



جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

Université Abderrahmane Mira - Bejaia
Faculté de Droit et des Sciences Politiques



مجلة سداسية متخصصة محكمة

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

المجلد 12/عدد 02-2015
Volume 12 / N° 02-2015

Revue Académique
de la Recherche Juridique

Revue Académique de la Recherche Juridique

السنة السادسة/المجلد 12/عدد 02-2015

Sixième Année / Volume 12 / N° 02-2015

رد م د: 2170-0087

ISSN:2170 - 0087

الإيداع القانوني: 2010_57

Dépôt légal:57_2010

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية



المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة السادسة/المجلد 12 /عدد 02 - 2015

رد م د: 0087-2170

رقم الإيداع القانوني: 57-2010

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

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

هيئة تحرير المجلة

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

أمانة المجلة

بن خليفة سمير.
عوف السعدي.
أسيخ سمير.
يوسفي فايزة.

المراجعة اللغوية

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

اللجنة العلمية الإستشارية للمجلة

- الأستاذ الدكتور زوايمية رشيد، جامعة بجاية.
- الأستاذ الدكتور طيب السعيد، جامعة الجزائر.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور نجيب بن عمر عوينات، جامعة جندوبة، تونس.
- الأستاذ الدكتور جعفر محمد السعيد، جامعة تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور كاشير عبدالقادر، جامعة تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور عائض سلطان البقي معهد الإدارة العامة الرياض، السعودية.
- الأستاذ الدكتور زرقين رمضان، جامعة باتنة.
- الأستاذ الدكتور كحلولة محمد، جامعة تلمسان.
- الأستاذ الدكتور بازي محمد جامعة القاضي عياض مراكش، المملكة المغربية.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي - جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور محمد خليل يوسف ابو بكر-جامعة الزيتونة، عمان، الأردن.
- الأستاذ الدكتور خالد حمد احمد مصطفى، جامعة عجمان الإمارات العربية المتحدة .
- الأستاذ الدكتور جيل ماثيو، جامعة بول سيزار مارسيليا، فرنسا.

- الأستاذ الدكتور لويس كادي، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلياك، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور تيري ريفي، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الدكتور بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتورة إقروفة زوبيدة ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور دحماني عبد السلام ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور قبايلي طيب، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجمع، المملكة العربية السعودية.

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية- القطب الجامعي أبوداو

الهاتف/ فاكس 034229357

البريد الإلكتروني: revue.academique@yahoo.fr

أهداف المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

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

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

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

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

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

مقاييس النشر

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

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

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات: يذكر صاحب المقال الاسم و اللقب و الرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية.

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

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

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

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

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

المظهر: يجب ألا يتجاوز المقال 20 صفحة .

تُطبع المقالات بخط Sakkal Majalla حجم 20 للمضمون و 16 بالنسبة للهوامش بالنسبة للعربية، بخط Times New Roman حجم 14 للمضمون و 12 للهوامش باللغة الأجنبية.

تُرسل المقالات أو تسودع في نسختين ورقيتين مصحوبة بنسخة محفوظة في قرص مرن

(CD) إلى العنوان التالي مكتب تحرير المجلة الأكاديمية للبحث القانوني لكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة،

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

revue.academique@yahoo.fr

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

كلمة رئيس التحرير

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

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

نظرا للبحوث الكثيرة التي تصلنا من شتى الأقطار تم التوصل مع إدارة المجلة إلى زيادة عدد صفحاتها ليتجاوز 600 صفحة، ليتم نشر 32 مقال باللغتين في هذا العدد تناولت العديد من المجالات حتى تُراعي التنوع، سواء ما تعلق بالقانون الدولي الإنساني أو القانون الدستوري، أو قانون الاستثمار، أو القانون البيئي، أو القانون الجنائي، أو التحكيم التجاري الدولي، وغيرها من المجالات.

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

رئيس تحرير المجلة

الدكتور عبد الرحمان خلفي

الفهرس

صدام فيصل كوكز المحمدي

دراسة قانونية مقارنة في ضوء اتفاقات الاونسيترال النموذجية الدولية وقوانين التجارة
الالكترونية الوطنية . الجزء الثاني.....11

أحمد محمود المساعدة

التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم الالكتروني (دراسة مقارنة).....35

سعد حسين عبد ملحم

أثر العقد الباطل بالنسبة للغير.....66

ساحل مخلوف

إشكالية التدخل الإنساني وأثاره على المنطق السيادي للدول.....98

مزاوي محمد

المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري في القانون الفرنسي. أي مستجدات؟.....112

خلفي عبدالرحمان

الدعائم الفلسفية لعقوبة العمل للنفع العام.....124

أيت منصور كمال

دور مجلس المنافسة في مراقبة التجميعات الاقتصادية.....149

قبايلي طيب

التبليغ الرسمي في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية.....165

سعداني نورة

مدى فعالية العمل الرقابي للمجلس الدستوري الجزائري على

دستورية القوانين.....178

شنين صالح

التسليم المراقب في التشريع الجزائري واقع وتحديات197

عيساوي عزالدين

الديمقراطية المحلية: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية.....212

شيتير عبد الوهاب

نتائج انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية في مواجهة الجرائم الإسرائيلية...231

عبديش لييلة

حتمية تفعيل دور المجتمع المدني في عملية التهيئة العمرانية لتحقيق أهداف حماية

البيئة.....251

بومدين فاطيمة الزهرة

القتل الرحيم و حدود الإنعاش الصناعي في منظور التشريع الجزائري.....265

الجوزي عز الدين

القانون الدولي الإنساني وقواعد حقوق الإنسان: علاقة تكاملية لحماية الفرد

في زمن الحرب والسلام.....289

زرورق نوال

دور القاضي الجزائري في التحكيم التجاري الدولي.....313

لعقابي سميحة

نظام تقييم أداء الموظف العمومي في التشريع الجزائري بين

الفعالية والقصور.....335

سرايش زكريا

علاقة المستفيد من السكن بالمؤسسة العقارية قبل

إبرام العقد التوثيقي.....350

هارون نورة

نحو مراجعة النصوص القانونية المنظمة لإجراء التصريح بالممتلكات

الواقع والآفاق.....361

ميمونة سعاد

الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية في غياب البرلمان.....379

