقين وذوي الاحتياجات الخاصة 2006.

[41] إن اتفاقيات حقوق الإنسان، رغم أنه لم يتم التوقيع و التصديق عليها من كل دول العالم، إلا أن القواعد التي تتضمنها تلك الاتفاقيات قد استقرت في ضمير المجتمع الدولي باعتبارها قواعد قانونية عالمية واجبة التطبيق.

[42] انظر: مصطفى عبد الغفار، **ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي**، مرجع سابق، ص418

[43] للمزيد من التفصيل انظر: علي محمد صالح الدباس، علي عليان محمد أبوزيد ،**حقوق الإنسان وحرياته** ،مرجع سابق، ص75

وأيضا: Praab Kumar Panday, **Human Rights and Good Governance** op.cit

[44] انظر: عبد الواحد محمد الفار، **قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي و الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص419

[45] انظر: جاك دونللي ، **حقوق الإنسان العالمية بين النظرية و التطبيق** ، مرجع سابق ، ص301.

[46] انظر: المرجع نفسه، ص 305

[47] انظر: عبد الواحد محمد الفار، **قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي و الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص419.

[48] انظر: المرجع نفسه.

[49] انظر: أحمد فتحي سرور، **التنمية و الحكم الراشد**.
http://www.ahram.org.eg/Archive/2006/12/9/OPIN4.HTM

[50] انظر: جاك دونللي، **حقوق الإنسان العالمية بين النظرية و التطبيق** ، مرجع سابق ، ص316

[51] انظر: ثامر كامل محمد، **إشكاليتا الشرعية و المشاركة و حقوق الإنسان في الوطن العربي**، ص(269-290)، حقوق الإنسان:الرؤى العالمية و الإسلامية والعربية، مرجع سابق.

[52] انظر: محمد سيد فهمي، **المشاركة الاجتماعية والسياسية للمرأة في العالم الثالث** ، المكتب الجامعي الحديث ،2004، ص 69

[53] انظر: المرجع نفسه، ص 69-70.

[54] انظر:

UNDP, Human Development Report 1993, **people's Participation**. pp.64
http:// 78. 136. 31-142/en/media/hdr-1993- ch 21. PDF.

[55] انظر: برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، الحكم الراشد، **المشاركة** .

http://www.pogar.org/

[56] انظر:

Louis Favoreu, et autres, **Droit des Libertés Fondamentales**, 1édition, 2000, DALLOZ. pp.265

[57] انظر التقرير:

UNDP, Human Development Report 2002, **Dee ping Democracy in Fragmented World**. pp.72
http:// hdr. undp. org/en/media/ hdr-2002-en- Complete –PDF-

[58] انظر: السيد عبد الحليم الزيات، **التنمية السياسية، دراسة في الاجتماع السياسي**، ج2، البنية والاهداف، دار المعرفة الجامعية ، مصر2002، ص 113.

[59] راجع الوثيقة:

UNDP , **Governance for sustainable Human developmen**,A undp Policy Document, Januray1997.
www.mirror.undp.org/magnet/Policy; pp.11

[60] انظر:

WB **and Development**, **Governance** . Op.Cit, pp. 29

[61] للاطلاع على موضوع الشفافية في صنع السياسات العامة والشروط التي يجب ان تتوفر في المعلومة، راجع: عماد الشيخ داود، **الشفافية ومراقبة الفساد،** ص(135- 168) ، ورقة قدمت في الندوة الفكرية: **الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية**، مرجع سابق.

[62] انظر في تفصيل ذلك:

Robert vanghn, les mécanismes de transparence :L'ouverture des institutions et l'obligation de rendu compte.
www. VSNFO. State. gov/.

[63] انظر: زهير عبد الكريم الكايد ، الحكمانية ، قضايا وتطبيقات، المنظمة العربية للتنمية الادارية 2003، دراسات ومنشورات، ص 242.

[64] انظر التقرير:

WB, Vers une Meilleur Gouvernance au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, 2003 Amiliorer L'inclusivité et la Responsabilisation. www.nweb 18.worldbank.org/MNA/mena.ns7/attachementgovreport-fre/file/Gov overview-fre.pdf, pp.15

[65] انظر في تفصيل ذلك: عماد الشيخ داود، الشفافية ومراقبة الفساد ، مجلة رواق عربي، السنة التاسعة ، العدد 36، 2004، ص(81-89).

[66] انظر التقرير:

UNDP ,Human Development Report 2002, Dee ping Democracy in Fragmented World.
http//hdr.undp.org/en/media/hdr-02-en-complete-pdf, pp .71

دور المجتمع المدني في مكافحة الفساد

سـ ـاوس خيرة
أستاذة مساعدة ـ كلية العلوم القانونية
والعلوم السياسية - جامعة بشار

مقدمة

تعتبر جرائم الفساد من أهم التهديدات التي تواجه أمن و سلامة و مصالح الأفـراد و الجماعات و المجتمعات بشتى صورها, ولذا فقد اهتمت كافة المجتمعات و الدول بالتصـدي لها بكافة السبل و الوسائل, واتجهت الجهود إلى وضع سياسات و إستراتيجيات وطنية تقـوم على مساهمة كافة قطاعات الدولة, منها مؤسسات المجتمع المدني.

ولقد شهد القرن الحالي العديد من التحولات المنهجية في مكافحة جرائم الفساد و التي اتسمت في مجملها بتزايد الإهتمام بالتعاون الدولي و تنسيق الجهود, و شـمولية المواجهـة محليا و إقليميا و عالميا, و في هذا الإطار و سعيا لمكافحة الفساد, وضعت الجزائر قـانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

وقد تناول هذا القانون ضمن نصوصه, مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من الفساد ومكافحته.

وإنطلاقا مما سبق:

- ما مفهوم المجتمع المدني؟
- ما هو دوره في مكافحة الفساد والوقاية منه؟

مفهوم المجتمع المدني

لقد اكتسب مفهوم المجتمع المدني تطورا خلال السنوات الأخيـرة, و لهـذا سـوف نتطرق إلى تعريف المجتمع المدني في الأطر التاريخية المختلفة و إلى العلاقة بين الدولة و المجتمع المدني.

أ) تعريف المجتمع المدني في الأطر التاريخية المختلفة:

ليس هناك مفهوم ثابت و قابل للاستخدام في كل زمان و مكان حتى المفاهيم التي تبدو لنا كذلك ، فالمفهوم مرتبط بتاريخ نشأته أي بالمشكلات التي كانت مطروحة في وقت

نشوئه لذا كان لزوما تتبع مفهوم المجتمع المدني و تطوره في المجتمعات الغربية و المجتمعات العربية.

❖ **تعريف المجتمع المدني في الدول الغربية:**

النسبة للإغريق القدماء ، حيث كانت بدايات المعالجة المنهجية لهذا المفهوم ، فكان ينظر إلى المجتمع المدني كومنولث لمواطنين تجمعهم منظومة سياسية و في داخل هذا الكومنولث الذي تم تنظيمه على غرار المدينة الدولة الإغريقية لا تشير كلمة "المدني" في عبارة المجتمع المدني إلى السلوك الطيب بل إلى متطلبات المواطنة المعرفة و الخطابة و المشاركة كان مفهوم المواطنة الصالحة بالنسبة لأفلاطون مستمدا من رغبته في إقامة قاعدة أخلاقية صلبة متدرجة من أعلى إلى أسفل للحياة العامة و بهذا فان المجتمع المدني يكون خاضعا لسلطة الدولة و للضروريات الأخلاقية الملزمة لقادته المستنيرين افتراضا.[1]

وإما أرسطو فيبدأ نظريته من فلسفته العامة في الطبيعة البشرية وهي أن الإنسان مدني بالطبع و هو حيوان سياسي لأنه يملك الشعور بالخير و العدالة و إن سعادته تتحقق في العيش الجماعي في ظل المدينة و الأسرة عنده هي وحدة البناء ، فمن مجموع الأسر تتكون القرية ، و من مجموع القرى تتكون المدينة , لأنها غاية في الوجود الإنساني تفرضها طبيعة الإنسان التكوينية.

وقد كان المجتمع المدني عند المفكر" توماس هوبز "صاحب السلطة المطلقة في الفكر السياسي1651 هو المجتمع القائم على التعاقد.[2]

أما المفكر جون لوك 1689 فقد انتهى إلى المفهوم الأمريكي الحالي للمجتمع المدني ، فالمجتمع المدني عمل طوعي و فردي و ليس عمل جماعي و بالمشاركة لم يوجـده و لـم يتحكم فيه الملك أو الدولة يتسم بديمقراطية وليدة و يشكل أساس المجتمع المدني عن طريق الملكية الفردية "الممتلكات " بتعبير لوك و حكم القانون المشاركة الديمقراطية و تضـامنت معا جماعات المجتمع المدني طوعيا

للحد من الحكم المطلق و للحفاظ على الحرية و النظام والممتلكات و قد ذهب المفكر جـون جاك روسو (القرن الثامن عشر) في نظريته عن العقد الاجتماعي إلى القول بان السيادة لا تقبل التجزئة في الشعب الذي يستحيل أن تكون بموجبه محـل تنـازع أو تفـويض ، و إن الصلاحية المطلقة للحاكم تنقلب و تصبح سيادة الشعب و لكنها تبقى مطلقة.و هي سيادة كلية تستند إلى الإرادة العامة و هي إرادة الجميع و ليس مجموع الإرادات.

وكانت التقاليد الألمانية فيما يتعلق بالمجتمع المدني تختلف اختلافا شديدا عن التقاليد الإنجليزية أو الفرنسية ،التي بدت فيها التقاليد الفرنسية بعد عام 1879 متذبذبة ما بين النماذج التابعة للدولة من ناحية ،و بين الانفجارات الشعبية المنتمية إلى روسو من ناحية أخرى.

ففي التقاليد الألمانية ،التي ننسبها إلى كونت و هيجل هناك تأكيد قوي على القانون و النظام, و هو ما يتطلب أيضا دولة قوية و لكن الدولة بحاجة أيضا إلى أن تكون محكومة بالقانون كوسيلة للتوافق بين الاستقلال المعنوي للفرد و بين الحاجة إلى النظام العام.[3]

❖ **تعريف المجتمع المدني في الدول العربية:**

ذهب بعض الباحثين إلى إنكار وجود فكرة المجتمع المدني في المجتمعات العربية و الإسلامية ،ويستند هؤلاء إلى عدة حجج ،من بينها ن المجتمع المدني يجد أساسه الاديولوجي في تفاعل ثلاثة نظم من القيم والمعتقدات :أولها : اللبرالية ،ثانيها : الرأسمالية ، و ثالثها : العلمانية . و هذه القيم و المعتقدات الثلاثة بجوانبها السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لا تتفق مع القيم الإسلامية السائدة في الدول العربية.

وذهب فريق آخر إلى التأكيد على وجود فكرة المجتمع المدني في المجتمعات العربية و في الإسلام [4].

إن الرسالة الإسلامية رسالة لبناء المجتمع، كما هي لبناء الفرد ليس هذا فحسب بل و نظر الإسلام إلى الإنسان الفرد من خلال وجوده الاجتماعي . و جعل مهمة بناء المجتمع و إقامة الدولة و السلطة الإصلاح الاجتماعي و تنفيذ القوانين و ألإعمار و البناء من مهام المجتمع و لم يجعلها من المهام الفردية بل يؤدي الفرد فيها واجبه و مسؤوليته و يحصل على حقوقه من خلال الوجود الاجتماعي بغض النضر عن الآلية التي تنفذ بها تلك المبادئ و القيم سواء كانت على شكل مؤسسات أو أنشطة تعاونية حرة ، أو جهود فردية متكاثفة في اتجاه واحد مما يعطي المجتمع الدور البارز و المستقل عن الدولة في مساحات واسعة, و أعطى الإسلام الأمة حق المشاركة في صنع مصيرها السياسي من خلال المبادئ التالية الآتية :

1) ـ مبدأ الشورى الذي حدده القران الكريم بقوله :

(وأمرهم شورى بينهم) الشورى الآية 38

(شاورهم في الأمر) آل عمران الآية 159

2)ـ من خلال واجب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر الذي نص عليه القران الكريـم (و المؤمنون والمؤمنات بعضهم أوليـاء بعـض يـأمرون بـالمعروف و ينهـون عـن المنكر)التوبة الآية 71

3)ـ من خلال مبدأ المسؤولية العامة الذي تبناه الرسول عليه الصلاة والسلام ومن خلال ما سبق يمكن تحديد عدد من المواصفات التي تميز المجتمع المدني عن غيره من التشكيلات فهو بنية متجانسة و متعددة النشاط يمكن أن تكون سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية وحتى ثقافية قانونية أو غير هذه المجالات ، كما يتحتم فيها الطوعية والاستقلال أي أنها غير حكومية بعيدة عن السلطة لان ارتباطها بهذا ينفي عنها صفة الحرية و الاستقلال في اتخاذ القرارات والمستجدات التي تحدث داخل الدولة كإطار إقليمي وداخل المجتمع كإطار بشري.[5]

ب) العلاقة بين الدولة و المجتمع المدني:

❖ التعاون و التنسيق بين الدولة و مؤسسات المجتمع المدني:

لمكن القول أن الأشكال المتصورة للعلاقة بين الدولة و مؤسسات المجتمع المدني "حال وجودها" ترتبط في أحد جوانبها بمدى حرص الدولة على تمكين المجتمع من بلورة قواه و تكويناته المعبرة عن مصالح معينة, كما ترتبط في جانب آخر بقدرة تلك التكوينات على الوعي و بلورتها في شكل تنظيم قادر على التفاعل مع أجهزة و مؤسسات الدولة إن التعاون و التنسيق بين الدولة و مؤسسات المجتمع المدن, تبدو الصورة المثلى التي ينبغي أن تكون عليها العلاقة بين الدولة و مؤسسات المجتمع المدني في ضوء حقيقة أن هذه الأخيرة تقوم بدور الوسيط بين الفرد و الدولة, و قد يتجلى هذا التعاون و التنسيق في عدة أمور منها: ما يمكن أن تقدمه مؤسسات المجتمع المدني من بدائل موضوعية ينخرط فيها الأفراد على أساس من المواطنة[6].

وتلجأ الحكومات لتأمين علاقتها السلطوية بمؤسسات المجتمع المدني, لأدوات تنظيمية عديدة منها المنطق العام للعلاقة الذي يتمثل في أن الحكومة هي التي ترسم السياسات الإجتماعية الملائمة, بحيث يعتبر نشاط مؤسسات المجتمع المدني مكملا لعملها[7].

إن حرية مؤسسات المجتمع المدني مقيدة إلى حد ما حيث تحرص على الإبقاء على علاقات جيدة مع الدولة و تحاول تفادي المساس بأمنها القومي, و من هنا يكون نشاط هذه

المنظمات متوقفا على موافقة الدولة و محصورا فقط في المجال الذي لا يدخل في إختصاص الدولة, أو تكون الدولة عاجزة على العمل فيه[8].

❖ **المعوقات التي تقابل بها الدولة دور منظمات المجتمع المدني:**

يرى بعض الفقه أنه أيا كانت درجة الإختصاص في وضع مؤسسات المجتمع المدني من دولة لأخرى فإن معظمها يعاني من التوتر في العلاقة من الأجهزة الإدارية داخل الدولة التي تتبعها لأكثر من سبب.

ويرى أن أهم المعوقات و العراقيل التي تقابل بها الدولـة دور منظمـات المجتمـع المدني ما يلي:

- أن القوانين أعطت صلاحيات كاملة للحكومة من خلال الوزارات المختصـة, كالشـؤون الإجتماعية, أو العمل أو الشباب, أو الداخلية في الإشراف علـى الجمعيـات و المنظمـات الأخرى.

- تعدد مستويات الإشراف و الرقابة من قبل الحكومة على المنظمات.

- سلطة حل مؤسسات المجتمع المدني أو دمجها في أخرى.

- توزيع المخصصات المالية على الجمعيات و وفق ميزانية الدولة و عدم قبـول معونـات أجنبية إلا بإذن السلطات المختصة[9].

- التنافس و الصدام بين الدولة و مؤسسات المجتمع المدني, خاصة بين تلك المؤسسات التي تأخذ طابعا كفاحيا, و ترتكز مهمتها في الدفاع ضد سوء إستخدام السلطة أو التعسف فيها.

- إختراق الدولة لمؤسسات المجتمع المدني من خلال سياسة المنع و المنع التـي تمارسـها إزاءها خاصة عندما يكون أعضاء تلك المؤسسات من العـاملين بالجهـاز الإداري التـابع للدولة[10].

2- دور المجتمع المدني في مكافحة الفساد:

تقوم منظمات المجتمع المدني بدور فعال في البلدان التي وصلت إلى مستوى أفضـل في مجال الحقوق و الحريات و ذلك بحكم التطور.

بينما أخذت بعض البلدان العربية خطوات حقيقية في إدماج المجتمع المدني في عملية الإصلاح و التطور, و تعد الجزائر من الدول السباقة التي سنت قواعد الوقاية من الفسـاد و مكافحته كظاهرة إجرامية و الحث على مشاركة المجتمع المدني, و هو ما كرسه قانون رقم

06-01 الذي جاءت قواعده منسجمة مع الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائـر و يهدف كما جاء في مادته الأولى إلى:

- دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد و مكافحته.
- تعزيز النزاهة و المسؤولية و الشفافية في تسيير القطاعين العام و الخاص.
- تسهيل و دعم التعاون الدولي و المساعدة التقنية من أجل الوقاية من الفساد و مكافحتـه, بما في ذلك استرداد الموجودات[11].

ويقصد في مفهوم الفساد هو خروج عن القانون و النظام أي عدم الإلتـزام بهمـا أو إستغلال غيابهما من أجل تحقيق مصالح سياسية و إقتصادية و إجتماعية للفردأو لجماعـات معينة, فهو سلوك يخالف الواجبات الرسمية للمنصب العام تطلعا إلى تحقيق مكاسب خاصة مادية أو معنوية, و هناك إتفاق دولي على تعريف الفساد كما جددته "منظمة الشفافية الدولية" كل عمل يتضمن سوء إستخدام المنصب العام لتحقيق مصلحة خاصة ذاتية لنفسه أو جماعته.

وبشكل عام فإن الفساد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامـة, و مثـال ذلـك "جريمة تحويل المال العام, رشوة الموظفين العموميين, إستغلال النفوذ, الجـرائم المتعلقـة بالصفقات العمومية....."[12].

أ) مفهوم المشاركة:

مشاركة المجتمع المدني في مكافحة الفساد و الوقاية منه كرسته المادة 15 من قانون رقم 06-01 بالوقاية من الفساد و مكافحته التي تنص على: "يجب تشجيع مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من الفساد و مكافحته بتدابير مثل:

- إعتماد الشفافية في كيفية إتخاذ القرار ة تقرير مشاركة المواطنيين في تسـيير الشـؤون العمومية,
- إعداد برامج تعليمية و تربوية و تحسيسية بمخاطر الفساد على المجتمع,
- تمكين وسائل الإعلام و الجمهور من الحصول على المعلومات المتعلقة بالفسـاد مـع مراعاة حرمة الحياة الخاصة و شرف و كرامة الأشخاص و كذا مقتضيات الأمن الوطني و النظام العام و حياد القضاء".

إن مفهوم المشاركة يعني الفعل, النشاط, التحرك, و يكون هذا الفعل فعلا إقتصاديا أو سياسيا أو إجتماعيا أو ثقافيا, و هو مفهوم شديد الإرتباط بما يعنيه مفهـوم المـواطن مـن

ممارسة و فعل في الميدان العام, و هذا يعني أن المواطن عضو فاعل في المجتمع. كما يرتبط تعزيز دوره في المجتمع بمدى مشاركته في إدارة الشأن العام[13].

إن الحكومة و مؤسسات المجتمع المدني تسعى إلى كسب ثقة الشعب و التعامل بالشفافية لتثبت من ناحية لمواطنيها أنها حكومة عادلة و فعالة, و لتثبت مؤسسات المجتمع المدني من ناحية أخرى تكسب ثقة الأفراد لدفعهم للمشاركة بصورة فعالة لخدمة أنفسهم, و خدمة ما حولهم.

إن حق الشعب في معرفة ما يجري في المجتمع و حق الأفراد في المشاركة في صنع القرار داخل مجتمعهم يعد من أهم الجوانب الرئيسية للديمقراطية و الحرب ضد الفساد لن تنجح إلا إذا قامت الإدارة العامة و مؤسسات المجتمع بنشر حساباتها بصورة منتظمة بما في ذلك المعلومات الخاصة بالإتفاقيات من جانبها, و أصبح الجميع يعملون في الشفافية.[14]

وعن مفهوم الشراكة, فهو الإتفاق بغرض تحقيق مصلحة عامة مشتركة, و بتعريف آخر هو " توافق طرفين أو أكثر لأهداف محددة, يتم فيها توزيع الأدوار و المسؤوليات بدقة بين الأطراف, في علاقة من المساواة, بشكل يخضع للمساءلة و المحاسبة, و ضمانات الشفافية [15].

وممارسة الشفافية يعني جعل العلاقات بين مختلف الشركاء أكثر موضوعية و أكثر عقلانية و أكثر توطيدا, إنها طريقة لا تكفل الكثير من مجتمع سليم يتمسك بقيم التسامح و التعاضد.[16]

ب) التوعية المنظمة:

طبقا للفقرة الثانية من نص المادة 15 من القانون السالف الذكر, المجتمع المدني مدعو لإعداد برامج تعليمية و تربوية و تحسيسية بمخاطر الفساد.

ويلعب المجتمع المدني دورا كبيرا في توعية الكبار و السباب. لذا يجب على السلطات العمومية دفع نشاطاتها من خلال منحها الوسائل البيداغوجية و الفضاءات الازمة للوصول إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص.[17]

كما نصت نفس المادة السالفة الذكر في فقرتها الثالثة, على تمكين وسائل الإعلام و الجمهور من الحصول على المعلومات المتعلقة بالفساد. و معنى ذلك تأييد و بلورة خطة إعلامية تخدم حقوق الإنسان و ترفع كل القيود التي تعرقل عمل الصحفيين.[18]

تسعى مؤسسات المجتمع المدني لمكافحة الفساد و الوقايـة منـه, و ذلـك بالتوعيـة المنتظمة و التي تتخذ منهجا محددا لذلك:

- التوعية القانونية لفئات المجتمع وفق دراسات و خطط معدة مسبقا يتم فيها تحديد الفئـات و المناطق التي تنتشر فيها الجرائم.
- تقديم التأهيل العلمي و الثقافي و الإجتماعي للفئات التي يكثر فيها المجرمين.
- توعية أفراد المجتمع بالقوانين العقابية و نشرها على جميع المستويات.[19]
- إعداد الدراسات والبحوث العلمية والعملية عن الأسـباب والـدوافع لإرتكـاب بعـض الجرائم.[20]

الخاتمة

لا يمكن لأية دولة من دول العالم مهما بلغت قوتها و درجة تقدمها أن تواجه ظـاهرة الفساد بمفردها. و نتيجة لذلك إقتنعت كافة الدول بضرورة تنسيق و توحيـد جهودهـا مـع مؤسسات المجتمع المدني لمجابهة المخاطر و التهديدات المتصاعدة لظاهرة الفساد. و هذا ما كرسه قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

ويتضح مما سبق أن تزايد الإهتمام بمكافحة الفساد و الوقاية منه و مشاركة المجتمـع المدني كان واحدا من أهم التحولات المنهجية الإستراتيجيات الحديثة للوقاية من الجريمة.

وأخيرا هناك بعض التوصيات التي يمكن سردها فيما يلي:

- تدريب متخصصين و فنيين على أساليب التعامل مع الجرائم قبل إرتكابهـا, و تأهيـل اجهزة لدراسة الجرائم و معرفة الأسباب و الدوافع ليتم تفاديها مستقبلا.
- تأهيل أجهزة الأمن تأهيلا علميا و فنيا و تدريبهم على الوسائل الحديثة للتحقيق للحد من ظاهرة الفساد.
- مراجعة التشريعات الجنائية و التشريعات المرتبطة بها و تعديلها وفق آليـات علميـة حديثة.
- تفعيل دور القضاء ليقوم بواجباته المناطة به حماية حقوق و حريات الإنسان.

الإحالات:

[1] هواردج وياردا, المجتمع المدني, الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية, القاهرة, 2007, ص 12.

[2] سعيد سالم جويلي, المنظمات الدولية غير الحكومية في النظام القانوني الدولي, دار النهضة العربية, القاهرة, 2007, ص 24.
[3] هواردج وياردا, المرجع السابق, ص 14.
[4] سعيد سالم جويلي, المرجع السابق, ص 27.
[5] حسن قمر, حقوق الإنسان في مجال نشأةالحقوق السياسية و تطورها و ظماناتها, دار الكتب القانونية, مصر, 2006, ص 76.
[6] حسن محمد سلامة السيد, العلاقة بين الدولة و المجتمع المدني في مصر, رسالة دكتوراه في العلوم السياسية, 2004 , القاهرة, ص 35.
[7] شهيد الباز, المنظمات الأهلية العربية على مشارف القرن الحادي و العشرين, دار الكتب القومية, القاهرة, بدون سنة, ص 113.
[8] عبد الرحمان لحرش, المجتمع الدولي التطور و الأشخاص, دار العلوم للنشر و التوزيع, عنـابة, 2007 , ص 170.
[9] السيد أحمد محمد مرجان, دور القضاء و المجتمع المدني في الإشراف على العملية الإنتخابيـة, دار المهضة العربية, القاهرة, 2007, ص 24.
[10] حسن محمد سلامة, المرجع السابق, ص 37.
[11] عبيدي الشافعي, قانون الوقاية من الفساد ومكافحته, دار الهدى,عين مليلة, الجزائر, 2008, ص 3.
[12] أحسن بوسقيعة, الوجيز في قانون الجنائي الخاص, دار هومة, الجزائر, 2003, ص 292.
[13] أماني قنديل, الموسوعة العربية للمجتمع المدني, الشبكة العربية للمنظمات الأهلية, القاهرة, 2008, ص 106.
[14] عبد الله خليل, الدليل التشريعي للمنظمات الأهلية و دليل مقارن لتشريعات, الشبكة العربية للمنظمات الأهلية, القاهرة, 2006, ص 48.
[15] أماني قنديل, المرجع السابق, ص 110.
[16] نعيمة فيشوش, بناء شراكة المنظمات الأهلية العربية لمواجهة تحديات التنمية, التقرير السنوي الخامس للمنظمات الأهلية العربية, 2005, ص 119.
[17] نعيمة فيشوش, المرجع السابق, ص 111.
[18] أيمان محمد حسن, التطور العالمي و الإقليمي لمفهوم حقوق الإنسان و إنعكاساته على المنظمـات الأهلية, الشبكة العربية للمنظمات الأهلية, 2000, ص 160.
[19] محمد ناجي علاو, دور منظمات المجتمع المدني في مكافحة الجريمة, اليمن, بدون سنة, ص 4.
[20] علاء الدين شحاتة, التعاون الدولي لمكافحة الجريمة, إيتراك للنشر و التوزيـع, القـاهرة, 2000, ص 55.

حماية العلامات التجارية من جريمة التقليد في القانون الجزائري

راشدي سعيدة
أستاذة مساعدة- كلية الحقوق -
جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

مقدمة

بعد انتهاج نظام اقتصاد السوق وفتح باب المنافسة بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين،فإن السوق الجزائري أصبح منفذا لمختلف المنتجات المقلدة ،خاصة تلك الحاملة لعلامات مشهورة مقلدة، فغرض تحقيق الربح السريع ونقص الوعي والخبرة أدى إلى تفشي ظاهرة التقليد و أصبحت تمس كل القطاعات. ونظرا للأهمية الكبيرة للعلامة باعتبارها تشكل قيمة مادية كبيرة للمؤسسة،باعتبارها وسيلة للتعريف والإعلان بمنتجاتها ووسيلتها في المنافسة واكتساب حصص في السوق،لذا فإن العلامة أصبحت عرضة لشتى الاعتداءات خاصة العلامات التي اكتسبت شهرة عالمية قصد الاستفادة ماديا من شهرتها بدون وجه حق.

فتقليد العلامة من شأنه المساس ليس فقط بمصالح صاحب العلامة و ذلك بإلحاق أضرار معتبرة له باعتبار أن العلامة هي وسيلته في المنافسة ودخول الأسواق، وإنما أيضا من شأنه المساس بمصالح المستهلك باعتبار أن العلامة هي وسيلته للتعرف على المنتجات والخدمات التي تشكل بالنسبة إليه رمز للثقة والجودة، لذلك فان تقليد العلامات من شأنه الإضرار بمصالحه وصحته و أمنه.كما من شأن التقليد أيضا الإضرار بالاقتصاد الوطني من جهة أخرى.فالقانون السابق الذي كان ينظم العلامات[1] لم يكن يضمن حماية كافية للعلامات خاصة في ظل اقتصاد السوق ،إذ هذا الأخير الذي يعود تاريخ صدوره إلى الستينات بقي ساري المفعول إلى غاية سنة 2003،حيث تم إلغاؤه واستبداله بالأمر رقم 03-06 [2]،المتعلق بالعلامات،و الذي جاء خاصة استجابة لمتطلبات الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة .

ومع تفاقم هذه الظاهرة يطرح التساؤل حول مدى فعالية الحماية التي يوفرها المشرع الجزائري للعلامات ضد أفعال التقليد؟و هل تعتبر العقوبات المقررة رادعة أم لا؟

للإجابة عن ذلك سوف نتناول أولا التعريف بجريمة تقليد العلامات حسب أمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات،ثم إثبات التقليد ،وأخيرا الجزاءات التي خصصها المشرع لمكافحة جريمة تقليد العلامات.

أولا:التعريف بجريمة تقليد العلامات.

بالرجوع إلى الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات فإن المشرع الجزائري نص على حماية حق مالك العلامة[3] ضد من يعتدي على حقوقه الاستئثارية المترتبة عن تسجيل علامته وذلك بتوقيع عقوبة جزائية.

وجريمة التقليد حسب المادة 26 من الأمر رقم 03ـ06 تتمثل في كل عمل يمس بالحقوق الاستئثارية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة[4].

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يحدد الأفعال التي تعتبر اعتداء مباشر والأفعال التي تعتبر اعتداء غير مباشر على ملكية العلامة والعقوبات المخصصة لها كما فعل في التشريع السابق للعلامات[5]،حيث أنه في التشريع الراهن حدد جنحة التقليد بالمعنى الواسع للكلمة بالنظر إلى الاعتداءات التي يقوم بها الغير خرقا للحقوق الاستئثارية المعترف بها لصاحب العلامة المودعة.وهكذا يلاحظ أن المشرع الجزائري تبنى المفهوم الواسع للتقليد، و بهذا سلك مسلك المشرع الفرنسي.ففيما تتمثل هذه الأفعال التي تشكل اعتداء على الحقوق الاستئثارية لصاحب العلامة؟و قبل ذلك فلابد التعرض لشروط الحماية الجزائية ونطاقها،إذ أن هذه الأخيرة لا تتمتع بها أي علامة كانت.

1ـشروط الحماية الجزائية و نطاقها.

1ـ1ـشروط الحماية الجزائية.

يشترط لإقامة دعوى التقليد ضد المعتدي على الحق في العلامة أن تكون هذه الأخيرة مسجلة ،إذ أنه طبقا للتشريع الخاص بالعلامات فإن جنحة التقليد تخص العلامة المسجلة فقط[6]،وعليه حتى تتمتع العلامة بحماية جزائية يجب أن يتوافر شرط أساسي وهو شرط التسجيل، أي يجب أن يكون صاحب العلامة قد قام بكافة الإجراءات القانونية اللازمة لتسجيل علامته لدى المصلحة المختصة المتمثلة في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية[7].

وعليه لا يستطيع صاحب العلامة إقامة الدعوى الجزائية قبل مباشرة إجراءات التسجيل أو إتمامها،أو حتى بعد انقضاء مدة التسجيل دون القيام بتجديده وفق الإجراءات

القانونية المنصوص عليها ،باعتبار أن فعل الاعتداء لا يشكل في هذه الحالة جريمة التقليد.

بالإضافة إلى ذلك فإن الأفعال السابقة لنشر تسجيل العلامة لا يمكن اعتبارها مساسا بحق صاحب العلامة إذ أن التسجيل لا يسري في مواجهة الغير إلا من تاريخ نشره[8].

كما أنه و بالرجوع إلى قانون العلامات الجزائري فقد نص على إمكانية إبطال العلامة من طرف الجهة القضائية المختصة إذا كانت من بين قائمة العلامات التي لا يجوز تسجيلها،ومن بين هذه العلامات،الرموز المماثلة أو المشابهة لعلامة مشهورة[9].
كما نص المشرع الجزائري على حق صاحب العلامة المشهورة في الجزائر في منع الغير من استعمال علامته دون رضاه [10].

ويشترط أيضا لإقامة الدعوى الجزائية أن تكون العلامة صحيحة.بمعنى أن تتوفر في العلامة الشروط الموضوعية لصحتها،من جدة ومشروعية والصفة المميزة، فإذا تخلفت أحد هذه الشروط فإنه لا يمكن رفع دعوى التقليد ،كأن تكون العلامة باطلة لتضمنها إشارة مخالفة للنظام العام والآداب العامة،أو مضللة أو غير مميزة.

1ـ2ـ نطاق الحماية الجزائية.

إن الحماية الجزائية مقيدة من حيث المكان طبقا لمبدأ إقليمية العلامة،ومن حيث الزمان ومن حيث المنتجات والخدمات المحددة عند إيداع العلامة طبقا لمبدأ تخصيص العلامة.

فمن حيث المكان يلاحظ أن الحماية الجزائية للعلامة محصورة في حدود إقليم الدولة التي تم تسجيل العلامة فيها طبقا لإقليمية العلامة ،إذ أن إيداع العلامة في الجزائر لا يرتب أثاره إلا في ذات الإقليم ولا يتعداه إلى الدول الأخرى،وذلك مع عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية العلامة على الصعيد الدولي. أما من حيث الزمان فالعلامة تتمتع بحماية جزائية خلال مدة صلاحيتها،أي من لحظة تسجيل العلامة لدى المصلحة المختصة و تمتد لمدة 10 سنوات قابلة للتجديد[11] وعليه إذا وقع اعتداء عليها قبل تسجيلها أو بعد انقضاء مدة سريانها و لم يتم تجديدها فلن تحضى بالحماية الجزائية.

وأخيرا ومن حيث المنتجات والخدمات فإن الحق في العلامة لا يوجد إلا في إطار تخصيص العلامة ،فالعلامة لا تكون محمية إلا في إطار المنتجات والخدمات التي

تغطيها و هذا طبقا لمبدأ تخصيص العلامة، وعليه يمكن اتخاذ نفس العلامة لتمييز منتجات وخدمات مختلفة عن تلك التي سجلت من أجلها العلامة الأولى. إذ لا يكون هناك مساس في الحق في العلامة إلا إذا كان الاعتداء صادر من منافس لمالك العلامة، إذ أن العلامة تكون محمية بالنسبة للمنتجات المشابهة أو المماثلة لتلك التي سجلت من أجلها العلامة وذلك بغرض منع تضليل المستهلك [12].

كما أن المشرع نص على أن تسجيل العلامة يخول صاحبها حق ملكيتها على السلع والخدمات التي يعينها لها[13]بحيث يتمتع بحق استئثاري على هذه السلع و الخدمات، وعليه فإن استخدام العلامة على منتجات وخدمات مختلفة لا يشكل تقليدا للعلامة في ظل قانون العلامات، ولكن قد يعد إضرار طبقا لقواعد المسؤولية .

2ـ صور الاعتداء على الحق في العلامة.

بالرجوع إلى الأمر رقم 03ـ06 يلاحظ أن المشرع حدد مفهوم التقليد الشيء الذي لم يفعله في ظل القانون السابق للعلامات،حيث قام بسرد الأفعال التي تشكل تعديا على العلامة[14]أما في القانون الحالي فلقد نص على أنه: "يعد جنحة التقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستئثارية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة"[15].

وهكذا فإن المشرع تبنى المفهوم الواسع للتقليد الذي يشمل كل التصرفات التي من شأنها المساس بحقوق صاحب العلامة.و تتمثل الأفعال التي تشكل اعتداء على العلامة فيما يلي:تقليد العلامة أو تشبيهها،استعمال علامة مقلدة أو مشبهة، اغتصاب علامة مملوكة للغير، بيع منتجات عليها علامة مقلدة أو مشبهة ،عرض هذه المنتجات للبيع ،ومع الإشارة أن هذه الأفعال لم ينص عليها بالتفصيل كما فعل في التشريع السابق للعلامات.كما نص المشرع على أفعال أخرى ورتب عليها عقوبات جزائية، والتي تتمثل في عدم وضع علامة إلزامية على المنتجات أو تقديم خدمات لا تحمل علامة،كما يمكن متابعة الأشخاص الذين يضعون على منتجاتهم أو خدماتهم علامة لم تسجل أو لم يطلب تسجيلها[16].

2ـ1ـ تقليد العلامة.

سبق و أن أشارنا أن المشرع قد جمع مجمل الاعتداءات الواقعة على العلامة تحت مصطلح " التقليد " وتعد جريمة التقليد جنحة وهي من أهم الجرائم الواقعة على العلامة وهي تشمل التقليد بالنقل (La contrefaçon par reproduction) والتقليد بالتشبيه (La contrefaçon par imitation).

2ـ1ـ1 التقليد بالنقل.

يقصد بجنحة تقليد العلامة بالنقل "اصطناع علامة مطابقة تطابقا تاما للعلامة الأصلية"[17]،أو "صنع علامة تشبه في مجموعها العلامة الحقيقية ،بحيث أنه يمكن للعلامة الجديدة أن تضلل المستهلك وتجذبه إليها ظنا منه أنها العلامة الأصلية[18].كما عرفه جانب أخر من الفقه على أنه"النقل الحرفي لكل أو لجزء من علامة الغير"[19]. وعليه فالتقليد بالنقل هو نقل علامة الغير أو نقل الأجزاء الأساسية والمميزة من هذه الأخيرة.

ولقيام أي جريمة فلابد من توافر أركانها، والمتمثلة في الركن المادي والركن المعنوي، غير أنه فيما يتعلق بتقليد العلامة بالنقل فإن جريمة التقليد لا تتطلب سوى ركنا واحدا و هو نقل العلامة أو اصطناع علامة مطابقة فيعاقب جزائيا على ذلك في حد ذاته،أي يكفي لقيام الجنحة توافر العنصر المادي المتمثل في صنع علامة مماثلة لعلامة الغير،أما الركن المعنوي فلا يشكل شرطا ضروريا لقيام جنحة التقليد فالفعل بحد ذاته معاقب عليه .

كما أنه بالرجوع إلى أحكام الأمر 03ـ06 فإنه لا يتضمن أي عبارة من شأنها اشتراط العنصر المعنوي أي القصد الجنائي بالنسبة لجنحة التقليد، بينما يختلف الأمر فيما يخص الجرائم الأخرى حيث نص المشرع بشأنها على ضرورة توافر عنصر القصد [20].إذ أن المعتدي في هذه الحالة هو سيء النية إذ يفترض علمه بأنه يعتدي على حق الغير ،باعتبار أن نشر تسجيل العلامة له حجية على الكافة حتى ولو أثبت الفاعل حسن نيته فهذا لا يمنع من قيام مسؤوليته عن تعويض الضرر[21].

بالنسبة لأشكال جريمة التقليد بالنقل فإن جنحة تقليد العلامة تتحقق باصطناع علامة مطابقة تماما للعلامة الأصلية أو بنقل الأجزاء الرئيسية منهاإ والجريمة تعد قائمة حتى وإن لم يتم استعمالها، إذ لا يهم إذا كانت هذه العلامة قد استعملت فعلا أم لا،إذ يجب تمييزها عن جريمة استعمال علامة مقلدة [22].كما تعد جنحة التقليد قائمة حتى في غياب أي احتمال للخلط أو اللبس بين العلامتين الأصلية والمقلدة، فلا يشترط في حالات التقليد بالنقل أن يؤدي إلى خداع الجمهور[23].

وحسب جانب من الفقه الفرنسي فإن محكمة العدل للمجموعات الأوروبية وضعت حدا نهائيا لنظرية "الكل الغير قابل للتجزئة"، وأن القرارات التي اعتمدت على التوجيهة

الأوروبية رفضت إعطاء مفهوم واسع للتقليد بالنقل ولا يتطلب إثبات وجود احتمال الخلط واللبس في ذهن الجمهور على خلاف الأمر بالنسبة للتقليد بالتشبيه [24].

وعليه فالتقليد بالنقل بمعنى الكلمة يجب أن ينحصر على نقل العلامة الأصلية فحسب وبكل عناصرها بدون حذف و لا إضافة ،إذ أنه إذا تضمن التقليد ذلك فإنه سوف نكون أمام التقليد بالتشبيه[25].

2ـ1ـ2 التقليد بالتشبيه.

يقصد بجريمة التقليد بالتشبيه حسب جانب من الفقه الجزائري اصطناع علامة مشابهة بصفة تقريبية للعلامة الأصلية من أجل خداع المستهلكين[26].

أما جانب أخر من الفقه فلقد عرف التقليد بالتشبيه على أنه: "وضع علامة مشابهة أو قريبة الشبه من العلامة الأصلية مما يؤدي إلى احتمال الخلط بين هاتين العلامتين"[27].

وهنا يظهر الفرق بين الجريمتين أي جريمة التقليد عن طريق النقل وجريمة التقليد عن طريق التشبيه،لكون الأولى تشترط النقل الكلي أو الجزئي للعلامة، أي أحد عناصرها المميزة ولا يهم إن كان من شأن ذلك إحداث خلط ،أما الثانية فهي اصطناع علامة مشابهة للعلامة الأصلية من شأنها إثارة الخلط في ذهن المستهلك للاستفادة من سمعة العلامة الأصلية[28].

وبالنسبة لعناصر الجريمة فإنه بالرجوع إلى التشريع السابق للعلامات فإنه على خلاف جريمة التقليد التي لا تتضمن إلا العنصر المادي،فإن جريمة التشبيه والتي عبر عليها المشرع في هذا القانون بجريمة التقليد التدليسي تستوجب توافر عنصرين: العنصر المادي المتمثل في اصطناع علامة مشابهة للعلامة الأصلية ومن شأنه أن يؤدي بالجمهور إلى الخلط بين العلامتين،والعنصر المعنوي المتمثل في توافر نية خداع المستهلك ،أي أن المعتدي قام بتشبيه العلامة عن قصد لتغليط المستهلك.

وبالرجوع إلى الأحكام الراهنة ،يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يميز بين التقليد و التشبيه ،إذ نص على أنه يعد جنحة تقليد لعلامة ما مسجلة كل عمل يقوم به الغير إضرارا بالحقوق الاستئثارية لصاحب العلامة. وهذا ما يمكن أن نستشفه أيضا عند تعداده للرموز المستبعدة من التسجيل بحيث حضر اتخاذ الرموز المماثلة أو المشابهة لعلامة مسجلة أو محل طلب تسجيل[29] .

ولعل غرض المشرع من عدم التمييز بين التقليد بالنقل والتقليد بالتشبيه هو إخضاع كل منهما و كل التصرفات التي تمس بحقوق صاحب العلامة لنفس الجريمة وكذا لنفس العقوبة[30]، كما أنه عادة ما يكون الغرض من اللجوء إلى استعمال رموز مطابقة أو مشابهة لعلامة الغير هو إثارة اللبس بين العلامتين الأصلية والمقلدة أو المشبهة[31].

2ـ2ـاستعمال علامة مقلدة أو مشبهة.

اعتبر المشرع الجزائري في التشريع السابق للعلامات أن فعل استعمال علامة مقلدة أو مشبهة جريمة يعاقب عليها القانون[32] و لم ينص صراحة على ذلك في التشريع الراهن إلا أنه يعتبر فعل معاقب عليه قانونا،إذ من شأنه الإضرار بحقوق صاحب العلامة[33] .

كما أن المشرع نص على أن تسجيل العلامة يخول صاحبها الحق في منع الغير من استعمال علامته استعمالا تجاريا دون ترخيص مسبق منه على سلع وخدمات مماثلة أو مشابهة لتلك التي سجلت العلامة من أجلها .كما يحق له متابعة كل من استعمل لغرض تجاري علامة أو اسما تجاريا تكاد تحدث لبسا بين سلع و خدمات مطابقة أو مشابهة دون ترخيص المالك[34].

وبناء على ذلك يعتبر مجرد استعمال العلامة جريمة قائمة بحد ذاتها معاقب عليها دون اشتراط أن يكون مستعمل العلامة المقلدة أو المشبهة هو ذات الشخص الذي قام بتقليدها أو تشبيهها،و إن كان الغالب أن الشخص الذي يقوم باستعمالها هو من يقوم فعلا بتقليدها أو تشبيهها. والاستعمال المعاقب عليه هو الاستعمال التجاري الذي يهدف من ورائه تداول السلعة،وعليه يعاقب على كل من يتاجر أو يستعمل لأغراض تجارية منتجات تحمل علامة مقلدة أو مشبهة[35].

وعليه فجريمة الاستعمال تسمح بملاحقة كل الأشخاص الذين يستعملون العلامة المقلدة أو المشبهة حتى وإن لم يقوموا بأنفسهم بجريمة تقليد العلامة. إذ يعد فعل التقليد والاستعمال جريمتين مختلفتين،كما أن العنصر المعنوي أي عنصر القصد غير مشترط في كلا الجريمتين باعتبار أن النص القانوني جاء عاما .

2ـ3ـ التقليد بوضع علامة هي ملك للغير أو اغتصاب علامة مملوكة للغير.

إلى جانب جريمة استعمال علامة مقلدة أو مشبهة فلقد نص المشرع في التشريع السابق للعلامات صراحة على توقيع عقوبة جزائية على الأشخاص الذين يضعون على

منتجاتهم أو على الأشياء التابعة لتجارتهم علامة مملوكة للغير[36]،و يتعلق الأمر هنا بوضع علامة أصلية و ليست مقلدة لمرافقة منتجات بدون وجه حق،بمعنى منتجات غير صادرة من مالك العلامة الأصلية .أما في التشريع الراهن بما أن النص جاء عاما كما أشرنا آنفا،فإن هذا الفعل يعتبر معاقبا عليه باعتباره يمس بحقوق صاحب العلامة المخولة له قانونا.

بالنسبة لأركان الجريمة ،فيتمثل الركن المادي في واقعة وضع العلامة ،فهي الواقعة الأساسية في هذه الجريمة و يجب أن تتم جريمة وضع علامة مملوكة للغير لغرض تجاري وفي إطار تخصيص العلامة،أما بالنسبة للركن المعنوي فعلى غرار التصرفات السابقة فلا يشترط في هذه الجنحة توافر عنصر القصد لذات السبب [37] كما أن طبيعة الوقائع كفيلة بكشف سوء النية لدى الفاعل[38].

2ـ4ـ بيع منتجات عليها علامة مقلدة أو مشبهة أو عرض هذه المنتجات للبيع.

يعاقب المشرع الجزائري جزائيا الأشخاص الذين يقومون ببيع منتجات عليها علامة مقلدة أو مشبهة،كما يعاقب الذين يقومون بعرض هذه المنتجات باعتباره فعل من شأنه المساس بالحقوق الاستئثارية لصاحب العلامة[39] والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه الجريمة لكون النص جاء عاما،على خلاف التشريع السابق الذي نص عليها صراحة[40].

مع الإشارة أن جريمة بيع منتجات تحمل علامة مقلدة أو مشبهة متميزة عن جريمة عرضها للبيع،بالتالي تعد الجنحة مرتكبة سواء تم البيع فعلا لتلك المنتجات،أو لم يتم ، إذ يكفي لقيام الجريمة أن يتم عرض هذه المنتجات في الأسواق[41].