لصلح نوال

ظاهرة غياب أعضاء البرلمان في دساتير الدول العربية (الأسباب . المشكلات . الحلول)
دراسة مقارنة في الجزائر، تونس، مصر.....396

بطاطاش أحمد

الحق في التنمية: المساهمة الإفريقية في منظومة حقوق الإنسان.....420

أغليس بوزيد

إثبات الضرر من العيب الإجرائي الموجب للحكم ببطالان إجراءات التحقيق في منازعات
القضاء الإداري « دراسة تحليلية نقدية لنص المادة 60 من قانون الإجراءات

المدنية والإدارية »437

بن شعلال محفوظ

الاستثمار الجزائري في الخارج454

بن هلال ندير

مظاهر تعدي المشرع الجزائري على مبدأ المساواة في المعاملة بين

المستثمرين الوطنيين والأجانب.....472

ناتوري سمير

الطعن في قرار رخصة البناء آلية لحماية النظام العام العمراني.....492

قاسه عبد الرحمان

العمل الإنساني في منظور القانون الدولي.....516

حسايني لامية

حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري:

آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي اتجاه المستثمر الأجنبي.....531

دراسة قانونية مقارنة في ضوء اتفاقات الاونسيترال النموذجية الدولية وقوانين التجارة الإلكترونية الوطنية* (الجزء الثاني)

أ.د. صدام فيصل كوكز المحمدي

استاذ القانون الخاص المساعد في كلية القانون / الفلوجة – جامعة الانبار

المبحث الثالث / افتراض إسناد التعبير الإلكتروني إلى المنشئ

انتهجت اتفاقية الاونسيترال الدولية لعام 1996 وتبعتها في ذلك بعض القوانين الوطنية أسلوب افتراض إسناد التعبير الإلكتروني إلى المنشئ، وفي نفس الوقت أقرت استثناءات على هذا الافتراض، فإذا ما تحققت واحدة أو أكثر من حالات الاستثناء فلا يبقى افتراض صدور التعبير الإلكتروني عن الإرادة من المنشئ قائماً، وعلى ذلك فإننا سنتولى بيان الحالات التي افترض فيها المشرع صدور التعبير الإلكتروني من المنشئ والاستثناءات الواردة عليه، وذلك في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول / حالات افتراض إسناد التعبير الإلكتروني إلى المنشئ

نصت المادة 18/ ثالثاً من القانون العراقي على أن: "للمرسل إليه أن يعدّ المستندات الإلكترونية صادرة عن الموقع وأن يتصرف على هذا الأساس في أي من الحالات الآتية: أ. إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع الموقع على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن المستندات الإلكترونية صادرة عن الموقع ب. إذا كانت المستندات التي وصلت للمرسل إليه ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للموقع أو من ينوب عنه ومخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية الموقع " من هذا النص يتضح لنا أنّ حالات افتراض صدور التعبير الإلكتروني عن الإرادة من المنشئ او الموقع هي حالتين سنتناولهما في مقصدين كالآتي:

*تمّ نشر الجزء الأول من المقال في المجلد 10 عدد 02-2014.

الفرع الاول / استخدام المرسل إليه نظام معلومات متفق عليه مسبقا

وهذه الحالة تفترض أنّ الموقع قد اتفق مسبقا مع المرسل إليه على نظام معلومات يستخدمه الآخر للتحقق من نسبة المستندات إلى الموقع، ونؤشّر في البدء هنا عدم دقة الصياغة التي جاءت بها هذه الفقرة، والتي لا تنسجم مع صياغة نص المادة 13/3- أ من اتفاقية الاونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية التي اقتبست منها، إذ نصت الاخيرة على أنّه "إذا طبّق المرسل إليه تطبيقا سليما - من أجل التأكّد من أنّ رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ - بإجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض" إذ أنّ صيغة الاعتماد على "اجراء" سبق الاتفاق عليه بينهما، أعمّ وأوسع من استخدام نظام معالجة معلومات الذي أوردته المادة 18 أنفة الذكر. إذ يمكن أن يتحقّق التأكّد من إسناد رسالة البيانات من المنشئ أو الموقع، كما ذهبت المادة 13 من القانون النموذجي سواء بنظام معالجة معلومات أو أي إجراء آخر. وعموما فإنّه يلزم لتحقيق إفتراض نسبة رسالة البيانات إلى الموقع تحقّق عدد من الشروط هي:

أولا / يجب أن يؤكد نظام المعلومات الذي يستخدمه المرسل إليه صدور التعبير الالكتروني المتمثل برسالة البيانات أو المستند الالكتروني من المنشئ أو الموقع .

وفي هذا الشرط يركز المشرع على الهدف من تطبيق نظام المعلومات وهو التأكّد من صدور المستند الالكتروني أو رسالة البيانات الالكترونية من الموقع، وذهب المشرع إلى أنّ نظام معالجة المعلومات هو " نظام معالجة المعلومات - النظام الالكتروني أو برامج الحاسوب المستخدمة لإنشاء المعلومات أو إرسالها أو تسلمها أو معالجتها أو تخزينها الكترونياً"⁸⁵ وهنا يتوضح أماننا القصور الذي يعتري صياغة المادة 18/ثالثا /أ من القانون العراقي مع المقارنة مع المادة 13/3/أ من القانون النموذجي،⁸⁶ إذ يقصد بإجراءات التوثيق المشار إليها " الاجراءات التي تهدف إلى التحقق من أنّ الرسالة الالكترونية قد صدرت من شخص معين والكشف عن أي خطأ أو تعديل في محتويات أو في إرسال أو تخزين رسالة الكترونية أو سجل الكتروني خلال فترة زمنية، ويشمل ذلك أي اجراء يستخدم معادلات رياضية أو رموز أو كلمات أو أرقاما تعريفية أو تشفيرا أو اجراءات للرد أو لاقرار التسلم أو غيرها من وسائل الحماية للمعلومات المماثلة"⁸⁷ .

إنّ المشرع العراقي جعل من استخدام المرسل إليه نظام معالجة معلومات، متفق على استخدامه مع المنشئ سلفاً لغرض إثبات نسبة التعبير الالكتروني إلى الموقع افتراضاً قانونياً على نسبة المستند الالكتروني إلى المنشئ أو الموقع، في حين أنّ نظم معالجة ليست إلا صورة من تطبيقات الوسيط الالكتروني الذكي، والذي أقرّ المشرع بأنّ ما يصدر عنه من مستندات الكترونية وكأتمها صادرة من المنشئ أو الموقع مباشرة، وبالتالي فلن يحتاج إلى افتراض نسبتها إلى المنشئ أو الموقع⁸⁸.

وجدير بالذكر هنا أنّ قانون المعاملات الالكترونية البحريني يذهب إلى جواز إثبات إسناد السجل الالكتروني إلى المنشئ بجميع الطرق، بما في ذلك إقامة الدليل على استعمال نظام أمان متفق عليه مسبقاً بين الطرفين، أو معتمد بموجب قرار صدر بموجب القانون، أو من خلال إثبات قاعدة أي نظام أمان استخدم لتحديد هوية من أسند اليه السجل الالكتروني⁸⁹.

لذلك يذهب بعض الفقه إلى أنّه من الممكن التأكّد من صدور الرسالة الالكترونية ممن هي منسوبة إليه، وإن لم تكن موقّعة منه، حتى لو تم إرسالها في اطار نظام متفق عليه بين الطرفين مسبقاً يكفل التأكّد من صدور الكتابة من جهاز تحت سيطرة المرسل.⁹⁰

ثانياً/ أن يكون نظام معالجة المعلومات الذي استخدمه المرسل إليه، سبق وأن وافق عليه الموقع أو المنشئ.

وفي هذا الصدد يذهب دليل التشريع الملحق باتفاقية القانون النموذجي للتجارة الالكترونية إلى أنّه إذا طبق المرسل اليه أي اجراء توثيق سبق وأن وافق عليه المنشئ وأدى ذلك التطبيق إلى التحقق على نحو سليم من أنّ المنشئ هو المصدر الذي وردت منه الرسالة، ولا يشمل ذلك الحالة التي يكون فيها الإجراء قد تم الاتفاق عليه بين المنشئ والمرسل إليه فقط، وإتّما يشمل أيضاً الحالات التي يكون فيها المنشئ قد حدّد من طرف واحد أو نتيجة الاتفاق مع وسيط عبر الشبكة اجراء ووافق على أن يكون ملزماً بأية رسالة بيانات تفي بالاشتراطات المناظرة لذلك الاجراء، وبذلك فإنّه لا يوجد ما يمنع من أن يدخل في نطاق هذا الافتراض، سواء كان الاتفاق مباشراً بين المنشئ والمرسل إليه أو من خلال مشاركة طرف ثالث من مقدمي الخدمات عبر الشبكة .

ولكن هذا الافتراض لا يشمل الحالة التي يكون فيها الاتصال بين المنشئ والمرسل إليه قائما على اتفاق مسبق ولا يطبق في بيئة مفتوحة⁹¹.

ثالثا/ أن يكون المرسل إليه قد استخدم نظام معالجة المعلومات استخداما صحيحا. حيث لا بد لاعتبار المستند الالكتروني صادرا من الموقع أو المنشئ أن يكون المرسل إليه قد طبق النظام المتفق عليه الذي يؤكّد نسبة إسناد المستند إلى المرسل تطبيقا صحيحا، كما اتفق عليه مع المنشئ، أي طبقه بدقة وبشكل صحيح من الناحية التقنية.⁹²

الفرع الثاني / أن ينتج المستند عن اجراءات قام بها شخص تابع للموقع او نائبا عنه إن مقتضى نص المادة 18/ثالثا/ب من القانون العراقي يؤكّد بأنه لو قامت شركة ما مثلا بإنشاء موقع لها على شبكة الانترنت، أو قامت بوضع عنوان بريدها الالكتروني على الشبكة الدولية، فإنّ بريدها هذا أو عنوانها الالكتروني يعدّ طريقة تستخدمها هذه الشركة لإثبات صدور المستند الالكتروني عنها.

وعلى ذلك فإنه لو تمكّن شخص بفضل علاقته بهذه الشركة من إرسال رسالة بيانات أو مستند الكتروني من خلال موقعها الالكتروني أو بريدها، ضمن حق المرسل إليه باعتبار هذه الرسالة أو ذلك المستند صادر عن الشركة⁹³.

وبالمقاربة بين هذا المثل ونص المادة 18/ ثالثا سابقة الذكر، فإنّه يلزم لتحقق هذه الحالة من الحالات، افتراض اسناد المستند الالكتروني أو رسالة البيانات توفر ثلاثة شروط هي:

اولا/ أن يكون المستند الالكتروني أو رسالة البيانات قد وصلت إلى المرسل إليه:

وهذا يقتضي بأن تكون المستندات الالكترونية أو رسالة البيانات قد تم استلامها من المرسل إليه فعلا، أي بدخولها إلى نظام المعلومات الخاصة به، وفق الأحوال الآتية:

- 1- من وقت دخولها نظام معالجة المعلومات غير الخاضع لسيطرة الموقع أو الشخص الذي أرسلت المستندات نيابة عنه.

- 2- من وقت دخول المستندات لنظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه، والمحدّد من قبله لتسلم المستندات أو رسائل البيانات.

3- من وقت دخول المستندات الالكترونية أو رسائل البيانات لأي نظام معالجة المعلومات، تابع للمرسل إليه أو إذا لم يحدّد الأخير نظام معالجة معلومات محدد لهذا الغرض⁹⁴.

ثانياً/ أن يكون المستند الإلكتروني قد أرسل من شخص له علاقة بالموقع أو المنشئ أو بأي وكيل عنه، وقد تمكن هذا الشخص من الدخول إلى الوسيلة الالكترونية المستخدمة من أي من طرفي المعاملة الالكترونية لتحديد هوية الموقع أو المنشئ، ونرى أن هذا الشرط لا يعني أنّ الافتراض يتحقق بمجرد أنّ شخصاً ما تمكّن من إرسال رسالة الكترونية باسم شخص آخر، نظراً لتمكّنه من الوصول إلى الطريقة الالكترونية التي يستخدمها الأخير لإثبات نسبة المستند الإلكتروني إلى الموقع، وبالتالي قام بإرسال هذا المستند باسم المنشئ.