وعليه فالركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في بيع منتجات تحمل علامة مقلدة أو مشبهة من جهة،ومن جهة أخرى عرض هذه المنتجات للبيع.أما بالنسبة للركن المعنوي فعلى خلاف التشريع السابق،فإنه لا يشترط لقيام الجنحة توافر سوء القصد في كلا الفعلين،شأنهما شأن الجرائم الأخرى.

مع الإشارة أن أغلب الأحكام مستمدة من التشريع الفرنسي،و أنه نص صراحة على هذه الجريمة و اشترط لقيامها توافر سوء القصد لدى الفاعل وهي مسألة واقع .بالإضافة إلى ذلك تطرق المشرع الفرنسي إلى موضوع السلع المستوردة أو المصدرة

الحاملة لعلامة مقلدة[42] وهو أيضا شيء أغفله المشرع،إذ أن الاستيراد لهذه السلع يعد اعتداء على العلامة[43].

فكان من الأجدر لو أن المشرع الجزائري نص صراحة على الأفعال الأخرى التي تعد مساسا بحقوق صاحب العلامة إلى جانب جريمة التقليد بالنقل و جريمة التقليد بالتشبيه كما فعل نظيره الفرنسي ،و تبيان أين يشترط العنصر المعنوي من عدمه الأخرى ، باعتبار أن التقليد بالنقل والتقليد بالتشبيه هي أفعال تنصب مباشرة على ذاتية العلامة،بينما الأفعال الأخرى هي أفعال تلي وقائع الاعتداء على ذاتية العلامة.

إلى جانب الجنح السالفة الذكر نص المشرع الجزائري على أفعال أخرى مجرمة ورتب عليها عقوبات أقل صرامة ،و يتعلق الأمر هنا بمخالفة أحكام التشريع الخاص بالعلامات فيما يتعلق بإلزامية العلامة،أي عدم وضع علامة اعتبرها المشرع إلزامية و كذا إلزامية تسجيلها لاكتساب الحق عليها ،أي وضع علامة دون إتمام إجراءات التسجيل أو إيداع طلب تسجيلها لدى المصلحة المختصة[44].و يلاحظ أن المشرع في الجريمة الأولى اشترط توافر العنصر المعنوي، أي سوء النية نظرا لاستعمال العبارة «تعمدوا" في النص القانوني[45] إلى جانب العنصر المادي المتمثل في وجود منتجات لا تحمل علامة و تم بيعها أو عرضها للبيع بدونها.

بعدما بينا مختلف الأفعال التي من شأنها المساس بحقوق صاحب العلامة المخولة له قانونا،باعتبار أن المشرع نص على جريمة التقليد بصفة عامة و إخضاعها لنفس العقوبة و لم يقم بتعداد الأفعال التي تشكل تعديا على الحقوق الاستئثارية لصاحب العلامة.و هنا يترك المجال للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير إن كانت تلك الأفعال تعد مساسا بحقوق صاحب العلامة الاستئثارية من عدمها .

ثانيا:إثبات التقليد:

1ـ الإجراءات التحفظية.Les mesures préventives

منح المشرع لمالك العلامة المعتدى عليها وسيلة أخرى لحماية حقه إلى جانب دعوى التقليد وذلك بتمكينه من اتخاذ إجراءات تسمح له بإثبات مختلف أفعال التعدي على العلامة قبل رفع دعوى التقليد .

وعليه يستطيع مالك العلامة أن يطلب الحجز من المحكمة المختصة على السلع التي تحمل علامة مقلدة أو مشبهة وعلى الوسائل و الأدوات المستخدمة لإنتاجها إذا أثبت

أن هناك اعتداء على حقه وأنه يخشى من اختفاء الأدلة.مع الإشارة أن الحجز هي وسيلة هامة تمكن المدعي في إثبات الاعتداء و إيقافه وعليه لا يعد إجراء إلزامي.

ويتم اتخاذ الإجراءات التحفظية باستصدار أمر من رئيس المحكمة وذلك بتقديم طلب من قبل صاحب العلامة يكون مرفقا بما يثبت نشر تسجيل علامته لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية أو قام بتبليغ نسخة من تسجيل العلامة للمقلد و يتم إصدار الأمر على ذيل عريضة[46].

ويشمل مضمون الطلب إجراء وصف مفصل للمنتجات التي يدعي صاحب الطلب على أنها تحمل علامة مقلدة أو مشبهة أو أن يقع الوصف على الوسائل والأدوات المستخدمة في التعدي على العلامة. وعندما تأمر المحكمة بتوقيع الحجز على الأشياء المقلدة بناء على طلب المدعي فيمكن لها أن تلزمه بدفع كفالة[47].كما يمكن أن يتضمن الأمر الصادر من القاضي بندب خبير عند الاقتضاء لمعاونة المحضر في مهامه.

ويتم تسليم نسخة من أمر رئيس المحكمة إلى المعتدين المزعومين أو أصحاب الأشياء الموصوفة في حالة الحجز الوصفي أو التي تم حجزها في حالة الحجز العيني ،ويرفق عند الاقتضاء نسخة من العقد المثبت لإيداع الكفالة[48].

ولقد ألزم المشرع الجزائري طالب الحجز التحفظي من اللجوء إلى الجهة القضائية بالطريق المدني أو الطريق الجزائي في أجل شهر و إلا أصبح الوصف أو الحجز باطلا، مع إمكانية الطالبة بالتعويض[49].مع الإشارة في هذا الصدد أنه في حالة بطلان حجز التقليد فإن ذلك لا يؤثر على حق المدعى في رفع الدعوى أمام قاضي الموضوع .

2ـ الحجز الجمركي: La saisie en douane

إلى جانب الإجراءات التحفظية التي تعد وسيلة هامة في يد صاحب العلامة لإثبات أفعال التقليد ،فقد تضمن قانون العلامات الفرنسي على خلاف نظيره الجزائري على ما يعرف بالحجز الجمركي La saisie en douane وذلك لوضع حد لجريمة التقليد على الحدود.و يتمثل هذا النوع من الحجز في توقيع حجز المنتجات التي تحمل علامات مقلدة[50] والذي يتم من قبل الجمارك، ويكون ذلك بناء على طلب مالك العلامة ،أو ممن له الحق عليها، ولقد نص المشرع الفرنسي على شروط وإجراءات هذا الحجز[51].

غير أنه بالرجوع إلى قانون الجمارك الجزائري فإن المشرع الجزائري قد نص في قانون الجمارك على حماية حقوق الملكية الفكرية ،ولقد نص على حضر عند

الاستيراد البضائع التي تحمل بيانات من شأنها أن توحي بأنها ذات منشأ جزائري،كما يحضر عند الاستيراد البضائع الجزائرية و الأجنبية المزيفة[52] و إن كان الأمر يتعلق أكثر بالمنتجات الأجنبية المقلدة لعلامات مشهورة .

ونظرا لأهمية الحجز الجمركي في توفير الحماية للعلامات عبر الحدود وذلك بوضع حد لجريمة التقليد فلقد نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء [53] و قد استمد مجمل أحكامه من التشريع الفرنسي[54].حيث أجاز لصاحب العلامة المسجلة أن يقدم طلبا خطيا للمديرية العامة للجمارك،يلتمس فيه تدخل إدارة الجمارك إذا اعتبر أن السلع المشكوك فيها هي سلع مزيفة أي سلع تحمل علامة مقلدة و لذا يجب حجزها.إذ تنص المادة 4 من القرار التطبيقي للمادة 22 من قانون الجمارك الجزائري على أنه:

" يمكن مالك الحق إيداع طلب خطي لدى المديرية العامة للجمارك يلتمس فيه تدخل إدارة الجمارك عندما تكون السلع في إحدى الحالات المذكورة أعلاه ".

وعليه في حالة وجود سلع مزيفة طبقا للفقرة الأول من المادة 2 من القرار التطبيقي المذكور أعلاه ،فإن صاحب الحق يمكن له أن يقدم طلبا خطيا يلتمس فيه تدخل إدارة الجمارك لحجز تلك السلع ،و يجب أن يتضمن الطلب على كل المعلومات اللازمة لتمكينها من القيام بذلك ،إذ يجب أن يرفق الطلب بما يلي:

- وصفا دقيقا بما فيه الكفاية للتمكن من التعرف على السلع المشكوك فيها.
- بيان يثبت أن صاحب الطلب هو مالك الحق بالنسبة للسلع المعنية.

كما يجب على مالك الحق تقديم كل المعلومات الأخرى اللازمة التي يحوزها حتى يتسنى للمديرية العامة للجمارك اتخاذ القرار عن دراية ،دون أن تشكل هذه المعلومات شرطا في عملية قبول الطلب.و تتعلق هذه المعلومات خاصة بمكان وجود السلع أو مكان وجهتها المقرر،و كذا تاريخ وصول السلع أو خروجها المقرر،و وسيلة النقل المستعملة،هوية المستورد،أو الممون أو الحائز[55].بالإضافة إلى ذلك يجب أن يبين في الطلب الفترة الزمنية التي يطلب خلالها تدخل إدارة الجمارك[56].و تتولى المديرية العامة للجمارك دراسة الطلب و تعلم صاحبه بقرارها،و في حالة رفض التدخل فإنها ملزمة بتبريره قانونا[57].

وفي حالة قبول الطلب ،يكون هذا الأخير موضوع قرار صادر من طرف المدير العام للجمارك ،يحدد فيه الفترة الزمنية اللازمة لتدخل مصالح الجمارك و التي يمكن

تمديدها بناءا على طلب من مالك الحق[58].كما أنه يمكن إدارة الجمارك أن تفرض على صاحب الحق تقديم ضمان من أجل:

ـ تغطية مسؤوليتها المحتملة تجاه الأشخاص المعنيين بالعملية إذا كان غير متبوع بسبب فعل أو نسيان من مالك الحق أو في حالة ما إذا تبين فيما بعد أن السلع موضوع الخلاف ليست سلعا مزيفة.

ـ ضمان تسديد مبلغ النفقات الملتزم بها طبقا لهذا القرار،بسبب وضع السلع تحت رقابة جمركية[59].

وعلى مالك الحق المتضرر موضوع طلب التدخل إخطار الجهة القضائية المهلة للبت في الموضوع و كذا إعلام مكتب الجمارك المختص فورا بالإجراءات التحفظية المتخذة[60].

فإذا لم يقم صاحب الطلب بإعلام مكتب الجمارك بعملية إخطار السلطة القضائية المؤهلة للبت للفصل في المضمون أو إشعاره باتخاذ الإجراءات التحفظية خلال أجل 10 أيام مفتوحة ابتداء من حجزها فانه يحق للمكتب أن يرفع حينئذ إجراء الحجز[61].

إلى جانب ذلك يسمح لإدارة الجمارك أن تتخذ التدابير اللازمة في حالة إذا ما تبين لها أن هناك ضرر لحق بمالك العلامة من جراء السلع المزيفة،إذ يسمح لها بإتلاف السلع التي تبين أنها سلع مزيفة أو أن تقوم بوضعها خارج الدوائر التجارية بطريقة يسمح بتفادي إلحاق الضرر بمالك الحق و ذلك دون أن تتحمل الخزينة العمومية أي مسؤولية في التعويض.كما لها اتخاذ كل إجراء أخر تجاه هذه السلع بغرض الحرمان الفعلي من الاستفادة الاقتصادية من هذه العملية[62] .

كما يظهر دور الجمارك في حماية العلامات أثناء قيامها برقابة السلع الموضوعة تحت مراقبة جمركية ،حيث أنه إذا تبين لها أنها سلع مزيفة و قبل أن يكون مالك الحق على علم بذلك فانه إدارة الجمارك تتولى إخطاره بذلك ،كما أنه يرخص لها بحجزها لمدة 3 أيام حتى يتمكن صاحب الحق في إيداع طلب تدخل إدارة الجمارك وفقا للشكل الذي بيناه أعلاه[63].

ثالثا:الجزاءات المترتبة على دعوى التقليد.

لقد نص المشرع على عقوبات مختلفة في حالة الاعتداء على العلامة،و تتمثل أساسا في عقوبات جزائية ،و أخرى مدنية.

1ـ العقوبات الجزائية.

1ـ1ـ العقوبات الأصلية:

وتتمثل العقوبات الأصلية في عقوبة الحبس والغرامة،فبالنسبة لعقوبة الحبس ،فالمادة 32 من الأمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات ،نصت على أنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين[64]،كل شخص ارتكب جنحة التقليد ، وهذا على خلاف ما نص عليه الأمر السابق للعلامات بحيث كانت مدة العقوبة فيه هي السجن من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات[65].

وبذلك فإن المشرع الجزائري قد قام بتخفيض مدة العقوبة المقررة لجريمة التقليد،إذ حدد أقصى عقوبة لها بسنتين بدل ثلاث سنوات و فضل رفعها من جانب الغرامة المفروضة كما سنرى.إذ أنه إلى جانب عقوبة الحبس نص المشرع الجزائري على عقوبة الغرامة والتي تتراوح بين مليونين وخمسمائة ألف (2.500.000دج) إلى عشرة ملايين (10.000.000دج).

ويلاحظ أن المشرع الجزائري في التشريع الحالي قد رفع من العقوبات المالية ،التي كانت جد ضئيلة في التشريع السابق للعلامات التي كانت تتراوح مابين عشرة ألاف 10.000 دج إلى عشرون ألف 20.000دج[66]،و هو بذلك حسن ما فعل إذ من شأن رفع العقوبات المالية ردع أفعال التقليد، خاصة بالنظر إلى الأرباح الطائلة التي يستفيد منها المقلدون بغير وجه حق .

ويلاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى حالة العود أو الظروف المشددة، وإيقاف التنفيذ كما فعل في التشريع السابق للعلامات[67].

1ـ2 العقوبات التكميلية.

إلى جانب العقوبات الأصلية المشار إليها، نص المشرع الجزائري على عقوبات تكميلية وذلك لضمان حماية أوسع للعلامة، ويجب على القاضي الحكم بالعقوبات التكميلية في حالة قيام جريمة التقليد،و يتعلق الأمر بغلق المؤسسة، المصادرة و أخيرا الإتلاف إلا أنه لم يشير إلى النشر كما فعل في التشريع السابق.فبالنسبة للغلق النهائي أو المؤقت للمؤسسة،فإن القاضي يحكم إلى جانب عقوبة الحبس و/أو الغرامة بالغلق النهائي أو المؤقت للمؤسسة[68]،إذ أنه في حالة الحكم على المتهم بعقوبة جزائية يقرر القاضي بغلق المؤسسة، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد المدة التي لا يمكن أن يتجاوزها الغلق

المؤقت.كما أنه لم يبين على خلاف نظيره الفرنسي مصير عمال المؤسسة بعد قرار الغلق سواء كان نهائيا أو مؤقتا [69].

وإلى جانب الغلق النهائي أو المؤقت للمؤسسة نص المشرع على عقوبة تكميلية أخرى تتمثل في مصادرة المنتجات و الأدوات التي استخدمت لارتكاب جنحة التقليد، وهذا ما تضمنته المادة 32 من الأمر03-06 المتعلق بالعلامات، ولتطبيق هذه العقوبة يجب أن تكون الجريمة قد ارتكبت وصدر الحكم بعقوبة جزائية ،فلا يمكن الحكم بالمصادرة إلا في حالة الإدانة [70].وعليه فإن الحكم بالمصادرة ليس جوازي للقاضي وإنما هو إلزامي في حالة الحكم بإدانة المتهم.

وهذا على خلاف الأمر السابق للعلامات، فالقاضي غير ملزم بالحكم بها(المصادرة)،إذ نص على أنه : "وعلاوة على العقوبات المنصوص عليها في المواد 28 و29 و30 يجوز للمحكمة أن تأمر ولو في حالة تبرئة من الاتهام بمصادرة المنتجات والأدوات التي تكون موضوع ارتكاب الجنحة....." [71].

كما نص المشرع على إتلاف الأشياء محل المخالفة والتي قد تتمثل في المنتجات التي تحمل علامة مقلدة أو الوسائل التي تستعمل لارتكاب الجريمة وقد اعتبرها المشرع إلزامية أيضا للقاضي للحكم بها في حالة إدانة المتهم[72]،على خلاف الأمر في التشريع الفرنسي[73].

2ـ الجزاءات المدنية.

2ـ1ـ وقف أفعال التقليد.

قد يحكم القاضي بوقف الأفعال التي تشكل تقليدا للعلامة،كالحكم بوقف استعمال العلامة ،والذي يصاحبه في غالبية الأحوال تهديدا ماليا[74].كما قد يحكم على المعنيين بالأمر بتعديل إحدى عناصر العلامة المقلدة لتمييزها عن العلامة الأصلية[75].

2ـ2 التعويضات.

كما للقاضي أن يحكم بمنح تعويضات للمدعى إذا أصابه ضرر من جراء الجريمة،وهذا ما تضمنه الأمر 03ـ06 إذ نص المشرع صراحة بأن الجهة المختصة تقضي بالتعويضات المدنية إذا أثبت صاحب العلامة أن تقليدا قد ارتكب أو يرتكب[76].

الخاتمة:

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري جاء بقواعد جديدة لضمان حماية العلامة،ووضع حد لجريمة التقليد و ذلك بتبنيه لمفهوم واسع لجريمة التقليد ،حيث أخضع كل التصرفات التي من شأنها المساس بالحقوق الاستئثارية لصاحب العلامة إلى نفس الجريمة بالتالي لنفس العقوبة ،غير أنه يؤخذ عليه عدم تمييزه للأفعال التي تشكل مساس بذاتية العلامة و المتمثلة في التقليد بالنقل و التقليد بالتشبيه،و بين الأفعال الأخرى باعتبارها أفعال تلي أفعال التقليد و المتمثلة في استعمال علامة مقلدة أو مشبهة، التقليد بوضع علامة هي ملك للغير أو اغتصاب علامة مملوكة للغير، بيع منتجات عليها علامة مقلدة أو مشبهة أو عرض هذه المنتجات للبيع،لاختلافها في الخطورة و أن بعضها يشترط توافر سوء القصد.و بالنسبة للعقوبات فعلى المشرع التشديد فيها ليس فقط من الجانب المادي و إنما أيضا بالنسبة لعقوبة الحبس.ومن أجل مكافحة جريمة التقليد فإن المشرع خول لصاحب العلامة الحق في اتخاذ إجراءات تحفظية لتمكين هذا الأخير من إثبات التقليد ،و إلى جانب ذلك وبغيه وضع حد لجريمة التقليد عبر الحدود فلقد نص على الحجز الجمركي في قانون الجمارك،ورغم كل هذه الأحكام فإن المنتجات المقلدة مازالت تجتاح أسواقنا،خاصة تلك الحاملة لعلامات مشهورة،و ذلك من شأنه إفقاد الثقة في التعامل مع السوق الجزائري،و إضعاف فرص الاستثمار.و هذا ما يستدعي توحيد جهود كل المصالح وإنشاء لجنة لمكافحة التقليد .

الهوامش:

(1):أمر رقم 66ـ57 المؤرخ في 19 مارس 1966،يتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية، ج ر العدد23 الصادر في 22 مارس1966.

(2):أمر رقم 03ـ06 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003،يتعلق بالعلامات،ج ر العدد44 الصادر في 23ـ07ـ2003 .

(3):يعرف المشرع الجزائري العلامة بأنها "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لاسيما, الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص و الأحرف و الأرقام و الرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبها و الألوان بمفردهما أو مركبة التي تستعمل كلها لتميز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي على سلع و خدمات غيره.

(4): المادة 26 من أمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(5):أنظر المواد من 26 إلى 30 من أمر 66ـ57، يتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية.

(6):و هذا ما تضمنه أمر 03ـ06 في المادة 26 منه ،إذ نص أنه"....يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاسنئثارية لعلامة ....."

(7):المادة 5 و المادة 2(6)من أمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(8):المادة27 من أمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(9):أنظر المادة20 و المادة 29 من الأمر رقم 03ـ 06المتعلق بالعلامات.

(10): انظر الفقرة الرابعة من المادة 9 من الأمر 03ـ06 السالف الذكر كذا الفقرة 8 من المادة 7من نفس الأمر.

(11):أنظر المادة 5 من الأمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(12):أنظر الفقرة 9من المادة 7من الأمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(13):أنظر المادة 9 من الأمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(14):أنظر المواد 28ـ29ـ30 من الأمر رقم 66ـ57 يتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية.

(15):أنظر الفقرة الأولى من المادة 26 من الأمر رقم 03ـ 06 المتعلق بالعلامات.

(16):أنظر المادة 33(ثانيا)من الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(17):أنظر مصطفى كمال طه،القانون التجاري، الدار الجامعية،الإسكندرية،1989،ص 754.

(18):فرحة زراوي صالح،الكامل في القانون التجاري الجزائري ـالحقوق الفكريةـ ابن خلدون،للنشر والتوزيع،الجزائر،2006،ص260.

(19): CARREAU Caroline :Contrefaçon de Marques,jurisclasseur :Marques et Dessins,Fasc 7500,DALLOZ,paris,1994,p27.

(20):أنظر المادة 26 و المادة 33 من الأمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(21) : 27ـ نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية،الملكية الصناعية،الطبعة1،دار وائل للنشر والتوزيع،الأردن،2005.ص338.و أنظر كذلك:

CHAVANNE. Albert et SALOMON Claudine : marques de fabriques, de commerce ou de service, Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire de droit commercial Tome IV,DALLOZ, paris 2003.p68.

(22) HAROUN M Ali , La protection de la marque au Maghreb,O.P.U,Alger,1979,p.155 .

(23): CHAVANNE .A et SALOMON.C ,op.cit.p 68.

(24):فرحة زراوي صالح،المرجع السابق،ص263 ،264.و أنظر كذلك:

CHAVANNE .A et SALOMON.C ,op.cit.p :70.

(25) :AZEMA Jacques et Jean-Christophe GALLOUX , Droit de la Propriété industrielle, 6e édition,DALLOZ,paris,2006.p843.

(26): فرحة زراوي صالح، المرجع السابق،ص 260.

(27): صلاح سلمان الأسمر، صلاح سلمان الأسمر،العلامات التجارية في القانون الأردني و المصري،مكتبة دار الثقافة،عمان،1986 ،ص91.

(28):.HAROUN.M Ali,op,cit.p183 .

(29): الفقرة 9 من المادة 7 من الأمر رقم 03- 06 المتعلق بالعلامات.

(30):أنظر المادة 26 و المادة 32من الأمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(31): أنظر فرحة زراوي صالح،المرجع السابق ص ص268.269.

Vr.HAROUN.A,op.cit,annexe,p407 .

(32): انظر كذلك المادة 28(أولا) من الأمر66ـ57 يتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية .

(33):تنص المادة 26 من الأمر 03ـ06 على أنه:"....يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستئثارية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة".

(34): أنظر الفقرتين 2 و3من المادة 9 من الأمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(35): محمد منصور أحمد،العلامات التجارية،الجزء الثاني،د دن،د ب ن،1955.ص ص 137 . 138.

(36):أنظر المادة28(ثانيا) من الأمر66ـ57 يتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية.

(37):راجع المادة 26 من الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(38): CHAVANNE.A et SALOMON.C :op.cit.p81.

(39):أنظر المادة 26 من الأمر رقم 03ـ 06المتعلق بالعلامات.

(40):أنظر المادة 28(ثالثا) من الآمر رقم 66ـ57 يتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية.

(41):CA Paris,19mai 1988,D.1989, jur, p.135, obs.Burst j_j. Vr.AZEMA op.cit.p1008

(42): Vr.art.L.716-10a et b du.C.fr.propr.intell.

(43):مع الإشارة أن المشرع الجزائري قد تطرق إلى هذه السلع المستوردة الحاملة لعلامة مقلدة في قانون الجمارك بالنص على أنه تحضر عند الاستيراد ،مهما كان النظام الجمركي الذي وضعت فيه،و تخضع للمصادرة البضائع الجزائرية و الأجنبية المزيفة.أنظر المادة 22 فقرة 2 من القانون رقم 79ـ07 المؤرخ في 21يوليو 1979،ج ,ر,24يوليو1979،عدد30،المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 98ـ10 المؤرخ في 23 أوت1998،ج,ر,23أوت 1998،عدد61.

(44):أنظر المادة33 من الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(45):إذ جاء النص كالآتي:".....1)ـالذين خالفوا أحكام المادة 3 من هذا الأمر بعدم وضع علامة على سلعهم أو خدماتهم أو الذين تعمدوا بيع أو عرضوا للبيع سلعة أو أكثر أو قدموا خدمات لا تحمل علامة".

(46): أنظر المادة 27 و الفقرة 2 من المادة 34 من الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(47):أنظر الفقرة 3 من المادة 34 من نفس الأمر.

(48):أنظر في ذلك فرحة زراوي صالح، المرجع السابق ،ص 275.

(49):أنظر المادة 35 من الأمر 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(50): أنظر المادة 716ـ8 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي.

(51): أنظر في ذلك: CHAVANNE A et SALOMON C :op.cit.pp 87.88.

(52): أنظر المادة 22من القانون رقم 98ـ10 المؤرخ في22ـ08ـ1998 ،يتضمن قانون الجمارك،ج ر عدد 61 الصادر بتاريخ 23ـ08ـ 1998.

(53): القرار المؤرخ في 15 يوليو 2002 الذي يحدد كيفيات تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك المتعلقة باستيراد السلع المزيفة.الجريدة الرسمية الصادرة في 18 أوت 2002،العدد 56.

(54): أنظر المادة 716ـ8 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي.

(55): الفقرة المادة4 (2)من القرار المؤرخ في 15 يوليو 2002 ،المرجع السابق.

(56): الفقرة المادة4 (3)من القرار المؤرخ في 15 يوليو 2002 ،المرجع السابق.

(57): الفقرة 1 و الفقرة 4 من المادة 5من القرار المؤرخ في 15 يوليو 2002 المرجع السابق.

(58): الفقرة 2 و الفقرة 3 من المادة 5من القرار المؤرخ في 15 يوليو 2002 المرجع السابق.

(59):أنظر المادة 6 من القرار المؤرخ في 15 يوليو 2002 المرجع السابق.

(60): انظر المادة 11 من نفس القرار.

(61): انظر المادة 12من نفس القرار.

(62): انظر المادة 14 من نفس القرار.

(63): انظر المادة 8من نفس القرار.

(64): راجع المادة 32 من الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(65): تنص المادة 28 من الأمر رقم 66ـ57 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية على أنه: "يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 20.000 دج وبسجن من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات أو بإحدى العقوبتين فقط:...."

(66): أنظر المادة 28 من الأمر رقم 66ـ57 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية.

(67): أنظر المواد 32،33،31 من الأمر 66ـ57 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية.

(68): راجع المادة 32 من الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(69):فرحة زراوي صالح،المرجع السابق،ص283.

(70):أنظر في ذلك فرحة زراوي صالح، المرجع السابق ،ص281.

(71):المادة 35من الأمر رقم 66ـ57 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية.

(72): راجع المادة 32 من الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

(73): Vr-art.716-14 .C.fr.propr.intell

(74): أنظر حكم محكمة الجزائر،القسم المدني،22مارس1968 الذي قضى على المدعى عليه بغرامة تهديدية 10.00دج لكل يوم تأخير اعتبارا من تبليغ الحكم ،قضية علامة Tahara Epilatiore و علامة Nedjma Es.saad.

Vr.HAROUN M.Ali.op.cit.Annex p381.

(75): أنظر حكم محكمة الجزائر ،القسم المدني،22 مارس 1968السالف الذكر ،حيث ألزم قضاة الموضوع المدعي عليه بتعديل ألوان و رسوم علامته لكي تتميز عن العلامة الأولى.

(76):المادة 29من الأمر رقم 03ـ06 المتعلق بالعلامات.

حماية الاختراعات في القانون الجزائري

فرحات حمو
أستاذ مساعد بكلية الحقوق
جامعة عبد الحميد بن باديس- مستغانم -

تقوم الاقتصاديات الحديثة على العلم والمعرفة التكنولوجية ولم تعد قوة الدول وثرواتها تقاس بما لديها من مواد خام وأراض شاسعة وجيوش جرارة بل أصبحت تحتسب بما لديها من ابتكارات واختراعات وقدرات تكنولوجية[1] لذلك أصبحت المشروعات والمؤسسات والشركات الاقتصادية تولى أهمية قصوى لاقتصاد المعرفة والابتكار والاختراع حيث تشير الدراسات والأبحاث والإحصائيات في هذا الشأن إلى أن تفوق أي مشروع أو مؤسسة يتوقف على القدر الذي يتوافر لديها من إمكانيات وطاقات على البحث والتطوير وأصبح الرصيد المعرفي والتكنولوجي يشكل النصيب الأكبر في إنتاج أية سلعة أو خدمة مقارنة بالمكونات الأخرى (التقليدية) من مواد خام ومعدات و رأسمال .

ولما كان هذا الرصيد المعرفي يتطلب بذل جهد فكرى مركز ومتواصل وعمل دؤوب وشاق فان ذلك قد يستغرق سنوات ويكلف مبالغ ضخمة فيكون السؤال مشروعا حول الحاجة إلى حماية المشاريع والمؤسسات المبتكرة من مخاطر الاعتداء الذي قد تتعرض له نتيجة عمليات التقليد والقرصنة والتجسس الصناعي خاصة في ظل اقتصاد تحكمه مبادئ الانفتاح الكلى والحرية الكبيرة والمنافسة الشرسة وهو يجعلها تخسر ليس فقط العائد الذي كانت تطمح إلي تحقيقه بل يفقدها أيضا القدرة على استرداد التكاليف والنفقات التي تكبدتها أثناء عملية البحث والتطوير والابتكار

وفى هذا الإطار تندرج اهتمامات المشرعين في مختلف دول العالم بتخصيص قواعد واليات قانونية تكفل للمؤسسات المبتكرة حماية حقوقها الناجمة عن عمليات الابتكار والتطوير في ظل ما يسمى بحقوق الملكية الفكرية

على أن غاية التشريع في هذا المقام تهدف إلى إحداث التوازن المطلوب بين حقوق ومصالح المؤسسات والمخترعين والمبتكرين من جهة وذلك من خلال منحهم الحق في احتكار استغلال ابتكاراتهم واختراعاتهم والاستفادة منها تجاريا بما يسمح لهم من تغطية استثماراتهم وتحقيق الأرباح المرجوة التي تحفزهم على الاستمرار ومن جهة ثانية عدم

حرمان المشروعات والمؤسسات الأخرى من حقها الطبيعي في المنافسة.

ويعتبر نظام حقوق الملكية الفكرية بوجه عام وحقوق الملكية الصناعية بوجه خاص الآلية القانونية الأمثل التي اعتمدها المشرع الجزائري من اجل تحقيق الحماية القانونية المطلوبة وعليه سوف نتناول هذه المسائل من خلال النقاط التالية:

1- الإطار العام لحقوق الملكية الفكرية وبيان مختلف أقسامها

2- مفهوم الاختراع وصوره .

3- ضوابط وشروط حماية الاختراع .

1-الإطار العام لحقوق الملكية الفكرية وبيان مختلف أقسامها:

حقوق الملكية الفكرية من المصطلحات القانونية التي أصبحت متداولة بكثرة في الوقت الحالي وهى نوع من الحقوق المالية التي أصبحت تكتسي أهمية بالغة بالنسبة لمختلف المجالات القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية على الصعيدين الوطني والدولي.

وتجدر الإشارة إلى أن قواعد حماية هده الحقوق تتعدد وتتنوع بحسب فروع وصور الإبداع والابتكار وهو ما يعنى وجود تفاوت وتنوع بينها من حيث حدود تلك الحماية وفعاليتها فيكون من الضروري بيان المقصود بحقوق الملكية الفكرية وتقسيماتها وأنواعها.

* **التعريف بحقوق الملكية الفكرية**: إلى جانب الحقوق العينية والحقوق الشخصية(المعروفة تقليديا)[2] وبفعل التطور والتقدم الذي عرفته البشرية ونتيجة لتشعب مظاهر النشاط الانسانى ظهرت طائفة جديدة من الحقوق تختلف عن الأنواع السابقة من حيث محلها والأسس التي تقوم عليها.ورغم التسميات المختلفة التي تستخدم للدلالة عليها[3] فإنها ترد على أشياء غير مادية مصدرها عقل الإنسان وعبقريته لذلك يعرفها الفقه بأنها تلك الحقوق التي تثبت للشخص ويقره القانون عليها فيما ينتجه عقله وفكره من منتجات ومنجزات فيستفيد من حماية المشرع له بمنحه حق احتكار استغلال ذلك الناتج الفكري اقتصاديا لفترة محدودة [4]

وعليه فان حقوق الملكية الفكرية تتميز عن غيرها من الحقوق من ناحيتين :

- الناحية الأولى: أنها ترد على أشياء غير مادية مصدرها عقل الإنسان وفكره [5]

- الناحية الثانية: أنها تتضمن عنصرين :

1- عنصر أدبي أو معنوي يتمثل في نسبة الفكرة مصدر الحق إلى صاحبها فيعترف له القانون بالأبوة عليها ويعتبر هدا العنصر حقا لصيقا بالشخصية لا يجوز التنازل عنه أو التصرف فيه ولا يمكن الحجز عليه أو إخضاعه للتقادم فهو من حقوق الإنسان الطبيعية[6]

2– عنصر مالي آو مادي يعطى لصاحبه ميزة الاستفادة ماليا واقتصاديا من ثمار أنتاجه الفكري

لذلك فهو استئثار يمنح له في مواجهة الكافة.

***أقسام وأنواع حقوق الملكية الفكرية** : نظرا لتنوع مجالات الإبداع الفكري وتعدد صور المنجزات العقلية تتنوع أيضا وتتعدد الحقوق المنبثقة عنها وفى هدا الصدد يقسم الفقهاء حقوق الملكية الفكرية *la propriété intellectuelle* إلى قسمين رئيسين يتفرع كل قسم إلى عدة فروع كمايلى:

- **<u>قسم أول</u>** خاص بمجال الآداب والفنون والعلوم ويشمل جميع الحقوق المنبثقة عن ملكة الإبداع الأدبي والفني والدوق الجمالي وتعرف هده الحقوق تحت تسمية حقوق الملكية الأدبية والفنية *la propriété littéraire et artistique* وتندرج أحكامها ضمن دائرة القانون المدني ويتفرع هدا القسم إلى:

حقوق المؤلف وتثبت لكل شخص فيمه يتوصل إليه من إبداع مهما كان نوع المصنف ونمط التعبير عنه ودرجة استحقاقه ووجهته سواء تمثل في مصنف مكتوب(كتاب-.رواية -.شعر- محاضرة أو خطبة أو غيرها)أو مصنف تمثيلي(مسرح- دراما- رقص أو غيره)أو مصنف موسيقى أو مصنف تشكيلي(رسم- نحت- نقش وغيره) وليس مهمّا أن يكون المصنف مثبتا على دعامة أم لا بغرض إبلاغه للجمهور[7].

الحقوق المجاورة وهى حقوق تولدت نتيجة التطور التكنولوجي الذي أصبح يتيح فرصة إيصال إنتاج المؤلفين والمبدعين إلى الجمهور عبر طرق وقنوات الاتصال الحديثة بأساليب فنية من قبل أشخاص معينين. فيثبت لهم الحق على دلك الدور ويندرج تحت طائفة الحقوق المجاورة [8] ثلاثة أنواع هي:

- حقوق الفنانين المؤدين والعازفين
- حقوق منتجي التسجيلات السمعية والسمعية البصرية
- حقوق أصحاب هيئات البث الاذ اعى السمعي والسمعي البصري.

- **قسم ثاني** خاص بمجال الصناعة والتكنولوجيا والتجارة ويشمل جميع الحقوق المنبثقة عن الابتكارات المفيدة في عالم الصناعة والتجارة وتعرف هده الحقوق تحت تسمية حقوق الملكية الصناعية والتجارية *propriété industrielle et commerciale* وتندرج أحكامها ضمن دائرة القانون التجاري ويتفرع هذا القسم بدوره إلى:

- الحقوق المرتبطة بالصناعة والتكنولوجيا ويشمل براءات الاختراع وشهادات تسجيل الدوائر المتكاملة ويضاف إليها شهادات الحيازة النباتية وشهادات تسجيل الرسوم والنماذج الصناعية.

- الحقوق المرتبطة بالتجارة والتسويق وتشمل الشارات المميزة *signes destinctifs* مثل علامات الصنع والعلامات التجارية وعلامات الخدمة وأيضا البيانات الجغرافية وتسميات المنشأ

مفهوم الاختراع وصوره :

لفترة طويلة من الزمن ظلت الابتكارات و الاختراعات مشمولة بالحماية القانونية المقررة وفق نظام براءات الاختراع غير أنه وبفعل التطور التكنولوجي الهائل و المتسارع خاصة في النصف الثاني من القرن العشرين ظهرت مجالات جديدة للابتكارات دفعت المشرعين إلى البحث لها عن قواعد قانونية مناسبة وذلك باستحداث أنظمة قانونية خاصة تستجيب لخصوصيات تلك الاختراعات بعيدا عن نظام البراءات بشكله التقليدي [9]

وفي هدا السياق تبنى المشّرع الجزائري ولأول مرة عددا من النصوص القانونية الخاصة بهذه المجالات الجديدة , مع الإشارة إلى أن الكثير من القواعد التي احتوتها هذه النصوص تتقارب إلى حد بعيد مع ما هو مقرر ومعهود في نظام البراءات لذلك يطلق عليها البعض تسمية الحقوق المجاورة لبراءة الاختراع [10]

وسوف نعالج هذا الموضوع من خلال التطرق إلى تحديد مفهوم الاختراع ثم نتبعه ببيان الشروط المطلوبة فيه حتى يكون جديرا بالحماية

أولا: مفهوم الاختراع.

يكتسي تحديد مفهوم الاختراع أهمية بالغة نظرا للآثار التي تترتب على ذلك من حيث جدارته بالحصول على سند الحماية من عدمه فهناك تلازم بين وجود الاختراع بالمفهوم القانوني و الحصول على سند الحماية.

*** تعريف الاختراع لغة و تمييزه عن بعض المصطلحات:**

- تعريف الاختراع لغة: الاختراع في اللغة العربية مشتق من فعل خرع أو اخترع بمعنى أنشأ الشيء و أوجده أو ابتدعه فيكون الاختراع هو الكشف عن وجود شيء لم يكن معروفا بذاته أو بالوسيلة إليه ويعني كذلك إيجاد شيء لم يكن له وجود فعلي [11]

وفى اللغة الفرنسية يعبر عنه بكلمة *invention* وهى مشتقة منفعل *inventer* المأخوذة من اللاتينية *invenir* وتعنى إيجاد شيء لم يكن موجودا أصلا كما تعنى أيضا الكشف عن شيء كان موجودا ولكن لم يكن ظاهرا للعيان [12].

- تمييز الاختراع عن غيره من المصطلحات: هناك بعض المصطلحات التي يستعملها البعض كمرادفات *synonymes* للاختراع رغم الاختلاف بينها لذلك يجدر التمييز بينها فيما يلي :

- الاختراع والابتكار*innovation* : كثير من الفقهاء يستخدم كلمة الابتكار بنفس معنى الاختراع رغم أن هناك فرقا واضحا بينهما فإذا كان الاختراع يعبر عن إيجاد شيء جديد في مجال الصناعة فانه فوق ذلك يتطلب شروطا محددة (الجدة والخطوة الإبداعية والتطبيق الصناعي) فان الابتكار وان كان يعبر أيضا عن البحث عن إيجاد شيء جديد إلا انه لا يتطلب تلك الشروط المطلوبة في الاختراع فهو قد ينصرف إلى مجرد التحسينات والتطوير في أنظمة الإنتاج والتسويق ووسائلهما بغية تحقيق السبق والتفوق في مواجهة المنافسين , فترتب على ذلك أن أصبح مصطلح الابتكار مرتبطا أكثر بعلم الاقتصاد وأصبحت المؤسسات الاقتصادية تخصص جزءا من نشاطها وبعضا من مصالحها ومختبراتها للاضطلاع بمهمة الابتكار تحت ما يسمى بمهمة البحث والتطوير *Recherche et développement*[13]. ولعل سبب الخلط بين المصطلحين يظهر حينما تسفر عملية البحث والتطوير على ناتج صناعي يمثل اختراعا مما يوحى بان الاختراع والابتكار شيء واحد [14] رغم عدم التطابق التام بينهما إذ أن كل اختراع ابتكار ولكن العكس ليس صحيحا.

- الاختراع والاكتشاف *découverte*:الاكتشاف هو مجرد إزالة الغطاء أو الكشف عن شيء موجود فعلا ولكنه غير معروف أو غير مرئي للناس فالاكتشاف هوا ظهار الشيء الخفي عن الأنظار والفرق بينه وبين الاختراع يكمن في الدور الذي يقوم به الإنسان في العملين فادا كنا بصدد دور فعال وايجابي في إيجاد النتيجة كان ذلك اختراعا أما إذا اقتصر دور الإنسان على مجرد الملاحظة للظواهر الطبيعية عن طريق الحواس كان ذلك اكتشافا[15]

ويكتسي التمييز بين الاختراع والاكتشاف أهمية قانونية بالغة لأن جل التشريعات المعاصرة تستبعد الاكتشافات من نطاق الحماية[16]

***تعريف الاختراع من الناحية القانونية:**

الاختراع هو المحل الذي من اجله يقرر المشرع بسط حمايته عن طريق إصدار السند المطلوب والمناسب لذلك تعتبر مسالة إعطاء التعريف القانوني الدقيق جوهرية وحساسة ولعل هذا ما جعل المواقف تتباين وتختلف حول مدى إلزامية وضرورة قيام المشرع بإعطاء التعريف أم ترك ذلك للقضاء والفقه. ومع ذلك فان بعض المشرعين لم يترددوا فئ وضع التعريف الذي يعتبر في نظرهم ضروريا لتحديد نطاق تطبيق النصوص القانونية بما لايدع مجالا للتأويل والتفسير الذي قد لا يتفق وقصدهم , وفى مقابل ذلك يميل أغلب المشرعين الآخرين إلى الاكتفاء بوضع الضوابط والشروط المطلوبة لكي يكون الاختراع جديرا بالحماية[17].

وبناء على ما تقدم سوف نستعرض بعض التعريفات الفقهية ونستتبع ذلك ببيان مواقف بعض المشرعين وخاصة موقف المشرع الجزائري, مع بيان صور الاختراعات الممكنة .

التعريف الفقهي للاختراع: نظرا لغياب التعريف التشريعي حاول جانب من الفقه الفرنسي والمصري إعطاء تعريف للاختراع بما يتناسب وغرض المشرع في الحماية ونعرض للبعض من تلك التعريفات على النحو التالي :

من الفقه الفرنسي:

1- تعريف *Henri Allart* : "الاختراع هو أبداع عقلي يتولد في مجال الصناعة ويتجلى في الحصول على نتيجة صناعية".[18]

"L'invention est une création de l'esprit se produisant dans le domaine de l'industrie et se manifestant par l'obtention d'un résultat industriel."

2- تعريف *Alain Casalonga* : "الاختراع هو إعطاء حل عملي لمشكلة نظرية" [19]

"*L'invention consiste dans une solution concrète d'un problème théorique*"

3- تعريف *Paul Mathely* "الاختراع يحل مشكلة ما "[20]

"L'invention résout un problème."

4- تعريف *André Lucas* : "الاختراع يجب أن يأتى بحل لمشكلة صناعية" [21]

"L'invention doit apporter une solution à un problème industriel"

5- تعريف *Yves Marcelin* : "الاختراع هو بمثابة عمل عقلي يهدف إلى خلق شيء جديد في مجال الصناعة"[22]

"L'invention comme une œuvre de l'esprit qui aboutit a quelque chose de nouveau dans le domaine de l'industrie"

6- تعريف *Jean Marc Mousseron* : "الاختراع هو بمثابة حل تقنى لمشكلة تقنية"[23]

"L'invention comme la solution technique a un problème technique."

من الفقه المصري:

1- تعريف محسن شفيق : "الاختراع والابتكار عبارة عن إيجاد شيء جديد لم يكن موجودا من قبل وهذا ما يطلق عليه الاختراع بالمعنى الضيق أو الكشف عن شيء موجود ولكنه لم يكن ملحوظا أو معروفا من قبل وهو الاكتشاف"[23]

2- تعريف أكثم الخولى : "يتمثل الاختراع في فكرة ابتكاريه يجب أن ترقى إلى درجة معين من الأصالة بحيث تمثل تقدما ملموسا في الفن الصناعي الجاري مقارنا بالحالة الفنية السابقة"[24]

3- تعريف محمد حسنى عباس : "الاختراع هو فكرة ابتكاريه تمثل تقدما في الفن الصناعي وان يجاوز هذا التقدم بوضوح الحالة السابقة للفن الصناعي وان يكون هذا التقدم امرأ لم يكن متوقعا الوصول أليه بواسطة الخبير المعتاد"[25]

4- تعريف مصطفى كمال طه : "يجب أن يتضمن الاختراع ابتكارا أو ابتداعا يضيف به المخترع قدرا جديدا إلى ما هو معروف من قبل."[26]

ونرى من خلال استعراضنا لهذا القدر من المحاولات الفقهية أن الاختراع كمفهوم قانوني يجب ان يكون محددا بما فيه الكفاية وبدقة شديدة باعتبار انه العنصر الاساسى في استحقاق الحماية التي يقررها المشرع عن طريق نظام براءات الاختراع لذلك يجب التركيز على مفهومه ومكوناته التي – ربما- كانت محل الخلاف في التعريفات السابقة ....

فمن ناحية أولى لا يمكن البحث عن مفهوم الاختراع خارج دائرة العمل العقلي (العمل الإبداعي) *une œuvre de l'esprit* وهو في هذه النقطة لا يختلف عن اى من حقوق الملكية الفكرية عموما وحقوق الملكية الصناعية بوجه خاص

ومن ناحية ثانية يجب أن يبقى الاختراع –وهو عمل عقلي- محصورا في مجال الصناعة بمعناها الواسع[27] ومعنى ذلك ضرورة أن يكون للاختراع اثر ملموس يمكن إنتاجه وتصنيعه ماديا.

ومن ناحية ثالثة يجب أن يحقق الاختراع نقلة نوعية فيما يعطيه من نتائج غير مألوفة أو غير متوقعة وهو ما يعبر عنه فقها وتشريعا وقضاء بضرورة أن تتجاوز الفكرة الاختراعية الفن الصناعي السابق فلا تكون ناجمة من حالة التقنية بداهة . *l'idée Inventive ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique*

وتأسيسا على هذه المقومات يمكننا تعريف الاختراع بأنه ثمرة للعمل العقلي الذي يؤدى إلى تحقيق نتيجة تقنية ما في مجال الصناعة قصد إشباع حاجات إنسانية معينة.

التعريف التشريعي للاختراع وموقف المشرع الجزائري من ذلك: سوف نورد بعض العينات من التشريعات التي تناولت_بنصوص صريحة تعريف الاختراع ثم نبين موقف المشرع الجزائري من المسالة.

الاختراع في بعض التشريعات المقارنة:

رغم أن الغالبية العظمى من المشرعين تميل إلى إغفال أو تجنب إعطاء تعريف للاختراع وتكتفي بوضع الضوابط والشروط التي تجعل من فكرة ما اختراعا يستحق الحماية فإن هناك بعضا من المشرعين رأى ضرورة وضع نص صريح يبين المقصود بالاختراع ويحدد نطاقه بحجة ضمان الدقة وتجنب الاختلاف الذي قد يؤدى إلى المنازعة بين مكاتب إصدار سندات الحماية والمخترعين وطالبي تلك السندات.