وجدير بالذكر هنا؛ أنّ بعض المشرعين لم يحدّدوا الأشخاص المشمولين بهذه الحالة، وبالتالي فإنّ الأمر متروك لسلطة المحكمة التقديرية، فمعيار تحديد هؤلاء الأشخاص هو وجود علاقة بين هذا الشخص والموقع⁹⁵، بينما اقتصر المشرع العراقي على أن يكون هذا الشخص هو تابع للموقع أو من ينوب عنه، ومخول بالدخول إلى الوسيلة الالكترونية التي يستخدمها هذا الموقع لإثبات هويته⁹⁶ وهذا يعني أنّ هذا الشخص تمكن من الوصول إلى هذا لوسيلة بحكم كونه تابعا للموقع أو نائباً عنه وهو دخول مشروع ولا ضير فيه من حيث الأصل⁹⁷.

وذهب المشرع البحريني إلى إضافة قيد آخر على هذا الوضع بالنص على إسناد السجل الإلكتروني إلى المنشئ" ما لم يثبت المنشئ أنّ الوصول إلى الطريقة ليس راجعاً إلى إهماله"⁹⁸، وهذا الحكم يوافق القواعد العامة في المسؤولية المدنية عن الإهمال وهذا النص يدل على أنّ المشرع البحريني قصد من اشتراط وجود هذه العلاقة ليس أن يكون مرسل الرسالة مخولاً بالدخول إلى الطريقة التي يستخدمها المنشئ، إذ لو كان قصده هذا لما سمح للمنشئ أن يتخلّص من إسناد الرسالة إليه لإثبات عدم إهماله على أنّ إهمال المنشئ مفترض افتراضاً قانونياً قابلاً لإثبات العكس من قبله، والسبب في ذلك هو أنّ مرسل المرسله يرتبط بالمنشئ بعلاقة تمكّنه من الوصول إلى الطريقة التي يستخدمها لإثبات صدور الرسالة عنه، إذ غالباً ما يكون مفوضاً بإرسال الرسالة

باسم المنشئ ولحسابه، وحتى لو لم يكن هذا الشخص مفوضاً بإرسال الرسالة، فإنّ العدالة تقتضي أن يتحمّل المنشئ مسؤوليتها تجاه المرسل إليه بإسنادها إليه.

لذلك لا نؤيد ما ذهب إليه المشرع البحريني من أنّه افترض إسناد الرسالة الالكترونية إلى المنشئ افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، وذلك لأنّ موقفه هذا سيعرّض مصالح المرسل إليه للخطر، وسيقوّض الثقة والائتمان في التعامل الالكتروني، فلو تمكن أحد أفراد أسرة عميل المصرف مثلاً من معرفة رقمه السري، وقام بسحب النقود من جهاز الصراف الآلي، فإنّ المصرف سيتحمل مسؤولية صرف النقود، متى ما أثبت العميل أنّ الوصول إلى رقمه السري ليس راجعاً إلى إهماله⁹⁹.

وفي ظل موقف المشرع العراقي السابق ذكره، يحق لنا أن نتساءل ما هو الحكم لو لم يتوفر شرط كون المرسل شخص لا تربطه مع المنشئ أو الموقع أو وكيله علاقة التبعية أو النيابة المذكورة في نص المادة 3/18 ب سابقة الذكر، ولم يكن مخوّلاً بالدخول إلى الوسيلة الالكترونية المستخدمة لتحديد هوية المنشئ، أي كان دخوله إليها بصورة غير مشروعة؟

فإنّنا نجيب على ذلك وفق القواعد العامة بأنّ المستند الالكتروني سيسند إلى المنشئ أو الموقع إلا إذا أثبت التزوير أو أنّه قد بذل عناية معقولة لتفادي استخدام توقيعه استخداماً غير مصرّح به¹⁰⁰.

ثالثاً / يجب أن يحمل المستند الالكتروني توقيع المنشئ أو يكون قد أرسل بالطريقة التي يستخدمها المنشئ لإثبات صدور الرسالة أو المستند الالكتروني عنه .

وهذا الشرط هو الذي يبرّر افتراض اسناد المستند الالكتروني أو رسالة البيانات إلى الموقع، وذلك لأنّ من أرسلها قد استخدم وسيلة الكترونية تثبت هوية المنشئ أو الموقع كموقعه الالكتروني أو بريده الالكتروني أو رقمه السري أو أي تقنية من تقنيات التوقيع الالكتروني، وهنا لا بدّ من التنويه إلى أنّ هذا الكلام لا يشمل نسبة الرسالة الالكترونية إلى المنشئ نفسه، وإنّما يمكن أن تنسب إلى وكيله أو نائبه بسبب علاقة المرسل بوكيل أو نائب الموقع، والتي يفترض معها تمكنه من الوصول إلى الطريقة التي يستخدمها هذا النائب وليس المنشئ لإثبات إرسال الرسالة الالكترونية أو المستند من

قبله، وذلك لأنّ النائب يستخدم توقيعه بطريقة خاصة به أو وسيلة الكترونية يعتمدها عند إرسال رسالة البيانات أو المستند الالكتروني من قبله.

رابعاً/ أن يكون مخوّلاً بالدخول، لأنّه إذا لم يكن مخوّلاً بالدخول سيتحمّل مسؤولية التوقيع بصفته الشخصية، وذلك حماية للثقة في التعامل الالكتروني وفق القواعد العامة للخطأ في القانون المدني اذا استطاع المنشئ إثبات عدم صلاحيته بالدخول، أما إذا تعمدّ الدخول مع علمه بعدم التخويل، فسيعتبر فعله هذا انتهاكاً يمكن أن يعدّ من قبيل القرصنة الالكترونية أو التخريب الالكتروني أو انتهاك الخصوصية الشخصية و التي تصل عواقبها في بعض صورها إلى توجيه عقوبة جنائية¹⁰¹.

المطلب الثاني / الاستثناء على افتراض إسناد التعبير الالكتروني عن الارادة إلى المنشئ أو الموقع

نصت المادة 18/ رابعاً من القانون العراقي صراحة على أنّ "لا يُعدّ المستند الالكتروني صادراً عن الموقع إذا علم المرسل إليه بعدم صدور المستند عن الموقع أو لم يبذل العناية المعتادة للتأكد من ذلك" ويظهر مفهوم المخالفة لنصوص الفقرات ثانياً و ثالثاً ورابعاً من المادة 19 و لتي تنص على أنّ "... ثانياً: إذا علّق الموقع أثر المستند الالكتروني على تسلمه إشعاراً من المرسل إليه بالتسلم فيعدّ المستند غير متسلم لحين تسلم الإشعار. ثالثاً: إذا طلب الموقع من المرسل إليه إشعاراً بتسلم المستند الالكتروني ولم يحدّد أجلاً لذلك ولم يعلّق أثر المستند على تسلمه ذلك الإشعار فله في حالة عدم تسلم الإشعار خلال مدة معقولة أن يطلب من المرسل إليه إرسال الإشعار خلال مدة محددة، وبخلاف ذلك يكون المستند قابلاً للإلغاء . رابعاً: يُعدّ قيام المرسل إليه بإشعار الموقع بالتسلم دليلاً على أنّ مضمون المستند المتسلم مطابق لمضمون المستند الذي أرسله الموقع ما لم يثبت خلاف ذلك".

ولحرص المشرع على عدم استغلال الافتراض التشريعي الذي يقضي بنسبة الارادة الالكترونية إلى منشئها، وما يترتب عليه من آثار يمكن أن تلزم أطراف التعامل الالكتروني بالتزامات نتيجة الاعتراف بالزامية التعاقد الالكتروني الحاصل، ولكي لا يتخذ هذا الحكم مدعاة للإضرار بأي طرف في العلاقة العقدية الالكترونية حسن النية، ذهب المشرع التجاري الدولي في قوانين الاونسيترال الانموذجية، وتبعته في ذلك

القوانين الوطنية، إلى استثناء بعض الأحوال التي لا يسري عليها حكم افتراض نسبة الارادة الالكترونية إلى الطرف في العلاقة التعاقدية الالكترونية، وتتمثل هذه الحالات التي يستثنى فيها افتراض إسناد رسالة البيانات أو المستند الالكتروني إلى المنشئ أو الموقع هي ثلاث حالات تتمثل بـ:

اولا/ حالة استلام المرسل إليه إشعاراً من المنشئ أو الموقع مضمونه أن رسالة البيانات غير صادرة منه .

ثانيا/ حالة ما إذا كان المرسل إليه يعلم بأن الرسالة الالكترونية ليست الرسالة التي قصد انشاءها.

ثالثا/ إذا كان يفترض في المرسل إليه أن يعلم بأن الرسالة الالكترونية التي استلمها ليست الرسالة التي قصد المنشئ ارسالها. وستولى بيان هذه الاستثناءات على سبيل التفصيل في الفروع الثلاثة الاتية :

الفرع الاول / استلام المرسل إليه اشعاراً من المنشئ

أورد القانون العراقي في المادة 18/ رابعا سابقة الذكر، والمستمدة من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في المادة 13/ الفقرة 4 منه، ما يستفاد منه الاكتفاء بواقعة إرسال إشعار من المنشئ إلى المرسل إليه، يتضمن إخطاره بعدم صدور الرسالة منه، ليبني على ذلك الحكم بضرورة توقف أي أثر للرسالة التي استلمها المرسل إليه قبل صدور الاشعار، وهو ما يفسح المجال أمام المنشئ سيء النية لأن يتراجع عن أية رسالة أرسلها هو، بأن يقوم فقط بإرسال مثل هذا الاشعار إلى المرسل إليه، وهو ما يعني هدر الثقة بين أطراف التعامل الالكتروني وفقدان الاستقرار في التعاملات الالكترونية .

وهذا الحال يبيّن لنا وجود تناقض في الموقف الذي تبناه القانون النموذجي و تبعته في ذلك القوانين الوطنية التي تأثرت به، وذلك التناقض يبدو واضحا عندما ذهب إلى أنّ للمرسل إليه أن يتصرف على أساس أنّ الرسالة قد صدرت من المنشئ الذي اتفق معه مسبقا على طريقة لإثبات أنّ رسالة البيانات قد صدرت منه فعلا¹⁰² وفي نفس الوقت أعطت المجال للمنشئ أن يتراجع عن ايجابه بمجرد إشعار المرسل إليه¹⁰³؟! وهنا يحق لنا أن نتساءل، كيف يقرّر القانون النموذجي أنّه حتى بعد التثبت

من أنّ الرسالة صادرة من المنشئ، فإنّه على المرسل إليه أن يعتبرها غير صادرة عنه بمجرد تسلمه لإشعار يفيد ذلك¹⁰⁴ ؟

أليس في ذلك إهدار للاتفاق المبرم بين المنشئ والمرسل إليه والذي يقضي باستخدام نظام معالجة معلومات معين للتحقق من نسبة الرسائل إلى منشئها؟ وأليس الأولى اعتماد ما نتج عن استخدام نظام المعلومات المتفق عليه بين الأطراف في اثبات مصدر الرسائل الالكترونية، من الاعتماد على اشعار قد لا توجد ثقة في أنّ مرسله كان حسن النية¹⁰⁵ ؟

ونؤشر هنا أيضا وجود تناقض منطقي واضح في تقدير واقعة الاشعار نفسها مفاده، أنّ ما ينتج عن مسaire هذا الاتجاه من أنّ اعتبار الرسالة غير صادرة عن المنشئ، بمجرد إرساله اشعارا إلى المرسل إليه يبلغه فيه أنّه لم يرسل الرسالة، فإنّ في ذلك تتحقق مصادرة على المطلوب، فكيف لا يعلم المنشئ بالرسالة ويرسل في الوقت ذاته إخطارا للمرسل إليه مفاده أنّه لا يعلم بها، أليس الأولى به إذا كان لا يعلم بالرسالة أن لا يرسل شيئا من الأساس؟! ثم إذا سلّمنا بأنّ رسالة المعلومات غير صادرة من المنشئ، وافترضنا أنّه غير منشئ للرسالة، فلماذا نحمله النتائج المترتبة على إرسال الرسالة في فترة ما قبل الاشعار¹⁰⁶ ؟