كما تجدر الملاحظة انه حتى على الصعيد الدولي في ظل الاتفاقيات الخاصة بحقوق الملكية الصناعية لم يحدث أن تم التطرق إلى مسالة تعريف الاختراع رغم إلحاح بعض الدول – خاصة النامية منها- على ضرورة التصدي لتلك المسالة في كل مؤتمر أو اجتماع أو ندوة دولية أو عند كل محاولة لتعديل أيا من الاتفاقيات القائمة.ومع ذلك فقد وجدنا تعريفا للاختراع فئ القانون النموذجي الذي أعدته المنظمة العالمية للملكية الفكرية سنة 1979 والذي ورد في مادته 112 التعريف التالي للاختراع:

"الاختراع هو الفكرة التي يتوصل إليها المخترع وتتيح عمليا حل مشكلة معينة في مجال التكنولوجيا ويجوز أن يكون الاختراع منتوجا أو طريقة صنع آو ما يتعلق بأي منهما.

ه محل نقد لان الاختراع قد يكون مجرد تحسين أو إضافة بل قد لايتعلق بالتكنولوجيا أصلا

كما هو الشأن في اختراعات الترفيه والتسلية.

أما على صعيد التشريعات الوطنية فيمكننا أن نذكر:

- تعريف الاختراع في القانون الفلبيني لسنة 1978 :

"يقصد بالاختراع أية آلة جديدة مفيدة ،منتوج مصنع أو مادة أو طريقة إنتاج، أو تحسينات فيها تتحقق فيها شروط الجدة والقابلية للتطبيق الصناعي والابتكارية."[28]

تعريف الاختراع في قانون براءات الاختراع الياباني لسنة 1978 :

"الاختراع هو الأفكار الفنية المبتدعة بالغة التقدم والتي يستخدم فيها احد قوانين الطبيعة."[29]

- تعريف الاختراع في قانون براءات الاختراع الارجنتينى لسنة 1996 :

"في مفهوم هذا القانون يقصد بالاختراع كل إبداع أو ابتكار للإنسان يسمح باستخدام وتحويل مادة ما أو طاقة ما بغرض استغلالها."[30]

يبدو من عرض هذه النماذج من التعريفات مدى صعوبة المهمة حيث تم التركيز على صور الاختراع وغايته بدلا من تحديده موضوعيا في حد ذاته.

موقف المشرع الجزائري من المسالة:

ظل المشرع الجزائري ملتزما بعدم التطرق إلى إعطاء تعريف للاختراع إلى غاية صدور الأمر 03-07 بتاريخ2003/07/19 المتعلق ببراءات الاختراع حيث ورد في مادته الثانية : "يقصد في مفهوم هذا الأمر :بما ياتى:

- **الاختراع** : فكرة لمخترع تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية.....

يظهر من خلال هذا التعريف مدى حرص المشرع الجزائري على تجنب بعض الانتقادات التي وجهت لبعض المشرعين وفى نفس الوقت حاول التجاوب مع المعطيات والتجارب المستوحاة من واقع التحولات الدولية في مجال حقوق الملكية الصناعية عموما ومجال براءات الاختراع بصفة خاصة كما يظهر عليه أيضا تأثره بالآراء الفقهية والاجتهادات القضائية لفرنسية على وجه التحديد.[31]

فهو يعتبر الاختراع فكرة.. أي إبداعا عقليا وهذا ما لايختلف عليه الفقهاء ، كما يرى أن هذه الفكرة يجب أن تتجسد فئ عالم الملموس .. أي تكون قابلة للتطبيق الصناعي ثم - وهذا هو المهم - يجب أن يؤدى الاختراع إلى حل مشكل ما ولكن دون أن يربط ذلك بالتكنولوجيا كما فعل القانون النموذجي السابق عرضه، وأخيرا حصر الاختراعات في

مجال التقنية وبذلك يكون قد استبعد الأفكار المجردة كما هو الشأن بالنسبة للاكتشافات والنظريات العلمية.

و لكن مع ذلك نرى أن المشرع الجزائري قد جانبه الصواب حين جعل الاختراع على وجه اللزوم قاصرا على المخترع وهذا أمر لا يمكن التسليم به على الإطلاق إذ لا مانع من أن يكون الاختراع وليد الصدفة ومن أشخاص لا علاقة لهم بالاختراعات أصلا .[32] وحتى لو اعتبرنا المشرع الجزائري قد وفق إلى حد ما في تعريفه للاختراع إلا أننا كنا نحبذ لو انه ترك هذه المسالة (كما كان يفعل سابقا قبل الأمر 03-07) للفقه والقضاء باعتبارهما أكثر قربا واحتكاكا بالواقع وأقدر منه على التأقلم مع مستجدات الصناعة والتكنولوجيا بما يترك مساحة من المناورة و المرونة القانونية في ظل مناخ يتسم بالتغير العلمي والتقني المتسارع..

ثانيا صور الاختراع :

متى تم تحديد مفهوم الاختراع على النحو السابق وجبت الإشارة إلى أنه يأخذ عدة صور يمكن إيجازها كما يلي :

- اختراع الناتج الجديد: وهو الصورة التقليدية في الاختراعات ويقصد به خلق شيء مادي له خصائصه المميزة عن غيره سواء من حيث شكله أو مكوناته، فقد يكون جسما ميكانيكيا أو تركيبة كيماوية أو أي شيء مادي. والأثر المترتب على الاعتراف لصاحب اختراع الناتج الجديد بالحماية هو حصوله على براءة اختراع تسمى"**براءة الناتج**" تعطيه حق احتكار استغلاله وحق منع الغير من إنتاجه ولو باستعمال طريقة مختلفة
- اختراع الطريقة أو الوسيلة الجديدة: ويقصد بالوسيلة أو الطريقة الجديدة تلك العملية المنظمة التي يكون من شان استعمالها الحصول على نتيجة آو ناتج صناعي ولو لم يكن جديدا، وتأسيسا على ذلك فان الوسيلة أو الطريقة الجديدة تختلف عن الناتج الصناعي كونها تتجسد عمليا إما في شكلها أو تطبيقها أو الوظيفة التي تؤديها بينما يكون الناتج دائما جسما ماديا .وفى هده الحالة يحصل صاحب اختراع الوسيلة أو الطريقة على براءة اختراع تسمى" **براءة الوسيلة والطريقة**" تعطيه حق احتكار استعمال تلك الوسيلة أو الطريقة وليس على الناتج المتولد عنها فيمكن لاى شخص الحصول على نفس الناتج بشرط أن يستعمل وسيلة أو طريقة أخرى مختلفة.

- اختراع التطبيق الجديد لوسائل معروفة : ويقصد بالاختراع هنا طريقة استعمال لوسائل معروفة كما هي دون إضافة أو تغيير من أجل الحصول على ناتج مختلف عما هو معهود. وفى هذه الحالة يحصل صاحب الاختراع على براءة اختراع تسمى " **براءة التطبيق الجديد**" تعطيه الحق في احتكار مجرد هذا التطبيق الجديد وليس على الناتج الصناعي ولا حتى على الوسائل المستعملة طالما أن حقه يتعلق فقط بالتوظيف الجديد لتلك الوسائل.
- اختراع التركيب الجديد: هذا الاختراع يقوم على فكرة تجميع عناصر أو وسائل معروفة وترتيبها في نسق معين لم يسبق له ذلك فيتولد عن ذلك نتيجة جديدة مشتركة واحدة ، ولكن حتى نكون بصدد اختراع تركيب يجب آن يؤدى كل عنصر من عناصر هذا التركيب وظيفته المعروفة وبتفاعله مع باقي العناصر التي تحتفظ هي الأخرى بوظائفها ينتج شيء جديد عبارة عن نتيجة مشتركة تختلف عن مجرد التجميع والترتيب إذ أن العبرة بالوحدة المتجانسة للعناصر التي تدخل في التركيب بحيث أن أي تغيير آو نقل آو حذف لاى عنصر يؤدى إلى عدم إمكانية تحقيق النتيجة المطلوبة. وفى حالة اختراع التركيب يحصل صاحبه على براءة اختراع تسمى "**براءة التركيب**" بموجبها يتمتع باحتكار على المركب الجديد وليس على العناصر المكونة له ولا على الكيفية التي ركب بها.

1- الضوابط الموضوعية والشروط الشكلية لاستحقاق حماية الاختراع:

يهدف النظام القانوني لحماية الاختراعات إلى التوفيق بين مصلحتين متعارضتين، فمن ناحية مصلحة المجتمع في الاستفادة من الاختراعات عن طريق الكشف عنها ونشرها (من خلال نظام البراءات) وفى ذلك تشجيع على الابتكار والبحث والتطوير وزيادة التقدم الصناعي والتكنولوجي، ومن ناحية ثانية مصالح المخترعين في تقرير حق مانع لهم على ابتكاراتهم في مواجهة الكافة يسمح لهم باستغلالها والاستفادة منها اقتصاديا .فماهى الضوابط والشروط الكفيلة بتحقيق هدا التوازن والتوفيق بين المصالح؟

أولا: الضوابط الموضوعية في الاختراع

لم يكتف المشرع الجزائري في الأمر 03-07 بإعطاء تعريف للاختراع- كما سبق ذكره- وإنما حرص إلى جانب ذلك على وضع ضوابط موضوعية يجب أن تتسم بها الفكرة الابتكارية لكي ترقى لان تكون اختراعا يستحق الحماية حيث جاء في المادة الثالثة :"يمكن أن تحمى بواسطة براءة الاختراع، الاختراعات الجديدة والناتجة عن نشاط اختراعي، والقابلة للتطبيق الصناعي. يمكن أن يتضمن الاختراع منتوجا أو طريقة." (33)

وحتى لا تكون براءة الاختراع(وهى سند الحماية) مجرد وسيلة أو أداة في يد المخترع يحتكر بموجبها مجالا معينا من مجالات النشاط الاقتصادي وهو ما يشكل مساسا بمبدأ المنافسة النزيهة والمشروعة وفق ما تقرره كل التشريعات المعاصرة فان المشرع الجزائري وعلى غرار باقي المشرعين استلزم هذه الضوابط والمتمثلة في:

1- **شرط الجدة** *la nouveauté* :تتطلب جل التشريعات المعاصرة في الاختراع هذا الشرط بمعنى أن يكون الاختراع جديدا فإذا لم يكن الأمر كذلك فليس هناك ما يبرر منحه حق الاحتكار الذي تقرره براءة الاختراع , وشرط الجدة كما قصده المشرع يعنى آلا يكون الاختراع قد سبق الكشف عنه من قبل ولم يكن معروفا أو معلوما للجمهور قبل لحظة تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع, وتقدير وجود هذا الشرط من عدمه يكون باعتماد معيار موضوعي يراعى فيه حالة التقنية السائدة في المجتمع لحظة الكشف عن الاختراع وبمعزل عن المسلك والموقف الشخصي للمخترع الذي قد يتصور أن ما توصل إليه يعتبر جديدا وهذا ما يستفاد مما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة الرابعة بقوله : "يعتبر الاختراع جديدا إذا لم يكن مدرجا في حالة التقنية "

وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي أو استعمال أو أية وسيلة أخرى عبر العالم قبل يوم إيداع طلب الحماية أو تاريخ مطالبة الأولوية بها ." (35)

الواضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري وهو بصدد تحديد المقصود بالجدة اعتمد أسلوبا سلبيا حيث قرّر أن وجود الجدة يكون بإثبات عدم وقوع الاختراع تحت طائلة حالة التقنية مع بيانه للحالات التي إن توافرت فقد الاختراع جّدته وهو ما يعّبر عنه **بالسوابق** *les antériorités* وهى التي يتعلق بها علم الجمهور قبل تاريخ تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع مثل الوصف الكتابي من خلال الوثائق والمستندات سواء كان ذلك في صورة كتب أو مجلات أو نشرات دعائية أو غيرها ، كما قد يكون الوصف شفويا من خلال المحاضرات والندوات والخطب والتعاليق في وسائل الإعلام المسموعة والمرئية ، كما قد يكون الكشف عن الاختراع من خلال استعماله بشكل علني أو وضعه في متناول الجمهور .

ويأخذ المشرع الجزائري بالجدة المطلقة من حيث الزمان والمكان وهى التي تقتضى ألا يكون قد سبق لأحد معرفة سر الاختراع في أي زمان وأي مكان من العالم قبل تقديم

طلب الحصول على البراءة .

2- **شرط النشاط الاختراعى** *l'activité inventive* : لا يكفى أن يكون الاختراع جديدا بل يجب فوق ذلك أن ينطوي على قدر من الإبداع غير المألوف وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة الخامسة من الأمر 03-07 بقوله :

" يعتبر الاختراع ناتجا عن نشاط اختراعي إذا لم يكن ناجما بداهة من حالة التقنية ."

الواضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار ما تقتضيه طبيعة وأسس الحق الذي تثبته براءة الاختراع حيث أن جل الاختراعات في الوقت الحالي هي نتيجة أو محصلة للرصيد المعرفي والتراكمات السابقة لتجارب البشرية جمعاء وبالتالي يجب أن يكون للمخترع قدر من التميز في ما أضافه إلى من سبقه وهل كان ذلك تعبيرا عن نشاط اختراعي أم لا ؟... ووجه الصعوبة في الأخذ بهذا الشرط يكمن في معيار تحديده وهو مايبرزه الاختلاف في إحكام وقرارات القضاء لأن النشاط الاختراعى يجب النظر إليه من زاوية المجهود الخاص الذي بذله المخترع في سبيل تحقيق اجتراعه ومقارنة ذلك بحالة التقنية السائدة ، فتعد الفكرة معروفة وداخلة في حالة التقنية متى كانت هناك سوابق تجعلها امرأ بديهيا ، والأمر البديهي هو الأمر الذي لا يخفى على رجل الحرفة لأن ما يعتبر بديهيا للفني المتخصص في ميدان ما قد يكون امرأ خارقا للشخص العادي.

ونظرا لهذه الصعوبة في تحديد شرط النشاط الاختراعى يميل الاجتهاد القضائي في مختلف الدول إلى الاستعانة ببعض المؤشرات التي تبين بأن هناك نشاطا اختراعيا و نذكر من بينها:

- التقدم التقني الهام بحيث يحقق الاختراع طفرة تقنية غير مسبوقة
- الأثر المفاجئ أو غير المتوقع في النتيجة التي أسفر عنها الاختراع.
- تخطى أو تجاوز أحكام سابقة *les préjuges* في مجال التقنية فيعطى الاختراع حلا لم يكن متصورا حتى لرجل الحرفة لسبق اعتقاده باستحالة ذلك.
- طبيعة الصعوبات التي تغلب عليها المخترع. لتلبية حاجات مطروحة منذ مدة ، والنجاح الاقتصادي والتجاري الذي حققه الاختراع.

وفى جميع الأحوال هده مجرد مؤشرات يستعين بها القضاء الذي تبقى له كامل الصلاحية في تقدير مدى توافر النشاط الاختراعى ولكن مع ضرورة التسبيب المقبول وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا

3- **شرط القابلية للتطبيق الصناعي** *l'application industrielle* : تذهب جل التشريعات الوطنية المعاصرة_و أيضا الاتفاقيات الدولية إلى ضرورة أن يكون الاختراع مما يمكن تطبيقه صناعيا وهذا ما أشارت إليه المادة الثالثة من الأمر 03-07 السالفة الذكر ثم جاءت المادة السادسة لتبين المقصود بهذا الشرط بقولها:" يعتبر الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي إذا كان موضوعه قابلا للصنع أو الاستخدام في اى نوع من الصناعة ."

الواضح من استقراء هذه النصوص أن الفكرة التي لا يمكن تطبيقها صناعيا لا يمكن اعتبارها اختراعا يستحق الحماية لان العبرة في نظر المشرع ليست بالفكرة الإبداعية وإنما بمدى إمكانية تنفيذها في مجال الصناعة(ولهذا السبب يستبعد معظم المشرعين المفاهيم المجردة والمبادئ والأفكار النظرية متى كانت غير قابلة للتطبيق الصناعي ولا يهم في هدا الشأن إن كان الاختراع سوف يحقق نجاحا تجاريا أو اقتصاديا أو أية منافع اجتماعية أم لا. وتأكيدا على هذا الشرط نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة السابعة من الامر03-07 على استبعاد بعض المنجزات العقلية والإبداعات الذهنية من دائرة الاختراعات و السبب في ذلك هو عدم إمكانية تطبيقها صناعيا ويتجلى ذلك في :

- استبعاد المبادئ والنظريات والاكتشافات ذات الطابع العلمي، والمناهج الرياضية.
- الخطط والمناهج والمبادئ ومنظومات التعليم والإدارة والتسيير.
- طرق العلاج بالجراحة والمداواة لجسم الإنسان والحيوان وطرق التشخيص ولكن الاستبعاد هنا لا يشمل الوسائل المستخدمة في تلك الطرق.
- برامج الحاسوب [36].
- الابتكارات ذات الطابع التزييني المحض .

4- **شرط مشروعية الاختراع وعدم وقوعه تحت المنع القانوني** : هناك من الاختراعات ما يتوفر فيه جميع الضوابط السابقة مما يجعلها نظريا جديرة بالحصول على الحماية عن طريق براءة اختراع_ولكن مع ذلك يجرى استثناؤها لحكمة يراها المشرع من ذلك ما ورد النص عليه في المادة الثامنة من الأمر 03-07 التي جاء بها :

" لا يمكن الحصول على براءة اختراع بموجب هذا الأمر بالنسبة لما ياتى :

أ- الأنواع النباتية والأصناف الحيوانية وكذلك الطرق البيولوجية المحضة للحصول على نباتات أو حيوانات .

ب- الاختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري مخلا بالنظام والآداب العامة.

ج - الاختراعات التي يكون استغلالها على الإقليم الجزائري مضرا بصحة وحياة الأشخاص والحيوانات أو مضرا بحفظ النباتات أو يشكل خطرا جسيما على حماية البيئة. "

كما هو واضح من هذا النص فان العبرة من منع هذه الاختراعات من الحماية يرجع إلى حكمة تغليب المصلحة العامة والحفاظ على مقومات الحياة الاجتماعية والأخلاقية و البيئية .

فبالنسبة للأنواع النباتية والأجناس الحيوانية فإن سبب المنع يرجع إلى أن القيم الأخلاقية والدينية تتعارض مع تدخل الإنسان في عمل الخالق، فلا يعقل أن ينسب للإنسان ما ليس من صنعه واختصاصه ولكن مع ذلك يبقى الجدل الفقهي حول هذا الموضوع قائما [37] أما بالنسبة للنظام والآداب العامة فهو أمر تقتضيه مصلحة المجتمع في المحافظة على مقوماته وأسس وجوده الأخلاقية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية

أما بالنسبة للاختراعات الماسة بالحياة والصحة والبيئة فهذا أمر ينسجم مع التوجه العالمي في المحافظة على أسباب العيش النظيف والأمن على ظهر الكرة الأرضية من خلال إعطاء الأولوية للصحة العامة والمحيط البيئي ولأن الحصول على احتكار في هده المجالات يتنافى مع هدا التوجه .

ثانيا: الشروط الشكلية للحصول على الحماية (إجراءات الحصول على براءة الاختراع).

إذا توصل شخص ما إلى اختراع معين توافرت فيه الضوابط الموضوعية السابقة يكون أمامه في سبيل حماية اختراعه احد الاختيارين :

إما أن يحتفظ به في طي الكتمان فلا يكشف عنه مطلقا فيكون معرفة فنية *un savoir faire* تتوقف فعالية حمايتها وقيمتها الاقتصادية والقانونية على مدى القدرة في إبقائها سرية ولايكون للمخترع أي حق احتكاري في مواجهة الكافة.

وإما أن يلجا إلى حماية اختراعه بطلب الحصول على براءة اختراع وهنا سوف يكشف عن سر اختراعه ولكن في مقابل ذلك يحصل على حق احتكاري مانع في مواجهة الكافة طوال المدة القانونية المقررة.

والحصول على براءة الاختراع ليس آليا وإنما يتطلب الوفاء بجملة من الشروط الشكلية والإجراءات القانونية التي يمكن حصرها فيما يلي:

تقديم الطلب وإجراءات الإيداع: البراءة هي سند الحماية الذي يراد الحصول عليه لذلك يجب تقديم طلب بشأنها مستوف للشروط القانونية.

تقديم الطلب : إذا كان الوضع الطبيعي والمنطقي يقتضى أن يكون تقديم الطلب من المخترع نفسه أو من خلفه في حال وفاته لان ملكية براءة الاختراع تتوقف على هذا الطلب غير انه قد يحدث أن يتزاحم عدة مخترعين حول نفس الاختراع وفى هذه الحالة يثبت الحق في استحقاق البراءة لمن قام بإيداع الطلب أولا حتى لو كان هو آخر من توصل إلى ذلك الاختراع ما لم يثبت في جانبه الانتحال , وفى حالة ما إذا كان الاختراع ثمرة عمل مشترك بين عدة أشخاص فان الحق في تقديم الطلب يثبت لهم جميعا وتكون ملكية البراءة حقا مشتركا بينهم [38].

كما يمكن أن يكون تقديم الطلب عن طريق وكيل – وهو أمر اختياري وفق القواعد العامة - وفى هذه الحالة يجب أن تكون الوكالة مكتوبة وموقعة من الوكيل مع بيان اسمه وعنوانه وتاريخها .

وتجدرالإشارة إلى أن المشرع الجزائري استوجب على وجه الإلزام تقديم الطلب عن طريق وكيل في حالتين:

- حينما يتعلق الأمر بتقديم طلب ترجع ملكية البراءة بشأنه إلى شخص معنوي
- حينما يتعلق الأمر بتقديم طلب ترجع ملكية البراءة بشأنه إلى شخص مقيم خارج الجزائر.

إجراءات إيداع الطلب: إيداع طلب الحصول على براءة اختراع يتوقف على رغبة المخترع من حيث اختيار الزمان والمكان المناسبين ولكن عليه أن يراعى قواعد الأسبقية في حالة التزاحم وفوق ذلك يجب عليه أن يستوفى الوثائق والمستندات المطلوبة قانونا والتي تشكل ملف الإيداع.

ويكون إيداع هذا الملف لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية بمقره الموجود في الجزائر العاصمة،كما يمكن أن يكون لدى الملحقات التي قد تنشئها السلطة العامة [39] ويمكن أن يكون بواسطة البريد مع طلب إشعار بالاستلام أو أية وسيلة أخرى وفى هذه الحالة يكون تاريخ الإيداع هو تاريخ وصول واستلام الظرف البريدي وليس تاريخ إرساله بالبريد. ويتكون ملف الإيداع من عدد من الوثائق والبيانات تشمل:

- عريضة *une requête* : وهى عبارة عن استمارة توفرها المصلحة المختصة ويملأ بياناتها المودع .

- وصف *une description* : يحرر في نسختين باللغة العربية ما لم تطلب المصلحة المختصة ترجمة لها في لغة أخرى ويشترط في الوصف أن يكون كافيا بالقدر الذي يسمح بتنفيذه من رجل الحرفة.

- رسومات *des dessins* : يحتاج الوصف إلى تدعيمه بالرسومات والمخططات حتى يسهل فهم الاختراع وتنفيذه ويكون ذلك أيضا في نسختين.

- مطالب *des revendications* وهى العناصر التي يتكون منها الاختراع والمراد حمايتها وتكمن أهميتها في أنها هي التي تحدد نطاق وحدود الحق الاحتكاري .

- وصل دفع رسوم الإيداع *payement des taxes* : قبول الملف يتوقف على ضرورة الوفاء بالرسوم الجبائية الخاصة بالإيداع والشهر.

وتجدر الإشارة إلى انه ورغم أن التشريع الجزائري القائم لا يتطلب أية وثيقة أو إجراء أخر فوق ما ذكرناه إلا أن العمل يجرى على إضافة ملخص وصفى *abrège descriptif un* يكون في حدود

15 سطرا يرفق بالطلب لبيان نوع الاختراع وطبيعته والتوصية بطلب بحث السوابق الخاصة بالبراءات المحمية والسارية في الجزائر(40).

ونشير إلى أن المعهد الجزائري للملكية الصناعية بمجرد استلام الملف يقوم بتحرير محضر بذلك مع بيان يوم وساعة الاستلام.

فحص الطلب وإصدار البراءة_: بعد تمام إجراءات استلام الملف تشرع المصلحة المختصة في دراسته بغية التأكد من توافره على الشروط القانونية المطلوبة لإصدار براءة الاختراع.وعليه يجب التطرق إلى:

فحص الطلب : ويتولى هذه المهمة المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويأخذ المشرع الجزائري في هذا الشأن بنظام الفحص الشكلي والتسليم الاتوماتيكى للبراءة حيث ورد في المادة 27 من الأمر 03-07 : "تقوم المصلحة المختصة بعد الإيداع بالتأكد من أن الشروط المتعلقة بإجراءات الإيداع المحددة في القسم الأول من الباب الثالث أعلاه وفى النصوص المتخذة لتطبيقه متوافرة."

بل أن المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 31 من الأمر 03-07 على أن المصلحة المختصة تصدر براءة الاختراع " **دون فحص مسبق ، وتحت مسؤولية الطالب**

ودون ضمان لواقع الاختراع أو جديته أو جدارته ".

ولكن عدم الفحص المسبق لا يعنى أن تسليم البراءة يكون تلقائيا واعتباطيا بل يجب التأكد من توافر المسائل البديهية التي قصدتها المادة 28 من نفس الأمر والمتمثلة في عدم مخالفة النظام والآداب العامة وألا يكون الاختراع من بين الابتكارات المستبعدة من الحماية قانونا.

إصدار براءة الاختراع وتسجيلها ونشرها: بعد الانتهاء من عملية الفحص وفى حال ما إذا تقرر اعتبار الاختراع جديرا بالحماية وجب إصدار سند قانوني يعرف ببراءة الاختراع يجرى تسجيله ونشره.

فيتولى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إصدار البراءة عن طريق مديره العام بتوجيه إشعار لصاحب الطلب أو وكيله متضمنا تاريخ الإصدار والرقم التسلسلي الممنوح للبراءة وعنوان الاختراع وتدوم مدة الحماية 20 سنة يبدأ سريانها من تاريخ الإيداع وليس من تاريخ الإصدار.

كما يقوم المعهد بتسجيل البراءة في سجل خاص يعرف بسجل البراءات *registre des brevets* ويلي ذلك نشر كل ما يتعلق ببراءات الاختراع من خلال إدراجها في النشرة الرسمية المعدة لهذا الغرض *le bulletin officiel des brevets* التي يمكن لأى شخص الاطلاع عليها والحصول على نسخ منها .

الخاتمة

لاشك أن الاختراعات في الوقت الحالي تمثل عنصر القوة والتفوق بالنسبة لكثير من الاقتصاديات العالمية ، لذلك أصبحت جل الدول تولى أهمية بالغة لهذا المجال الحساس من خلال توفير الحماية القانونية للمخترعين وتشجيعهم على الاستمرار في مساعي البحث والتطوير.

ومن هذا المنطلق وإدراكا من المشرع الجزائري لدور الاختراعات وما تحدثه من تأثير في حياة المجتمع الاقتصادية والاجتماعية، وضع النصوص القانونية الكفيلة بتوفير المناخ المناسب للمخترع الجزائري حتى يمكنه من التعبير عن ابتكاراته بكل حرية واطمئنان وتنفيذها في ارض الواقع دون أن يتعرض لأي اعتداء أو انتهاك لحقه في استغلالها وتحقيق ما يصبو إليه من إرباح ومزايا.

على أن تحقيق هذه الغاية (توفير المناخ المناسب للمخترع وحمايته) لا يكون إلا من خلال الحصول على السند القانوني المعتمد في هذا الشأن – وهو براءة الاختراع – وفق ما يقضى بذلك القانون ،ولكن وحتى لا يكون هذا السند مجرد أداة أو وسيلة تمنح للمخترع لكي يحتكر مجالا من المجالات وهو ما يعنى المساس بمبدأ حرية المنافسة المكفول قانونا فان المشرع الجزائري يحرص على مراعاة وإحداث التوازن في مثل هذه الظروف وذلك من خلال اعترافه للمخترع بالحماية القانونية ولكن وفق ضوابط وشروط محددة يجب الوفاء بها أولا وفى نفس الوقت عدم إهدار حق المجتمع في الاستفادة من نتائج ذلك الاختراع وعدم تقييده باحتكارات تعسفية او غير مبررة .

وقد حاولنا من خلال هذا العرض بيان حدود حماية الاختراعات ومتطلباتها القانونية سواء من حيث تحديد المفهوم القانوني للاختراع أو من حيث الضوابط والشروط التي عل ضوئها تتقرر تلك الحماية ،على أن هذا الموضوع يتسع ويتشعب ليشمل عدة مسائل أخرى ذات أهمية قصوى خاصة تلك المتعلقة بشكل الحماية وأنواعها والآثار المترتبة عليها ،الحقوق المخولة لصاحب البراءة والاستثناءات التي ترد عليها ومختلف صور الجرائم التي قد يتعرض لها وكيفية التصدي لها وغير ذلك من المسائل التحى لا يكفى مقال بهذا الحجم التطرق إليها جميعا بالتفصيل.

وعلى العموم فان المجال يبقى مفتوحا للبحث في كل هذه المسائل وغيرها مما له علاقة بموضوع الاختراعات ويبقى الغرض الاساسى في نهاية المطاف هو تقدير مدى نجاعة النظام القانوني المقرر فئ هذا الخصوص والبحث عن أفضل السبل التي تجعل مجتمعنا مجتمعا منتجا للابتكارات والاختراعات وليس مجرد مستهلك ينتظر ما تفرزه المجتمعات الأخرى .

<u>الهوامش</u>

(1) هذا ما جعل البعض يصف العصر الذي نعيشه اليوم بعصر اقتصاد العلم والمعرفة *l'ère de l'économie du savoir* في هذا المعنى انظر *jacques Perrin. Les transferts de technologie. Edition la découverte. Paris. 1983.*

(2) في بيان أنواع الحقوق المالية ،انظر

- ثروت أنيس الاسيوطى،مبادئ القانون ،الجزء الثاني ،الحق ،مطبعة جامعة القاهرة ،1974

- احمد عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن،دار إحياء التراث العربي،بيروت ،1967

Carbonnier . droit civil . tome2 .collection themis.p.u.f.1956.

(3) في التسميات المختلفة التي تطلق على هذه الحقوق، صلاح زين الدين، المدخل للملكية الفكرية، دار الثقافة،عمان ،2004،ص91.

(4) عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص303.

(5)المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 38من الدستور الجزائري المعدل والمصادق عليه في 1996/11/28

(6) محمد حسنين، الوجيز فئ الملكية الفكرية،المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر،1985،ص63و109.

(7) المادة الثالثة من الامر03-05 المؤرخ فى2003/07/19 .ج.ر.عدد 44 بتاريخ 2003/07/23

(8) المادة 107 من الأمر 03-05 .

(9) *j.schmidt –szalewski j.-l.pierre .droit de la propriété industrielle. édition Litec ; 1996 p21.*

(10) البعض من الفقه الفرنسي أصبح لا يتردد في استخدام هذا المصطلح مثل *j.schmidt szalewski* و *Albert Chavanne*

(11) مختار الصحاح،مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر ، بيروت ،1987 وأيضا،المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية المصرية،1990،ص192 .

(12)*Dictionnaire Hachette . édition 2006.p.833*

(13) حازم حلمي عطوة، حماية حقوق الملكية الفكرية ، المكتبة العصرية، المنصورة،2005 ،ص119

(14) حسن صبري احمد ، عالم الابتكار ،وزارة البحث العلمي ، أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا ،القاهرة، ص180 .

(15) فرحة زراوى صالح،الحقوق الفكرية،ابن خلدون للنشر والتوزيع،2006،ص14 وأيضا،سميحة القليوبي، الملكية الصناعية،دار النهضة العربية، القاهرة،1996،ص58

(16) المادة 1/7 من الامر03-07 الجزائري ،والمادة611-10 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي لسنة 1992 ،والمادة 2 فقرة2 من القانون المصري لسنة 2002 .

(17) درويش عبد الله إبراهيم، شرط الجدة للاختراعات وفقا لاتفاقية باريس ومدى ملاءمته للدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،1992 ،ص29 وما بعدها .

(18)*Henri Allart ;.Traite des brevets d'invention. Librairie nouvelle ;paris 1885.p2*

(19) *Alain Casalonga. Traite technique et pratique des brevets d'invention tome1 L.G.D.J .Paris 1949 .p58*

(20) *Paul Mathely. Le droit français des brevets d'invention. j.n.a. paris.1974.p2* (21) *André Lucas. La protection des créations industrielles abstraites. Librairie technique. Paris 1975. P63.*

(22) *Yves Marcelin .la procédure française de délivrance des brevets d'invention Cedat. Paris 1980.p12.*

(23) *Jean Jacques Mousseron. Traite des brevets. Litec. 1984. P 175.*

(24) محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ،القاهرة ،1949،ص 579 .

(25)اكتم أمين الخولى ،الوسيط في القانون التجاري ،الجزء الثالث،الأموال التجارية ،مطبعة نهضة مصر ،1964 ،ص68 .

(26) محمد حسني عباس،الملكية الصناعية ، المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة ،1971،ص57 .

(27)مصطفى كمال طه ،الوجيز في القانون التجاري ، المكتب المصري الحديث للطباعة الإسكندرية،1971،ص556 .

(27) الصناعة هنا بالمعنى اللاتيني الذي يتسع ليشمل كل أنواع النشاط الانسانى(صناعة وفلاحة وحرف).

(28)و(29) احمد على عمر،الملكية الصناعية وبراءات الاختراع ،التجربة المصرية، مكتبة الحلمية ،الإسكندرية،1993 ص71 .

(30) القانون 481-24 بتاريخ1995/03/30 الصادر بالمرسوم 260-96 بتاريخ1996/03/20 .

(31) *George leherte. Henk.b.van leevwen.guide pratique de la protection des inventions.litec.1991.p13.*

(32)وهو نفس ما جاء بالمادة الثالثة من المرسوم التشريعي 93-17الملغى التي يقابلها المادة 611-1/0منالقانون الفرنسي والمادة الأولى من القانون المصري.

(33) التعداد الذي أورده المشرع الجزائري جاء على سبيل المثال حيث استعمل عبارة" أو أية وسيلة أخرى".

(34) يعتبر المشرع الجزائري برامج الحاسوب من بين حقوق المؤلف.انظر المادة الرابعة من الأمر03-05 .

(35)*Fréderic Polaud-Dulian.la brevetabilité des inventions. Etude comparative. Litec 1997. P44.*

(36) المادة13 من الامر03-07 وتقابلها المادة2/10منالمرسوم التشريعى93-17 .

(37)المادة الخامسة من المرسوم التنفيذى98- 68 المؤرخ فى1998/02/21 المتعلق بإنشاء المعهد الوطن الجزائري للملكية الصناعية .

(38) انظر المادتين 10 و31 من الأمر 03 -07 .

(39) المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 98-68 المؤرخ فى1998/02/21 .

(40) تعتبر هذه الممارسات من الامورالمالوفة أمام المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية وهو ما يدل على التأثر الكبير بما هو معمول به في النظام الفرنسي .

ممثل الشركة التجارية في القضايا الجزائية

عائشة بوعزم
ماجستير في قانون الأعمال

حسم المشرع الجزائري موقفه واعترف بالمسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية[1] فمتى توافرت شروطها القانونية[2]، وجب متابعة الشركة التجارية جزائيا باعتبارها شخصا معنويا[3]، و تسليط العقاب عليها إذا ثبتت إدانتها[4]، هكذا فقط يمكن ضمان تحقيق أمن و سلامة عالم الأعمال و تطهيره من المخلفات السلبية للإجرام المالي الذي قد يتعرض له.

ولما كان من غير الممكن تصور تجريم فعل و إقرار مسؤولية جزائية في جانب الشخص الطبيعي من دون متابعة جزائية و عقاب رادع، فالأمر ذاته بالنسبة للشخص المعنوي، فبمجرد وقوع الجريمة ينشأ للدولة باعتبارها حامية المجتمع من أي خطر قد يهدد استقرار كيانه، حق معاقبة الجاني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، و لهذا السبب تدخل المشرع فأقر إجراءات جزائية معينة في نفس الوقت الذي اعترف فيه صراحة بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية إلى جانب عقوبات محددة تتماشى و طبيعته.

بالتالي، فقد نص المشرع الجزائري على قواعد المتابعة، التحقيق و المحاكمة التي يجب أن تخضع لها الشركة التجارية، فبين الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع[5] و حدد أطراف الدعوى العمومية.

يعد الاختصاص الشخصي من أهم نواحي الاختصاص في المواد الجزائية دون المواد المدنية، لأنه يهتم بشخصية المتهم، و يقوم على عناصر شخصية تتوافر لدى المتهم وقت ارتكاب الفعل غير المشروع كالسن أو الجنس أو الديانة أو الطبقة التي ينتمي إليها[6]، غير أن مبدأ المساواة بين الأفراد أمام القانون سواء فيما يتعلق بالحقوق، الواجبات، السلطات أو الضمانات التي يكفلها الدستور و قانون الإجراءات للمتهمين أو الشهود أو المجني عليهم في الدعوى الجنائية، جعل قانون الإجراءات الجزائية يطبق على جميع الأشخاص كقاعدة عامة[7].

هكذا فإن كل من ضابط الشرطة القضائية، و كيل الجمهورية، قاضي التحقيق، قاضي الحكم يؤدي الوظيفة المنوطة به كأصل عام في مواجهة جميع الأشخاص المتهمين بأية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين المكملة.

وبناء على ذلك، يعد الاختصاص الشخصي قابلا للتطبيق على الشركة التجارية، على أساس مبدأ المساواة بين الأشخاص، و بالتالي يمكن لضابط الشرطة القضائية أن يقوم بعملية البحث و التحري عن الجريمة المرتكبة في إطار الشركة التجارية، و معاينتها و البحث عن مرتكبيها و المساهمين معهم، و يمكن كذلك لكل من وكيل الجمهورية و قاضي التحقيق القيام بمهامهم في مواجهة أي شركة تجارية يشتبه فيها أنها ارتكبت فعلا يعاقب عليه قانون العقوبات و القوانين المكملة، حتى قاضي الحكم يمكنه إصدار أحكام في مواجهة الشركة سواء بالبراءة أو الإدانة، بالرغم من أنها كائن مجرد غير ملموس.

لكن هل يمكن تصور أن قاضي التحقيق قد يسوق شركة تجارية إلى مكتبه أو قد يضعها رهن الحبس الاحتياطي؟

فمثل هذه الأمثلة تبين ضرورة تكييف جيد للإجراءات الجزائية المتعلقة بالأشخاص الطبيعية في الحالة الخاصة بالشخص المعنوي[8]، و البحث عن من يمثله في القضايا الجزائية.

المبحث الأول : الممثل القانوني للشركة التجارية

إن الدعوى العمومية تمارس ضد الشخص المعنوي من قبل وكيل الجمهورية، و يجب على ممثله الشرعي (من تاريخ الإجراء و ليس من تاريخ ارتكاب الجريمة المتابع عنها) أن يتحمل شخصيا الإجراء الموجه ضده (استجواب، مثول أمام القاضي ...)[9]، و هو نفس موقف المشرع الجزائري الذي نص صراحة على أن الشخص المعنوي يمثل في إجراءات الدعوى من طرف ممثله القانوني الذي كانت له هذه الصفة عند المتابعة[10].

المطلب الأول : وقت متابعة الشركة التجارية

لا يمكن أن توجه الدعوى العمومية إلا ضد مرتكب الجريمة سواء كان فاعلا أو شريكا، حتى و لو كان مجهولا، لأن مبدأ تفريد المسؤولية الجزائية و مبدأ شخصية العقوبة يمنعان رفع الدعوى ضد الأشخاص المسؤولين مدنيا عن المجني عليه[11].

وبما أن الشركة التجارية شخص معنوي ليس لها كيان ملموس، يجب أن يمثلها أمام القضاء ممثلا قانونيا يتحمل نتائج و آثار سير الخصومة الجنائية، حيث يمثل الشركة أمام الضبطية القضائية، وكيل الجمهورية، قاضي التحقيق و قاضي الحكم، بصفة أدق يمثل الشركة في جميع مراحل المتابعة.

لقد نص المشرع صراحة أن الممثل القانوني المعني بتمثيل الشخص المعنوي، هو الشخص الطبيعي الذي يكون حائزا لهذه الصفة وقت المتابعة، بمفهوم المخالفة، لا يمكن أن يمثل الشركة في إجراءات الدعوى شخصا طبيعيا كان حائزا لصفة ممثل قانوني حين ارتكاب ماديات الفعل غير المشروع أو حين تحقق نتائجه.

هكذا يتبادر للأذهان تساؤل هو كالتالي : متى يبدأ و كيف يتحدد وقت المتابعة ؟

أولا: تحديد وقت المتابعة

إن الجريمة باعتبارها خرقا للقانون، تؤدي إلى ميلاد الدعوى العمومية الممارسة باسم المجتمع[12]، و من هنا يظهر أن وقت المتابعة يتحدد بمجرد تحريك الدعوى العمومية و ليس بمجرد نشأتها[13].

إن تحريك الدعوى العمومية هو أول إجراء تقوم به النيابة العامة للمطالبة بتطبيق قانون العقوبات[14]، فالمحكمة لا تنظر الدعوى من تلقاء نفسها و إنما بناء على طلب وكيل الجمهورية من قاضي التحقيق بافتتاح أو إجراء التحقيق[15]، و تكليف المتهم بالحضور أمام محكمة الجنح و المخالفات[16] من طرف النيابة العامة[17]، و كذا تكليف المتلبس بجنحة معاقب عليها بالحبس الذي يعجز عن تقديم الضمانات الكافية لحضوره، بالحضور أمام المحكمة[18]، و رفع الطرف المدني دعواه المدنية أمام القضاء الجنائي[19].

كما أن تحريك الدعوى العمومية لا يقتصر فقط على النيابة العامة، و إنما يمكن تحريكها كذلك من قبل الطرف المتضرر من الجريمة[20]، عن طريق شكوى مصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق[21] أو عن طريق الادعاء المباشر في حالات معينة وردت على سبيل الحصر[22].

هكذا يظهر أن تحريك الدعوى العمومية يضم إجراءين هما كالتالي :

1- يمكن أن يكون أول إجراء في تحريك الدعوى العمومية يقتصر على إقامتها أمام قضاء التحقيق، إما بطلب من وكيل الجمهورية عن طريق الطلب الافتتاحي لإجراء التحقيق، أو بناء على شكوى مصحوبة بادعاء مدني مقدمة من قبل الطرف المضرور.

2- يمكن أن يكون أول إجراء في تحريك الدعوى العمومية، هو رفعها – الدعوى العمومية- أمام قضاء الحكم، و هو لا يكون إلا أمام المحكمة في مواد الجنح و المخالفات، أي رفع الدعوى مباشرة أمامها دون المرور بالتحقيق، إما من طرف النيابة العامة عن

طريق الإخطار، التكليف بالحضور أو الاستدعاء المباشر، أو من قبل الطرف المضرور عن طريق الادعاء المباشر[23].

وبناء على ذلك يمكن استخلاص أن عبارة "عند المتابعة" التي أوردها المشرع في نص المادة 65 مكرر 2 قانون إجراءات جزائية السابقة الذكر على غرار نظيره الفرنسي[24]، يقصد بها أول إجراء في تحريك الدعوى العمومية.

ثانيا: مباشرة الدعوى العمومية و انقضاؤها :

إن مباشرة الدعوى العمومية و استعمالها يختلف عن تحريكها، لأن الطرف المتضرر لا يمكنه مباشرتها، و إنما فقط رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بذلك لهم سلطة مباشرتها بمقتضى القانون[25]، غير أن ذلك لا ينفي ممارستها من طرف بعض الإدارات العمومية طبقا للقانون[26]؛ هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن مباشرة و استعمال الدعوى العمومية لا تقيد بشأنها النيابة العامة، عكس ما هو مقرر في تحريك الدعوى أين تقيد النيابة العامة بوجوب حصولها على شكوى أو إذن أو طلب تحقيق في جرائم معينة قبل أي مبادرة بتحريكها[27].

قد تنشأ الدعوى العمومية و لكن يكون دائما مآلها الانقضاء[28]، و بالتالي قد يطرح تساءل حول مصيرها حينما يتعلق الأمر بكائن مجرد غير ملموس كالشركة التجارية ؟

هكذا لم ينص المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي على أي حكم يبين فيه مصير الإجراء المتخذ ضد الشخص المعنوي في حال حله خلال المتابعة[29].

المطلب الثاني: تحديد الممثل القانوني

يعتبر ممثلا قانونيا للشركة التجارية، كل شخص طبيعي يمنحه القانون أو القانون الأساسي للشركة تفويضا لتمثيله[30].

أولا : الممثل القانوني للشركة التجارية بموجب القانون

أوجب المشرع لاكتساب الشخص الطبيعي صفة ممثل قانوني، أن يكون حائزا لتفويض من قبل القانون، و بالتالي لا يمكن أن يكون هذا الممثل القانوني شخصا اعتباريا[31]؛

وإنما يجب أن يكون شخصا طبيعيا، بمعنى المدير في شركات الأشخاص و شركة المسؤولية المحدودة، رئيس مجلس الإدارة، المدير العام في شركة المساهمة ذات مجلس إدارة، رئيس مجلس المديرين في شركة المساهمة ذات مجلس مديرين[32] ؛

ثانيا: الممثل القانوني للشركة التجارية بموجب القانون الأساسي

يعتبر الـمـصـفي ممثلا قانونيا للشركة التجارية إذا تـم تعيينه مـن قـبل الشركاء، بالإضافة إلى أحد أعضاء مجلس المديرين إذا تم تعيينه كممثل للشركة بناء على بند صريح في القانون الأساسي ؛ هكذا يخرج من نطاق الممثل القانوني كل شريك أو عامل تلقى وكالة من طرف الممثل القانوني، و كل شخص طبيعي أسندت له مهمة تمثيل الشركة بموجب قرار قضائي[33].

غير أن المشرع أوجب على خلف الممثل القانوني الذي قد يتم تغييره أثناء سير الإجراءات، إبلاغ الجهة القضائية المرفوعة إليها الدعوى بهذا التغيير[34].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي نص صراحة على أن تمثيل الشخص المعنوي في جميع مراحل المتابعة، يكون من طرف الممثل القانوني وقت المتابعة[35]، و لتسهيل تمثيل الشخص المعنوي[36]، نص على إمكانية تمثيله من قبل كل شخص لديه تفويضا طبقا للقانون أو القانون الأساسي للشخص المعنوي[37].

لقد اشترط المشرع الفرنسي على الشخص المكلف بتمثيل الشركة، على هذا الأساس، أن يخطر الجهة القضائية المرفوعة إليها الدعوى و يبين هويته بموجب رسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام[38]، و بالتالي هـذا الـشخص يمكن أن يكون مديرا عاما أو مديرا قانونيا أو حتى محاميا، إلا أن هذا الفرض الأخير مشكوك فيه لأن كل من القانون أو القانون الأساسي للشخص المعنوي لا يمنح للمحامي أي تفويض بخصوص تمثيل الشركة خلال المتابعة[39].

المبحث الثاني : الممثل القضائي للشركة التجارية

يعين رئيس المحكمة بناء على طلب النيابة العامة ممثلا عن الشركة التجارية باعتبارها شـخـصا مـعنويا، من ضمن مستخدميها، في حال متابعتها جزائيا إلى جانب ممثلها القانوني و في نفس الوقت، أو إذا لم يوجد أي شخص مؤهل لتمثيلها[40].

وبناء على ذلك، يمكن استخلاص شروط تعيين الممثل القضائي وهي كالتالي :

أ - إذا تمت متابعة الشركة التجارية و ممثلها القانوني في نفس الوقت.

ب- إذا لم يوجد أي شخص مؤهل لتمثيل الشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا.

ج - يجب تعيين الممثل الجديد من طرف رئيس المحكمة بناء على طلب النيابة العامة.