وجدير بالذكر هنا، أنّ هذا الاستثناء لا يسري ما لم تراخ فيه فترة معقولة تتاح أمام المرسل إليه لكي يتصرف على أساس عدم صدورها من المنشئ، وفي ذلك كما نرى موازنة بين حق المنشئ الذي لم يرسل الرسالة وحق المرسل إليه الذي يتصرف على أساسها¹⁰⁷ وقد أشار دليل الاشتراع الملحق باتفاقية التجارة الالكترونية إلى هذه الموازنة، حينما ذهب إلى القول بأن "يراعى أيضا أنّ اعفاء المنشئ من ارتباطه برسالة أنكر صدورها عنه، لا يعني التضحية بمصالح المرسل إليه حسن النية، فالقانون النموذجي لا يوقف أثر رسالة البيانات في حالة وجود علاقات فورية مستمرة بين طرفيها، إلا بعد فترة معقولة من وصول الاشعار من المنشئ، يتاح فيها للمرسل إليه أن يتدبر أموره¹⁰⁸

الفرع الثاني / علم المرسل إليه

يتعلق هذا الاستثناء بعلم المرسل إليه بأن الرسالة الالكترونية التي تسلمها ليست الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها أو أنها رسالة مكررة، وهذا الاستثناء اقتضته ضرورة تحقيق التوازن بين مصالح المنشئ والمرسل إليه، وذلك بأن لا يسمح لهذا الأخير أن يعتبر أنّ الرسالة الالكترونية المستلمة هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها أو أن يعتبرها رسالة مستقلة، إذا كان يعلم بأنّ هذه الرسالة ليست الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها أو أنّها نسخة ثانية مكررة، إذ لا يجوز لمن تحقق لديه العلم بأنّ الرسالة التي استلمها لا تمثل الارادة الحقيقية للمنشئ أن يعتبرها أو يفترضها كذلك، فاليقين لا يزول بالشك¹⁰⁹ فالعلم يمكن أن يتحقق لدى المرسل إليه بأي وسيلة من الوسائل، بما في ذلك تلقيه إخطاراً من المنشئ يفيد بأنّ الرسالة التي تسلمها لا تمثل إرادته الحقيقية، وأنّه لم يقصد إرسالها، وعليه تقتضي مصلحة المنشئ أن يبادر إلى توجيه إخطار إلى المرسل إليه، بمجرد اكتشافه للخطأ الذي حصل في عملية ارسال او العبت الذي تعرضت له الرسالة.

ونرى في هذا المقام ضرورة ملاحظة أنّ ما اعتمده المشرع على المستويين الدولي والوطني من معايير للعلم أو امكانية العلم أو بذل عناية معقولة أو حتى استخدام إجراء متفق عليه، لافتراض إسناد التعبير الالكتروني عن الارادة إلى المنشئ أو نفي هذا الافتراض، هي معايير مرنة قد لا تؤدي الى الغرض المقصود منها ، فكيف ثبت علم المرسل إليه بأنّ رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ؟ ثم ما هو المعيار الذي نعتمده لإثبات امكانية العلم التي نحاسب المرسل إليه على أساسها؟ وما هي حدود العناية المعقولة التي يطلب من المرسل إليه مراعاتها للتأكد من نسبة الرسالة إلى منشئها؟ وما الحل اذا اعتمد المرسل إليه الطريقة أو الإجراء الذي سبق وأن اتفق مع المنشئ على استخدامه للتأكد من نسبة الرسالة إلى منشئها؟ وبعد كل ذلك لم يتحصل له العلم بخلاف ذلك لكي يتصرف على هذا الأساس؟ كل هذه الأسئلة تعجز النصوص التشريعية الحالية عن الاجابة عنها على نحو واضح، لا لشيء إلا لأنّ المعيار المقرر في هذا الصدد جاء معياراً مرناً لا يؤدي إلّا إلى مزيد من الغموض وعدم الدقة، لذلك نرى

بأن أغلب هذه الأحكام بحاجة إلى تعديل أو توضيح للمقصود منها على أقل تقدير على المستوى الوطني.

كما نرى امكانية تجاوز القصور الذي يعتري نصوص القانون النموذجي للتجارة الالكترونية وبعض القوانين الوطنية المقارنة والخاص بعدم تحديد الوقت الذي يثبت فيه علم المرسل إليه أو كان عليه أن يعلم فيه أو يبذل العناية المعتادة أو يتبع الإجراء المتفق عليه في التأكد من أنّ رسالة المعلومات قد صدرت من المنشئ أو لا ؟ حيث نرى امكانية أن يتم تطبيق حكم المادة 4/13 / أ فيما يتعلق بالوقت الذي يتحقق فيه علم المرسل اليه ، وذلك بالقياس على الوقت الذي تحقق اثر الاخطار الموجه من المنشئ إلى المرسل إليه، وذلك لاتحاد العلة في الحالتين ¹¹⁰ ، والقياس هنا يكون من باب أولى، وذلك لأن الرسالة الالكترونية هنا قد صدرت فعلا من المنشئ، ولكنها لا تمثل ارادته الحقيقية، لذلك يمكننا القول هنا بأنه ليس لعلم المرسل إليه أثر رجعي، وبالتالي فهو يبقى قبل تحقق هذا العلم لديه محتفظا بحقه في اعتبار رسالة البيانات التي استلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها، وهي رسالة مستقلة وليست نسخة مكررة، وهذا العلم ليس له اثر فوري، إذ يجب إتاحة الوقت الكافي للمرسل إليه ليتصرف على أساس أنّ المنشئ لم يقصد إرسال الرسالة التي استلمها.

الفرع الثالث / افتراض علم المرسل اليه

لا يحق للمرسل إليه أن يعتبر أنّ رسالة البيانات أو المستند الالكتروني هي التعبير الالكتروني الذي قصد المنشئ أو الموقع إرساله أو أن يعتبر تلك الرسالة رسالة مستقلة اذا كان يفترض فيه - او ينبغي عليه - أن يعلم بأنّ هذه الرسالة هي ليست الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها أو أنّها نسخة مكررة، إذ لا يجوز لمن كان بمقدوره أن يعلم بأنّ الرسالة التي استلمها لا تمثل الارادة الحقيقية للمنشئ أن يعتبرها كذلك و أن يتصرف على هذا الأساس وذلك لأنّ عدم تحقق العلم لديه في هذه الحالة راجع إلى اهماله ولامبالاته، وهما يعتبران نوعا من أنواع التقصير الذي لا يحفل المشرع بمن قصر في حماية مصالحه أن يحميها له على حساب الطرف الاخر.