د - يجب تعيين الممثل الجديد من بين مستخدمي الشركة التجارية.

هكذا يظهر أن تعيين الممثل من قبل القضاء، يتطلب شروطا في الممثل القانوني وقت المتابعة و شروطا في الممثل الجديد.

المطلب الأول: الشروط المتطلبة في الممثل القانوني وقت المتابعة

نص المشرع على حالتين أين يكون فيها تعيين ممثل من قبل القضاء وجوبي :

أولا: ازدواج المسؤولية الجزائية للشركة التجارية و المسؤولية الجزائية للممثل القانوني

يضمن الممثل القانوني للشركة التجارية وقت المتابعة تمثيلها أمام القضاء، لكن إذا تمت متابعته شخصيا عن نفس الأفعال التي تكون الشركة التجارية متابعة عنها جزائيا، في هذه الحالة، يكون تعيين ممثلا من قبل القضاء وجوبيا من أجل تفادي خطر تنازع المصالح بين الدفاع عن مصلحة الشخص المعنوي و المصلحة الشخصية للممثل القانوني[41].

1- شروط الجمع بين المسؤوليتين الجزائيتين

إن مساءلة الممثل القانوني، الشخص الطبيعي، جزائيا إلى جانب مساءلة الشركة التجارية، يقتضي توافر الشروط اللازمة لقيام المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي و توافر الشروط اللازمة لقيام المسؤولية الجزائية للشركة التجارية، بالإضافة إلى صلة وصل بين المسؤوليتين، و هي أن تكون متابعة الشخصين قائمة على نفس الفعل، سواء كان الشخص الطبيعي فاعلا أصليا أو شريكا[42].

1) شروط متطلبة لقيام المسؤولية الجزائية للممثل القانوني، الشخص الطبيعي

يقصد بالمسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي صلاحيته أو أهليته لتحمل تبعة أعماله الإجرامية، و خضوعه للعقوبة المقررة قانونا[43].

بالإضافة إلى الأركان العامة للمسؤولية الجزائية التقليدية (الخطأ بنوعيه قصد جنائي، خطأ غير عمدي و الأهلية أي الإدراك، الفهم و حرية الاختيار)، لا بد من توافر شروط أخرى حتى يتسنى القول بإمكانية الجمع بين المسؤولية الجزائية للشركة التجارية، شخص معنوي و المسؤولية الجزائية لممثلها الشرعي، و هي كالتالي:

أ- التأكد من هوية الممثل القانوني

يمكن أن تقوم مسؤولية جزائية شخصية للمدير، رئيس مجلس الإدارة، المدير العام، رئيس مجلس مديرين، باعتبارهم أشخاص طبيعية إلى جانب المسؤولية الجزائية للشركة التجارية، شخص معنوي.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع نص على أحكام جزائية في القانون التجاري[44] تسمح بمتابعة الممثل القانوني في شركة المسؤولية المحدودة و المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة؛ مثال ذلك جنحة إساءة استعمال أموال الشركة، النصب أو خيانة الأمانة، و من تم يمكن متابعة المدير على أساس مخالفة أحكام التأسيس أو أحكام الإدارة[45]، غير أن المسؤولية الجزائية للممثل الشرعي في هذه الحالة لا يمكن أن تترتب عنها مسؤولية جزائية للشركة التجارية، بسبب عدم وجود نص صريح يقضي بذلك.

ب- ارتكاب الجريمة لحساب الشركة التجارية

إن مساءلة الممثل القانوني جزائيا إلى جانب الشركة التجارية يستلزم ارتكاب النشاط الإجرامي لحساب الشركة التجارية و ليس لحسابه الخاص أي مصلحته الخاصة[46].

ج -ارتكاب الجريمة في حدود سلطاته و أغراض وظيفته[47]

يتمتع الممثل القانوني داخل الشركات التجارية بسلطات واسعة للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة، كما خول القانون سلطات خاصة لبعض مسيري الشركات من أجل تسييرها و تمثيلها، كما خول لهم صلاحيات منح تفويض لأشخاص طبيعية يعملون تحت إشرافهم و توجيهاتهم، فمتى قام هؤلاء بأفعال غير مشروعة في حدود سلطاتهم و أغراض وظيفتهم، تترتب في حقهم مسؤولية جزائية شخصية إلى جانب المسؤولية الجزائية للشركة التجارية، شخص معنوي.

2) شروط متطلبة لقيام المسؤولية الجزائية للشركة التجارية، الشخص المعنوي

يتطلب إقرار المسؤولية الجزائية للشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا، ارتكاب الجريمة المنصوص عليها قانونا لحسابها، من قبل أجهزتها أو ممثليها الشرعيين[48].

3) وجود صلة بين المسؤوليتين الجزائيتين

إن القول بمسؤولية جزائية مزدوجة يفترض تحقق شروط المساهمة الجنائية عن نفس الفعل المرتكب.

يقصد بالمساهمة الجنائية مشاركة عدد من الأشخاص، تربطهم رابطة معنوية واحدة، في ارتكاب نفس الجريمة[49]، و بالتالي يمكن أن يمتد نطاق تطبيق هذا المفهوم في مجال

قانون الشركات، لأن المشرع نص صراحة على إمكانية متابعة الشخص الطبيعي عن نفس الجرائم سواء بصفته فاعلا أصليا أو شريكا للشخص المعنوي[50].

هكذا، إذا تمت متابعة الممثل القانوني، الشخص الطبيعي، بصفة شخصية في هذه الحالة، لا يكون له الحق في تمثيل الشخص المعنوي خلال سير الإجراءات، و بالتالي ليس هناك ما يبعث إلى التخوف من أن القهر الممارس ضده سيضر بطريقة غير مباشرة الدفاع عن الشخص المعنوي.

وبالتالي يمكن وضع الممثل القانوني المتابع بصفة شخصية تحت المراقبة، أو حتى رهن الحبس الاحتياطي[51]، أي أنه يخضع لجميع الإجراءات القانونية المتخذة في مثل هذا الشأن دون قيد أو استثناء.

ثانيا : عدم وجود أي شخص يمثل الشركة التجارية

يضمن الممثل القانوني للشركة التجارية وقت المتابعة تمثيلها أمام القضاء، لكن قد يطرأ لسبب أو لآخر عدم وجود أي شخص مؤهل يمثل الشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا خلال إجراءات سير الدعوى، في هذه الحالة، يكون تعيين ممثل من قبل القضاء وجوبيا لتفادي شغور منصب ممثل الشخص المعنوي المتابع.

وبناء على ذلك، إذا كان الممثل القانوني موجودا لكنه يرفض ضمان الدفاع عن الشركة التجارية، و تم استدعاؤه بطريقة قانونية و لم يمثل أمام الهيئات المختصة، هذا لا يشكل عائقا أمام قرار حضوري يدلى به[52].

المطلب الثاني: الشروط المتطلبة في الممثل الجديد

نص المشرع على شرطين أساسيين هما :

أولا: التعيين من طرف جهة قضائية

يجب أن يعين الممثل الجديد من طرف رئيس المحكمة بناء على طلب النيابة العامة، إذا تبين وقت المتابعة أو خلال إجراءات سير الدعوى أن الممثل القانوني للشركة التجارية متابع عن نفس الأفعال و في نفس الوقت مع الشخص المعنوي، أو إذا ثبت عدم وجود أي شخص مؤهل لتمثيل الشركة[53] ؛

ولتفادي خطر إصدار أمر انتفاء وجه الدعوى أو أمر ألا وجه للمتابعة مما يؤدي إلى حفظ الملف، فيفلت مرتكب الجريمة من العقاب، قيد المشرع سلطة القاضي و ألزمه بتعيين

ممثل للشخص المعنوي ليقوم مقامه أمام جميع الهيئات المختصة بالمتابعة، لكن يجب أن يكون أمر رئيس المحكمة منوطا بطلب من النيابة العامة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي نص على أنه في حالة عدم وجود شخص مؤهل لتمثيل الشخص المعنوي، يجب على رئيس محكمة أعلى درجة، بناء على عريضة النيابة العامة، قاضي التحقيق أو الطرف المدني، أن يعين وكيلا قضائيا لتمثيل الشخص المعنوي[54]، و بالتالي يصدر الرئيس قرارا في شكل أمر، يبين فيه عدم وجود شخص مؤهل و يعين الممثل؛ هذا القرار لا يمكن أن يكون محل طعن أو حتى إبلاغ للشخص المعنوي[55].

ثانيا: يجب أن يكون الممثل الجديد مستخدما بالشركة

يجب أن يعين الممثل الجديد من بين مستخدمي الشركة التجارية؛ هكذا يظهر أن المشرع حصر الأشخاص اللذين يمكنهم تمثيل الشركة خلال المتابعة، إذا تعذر وجود شخص مؤهل لذلك أو كان ممثلها القانوني متابع معها في نفس الوقت.

وبناء على ذلك يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول عبارة " مستخدمي الشركة التجارية"؟

يقصد بالمستخِدم (بكسر الدال) كل شخص يؤدي عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم و لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يسمى مستخدم (بفتح الدال) بموجب عقد عمل يربط بينهما[56]، أي العامل أو الأجير، فهل يمكن اعتبار قائم بالإدارة في شركة المساهمة ذات مجلس إدارة أو عضو في مجلس المديرين في شركة المساهمة ذات مجلس المديرين مثلا مستخِدما لديها، و هل يمكن لرئيس المحكمة أن يعين أحدهما ممثلا لها في حال غياب الممثل القانوني أو متابعته معها في نفس الوقت ؟

لقد نص المشرع صراحة أنه لا يجوز لقائم بالإدارة أن يقبل من الشركة عقد عمل بعد تعيينه فيها[57]، كما نص صراحة أن عقد التعيين يحدد كيفية دفع أجر أعضاء مجلس المديرين و مبلغ ذلك[58]، و في حال ارتباط عضو مجلس المديرين بعقد عمل فإن عزله من مجلس المديرين لا يترتب عنه فسخ هذا العقد، و في هذه الحالة يعاد إدماجه في منصب عمله الأصلي أو منصب عمل مماثل[59].

وبناء على ذلك، يمكن استخلاص أن كلا من القائم بالإدارة أو عضو مجلس المديرين يمكن أن يكون مستخِدما بالشركة إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا، و بالتالي يمكن لرئيس المحكمة بناء على طلب النيابة العامة تعيين أحدهما _ حسب الأحوال _ كممثل

للشركة باعتبارها كائنا مجردا غير ملموس ؛ كما يمكنه أن يعين كل عامل أو أجير يربطه بالشركة عقد عمل.

أما إذا تعدد الممثلون القانونيون للشركة و كان أحدهم متابعا معها في نفس الوقت، في هذه الحالة، يبدو أنه ليس هناك إشكال فبتطبيق حكم المادة 65 مكرر 2 فقرة 2 السابقة الذكر، يمكن أن يعين بدلا عنه ممثلا قانونيا آخر شرط أن يخوله القانون أو القانون الأساسي للشركة تفويضا لتمثيلها.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي نص على أنه في حال متابعة الممثل القانوني للشخص المعنوي عـن نفس الأفعال أو عن أفعال مرتبطة بها، يمكن لهذا الأخير عن طريق عريضة إخطار رئيس محكمة أعلى درجة، من أجل تعيين وكيل قضائي لتمثيل الشخص المعنوي[60]، هذا الحكم جاء تعديلا لنص المادة 706-43 قانون عقوبات فرنسي بموجب القانون رقم 2000-647 المؤرخ في 10 جويلية 2000، نظرا للصعوبات التي تعرضت لها هذه المادة من الناحية التطبيقية[61].

لم ينص المشرع الجزائري عن مصير ممثل الشخص المعنوي بهذه الصفة، إن كان من الممكن أن يخضع لأي تدبير أثناء الملاحقة، على عكس المشرع الفرنسي الذي نص على ذلك[62]، إلا أنه يظهر من غير الممكن وضعه رهن الحبس المؤقت أو تحت رقابة قضائية لأنه مجرد ممثل للشركة التجارية، بهذه الصفة، و ليس مشتبها فيه.

إن الهدف من تعيين ممثل عن طريق القضاء هو ضمان تمثيل الشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا، و هذا لا ينفي تعيين محاميا يتولى الدفاع عنها، فمهمة الممثل تنقضي بمجرد انتهاء الإجراءات القانونية، و يبقى السؤال مطروحا إن كان من الممكن أن يبقى الممثل في مهامه من أجل متابعة تنفيذ العقوبة؛ يظهر أن الجواب عن هذا السؤال قد حسم بالنفي[63].

هكذا، يمكن استخلاص أن الشركة التجارية التي ترتكب جرائم منصوص عليها قانونا لحسابها من قبل أجهزتها أو ممثليها الشرعيين، تتحمل مسؤولية جزائية شأنها في ذلك شأن الشخص الطبيعي، إعمالا لمبدأ شخصية المسؤولية الجزائية، غير أن إجراءات التقاضي المتخذة ضدها لا يمكن أن تأخذ مجراها إلا في وجود ممثل عنها لأنها كيان غير ملموس لا يمكنه المثول أمام الجهات المعنية بالبحث عن أدلة الإثبات، لذا فمن الضروري أن يمثلها في

جميع هذه الإجراءات ممثلا قانونيا إن وجد، و إن تخلف لا بد من وجود ممثل قضائي يتولى هذه المهمة، حتى يتسنى تطبيق مبدأ سيادة القانون.

الهوامش

(1) : المادة 51 مكرر من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات، المضافة بموجب المادة 05 من القانون رقم القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، ج.ر. 10 نوفمبر 2004، عدد 71، ص. 08.

(2): لقيام المسؤولية الجزائية للشركة التجارية طبقا لنص المادة 51 مكرر ق. عقوبات، لا بد من ارتكاب فعل غير مشروع قانونا مصحوبا بـنية ارتكابه، غير أن توافر هذه الأركان وحدها لا يكفي، لأنها كـيان غير ملموس و لا تستطيع التصرف إلا عن طريق وسيط، لذا استلزم المشرع ضرورة وجود شخص طبيعي "كركن مفترض" يقوم بتنفيذ السلوك الايجابي أو السلبي، كما أكد على ضرورة توافر شروط معينة في النشاط الإجرامي ذاته، بالأحرى ارتكاب الجريمة لحساب الشركة، بالمخالفة لا تؤدي الأفعال غير المشروعة المرتكبة لحساب المدير أو أي شخص آخر إلى قيام المسؤولية الجزائية للشركة التجارية.

بناء على ذلك، " الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك"، هي شروط المسؤولية الجزائية للشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا.

(3) : المواد 65 مكرر، 65 مكرر 1، 65 مكرر 2 ، 65 مكرر 3 و 65 مكرر 4 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، و المضافة بموجب المادة 6 من القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. 10 نوفمبر 2004، عدد 71، ص. 04.

(4): المادتين 18 مكرر و 18 مكرر1 ق. عقوبات، المضافتان بموجب القانون رقم القانون رقم 04-15 و لم يكتف بذلك بل عاد في سنة 2006 حين أصدر القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، المعدل و المتمم لقانون العقوبات، ج.ر. 84. ص. 27 ، فعدل المادة 18 مكرر، و أضاف المادتين 18 مكرر 2 و 18 مكرر 3، كما أكد على ضرورة تسليط عقوبة تكميلية أو أكثر من ضمن العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 18 مكرر.

(5) : المادة 65 مكرر 1 ق.إج.ج. المقتبسة من نص المادة 706-42 ق.إج.ج. فرنسي التي نصت على ما يلي :

« Sans préjudice des règles de compétence applicables lorsqu'une personne physique est également soupçonnée ou poursuivie, sont compétents :

1° Le procureur de la République et les juridictions du lieu de l'infraction ;

2° Le procureur de la République et les juridictions du lieu où la personne morale a son siège.

Ces dispositions ne sont pas exclusives de l'application éventuelle des règles particulières de compétence prévues par les articles 705 et 706-17 relatifs aux infractions économiques et

financières et aux actes de terrorisme. »

(6) : أحمد شوقي الشلقاني، "مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2003، ص.356.

(7) : جلال ثروة، "نظم الإجراءات الجنائية، القاعدة الإجرائية – الدعوى العمومية – الدعوى المدنية التابعة – الخصومة الجنائية (بدء الخصومة – سير الخصومة – انتهاء الخصومة – الطعن في الأحكام)"، دار الجامعة الجديدة، سنة 2003، ص.58.

(8) : Jean-Claude Soyer, "Droit pénal et procédure pénale", 12e édition, L.G.D.J, p. 137.

(9) : France GUIRAMAND, Alain HERAUD, "Droit des sociétés", Manuel et application, DCG2 , Dunod, Paris, 2007, p. 23.

(10) : المادة 65 مكرر 2 فقرة 1 ق.إ.ج.

(11) :Bernard Bouloc, "Procédure pénale", 21e édition, DALLOZ 2008, p.136.

(12) : Jean Larguier, "Procédure pénale", 18e édition, Dalloz 2001, p. 84. : « L'infraction, en tant que violation de la loi pénale, fait naitre l'action publique, exercée au nom de la société. ».

(13) : نظير فرج مينا، "الموجز في الإجراءات الجزائية الجزائري"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية : 10-92.، ص. 11. : " تنشأ هذه الدعوى بمجرد وقوع الجريمة أي يصبح للمجتمع منذ اللحظه ممثلا في النيابة العامة حق تعقب المتهم و محاكمته إلى أن يحكم عليه نهائيا."

(14) : عبد الله اوهايبية، "شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحقيق و التحقيق"،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2008، ص. 54.

(15) : المادة 67 ق.إ.ج.

(16) : المواد 333، 334، 394 و 395 ق.إ.ج.

(17) : أحمد شوقي الشلقاني، "مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، ص.27.

(18) : المادتين 59 و 338 ق.إ.ج.

(19) : المادة 1 ق.إ.ج.، محمد حزيط، "مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ضوء آخر تعديل بموجب القانون رقم 06-22، الدعوى العمومية و الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي، إجراءات البحث و التحري، التحقيق القضائي، جهات الحكم الجزائية، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا"، دار هومة، الطبعة الثالثة، 2008، ص. 10.

(20) : المادة 1 فقرة 2 ق.إ.ج.

(21) : المادة 72 ق.إ.ج.

(22) : المادة 337 مكرر ق.إ.ج.

(23) : عبد الله اوهايبية، 'شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري"، المرجع السابق، ص. 56 .

(24) : art. 706-43 al. 1.: « L'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal ***à l'époque des poursuites***. ».

(25) : المادتين 1 و 1/29 ق.إ.ج.

(26) : المادة 279 من القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المتضمن قانون الجمارك المعدل و المتمم :

" يؤهل أعوان الجمارك في المجال الجمركي للقيام بجميع الاستدعاءات و الإنذارات و الإشعارات الضرورية للتحقيق في القضايا الجمركية و كذا جميع التصرفات و الأعمال المطلوبة لتنفيذ الأوامر القضائية و القرارات الصادرة في مجال النزاعات الجمركية المدنية و القرارات الصادرة في مجال النزاعات الجمركية المدنية منها أو الجزائية ما عدا الإكراه البدني."

(27) : عبد الله اوهايبية، 'شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري'، المرجع السابق، ص.58.

(28) : هناك أسباب عامة لانقضاء الدعوى العمومية تتمثل في : الوفاة، إلغاء النص الجنائي، صدور حكم قضائي حائز قوة الشيء المقضي فيه، صدور العفو و التقادم ؛ بالإضافة لأسباب استثنائية لانقضاء الدعوى العمومية تتمثل في المصالحة، سحب الشكوى إن كانت ضرورية لتحريك الدعوى العمومية كما أن هناك قيود مؤقتة لتحريكها.

(29) :Frédéric DESPORTES et Francis le GUNEHEC, "Poursuite, instruction et jugement des infractions commises par les personnes morales", Edition Technique_ Juris_Classeur, 1995. 3, 1995, p.15.

(30) : المادة 65 مكرر 2 فقرة 2 ق.إ.ج المقتبسة من نص المادة 706-43 فقرة 2 ق.إ.ج. فرنسي :

art. 706- 43 al. 2. C.P.P. : « La personne morale peut également être représentée par toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoir à cet effet. »

(31): إن تمثيل الشركة التجارية هو من السلطات المخولة لأجهزة التسيير فيها، و التي قد تكون شخصا طبيعيا أو/و شخصا معنويا، فإذا كانت شخصا طبيعيا فلا إشكال أما إذا كانت شخصا معنويا فيجب عليها أن تعين ممثلا عنها، و بالتالي فالشخص المعنوي لا يمكن أن يكون ممثلا قانونيا للشركة التجارية في القضايا الجزائية، و لكن هذا لا ينفي أنها قد تحمل الشركة مسؤولية جزائية إذا ارتكبت جرائم باسم و لحساب الشركة.

إن أجهزة الشركة التي قد تحملها مسؤولية جزائية، و هي ليست بشخص طبيعي هي كالتالي :

1- المدير في شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسهم؛

2- مجلس الإدارة في شركة المساهمة ذات مجلس إدارة؛

3- مجلس المديرين في شركة المساهمة ذات مجلس مديرين و مجلس المراقبة؛

4- مجلس المراقبة في شركة المساهمة ذات مجلس مديرين و مجلس مراقبة ؛

5- الجمعية العامة في جميع أنواع الشركات التجارية.

و بناء على ذلك فالجهاز قد يقصد به في إطار قانون الشركات، كل جهاز جماعي مسير مثل مجلس الإدارة و مجلس المديرين بإمكانه تعريض الشركة التجارية للمسؤولية الجزائية لأنها قادرة على تنفيذ الجريمة، لمزيد من التفاصيل:

-G. Ripert – R. Roblot , "Traité de droit commerciale", sous la direction de Michel Germain, Tome 1, Volume 2, les sociétés commerciales, L.G.D.J, 18e édition, 2001 , p.118 ;

- Gaston Stefani _ Georges Levasseur _ Bernard Bouloc, "Droit pénal général", Dalloz 16e, édition 1997, p.254 ;
-Alain Coeuret, Elisabeth Fortis, "Droit pénal du travail", Edition Litec, p. 177,178.

(32) : تجدر الإشارة إلى أن هناك فرق بين أجهزة الشركة و الممثل الشرعي لها، فالجـهاز قد يكون شخصا أو أشـخـاص طبـيعية، كما قـد يكـون شـخصـا أو أشخاصا معنوية، و بما أن مهام الإدارة هي مهام بشرية أو آدمية، فإنه إذا كان الجهاز يتكون من أشخاص معنوية، يجب عليه تعيين شخص أو أشخاص طبيعية تحمل صفة ممثل شرعي تتولى مهام التسيير الخارجي، أي تعيين مدير في شركة المسؤولية المحدودة، رئيس مجلس الإدارة، مدير عام في شركة مساهمة ذات مجلس إدارة، رئيس مجلس المديرين في شركة المساهمة ذات مجلس مديرين ؛ذلك هو الفرق بين الجهاز و الـمـمثل الـشرعي، فـالجـهـاز قـد يـتـكون مـن شـخـص و/أو أشخاص معنوية و/أو أشخاص طبيعية، في حـين الممثـل الشرعي يكون دائما شخصا أو أشخاصا طبيعية، كما أن أجهزة التسيير في الشركة التجارية تتولى بنفسها سلطة اتخاذ القرارات، في حين تضطلع أجهزة التمثيل بمهمة تنفيذ هذه القرارات، فلكل شركة تجارية ممثلوها القانونيين، لمزيد من التفاصيل، المسؤولية الجزائية للشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2010، ص.81 إلى غاية 85.

(33) : تجدر الإشارة إلى أن هناك فرق بين الممثل الشرعي أو القانوني للشركة التجارية و ممثل الشركة التجارية، فصفة الممثل الشرعي تكفي وحدها كقرينة قانونية في اعتبار الشخص الحامل لهذه الصفة ممثلا قانونيا للشركة و من ثم فهو لا يحتاج إلى تقديم أي بيان أو بند في القانون الأساسي، أو قرار خاص من قبل الهيئة المختصة كحجة لتمتعه بهذه السلطة، كما هو الشأن بالنسبة للممثل ؛ إلا أنها ليست قاعدة مطلقة حيث يفرض المشرع في بعض الحالات المحددة قانونا حصول رئيس مجلس الإدارة على إجازة مسبقة و صريحة من قبل مجلس الإدارة طبقا لنص المادة 624 ق. تجاري .

(34) : المادة 65 مكرر 2 فقرة 3. ق.إ.ج.

(35) : art. 706- 43 al. 1 C.P.P. : « L'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal à l'époque des poursuites. Ce dernier représente la personne morale à tous les actes de la procédure. ».

(36) : Haritini MATSOPOULOU Responsabilité pénale des personnes morales, Rép.Société Dalloz, Septembre 2002., p. 12.

(37) : art. 706- 43 al. 2. C.P.P., op. cit.

(38) : art. 706- 43 al. 3 : « C.P.P. La personne chargée de représenter la personne morale en application du deuxième alinéa doit faire connaître son identité à la juridiction saisie, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.».

(39) : Alain Coeuret, Elisabeth Fortis, Droit pénal du travail", Edition Litec, p. 191 ; Haritini MATSOPOULOU, ibid., p.12.

(40) : المادة 65 مكرر 3 ق.إ.ج.

(41) : Alain Coeuret, Elisabeth Fortis, op. cit., p. 191.
Haritini MATSOPOULOU, op. cit., p. 13. :

" « il est en effet à craindre que, pour échapper à une condamnation, le représentant légal tente de faire supporter à la personne morale l'entière responsabilité des faits délictueux. ». Pour

éviter ces difficultés, le législateur de 1992 avait indiqué qu'en pareil cas, la personne morale devrait être représentée par un mandataire désigné en justice. Saisie de cette question, la Cour de cassation décidait, par un arrêt du 9 décembre 1997 (D. 1998.296, note B.Bouloc, Rev. Sc. Crim. 1998.353, obs. j-p. Dintihac, Petites affiches 13 févr. 1998, n° 19, p. 30, note Cl. Ducouloux-Favard), que dès lors qu'à l'occasion de poursuites exercées contre une personne morale, l'action publique est également mise en mouvement, pour les mêmes faits ou pour des faits connexes, contre le représentant légal ou contre le délégataire nommé. "

(42): المادة 51 مكرر فقرة 2 ق. عقوبات السابقة الذكر.

(43): محمد مروان، محاضرات القانون الجنائي، السنة الثانية حقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2004/2003.

(44): المواد 800إلى غاية 804 و المواد 806 إلى غاية 842 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري معدل و متمم.

(45): فرحة زراوي صالح، محاضرات القانون التجاري، السنة الثالثة حقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2005/2004.

(46): المادة 51 مكرر فقرة 1 ق. عقوبات.

(47):أحمد محمد قائد مقبل، "المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 200، ص.369.

(48) : المادة 51 مكرر فقرة 1 ق. عقوبات السابقة الذكر.

(49):أحسن بوسقيعة، "الوجيز في القانون الجزائي العام"، الطبعة الخامسة 2007 (متممة و منقحة في ضوء قانون 20-12-2006) دار هومة للطباعة النشر و التوزيع، الجزائر2007، ص.151.

(50): لعل الأهم من ذلك هو هل تترتب المسؤولية الجزائية للشركة التجارية كفاعل أصلي أو تترتب مسؤوليتها فقط كشريك؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل يمكن أن تتجلى من خلال المثالين التاليين :

1- ارتكاب مدير شركة جريمة النصب ببيعه منتوج غير أصلي مصنوع في شركته على أساس أنه أصلي، يترتب عنه مسؤولية جزائية للشركة بصفتها فاعلا أصليا، لأن المدير ارتكب بنفسه عملية النصب.

2- يتم متابعة الشركة التجارية بصفتها شريكا، إذا كان أجهزتها أو ممثلوها القانونيين هم بأنفسهم شركاء للغير، عندما يمنحونه " الغير" توجيهات تمكنه من القيام بالجريمة لصالح و حساب الشخص المعنوي.

(51) : Jean-Claude Soyer, op. cit., p. 138.

(52) : Haritini MATSOPOULOU, op. cit., p. 13.

(53): المادة 65 مكرر 3 ق.إ.ج. السابقة الذكر.

(54) : art. 706- 43 al. 5 C.P.P. : « En l'absence de toute personne habilitée à représenter la personne morale dans les conditions prévues au présent article, le président du tribunal de grande instance désigne, à la requête du ministère public, du juge d'instruction ou de la partie civile, un mandataire de justice pour la représenter. ».

(55) : Haritini MATSOPOULOU, op. cit., p. 12. :

« C’est sans doute, une regrettable erreur était justifiée par la mise en examen du représentant légal (V. b. Bouloc, note sous Cass. Crim. 9 déc. 1997, D. 1998.296). ».

(56) : المادتين 02 و 08 من القانون رقم 90- 11 المؤرخ في القانون رقم 90- 11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل ج.ر. عدد 17 المؤرخة في 25 أفريل 1990، ص. 562، المعدل و المتمم.

(57) : المادة 616 ق. تجاري.

(58) : المادة 647 ق. تجاري.

(59) : المادة 645 فقرة 2 ق. تجاري.

* تجدر الإشارة إلى أن عضو مجلس المراقبة في شركة المساهمة ذات مجلس مديرين لا يعتبر مستخدما لديها لأنه يحوز على أسهم الضمانات الخاصة بتسييره طبقا لنص المادة 659 ق. تجاري.، و بالتالي لا يمكنه أن يكون ممثلا للشركة أمام القضاء طبقا لنص المادة 65 مكرر 3 ق. عقوبات.، غير أنه يمكن للجمعية العامة العادية منح أعضاء مجلس المراقبة مبلغا ثابتا كأجر مقابل نشاطهم طبقا لنص المادة 668 ق. تجاري، و بناء على ذلك يمكن اعتبار عضو مجلس المراقبة في هذه الحالة مستخدما لدى الشركة غير أنه لا يربطه بها عقد عمل !!!.

في حين محافظ الحسابات لا يعتبر مستخدما بالشركة التجارية و إنما يعتبر أجنبيا عنها فهو يتلقى أتعابا مقابل الخدمات التي يقدمها للشركة و هي محددة في القانون الأساسي لها.

(60) : art. 706- 43 al. 1 C.P.P. : « Toutefois, lorsque des poursuites pour des mêmes faits ou des faits connexes sont engagées à l’encontre du représentant légal, celui-ci peut saisir par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de désignation d’un mandataire de justice pour représenter la personne morale. ».

(61) :Bernard Bouloc, Rev. Société (2) avr-juin 1998-1, M.Milleville, F.F. prés., Mme BATUT., M. AMIEL, av. gén. ; SCP LYON-CAEN, FABIANI et THIRIEZ, av, note._
Représentation d’une personne morale mise en examen, p. 401 ;
Claude DUCOULOUX-FAVARD, op. cit., p.73 ;
Frédéric DESPORTES et Francis le GUNEHEC, op. cit., p. 120.

(62) : art. 706- 44 C.P.P. : « Le représentant de la personne morale poursuivie ne peut, en cette qualité, faire l’objet d’aucune mesure de contrainte autre que celle applicable au témoin. ».

(63) : Haritini MATSOPOULOU, op. cit., p. 13.

"حق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب في الجزائر بين التقييد والتحريم"

ثوابتي إيمان ريمة سرور_ مرزوقي وسيلة
أستاذتين مساعدتين لحقوق والعلوم السياسية
جامعة فرحات عباس- سطيف.

مقدمة:

يعد مبدأ استمرار سير المرافق العمومية بانتظام واضطراد المبدأ الأساسي الذي يحكم عمل هذه المرافق، فالحاجة الجماعية التي ينشأ المرفق العمومي لإشباعها لا تعتبر أنها قد أشبعت بشكل كاف، وبالتالي أن المرفق العمومي قد حقق الغرض من وجوده إذا تم هذا الإشباع بشكل وقتي متقطع وبلا انتظام. وبالتالي فلا بد من استمرار المرفق العمومي في أداء خدماته بصفة منتظمة، ذلك لأن الأفراد يرتبون أمورهم على أساس وجوده مفترضين استمرار سيره، فإذا ما استيقظوا ذات صباح ليجدوا أن بعض هذه المرافق العمومية أو كلها قد شلت أو تعطلت فلا ريب أنهم سيصابون نتيجة لذلك بضرر كبير.

وإذا كان الموظف العمومي يجسد روح المرفق العمومي والعنصر المحرك لنشاط الإدارة، والذي بدونه تعتبر كافة العناصر الأخرى التي تسهم في سير المرافق العمومية مجرد أدوات لا قيمة لها ولا جدوى منها، فإن له كغيره من المواطنين، مصلحة مباشرة في التمتع بممارسة الحقوق أو الحريات الأساسية، وله من باب أولى، مصلحة مؤكدة في الدفاع عن حقوقه المتصلة بشروط وظروف عمله داخل المرفق العمومي باللجوء إلى الإضراب ، والذي يعد الوسيلة الأنجع والأكثر فعالية في تحقيق مطالب الموظفين المتصلة بمشاكلهم الوظيفية.[1]

وقد كان الإضراب أحد أهم الوسائل التي لجأ إليها العمال في الدول الغربية للتعبير عن آرائهم والحصول على مطالبهم في مواجهة أرباب العمل، وإثر الحرب العالمية الثانية فقدت فكرة الفصل بين الإدارة والسياسة كيانها وأهميتها، وبدأ يتضح الدور السياسي الذي يؤديه عمال الإدارة العمومية في أية دولة من دول العالم. و قد ترافق ذلك مع تطور دور

الدولة من دولة حامية، مهمتها حفظ الأمن وإقامة العدل، إلى دولة متدخلة في جميع جوانب الحياة السياسية، الاقتصادية والاجتماعية. [2]

فبعدما كان عامل الإدارة أداة في يد السلطة الحاكمة، يتبنى آرائها ويمثل اتجاهاتها، وإلا كان عرضة للطرد والعزل، تطور دور الموظف ليصبح محايدا سياسيا يدافع عن حرية رأيه ضد هؤلاء الذين يريدون استخدامه باسم السلطة تحقيقا لمآربهم وأهوائهم، حتى حصل على هذه الحرية وأصبح من حقه أن يساهم في الحياة السياسية.

وفي مواجهة هذا الوضع ، اتخذت الدول الغربية في تشريعاتها، وفي أنظمة وظائفها العامة، مواقف مختلفة بصدد إضراب العاملين في الدولة [3] . و قد تأخر إقرار حق الموظفين العموميين في اللجوء إلى الإضراب في الجزائر حتى عام **1989**؛ حيث أقرت المادة "**54**" من الدستور الجزائري لسنة **1989** حرية الإضراب لكل من عمال القطاع العام والقطاع الخاص ، و كرسته المادة **36** من القانون الأساسي للوظيف العمومي. وجاء القانون رقم: **90-02** ليحدد شروط، إجراءات وآثار اللجوء إلى الإضراب في القطاعين العمومي والخاص.[4]

وفي هذا الإطار تثور جملة من التساؤلات تدور في مجملها حول **إشكالية خطيرة تتعلق بالكيفية أو المنهج الذي اعتمده المشرع الجزائري عند تحديده لشروط ممارسة الموظف في الجزائر لحقه في الإضراب، في الوقت الذي يتوجب عليه مراعاة تحقيق التوازن بين اعتبارات ومقتضيات استمرار سير المرافق العمومية الأساسية بانتظام واضطراد من جهة، وبين حرية العاملين لدى القطاع العام (الدولة) في الدفاع عن مصالحهم وحقوقهم في مواجهة تعسف واضطهاد رؤسائهم الإداريين باللجوء إلى الضغط عليهم عن طريق الإضراب من جهة أخرى.**

لنتساءل بذلك عن الشروط التي وضعها المشرع الجزائري بخصوص ممارسة الموظف لحقه في الإضراب؟ هل جمع المشرع بين أحكام ممارسة الإضراب الخاصة بعمال القطاع الخاص وأحكام ممارسة الإضراب الخاصة بموظفي الدولة؟ أم أنه ميز هذه الفئة الأخيرة بشروط وإجراءات يخرج طابعها عن الإطار التنظيمي ليتخذ طابع التقييد، المنع وحتى التحريم؟

على هذا النحو، سوف نحاول في هذا المقال دراسة مشكلة إضراب الموظف في الجزائر، وذلك ضمن النقطتين الرئيسيتين التاليتين:

أولا: المقصود بإضراب الموظف العمومي وموقف الفقه منه.

ثانيا: القيود القانونية المقررة على إضراب الموظف العمومي في الجزائر.

أولا: المقصود بإضراب الموظف العمومي وموقف الفقه منه:

اختلف كل من رجال القانون والفقهاء الإداريين بشأن تحديد تعريف جامع ومانع للإضراب، وبالخصوص إضراب الموظفين العموميين. فتعارضت المواقف وتباينت بين مؤيدين لفكرة الإضراب في المرافق العمومية ومعارضين لها. هذا ما سوف نحاول إلقاء الضوء عليه ضمن النقطتين التاليتين:

أ- المقصود بإضراب الموظف العمومي:

أطلقت قديما تسمية "**الإضراب**" على ساحة عامة في مدينة "باريس" (Paris) تطل على ضفاف نهر "السين" (La seine), حيث تجمع في هذه الساحة عدد كبير من العاطلين انتظارا للحصول على عمل.[5]

وقد حاول الكثير من فقهاء القانون وضع تعريف جامع مانع للإضراب, فقام بعض الفقهاء بوضع تعريف خاص لإضراب العاملين لدى الدولة، بينما قامت الأغلبية منهم بوضع تعريف عام للإضراب، دون التمييز بذلك بين عمال القطاع العام وعمال القطاع الخاص مؤسسين تعاريفهم على عناصر الإضراب و/أو آثارها.

ومن التعاريف العامة نجد تعريف الفقيه الفرنسي "جون ريفيرو" (J.Rivero) ، الذي يعرفه بقوله: "**الإضراب بالنسبة لجماعة معنية، هي جماعة المضربين، واقعة تؤدي إلى تعليق ممارسة نشاطها المهني، وكذلك نشاطها المدني والاجتماعي، مستهدفة تحقيق الحصول على ميزة محددة بواسطة الضغط –الذي يكمن في الغياب عن أداء النشاط- على إرادة ذلك الذي في مقدوره إعطاء هذه الميزة المستهدفة**".[6] ويلاحظ على تعريف الفقيه (جون ريفيرو) للإضراب ، أنه لم يتضمن عنصر الاتفاق المسبق الذي يجب أن يتم بين العمال المضربين حتى يمكن اعتبارهم في حالة إضراب، بالإضافة إلى أنه جاء شاملا

وعاما بحيث أنه تحدث عن جماعة المضربين دون أن يميز بين الحالات التي يكون فيها المضربون من العاملين في الدولة أو من العاملين في القطاع الخاص.[7]

وعرفه الأستاذ "جون روش" (J.Roche) على أنه: "**توقف منظم وجماعي عن العمل، يتم بناءا على قرار تتخذه السلطة المختصة وذلك بهدف تحقيق مطالب محددة**"[8].

وقد جاء تعريف الإضراب عاما وسطحيا، اكتفى فيه الفقيه بتحديد عنصرين أساسيين من عناصر الإضراب، ألا وهما: الاتفاق الجماعي والمسبق للتوقف عن العمل وصدور قرار يعلن ذلك، دون أن يميز بين عمال الدولة وعمال القطاع الخاص.

ونذكر التعريف الذي أورده الأستاذ "لافان" (G.Lavane) في منجد المصطلحات الاقتصادية والاجتماعية[9]، والذي ورد فيه: "**الإضراب توقف عن العمل يهدف من ورائه العمال ممارسة ضغط مباشر على رب العمل، أو إلزام السلطات العمومية بتحقيق المطالب العمالية كلها أو البعض منها فقط، وذلك تحت ضغط مستخدمي المرفق**".[10]

ويعرف الدكتور "سليمان محمد الطماوي" الإضراب بأنه: "**اتفاق بعض العمال على الامتناع عن العمل مدة من الزمن، دون أن تصرف نيتهم إلى التخلي عن وظائفهم نهائيا وذلك بقصد إظهار استيائهم من أمر من الأمور أو الوصول إلى تحقيق بعض المطالب لاسيما المتعلقة بالعمل كدفع الأجور**"[11].ولعل أهم ما يميز تعريف الدكتور "الطماوي" ، أنه قد تلافى العيوب الواردة في تعريف الفقيه "ريفيرو"، حيث تطلب توافر عنصر الاتفاق المسبق بين العمال المضربين، كما أنه اشترط ألا تنصرف نية العمال إلى التخلي نهائيا عن أعمالهم. ولكنه مع ذلك، لم يشمل سوى مجرد إشارة طفيفة للفظ الوظيفة العمومية دون أن يخص عمال القطاع العمومي بتعريف مستقل .

في حين أخص الدكتور "فؤاد مهنا" إضراب الموظف العمومي بتعريف يميزه، فوصفه بأنه: "**هجر الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم مع تمسكهم بوظائفهم، ويلجأ الموظفون عادة لهذا الإضراب إظهارا لسخطهم على عمل من أعمال الحكومة، أو لإرغام الحكومة على إجابة مطالبهم**"[12]. ويتضح من هذا التعريف تضمنه لعنصري ترك العاملين في المرافق العمومية لأعمالهم مع تمسكهم بوظائفهم، ثم إبرازه بصورة صريحة

وواضحة لعنصر الإكراه أو الضغط الذي يعتبر من أهم العناصر التي يتميز بها الإضراب.

ومع ذلك، يؤخذ على هذا التعريف افتقاده للدقة والوضوح واشتماله للعديد من الثغرات، إذ لم يتعرض فيه الفقيه إلى عنصر الاتفاق المسبق ، كما أن اشتماله على عبارات غامضة ومبهمة مثل: أعمال الحكومة، يجعل من الإضراب إجراءا موجها لتحقيق أغراض سياسية وهو ما لا يجوز. فضلا على أن القول بأن الإضراب هو هجر الموظفين أو المستخدمين لعملهم، يوحي بأن الإضراب لابد وأن يتم من جميع العاملين بالمرفق.

ويذهب الأستاذ "ناصف إمام الهلال" إلى تعريف الإضراب بأنه: "**حق تقرره الدولة لطوائف العاملين بها، متى بلغت هذه نشوا بعيدا من النضج والوعي يؤهلهما لممارسة هذا الحق، في صورة اتفاقهم المسبق عن التوقف العمل وتركه، مع تمسكهم بوظائفهم وأعمالهم، بقصد الضغط على الإدارة أو أرباب الأعمال حسب الأحوال، من أجل تحسين شروط العمل وأحكامه**"[13]. ويتميز هذا التعريف بأنه جاء شاملا، حيث أشار إلى أن الإضراب يمكن أن يمارس من قبل العاملين في المرافق العمومية وكذا العاملين في القطاع الخاص. كما أنه تضمن معظم عناصر تعريف الإضراب، من حيث إظهار الصفة الجماعية للإضراب باشتراط الاتفاق المسبق، مع التمسك بالوظيفة أو العمل، بالإضافة إلى عنصر الإكراه أو الضغط، واستهداف الإضراب لتحقيق مطالب تتصل بظروف وشروط العمل.

ومع ذلك يؤخذ على التعريف أعلاه، ربطه بين درجة الوعي والنضج لدى العمال وحقهم في الإضراب، مع أن الوعي مسألة نسبية ومن الصعب وضع معيار دقيق لها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نتساءل عما هو المقصود بالوعي والنضج في مجال ممارسة حرية الإضراب؟ نحن لا نعتقد بأن هناك عاملا، مهما كان مستواه الثقافي، لا يدرك مصالحه ومشاكله الوظيفية.

وقد كان تعريف الدكتور "محمود أبو السعود حبيب" الأكثر وضوحا، دقة وتوفيقا، في رأينا، حيث عرف إضراب العاملين لدى الدولة بأنه: "**توقف كل أو بعض العاملين في مرفق معين أو أكثر عن مباشرة العمل، دون أن تنصرف نيتهم إلى التخلي عن وظائفهم نهائيا، وذلك بقصد الضغط على الإدارة لتحقيق مطالبهم بشأن تحسين ظروف العمل**"[14].

وعلى هذا النحو، يمكن لنا اقتراح تعريف بسيط لإضراب العاملين لدى الدولة، بوصفه على أنه: "**توقف منظم وجماعي عن العمل لموظفي مرفق معين أو عدد من المرافق العمومية لفترة مؤقتة، يتم بناءا على اتفاق مسبق، يكون الغرض الأساسي منه هو الضغط على الإدارة لتحقيق أغراض مهنية**".

أ. موقف الفقه من إضراب الموظف العمومي:

يمثل الإضراب أحد مظاهر حرية التعبير عن الرأي، إذ يسمح للعاملين والموظفين من إظهار الاستياء من وضع مهني أو وظيفي معين أمام السلطة العامة، ولكنه في ذات الوقت يشكل تهديدا خطيرا لمبدأ استمرار سير المرافق التي تعتبر أحد مظاهر الحياة الأساسية في الدولة عن العمل، مما يترتب على ذلك من تعطل لمصالح جمهور المنتفعين بخدمات هذه المرافق.وانطلاقا من ترجيح أحد الاعتبارين على الآخر، فقد انقسمت أراء كلا الاتجاهين على النحو الأتي:

ب.1. موقف الفقه المعارض لإضراب الموظف العمومي: يذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم مشروعية إضراب العاملين في القطاع العمومي، مستندا في ذلك إلى اعتبارات اقتصادية وأخرى سياسية وأخرى إدارية وكذا إجتماعية.

ب.1.أ. الاعتبارات الاقتصادية: ينظر هذا الفريق من الفقهاء إلى إضراب الموظفين على أنه وسيلة لتخريب اقتصاد الدولة، إذ أنه لا يقتصر على مجرد التوقف عن العمل، وإنما قد يصحب بمحاولات لتخريب وإتلاف المنشات الصناعية وأدوات الإنتاج. و أنه لا يتوقف عند مرفق واحد بل إنه قد يمتد إلى سائر المرافق الاقتصادية الأخرى. الأمر الذي قد يؤدي إلى كارثة اجتماعية واقتصادية تصيب الدولة في كيانها واستقرارها وتهدد بقائها[15].

وحسب رأي هؤلاء الفقهاء، إن في الإضراب ضغطا على السلطة العامة في الدولة، يدفعها إلى إصدار قرارات قد لا تتلاءم مع حقيقة الأوضاع الاقتصادية والمالية والنقدية للبلاد، مما يعوق خطط التنمية والإصلاح الاقتصادي ويؤدي إلى عجز في ميزانية الدولة[16].

ب.1.ب الاعتبارات السياسية والاجتماعية: اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن الإضراب يشكل خطرا وتهديدا على السلام الاجتماعي باعتباره وسيلة يتجسد بها التناقض بين الطبقات

وثغرة ينفذ إليها ذووا النزاعات والميول السياسية المتطرفة، حيث يجد هؤلاء في طبقة الموظفين مرتعا خصبا لنشر أفكارهم ومبادئهم والتي في كثير من الأحيان تتعارض مع سياسة الدولة ومبادئها، فيستخدم الإضراب في هذه الحالة، كوسيلة لتحقيق أغراض سياسية عن طريق اخفائها وراء مطالب مهنية.[17].