ولمعرفة ما إذا كان بإمكان المرسل إليه العلم أو لم يكن بإمكانه ذلك نطبق عليه معيار الشخص المعتاد، وهو معيار موضوعي يقوم على أساس العناية المتوسطة، أي

العناية المعقولة كما يسميها المشرع ، فإذا كان المرسل إليه قد بذل عناية معقولة للتحقق من صحة الرسالة التي استلمها وما إذا كانت تمثل الإرادة الحقيقية للمنشئ، ومع ذلك لم يتحقق لديه العلم بأنّ هذه الرسالة غير صحيحة، وأنّها لا تمثل ارادة المنشئ الحقيقية، فلا يتحقق هذا الاستثناء، بالتالي يبقى محتفظاً بحقه في اعتبار الرسالة التي استلمها هي الرسالة التي قصدتها المنشئ واعتبارها رسالة مستقلة، أما إذا لم يكن قد بذل هذه العناية، ولو كان قد بذلها لتحقق عنده العلم بأنّ هذه الرسالة غير صحيحة وأنّها لا تمثل الإرادة الحقيقية للمنشئ، ففي هذه الحالة يتحقق هذا الاستثناء، وبالتالي يفقد حقه في الحماية، وجدير بالذكر هنا أنّ القضاء الفرنسي يذهب إلى اقرار هذا الاستثناء، على اعتبار أنّه ينفي عنصر الرضا أساساً، ففي حكم لمحكمة ستراسبورغ الفرنسية، ذهبت المحكمة ببطان عقد البيع الالكتروني، لأنّ السعر المعروض على الموقع الالكتروني لا يمثّل الإرادة الحقيقية للبائع مما أدى إلى انتفاء عنصر الرضا¹¹¹ ، وهنا نقول أنّ المرسل إليه (المشترى) وإن لم يكن يعلم بأنّ الرسالة التي استلمها ليست الرسالة التي قصد المنشئ (البائع) إرسالها، إلا أنّه كان بإمكانه أن يعلم لو بذل عناية معقولة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّه لو وجد اتفاق بين المرسل إليه والمنشئ على أن يستخدم هذا الأخير أو يطبق إجراء معيناً للتحقق من صحة الرسالة التي استلمها وما إذا كانت تمثل الإرادة الحقيقية للمنشئ ، إلا أنّ المرسل إليه لم يطبق هذا الإجراء أو طبّقه تطبيقاً غير صحيح ، و لو كان قد طبّقه بشكل صحيح لتحقق لديه العلم بأنّ هذه الرسالة غير صحيحة وأنّها لا تمثل الإرادة الحقيقية للمنشئ، فإنّه يتحقق هذا الاستثناء في هذا الحالة أيضاً، وحتى لو لم يتطرق النص إلى مسألة تطبيق إجراء معين، فإنّه من الواجب حسب المنطق والمعقول أنّ يطبق الإجراء المتفق عليه بشكل صحيح، او يطبق أي إجراء ممكن عند عدم وجود مثل هكذا اتفاق، واذا لم يرقم بذلك يكون قد قصر عن بذل العناية المعقولة المطلوبة منه.

ومن الأمثلة التي يمكن أن نسوقها على الحالة التي تتحقق فيها إمكانية علم المرسل إليه بأنّ رسالة البيانات لا تمثل الإرادة الحقيقية للمنشئ أو الموقع ، متى بذل عناية معقولة، إذا كان المرسل إليه قد تلقى سلفاً من المنشئ إخطاراً يبلغه فيه أنّ أداة

توقيعه الالكتروني قد تم اختراقها، أو أنها تعرضت للشبهة في درجة أمانها، وذلك على عكس الحالات التي غالبا ما لا يكون فيها بإمكان المرسل إليه أن يعلم بأن الرسالة الالكترونية لا تمثل تعبيرا الكترونية صريحا منسوبا حقيقة إلى المنشئ، وإن بذل عناية معقولة، إذا كانت الرسالة التي استلمها موقعة بتوقيع الكتروني محمي¹¹² وذلك لأن من سمات هذا التوقيع أنه يرتبط بالرسالة الالكترونية ارتباطا وثيقا لا يسمح بتغييرها¹¹³.

ومن نافلة القول أنه يتضح لنا من كل ما تقدم بأن المشرع العراقي لم ينحز إلى أي من الارادة الباطنة أو الارادة الظاهر في التعبير الالكتروني عن الارادة، وإنما نحى باتجاه تغليب الارادة الحقيقية بالتعاقد سواء كانت هذه الارادة ظاهرة أو باطنة، وهذا يتضح ممن موقفه المتقدم ذكره، من أنه يأخذ بالإرادة الظاهرة للمنشئ أو الموقع ما لم يثبت الأخير أن المرسل إليه كان عالما بإرادته الحقيقية أو بإمكانه أن يعلم بها لو بذل العناية المعتادة للتأكد منها، وهو موقف كما نراه يتميز بكونه يحقق التوازن بين طرفي المعاملة الالكترونية في تحمل مسؤولية الأخطاء الحاصلة في هذه المعاملة، لاسيما تلك الأخطاء الناجمة عن استخدام التقنيات الحديثة في التعاقد وأساليب الاتصالات الالكترونية المتطورة في إيصال الارادة التعاقدية، سواء كانت هذه الوسائل تعمل بشكل تلقائي دون تدخل شخصي، كما في تشغيل برامج الوسائط الالكترونية الذكية، أم كانت وسائل تقنية عادية تتطلب دخلا شخصيا.