ب.1.ج الاعتبارات الإدارية: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن إضراب الموظفين العموميين يهدم بعض المبادئ التي يقوم عليها القانون العام، فقد أجمعوا على عدم صلاحية تطبيق الحلول التي يتضمنها القانون الخاص بصدد معالجة مشكلة الإضراب داخل المرافق العمومية.[18] وأن تطبيقها قد يؤدي إلى الإخلال بالعديد من المبادئ القانونية التي يقوم عليها بناء الوظيفة العمومية، ومن هذه المبادئ نذكر:

*** مبدأ استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد:** يمثل هذا المبدأ أحد أهم القواعد التي تحكم عمل المرافق العامة، ويقول في هذا الشأن الأستاذ "ماجد راغب الحلو" بأن: "**استمرار العمل في المرفق العام يختلط بفكرة المصلحة العامة، ويرتبط بها أشد ارتباط، فالمرفق العام يعد الوسيلة التي تحقق بها تلك المصلحة**".[19]

ومن ذلك، أجزم أنصار الاتجاه المعارض لإضراب الموظف العمومي بأن المصلحة العامة لها الأولوية والرجحان على المصلحة الخاصة، ولابد من التسليم بهذه الأخيرة عند الحاجة في سبيل الإبقاء على الأولى.[20]

فالإضراب والمرفق العام فكرتان متناقضتان، وفقا لرأي هذا الاتجاه، وهذا ما يجزم به العميد (هوريو) بقوله: "**إن إضراب العاملين بالمرفق العام يتعارض مع أهم مبادئ القانون العام ألا وهو مبدأ تسيير المرفق العام بصفة مضطردة ومنتظمة، وأن الإخلال بهذا المبدأ يؤدي إلى وقف نشاط المرفق، مما يعتبر اعتداءا جسيما على المصلحة العامة المتمثلة في الحاجات العامة للأمة، تلك الحاجات التي يكفل المرفق العام تحقيقها، كما أن إضراب الموظفين يعد تعبيرا عن إيثارهم لمصالحهم الشخصية على الصالح العام، وكل ذلك يعد خروجا وخرقا خطيرا لمبادئ وأسس القانون العام**".[21]

* **مبدأ التدرج الرئاسي:** أنكر الأستاذ "محمد أنس قاسم جعفر" صفة المشروعية على الإضراب داخل المرافق العامة واعتبر كل نشاط نقابي للموظفين العموميين خرقا جسيما لمبادئ وأحكام الوظيفة العامة، واستند في ذلك إلى أن هذه النقابات ستعمل على الإخلال بمبدأ أساسي وهو "مبدأ التدرج الرئاسي"، حيث أنها ستتجه إلى إحلال سلطتها محل سلطة الرئيس الإداري، وفي ذلك مساس بالطابع العام للوظيفة العامة ومقارنة لها بالوظائف الخاصة.[22]

وانطلاقا من ذلك خلص أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الاعتراف للموظف العام بحق الإضراب من شأنه أن يقلب الأمور عكسيا،[23] فبدلا من إلزام المرؤوس بأوامر رئيسه، وبدلا من حق هذا الأخير في توجيه التعليمات الملزمة لمرؤوسيه، سوف يكون للمرؤوسين فرض إرادتهم على إدارتهم وقلب السلطة لمصلحتهم.

* **الوظيفة العامة هي تكليف بأداء خدمة عامة:** من المتفق عليه، أن الوظيفة العامة لا تنشأ بذاتها أو بقصد شغلها بعدد من الموظفين تقرر لهم عدد من المزايا الوظيفية، ولكن الوظيفة العامة تنشأ بهدف تزويد المرفق العام بالوسيلة التي يمكن بواسطتها ضمان تلبية الحاجات العامة للجماهير. وكل المزايا التي يتم منحها للموظفين العامين، إنما تقرر في حقيقة الأمر، لصالح الوظيفة والجمهور في حد ذاتهم وليس لصالح الموظف.[24]

ويرى أنصار هذا الاتجاه في الإضراب صورة من صور استغلال المال العام المخصص لأداء الخدمات العامة بصورة غير مشروعة لتحقيق مصالح للموظفين المضربين، وبالتالي فإن إضراب العاملين لدى الدولة يشكل اغتصابا لكل من الوظيفة العامة والمال العام.[25]

المركز اللائحي للموظف العام: يستند الفقهاء المعارضون لإضراب عمال القطاع العمومي إلى المبدأ العام الذي اتفق عليه الفقه والقضاء ألا وهو أن الموظف العام في مركز لائحي أو نظامي، يحق للسلطة العامة أن تتكفل بإرادتها المنفردة بتعديله أو إلغائه، في أي وقت تشاء دون أن يكون للموظف الادعاء بأي حق مكتسب في مواجهتها، طالما أن ذلك تتطلبه مصلحة المرفق العام.

وأبرز مظاهر الإخلال تتجسد فيما قد يترتب على إضراب الموظفين العموميين من الدخول –من خلال نقاباتهم- في مفاوضات مع السلطة، وذلك من أجل تعديل مراكزهم الوظيفية[26].

ب.2 موقف الفقه المؤيد لإضراب الموظف العمومي:

مع نهاية الحرب العالمية الثانية، وفي ظل جو سياسي، اجتماعي واقتصادي جديد، بدأت تتعالى بعض الأصوات التي تدعو إلى تقرير حق الموظف العام في تأسيس نقابة وحقه في اللجوء إلى الإضراب، وظهر اتجاه فقهي ينادي إلى وجوب الاعتراف بمشروعية إضراب عمال القطاع العام . وقد عمل الفقه المؤيد لحق الموظفين العموميين في الإضراب على تأسيس وتبرير أرائهم مستندين في ذلك إلى العديد من الحجج والأسانيد، نذكر من بينها:

ب.2.أ حق الإضراب وعلاقته بالحريات العامة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية:

يمثل الإضراب رد فعل على حالة واقعية تعبر عن مصالح ومطالب العاملين في مواجهة مستخدميهم ورؤسائهم، ولما كان المجال الطبيعي لهذه المصالح والمطالب هو المجال الاجتماعي والاقتصادي، فقد ذهب الفقه إلى اعتبار حق الإضراب من قبيل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.[27]

ويبرز أصحاب هذا الاتجاه العلاقة بين حق الإضراب وتلك الحقوق بأنه إذا كانت الحريات العامة المعترف بها في إعلان الحقوق لعام **1789**، قصد بها إعادة التوازن السياسي والقانوني لصالح الطبقات المغلوبة على أمرها، فإن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية قصد بها تصحيح حالة عدم التوازن الاجتماعي والاقتصادي، علاوة على أن الإضراب يعد أحد الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، فإنه يعتبر الوسيلة الطبيعية التي تتحقق بها تلك الحقوق.[28]

ب.2.ب إضراب الموظف العمومي وتحقيق التوازن الاجتماعي والاقتصادي:

من المتفق عليه، أن أساس تقرير حق الإضراب لا ينشأ من علاقات العمل التي يكون أطرافها في مراكز متوازنة، وإنما أساس هذا الحق ينشأ عندما يكون أحد طرفي هذه العلاقة له الكفة الراجحة اجتماعيا واقتصاديا على الطرف الآخر، أو عندما يشعر الطرف المضرب بأن ثمة تفاوتا كبيرا بينه وبين بقية طبقات المجتمع.[29]

ويضيف أنصار هذا الاتجاه، أنه حتى ولو تم التوصل إلى حلول ملائمة وعادلة تتحقق بها مطالب الموظفين، من خلال إحداث تطورات لصالحهم في المجال التشريعي، وكذا الاجتماعي والاقتصادي، فإن ذلك ينبغي ألا يؤثر على الاعتراف بحق الإضراب، لأن تطور الأحداث المستقبلية، سواء في المجال الاقتصادي أو الاجتماعي، قد لا يكون لصالح الموظفين، مما سيترتب عليه ضرورة اللجوء إلى استعمال هذا الحق ، لاسيما لإعادة التوازن الاجتماعي والاقتصادي.[30]

ثانيا: القيود القانونية المقررة على إضراب الموظف العمومي في الجزائر:

لا يخفى على أحد منا أن الإضراب، مع أهميته بالنسبة للموظفين، يمكن أن يخلف آثارا ونتائج بالغة الخطورة تتعدى نطاق العمل الوظيفي، و من أجل ذلك، اجمع كل الفقهاء والقانونيين وكذا القضاة على ضرورة تنظيم ممارسة هذا الحق وإخضاعه لضوابط وقيود تكفل عدم التعسف في استعماله. و نظرا لخطورة الآثار التي قد تنتج عن الإضراب "**الفوضوي**" أو الإضراب" **غير المشروع**"، فقد قيد المشرع الجزائري الممارسة الفعلية لهذا الحق بجملة من الشروط، نأتي إلى ذكرها فيما يلي:

أ* القيود الشكلية:

أ.1 عقد جمعية عامة:[31] تستدعى جماعة العمال المعنيين بمبادرة من المندوبين النقابيين أو ممثلي العمال المنتخبين (في حالة عدم وجود نقابة تمثل العمال داخل المؤسسة) لعقد جمعية عامة داخل أماكن العمل، وذلك بقصد توصيل المطالب المهنية، نقاط الخلاف المستمر، إلى المستخدم أو الرئيس الإداري.[32] وقبل ذلك، يلزم ممثلي العمال بإعلام رب العمل أو أحد أعوانه بتاريخ ومكان انعقاد الجمعية، كما يلزم الأعوان وممثليهم بالاستماع إلى ممثلي الرئيس أو رب العمل أو السلطة الإدارية المعنية بناءا على طلبهم.[33]

وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق نهائي، تتم الموافقة على الإضراب بأغلبية العمال المجتمعين في جمعية عامة تضم نصف عدد العمال الذين تتكون منهم جماعة العمال المعنيين على الأقل، ويتخذ قرار اللجوء إلى الإضراب بالاقتراع السري وبالأغلبية البسيطة[34] .(المادتان **27** و **28** من القانون رقم: **90-02**، المعدل والمتمم).

ويظهر جليا، من خلال استقراء نصي المادتين **27** و **28** من القانون رقم: **90-02**، بأن المشرع الجزائري قد جمع بين الإجراءات الشكلية التي تسبق اللجوء إلى الإضراب لموظفي المرافق العمومية وتلك المتعلقة بعمال القطاع الخاص، ولم يميز موظفي الإدارة بأية إجراءات قانونية إضافية، ويمكن تفسير هذا، بانصراف نية المشرع الجزائري إلى تخويل السلطات الإدارية المعنية تنظيم المسألة.

أ.2 الإشعار المسبق بالإضراب: إن الموافقة الجماعية على اللجوء إلى الإضراب، لا يمكن أن تتخذ بعدا عمليا مباشرا إلا بعد انتهاء أجل الإشعار المسبق بالإضراب. (المادة **29** من القانون رقم: **90-02**) حيث يقدم إشعار مسبق بالإضراب لكل من الرئيس الإداري، رب العمل والسلطة الإدارية المختصة بكتاب مسجل مع إشعار بالوصول.[35]

وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد شكل ومضمون هذا الإخطار، وكذا أساليب إيداعه، تفصيلا، فإن ذلك لا ينفي شكله **المكتوب**، فلا يعتد بالإشعار الشفهي ولو كان جماعيا. ونتلمس ذلك من خلال نص المادة **31** من القانون رقم: **90-02**، والتي جاء فيها: "يلتزم **المستخدم وممثلو العمال، بمجرد إيداع الإشعار المسبق بالإضراب،.....**". إن ورود كلمة "**إيداع**" ضمن نص المادة يدل على الشكل المكتوب للإشعار وينفي مشروعية الإشعار الشفهي.

فضلا عن ذلك، فقد حددت مدة ثمانية (**08**) أيام على الأقل، كأجل الإشعار المسبق، تحسب من تاريخ إيداعه لدى المستخدم أو الرئيس وإعلام مفتشية العمل المختصة إقليميا. (المادة **30** من القانون رقم: **90-02**).

وقد جاءت أحكام المواد من **29** و إلى **31** من القانون رقم: **90-02**، أعلاه، خالية من أي إشارة لمضمون وشكل الإشعار المسبق بالإضراب، وتركت المسألة للاتفاقيات الجماعية والتفاوض المباشر بين الرؤساء والإداريين أو أرباب العمل، من جهة، والموظفين أو العمال الأجراء، من جهة أخرى.

وإن كانت إرادة المشرع الجزائري، في هذا الصدد، قد انصرفت إلى ترك مجال من الحرية في التفاوض بين أرباب العمل والعمال الأجراء والسلطات الإدارية المختصة؛ إلا أنه وحسب رأينا، كان من الأجدر بالمشرع إفراد قانون خاص يتعلق بالمعلومات الرئيسية والإلزامية التي يجب على العمال المضربين كتابتها ضمن الإشعار مثل: المدة الزمنية

المحددة للإضراب، الأسباب الدافعة للإضراب، تاريخ الشروع في الإضراب، المطالب الرئيسية والمطالب الثانوية... وإلى غير ذلك من المعلومات التي إن تخلفت يوصف الإضراب باللامشروعية ويتحول إلى إضراب فوضوي.

وبناءا على كل ما ذكر أعلاه، نقترح على المشرع الجزائري إيراد نص تفصيلي ضمن أحكام القانون رقم: **90-02**، يحدد من خلاله أدنى البيانات الرئيسية الواجب كتابتها ضمن الإشعار المسبق بالإضراب.[36]

أ.3 إشراف النقابة على الإضراب: فضلا عن الإجراءين السابقين، فقد أقر المشرع الجزائري حق الإعلان عن الإضراب وتنظيمه"**لممثلي العمال**" بصفة عامة[37]، وهذا استنادا لما جاء في أحكام المادة **27** من القانون رقم:**90-02**، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: **91-27** المؤرخ في **21** ديسمبر **1991**، حيث نصت على أنه: "**تستدعى في الحالات المنصوص عليها في المادة 24، أعلاه، جماعة العمال المعنيين بمبادرة من ممثلي العمال، كما تحددهم المادة 4 (الفقرة2) من هذا القانون**".[38]

وبالرجوع إلى أحكام المادة الرابعة في فقرتها الثانية، نجدها تنص على أنه: "**تدل عبارة ممثلي العمال في مفهوم هذا القانون، على الممثلين النقابيين للعمال أو الممثلين الذين ينتخبهم العمال في حالة عدم وجود الممثلين النقابيين**".

ويفهم من صياغة هذه المادة، بأن المشرع الجزائري قد رخص لكل من المندوبين النقابيين وممثلي العمال المنتخبين صلاحية الإعلان عن الإضراب والإشراف عليه، مع تقديم المندوبين النقابيين، إن وجدوا داخل الهيئة المستخدمة، وهو الوضع السائد والمطبق في الساحة العملية.[39] و من ثمة، اتخذ الإضراب في الجزائر، سواء أكان في القطاع العام أم في القطاع الخاص، "**طابعا عضويا**"، حيث لا يعترف بمشروعية ونظامية أي إضراب إذا لم يكن هذا الأخير، منظما تحت إشراف النقابة الخاصة بالمهنة.

وإن كان هناك جانب كبير من الفقه يؤيد مسألة الإضراب العضوي[40]، مستندين في ذلك إلى مجموعة من الحجج نذكر من بينها:

* - تولي المنظمة النقابية مباشرة مختلف الإجراءات الشكلية التي تسبق الإضراب، من التفاوض، إلى الإشعار وحتى الإعلان عن الإضراب أو تقرير نهايته....، ليتخذ الاتفاق الجماعي طابعا تنظيميا مؤطرا بعيدا عن النزاعات الدينية أو الاتجاهات السياسية.

* - يسمح الإضراب العضوي بالتخلص من بعض السلبيات التي قد تصاحب الإضراب غير المؤطر، مثل: الاعتداء على العمال غير المضربين، إتلاف وسائل الإنتاج وتحطيم أماكن العمل..... و إلى غير ذلك من الأفعال التي قد تعرض المضربين إلى الفصل من الوظيفة وتوقيع عقوبات جزائية عليهم.

* - إن الإضراب العضوي يوقع مسؤولية كاملة على النقابة المؤطرة بخصوص الأضرار التي قد تصيب رب العمل أو الرئيس أو الغير من جراء الإضراب. فتتحمل النقابة مسؤولية عقدية(مدنية) عن كل الأضرار الناجمة عن العمال المضربين أو عن حالة الإضراب بحد ذاتها. [41]

مع اقتناعنا بكل الأسانيد والحجج التي قدمها أنصار هذا الاتجاه، إلا أن هناك سؤال يتبادر إلى أذهاننا، يفرضه واقع الإضرابات التي نظمت في الجزائر، ابتداءا من إقرار التعددية النقابية، وما تطرحه من إشكالات عملية، ويتعلق الأمر بما يلي: **ما الحكم بالنسبة للعمال أو الموظفين غير المنتمين إلى نقابة الإدارة أو الهيئة المستخدمة، كيف لهم أن يمارسوا حقهم في الإضراب، أم أن ممارستهم لهذا الحق تفرض عليهم الانضمام إلى نقابة المؤسسة؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى، ما الحكم إن كانت الإدارة أو المؤسسة تشتمل على أكثر من نقابة واحدة؟ وأكثر من ذلك، ما حكم الوظائف التي يمنع فيها القانون تأسيس نقابة، هل يعني ذلك حرمان موظفيها، بالضرورة، من حقهم في اللجوء إلى الإضراب؟**

إشكاليات وعقبات هي بقدر قطرة ماء من بحر عميق، تظهرها الممارسة الميدانية لهذا الحق، يوميا، في الجزائر. و أمام سكوت المشرع الجزائري الذي لا نجد له تفسيرا واضحا؛ هل هو إغفال منه؟ أم أن موقفه السلبي هذا جاء متعمدا؟ أم أنه، و ببساطة الأمر، لم يجد حلا للمسألة !؛ سوف تظل قاعدة **الأغلبية** هي الغالبة، وسوف تظل حقوق **الأقلية** المحايدة مهمشة ومعطلة ومسلوبة وتحت طائلة النسيان.

أ. القيود الموضوعية: وتتحدد في النقاط التالية:

ب.1 احترام حرية العمل: تشتمل حرية الإضراب، مثلها مثل الحرية النقابية، على وجهان، الوجه الايجابي، والذي يخول لكل عامل حق التوقف عن العمل للمطالبة بحقوقه المهنية في مواجهة رب عمله أو رئيسه الإداري. و الوجه السلبي، والذي يخول لكل عامل أو موظف حق الاستمرار في أدائه لعمله وعدم الإضراب[42]. واستنادا لذلك قرر المشرع الجزائري ما يلي:

1. يشكل عرقلة لحرية العمل، في نظر القانون، كل فعل من شأنه أن يمنع العامل أو المستخدم أو ممثليه من الالتحاق بمكان عملهم أو استئناف ممارسة نشاطهم أو مواصلته، عن طريق التهديد أو المناورات الاحتيالية أو العنف أو الاعتداء. (المادة **34** من القانون رقم: **90-02**، أعلاه).

2. يشكل عرقلة لحرية العمل، كل احتلال للمحلات المهنية للمستخدم، أريد به عرقلة السير العادي والمنتظم للعمل، وكل رفض للامتثال بتنفيذ أمر قضائي بإخلاء المحلات المهنية، واعتبر هذا الأخير خطأ مهنيا جسيما، قد يعرض العامل المضرب إلى المساءلة التأديبية.[43] وفضلا عن ذلك فإن المشرع الجزائري يعاقب كل من مارس مناورة احتيالية أو تهديدية أو عنف و/أو اعتداء، واستهدف بذلك عرقلة حرية العمل، بغرامة مالية تتراوح ما بين**500** د.ج و**2000**د.ج ومن خمسة عشر (**15**) يوما إلى شهرين حبسا نافذا أو بإحدى هاتين العقوبتين (المادة **56** من القانون رقم: **90-02**).

ب.2 حفظ وضمان أمن المنشآت والأملاك: ألزم المشرع كل من المستخدم، السلطة الإدارية وممثلو العمال، بمجرد إيداع الإشعار المسبق بالإضراب، باتخاذ التدابير اللازمة لضمان أمن المؤسسة و الممتلكات (المادة **31** من القانون رقم: **90-02**)، وبناءا على ذلك، أقر المشرع بموجب أحكام المادة **41** من القانون رقم: **90-02**، أعلاه، إمكانية الأمر **بتسخير** الموظفين أو الأجراء المضربين الذين يشغلون، في الهيئات أو الإدارات العمومية أو المؤسسات، مناصب عمل ضرورية لأمن الأشخاص والمنشآت والأملاك، لضمان استمرار المصالح العمومية الأساسية في توفير الحاجيات الحيوية للبلاد، أو الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان.

وقد أحسن المشرع الجزائري عملا، بإقراره لقاعدة التسخير، والتي أريد بها تحقيق التوازن بين ضمان الممارسة الفعلية لحق الإضراب من جهة، وضمان الاستمرار في توفير الحاجيات الأساسية للسكان من جهة أخرى . غير أنه، وبالرجوع لأحكام القانون رقم: **90-02**، لا نجد أحكاما قانونية تحدد لنا كيفيات وإجراءات ومبررات القيام بعملية التسخير، وسكوت المشرع، في هذه النقطة بالذات، قد يفتح المجال الواسع أمام الإدارة العمومية و/أو رب العمل للتذرع بهذه الحجة والتداري وراء قاعدة التسخير لكسر الإضراب .

وبالرجوع لأحكام القانون رقم: **07-05** المؤرخ في **13** ماي **2007** المتضمن القانون المدني الجزائري، أجازت المادة **679** منه في فقرتها الثانية، وفي الحالات الاستثنائية والاستعجالية، وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق **الاستيلاء** (Réquisition). و يكون الأمر بالاستيلاء بقرار مكتوب موقع من والي الولاية أو كل سلطة مؤهلة قانونا، ويوضح فيه طبيعة وصفة و/أو مدة الخدمة (المادة **680** من القانون المدني). و ينفذ الاستيلاء مباشرة أو من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي أو بالقوة بطريقة إدارية (المادة **681** من القانون المدني). وفي كل الحالات، يعد تعسفا كل استيلاء خارج نطاق الحالات والشروط المحددة قانونا، تحت طائلة المساءلة والتعويض عن طريق القضاء (المادة **681** مكرر **3** من القانون المدني).

ب.3 توفير القدر الأدنى من الخدمة: إذا كان الإضراب يمس الأنظمة التي يمكن أن يضر انقطاعها التام استمرار المرافق العمومية الأساسية، أو يمس الأنشطة الاقتصادية الحيوية أو تموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت والأملاك الموجودة، فيتعين تنظيم مواصلة الأنشطة الضرورية في شكل **قدر أدنى من الخدمة** إجباري أو ناتج عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود (المادة **37** من القانون رقم: **90-02**، المذكور سابقا).

وإن كانت القيود القانونية، السابق تناولها من قبل، قد جاءت عامة وشاملة لكل فئات العمال من موظفي المرافق العمومية وأجراء القطاع الخاص، فإن "**شرط الاستمرار في توفير القدر الأدنى من الخدمة**"، قد قرر، بالخصوص، بالنسبة لموظفي المرافق العمومية، هذا ما يستشف صراحة ومباشرة من خلال استقراء نص المادة **37**، أعلاه، بحيث وردت فيها عبارة **المرافق العمومية** واضحة، وكذا من خلال تفحص مجالات النشاط التي يتطلب

تنظيم الإضراب بشأنها توفير قدر أدنى من الخدمة، والمحددة بنص المادة **38** من نفس القانون .

وفضلا عن ذلك ، فقد أجاز المشرع الجزائري للسلطة الإدارية المعنية وكذا أرباب العمل تحديد القدر الأدنى للخدمة، في ميادين نشاط أخرى، بموجب اتفاقية أو عقد جماعي أو بالتشاور مع ممثلي العمال و/أو العمال الضروريين المتكفل به (المادة **39** من القانون رقم: **90-02**، أعلاه).

ونحن نؤيد موقف الأستاذ "أحمد لخضر عمراني" عندما رأى في هذا التعداد لمجالات الأنشطة التي تتطلب القدر الأدنى من الخدمة، **ميزة ايجابية**. لأنه، وعلى خلاف ذلك، إن وردت نصوص هذه المواد بألفاظ عامة، فإنها سوف تتيح المجال أمام السلطات الإدارية وأرباب العمل للحد من ممارسة حرية الإضراب وعرقلة ممارستها.[44]

وقد اعتبر المشرع الجزائري رفض الموظفين أو العمال المعنيين القيام بالقدر الأدنى من الخدمة المفروض عليهم خطأ مهنيا جسيما (المادة **40** من القانون رقم: **90-02**)، ورخص للرئيس الإداري أو رب العمل تعيين عمال عن طريق التوظيف أو غيره قصد استخلاف العمال المضربين (المادة **33** في فقرتها الأولى من نفس القانون).

ولم يحدد المشرع، في هذا الشأن، أية أحكام تتعلق بكيفيات وإجراءات مساءلة هؤلاء الموظفين والعمال، ليترك تنظيم المسألة إلى الاتفاقيات والعقود الجماعية والأنظمة الداخلية للإدارات والهيئات المستخدمة.

وفي كل الحالات، منع المشرع الرئيس الإداري أو رب العمل من توقيع عقوبة الفصل النهائي أو الطرد على الموظفين والعمال المضربين، فالإضراب لا يقلع علاقة العمل، وإنما يوقف آثارها طوال مدة التوقف الجماعي عن العمل. (المادة **32** من القانون أعلاه). فالقانون يعاقب ..... كل شخص يمس أو يحاول أن يمس ممارسة حق الإضراب في ظل هذا القانون بتوظيفه عمالا آخرين أو تعيينهم (المادة **57** من فقرتها الأولى من القانون رقم: **90-02**، أعلاه).

وقد حددت العقوبة بغرامة مالية تتراوح ما بين **500**د.ج و**2000**د.ج وثمانية (**08**) أيام إلى شهرين حبسا نافذا، ترفع إلى غرامة مالية من **2000**د.ج إلى **5000**د.ج

وحبس نافذ يتراوح من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، إذا ما صاحب ممارسة حق الإضراب تهديدا أو عنفا و/أو اعتداءا.

وإن كان المشرع الجزائري، قد اكتفى بشأن القطاعات المذكورة في المادة **38** أعلاه، باشتراط توفير قدر أدنى من الخدمة، فإنه قد ذهب إلى أبعد من مستوى **التقييد** بالنسبة لبعض القطاعات الأساسية المحددة بنص المادة **43** من القانون رقم: **90-02**، المذكور سابقا،حيث حرم على موظفي هذه القطاعات اللجوء إلى الإضراب.

ويظهر جليا، من خلال التعداد الوارد بنص المادة **43**، أعلاه، اتجاه إرادة المشرع في الجزائر، إلى تكريس المبدأ التقليدي القاضي باحتكار الدولة لوظائفها التقليدية الأولى، العدل والبوليس، والتي يتجسد من خلالها وجود الدولة وسيادتها.

فالموظف في إحدى هذه المرافق، إنما يمثل، في حقيقة الأمر، شخص الدولة، ويمارس وظيفة من وظائفها، ومن ثمة فهو في علاقة خضوع دائم يلزمه بالالتزام بعدم الإضرار بالمرفق الذي يعمل به، وعدم إثارة مصلحته الشخصية على المصلحة العامة.

وما كانت القيود والموانع المكرسة ضمن قانون ممارسة الإضراب في الجزائر، والمذكورة أعلاه، سوى تأكيدا على انصراف نية المشرع و اتجاه إرادة الدولة إلى التضحية بالمصلحة الخاصة ومنح **الأولوية والرجحان للمصلحة العامة**. ورجحت الكفة لمصلحة الجمهور على حساب مصلحة الموظفين العموميين في هذه المرافق.

ضمن هذه الاعتبارات وحفاظا على هذه المبادئ، اتخذت ممارسة حق الإضراب في الجزائر **طابعا تقييديا**، يصل إلى حد منع الممارسة وتحريمها. وإن كان ذلك مبررا ومؤسسا من الناحيتين القانونية والفقهية، إلا أنه ومن الناحية العملية ، فقد أثبتت التحقيقات والبحوث التي أجريت في الجزائر، منذ بداية التسعينات، حول الأسباب والدوافع المستند إليها من طرف السلطات العمومية من أجل تبرير مشروعية المتابعة القضائية للعمال المضربين، تذرع الرؤساء الإداريين وأرباب العمل، دائما، بحجة "**مساس الإضراب بالنظام العام**" لكسر الإضراب وتقرير عدم مشروعيته[45]، وتتمثل أبرز الحجج والأسانيد التي يلجأ إليها الرؤساء والمستخدمين لكسر الإضراب، في النقط التالية:[46]

1. احتلال أماكن العمل، ويتخذ هذا الاحتلال عدة صور، تبدأ من بقاء العمال المضربين في أماكن العمل وتصل إلى حد طرد أعضاء مجلس إدارة المؤسسة.[47]

2. عرقلة حرية العمل واستخدام العنف والتهديد والقوة اتجاه العمال غير المضربين، أو الرؤساء أو أرباب الإدارة أو حتى اتجاه المحضر القضائي المكلف بالمعاينة.

3. عدم احترام القدر الأدنى من الخدمة، ويحدث ذلك، بالخصوص، في غياب اتفاق جماعي داخل المؤسسة بين المندوبين النقابيين ورب العمل، يحدد بموجبه الإطار القانوني للحد الأدنى من الخدمة.

4. تأطير الإضراب من نقابة فاعلة على الساحة الوطنية، لكنها غير معترف بها قانونا لرفض منحها ترخيص بالتأسيس، يعتبر إضرابا غير مشروع، واستنادا لذلك، لم تتمكن العديد من النقابات الحرة الدعوة إلى إضراب عمالي كرد فعل على رفض منحها الترخيص بالتأسيس.[48]

خـــاتـــمة:

من خلال هذا العرض المختص لأحكام إضراب الموظفين العموميين في القانون الجزائري، يمكن لنا استخلاص بعض النتائج والملاحظات واقتراح بعض التوصيات، التي سنأتي إلى ذكرها فيما يلي:

❖ **النتائج:**

1. شكل التغيير الذي حصل في موقف المشرع الجزائري، والذي بموجبه انتقلت الجزائر من مصاف الدول المعارضة لإضراب الموظف العمومي إلى مصاف الدول المؤيدة له، **مجرد تغيير في المبدأ لا في الممارسة**. حيث انصرفت نية، هذا الأخير، منذ وضعه لأول تنظيم قانوني خاص بممارسة حق الإضراب، إلى **التقييد الصارم** لحرية الموظف العمومي في استخدام حقه في الإضراب، ويمكن لنا التماس بعض مظاهر التقييد في النقاط التالية:

1/أ- تخويل المشرع الجزائري السلطات الإدارية العليا، سلطة الأمر بتسخير العمال المضربين الذين يشغلون مناصب تتعلق بأمن وسلامة المرافق العمومية أو مناصب لازمة لاستمرارية عمل المرفق العمومي وحيويته، واعتبار رفض الامتثال لأمر التسخير خطأ

مهنيا جسيما قد يعرض الموظف المضرب إلى عقوبة الفصل المطلق من الوظيفة التي يشغلها، دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات. (المادتين **41** و **42** من القانون رقم: **90-02**، أعلاه).

1/ب- اشتراط المشرع توفير الموظفين المضربين لقدر أدنى من الخدمة في العديد من القطاعات الأساسية والحيوية، وحتى في القطاع التعليمي، واعتبار كل رفض لامتثال الموظفين المعنيين بالأمر، خطأ مهنيا جسيما، ويعني ذلك إمكانية إنهاء علاقتهم الوظيفية بصورة نهائية. (المواد من **38** إلى **40** من القانون رقم: **90-02**).

1/ج- منع المشرع الموظفين العموميين المحددين بنص المادة **43** من القانون رقم: **90-02** أعلاه، اللجوء مطلقا للإضراب، إذ يعتبر الإضراب بالنسبة لهؤلاء محرما قانونا.

1/د- تصنيف كل رفض بالامتثال للأوامر الإدارية العليا بشأن قطع الموظف العمومي لإضرابه وعودته للعمل مثل: أوامر التسخير، على أنها خطأ مهنيا جسيما، ومن ثمة، وطبقا لأحكام قانون الوظيف العمومي، المذكور أعلاه، فإن إضراب الموظف العمومي قد يؤدي، ليس فقط إلى إسقاط حقوقه المالية الناتجة عن مركزه اللائحي خلال فترة الإضراب، وإنما قد يجد الموظف العمومي نفسه ضمن مركز تأديبي، عقوبته من الدرجة الرابعة، قد تصل إلى حد الفصل المطلق وإنهاء العلاقة الوظيفية.

1/هـ- فرض عقوبات تأديبية وأخرى جزائية قد تصل إلى ثلاث سنوات حبسا نافذا (المادة **55** من القانون رقم: **90-02**، أعلاه) على الموظفين العموميين الذين صدر بشأنهم حكم قضائي نهائي مبني على أساس ارتكابهم لأفعال وتصرفات فيها مساس بحرية العمل أو سلامة الأشخاص والممتلكات.

2. إن التمعن في النصوص القانونية المتعلقة بممارسة حق الإضراب في الجزائر، يمكننا من إبداء ملاحظتين أساسيتين:

2/أ- تتمثل **الأولى**، في ورود ألفاظ هذه النصوص على نحو **عام**، إذ أن المشرع لم يقصد فيها تمييز الموظفين العموميين بأحكام خاصة بهم، ما عدا تلك المتعلقة بالقطاعات التي يشترط فيها حد أدنى من الخدمة أو تلك التي يحرم بشأنها تنظيم الإضراب، فالمشرع الجزائري لم يراعي في تنظيمه لحق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب، اختلاف المركز اللائحي لهذا الأخير عن المركز القانوني للعامل الأجير في القطاع الخاص من جهة، ومن جهة أخرى، اختلاف علاقة الموظف بالإدارة عن علاقة العامل بالمستخدم،

فالأولى تحكمها اعتبارات قانونية وإدارية هي من النظام العام، أما الثانية فتحكمها اعتبارات عقدية تخضع لإرادة أطراف العلاقة المطلقة.

2/ب- تتمثل الملاحظة **الثانية**، في اتصاف ألفاظ هذه النصوص **بالسطحية والشمولية**، إذ يلاحظ فيها صراحة انصراف نية المشرع الجزائري إلى الإحالة بشأن تنظيم الإضراب، في العديد من المواطئ، إلى الاتفاقيات والعقود الجماعية وكذا الأنظمة الداخلية المقررة بين الإدارة أو رب العمل من جهة والعمال وممثليهم من جهة أخرى. ومن الثغرات التي اشتمل عليها القانون المتعلق بممارسة حق الإضراب، والتي من شأنها فتح الباب على مصرعيه أمام الإدارة وأرباب العمل للتلاعب بالنصوص القانونية كيفما شاؤوا، والتذرع بالعديد من الحجج والمبررات لكسر الإضراب عن طريق المتابعة القضائية، نذكر ما يلي:

* - إلزام الموظف العمومي والعامل المضرب بالامتثال لأوامر التسخير دون تحديد الجهة المختصة بإصدار مثل هذه الأوامر، ودون تحديد لإجراءات التسخير ومبرراته. والإحالة إلى قواعد القانون المدني تضعنا أمام عبارات **عامة، غامضة ومبهمة**، تحتمل عدة تأويلات وتفسيرات، كعبارة "**في الحالات الاستثنائية والاستعجالية**" وعبارة "**ضمانا لاستمرارية المرفق العمومي**"، ومن ثمة، يمكن للرئيس الإداري و/أو رب العمل التحجج والتداري وراء هذه العبارات لكسر الإضراب وتوقيع عقوبات تأديبية على العمال والموظفين المضربين.

* - ويسري نفس الحكم بالنسبة لاعتبار المشرع الجزائري كل رفض للامتثال لأوامر التسخير أو الأمر بضمان الحد الأدنى من الخدمة خطأ مهنيا جسيما، فلم يفرد المشرع نصوصا خاصة بالعقوبات الإدارية المقررة على ذلك، كما أنه لم يحدد إجراءات خاصة بتأديب الموظفين العموميين المضربين لعدم امتثالهم لمثل هذه الأوامر، مما يحيلنا إلى القانون الأساسي للوظيف العمومي، والذي يصنف هذه المسألة على أنها خطأ جسيما عقوبته من الدرجة الرابعة، أي الفصل وإنهاء العلاقة الوظيفية. مع أن نصوص القانون رقم: **90-02**، أعلاه، تنص صراحة على أن الإضراب لا يقلع علاقة العمل. فهل يمكن اعتبار، ذلك، خروجا عن القواعد العامة للإضراب، أريد به تقييد الإضراب بالنسبة للموظفين العموميين، وتخويف هؤلاء الآخرين بأسر إرادتهم وشلها.

* - اشتراط المشرع لصحة الإضراب انتهاء مدة الإشعار المسبق للإضراب، دون تحديد مضمون هذا الإشعار من بيانات إلزامية يجب توافرها، تحت طائلة البطلان. ودون تحديد

للجهة المختصة التي يودع لديها الإشعار المسبق بالإضراب. بيانات شكلية إجبارية، أغفلها المشرع الجزائري وسكت عنها، قد تتيح المجال أمام الإدارة أو الهيئة المستخدمة التذرع بتخلفها لفتح باب المتابعة القضائية وتقرير عدم مشروعية الإضراب.

3. يمكننا من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة لحق اللجوء إلى الإضراب في الجزائر، التوصل إلى ملاحظة مفادها انصراف نية المشرع الجزائري، منذ البداية، إلى اعتبار **حق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب استثناءا عن القواعد العامة وليس حقا مطلقا**، إذ أنه رجح **اعتبارات المصلحة العامة والنظام العام** على المصلحة الخاصة والحريات الفردية ضمانا لتكريس مبدأ استمرارية حسن سير المرافق العمومية بانتظام واطراد تفاديا لزعزعة الاستقرار الاقتصادي، الاجتماعي وحتى السياسي للبلاد.

❖ **التوصيات:**

قوبل هذا الحظر القانوني لحق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب، والمتذبذب بين **التقييد النسبي والتحريم المطلق**، برد فعل قوي وضغط مستمر يمارسه موظفي القطاع العمومي في الجزائر على السلطات العمومية تحت تهديد الانفجار الاجتماعي وثورة الطبقة الكادحة. و بناءا على ذلك فإننا نلتمس من المشرع الجزائري والسلطات الإدارية المعنية أخذ الاقتراحات التالية بعين الاعتبار:

1. ضرورة إعادة تكييف وتصنيف رفض الامتثال للأوامر الصادرة في إطار مرحلة الإضراب و جعله خارج صنف "الأخطاء المهنية الجسيمة"، واعتباره مجرد خطئ مستوجب للعقاب، مع تحديد الإجراءات التأديبية والجهة الإدارية المختصة بذلك، والعقوبات المستحقة.

2. تقرير المشرع للإجراءات الخاصة بعملية "تسخير الموظفين العموميين والعمال المضربين" ضمن أحكام القانون رقم: **90-02**، بتحديد مبررات اللجوء لعملية التسخير، والجهة المختصة بتقريره، وتقرير عقوبات تأديبية وجزائية على كل من يتعسف في استعمال هذا الحق بقصد كسر الإضراب وحرمان العامل المضرب من ممارسة حق من حقوقه الأساسية.

3. تحديد أدنى حد من البيانات الإلزامية التي يجب أن يشتمل عليها الإشعار المسبق بالإضراب، تحت طائلة البطلان. وترك البيانات الثانوية خاضعة للاتفاق الجماعي والأنظمة الداخلية.

4. إيراد استثناءات على قاعدة "تأطير الإضراب من النقابة الأكثر تمثيلا على مستوى الإدارة أو المؤسسة"، بالترخيص للعمال والموظفين غير المنضمين، أصلا، لأية نقابة اللجوء إلى الإضراب من خلال ممثلين لهم، وكذا الترخيص للموظفين والعمال المنتمين إلى صفوف نقابة أخرى، ولو كانوا يشكلون الأقلية، اللجوء إلى الإضراب والإعلان عنه تحت تأطير نقابتهم و/أو ممثليهم.

ومن ثمة، يفترض بالمشرع الجزائري، إيراد نصوص تفصيلية توضح وتحدد وتنظم **مسألة الإضراب العضوي**، المقرر قانونا في الجزائر، بصورة تفصيلية ودقيقة، يسمح من خلالها لكل فئات العمال والموظفين المرخص لهم اللجوء لحق الإضراب القيام بذلك.

5. ضرورة توقيع عقوبات جزائية، يقررها ويحددها نص قانوني خاص، على كل متابعة قضائية باشرها الرئيس الإداري أو رب العمل اتجاه الموظفين والعمال المضربين،و بالخصوص ممثلي العمال والمندوبين النقابيين، تمت بالاحتيال والتلاعب أو التعسف وقصد بها تحطيم وكسر الإضراب.

6. وفي آخر المطاف، فإننا نلتفت التفاتة بسيطة لننوه بدور التكوين النقابي للعمال، كأحد مستلزمات النضال ومواجهة التحديات الراهنة، في تحقيق فعالية الإضراب.

الهوامش و المراجع :

1.أنظر: عبد المنعم محفوظ، **الموظفون والحكومة بين الخضوع والمواجهة**، دار النهضة العربية، القاهرة، **1986**، ص ص. **177** وما يليها.

2.أنظر: علي مرهج أيوب، **الوظيفة العامة في لبنان (واجبات وحقوق)**، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، **1999**، ص. **407**.

3. فمن هذه الدول من رفضت نهائيا الاعتراف بحق الموظفين لدى الدولة في اللجوء إلى الإضراب وحرمته تحريما قطعيا، كألمانيا وبلجيكا وسويسرا والو.م. أ، ومن هذه الدول من لم تتخذ موقفا واضحا من إضراب الموظفين فنجد تضاربا في تشريعاتها بصدد تنظيم هذا الحق، مما أدى إلى تضارب وخلاف فقهي حاد حول الموضوع، كما هو الحال في بريطانيا وإيطاليا. أما فرنسا، فقد أقرت الحق في اللجوء إلى الإضراب لموظفي الدولة، ونظمت استعمال هذا الحق في تشريعاتها.

أكثر تفاصيل، أنظر: طلال عامر المهتار، **مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة في القانون المقارن**، دار إقرأ، بيروت، **1982**، ص ص. **92** وما يليها/ عبد المنعم محفوظ، مرجع سابق، ص ص. **206** وما يليها./ محمد يحي أحمد كرج، **حقوق وحريات الموظف العام**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، **1999**، ص ص. **519** وما يليها./ ناصف إمام سعد هلال، **إضراب العاملين بين الإجازة والتحريم**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، **1984**، ص ص. **224** وما يليها.

4. إن أول نص أباح حق الإضراب في القطاع الخاص في الجزائر، هو نص المادة "**15**" من الأمر رقم: **71-75** المؤرخ في **16** نوفمبر **1971** والمتعلق بعلاقات العمل الجماعية في القطاع الخاص **(ج.ر.ج.ج. رقم: 101 لسنة 1971).**

5. أنظر: قانون رقم: **90-02** المؤرخ في **06** فبراير **1990** والمتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب. **(ج.ر.ج.ج. رقم: 06 لسنة 1990)**. الباب الثالث، المواد من **24** وإلى **44** منه.

6. أنظر: ناصف إمام سعد هلال، مرجع سابق، ص. **22**.

7. أنظر: عبد المنعم محفوظ، مرجع سابق، ص. **205**.

8. وفي نفس السياق، جاء تعريف الأستاذ "أحمد لخضر عمراني" بوصف الإضراب على أنه "**وسيلة ضغط تستعمل بقصد الدفاع عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للعمال**". ففي هذا التعريف لم يميز الأستاذ "عمراني" بين فئات العمال ولم يحدد عناصر الإضراب أو آثاره واكتفى بوصف عام للهدف المتوخى من اللجوء للإضراب، ليس أكثر.

أنظر: A .L. Amrani , **Prévention des conflits collectifs de travail et exercice du droit de grève**, guide pratique de législation et de règlementation du travail, livret n:°**07**, *p*.**35**.

9. أنظر: J.Roche, **Libertés Publiques**, 5 éme édition, édition Dalloz, **1987**, *p*. **106**.

10. أنظر: G.Lavan, **Dictionnaire économique et social**, les éditions ouvrières, Paris, **1978**, *p*.**485**.

11. وجاء تعريف أستاذنا "أحمية سليمان" متوافقا مع هذا التعريف، حيث عرف الإضراب بأنه: "**التوقف الجماعي عن العمل بصفة إرادية، وبقرار مدبر ومحضر من طرف العمال بهدف الضغط على أصحاب العمل، أو السلطة العامة، بقصد إجباره على الخضوع لتلبية مطالبهم أو إيجاد حل للنزاع القائم بينهم وبين صاحب العمل. وهو بهذه الصورة شكل من أشكال المقاومة والنضال والتصدي والمواجهة التي تمكنهم من الوقوف في وجه أصحاب العمل أو السلطة العامة، ووسيلة من وسائل تحصيل حقوقهم والدفاع عن مصالحهم المادية والمهنية**".

أنظر: أحمية سليمان، **آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري**، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، **2003**، ص ص. **138-139**.

12. أنظر: سليمان محمد الطماوي، **الوجيز في القانون الإداري**، دار الفكر العربي، القاهرة، **1998**، ص. **354**.

13. ورد ضمن: عبد الله طلبة، **الوظيفة العامة في دول عالمنا المعاصر**، منشورات جامعة دمشق، **1983**، ص. **250**.

14. أنظر: ناصف إمام سعد هلال، مرجع سابق، ص .**29**.

15. أنظر: محمود أبو السعود حبيب، **الموظف العام وممارسة الحريات السياسية**، دار النهضة العربية، القاهرة، **1997**، ص .**138**.

16. أنظر: محمد يحي أحمد كرج، مرجع سابق، ص ص. **516** وما يليها.

17. أنظر: عبد المنعم محفوظ، مرجع سابق، ص. **216**.

18. أنظر: مصطفى أبو زيد فهمي، **القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري)**، الدار الجامعية، بيروت، (بدون سنة طبع)، ص. **251**.

19. فيرى الدكتور "سليمان الطماوي" أنه إن كان إضراب عمال المشاريع الخاصة وسيلة لتحقيق مطالبهم وتحسين أوضاعهم المعيشية وأسلوبا لمواجهة التعسف الذي يتعرضون له من جانب أرباب العمل، فإن ما يقال من التقارب بين عمال القطاع الخاص والعاملين لدى الدولة، من حيث تشابه الأوضاع المادية والاجتماعية، لا يبرر بأية حال من الأحوال معاملة الفئتين بطريقة واحدة ونحن بصدد مشكلة الإضراب، لأن هناك اختلافا كبيرا في طبيعة المركز القانوني الذي يخضع لكل منهما، فضلا عن خضوع فئة الموظفين لالتزامات ذات طبيعة خاصة تربطهم بجمهور المواطنين وليس فقط برؤسائهم الإداريين.

أنظر: سليمان محمد الطماوي، **مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن**، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، **1959**، ص. **352**.

20. أنظر: ماجد راغب الحلو، **القانون الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، **1998**، ص. **322**.

21. أنظر: مصطفى أ بوزيد فهمي، مرجع سابق، ص. **252**.

22. ورد ضمن: ناصف إمام سعد هلال، مرجع سابق، ص. **292**.

23. أنظر: محمد أنس قاسم جعفر، **الموظف العام وممارسة العمل النقابي**، دار النهضة العربية، القاهرة، **1986**، ص ص. **09** وما يليها.

24. أنظر: عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص. **37**.

25. ويقول في ذلك الأستاذ "فوزي حبيش" بأن الموظف العام عندما يشغل إحدى وظائف المرفق العام، إنما يخضع في حقيقة الأمر لالتزام عام يحكم كل تصرفاته و سلوكاته كموظف عام، ذلك الالتزام هو عدم الإضرار بمصلحة المرفق الذي يعمل به وعدم إيثاره لمصلحته الشخصية على المصلحة العامة.

انظر: فوزي حبيش، **الموظف العام حقوقه وواجباته**، المؤسسة الصحفية الأردنية، عمان، **1982**، ص **17**.

26. أنظر: ناصف إمام سعد هلال، مرجع سابق، ص. **294**.

27. انظر: محمد سعيد حسين أمين، **المنهج البيئي المقارن في دراسة علم الإدارة العامة**، دار النهضة العربية، القاهرة، **1995**، ص. **191**.

28. أنظر: ناصف إمام سعد هلال، مرجع سابق، ص. **62**.

29. أنظر: عبد المنعم محفوظ، مرجع سابق، ص. **216**.

30. أنظر: محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص .**191**.

31. أنظر: ناصف إمام سعد هلال، مرجع سابق، ص ص. **67** وما يليها.

32. أنظر: A.L. Amrani , prévention des conflits collectifs de travail et exercice du droit de grève, *Op.cit*., *p*.**41**

33. أنظر: A.L. Amrani , *Op.cit*., *p* .**42** .

34. أنظر: ماهر أحمد زكي، **المفاوضات الجماعية وحق الإضراب**، مجلة العمل والتنمية، المعهد العربي للثقافة العمالية وبحوث العمل في الجزائر/ مكتب العمل العربي، مطبعة الرهان الرياضي، الجزائر، **1993**، ص. **40**.

35. ونذكر كمثال على ذلك: إذا كان العدد الإجمالي لعمال المؤسسة أو المرفق يساوي **300** عاملا، فإن النصاب المحدد لانعقاد الجمعية العمومية لا يقل عن **150** عاملا، ويجب، من ثمة، لمشروعية قرار اللجوء إلى الإضراب توافر أغلبية (**76**) صوت من مجموع العمال الحاضرين أي (**50+1**).

36. أنظر: A.L. Amrani , *Op.cit*., *p*.43 .

37 . وعلى خلاف المشرع الجزائري، فقد ميز المشرع الفرنسي فئة الموظفين العموميين بأحكام خاصة فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية للجوء إلى الإضراب (المواد ق.**2512-2**، و ق.**521-2** من قانون العمل)، حيث ألزم المشرع الفرنسي النقابات العمالية التمثيلية بتوجيه إشعار مسبق بالإضراب بدقة وتفصيل، يودع لدى إدارة المرفق العمومي محل الإضراب خمسة (**05**) أيام قبل البدء في الإضراب.

فضلا عن ذلك، يشترط اشتمال الإشعار المسبق بالإضراب على الوقت المحدد الذي اتفق عليه العمال للشروع في التوقف عن العمل. و قد منع المشرع في فرنسا، وبالخصوص على مستوى المرافق العمومية، تنظيم الإضراب الدوري (la grève tournante) ، حيث تتداول أقسام المرفق المختلفة تنظيم الإضراب، وكذا الإضراب المغلق (la grève bouchon) والتي تنصب على القسم الرئيسي لإدارة المرفق العمومي، مما يؤدي إلى شل نشاط هذا الأخير بصورة مطلقة. كما منع المشرع الفرنسي "الإضراب غير المنظم" (la grève sauvage) في المرفق العمومي، واشترط صراحة قيام نقابة المهنة بتأطير الإضراب، وفي ذلك خروجا عن القواعد العامة للإضراب في القطاع الخاص.

أنظر: M. Miné et D. Marchand , **Le droit du travail en pratique**, 22 éme édition, éditions d'organisation EYrolles , Paris, **2010**, *pp*. **578-593**.

37. أنظر: A.L. Amrani , Ibid .

وقد ورد نص المادة **27**، قبل تعديلها، خاليا من عبارة "**ممثلي العمال**"، حيث نصت على أنه: "**تستدعي، في الحالات المنصوص عليها في المادة 25 أعلاه، جماعة العمال المعنيين إلى جمعية عامة في مواقع العمل المعتادة،...**".

38. اختلفت مواقف الفقه والتشريع بشان مسألة إشراف النقابة على تنظيم الإضراب، فانقسمت الآراء والمواقف بين اتجاهين:

- **اتجاه أول**، وهو السائد في البلدان الأنجلوساكسونية والجرمانية، ويعتبر أنصاره الإضراب عملا نقابيا، حيث تحتكر النقابة تقرير إعلان الإضراب، وإجراء المفاوضات الجماعية في نهاية الإضراب تمهيدا لتوقيع اتفاق جماعي.
- **واتجاه ثان**، وهو المعمول به في فرنسا، القائم على رفض التصور العضوي للإضراب، ورفض قيام أية علاقة بين النشاط النقابي وحق الإضراب، إذ أن هذا الأخير، حق مستقل بذاته يجوز للعمال استخدامه للدفاع عن مصالحهم دون تدخل النقابة. مستثنيا بذلك الإضراب في المرافق العمومية.

أنظر: عبد الباسط محمد المحسن، **الإضراب في قانون العمل (دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، **1992**، ص. **99**.

39. فيرى هؤلاء الفقهاء، بأن الإضراب الذي يحدث بدون وجود نقابة تأطره وتنظمه، يمكن أن تنجم عنه آثار وعواقب سيئة، وفي غالب الأحيان، يتخذ شكل "الإضراب الفوضوي" أو "الإضراب المفتوح".

انظر: محمود أبو السعود حبيب، مرجع سابق، ص. **93**./ محمد أنس جعفر قاسم، مرجع سابق، ص. **15**.

40. وقد أقر المشرع الجزائري المسؤولية المدنية للمنظمة النقابية، وهذا ما يمكن استخلاصه باستقراء نص المادة **20** من القانون رقم: **90-14** المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، والتي نصت على أنه: "**يتعين على التنظيم النقابي أن يكتتب تأمينا يضمن التبعات المالية المرتبطة بمسؤوليته المدنية**".

41. أنظر: أميرة عبد اللاطيف مشهور، **حق العمل بين النصوص التشريعية والممارسة الفعلية**، المجلة الاجتماعية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد: **27**، العدد: **02**، القاهرة، ماي **1990**، ص ص. **145-162** / محمد أحمد محمد شحاتة، **حرية العمل في الدول الرأسمالية والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، **2000**، ص ص. **134-143**.

42. وفي غياب نصوص قانونية محددة للقواعد والإجراءات المتعلقة بالمجال التأديبي فإن النظام الداخلي للمؤسسة هو الذي يتولى تحديد إجراءات التأديب، الأخطاء المهنية المستوجبة للتأديب والعقوبات التأديبية المقررة (المادة **77** من القانون رقم: **90-11** المتعلق بعلاقات العمل).

وبالنسبة للموظف العمومي، فقد حددت إجراءات النظام التأديبي والأخطاء المهنية والعقوبات التأديبية المقررة لها ضمن أحكام المواد من **160** و إلى **185** من الأمر رقم: **06-03** المؤرخ في **15** جوان **2006** المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

43. حيث جاء تعبيره، في هذا الشأن، على النحو التالي:

A l'examen, il apparait que l'approche en termes généraux autorise, si elle est privilégiée par rapport à l'énumération-limitative, les extensions, et peut être lourde de conséquences : pour le moins, le droit de grève risque d'être « grignoté ».

أنظر: A.L. Amrani , *Op.cit*., *p*.**49** .

انظر: A. Benamrouche , **Le nouveau droit du travail en Algérie**, éditions hiwarcom, Alger, **1994**, *pp*. **92-103**.

A. Benamrouche, Grèves et conflits politiques en Algérie, Paris, éditions Kharthala/Institut Maghreb-Europe, **2000**, le Matin du **14**.**03**.**2001**. **Site internet :**
http://www.pcf.fr/w2 ?:dooc=3105&iddos=155.

44. وفي هذه الحالة، يتم إخطار المحكمة المختصة إقليميا بعريضة يرفعها إليها الطرف المتضرر، والتي تقوم بتعيين "محضر قضائي" يتولى مهمة التحقيق بشأن النزاع القائم وتحرير محضر معاينة، بناءا عليه يمكن للمحكمة أن تصدر أمرا استعجاليا قصد إخلاء العمال المضربين لأماكن العمل، ويتم إعلام ممثلي العمال المضربين و/أو المندوبين النقابيين بهذا الأمر. و في حالة رفض الامتثال لأمر المحكمة، يمكن للقضاء أن يصدر أمرا بتسخير القوة العمومية.

أنظر: عبد الناصر جابي، **دراسة سوسيولوجية للإضرابات العمالية في الجزائر**، دار الحكمة، الجزائر، **1995**، ص. **276**.

45. أنظر: H. Zerrouky, Algérie, les conflits sociaux, les prévis de grèves se multiplient, l'humanité du 09.02.2002. Site inter http://www.humanité.presse.fr/journal/2002-02-09_28562**.**.net :

حوالة الحق كآلية لنقل الأصول في عمليات التوريق المصرفي

سقلاب فريدة
أستاذة مساعدة - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية

مقدمة:

تعد عملية التوريق آلية مالية حديثة في مجال توفير موارد تمويلية جديدة للبنوك و المؤسسات المالية، اتخذها المشرع الجزائري في إطار الإصلاحات المالية و البنكية نظرا لأهميتها و نجاحها في الدول المتقدمة و النامية على حد سواء و هي تعتبر على غرار معظم التقنيات المالية استجابة لمقتضيات تشريعية و تنظيمية.

و على ذلك فان التوريق المصرفي يعد تقنية مالية حديثة تمكن مؤسسات الائتمان من بنوك و مؤسسات مالية من التنازل عن مجموعة من أصولها المتجانسة و المضمونة- و التي عادة ما تكون عبارة عن قروض رهنية- إلى منشاة متخصصة،تقوم بعرضها على الجمهور للاكتتاب فيها في شكل أوراق مالية،و ذلك تقليلا للمخاطر و ضمانا للتدفق المستمر للسيولة المالية للبنك. لقد تبنت الممارسة عدة أساليب قانونية و ذلك للتنازل عن ملكية الأصول من البنك البادئ للتوريق إلى الهيئة المكلفة بالتوريق، حيث تعتبر حوالة الحق من بين الأساليب الأكثر إتباعا في القانون المقارن لذلك.

و بهذا يتعين علينا في هذه الدراسة الإحاطة بكل الجوانب التي تمكننا من التعرف على حوالة الحق كآلية لنقل الأصول في عمليات التوريق المصرفي عن طريق التعريف بها(أولا) و كذا التعرض لمسالة نفاذها في حق المدين و الغير و الأثر الذي تتركه في عمليات التوريق(ثانيا).

أولا

التعريف بحوالة الحـق

يتّم التعريف بحوالة الحق من خلال بيان المقصود بها (1) و كذلك تحديد الغاية منها(2) بالإضافة إلى بيان المحّل الذي ترد عليه (3) وأخيرا،بيان الشروط الواجب مراعاتها عن نقل الأصول باستعمال حوالة الحق في عمليات التوريق (4).

1-تعريف حوالة الحق :

تعرف حوالة الحق وفقا للقواعد العامة في القانون المدني،بأنّها عبارة عن اتفاق يقوم بمقتضاه الدّائن (المحيل)بنقل ماله من حق شخصي تجاه مدينه (المحال عليه) إلى طرف آخر (المحال إليه) فيحلّ محلّه في هذا الحق [1] ويكون دائنا جديدا لهذا المدين [2]وقد نصّ المشرع الجزائري على حوالة الحق في المادة 239 من القانون المدني الجزائري[3] وذلك كما يلي : "يجوز للدائن أن يحوّل حقه إلى شخص آخر،إلا إذا منع ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين."

من خلال النّص القانوني السّابق، يتضح لنا أن حوالة الحق تتجسد في صورة اتفاق بين الدّائن(المحيل) و الدّائن الجديد (المحال إليه) ولذلك فهي تعتبر عقد بين الطّرفين،يستوجب لإبرامه ما يشترط في إبرام العقود بصفة عامة من تراضي ومحل وسبب وإن كانت لهذه الأركان خصوصيات تتميز بها حوالة الحق.

وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 08 من القانون 06-05 المتضمن توريق القروض الرّهنية [4] على أنّه :" يتم إثبات كلّ تنازل عن القروض الرّهنية بين المؤسسة المتنازلة ومؤسسة التوريق بموجب اتفاق بين الطرفين.

من استقراء هذا النص،نجد أن المشرع قد اعتمد أسلوب حوالة الحق في عملية التنازل عن القروض الرهنية،و الدليل على ذلك انه ربط إثبات هذا التنازل بالاتفاق بين المؤسسة المتنازلة و مؤسسة التوريق فقط دون غيرهما و ذلك كما هو الحال بالنسبة لحوالة الحق في القانون المدني.

2- الغاية من حوالة الحق:

إن حوالة الحق و إن كانت صورتها واحدة لا تتغير،فهي تتنوع الأغراض والمقاصد،فقد يقصد منها أن يبيع الدائن حقه إلى المحال إليه(الدائن الجديد) و عندئذ يتقاضى ثمنا لهذا الحق،و يكون عليه ضمان البائع،و فائدته من ذلك انه قد يكون في حاجة عاجلة للمال،فيحصل عليه من المحال إليه ثمنا لحقه الذي لم يحل اجله.

قد يكون الحق قد حل اجله،و لكن قامت صعوبات عملية أمام المحيل للحصول على حقه من مدينه فيحول هذا الحق للمحال إليه،يكون هذا الأخير اقدر على تقاضي الحق من المدين.

أما فائدة المحال إليه من شراء الحق، فهو ما يجنيه من الكسب،إذ من الطبيعي أن ينقص من الثمن الحقيقي للحق مقابل انتظار حلول الأجل أو مقابل الصعوبات الناجمة عن حصوله على

الحق،فالمحال إليه يكون عادة في حالة البيع مدفوعا بفكرة المضاربة.[5] و قد يقصد المحيل أن يهب الحق للمحال إليه،و تختلف هذه الحالة عن سابقته كل الاختلاف، فالمحيل هنا مسوق بنية التبرع،لم تدفعه حاجة إلى المال ولم تحفّزه على النزول عن حقه صعوبات في الحصول عليه،و كذلك لا يكون المحال إليه مطويا على فكرة المضاربة، فهو يتلقى تبرعا لا يدفع فيه ثمنا.[6] و قد يقصد المحيل أن يرهن الحق عند المحال إليه،فقد يكون في حاجة إلى المال و حقه في ذمة مدينه لم يحل اجله بعد و لا يريد بيعه،فيعمد إلى اقتراض حاجته من المحال إليه راهنا عنده حقه، فإذا حل اجل القرض، فإما أن يكون المحيل قادرا على رده للمحال إليه،فيفك الرهن عن حقه المرهون،و إما أن لا يكون قادرا على رد القرض،فينفذ المحال إليه على الحق المرهون.[7]و قد يكون للمحال إليه عند المحيل حق في صورة دين،و يحل اجل استحقاق هذا الدين،و لا يجد المحيل أمامه سبيلا للوفاء به إلا بنزوله له عن حقه الذي هو في ذمة مدينه المحال عليه. [8] و تكمن الغاية من حوالة الحق في عمليات التوريق، في تمكين البنك البادئ للتوريق أو المؤسسة المتنازلة من الحصول على سيولة مالية جديدة لتغطية عمليات القرض التي يقوم بها و كذلك تمويل مختلف الاستثمارات التي ينوي القيام بها،إضافة إلى تجنيبه مشاكل التعثر التي قد يقع فيها، خصوصا إذا عجز المدين عن الوفاء له عند حلول آجال استحقاق الدين الذي يكون عادة على شكل قروض ،فبالنظر إلى أن آجال القروض خاصة منها العقارية تكون في غالب الأحيان طويلة،فان البنك قد يتضرر من الإبقاء عليها جامدة طيلة هذه المدة و لذلك يعمد إلى تحويل مجموعة من الأصول(القروض) المدرة للدخل من ملكيته إلى طرف آخر يتمثل في الهيئة المكلفة بالتوريق و ذلك باستعمال آلية أو تقنية حوالة الحق.

3- محل حوالة الحق:

الأصل وفقا للمادة 293 من القانون المدني الجزائري[9] أن الحق الشخصي أي حق الدائنية قابل للحوالة أيا كان محله،و بصرف النظر عما إذا كان محل هذا الحق عبارة عن مبلغ من النقود أو في صورة التزام بعمل أو امتناع عنه،كما يجوز تحويل الحق سواء كان حال الأداء أو مضافا إلى أجل أو معلق على شرط أو حتى مستقبلي، و تجوز كذلك حوالة الحقوق المتنازع فيها[10]. و يسري هذا الأصل طالما لم تحظر الحوالة بنص قانوني،كحظر حوالة الحق غير القابل للحجز.[11]أو بسبب منافاة الحوالة لطبيعة الالتزام كالحقوق اللصيقة بشخصية الدائن أو نتيجة لاتفاق المتعاقدين على عدم جواز حوالة الحق[12] و تكون غير

قابلة للنقل عن طريق حوالة الحق،الحقوق العينية مثل حق الملكية لكونها لا تتعلق بذمة مدين معين بالذات.[13] لقد وضع المشرع الجزائري في القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية[14] مجموعة من الشروط في القروض المراد تحويلها أو التنازل عنها، حيث اوجب أن تكون القروض المتنازل عنها من طرف المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق في شكل مجموعة أو كتلة واحدة من القروض.[15] كما نص على انه لا يمكن لمؤسسة التوريق شراء قروض ما عدا تلك التي تمنح من طرف المؤسسات المتنازلة في إطار تمويل السكن و اشترط ألا تكون هذه القروض متنازعا عليها أو تتضمن خطر عدم التحصيل عند تاريخ التنازل عنها[16] أما بالنسبة للمشرع الفرنسي،فقد رفع الحظر على تملك حقوق ليست من طبيعة واحدة أو تملك حقوق مجمدة أو حقوقا مشكوكا في تحصيلها أو متنازعا عليها،و ترك لنظام الصندوق تحديد طبيعة الحقوق التي يجوز ان يتملكها،وعند بداية تطبيق نظام التوريق في فرنسا،كان يتعين أن تكون محفظة الحقوق التي يتم تحويلها للصندوق ممثلة لعمليات ائتمان و ألا تقل مدتها عن عامين، ثم تجاوز هذا القيد فأصبح متاحا حوالة محفظة الحقوق،مهما كان مصدرها و مدتها،كما أجاز حوالة الحقوق المستقبلية و تلك الناتجة من بيع المال موضوع عقد الاعتماد الايجاري.[17]

4- شروط نقل الأصول بحوالة الحق في عمليات التوريق:

يرى جانب من الفقه ضرورة مراعاة مجموعة من الشروط إذا اتفق أطراف عملية التوريق على أن يتم نقل الأصول من خلال حوالة الحق،و ذلك على النحو الآتي:

- يجب التأكد من عدم وجود آية وثائق ذات صلة بالأصول المراد تحويلها،حيث يمكن أن تتضمن هذه الوثائق قيودا تمنع حوالة هذه الأصول و ذلك يستدعي التأكد من أجال هذه الأصول و الشروط الملازمة لها.[18]

- يجب أن تكون الأصول قابلة للتحويل وفقا للأنظمة القانونية المطبقة عليها [19]

- يجب تحري الدّقة في اشتراط النّظام القانوني المطبق أو عدم اشتراطه لضرورة موافقة المدين على الحوالة،خصوصا إذا كانت هناك عبارات مثيرة للجدل القانوني،مع الأخذ في الاعتبار أنّه لو تضمنت الاتفاقات المطبقة على الأصول التزامات على عاتق البنك البادئ للتوريق،أي كان الأمر يتعلق باتفاق ملزم للجانبين،فإنّ الممارسة المصرفية تجري على عدم جواز التحويل إلا بموافقة المدين على الحوالة [20]

- يجب التحرّز من قيام بعض المدينين أو الكفلاء بإضافة شروط مقيّدة لتحويل المرهون

العقارية أو أيّ أصول أخرى ضامنة للأصول المحالة،فإذا تبيّن عدم وجود قيود على البنك البادئ للتوريق في الحوالة، فإنّ ذلك يعني أنه بمجرد انعقاد الحوالة ينتقل الحق المحوّل إلى المحال إليه بجميع ضماناته و دفوعه و صفاته .[21]

- يتعين الاتفاق على حدّ أدنى لسعر الفائدة لا يجوز النزول عنه لضمان الوفاء بالفوائد والمصروفات للمستثمرين و للهيئة المكلفة بالتوريق،فقد تتضمن سندات المديونية –أو أي ضمانات أخرى لها كمحل للحق الذي يتم نقله بالحوالة- سعر فائدة متغيّروهو ما يمثل ائتمانا متهافتا عليه بالنسبة للمستثمرين في الأوراق المالية[22]

ثانيا

نفاذ الحوالة في حق المدين والغير

وأثرها في عملية التوريق

من خلال هذا الفرع، سنتناول مسألة نفاذ الحوالة في حق المدين و الغير(أولا) وبالتالي الأثر الّذي يمكن أن تتركه هذه المسألة في عملية التوريق(ثانيا)

1- نفاذ الحوالة في حق المدين و الغير:

تنص المادة 239 من القانون المدني على أنّه:" يجوز للدّائن أن يحوّل حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون،أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين " كما تنص المادة 241 من نفس القانون على" لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين أو اخبر بها بعقد غير قضائي،غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ" و بناء عليه،فان الحوالة تنعقد صحيحة بتراضي المحيل(الدائن) و المحال إليه(الدائن الجديد) دونما حاجة إلى رضا المدين،و لكن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين أو في حق الغير. فنفاذ الحوالة في حق المدين لا يشترط فيه موافقته لان الأصل انه يستوي أن يكون مدينا لدائنه الأصلي أو لشخص آخر،إلا انه ليس من المقبول أن تنفذ الحوالة في حقه بمجرد انعقادها صحيحة بين المحيل و المحال إليه، فربما لا يعلم بهذه الحوالة. فالنفاذ يعني أن ترتب الحوالة آثارها بالنسبة للمدين،فيصبح مدينا للمحال إليه دون المحيل،ومن ثم يتعين عليه أن يفي للأول دون الثاني،بحيث إذا قام بالوفاء للمحيل لم يكن هذا الوفاء مبرئا لذمته،و يكون للمحال إليه أن يطالبه بالوفاء مرة أخرى، فليس من العدل أن يتم ترتيب هذا الأثر إلا إذا كان

المدين قد علم على وجه اليقين بانعقاد الحوالة بين المحيل و المحال إليه،و هذا العلم اليقيني لا يتحقق إلا بأحد أمرين: قبول المدين الحوالة أو إعلانه بها.[23].

حق الغير(محال إليه ثان أو دائن مرتهن أو دائن حاجز) يستلزم أن تكون هذه الحوالة نافذة في حق المدين و لكن حماية لهذا الغير من احتمال التحايل للإضرار به يجب أن يكون العمل الذي جعل الحوالة نافذة في حق المدين ثابت التاريخ.

و بناء عليه فان الحوالة إما أن تكون قد نفذت في حق المدين بالإعلان و ذلك بعقد غير قضائي، فهنا تصبح الحوالة نافذة في حق الغير لان الإعلان يكون في شكل ورقة ثابتة التاريخ و إما أن تكون الحوالة نفذت في حق المدين بقبوله، فهنا يتعين أن يضاف شرط جديد حتى تكون الحوالة نافذة في حق الغير و هو أن يكون القبول ثابت التاريخ،ذلك أن قبول المدين عادة ما يكون في هذه الحالة في ورقة عرفية،و القاعدة أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت.[24].

و أخيرا يجب التنويه بأنه لا يلزم لنفاذ الحوالة في حق المدين أن يقبلها فيكفي أن يعلن بها و يتم الإعلان بناء على طلب المحيل أو المحال إليه، إلا أن الغالب يتم الإعلان بناء على طلب المحال إليه، لأنه هو الذي يعنيه أكثر من المحيل أن تنفذ الحوالة في حق المدين و الغير،فهو الذي يخشى إذا أبطأ في إعلان المدين أن يعمد المحيل إلى التصرف في الحق مرة أخرى والى استيفاء الدين من المدين وان يقوم الغير بإجراء الحجز على الحق محل الحوالة.[25].

و نفاذ الحوالة في حق هؤلاء الأغيار لا يعني انه عند تزاحم المحال إليه مع أي منهم كالمحال إليه الثاني أو الدائن المرتهن أو الدائن الحاجز،فيقدم المحال إليه إذا كان تاريخ نفاذ حوالته في حق هذا الغير سابقا على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو على تاريخ صيرورة الرهن نافذا في حق الغير أو على تاريخ الحجز.[26]

فمن الأهمية بما كان أن تقوم الهيئة المكلفة بالتوريق بإعلان المدين بالحوالة سواء كانت تلك الحوالة قانونية أم إنصافية ،لأنه لو لم يعلم بأمر حوالة الحق فسوف يستمر في الوفاء للبنك البادئ للتوريق و لن يكون من الممكن إلزامه مرة أخرى في حالة عدم وفاء هذا الأخير بالمبلغ الموفى به للهيئة المكلفة بالتوريق نتيجة غش أو خطأ غير مقصود و أن كانت الممارسة تجري حتى الآن على افتراض وكالات التصنيف حسن نية أطراف الصفقة إبان تنفيذها و عدم تصرفهم بشكل احتيالي، إلى جانب عدم توقع اقتراف البنك البادئ للتوريق لأخطاء إدارية فاحشة.[27]

تعتبر حوالات الحقوق في سندات الديون قد تمت فعلا و بشكل قانوني في معظم النظم القانونية الأوروبية.[28]

دون تعليق ذلك على إعلان المدين بالحوالة، طالما لم تصطدم هذه الحوالات بنص قانوني أو بالآداب العامة،لكن تشترط هذه النظم أحيانا ضرورة إعلان المدين كشرط شكلي لنفاذ انتقال الحق في السندات أو كسبيل لتغيير صورة الحوالة من حوالة انصافية، لا يهم فيها الشكل القانوني بقدر الاهتمام بانتقال الحق المحال إلى الشخص المحال إليه، إلى حوالة قانونية مستكملة للأركان الموضوعية و الشكلية.[29]

و فيما يخص موقف المشرع الجزائري من مسالة إعلان المدين بحوالة الحق؛ فيتضح من خلال استقراء نصي المادتين 12 فقرة 3 و 19 فقرة 3 من القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية[30]

حيث تنص المادة 12 فقرة 3 على انه:"و يمكن المدين أن يتحرر قانونا من كل التزام تجاه المؤسسة المتنازلة طالما لم يكن على علم بهذا التنازل"،و في هذا الإطار دائما تقضي المادة 19 فقرة 3 بأنه:"و لا يلزم هذا التنازل المدين المعني بالقروض الواردة في المجموعة أو الكتلة إلا ابتداء من تاريخ التبليغ عن طريق رسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام ترسله المؤسسة المتنازلة" يستفاد من النصين القانونيين السابقين، أن القانون الجزائري أوجب إعلان المدين بالحوالة لكي تكون هذه الأخيرة نافذة و سارية في مواجهته، حيث ألزم المؤسسة المتنازلة بتبليغ المدين بهذا التنازل و في حالة عدم قيامها بذلك،يكون هذا التنازل غير ملزم للمدين. و أجاز قانون البنوك الأردني للبنك تحويل الدين دون الحصول على موافقة المدين،و ذلك في المادة 92 فقرة 9 منه،حيث جاء النص على ذلك كما يلي:"على الرغم من أحكام أي تشريع آخر،يجوز للبنك أن يحيل إلى شخص آخر أي حق له أو ائتمان منحه إلى عميله و تأميناته العينية أو الشخصية أو أن يقبل أي حوالة حق له و ذلك دون حاجة للحصول على موافقة المدين أو العميل أو الراهن أو الكفيل إلا إذا وجد اتفاق يمنع ذلك".[31]

و قد تبنى المشرع الفرنسي حوالة حق تتسم بالبساطة و الفعالية الواجب توافرهما في عملية الاستثمار،أطلق عليها تسمية "حوالة الاستثمار" تمييزا لها عن حوالة الحق في القانون المدني، و حوالة ديلي و غيرها من الحوالات الخاصة.[32] حيث تقضي المادة 34 فقرة 7 من قانون 1988/12/23، بان تتم حوالة الحق بمجرد تسليم الفاتورة التي تحدد بياناتها

بموجب مرسوم و تصبح الحوالة ملزمة لطرفيها و سارية في مواجهة الغير من التاريخ الموضوع على الفاتورة عند تسليمها.

« La cession des créance s’effectue par la seule remise d’un bordereau dont les énonciations sont fixés par décret, elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposé sur le bordereau lors de sa remise

هذا النص يبين بجلاء أن المشرع الفرنسي قد خرج عن القواعد التقليدية في حوالة الحق المنظمة في القانون المدني و ربط وقوع الآثار القانونية لحوالة الحق بإتباع إجراء شكلي يتمثل في تسليم فاتورة خاصة إلى المحال إليه هي فاتورة الاستثمار.

و قد حدد المرسوم رقم 158/89 الصادر في 1989/03/09 في مادته الثانية مختلف البيانات التي يجب أن تتضمنها الفاتورة وهي:

- تسمية"عقد أو صك لحوالة الحق"
- عبارة يفاد منها خضوع الحوالة لأحكام قانون 1988/12/23
- تعيين و تفريد الديون المحالة
- التفاصيل الخاصة بالمدينين
- إجمالي مبلغ الديون و تواريخ استحقاقها النهائي
- الأساليب المقبولة للوفاء بالديون
- عبارة تفيد أن الحوالة تلزم المحيل بان يقوم - بناء على طلب المحال إليه- بأي عمل ضروري للمحافظة على ضمانات الديون(الأصول)

فضلا عما سبق، اوجب المشرع الفرنسي في المادة 34 فقرة 8 من قانون 1988/12/23 أن يتم إعلام المدين بقيمة الحق بالحوالة الحاصلة.[33]

« le débiteur est informé par simple lettre »

و هنا طرح التساؤل الآتي: إذا كان القانون قد رتب الآثار القانونية للحوالة بمجرد تسليم الفاتورة إلى الممثل القانوني للهيئة المكلفة بالتوريق و المتمثلة في صندوق الاستثمار،فماهي القيمة القانونية لهذا الإعلام؟

يرى البعض أن هذا الأجراء عديم الجدوى لسببين: الأول: أن الحوالة تنعقد بين طرفيها و تسري في مواجهة الغير من التاريخ الموضوع الفاتورة عند تسليمها،و لذلك فليس لإعلام المدين قيمة قانونية في نفاذ الحوالة و في سريانها، الثاني:أن محيل الحق إلى صندوق الاستثمار هو الذي يستمر في تحصيله بعد نقل الحق،حفاظا على علاقة الائتمان بينه و بين عميله.[34]

و مع ذلك فان الإخطار بحوالة الاستثمار لا يعد إجراء مجردا تماما من المفعول القانوني،إذ انه يقلب مركز المدين-في حالة المنازعة مع المحال إليه- من مدين حسن النية لا يعلم بالحوالة إلى مدين سيء النية،و ذلك إذا تصرف على غير مقتضاها،ومن هنا تظهر أهمية الإخطار في الحد من مخاطر تحصيل الحق بقطع الطريق على المدين في التمسك بحسن نيته.[35] والواضح أن فعالية الإخطار تتجاوز ذلك،بما تفرضه على عاتق المدين من واجب بتبصير المحيل إليه بظروف الحقوق المنقولة،و الشكوك التي تحيط بتحصيلها،حتى يمكنه الرجوع على المحيل في الوقت المناسب و قبل أن يشهر إفلاسه،كما تظهر أهمية الإخطار أيضا في تفادي وقوع التنازع على حساب المحيل لدى احد البنوك،إذا أوفى المدين في حساب دائنه المحيل لدى هذا البنك جاهلا وقوع الحوالة و هو تنازع قد يكون فضه في غير صالح المحال إليه.[36]

2 - اثر نفاذ الحوالة في حق المدين و الغير في عملية التوريق:

لكي تعتبر المرحلة الأولى من عملية التوريق قد تمت-على اعتبار أنها حوالة حق- يتعين أن تنفذ هذه الحوالة في حق المدين و في حق الغير،حتى يمكن الاحتجاج بها عليهم،بمعنى انه لكي تستطيع الهيئة المكلفة بالتوريق مطالبة مديني البنك البادئ للتوريق، أو حتى يمكن القول أن مديني هذا الأخير يتعين عليهم الوفاء بما عليهم من ديون لها،يجب أن تنفذ الحوالة في حقهم،بما معناه و جوب إعلامهم بالحوالة أو قبولهم لها.[37]

و نفاذ الحوالة في حق الغير و في حق المدين في عملية التوريق يثير عدة مشاكل من الناحية العملية و التي تتمثل في صعوبة الحصول على موافقة جميع المدينين للبنك البادئ للتوريق أو تعذر حتى إمكانية إعلامهم بالحوالة،حيث أن هذا الإعلام سوف يكلف الهيئة المكلفة بالتوريق أو البنك البادئ للتوريق نفقات كبيرة،خصوصا إذا كان هؤلاء المدينين عبارة عن حاملي بطاقات الائتمان الذين قد يصل عددهم إلى الآلاف من جمهور المتعاملين، أضف إلى ذلك صعوبة الاهتداء إلى أماكن إقامتهم التي قد تتغير من وقت إلى آخر. و أمام هذه الصعوبة فان هذه الديون ستكون ذات قيمة مالية اقل و سوف تتأثر و سينظرإليها المستثمرون على أنها ديون صعبة التحصيل، أمام هذه الصعوبة يتعين التفكير في إجراءات خاصة لجعل الحوالة نافذة في حق المدين و الغير.[38]

و الفكرة نحو تبني إجراءات خاصة لجعل الحوالة نافذة في حق المدين و الغير،تقوم على أساس ألا يكون هذا النفاذ حجر عثرة أمام عملية التوريق،و الحل يكمن في اللجوء إلى مكنة

الإعلام العام،بما معناه انه لأغراض عملية التوريق فقط يكفي البنك البادئ للتوريق أو الهيئة المكلفة به أن تعلن لمدينيها من خلال إعلان عام انه يتعين عليهم الوفاء إلى دائن جديد،ومن خلال هذا الإعلان العام تصبح الحوالة نافذة في حق المدين و الغير من تاريخ هذا الإعلان(كالنشر في الصحف مثلا) و فكرة اللجوء إلى الإعلان العام تم تبنيها في اليابان التي أصدرت تشريعا خاصا لعملية التوريق بمقتضاه يتعين على البنك البادئ للتوريق أو الهيئة المكلفة به،إذا ما أرادت أن تجعل حوالة ديونها نافذة في حق المدين و الغير أن تتقدم بطلب إلى وزارة التجارة و الصناعة الدولية،يتضمن هذا الطلب خطة عن الديون التي ستكون محلا لعملية التوريق و بعد مرور ستين(60)يوما،تدرس من خلالها هذه الجهة الضمانات المقررة للمدينين و تتأكد من جدية عملية التوريق حماية لمصلحة المستثمرين،عندها توافق هذه الجهة على أن يتم الإعلان العام عن هذه الحوالة و الذي من تاريخه يتعين على المدينين الوفاء للدائن الجديد،بما معناه نفاذ الحوالة في حق المدين و الغير.[39]

و تشجيعا من المشرع الفرنسي للاستثمار في مجال التوريق،ابتكر- كما سبق أن رأينا- حوالة حق تتماشى مع مقتضيات السرعة التي تتطلبها عمليات التوريق،فعلى عكس حوالة الحق في القانون المدني التي تتميز بإجراءات و شكليات معقدة قد تتسبب في تأخير تنفيذ عملية التوريق خصوصا فيما يتعلق بنفاذها في مواجهة المدين و الغير،فان حوالة الاستثمار في القانون الفرنسي تكون سارية و نافذة في مواجهة المدين و الغير بمجرد تسليمها إلى الهيئة المكلفة بالتوريق و المتمثلة في صندوق الاستثمار. و مع أن المشرع الفرنسي قد استلزم إخطار أو إعلان المدين بالحوالة،إلا أن هذا الإخطار يعتبر إجراء متباين و مختلف عن الإخطار الذي قرره في حوالة الحق المدنية،حيث أن إخطار المدين بحوالة الحق في القانون المدني أو قبوله لها يكون إجراء لازم لسريانها في مواجهته، في حين تسري حوالة الاستثمار في مواجهة المدين بمجرد تسليم الفاتورة،و لا شان للأخطار بمبدأ السريان.[40]

خاتمة :

لا تعتبر حوالة الحق الوسيلة الوحيدة لنقل ملكية الأصول في عمليات التوريق المصرفي،إذ يوجد إلى جانبها كل من أسلوبي التجديد و المشاركة الفرعية،غير أن هذين الأسلوبين نادرا ما يتم اللجوء إلى استعمالهما و ذلك نظرا للعيوب الكثيرة التي تكتنفهما و الإجراءات المعقدة التي يتميزان بها،الشيء الذي لا يتماشى مع عمليات التوريق التي تتميز بالسرعة و عدم تعقيد الإجراءات،لذلك كما لاحظنا فان كل الدول التي تبنت نظام التوريق، تعتمد تقريبا على أسلوب حوالة الحق للتنازل عن ملكية الأصول إلى الهيئة المكلفة بالتوريق،و حاولت أن تقوم بصياغة هذا الأسلوب وفقا لمقتضيات السرعة و الدقة و عدم التعقيد التي تتخلل عمليات التوريق،و ذلك بالابتعاد عن إجراءات حوالة الحق المعقدة في القانون المدني،وهذا ما فعله المشرع الفرنسي،عكس المشرع الجزائري الذي مازال متأثرا بالنظام القانوني لحوالة الحق المدنية،و طبقه على حوالة الحق في نظام التوريق،الأمر الذي من شانه أن يخلق تعقيدات و عراقل تحول دون نجاح هذا الأخير.

الهوامش:

(1)دربال عبد الرزاق،الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري،دار العلوم للنشر و التوزيع،الجزائر،2004،ص64 .

(2)آلاء عبيدات،التوريق:المفهوم،المزايا،الأساليب،مجلة البنوك في الأردن،العدد السابع،المجلد الرابع و العشرون،جمعية البنوك في الأردن، الأردن،جويلية،2005،ص64.

(3)أمر رقم 75-58،يتضمن القانون المدني،معدل و متمم.

(4)قانون رقم 06-05،مؤرخ في 2006/02/20،يتضمن توريق القروض الرهنية،ج ر 15 ل 2006/03/12.

(5)عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء الثالث:نظرية الالتزام بوجه عام،منشاة المعارف،مصر 2004،ص384،385

(6)عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق،ص385.

(7)نفس المرجع،نفس الصفحة.

(8)حسام الدين كامل الاهواني،النظرية العامة للالتزام،الجزء الثاني:أحكام الالتزام،منشاة المعارف،مصر،1996،ص312

(9)أمر رقم 75-58،يتضمن القانون المدني،مرجع سابق.

(10)دربال عبد الرزاق،مرجع سابق،ص66.

(11)انظر المادة 240 من القانون المدني الجزائري،مرجع سابق

(12)حسين فتحي،التوريق المصرفي للديون الممارسة و الإطار القانوني،دار أبو المجد للطباعة،مصر،1999،ص105 (13)لانا قيتوقة،حوالة الحق،مجلة البنوك في الأردن:العدد الرابع،المجلد الخامس و العشرون،الأردن،2006،ص27 (14)قانون رقم 06-05،يتضمن توريق القروض الرهنية،مرجع سابق

(15)انظر المادة 09 من القانون رقم 06-05،نفس المرجع السابق

(16)انظر المادة 10 من القانون رقم 06-05،مرجع سابق

(17)voir : Michel Jeantin,Paul Le Cannu,Thierry Garnier, Droit commercial :instrument de paiement et de crédit ,titrisation,7eme édition, Dalloz,2005,p406

(18)حسين فتحي،مرجع سابق،ص106

(19)محمد احمد غانم،التوريق:الماهية،المزايا،الإجراءات،العناصر،التوريق في الشريعة الإسلامية و تطبيقاته على بعض الدول العربية،المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية،2009،ص46

(20)حسين فتحي،مرجع سابق،ص107

(21)تنص المادة 243 من القانون المدني على: "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة و الامتياز و الرهون و رهن الحيازة ،كما تشمل ما حل من أقساط"

و تنص المادة11 من القانون رقم 06-05 المتضمن توريق القروض الرهنية على :" يترتب على التنازل عن مجموعة أو كتلة من القروض من جانب المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق نقل الضمانات و التأمينات المتعلقة بها،و تكون ملزمة للغير."

(22)محمد احمد غانم،المرجع السابق،ص47

(23)احمد عبد الرحمن الملحم،محمود احمد الكندري،عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية و عمليات التوريق،الطبعة الأولى،جامعة الكويت،2004،ص193

(24)نفس المرجع،ص194

تنص المادة 328 من القانون المدني: "على انه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت..."

(25)احمد عبد الرحمن الملحم،محمود احمد الكندري،مرجع سابق،ص 194

(26)نفس المرجع السابق،ص195

(27)خالد أمين عبد الله،الخلفية العلمية و العملية للتوريق،منشور في: التوريق كالية حديثة،اتحاد المصارف العربية،بيروت،لبنان،1995،ص45

(28)النظم القانونية في بلجيكا،الدانمارك،ألمانيا،اسبانيا،ايطاليا،النرويج

(29)تجري معظم التشريعات في خصوص ذلك التقسيم لحوالة حق قانونية و أخرى إنصافية على غرار المادة 1/36 من قانون أحكام الملكية الانجليزي الصادر سنة 1925 و التي نصت على شروط في الحوالة القانونية على النحو التالي:

- أن تكون الحوالة مكتوبة بخط يد المحيل
- أن يكون محل الحوالة دين أو أي منقولات أخرى
- تسليم إعلان صريح و مكتوب للمدين أو للامين المودع لديه الدين.

و في حالة عدم توافر أي شرط من الشروط الثلاثة السابقة في القانون الانجليزي تستحيل معه الحوالة لحوالة إنصافية،و ما يترتب عليه هو أن المحال إليه لا يستطيع أن يرفع دعوى على المدين مباشرة لاستيفاء حقه و لكن لابد من تدخل المحيل معه في هذه الدعوى،بالإضافة إلى أن تخلف شرط الإعلان و صيرورة الحوالة إنصافية قد يدخلها في غمار حوالات أخرى إنصافية أنشأها المحيل البادئ للتوريق،فتكون الأولوية في وفاءات المدين للحوالة المعلنة له،و أخيرا فإن إعلان المدين يحول بينه و بين التمتع بأي حق جديد في التمسك بالمقاصة أو بأي حق مقابل لحق المحيل

- انظر:حسين فتحي،مرجع سابق،ص 113،114

(30)قانون رقم 06-05،يتضمن توريق القروض الرهنية،مرجع سابق

(31)آلاء عبيدات،مرجع سابق،ص26

(32) Michel Jeantin,Paul le Cannu,Thierry Garnier,opcit,pp409,410

(33) Paul le Cannu,THearry Garnier,Richard Routier, Droit commercial, instrument de paiement et de crédit, titrisation,8eme édition,Dalloz,Paris,2010,pp 551,552

(34)هشام فضلي،مرجع سابق،ص118

(35)نفس المرجع السابق،نفس الصفحة

(36)نفس المرجع السابق،ص119

(37)احمد عبد الرحمن الملحم،محمد احمد الكندري،مرجع سابق،ص195

(38)نفس المرجع السابق،ص196

(39)احمد عبد الرحمن الملحم،محمد احمد الكندري،مرجع سابق،197

(40) Thierry Garnier, Corynne Jaffeux, la titrisation :
Aspect juridique et financier, Economica, Paris, 2004, pp 91 à 95

التعاون ما بين البلديات بين القانون و الممارسة

بن عيسى قدور
أستاذ مساعد – كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم

مقدمة :

تحضي التعاون ما بين البلديات و الجماعات المحلية في العديد من الدول بأهمية ، تظهر في تعدد القوانين و تنوع أنماط و أشكال هذا التعاون ،و في جملة الأحكام القضائية التي تصدر بمناسبة الفصل في النزاعات التي تثيرها كما تظهر هذه الأهمية في الدراسات الفقهية التي تتناول الموضوع بالتحاليل و إبداء الآراء ووضع النظريات و التصورات حولها.

يندرج التعاون ما بين البلديات في إطار الشراكة بين القطاع العام –العام([1])، من هذا المنطلق فإنه يكتسي أهمية إقتصادية و إجتماعية ، لما توفره عملية التعاون من تجميع الموارد وإنجاز مشاريع مشتركة وتبادل للخبرات و التجارب في فضاء أوسع يسمح بحركية و تفاعل بين أطراف متعددة متنافسة ، يساعد على إحداث و تراكم للثروة و بالتالي توسيع الوعاء الضريبي للموارد المحلية يمكن أن يشكل هذا التعاون ما بين البلديات حجر زاوية لتطوير التنمية الإقتصادية و الإجتماعية في هذا الفضاء .

يتسع هذا الفضاء لتفاعلات إجتماعية أوسع و إحداث روابط إجتماعية جديدة تساعد على تعزيز التضامن و إنسجام النسيج الإجتماعي الذي يعد أساس رابطة بناء الدولة .

نصت التشريعات الجزائرية منذ البداية على إمكانية إنجاز عمليات و مشاريع مشتركة ما بين البلديات، بموجب القانون 24/67 و أكد عليه القانون 08/90 ([2])و هذا تطبيقا لمبدأ بناء الدولة من القاعدة إلى القمة ،في إطار اللامركزية كحل لمسألة الديمقراطية و إشراك المواطن في تسيير الشؤون المحلية لأن الإنتخابات على المستوى الوطني (الرئاسية و البرلمانية) لم تعد كافية لتطبيق المطالب الديمقراطية المتزايدة ، دولة كالجزائر تتميز بإقليم واسع و بعد كبير بين المناطق و الأقاليم و مركز العاصمة بإعتباره مقر الهيئات

المركزية،بالإضافة إلى تعدد و تعقد القضايا يجعل من الأخذ بأسلوب تنظيم اللامركزي الجماعات المحلية أمرا حتميا ، وضرورة لتجسيد الحكم الراشد ، التعاون ما بين البلديات بالموازاة مع عمل البلديات يحقق هذا المسعى في أبعد حدوده .

نتناول هذا الموضوع بالتساؤل عن المنطلقات القانونية لهذا التعاون من جهة و أهمية ومدى الممارسة الفعلية في الواقع لنخلص لإستشراف آفاق تطوره و إقتراح جملة من الأفكار تساهم في تفعيله و تجسيده .

أولا **: المنطلقات التشريعية و التنظيمية للتعاون ما بين البلديات :**

لقد نصت الدساتير و القوانين على إمكانية التعاون ما بين البلديات منذ الإستقلال ، وتطورت النصوص القانونية من الأمر 24/67 إلى القانون 08/90 فمشروع التعديل لقانون البلدية المطروح للنقاش أمام المجلس الشعبي الوطني .

أ/ **المبادئ الدستورية :**

طبيعيا أن نتطرق إلى المبادئ الدستورية التي جاءت في الدساتير منذ الإستقلال ، فما عدا دستور 1963 فإن دستور 1976 ثم دستور1989 و كذا الدستور الحالي ([3])كرست نفس مبادئ تبني أسلوب التنظيم اللامركزي للإقليم الوطني ، و إعتبار البلدية من الجماعات الإقليمية و مكان مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية و ممارسة الديمقراطية محليا ،تبني نفس المبادئ في دساتير الدولة يدل على تبات و إستقرار في إختيارات المجتمع و يسمح بتحقيق أهداف اللامركزية ، لكن يبقى إثراء و تفصيل إضافي في الدستور مهم لتمكين الجماعات المحلية والبلديات من حرية التصرف في مواردها بمنحها حماية أكبر في إستقلالية إتخاذ القرارات وتسيير شؤونها ، مما يسمح لها بالمبادرة في القيام بشركات و تعاون ما بين مختلف المتدخلين في الفضاء المحلي سواء كانت تابعة للقطاع العام أو القطاع الخاص .

ب/ الأسس و القواعد القانونية للتعاون ما بين البلديات :

توجد مجموعة من الأسس و الضوابط التشريعية و التنظيمية المتعلق بالتعاون ما بين البلديات ، و أول نص قانوني في هذا المجال يتمثل في الأمر 24/67 الذي نص في الباب الثاني المعنون تجمعات البلديات على إمكانية التعاون ما بين البلديات، بتجميع مواردها قصد

إنجاز مشاريع أو القيام بأعمال ذات منفعة مشتركة ،حدد الأمر 24/67 ثلاثة أشكال([4]) لهيئات ومصالح التعاون ما بين البلديات .

نقابات البلديات (Syndicats de communes) :

تحدث نقابات البلديات على شكل مرافق عامة تتمتع بالشخصية المعنوية لمدة غير محددة، بقرار من المجالس البلديات المعنية بموجب قرار الوالي او الوزير ، إنشاء نقابة ما بين البلديات يهدف إلى إنجاز مشاريع أو مصالح ذات منفعة مشتركة .

تخضع نقابة ما بين البلديات لنفس أحكام الوصاية و للقواعد الإدارية و المحاسبية المطبقة على البلديات، تسيرها لجنة مشكلة من أعضاء منتخبين من قبل المجالس البلدية المكونة للنقابة ما بين البلديات ،تمويل نفقات إحداث و تسيير و صيانة و تجهيز النقابة تدرج في ميزانية النقابة وتخصص إعانات و مساهمات للتجهيز وكذا مداخيل القروض و الهبات و الوصايا لنفقات التجهيز و الإستثمار .

لقاءات ما بين البلديات (Conférences Intercommunales) :

يمكن لمجالس بلديتين أو اكثر عقد إجتماعات لمناقشة المواضيع ذات الإهتمام المشترك والتي تدخل في إختصاصاتها ([5]).

لجان تسيير الأملاك والحقوق المشاعة :

(Commission de gestion de biens et droits indivis)

في حالة وجود أملاك و حقوق مشاعة مابين بلديتين أو أكثر بموجب المادة 27من الأمر 24/67 يمكن لهذه البلديات إحداث لجنة لتسيير هذه الأملاك و الحقوق المشاعة ،تشكل هذه اللجنة من منذوب عن كل بلدية ، رئيس اللجنة ينتخب من بين المنذوبي البلديين المعينين من قبل المجالس البلدية المعنية ، تجدد هذه اللجنة بتجدد المجالس البلدية المعنية ([6]) .

إثر التحول الذي جاء به دستور 1989 إلى نظام إقتصاد السوق و التعددية الحزبية وتكريس اللامركزية، أدى هذا إلى وضع نظام قانوني جديد خاص بالبلدية و صدر بموجب القانون 08/90 حيث تم تقييم التجربة السابقة و إعتماد تعديلات لمعالجة النقائص ، حصر القانون 08/90 إمكانية التأطير القانوني للعمل المشترك ما بين البلديات في إحداث مؤسسة عمومية مشتركة بين البلديات ، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي و قد حدد

التسيير بوضع دفتر شروط تحدد فيه حقوق و إلتزامات كل طرف، أما الأموال و الحقوق المشاعة منح المشرع إمكانية تسيرها عبر لجنة مشتركة ما بين البلديات تتألف من منتخبين .

وفي كلا الحالتين سواء إنشاء مؤسسة عمومية ما بين البلديات لإنجاز مشاريع أو مصالح مشتركة أو لجنة تسيير الأموال و الحقوق المشاعة ، علق المشرع قواعد إنشاءها و تنظيمها وعملها على إصدار قوانين تنظيمية ، مما يوحي بتأجيل تطبيقها إن لم نقل إلغاءها، لأنه إلى يومنا هذا لم يصدر التنظيم الخاص بها ، و من مقارنة عدد المواد المخصصة للتعاون ما بين البلديات في الأمر 24/67 (20 مادة) و تلك المخصصة في القانون 08/90 (04 مواد) نستنتج تقليص وإنحصار هامش المبادرة و الحرية للمجالس البلدية في تسيير الشؤون المحلية و القيام بشراكات و تعاون مع المتدخلين في الفضاء المحلي .

وضع القانون 08/90 الذي جاء في إطار ظروف الأزمة الوطنية المعروفة وفي ظل تطبيق نظام السوق والتعددية الحزبية جعله يتسم بعدم الفاعلية و التطور مع المستجدات و التغيرات في المجتمع ،مما يتطلب إعادة النظر في قواعده لتتلائم و تتكيف مع الأوضاع و التحديات السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية الحالية .

مرت أكثر من عشرية على إدراج تعديل القانون 08/90 للإثراء على مستوى المؤسسات الإدارية والهيآت المنتخبة المحلية ، لم يتبلور تصور جديد لتعديل القانون 08/90 إلا مؤخرا ،حيث أودع أمام المجلس الشعبي الوطني لمناقشته، ركزمشروع تعديل القانون 08/90 في عرضه لأسباب التعديل على مبادئ جديدة ،تتمثل في الديمقراطية المحلية و توسيع مشاركة المواطن في تسيير الشؤون المحلية و إعتباره عنصر فاعلا في الحياة المحلية و ذلك بتكريس ديمقراطية المشاركة المحلية ،عبر إعلام المواطن بشتى الوسائل و الطرق عن الشؤون العمومية المحلية و إستشارته عبر قنوات ووسائل مختلفة كالمجتمع المدني و الجمعيات المحلية بمناسبة إتخاد القرارات من قبل الهيآت المنتخبة ،يترجم عمليا مبدأ مشاركة المواطن إلى حق المواطن في الحصول على الوثائق الإدارية و إستلام نسخ منها .

يشارك المواطن و الحركة الجمعوية و الشخصيات المحلية في بلورة الطلب الإجتماعي وترتيب الأولويات و إنشغالات المواطن المحلي لإدراجه ضمن الإستراتيجيات و الخطط العملية و أثناء تدخلات الهيآت المحلية في الفضاء المحلي .

هيأ مشروع التعديل تجديد الإطار الذي يسمح للجماعات المحلية بالتصرف في مواردها المالية ، بتكريس مبدأ اللامركزية والنص عليه دستوريا ،مما يفسح المجال لظهور وحدات محلية تتمتع بالإستقلالية و بهامش من المبادرة في إتخاذ القرارات المتعلقة بممارسة إختصاصاتها ، وهذا لا يعني منح الإستقلالية المطلقة ،حيث أبقى المشرع على دور الوصاية ممثلة في شخص الوالي و منحه سلطة الحلول في حالة إهمال السلطات البلدية القيام بها و بعد إعذارها للقيام بها وبعد إنقضاء الآجال المحددة للإعذار و خصص لذلك فصلا يتضمن ثلاثة مواد .

كما أن المادة 191 من مشروع التعديل نصت على أنه في حالة عدم التصويت على ميزانية البلدية بسبب إختلال داخل المجلس الشعبي البلدي، يمكن للوالي ضبط الميزانية نهائيا بعد دعوة المجلس الشعبي البلدي للإنعقاد للمصادقة عليها في دورة غير عادية وهذا بعد عدم التوصل إلى المصادقة عليها .

هذه الإجراءات الوصائية توحي بإرادة المشرع إلى تثبيث دور الوصاية كهيئة للمراقبة والتنسيق و توحيد الإجراءات على مستوى الدولة و التدخل للمحافظة في حالات إختلال المجلس الشعبية البلدية وفي حالة تقاعسها عن القيام بمهامها ،بالمقابل رتب مشروع التعديل ثلاثة صيغ للتعاون ما بين البلديات لتكريس مبادئ و قواعد جديدة تتمثل في مفهوم الإقليمية و الجوارية مما يخدم تجسيد ديمقراطية المشاركة المحلية :

-التضامن المالي ما بين البلديات .

-التعاون ما بين البلديات .

-التعاون اللامركزي .

التضامن المالي ما بين البلديات :

إن مشروع التعديل لقانون البلدية أبقى على الصناديق الخاصة للتضامن و الضمان بإعتبارها آليات تمويل تحقق التضامن ما بين البلديات و بالتالي تساهم في التعاون فيما بينها نخص بذلك .

صندوق الضمان البلدي :

يتولى هذا الصندوق دفع الفارق السالب بين التوقعات في إيرادات البلديات و التحصيل الفعلي ، مقابل مساهمة من قبل البلديات في هذا الصندوق تتغير سنويا ; إذا كانت مداخيل الصندوق بعنوان السنة المدنية أكبر من نفقاته يراجع معدل المساهمة في السنة

المقبلة بالإنخفاض أما إذا كانت مداخيل الصندوق أقل من نفقاته يصبح الصندوق دائن للخزينة العامة و مدينا للبلديات و بالتالي يراجع معدل المساهمة بالإرتفاع حسب القانون 08/90 بينما مشروع التعديل أبقى على دفع الرصيد الدائن لصندوق الضمان إلى الصندوق البلدي للتضامن وهذا حسب المادة 219 من مشروع التعديل و بالتالي فإن أهمية هذا الصندوق تكمن في الإنعكاسات المباشرة على الموارد البلدية بحيث يغطي النقص في الإيرادات المتوقعة بضمان مداخيل ما تم تقديره لذا كرس مشروع التعديل مساهمات البلديات في صندوق الضمان كنفقات إجبارية ([7]).

الصندوق البلدي للتضامن :

بنفس التسمية كرس مشروع التعديل الإبقاء على صندوق التضامن ما بين البلديات ([8])بهدف التقليص من الفوارق في الموارد ما بين البلدية ، يجسد عمله بواسطة إعانات مالية للبلديات تتمثل في إعانات سنوية بالمعادلة لتغطية النفقات الإجبارية في ميزانية البلديات و تدرج في قسم التسيير، و تخصص إعانات للتجهيز تدرج في قسم التجهيز و الإستثمار بالميزانية البلدية .

كما يقوم الصندوق بمنح إعانات مالية للبلديات التي تواجه وضعيات مالية صعبة قصد تحقيق توازن ميزانيتها ، و تقدم إعانات إستثنائية للبلديات التي تتعرض لوضعيات غير متوقعة . تسيير صندوقي التضامن و الضمان للبلديات من قبل الصندوق المشترك للجماعات المحلية الذي أحدث بموجب المرسوم 266/86 المؤرخ في 1986/11/04 تمويل هذين الصندوقين في القانون الحالي يتشكل من ضرائب الدولة والضرائب المحلية ،و مشروع التعديل لم يحدد شروط تنظيم و تسيير هذين الصندوقين و ترك تنظيمهما لاحقا للتنظيم .

ما بين البلديات :

المشروع الجديد يسمح لبلديتين أو أكثر متجاورة تابعة لولاية أو لعدة ولايات، بتشكيل فضاء للتعاون والشراكة في ما بينها ،سواء تعلق الأمر بتسيير مصالح عمومية مشتركة أو إنجاز مشاريع ذات المنفعة المشتركة في إطار التنمية أو تهيئة الإقليم .

يمكن للبلديات من إبرام إتفاقيات أوعقود ما بين البلديات لتحقيق عمليات بموجب مداولة لا تكون نافذة إلا بعد المصادقة الصريحة من طرف الوالي حسب نص المادة 60 من

مشروع التعديل ، بينما القانون 08/90 حدد إطار التعاون ما بين البلديات في مؤسسة عمومية مشتركة تتمتع بالشخصية المعنوية و الإستقلال المالي على أن تحدد العلاقات ضمن دفتر شروط يضبط حقوق وإلتزامات الأطراف المعنية ،أما تسيير الأموال و الحقوق المشاعة فيتم ضمن لجنة مشتركة ما بين البلديات تتشكل من منتخبين المجالس الشعبية البلدية للبلديات المعنية ،مقارنة يعتبر الأمر 24/67 أكثر تفصيلا للتعاون ما بين البلديات،حيث نص من خلال 20مادة على كيفيات إنجاز و تحقيق المشاريع المشتركة([9]) و التشاور حول المسائل التي تهم أكثر من بلدية([10]) و كيفية تسيير الأملاك و الحقوق المشاعة بواسطة لجنة مشتركة ما بين البلديات المعنية تحدث لهذا الغرض([11]) .

التعاون اللامركزي :

مشروع التعديل يسمح بالتعاون ما بين البلديات وحتى مع البلديات الأجنبية ،فالمادة 60 فقرة 10 من مشروع التعديل نصت على إمكانية إبرام إتفاقيات توامة مع البلديات الأجنبية بشرط ان لا تنفذ إلا بعد المصادقة الصريحة للوالي ، و مادام الأمر يتعلق بالتعامل مع هيآت أجنبية فمن الضروري و البديهي أن تحصل على موافقة وزارة الداخلية و رأي وزارة الخارجية .

<u>ثانيا :واقع التعاون ما بين البلديات :</u>

قبل التطرق إلى واقع التعاون ما بين البلديات يجب أن لا ننسى أن الجزائر مرت بأزمة حادة ، ربما الأولى من نوعها منذ الإستقلال بالإضافة إلى جملة من العوامل الأخرى قلصت من التعاون ما بين البلديات لعل أهمها :

عدم التناسب ما بين الموارد البشرية و المادية و تعدد الإختصاصات و تعقدها، مما جعل كل بلدية لا تفكر في فتح آفاق للتعاون ما بين البلديات الأخرى و التي قد يوفر لها التعاون ما بين البلديات موارد و تلبي إحتياجات المواطن و قد تسمح بتطوير خدماتها عن طريق الإستفادة من الشركاء الآخرين .

عدم التمكن من قواعد التسيير و أنظمته و عدم وجود ثقافة خاصة بالإدارة المحلية تسمح بإدراج التعاون و الشراكة كعنصر إيجابي يساهم في التكفل بالمرافق و المشاريع

المشتركة مما يوفر موارد و قدرات للأطراف المتعاونة و يسمح بتبادل الخبرات و الآراء ويطور نوعية الخدمات المقدمة للمواطن المحلي في فضاء التعاون ما بين البلديات .

عدم صدور النصوص التنظيمية لمجال التعاون رغم النص عليه في القوانين ساهم في إبقاء التعاون ما بين البلديات في أخفض مستوياته.

ثقل الوصاية على البلديات قلص من إستقلاليتها و منحها المبادرة و التفاعل و ربط علاقات مع محيطها و بالأخص البلديات المجاورة مما ء

التعليمات والقرارات الفوقية و عطلت مبادرات الجماعات المحلية بسبب النظرة إليها كهيآت قاصرة و غير راشدة([12]) هذا الوضع لا يمكن من فتح أفق للتعاون و الشراكة ما بين البلديات ، رغم ذلك فإن إشكال للتعاون ما بين البلديات متواجدة ضمن الإطار القانوني و أخرى أخذت أشكال خارج هذا الإطار .

الأشكال القانونية للتعاون ما بين البلديات :

التشريع الحالي نص على أشكال للتعاون ما بين البلديات لم تجسد ما عدا صناديق الضمان و التضامن ما بين البلديات المتطرق لها سابقا و مجالس التنسيق ما بين البلديات لولاية الجزائر.

مجلس التنسيق ما بين البلديات لولاية الجزائر :

الشكل القانوني المجسد للتعاون ما بين البلديات يظهر في تنظيم بلديات ولاية الجزائر حيث نصت المادة 170 من القانون 08/90 على أن تنظم بلديات ولاية الجزائر في شكل مجالس تنسيق ما بين البلديات، تسمى مجالس تنسيق حضرية.

تتولى هذا المجلس التداول حول المسائل ذات الإهتمام المشترك في مجالات الإقتصاد والتهيئة العمرانية و المجالات الإجتماعية و الثقافية و كذا تسيير المرافق العامة (إنارة عمومية ،تزويد بالمياه الصالحة للشرب ، النظافة ، تسيير شبكة صرف المياه و الطرقات)، نظرا لتجاور بلديات ولاية الجزائر فإن التعاون فيما بينها يصبح طبيعي وتداخل المرافق العامة في ما بينها يؤدي تسيير مرفق في بلدية من بلديات ولاية الجزائر إلى التأثير على تسيير مرفق آخر في بلدية مجاورة و هذا بحكم الترابط و الجوارية للبلديات التابعة لولاية الجزائر.

أشكال التعاون ما بين البلديات خارج الإطار القانوني المتعلق بها:

نلاحظ أن الأشكال المنصوص عليها في الأمر 24/67 من نقابات ما بين البلديات ، و لجان تسيير الأملاك و الحقوق المشاعة و لقاءات التشاور ما بين البلديات لم تعرف تجسيد واقعي إلا نادر إن لم نقل معدوما ، و كذلك الأمر بالنسبة للأشكال المنصوص عليها في القانون 08/90 من مؤسسات مشتركة بين البلديات و اللجان المشتركة بين البلديات المكلفة بتسيير الأموال و الحقوق المشاعة و إدارتها ،فالتعاون ما بين البلديات في الواقع رغم قلته كان في أغلب الأحيان يتم بموجب أوامر فوقية تصدرها

بمناسبة إنجاز بعض العمليات الخاصة بالتهيئة العمرانية أو المحافظة على البيئة أوالقيام بحملات نظافة في بعض المناسابات دون ان تكون بمبادرة البلديات في الأطر القانونية المنصوص عليها .

تعتبر مخططات التنمية المحلية و العمليات القطاعية أشكال موازية للأشكال القانونية الخاصة بالتعاون ما بين البلديات، تمويلها يتم من قبل الدولة لكن مجالها يتسع إلى عدة بلديات مجاورة و من المفترض أن إعتمادها يتم بما يتوافق و المخططات الوطنية الخاصة بالتنمية والتهيئة العمرانية ،هذه العمليات و المشاريع يتم تسجيلها ضمن المخططات التنموية المحلية بعد إقتراحها من قبل البلديات لكن الوصاية ممثلة في الوالي و رئيس الدائرة هي التي تتدخل في عملية التحكيم و الإعتماد النهائي ،مما يقلص من إستقلالية البلديات في إتخاذ القرارات التي تهم مجال حيوي للمواطن المحلي كالتنمية و التهيئة العمرانية .

<u>ثالثا :أشكال مقارنة للتعاون ما بين البلديات</u>

هناك عدة أشكال للتعاون ما بين البلديات في تجارب الدول ، نتطرق إلى تلك المعتمدة في فرنسا على إعتبار أن هذه التجربة قديمة تعود إلى القرن 19 ، و ذلك للبرهنة على أهمية التعاون ما بين البلديات في تسيير الشؤون العامة التي تتزايد تعقيدا و ترابطا ، بحيث أصبح الفضاء الإقليمي لا يعترف بالحدود الإدارية ،لتداخل المصالح و حركية التنقل لرؤوس الأموال و الموارد البشرية ، و من ثم فإن التعاون ما بين البلديات يمكن الجماعات المحلية و البلديات بالأخص بتجميع الموارد المادية و البشرية و الإستفادة من الخبرات المتبادلة و من الإقتصاد في النفقات وثم توفير الأموال لتحقيق مشاريع مشتركة ، في مجالات التنمية الإقتصادية و البيئة والتهيئة العمرانية و حتى المجالات الإجتماعية و الثقافية و الرياضية و

التربوية ،هذا التعاون ما بين البلديات يفترض آليات مرنة لذا نجد المشرع الفرنسي منذ القرن 19نص على هيآت تفي بهذا الغرض .

(Les ententes Intercommunales) "التوافقات" ما بين البلديات :

نص القانون المؤرخ في 1884/04/05 على التعاون ما بين البلديات في شكل مرن يتمثل في التوافقات ما بين البلديات ، تحدث بواسطة رؤساء المجالس البلدية المعنية و تتعلق بعملية محددة، يتم التشاور بشأنها في إطار لقاءات ما بين المجالس البلدية المعنية .

ا تتميع هذه التوافقات بالشخصية المعنوية أو الإستقلال المالي و يتم تمويل العمليات المشتركة عن طريق إتفاقية ما بين البلديات المعنية، تترجم إلى مساهمات مالية لكل بلدية ،مما يبقي على إستقلالية كل بلدية يتم قبول هذه الإتفاقيات بإجماع مجالس البلدية المعنية([13])

Syndicat intercommunal نقابات ما بين البلديات

النقابات ما بين البلديات تنقسم إلى نوعين : إلى نقابات ما بين البلديات ذات الاختصاص الواحد و نقابات ما بين البلديات ذات الاختصاص المتعدد ،منذ إحداثهما يتمتعان بالشخصية المعنوية الإدارية و الإستقلال المالي ، يتم تمويلهما بواسطة مساهمات البلديات المعنية من ميزانيتها أو بتخصيص جزء من ضرائبها أو بواسطة موارد الإستغلال أو الإعانات ،لا تتمتع بموارد خاصة بل يتم هذا التمويل بالتصويت على إقتطاعات من ميزانية البلديات المعنية .

تتكفل النقابات ما بين البلديات ذات الإختصاص الواحد بمهمة واحدة ، تجسدت أساسا في إنجاز الإنارة الريفية في فرنسا منذ القرن التاسع عشر بموجب قانون 1890/03/22([14]) أما النقابات ما بين البلديات ذات الإختصاص المتعدد فإن مهامها متعددة لم تظهر إلا في النصف الأخير من القرن العشرين بموجب الأمر 1959/12/05 ،هناك نوع آخر من النقابات ما بين البلديات يتمثل في النقابات المختلطة بحيث يمكن لبلديات إحداث نقابات مختلطة مع مؤسسات جهوية أو محافظات أو مؤسسات ذات طابع إداري أو مع مؤسسات عمومية للتعاون ما بين البلديات .

Communauté urbaine المجموعة العمرانية :

تتشكل المجموعة العمرانية من عدة بلديات متجاورة ، تشكل بمجرد إحداثها فضاء يضم500000 نسمة، تهدف لتحقيق مشروع تنموي عمراني أو لتهيئة إقليمية ،تحل محل جميع المؤسسات السابقة المكلفة بهذه المشاريع، و تحول لها الصلاحيات المخولة لهذه المؤسسات المتواجدة سابقا قانونا أو بموافقة مجالس البلديات المعنية ، تحدث على شكل مؤسسة تعاون ما بين البلديات ،أحدث هذا النوع من مؤسسات التعاون ما بين البلديات بموجب القانون 1966/12/31 ،يتم تمويلها بواسطة ضرائب خاصة أو بإعتماد رسم مهني موحد تتولى تحصيله ، تستفيد كذلك من موارد متعددة كالإعانات و القروض([15]) .

النقابات التجمعات الحضرية الجديدة : Syndicat d'agglomération nouvelle

تهدف نقابات التجمعات الحضرية الحديثة كمؤسس

إسهامات في التنمية الإقتصادية و التهيئة العمرانية ، ما يميزها هو طبيعة تمويلها الذي يرتكز على التصويت على رسم مهني واحد يحصل في مجموع إقليم البلديات المشكلة لنقابة التجمعات الحضرية ،أحدثت في فرنسا بموجب القانون 1966/12/31 .

مجموعات البلديات Communauté de communes :

يتميز هذا النوع من هيآت التعاون ما بين البلديات بالإختيارات الممنوحة لها في التمويل ،بحيث يمكنها أن تمول بواسطة رسم إضافي على الضرائب المباشرة للبلديات أو بتأسيس رسم مهني خاص بالإقليم الذي تشترك فيه البلديات المعنية بنسبة موحدة في حالة وجود منطقة نشاط إقتصادي بهذا الإقليم أو تمويل بواسطة رسم مهني واحد يحصل من قبل مجموعات البلديات مكان البلديات المعنية بهذا التعاون المشترك كما يمكنها اللجوء إلى التمويل المختلط من خلال إستعمال أساليب التمويل الثلاثة المذكورة أعلاه .

المجموعات الحضرية : Communauté d'agglomération

يتعلق الأمر بتجمع لبلديات حضرية متجاورة تكون مجموعة حضرية مشكلة من أكثر من 50000 نسمة .

تتولى مكان البلديات المكونة لها ، إختصاصات تتعلق بالتنمية الإقتصادية و التهيئة العمرانية و التوازن الإجتماعي للسكن و سياسة المدينة ([16]) كما يجب عليها ممارسة ثلاثة صلاحيات من بين الصلاحصات الآتية:

شبكة الطرقات، شبكة المياه الصالحة للشرب ، شبكة المياه المستعملة، البيئة و إطار الحياة، الهياكل الرياضية و الثقافية ذات البعد المشترك ما بين البلديات المعنية .

تمويل هذا النوع من المؤسسات التعاون ما بين البلديات يتم بواسطة عدة أنواع من التمويل كالضرائب الخاصة عن طريق رسم مهني واحد أو رسوم رفع القمامات و النظافة أو رسم الإقامة أو رسم الإشهار ورسم تزويد بالكهرباء ،و هذا مداخيل المسكوك و العقارات التابعة للمجموعة الحضرية ، أو موارد الإستغلال التي تحصل عليها من خلال الخدمات المقدمة للجمعيات و الخواص و الإدارات العامة ، و الإعانات و المساهمات التي تقدمها الدولة و الجهة ، والمحافظة أو البلدية وكذا الهيبات و الوصاية و القروض ومداخيل النقل المشترك ([17]).

أوردنا هذه الأشكال المقارنة للتعاون ما بين البلديات ، التي تمخضت عن التجربة الفرنسية ، بالموازات هناك تجارب لدول أخرى يمكن الإستفادة منها كتجارب دول أوربا الشمالية ، نظرا لما للتعاون ما بين البلديات من أثر على توزيع الإختصاصات و الجباية مع الدولة ومن ثم إعادة هيكلة الفضاء المحلي والوطني من القاعدة و هذا للإجابة على أزمة الحكم الراشد و ترشيد الموارد و الإمكانيات و إحداث الثروة بإحداث فضاءات إقليمية أوسع للتنافس بين مختلف المتدخلين .

الخاتمة :

إحداث فضاء للتعاون ما بين البلديات في إقليم محدد يساهم في حل عدة مسائل إدارية و مالية ، و يساعد على التنسيق ما بين البلديات المتجانسة للتكفل بالقضايا التنمية الإقتصادية و الإجتماعية و المسائل البيئية والتهيئة العمرانية، كما يحل مشكل الصراعات على الحدود ما بين البلديات([18]) التشابه ما بين البلديات في الظروف والجوارية تتطلب إنجاز مشاريع مشتركة في مجالات عدة، كالمجال الإجتماعي و الهياكل القاعدية والمرافق الرياضية و الثقافية و قد تساهم في حل مشكلة العقار خاصة في البلديات الساحلية حيث تمكن من إنشاء مناطق عمرانية ما بين عدة بلديات وفق شكل من الأشكال المنصوص عليها في مشروع تعديل قانون البلدية أو الإستفادة من الأطر القانونية لتجارب دول أخرى مع تكييفها و الظروف و الواقع الجزائري .

لجنة إصلاح هياكل الدولة و مهامها التي يرأسها السيد ميسوم صبيح ذهبت إلى هذا الإتجاه باقتراح إنشاء الجهة لكن مشروع التعديل لم يتبنى هذا الإقتراح، بالمقابل أحدث آليات أخرى للتعاون ما بين البلديات أكثر إتساع من تلك التي وردت في القانون 08/90 .

يجب التأكيد أثناء التعديل المقترح على منح الجماعات المحلية و البلديات بالأخص أطرا قانونية للتعاون ما بين البلديات مرنة وواسعة حتى تساهم في رشادة الحكم و ترشيد الموارد وتوفير الإيرادات و إتباعها بالنصوص التنظيمية وآليات تجسيدها .

الهوامش:

(1)M.Bouvier,Les Finances Locales, 11° Edition ,collection Systemes,L.G.D.J , Paris 2006 , p160.

(2) الباب الثاني من الأمر 24/67 المؤرخ في 18 جانفي 1967 ، الباب الأول –الفصل الثالث من القانون 08/90 المؤرخ في 7أفريل 1990.

(3) نصت المادة 14 من الدستور الحالي على ما يلي :"المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إيرادته و يراقب عمل السلطات العمومية ".

ونصت المادة 15 على ما يلي :"الجماعات الإقليمية هي البلدية و الولاية ،البلدية هي الجماعة القاعدية ".

نصت المادة 16على ما يلي :" يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية و مكان مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية ".

(4) المواد :من المادة 12 إلى المادة 25 من الباب الثاني :" تجمعات البلديات " من الأمر 24/67 المؤرخ في 18 جانفي 1967

(5) المادة 26 من الأمر 24/67 التي نصت على إمكانية إجراء لقاءات ما بين البلديات لمناقشة المواضيع التي تدخل ضمن إختصاصاتها و تشكل إهتمام مشترك

(6) جاء في الباب الثاني ، الفصل الثالث المعنون الأملاك و الحقوق المشاعة ما بين البلديات على إمكانية تسييرها المشترك بواسطة لجان مشكلة من مندوبي المجالس الشعبية البلدية .

(7) المادة 169من القانون 08/90 التي نصت على تمويل صندوق الضمان عن طريق الإقتطاع من ميزانية البلدية و يسجل هذا الإقتطاع في نفقات قسم التسيير و المادة 219 من مشروع تعديل القانون البلدي التي نصت على إجبارية مساهمات البلديات في تمويل هذا الصندوق ، على أن يدفع الرصيد الدائن لصندوق الجماعات المحلية للضمان المستخلص من كل سنة مالية إلى الصندوق البلدي للتضامن .

(8) نصت المادة 166 من القانون 08/90 و المادة 217 من مشروع التعديل على أوجه إنفاق صندوق التضامن المتمثلة في إعانات موجهة لقسم التسيير و إعانات موجه لقسم التجهيز و الإستثمار و

إعانات لمواجهة وضعيات صعبة ووضعيات غير المتوقعة و نص مشروع التعديل في نفس المادة على إعانات للتجهيز مقيدة بتخصيص خاص .

(9) المواد 12 إلى 25 من الأمر 24/67 التي نصت على إحداث و تسيير نقابات ما بين البلديات.

(10) المادة 26 من الأمر 24/67 نصت على كيفيات التشاور ما بين البلديات حول المواضيع ذات الإهتمام المشترك .

(11) المواد 27 إلى 32 من الأمر 24/67 التي نصت على لجان تسيير الأملاك و الحقوق المشاعة .

(12) مداخلة السيد مصطفى دريوش ، رئيس لجنة الشؤون القانونية و الإدارية و حقوق الإنسان لمجلس الأمة ، حول تكييف نظام الإدارة المحلية بالجزائر مع الحقائق الوطنية ، بتاريخ 2002/10/17 ، ندوة فكرية، منشورات مجلس الأمة 2004.

(13)M.Bouvier , Les Finances Locales ,11° ed .paris .L.G.D.J , 2006 Page 161

(14)M.Bouvier , Les Finances Locales ,11° ed .paris .L.G.D.J , 2006 Page 161

(15)M.Bouvier , Les Finances Locales ,11° ed .paris .L.G.D.J , 2006 Page 163

(16)M.Bouvier , Les Finances Locales ,11° ed .paris .L.G.D.J , 2006 Page 167

(17)M.Bouvier .op.cit. page 167 " on peut voir dans cette forme un système d une intégration fiscale, le germe L'instrument de la recomposition a venir du champ locale, un tel enjeu n est pas local, il est aussi nationale

Et il procède Sur le fon d une recomposition de l Etat" .

(18) وردت من بين أسباب تعديل القانون 08/90 في عرض الأسباب لمشروع التعديل الحالي

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Revue Académique de la Recherche Juridique

Revue semestrielle spécialisée/ Troisième Année/ volume 05/N° 01/2012

ISSN : 2170 - 0087

Revue Académique de la Recherche Juridique

Revue Semestrielle éditée par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Université Abderrahmane Mira de Béjaia

Directeur de la Publication
BOUDRIOUA Abdelkrim, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques - Université Abderrahmane Mira - Bejaia

Rédacteur en Chef
REDDAF Ahmed, Professeur à la Faculté de droit - Université Abderrahmane Mira de Bejaia

Comité scientifique

-ZOUAIMIA Rachid, Professeur à la Faculté de Droit, UAM Bejaia

- REDDAF Ahmed**,** Professeur à la Faculté de Droit, UAM Bejaia

- BOUDRIOUA Abdelkrim, Maitre 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

- MENTRI Messaoud, Professeur à la Faculté de Droit, Université Annaba.

Université Abderrahmane Mira-Bejaia
FACULE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
Campus Aboudaou
Tel/Fax : 034229357 – Email : 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 contribution, 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 14 pour développements et taille 12 pour les notes.

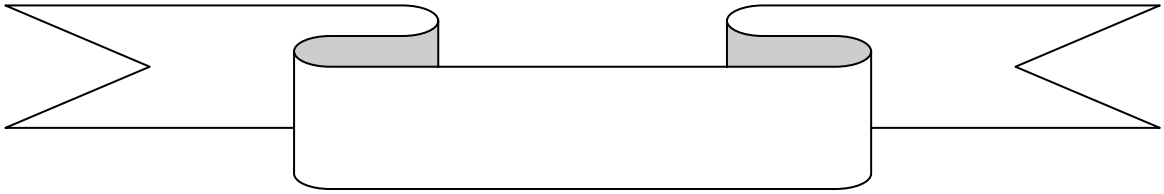
Les articles doivent être remis ou transmis en 1 exemplaire format papier accompagné d'un CD.

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

Sommaire

- **Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence.**

Rachid ZOUAÏMIA …… 06



Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence

Par **Rachid ZOUAÏMIA**
Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A. Mira de Béjaïa

Introduction

L'histoire du droit algérien de la concurrence est liée de manière consubstantielle aux réformes engagées durant la fin des années 1980. Dès l'année 1988, les pouvoirs publics engagent une série de réformes qui s'inscrivent dans le sens d'une libéralisation mesurée de l'économie[1] et ce, sous l'effet d'une crise plurielle qui, de latente, devient subitement patente à la suite d'une chute brutale des recettes en devises engrangées par les exportations d'hydrocarbures. Il a fallu toutefois attendre l'entrée en vigueur de la Constitution de 1989 pour que le législateur puisse mettre en œuvre les réformes libérales en gestation à l'époque. Dans la mesure où celle-ci est vidée de l'idéologie socialiste, on assiste à la promulgation d'une loi relative aux prix qui, sous ce titre anodin, consacre pour la première fois le principe cardinal de l'économie libérale : celui de la libre concurrence. Celle-ci sanctionne les pratiques concertées ainsi que les abus de position dominante comme elle dispose que tout acte de concentration d'entreprises ayant pour effet de contrôler une part significative du marché national doit être soumis à une autorisation préalable[2].

Il reste qu'il a fallu attendre l'adoption de la Constitution de 1996 pour que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie soit solennellement consacré : l'article 37 de celle-ci

[1] Les limites qui s'imposent aux pouvoirs publics résultent notamment des dispositions de la Constitution de 1976 qui était encore en vigueur à l'époque.

[2] Loi n° 89-12 du 5 juillet 1989 relative aux prix, *JORA* n° 29 du 19 juillet 1989 (abrogée).

dispose en effet que "la liberté du commerce et de l'industrie est garantie. Elle s'exerce dans le cadre de la loi"[3].

La mise en branle de réformes économiques dans le sens de la construction d'une économie de marché a été entreprise au plan juridique par une vaste opération de réception de l'ordre juridique libéral. Les catégories juridiques à la base de l'économie de marché sont introduites dans le droit interne qui subit de profondes mutations : il en est ainsi du principe cardinal de libre concurrence qui, avec la promulgation de l'ordonnance du 25 janvier 1995[4], marque le pas du passage d'une économie administrée à une économie de marché. Le texte en cause, qui constitue un élément clé du programme de réformes économiques, vise à favoriser le développement d'une saine concurrence entre les entreprises comme il prévoit la libre fixation des prix des services et produits par la loi de l'offre et de la demande. L'ordonnance en question est toutefois abrogée et remplacée par une nouvelle ordonnance promulguée en 2003[5]. Selon l'exposé des motifs du texte, plusieurs raisons expliquent la refonte de la législation :

La première "a trait à la séparation des règles relatives à la concurrence (portant sur les ententes et accords illicites, abus de position dominante et les concentrations) des règles sur les pratiques commerciales (défaut de facturation, non affichage des prix…) ;

La deuxième raison est liée à la nécessité de rompre avec le caractère répressif de notre législation et de mettre en place des mécanismes de concertation favorisant le contact et la coopération entre l'Administration du commerce, le Conseil de la Concurrence

---

[3] Constitution du 28 novembre 1996, promulguée par décret présidentiel n° 96-438 du 7 décembre 1996, *JORA* n° 76 du 08 décembre 1996, modifiée par loi n° 02-03 du 10 avril 2002, *JORA* n° 25 du 14 avril 2002, modifiée par loi n° 08-19 du 15 novembre 2008, *JORA* n° 63 du 16 novembre 2008.

[4] Ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, *JORA* n° 09 du 22 février 1995 (abrogée).

[5] Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20 juillet 2003.

et les entreprises, en vue de familiariser ces dernières au fonctionnement concurrentiel du marché ;

La troisième raison est liée à la réhabilitation du Conseil de la Concurrence dans son rôle de principal régulateur du marché ;

La quatrième raison, a trait aux exigences de l'intégration à l'économie régionale (Union Européenne) et mondiale (OMC) impliquant incontestablement la modernisation et l'harmonisation de notre législation nationale en matière de concurrence"[6].

Enfin, l'ordonnance de 2003 a fait l'objet de deux amendements : le premier en 2008[7] et le second au cours de l'année 2010[8].

L'ordonnance de 2003 relative à la concurrence modifiée et complétée reproduit *in extenso* la législation française en interdisant un ensemble de pratiques considérées comme restrictives de concurrence : on y recense les ententes, les abus de domination, les pratiques de prix prédateurs ou encore les exclusivités, ce à quoi il faut ajouter la soumission de certaines opérations de concentration au régime de l'autorisation préalable.

S'agissant plus particulièrement des ententes, elles retiennent d'autant plus l'attention de l'observateur en ce qu'elles obéissent à un régime à la fois complexe et subtil. Si elles sont prohibées au plan du principe, il reste que le législateur prévoit un régime d'exemption qui dénote le caractère relatif de l'interdiction.

I – Le principe de la prohibition des ententes entre entreprises

---

[6] *Motifs ayant justifié l'adoption de la nouvelle ordonnance*, Communication de l'Algérie à la Cinquième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Antalya (Turquie), 14-18 novembre 2005.

[7] Loi n° 08-12 du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 36 du 2 juillet 2008.

[8] Loi n° 10-05 du 15 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 46 du 18 août 2010.

En vertu de l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence, "Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence dans un même marché ou, dans une partie substantielle de celui-ci, les pratiques et actions concertées, conventions et ententes expresses ou tacites".

A la lecture de telles dispositions, on constat que toute entente de nature à limiter la concurrence est déclarée illicite. Toutefois, l'analyse des textes permet de nuancer une telle affirmation.

A – Les critères de l'illicéité de l'entente

L'entente doit être analysée comme un concours de volontés entre des entités indépendantes qui décident de coordonner leur comportement sur le marché. Elle tombe sous le coup de la loi et est réprimée comme telle par le droit de la concurrence lorsqu'elle a pour objet et/ou a ou peut avoir pour effet de limiter ou fausser le jeu de la concurrence. On relève ainsi que l'entente n'est pas interdite *per se*. Encore faut-il qu'elle réunisse deux conditions pour être déclarée illicite : l'entente doit d'abord résulter d'un concours de volontés ; elle doit par ailleurs avoir pour objet et/ou avoir pour effet de limiter ou fausser le jeu de la concurrence.

1 – Le concours de volontés

a - Les participants à la concertation ou les auteurs

L'entente doit être imputable à des entreprises. La nature des sujets du droit de la concurrence est définie par l'article 3 de l'ordonnance qui précise que l'entreprise se définit comme "toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant d'une manière durable des activités de production, de distribution, de services ou d'importation"[9]. Le législateur semble s'être inspiré de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans un arrêt du 23 avril 1991, la définit ainsi : "Toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de

[9] Art. 3 a) de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence.

financement"[10], l'activité économique étant définie comme "toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné" [11] ou encore, toute "activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques"[12]. Dans une autre affaire plus ancienne, l'entreprise "est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé"[13].

Ainsi, le législateur algérien s'en tient à une définition fonctionnelle et économique et non juridique de la notion d'entreprise. Pour les besoins de l'application de la loi, il est ainsi fait abstraction de la qualification ou du statut juridiques de l'entité qui intervient sur le marché.

En vertu de l'article 2 de l'ordonnance de 2003, les dispositions de celle-ci s'appliquent :

"- aux activités de production, y compris agricoles et d'élevage, aux activités de distribution dont celles réalisées par les importateurs de biens pour la revente en l'état, les mandataires, les maquignons et chevillards, aux activités de services, d'artisanat et de la pêche, ainsi qu'à celles qui sont le fait de personnes morales publiques, d'associations et de corporations professionnelles, quels que soient leur statut, leur forme et leur objet ;

- aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché.

Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique".

- L'exigence d'une activité économique : Le droit de la concurrence à vocation à appréhender toute activité humaine pourvu que celle-ci soit économique, c'est-à-dire qu'elle puisse être

---

[10] CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höfner, Fritz Elser, C-41/90, curia.europa.eu/

[11] CJCE, 18 juin 1998, Commission/ Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36, curia.europa.eu/.

[12] Déc. Comm. eur., 20 juillet 1999, n° 2000/12, Coupe du monde de football, 1998, europa.eu/

[13] CJCE, 13 juillet 1962, aff. 19/61, Mannesman, curia.europa.eu/

présente sur un marché où se rencontrent l'offre et la demande. Aux fins de l'application de la loi, pour que l'agent ou l'entité soit considéré comme une entreprise, il est nécessaire que lui soit reconnu l'exercice d'une activité économique sur un marché. C'est ainsi qu'une personne qui achète un produit quelconque sur un marché pour sa consommation personnelle ne peut être envisagée comme une entreprise.

- Les éléments indifférents à la qualification d'entreprise : La distinction entre activité économique et activité non économique peut être complexe. S'il ne fait nul doute qu'une entreprise privée intervenant sur un marché doit se soumettre aux dispositions de la loi, la solution n'est pas des plus évidentes pour les personnes publiques ou encore les syndicats, les organisations professionnelles, les ordres professionnels. Dans le cas des personnes publiques, elles sont soumises au même titre que les personnes privées au droit de la concurrence, pourvu qu'elles exercent des activités économiques et non des missions régaliennes[14] ou des activités sociales fondées sur le principe de solidarité.

La notion d'activité économique est entendue au sens large dans la mesure où se trouvent concernées les associations[15] et corporations professionnelles. Il a par exemple été considéré en droit français que l'activité de commissaire-priseur constituait une "activité économique" qui relève du dispositif ayant trait à la

[14] Lorsque la personne publique exerce des missions régaliennes, elle peut toutefois se voir appliquer les règles de la concurrence par effet de ricochet, comme par exemple lorsqu'elle impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 6 ou renforce les effets de telles ententes. Dans un tel cas de figure, c'est le juge administratif et non le Conseil de la concurrence qui est compétent pour apprécier la conformité de l'acte aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence.

[15] A titre d'exemple, en France, a été considérée comme une activité de services la mise à disposition par une association chargée de l'organisation de manifestations culturelles ou commerciales, de locaux d'exposition à des antiquaires et brocanteurs. Voir, Commission française de la concurrence, *Rapport annuel 1984*, p. 11.

concurrence. La même solution a été adoptée dans le cas des autres professions libérales. S'agissant enfin des organismes professionnels, les syndicats ou associations professionnelles, si ceux-ci n'exercent pas d'activité économique, il n'en demeure pas moins qu'ils sont soumis aux dispositions de l'ordonnance dès lors que les pratiques qui leur sont imputables ont associé leurs adhérents, lesquels exercent une activité d'une telle nature.

Lorsque les entreprises en cause concluent une entente, il est toutefois nécessaire de s'interroger sur leur statut dans la mesure où l'entente doit être imputable à des entreprises autonomes : elles doivent être juridiquement distinctes et économiquement indépendantes l'une de l'autre. En effet, l'entente suppose le concours de volontés entre entreprises autonomes aux plans juridique et économique. Comme a pu le souligner la Commission française de la concurrence, "Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres"[16].

Il s'ensuit qu'en toute logique, les dispositions de l'ordonnance ne s'appliquent qu'au concours de volontés entre entreprises juridiquement et économiquement autonomes. On en déduit que sont exonérées les ententes entre entreprises d'un même groupe : les filiales contrôlées par une société mère n'ont pas d'autonomie juridique et forment une seule entité économique au sens du droit de la concurrence[17]. A ce titre, elles échappent à l'application des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance. C'est ainsi que le Conseil de la concurrence français estime que "Selon une jurisprudence constante, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intragroupes, dès lors que les filiales ne disposent pas d'une autonomie commerciale". Toutefois, et en revanche, il a été jugé que dans le cas d'un marché, "si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces

---

[16] Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2009*, p. 185, www.autoritedelaconcurrence.fr/

[17] Voir, Charley Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, Litec, Paris, 1991.

offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, elles ne sont plus indépendantes"[18].

Y échappent également les accords entre une entreprise et ses intermédiaires lorsque ces derniers interviennent pour le compte de l'entreprise (à titre d'exemple, on peut citer les accords entre une entreprise et son agent commercial). On applique ici la règle selon laquelle si l'intermédiaire exerce son activité au profit d'un commettant, il est considéré comme auxiliaire intégré dans l'entreprise de ce dernier. Il est tenu de suivre les instructions de son commettant et forme avec ce dernier une unité économique.

b – Les formes de concertation

Les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance couvrent les accords entre entreprises, les décisions d'association d'entreprises, enfin les pratiques concertées.

- **Les accords entre entreprises :** L'accord de volontés peut être formel ou tacite, écrit ou même verbal, résulter d'une structure organique ou contractuelle. Il peut d'abord être horizontal (c'est-à-dire réunissant des entreprises situées au même niveau dans une filière comme dans le cas d'une entente entre les producteurs)[19]. Il peut également être vertical (c'est-à-dire conclu entre entreprises situées à des niveaux différents dans une filière : par exemple entre distributeurs et fournisseurs).

---

[18] Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2009*, op. cit., p. 188.

[19] A titre d'exemple, on peut citer l'entente entre les 4 fabricants de lessives (Unilever, Procter & Gamble, Henkel et Colgate Palmolive), les entreprises ayant coordonné leurs stratégies commerciales en décidant en commun les prix de vente et les promotions qu'elles entendaient pratiquer auprès de la grande distribution en France. Cette collusion généralisée sur les lessives, qui a duré de 1997 à 2004, "a permis aux fabricants de restreindre la concurrence pendant près de 6 ans dans ce secteur en France, en maintenant les prix payés par les consommateurs à des niveaux plus élevés que ceux qui auraient résulté d'une compétition non faussée" (Autorité de la concurrence, Communiqué du 8 décembre 2011, www.autoritedelaconcurrence.fr/).

La question des accords se pose avec acuité dans le domaine sensible des marchés publics et notamment dans la répartition de tels marchés entre entreprises dans le cadre de la mise en place de groupements afin de soumettre une offre commune. Une telle pratique n'est pas interdite *per se*. A titre d'exemple, le décret présidentiel portant réglementation des marchés publics dispose en son article 59 que "Lorsque l'intérêt de l'opération le justifie, la possibilité de soumissionner dans le cadre d'un groupement d'entreprises, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence, doit être prévue dans le cahier des charges.
Les soumissionnaires, dans le cadre d'un groupement d'entreprises, doivent intervenir sous la forme d'un groupement solidaire ou d'un groupement conjoint"[20].

Ainsi, si la constitution de groupements aux fins de soumettre une offre commune n'et pas interdite en soi, il reste qu'elle n'est permise que si elle a été prévue, et donc autorisée, dans le cahier des charges. Par ailleurs, les concertations entre entreprises membres du groupement restent soumises aux règles définies par l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence.

- Les décisions d'associations d'entreprises : Contrairement au droit français qui n'inclut pas expressément dans le champ d'application de la loi les décisions prises par des associations d'entreprises, la législation algérienne a pris en charge une telle question en ce que l'article 2 de l'ordonnance relative à la concurrence prévoit que ses dispositions sont applicables aux

[20] Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, *JORA* n° 58 du 7 octobre 2010 (rectificatif *JORA* n° 75 du 8 décembre 2010), modifié et complété par décret présidentiel n° 11-98 du 1er mars 2011, *JORA* n° 14 du 6 mars 2011, modifié et complété par décret présidentiel n° 11-222 du 16 juin 2011, *JORA* n° 34 du 19 juin 2011, modifié et complété par décret présidentiel n° 12-23 du 18 janvier 2012, *JORA* n° 04 du 26 janvier 2012 (Le groupement est réputé solidaire lorsque chacun des membres du groupement s'engage pour l'exécution de la totalité du marché, il est conjoint lorsque chacun des membres du groupement s'engage à exécuter les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché).

associations et aux corporations professionnelles, quels que soient leur statut, leur forme et leur objet.

En effet, si les associations d'entreprises, les syndicats professionnels ainsi que les corporations professionnelles n'exercent pas d'activité économique au sens de l'article 3 de l'ordonnance, soit des activités de production, de distribution, de services ou d'importation, il reste que de tels groupements sont susceptibles d'abriter des actions concertées entre leurs membres. C'est la solution retenue par le Conseil de la concurrence français dans un avis où il est noté que "le fait que le support d'une entente soit une association ou un syndicat professionnel n'exerçant pas d'activité économique n'exclut pas de lui appliquer le droit des ententes, dès lors que les pratiques ont associé des adhérents qui exercent bien une telle activité et qu'elles sont susceptibles d'affecter une telle activité. Par ailleurs, l'élaboration et la diffusion, à l'initiative d'une organisation professionnelle, d'un document destiné à l'ensemble de ses adhérents constitue une action concertée"[21]. Dans d'autres hypothèses, le syndicat sert de lieu de rencontre et de support logistique à la concertation dans laquelle ses représentants jouent un rôle actif dans la mise en œuvre de l'entente, de sorte que les actes imputables aux organes du groupement professionnel sont susceptibles d'être qualifiés d'accords ou de pratiques concertées entre les membres de l'association et de tomber sous le coup de la loi. On peut mentionner à titre d'exemple un règlement professionnel, une circulaire, un barème ou encore les statuts de l'association, des recommandations, des avis, voire des informations[22].

- **Les pratiques concertées :** La notion de pratique concertée est née aux Etats-Unis puis reprise dans le traité de Rome en 1957. En

[21] Cons. Conc., Avis 03-A-18 du 15 octobre 2003, www.conseil-concurrence.fr/

[22] A titre d'exemple, le Conseil français de la concurrence a sanctionné plusieurs syndicats de médecins pour avoir été, de la fin de l'année 2001 au début de l'année 2005, à l'origine d'actions concertées avec leurs adhérents afin d'obtenir une hausse artificielle de leurs honoraires. Voir, Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2008*, p. 187, www.autoritedelaconcurrence.fr/

l'absence d'une définition de la notion dans les textes, c'est la Cour de justice qui a été amenée à en préciser les contours. Elle estime que la pratique concertée peut être définie comme "une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence"[23], cette coopération ayant pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché. Dans l'arrêt Suiker Unie, la CJUE a ajouté que la coordination devait être considérée "compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume et du caractère dudit marché" [24] . La jurisprudence européenne ajoute que la conception inhérente aux règles de concurrence exige que "tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché. Si cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose à toute prise de contact, directe ou indirecte, entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influence le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de tenir soi-même, sur le marché"[25].

Toutefois, il reste que des actes unilatéraux au plan formel peuvent abriter des ententes : c'est le cas de lettres circulaires, de conditions générales de vente adressées par un fabricant à ses distributeurs. Dès lors que ces actes sont acceptés par les destinataires, soit tacitement, soit de manière expresse, l'entente est réputée avoir été consommée.

2 – L’effet restrictif de concurrence

Selon les termes de l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence, les ententes ne sont prohibées que "lorsqu'elles ont

[23] CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 64, curia.europa.eu/.
[24] CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Suiker Unie, point 26, op. cit.
[25] TPICE, 24 oct. 1991, Petrofina, att. n° 223, n° 31, Rec. 8/II, 867.

pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence dans un même marché ou, dans une partie substantielle de celui-ci". Ainsi, le droit de la concurrence n'interdit pas toute forme d'entente. Pour qu'elle tombe sous le coup de la loi, encore faut-il qu'elle soit restrictive de concurrence soit par son objet, soit par ses effets. En outre, l'objet ou l'effet restrictif doit porter sur un même marché.

a - L'existence d'une restriction

L'ordonnance pose une condition alternative : l'entente est punie par la loi soit lorsqu'elle fausse objectivement le marché, soit lorsqu'elle a pour effet de restreindre la concurrence. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'entente ait produit des effets pour être déclarée illicite. Ainsi, "une entente dont l'objet est anticoncurrentiel peut être déclarée illicite sans avoir reçu application" [26]. Il suffit que l'entente ait un objet de nature à restreindre, fausser ou éliminer la concurrence sur le marché en cause. Ici il n'est pas nécessaire que l'entente ait été mise en œuvre et ait produit des effets restrictifs de concurrence. On en déduit "la fonction préventive de l'interdiction" [27] en ce sens que l'entente tombe sous le coup des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance dès lors qu'elle est susceptible de restreindre la concurrence ou qu'elle comporte des effets potentiels.

Le droit des ententes repose sur une notion fondamentale : celle "selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché"[28]. Dans l'arrêt Suiker Unie, la Cour de justice estime que cette exigence d'autonomie s'oppose à toute prise de contact "ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on

[26] André Decocq et Georges Decocq, *Droit de la concurrence*, LGDJ, 3ème édition, Paris, 2008, p. 321.

[27] Aurelio Pappallardo, "La réglementation communautaire de la concurrence", *RIDE*, n° 3, 1994, p. 359.

[28] CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 173, op. cit. ; CJCE, 14 juillet 1981, aff. 172/80, Züchner, points 13 et 14, curia.europa.eu/

envisage de, tenir soi-même sur le marché"[29]. On comprend ainsi que l'objet ou l'effet anticoncurrentiel d'une entente soit jugé en fonction de son impact sur l'autonomie des entreprises. Ce qui est en jeu, c'est le degré d'incertitude qui doit entourer la stratégie des entreprises. Dès lors qu'une entente réduit une telle incertitude de l'entreprise sur la stratégie adoptée par ses concurrents, elle tombe sous le coup de la loi. A titre d'exemple, et en matière de marchés publics, tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est considéré comme une pratique restrictive de concurrence s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, eu égard au comportement des concurrents. "Cette incertitude est en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en termes de qualité et de prix pour obtenir le marché. A l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée"[30].

En somme, constituent des ententes prohibées toutes formes d'accords et de pratiques concertées qui limitent l'incertitude sur le comportement futur des membres de l'entente. Dans son rapport annuel pour l'année 2010, l'Autorité française de la concurrence estime, dans cet ordre d'idées, que le partage d'informations entre entreprises peut être qualifié de pratique concertée dans la mesure où, "Sans aller jusqu'à la constitution d'un plan commun d'action, les opérateurs partagent des informations sur les prix ou sur d'autres données que les prix, réduisant l'incertitude de chacun sur le comportement des autres. Les entreprises n'ont pas de projet commun, mais mettent en place des structures de coordination dont l'objectif est plus général : il ne s'agit pas de s'accorder sur un barème de prix (là, on est en présence d'un accord), mais de mettre en place, par exemple, un programme de lutte contre la

[29] CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 174, op. cit.

[30] Conseil de la concurrence, décision 08-D-33 du 16 décembre 2008, www.conseil-concurrence.fr/

détérioration des marges des entreprises". Le rapport ajoute que "au sens du droit de la concurrence, il y aura concordance de volontés, non seulement quand les entreprises conviennent à l'avance de leur comportement sur le marché, mais également lorsqu'elles éliminent délibérément le risque d'ignorance de leurs comportements futurs par une information réciproque et lorsque, grâce à cela, elles peuvent coordonner leur comportement"[31].

Dans le second cas de figure, l'atteinte à la concurrence est potentielle. L'entente est punie même si le résultat projeté n'a pas été effectivement atteint. A titre d'exemple, l'échange d'informations à l'occasion d'un appel d'offres pour un marché public est constitutif d'entente illicite dans la mesure où il est de nature à fausser le jeu de la libre concurrence. Il reste toutefois que la distinction entre objet et effet restrictifs n'est pas toujours aisée. C'est pourquoi les autorités en charge de la concurrence ont tendance à privilégier une approche pragmatique en privilégiant le recours à la notion d'objet anticoncurrentiel des ententes.

Au vu de la diversité des formes que peut prendre l'entente restrictive de concurrence, le législateur se contente d'en citer les exemples les plus saillants : il s'agit des accords ou pratiques concertées qui tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice d'activités commerciales par d'autres entreprises, ceux qui tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse (les ententes tarifaires), ceux qui tendent à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique, ceux ayant pour objet ou pour effet de répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ou encore qui tendent à permettre l'octroi d'un marché public au profit des auteurs de ces pratiques restrictives (le cas le plus connu étant celui de la pratique d'offres de couverture, soit des offres volontairement plus élevées que celles du concurrent auquel a été attribué le marché).

b – La localisation de la restriction : la notion de marché pertinent

---

[31] Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2010,* p. 203, www.autoritedelaconcurrence.fr/

La notion de marché pertinent ou marché en cause sert de référent essentiel à l'évaluation des effets restrictifs d'une entente. Selon l'approche la plus utilisée en droit comparé de la concurrence, la notion de marché a une composante matérielle, fondée sur la notion de substituabilité de produits ou services, et une dimension géographique. "Le marché se définit comme le lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non-substituables aux autres biens ou services offerts".

C'est l'approche retenue par le législateur algérien : en vertu des dispositions de l'article 3 de l'ordonnance, qui tient lieu de glossaire, le marché est conçu comme "tout marché des biens ou services concernés par une pratique restrictive, ainsi que ceux que le consommateur considère comme identiques ou substituables en raison notamment de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés, et la zone géographique dans laquelle sont engagées les entreprises dans l'offre des biens ou services en cause".

Quant aux critères d'appréciation de la notion de substituabilité, ils ont généralement trait, notamment, aux caractéristiques fonctionnelles, techniques du produit, à son usage, son mode de distribution, les catégories d'acheteurs, la nature de l'offre (grande distribution ou commerce de détail), l'élasticité prix-demande[32].

Si la nature du produit ou du service peut servir d'indice de la substituabilité, elle reste insuffisante et on a souvent recours à d'autres paramètres comme le comportement des utilisateurs, les spécificités techniques du produit lorsqu'elles influent de manière décisive sur le comportement des utilisateurs[33]. En termes plus simples, le Conseil de la concurrence est appelé à procéder à un

[32] Voir, Michel Glais, "Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence", *Economie rurale*, n° 277-278, 2003, pp. 23-44.

[33] Voir, Cass. Com. 22 mai 2001, Routière de l'Est, *Recueil Dalloz*, 2001, AJ. 2973.

examen concret des choix effectués par les acheteurs concernés, le cas échéant par le moyen d'une expertise, pour se prononcer sur le caractère substituable ou non des produits en cause, soit définir un ensemble de produits entre lesquels les consommateurs sont en mesure d'arbitrer : une telle entreprise nécessite la prise en compte des caractéristiques du produit, de ses fonctionnalités, mais implique également d'autres paramètres tels les évolutions de volume et de prix d'un produit donné[34].

B – Les tempéraments au principe de l'illicéité de l'entente

1 - La théorie du seuil de sensibilité

Le droit communautaire de la concurrence fixe un seuil *de minimis* en dessous duquel les opérateurs économiques ne sont pas visés par les dispositions ayant trait à la prohibition des ententes anticoncurrentielles. Cette approche formaliste de la notion de restriction a conduit à fixer des seuils en dessous desquels les entreprises parties à des accords échappent à l'application du principe de l'interdiction des ententes[35]. Lorsqu'on est en présence d'accords horizontaux entre entreprises concurrentes, et qui sont tenus pour plus nocifs aux règles de la concurrence que les accords verticaux, le seuil est de 10%[36]. En d'autres termes, lorsque les entreprises parties à un tel type d'accords détiennent ensemble

---

[34] Frédéric Jenny, Table ronde sur "Délimitation du marché pertinent et entente", Conquête de la clientèle et droit de la concurrence. Actualité et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines, www.creda.ccip.fr/

[35] *Cf.* Règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal officiel* n° L 336 du 29/12/1999, pp. 0021 – 0025 ; Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *Journal officiel* n° C 368 du 22/12/2001 pp. 0013 – 0015.

[36] *Cf.* Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, *Journal officiel* n° C 003 du 06/01/2001, pp. 0002 – 0030.

moins de 10% de parts de marché sur le marché pertinent, elles échappent à l'application du dispositif ayant trait aux ententes. S'agissant des accords entre entreprises non concurrentes, soit les accords verticaux (comme dans le cas d'accords de distribution), le seuil est fixé à 15% de parts de marché[37].

En France, le dispositif relatif à la concurrence, qui résulte de l'ordonnance de 1986 puis du Code de commerce, ne fixait pas un tel seuil. C'est la jurisprudence qui a introduit la notion de seuil de sensibilité. Dans l'affaire Rocamat, la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris, a jugé que c'est à bon droit que ladite Cour d'appel, "faisant application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et en se référant à l'interprétation donnée en droit communautaire à l'article 85, § 1, du traité, a décidé, par une appréciation concrète, qu'en l'espèce cette prohibition ne pouvait être relevée, l'accord dénoncé n'ayant qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouvant porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence"[38]. Ainsi, le juge français adopte une position pragmatique, en l'absence de textes, et se résout à traiter les ententes au cas par cas pour en déduire l'effet sensible. Dans une seconde affaire, la Cour de cassation a pu juger que "c'est à bon droit que la Cour d'appel a énoncé qu'en l'absence de toute définition légale ou réglementaire d'un seuil de sensibilité, il appartient aux juridictions saisies de vérifier dans chaque cas d'espèce si l'effet potentiel ou avéré des pratiques incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné"[39]. Les juridictions héritent ainsi, à la suite de l'Autorité de la concurrence, de larges compétences en vue de procéder à une analyse concrète du marché pertinent à l'effet de mesurer l'impact des pratiques en cause pour décider, en fonction

---

[37] *Cf.* Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, *Journal officiel* n° C 291 du 13/10/2000, pp. 0001 – 0044.

[38] Cass. Comm., 4 mai 1993, Rocamat, www.legifrance.gouv.fr/

[39] Cass. Comm., 12 janvier 1999, Zannier, www.legifrance.gouv.fr/

du contexte, si elles tombent sous le coup des dispositions du Code de commerce relatives aux ententes illicites.

Enfin, à l'occasion d'une refonte de la législation relative à la concurrence, le législateur français introduit de nouvelles dispositions dans le Code de commerce qui s'inspirent du droit européen pour fixer des seuils de sensibilité. En vertu de l' Article L464-6-1 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises ne dépasse pas soit 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'ententes horizontales, soit 15 % lorsqu'il s'agit d'ententes verticales[40].

Dans le cas algérien, ni le législateur, ni le pouvoir exécutif n'ont fixé de seuil en dessous duquel les entreprises ne sont pas passibles de poursuites. Il appartient dès lors tant au Conseil de la concurrence qu'au juge de contrôle d'analyser, au cas par cas, et en fonction de la situation du marché, l'effet sensible d'une entente sur la concurrence. On peut toutefois penser que ne sont pas visés les accords entre petites et moyennes entreprises (PME).

2 - La règle de raison

La règle de raison a été développée aux Etats-Unis et s'est progressivement substituée à la prohibition *per se* dans l'application du *Sherman Act*[41]. Il s'agit d'une une règle "reposant sur une discussion raisonnée au cas par cas, destinée à évaluer les effets du recours à des pratiques dont le caractère anticoncurrentiel n'est que présumé *a priori*"[42]. La règle a pris deux formes : la théorie des restrictions accessoires d'une part et, d'autre part, la théorie du bilan concurrentiel. "Dans le premier cas, une clause restrictive peut être jugée licite si elle est l'accessoire d'un contrat dont l'objet principal est licite. Dans le second, en l'absence

[40] L'article L464-6-2 du Code de commerce tempère quelque peu une telle règle en ce qu'il prévoit qu'elle ne s'applique pas dans un certain nombre de cas de restrictions considérées comme particulièrement graves.

[41] David Encaoua et Roger Guesnerie (éds), *Politiques de la concurrence*, Conseil d'Analyse économique, La Documentation française, Paris, 2006, p. 65 et ss.

[42] Ibid. p. 140.

d'interdictions *per se*, la méthode consiste à opérer une balance des effets pro- et anticoncurrentiels de l'accord pour déterminer s'il doit être interdit ou non"[43].

Dans le cas du droit européen, on assiste à un renouvellement de l'approche de la règle de raison à la lecture du dispositif du règlement 1/2003 [44] qu'accompagnent les lignes directrices adoptées par la Commission le 30 mars 2004 [45]. S'agissant de la théorie des restrictions accessoires, il y est précisé que "La notion restriction accessoire couvre toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée" (point 29). Elle se décompose en deux éléments : la restriction est, d'une part, directement liée et de manière indissociable à l'opération principale ; elle est par ailleurs objectivement nécessaire et proportionnée. Dans ce cas de figure, la restriction accessoire suit alors le sort de l'accord principal. Dans la mesure où ce dernier est jugé licite, la restriction accessoire échappe aux poursuites.

S'agissant de la théorie du bilan concurrentiel, elle semble condamnée par la Commission. Celle-ci estime en effet que "la mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 81, § 3" (pt. 11 *in fine*, pt. 30), c'est-à-dire dans le cadre des dispositions ayant trait aux exemptions motivées par le progrès économique[46].

---

[43] Laurence Idot, "La qualification de la restriction de concurrence : A propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE, 2004", www.courdecassation.fr/

[44] Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *Journal officiel* n° L 001 du 04/01/2003, pp. 0001 – 0025.

[45] Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, *Journal officiel*, n° C. 101 du 27 avril 2004, pp. 81-96.

[46] Sur la question en droit français, voir Blaise Jean-Bernard, "L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence",

Enfin, le droit algérien ne traite pas de la question du bilan concurrentiel. Les seules dispositions qui permettent au Conseil de la concurrence d'établir un bilan sont celles de l'article 9 qui traitent des exemptions. On pourrait toutefois se demander si le Conseil n'est pas habilité à mettre en application la théorie du bilan concurrentiel dans le cadre des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence. A titre d'exemple, c'est le cas d'une entente, manifestement illicite en vertu des dispositions de l'article 6, qui aurait toutefois des effets positifs sur la concurrence, sans pour autant remplir les conditions que pose l'article 9 pour bénéficier d'une exemption. Une telle entente pourrait être exonérée des poursuites non pas sur le registre du progrès économique, mais sur celui, par exemple, de la protection de l'environnement ou d'autres motifs d'intérêt général. On peut penser à ce que la doctrine désigne par l'expression "ententes ou cartels de dépression" dont l'objet est de faire face à une crise économique et qui font l'objet d'une réglementation dans certaines législations comme, par exemple au Japon ou Espagne. En un mot, le Conseil serait amené à replacer la pratique litigieuse dans son contexte d'ensemble pour se prononcer sur sa licéité. S'il répugne à faire sienne une telle théorie, ne reste alors aux entreprises concernées qu'à solliciter une attestation négative.

3 – Les attestations négatives

En vertu de l'article 8 de l'ordonnance relative à la concurrence, "Le Conseil de la concurrence peut constater, sur demande des entreprises intéressées, qu'il n'y a pas lieu pour lui, en fonction des éléments dont il a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une action concertée, d'une convention ou d'une pratique tels que définis aux articles 6 et 7 ci-dessus. Les modalités d'introduction de la demande de bénéficier des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par décret". De telles modalités ont été fixées par un décret exécutif daté du 12 mai 2005 qui fixe les conditions à remplir par les entreprises en cause en précisant en

---

in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX*^{ème} *siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 85.

annexe que les demandeurs doivent indiquer les avantages que procure l'objet de la demande au profit des entreprises concernées, la durée de la demande, les raisons pour lesquelles l'objet de la demande pourrait affecter la concurrence, celles pour lesquelles le comportement de l'entreprise ou des entreprises concernées n'a pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence dans un même marché, enfin les avantages que la demande est susceptible de procurer à la concurrence, aux utilisateurs et aux consommateurs[47].

De telles dispositions, que l'on ne retrouve pas en droit français, ont été purement et simplement reprises du droit européen dont le Règlement 17 du Conseil du 6 février 1962 dispose que la Commission peut constater, à la conclusion d'une procédure analogue à celle de l'article 85 par. 3 "qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard (d'une entente) en vertu des dispositions de l'article 85 paragraphe 1, ou de l'article 86 du Traité".

Contrairement à ce que suggère un auteur, l'attestation négative n'est pas une exemption délivrée en application des règles de l'article 9 de l'ordonnance ayant trait aux exemptions[48]. Si les deux procédures, exemption et attestation négative, semblent similaires, il reste que les deux types de décisions du Conseil de la concurrence diffèrent de manière fondamentale[49] :

- En accordant une exemption, le Conseil de la concurrence constate que si l'accord ou la pratique réunissent les conditions légales pour être interdits, ils présentent toutefois des avantages qui limitent leurs effets négatifs sur la concurrence, à ce titre le Conseil les agrée en accordant aux opérateurs concernés une exemption. L'idée à la base de ce type de dispositions est de ne pas entraver les pratiques bénéfiques pour l'économie.

---

[47] Décret exécutif n° 05-175 du 12 mai 2005 fixant les modalités d'obtention de l'attestation négative relative aux ententes et à la position dominante sur le marché, *JORA* n° 35 du 18 mai 2005.

[48] Mohamed Chérif Kettou, *Droit de la concurrence et pratiques commerciales*, Editions Baghdadi, Alger, 2010, p. 43.

[49] Voir, Rachid Zouaïmia, "Le Conseil de la concurrence et la régulation des marchés", *Revue Idara*, n° 36, 2008, pp. 7-45.

- En délivrant une attestation négative, le Conseil constate que l'accord ou la pratique qui lui sont soumis ne remplissent pas les conditions posées par le texte législatif pour être réprimés. Ils peuvent limiter la concurrence sans pour autant avoir un impact substantiel sur le marché, ce qui implique qu'ils ne sont pas susceptibles de poursuites en ce que de tels comportements d'entreprises (accords, décisions, pratiques) n'enfreignent pas la prohibition de l'article 6 du dispositif légal.
- Enfin, dans le cas de la mise en œuvre des dispositions de l'article 8, le Conseil de la concurrence délivre une attestation, lorsque les entreprises sollicitent l'application des dispositions de l'article 9, le Conseil délivre une autorisation.

La procédure de l'attestation négative a pu être décrite comme mesure préventive et pédagogique. "L'ordonnance en vigueur intègre une nouvelle disposition qui consacre une mesure préventive et pédagogique, à travers l'attestation négative. En effet, en vertu de cette nouvelle procédure, les entreprises dont les comportements sont susceptibles d'être non conformes aux règles de la concurrence, peuvent demander au Conseil de la Concurrence de vérifier si les pratiques ou accords qu'elles souhaitent mettre en œuvre peuvent être considérés comme compatibles avec cette loi et bénéficier ainsi d'une attestation négative"[50].

II – L'exception au principe : les exemptions

Dans la mesure où le principe de libre concurrence n'est pas une fin en soi, il est nécessaire que le principe de l'interdiction des ententes ne soit pas appliqué de manière rigide en ce sens où à côté des ententes nuisibles à une saine compétition entre entreprises, il en existe d'autres de nature à favoriser l'innovation et le progrès économique. C'est pourquoi le législateur, s'inspirant du droit français et de celui de l'Union européenne, a prévu un régime d'exemption au profit de certaines ententes. Toutefois, la question

[50] *Relations entre les autorités de concurrence et les instances de réglementation sectorielles en particulier en ce qui concerne l'abus de position dominante*, Communication de l'Algérie Soumise à la Septième session du Groupe Intergouvernemental d'Experts du Droit et de la Politique de la Concurrence de la CNUCED, Genève, 30 octobre - 2 novembre 2006.

qui se pose consiste à se demander jusqu'à quel point doit-on assouplir l'application du droit de la concurrence[51].

Au plan du principe, toute pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter ou fausser la concurrence sur marché est prohibée et sanctionnée comme telle par le Conseil de la concurrence. Toutefois, l'ordonnance relative à la concurrence prévoit un régime d'exemptions au profit de pratiques qui tombent sous le coup des dispositions de l'article 6 relatives aux ententes.

En vertu des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance relative à la concurrence, "Ne sont pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7, les accords et pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application.

Sont autorisés, les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché. Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords et pratiques qui ont fait l'objet d'une autorisation du Conseil de la concurrence".

Ainsi, l'interdiction des ententes telle que formulée à l'article 6 de l'ordonnance n'est pas absolue en ce que l'article 9 du même texte prévoit que de telles dispositions peuvent être déclarées inapplicables dans deux cas de figure :

- lorsque les accords et pratiques "résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application" ;
- dans le cas où, après notification, il est admis que les accords et pratiques "ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché".

A - L'exception législative ou réglementaire

---

[51] Michèle Rioux, *Penser la concurrence dans le contexte de la globalisation économique*, Université du Québec à Montréal, Août 2001, www.unites.uqam.ca/gric/

Dans le cas d'une exemption législative, on constate l'inutilité du texte de l'alinéa 1er de l'article 9 en ce sens qu'il va de soi qu'une loi spéciale l'emporte sur un dispositif législatif général selon la maxime *specialia generalibus derogant.*

Au plan pratique, l'exemption peut être mise en œuvre par un texte législatif ou réglementaire pris pour son application dans certaines situations de crise qui nécessitent l'intervention des pouvoirs publics en vue de réguler le marché. Diverses mesures ayant des effets restrictifs de concurrence peuvent être envisagées comme la programmation prévisionnelle de la production en fonction des débouchés, la limitation du volume de la production, la restriction à l'accès de nouveaux opérateurs, la fixation de prix de cession des matières premières[52].

S'agissant des exemptions résultant d'un texte réglementaire, le texte de l'ordonnance précise qu'il doit être pris en application d'un texte législatif. Il appartient dès lors au Conseil de la concurrence de vérifier que les textes réglementaires invoqués ont bien été pris directement pour l'application d'une loi, faute de quoi ils ne peuvent être invoqués par les parties à l'entente pour justifier le comportement restrictif de concurrence. Cette règle exclut les règlements autonomes, soit les décrets présidentiels, dans la mesure où en application des dispositions de l'article 125 de la Constitution, l'application des lois relève du domaine réglementaire du Premier ministre. Par ailleurs, la matière de la concurrence fait partie des attributions réservées au législateur, de sorte qu'elle ne peut relever des matières réservées au règlement autonome.

La notion de texte réglementaire d'application d'une loi ne recouvre donc pas l'ensemble des dispositions réglementaires qui peuvent être rattachées plus ou moins étroitement à l'application d'un texte législatif. Elle vise uniquement les dispositions qui constituent les mesures d'exécution d'une loi ou d'une ordonnance. L'analyse est effectuée au cas par cas et l'Autorité de la concurrence interprète les dispositions du Code de commerce de manière

---

[52] Sur la question des exemptions législatives et réglementaires en France, voir André Decocq et Georges Decocq, *Droit de la concurrence*, op. cit., p. 375.

restrictive. Ainsi, la pratique décisionnelle de l'Autorité révèle qu'un arrêté ministériel pris en application d'un décret (et non d'un texte législatif) ne peut permettre de justifier une pratique anticoncurrentielle [53] "Il a ainsi été considéré qu'un arrêté interministériel, pris pour l'application d'un décret d'application d'une loi n'était pas susceptible d'être invoqué par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, ce type d'arrêté n'étant que très indirectement lié à l'application d'une loi"[54].

Par ailleurs, il a été jugé que le seul fait "qu'une pratique soit encouragée par les pouvoirs publics et connue de ceux-ci ne suffit pas à la justifier" au titre des dispositions relatives à l'exemption législative ou réglementaire. Une pratique restrictive de concurrence et imputable à des entreprises ne peut être exemptée que si elle est imposées soit par la loi, soit par un texte réglementaire pris en application d'une loi, étant précisé que s'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de discuter du bien-fondé de l'exemption, ceci ne signifie pas qu'il soit incompétent pour apprécier les pratiques en cause. Il lui appartient en effet de vérifier si de telles pratiques sont couvertes par les dispositions de l'ordonnance et si le texte législatif ou réglementaire prévoit expressément une telle exemption.

En droit français, les dispositions du Code de commerce relatives aux exemptions législatives et réglementaires sont souvent invoquées dans le cas de marchés qui font l'objet d'un encadrement sectoriel réglementé important, dont l'objectif est parfois précisément d'affecter le fonctionnement de la concurrence. Quant à l'Autorité de la concurrence, elle considère généralement que le fait qu'une réglementation comporte des restrictions au jeu de la concurrence ne fait pas systématiquement obstacle à l'application du droit de la concurrence.

---

[53] Voir, Aurélien Condomines, *Le nouveau droit français de la concurrence*, Jurismanager, Paris, 2009, p. 231.

[54] OCDE, *La justification de pratiques par l'existence d'une réglementation : France*, Groupe de travail sur la concurrence et la réglementation, DAF/COMP/WP2/WD(2011)2, 14 Février 2011, p. 4.

Enfin, le texte invoqué par les auteurs d'une pratique restrictive doit être antérieur au comportement jugé illicite. "Le recours à un texte postérieur aux faits litigieux permettrait la disparition rétroactive du caractère illicite des comportements constatés et, en conséquence, la non-application du principe de prohibition des pratiques anticoncurrentielles ; par le refus de toute rétroactivité l'Autorité de la concurrence cherche donc à réduire l'impact de l'ordre de la loi en tant que fait justificatif"[55]. Ainsi, la confirmation législative ou réglementaire a posteriori d'une pratique déjà mise en œuvre ne devrait pas exclure la sanction de cette pratique, à tout le moins pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du texte législatif ou réglementaire concerné[56]. A titre illustratif, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par une association interprofessionnelle de producteurs de fraises, celle-ci a invoqué la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques pour justifier le bien fondé de son action : elle a pu soutenir que le regroupement des producteurs était justifié par les difficultés spécifiques que connaissait le secteur, d'autre part, la réglementation applicable au secteur en période de crise était inapplicable en l'espèce, ce qui a justifié l'intervention du législateur, enfin, que des décisions urgentes devaient être prises. Toutefois, le Conseil de la concurrence a rejeté l'argumentation en considérant que les dispositions de ladite loi, à supposer qu'elles aient trouvé à s'appliquer en l'espèce, étaient intervenues postérieurement à la mise en œuvre des pratiques reprochées, de sorte que l'association interprofessionnelle ne pouvait valablement les invoquer pour justifier ces pratiques[57].

Sur le registre des exemptions législatives dans le cas algérien, dans le secteur de l'agriculture, et dans le cadre de la politique nationale de soutien aux activités agricoles, l'Etat

---

[55] Ibid.

[56] Aurélien Condomines, *Le nouveau droit français de la concurrence*, op. cit., p. 232.

[57] Décision 03-D-36 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des fraises produites dans le Sud-ouest, *in* OCDE, *La justification de pratiques par l'existence d'une réglementation : France*, op. cit. pp. 4-5.

encourage la constitution d'organisations professionnelles agricoles et leur promotion en application de la loi du 3 août 2008[58]. Celle-ci prévoit en son article 54 la constitution de coopératives agricoles ayant pour objet :

- d'effectuer ou de faciliter les opérations de production, de transformation, d'achat ou de commercialisation ;
- de réduire au profit de ses membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et le prix de vente de certains produits et de certains services ;
- d'améliorer la qualité des produits fournis à ses membres et de ceux produits par ces derniers".

De telles dispositions autorisent manifestement la constitution d'ententes à l'abri des coopératives agricoles dans la mesure où la loi autorise la concertation entre les membres, s'agissant notamment de la question de la réduction des prix de revient et de vente qui implique des décisions communes.

On retrouve par ailleurs sensiblement les mêmes dérogations aux dispositions de l'article 6 de l'ordonnance relative à la concurrence dans le dispositif de l'article 60 de la loi d'orientation agricole qui prévoit que "Deux ou plusieurs exploitants agricoles peuvent par acte authentique, constituer un groupement d'intérêts communs agricoles pour une durée déterminée dans le but, notamment :

- de mettre en œuvre tous les moyens qu'ils jugent nécessaires pour développer l'activité agricole et économique de chacun deux ;
- d'améliorer ou accroître les résultats de cette activité et réaliser des économies d'échelles".

Là encore le législateur autorise les exploitants agricoles à agir de manière concertée dans le cadre des groupements d'intérêts communs agricoles dans la mesure où la mise en œuvre de tous les moyens pour le développement de l'activité de chacun des membres nécessite une entente sur divers volets ayant trait à l'exploitation et notamment sur les prix des produits.

B - Les exceptions liées à la notion de progrès économique

[58] Loi n° 08-16 du 3 août 2008 portant orientation agricole, *JORA* n° 46 du 10 août 2008.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1995, le législateur avait restreint la procédure d'exemption aux accords et pratiques ayant pour effet d'assurer un progrès économique ou technique. En outre, les entreprises concernées étaient simplement tenues de tenir informé le Conseil de la concurrence[59]. En vertu des dispositions de l'article 9 l'ordonnance de 2003 relative à la concurrence, "Sont autorisés, les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché".

a - Le progrès économique au sens large

Ici, il est nécessaire d'établir une distinction entre l'idée d'une règle de minimis (selon laquelle certains accords sont de trop peu d'importance pour nuire véritablement à la concurrence et ne concernent pas vraiment les autorités chargées de la concurrence) et l'idée que certains accords qui présentent des caractéristiques restrictives de concurrence méritent néanmoins de bénéficier d'une mesure d'exception en raison d'autres traits qui compensent ces caractéristiques[60].

On a pu écrire que "Le principe des exemptions est le compromis trouvé entre les deux objectifs que constituent la défense en soi du processus de concurrence et la recherche de l'efficacité économique" [61] , tandis que pour un autre auteur, "L'exemption n'est pas un simple mécanisme destiné à édulcorer le principe de prohibition des ententes. C'est un véritable instrument de la politique de concurrence"[62].

Si l'on se réfère au droit comparé, la plupart des législations dans le monde prévoient un régime d'exemptions pour cause de

---

[59] Art. 9 de l'ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, *JORA* n° 09 du 22 février 1995.

[60] Voir, CNUCED, *Loi type sur la concurrence*, Nations Unies, Genève, 2010, p. 16.

[61] David Encaoua et Roger Guesnerie (éds), *Politiques de la concurrence*, op. cit., p. 66.

[62] Catherine Prieto," Le progrès technologique dans le traitement des ententes", *RIDE*, n° 3, 2007, p. 318.

progrès économique. Parmi les éléments retenus, on relève l'amélioration de la production ou de la distribution des produits, le développement des investissements, les accords de recherche-développement (R&D), l'amélioration des conditions de l'approvisionnement du marché, l'amélioration de la compétitivité ou encore la protection de l'environnement[63].

En examinant la pratique décisionnelle de l'autorité française de la concurrence, on constate qu'à l'occasion de l'examen de diverses demandes d'exemption, elle a eu à affiner les contours de la notion de progrès économique. A titre d'exemple, dans une décision rendue en 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, l'Autorité de la concurrence a considéré "qu'elles ont contribué au progrès économique que représente le passage à un système de compensation dématérialisé des chèques interbancaires. En effet, la dématérialisation du système de compensation entraînait la création de nouvelles charges pour les banques et supposait de compenser le transfert de certaines charges, auparavant assumées par les banques tirées, aux banques remettantes. Afin d'assurer le bon fonctionnement du système de dématérialisation du traitement des chèques, il apparaissait donc nécessaire que les banques prenant part aux opérations de compensation s'accordent sur les modalités de répartition des frais ou de compensation des services rendus par l'une d'entre elles à une autre"[64].

S'agissant des accords de recherche-développement, ils semblent bénéficier d'un présupposé favorable "dans la mesure où cette coopération tend généralement à promouvoir le progrès technique et économique en permettant une rationalisation des efforts et des coûts, par les doubles emplois évités, et une diffusion large du savoir-faire"[65].

---

[63] Voir, CNUCED, *Loi type sur la concurrence*, op. cit.

[64] Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2010*, p. 235, www.autoritedelaconcurrence.fr/

[65] Catherine Prieto, "Le progrès technologique dans le traitement des ententes", op. cit., p. 321.

Les accords de coopération en recherche-développement peuvent être bénéfiques aux parties pour divers motifs. D'abord, la mise en place d'une filiale commune permet en effet aux entreprises concernées "de maintenir une certaine continuité dans les relations de long terme que nécessitent les échanges de technologie et de savoir-faire, continuité qui ne peut toujours être assurée par des transactions de marché"[66]. En outre, de tels accords permettent le partage des risques et évitent la duplication des coûts de la recherche qui sont partagés entre les entreprises. Par ailleurs, la coopération en R&D permet l'accès au financement dans la mesure où elle offre de meilleures garanties de remboursement, "ce qui atténue le problème soulevé par Schumpeter selon lequel seule la très grande entreprise génère des excédents financiers suffisants pour autofinancer la recherche"[67]. Enfin, la coopération en R&D peut être également bénéfique aux consommateurs. En effet, "le résultat d'un investissement de recherche ne peut toujours être totalement approprié par son auteur"[68], l'activité de recherche étant marquée par de fortes externalités de diffusion.

On comprend que les accords de coopération en recherche-développement puissent ainsi bénéficier des faveurs du législateur dans la mesure où ils sont susceptibles d'être profitables aux parties comme aux consommateurs.

Enfin, dans la mesure où les dispositions du texte législatif restent assez vagues, on peut penser que le Conseil est habilité à étendre l'application de l'article 9 à des accords ayant un intérêt certain pour l'économie nationale d'une manière générale et ce, dans la mesure où la notion de progrès économique ne peut avoir le même sens que dans une économie développée. A titre d'exemple, en France, la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, puis de l'Autorité de la concurrence, révèle une interprétation très restrictive des termes de la loi dans le sens où le progrès

---

[66] David Encaoua et Roger Guesnerie (éds), *Politiques de la concurrence*, op. cit. p. 78.

[67] Catherine Prieto, "Le progrès technologique dans le traitement des ententes", op. cit., p. 322.

[68] David Encaoua et Roger Guesnerie (éds), *Politiques de la concurrence*, op. cit., p. 78.

économique allégué doit "constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non seulement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées". En outre, il est nécessaire que soit établi "que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies".

On imagine mal que le Conseil de la concurrence algérien puisse avoir la même position dans son interprétation des termes de la loi dans la mesure où l'état de l'économie algérienne ne peut être comparé à celui de l'économie française. C'est pourquoi le Conseil pourrait être amené à tempérer les exigences de la loi en exonérant des accords qui auraient pour objet un intérêt social ou environnemental. On peut penser, à titre d'exemple, à des accords ayant pour objet le maintien d'une entreprise en difficulté, la défense de l'environnement ou encore le développement régional, on peut penser également à des évènements exceptionnels tels une perturbation grave de l'économie à laquelle des accords entre entreprises tendent à remédier.

Le texte de l'ordonnance allège par ailleurs le traitement des ententes en autorisant les accords entre PME afin de favoriser cette catégorie d'entreprises dans la concurrence avec les grandes entreprises, à condition toutefois que lesdits accords soient autorisés par le Conseil de la concurrence.

Dans le cas des accords qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché, l'exemption qui les touche peut se comprendre aisément au vu de la position des entreprises qui les concluent. On considère en effet que ces ententes ont peu de chances d'affecter la concurrence de manière sensible au vu de leur importance mineure. S'agissant de petites et moyennes entreprises, elles ne disposent pas d'une puissance de marché de nature à fausser la concurrence. Dans la mesure où il s'agit de petites et moyennes entreprises, la règle de l'exemption s'appuie sur un critère de taille des entreprises concernées.

A la lecture des dispositions de la loi relative aux petites et moyennes entreprises, on s'aperçoit en effet que sont qualifiées comme telles les entreprises employant une (1) à 250 personnes,

dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas deux (2) milliards de Dinars ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 500 millions de Dinars et qui respectent les critères d'indépendance[69].

Pour l'application des dispositions relatives aux exemptions, le Conseil de la concurrence se trouve lié par les termes de la loi relative aux petites et moyennes entreprises.

Par ailleurs, dans la mesure où de tels accords ne bénéficient pas d'une exemption automatique, cela signifie que le législateur ne se contente pas d'un tel critère mais laisse le soin au Conseil de la concurrence d'apprécier de tels accords *in concreto*, ce qui signifie que chaque accord entre PME doit être analysé sur la base d'une appréciation de la part de marché que détiennent cumulativement les entreprises parties à l'entente.

b - Les pouvoirs du Conseil de la concurrence : le bilan économique

Dans la mesure où l'objectif de toute entente se résume le plus souvent pour les entreprises à augmenter leurs bénéfices et parts de marché sans que soient consentis des avantages compensatoires au profit du consommateur, tels une offre de produits de meilleure qualité, de meilleures conditions de vente, le législateur soumet les accords et pratiques concertées, dont les auteurs soutiennent qu'ils favorisent le progrès économique, à l'appréciation du Conseil de la concurrence.

Dans la mesure où ni la législation, ni la réglementation n'apportent de précision concernant la notion de progrès économique ou technique, il va de soi qu'il appartient au Conseil de la concurrence de donner un sens à une telle notion et d'apprécier la contribution de l'accord au progrès économique au cas par cas.

A titre d'exemple, peut-on soutenir que des ententes restrictives de concurrence se justifient par l'existence d'une crise sectorielle ? En d'autres termes, l'exception de crise sectorielle peut-elle être appréhendée comme une cause exonératoire de poursuites en ce que les pratiques en cause doivent être considérées comme

[69] Art. 4 de la loi n° 01-18 du 12 décembre 2001 portant loi d'orientation sur la promotion de la petite et moyenne entreprise (PME), *JORA* n° 77 du 15 décembre 2001.

contribuant au progrès économique dans la mesure où le regroupement de producteurs par exemple, permet d'assurer la survie des entreprises soumises à d'imprévisibles baisses de prix dans un secteur en difficulté ? Si l'Autorité française rejette ce type d'argumentation en arguant que la seule survie des entreprises en cause ne peut justifier une entente anticoncurrentielle[70], on est en droit de s'interroger sur la position du régulateur de la concurrence en Algérie où l'aspect social tend à supplanter les logiques économiques au point de vue de la pratique des pouvoirs publics. En effet, permettre à des entreprises d'éviter la faillite avec ce que cela comporte comme conséquences pour l'emploi entre parfaitement dans la politique des pouvoirs publics qui est celle de la paix sociale. Dans la mesure où la notion de progrès économique ne peut être appréhendée que dans le contexte global dans lequel elle est invoquée, il s'ensuit que divers paramètres pourraient être pris en compte par le Conseil de la concurrence dans le cadre d'une analyse non seulement du marché en cause, mais également de la situation globale de l'économie algérienne.

En outre, et à la lecture du dispositif ayant trait aux exemptions, on remarque d'emblée les lacunes du texte en ce que le législateur se contente d'exiger de l'entente qu'elle favorise le progrès économique. Est-ce à dire qu'il suffit que l'accord favorise le progrès économique pour bénéficier d'une exemption ?

A la lumière de telles dispositions, on constate que contrairement au législateur français qui pose des conditions cumulatives aux exemptions, son homologue algérien opte pour des conditions alternatives.

En effet, en droit français des ententes, la possibilité d'une exemption doit être appréciée au cas par cas en fonction de quatre critères cumulatifs : la réalité du progrès économique allégué, le caractère indispensable et adapté des pratiques en cause pour

[70] Voir, Aurélien Condomines, *Le nouveau droit français de la concurrence*, op. cit. p. 240.

l'obtenir, l'existence d'un bénéfice pour les consommateurs et l'absence d'élimination de toute concurrence[71].

Si l'on revient aux dispositions de l'article 9 précité, on est contraint d'en faire une analyse à la lumière d'autres dispositions de l'ordonnance. Ainsi, l'article 1er de celle-ci précise que "La présente ordonnance a pour objet de fixer les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché, de prévenir toute pratique restrictive de concurrence (…) afin de stimuler l'efficience économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs". A ce titre, l'intérêt du consommateur doit pouvoir être pris en compte dans le cadre d'une procédure d'exemption, faute de quoi, on en arriverait à ne tenir compte que de l'intérêt des entreprises.

On retrouve une telle condition dans la plupart des législations relatives à la concurrence. A titre d'exemple, le Code de commerce français précise que l'exemption n'est accordée que si l'entente réserve une partie équitable aux consommateurs. L'intérêt de ces derniers est également pris en charge en droit algérien par le décret exécutif du 12 mai 2005 ayant trait aux attestations négatives. C'est pourquoi on peut légitimement penser que le Conseil de la concurrence est appelé à introduire une telle condition dans son appréciation d'ensemble d'un accord ou d'une pratique sous le prisme de son apport pour le progrès économique.

A l'occasion du traitement d'une demande d'exemption, le Conseil de la concurrence est ainsi contraint de procéder à une évaluation globale de l'accord. C'est la théorie du bilan économique qui s'impose. Il est ainsi appelé à établir un bilan économique de sorte que soient mis en balance les effets positifs de l'accord ou de la pratique et leurs effets négatifs sur le marché en cause. Il est évident que ne seront exemptées que les ententes dont le bilan révèle que les effets positifs l'emportent sur les effets négatifs.

Par ailleurs, on ne peut placer sur un pied d'égalité des ententes horizontales et des ententes verticales : les premières, qui sont des accords entre concurrents, sont les plus nocives en ce

[71] Voir, Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2009*, pp. 213-214 ; *Rapport annuel 2010*, pp. 232-237, www.autoritedelaconcurrence.fr/

qu'elles sont susceptibles de verrouiller complètement le marché et s'avérer comme particulièrement restrictives de concurrence.

En outre, et indépendamment de leur apport pour le progrès économique, certains accords pourraient abriter des clauses dangereuses pour le fonctionnement concurrentiel du marché comme celles ayant pour objet la limitation de la production, la répartition des marchés ou encore la fixation des prix de vente des produits. C'est pourquoi il appartient au Conseil de la concurrence de procéder à une évaluation globale de l'accord et ne pas s'en tenir au critère du progrès économique en ce que l'entente est susceptible d'évincer les concurrents potentiels et aboutir à une situation de domination du marché.

On en déduit que le Conseil ne doit nullement se limiter à l'examen de l'actif du bilan (apport de l'accord pour le progrès économique) mais élargir l'appréciation à son passif pour évaluer les restrictions que l'accord est susceptible d'imposer à la concurrence. En d'autres termes, il lui appartient de vérifier que les effets restrictifs de concurrence sont ou non compensés par les effets positifs de la coopération.

Conclusion

La concurrence n’est ni un objectif en soi, ni un dogme, mais en toute simplicité un outil de régulation, parmi d'autres, permettant à l’Etat de garantir que la liberté d’entreprendre joue au bénéfice de tous les opérateurs et d’arbitrer entre les intérêts des entreprises et ceux des consommateurs. En raison de la puissance des opérateurs économiques, l'autorité chargée de cette mission doit être autant efficace que forte. C’est pourquoi les réformes entreprises dans différents pays occidentaux ont consisté à affiner le processus de la régulation de la concurrence en rénovant de manière profonde le cadre institutionnel représenté notamment par les autorités de la concurrence.

En Algérie, les choses se présentent différemment. Dans le domaine de la concurrence, le Conseil de la concurrence constitue une simple instance décorative et ce, à un double titre : sa forte dépendance ne le met pas à l'abri des pressions et injonctions du pouvoir exécutif, par ailleurs, l'inefficacité dont il a fait preuve

depuis son institution en 1995 en fait une institution purement ornementale. S'il appartient certes aux entreprises victimes de pratiques restrictives de concurrence, notamment d'ententes, de saisir l'organe, il est également permis à ce dernier de s'autosaisir et surtout de faire œuvre pédagogique en direction des entreprises.

Face à une telle inertie de l'organe et en l'absence d'une volonté politique claire, le droit des ententes, comme d'ailleurs l'ensemble des dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence, restent marqués du sceau de l'ineffectivité qui est l'une des manifestations saillantes du droit économique d'une manière générale et ce, dans une économie délabrée qui peine à se démarquer de la logique rentière.