خاتمة

يفيد اسناد او نسبة رسائل البيانات او الخطابات الالكترونية بوصفهما مظهرا من مظاهر التعبير الالكتروني عن الارادة التعاقدية مرحلة متقدمة من مراحل التطور القانوني المواكب للتطور التكنولوجي في مجال التجارة والمعاملات الالكترونية، يتمثل بمجموعة القواعد القانونية التي تساهم بحل المشاكل المتعلقة بإثبات نسبة التعبير عن الارادة في التعاقد الالكتروني، وتحديد جهة إسنادها ونسبتها إلى من صدرت منه وبالتالي تحمّل هذه الجهة لأثار هذه التصرفات والالتزام بما ينتج عنها من التزامات قانونية يمكن أن تترتب عليها، وبالتالي فإنّ الاسناد سيكون المكافئ الوظيفي للتوقيع في الحياة التقليدية، وبالتالي فإنّ اقراره ساهم في التعزيز الجانبي للثقة والالتزام

المطلوبين بدرجة عالية في مجال التجارة الالكترونية والتعاقد الالكتروني بين أطراف لا يجمع بينهما مكان واحد، وقد ساهمت القواعد المقررة في قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية في البناء القانوني العام لهذا الاسناد، وقد أخذت عنه التشريعات الوطنية قواعدها الخاصة بشكل كبير، وتكمن أهمية إسناد التعبير الالكتروني عن الارادة في التعاقد عن بعد في النتائج القانونية التي تترتب عنه، فهو يعني إثبات صدور التعبير الالكتروني من الجهة التي أسند إليها، والتي هي إما المنشئ أو الموقع، وأنها تعطي الحق للمرسل اليه في اعتبار أنّ الرسالة أو الخطاب الذي استلمه يمثل الارادة التي قصد من أسندت إليه إرسالها، وأنها رسالة مستقلة تمثل ارادة مستقلة وليست نسخة مكررة، والمشرع على المستوى الدولي في القانون النموذجي لعام 1996 يقر حالتين رئيسيتين للإسناد ألا وهما الاسناد الصريح للتعبير عن الارادة والذي يكون تارة إسنادا إلى المنشئ مباشرة في حالة صدور التعبير الالكتروني من المنشئ أو الموقع مباشرة، أو يكون هذا الاسناد بصورة غير مباشرة إلى المنشئ أو الموقع وذلك في حالتي صدور التعبير الالكتروني عن الارادة من نائب أو وسيط عبر الشبكة، أي صدور الارادة ممن يمثل المنشئ أو الموقع قانونا في الحدود والصلاحيات التي خوله بها سلفا، أو أنها تكون صادرة من وسيط الكتروني ذكي، والذي ستؤول آثار كافة اثار التصرفات التي يجريها إلى مشغله او مستخدمه لأنّ المشرع اعتبر صدور الارادة هنا من المنشئ " مشغل الوسيط " قد تم بصورة غير مباشرة، وفي أحوال اخرى افترض المشرع أنّ إسناد التعبير الالكتروني عن الارادة يكون لجهة المنشئ، وذلك عندما يستخدم المرسل إليه نظام معلومات متفق عليه مسبقا لإثبات نسبة التعبير الالكتروني إلى المنشئ، أو عندما يكون المستند ناتجا عن إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو الموقع أو نائبا عنه وما دام المشرع يقرّر الاسناد هنا على سبيل الافتراض فإنّه من الطبيعي أن يضع استثناء يمكن من خلاله اثبات عكس هذا الافتراض القانوني، وهي عدم الاعتراف بالنتائج القانونية المترتبة على إسناد رسالة البيانات أو الخطاب الالكتروني وبالتالي إمكانية المنشئ أو الموقع عدم الاعتراف بها وبالتالي عدم الالتزام بما تقره من أحكام في حالة ما غذا استلم المرسل إليه إشعارا من المنشئ يفيد بعدم صدور الارادة منه، أو إذا علو المرسل إليه أ كان بإمكانه أن يعلم أنّ الارادة لم تكن صادرة من المنشئ أو الموقع

وبالتالي يحق لهذا الأخير المطالبة بإعفائه من تبعات افتراض إسناد الإرادة إليه وعدم تحميله أي مسؤولية، لأن نفي الإسناد سيعني انتفاء إرادته في انشاء هذا التصرف بعدم وجود نية الالتزام أصلاً وهو ما يعني نفي المسؤولية عنه .

الهوامش

1. وهو ما تضمنته التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني الوطنية في أغلب البلدان العربية ومنها المادة 18 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لعام 2012، والمادتان 14 و15 من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001، والمادة 13 من القانون الاتحادي الاماراتي رقم 1 لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية، والمادة 13 من قانون المعاملات الالكترونية رقم 28 لسنة 2002 في مملكة البحرين، والمواد 5 و6 من قانون المعاملات الالكترونية السوداني لسنة 2007، والمادة 15 من قانون المعاملات الالكترونية العماني، والمواد 5 و6 و7 و8 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية في دولة قطر رقم 16 لسنة 2010، والمادة 15 من قانون اماره دبي الخاص بالمعاملات و التجارة الالكترونية رقم 2 لسنة 2002، والمادة 12 من نظام التعاملات الالكترونية النافذ .
2. دليل الاشتراع الملحق باتفاقية الأونسيترال الدولية للقانون النموذجي للتوقيع الالكتروني لعام 2001، ف 29 وما بعدها ص 23 و ما بعدها، هذه الوثيقة و جميع وثائق لجنة الأونسيترال في الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تم الرجوع اليها في هذه الدراسة متاحة على الموقع الالكتروني <http://www.uncitral.org>
3. يتنوع ويختلف مدى استخدام الوسائل الالكترونية في التعاقد، حيث يمكن أن يكون العقد الكترونياً ابراماً وتنفيذاً، كما في العقود الخاصة بالحصول على المعلومات او البرامج او الاستشارات، وقد يكون العقد الكترونياً من حيث الانعقاد دون التنفيذ لأنّ تنفيذه يجري خارج اطار الشبكة الدولية كالتعاقد على بيع المنتجات المادية.
4. ويذهب القضاء في فرنسا إلى عدم جواز ابرام العقد في الحالات التي تتطلب الاتصال المادي بين المتعاقدين لتنفيذ الالتزامات العقدية، وهو ما يتعذر تحقيقه في التعاقد الالكتروني ، حيث قضت محكمة استئناف باريس في 1998/11/24 بعدم جواز بيع العدسات اللاصقة الذي تم بين الطرفين عن طريق الانترنت، وذلك استناداً إلى أنّ بيع هذه المنتجات يستلزم الوجود الفعلي لأخصائي تصميم النظارات و العدسات الطبية ، لكون العقد قد تم عن بعد بين غائبين مكانياً رغم افتراض حضورهما زمنياً :
- Paris : 24 oct. 1998, n- 63197 L 98(B.F) – Gaz Pal, de 23-24 juin 1999.
5. ينظر دليل الاشتراع الملحق باتفاقية الأونسيترال الخاص بالتوقيع الالكتروني، سابق الذكر ف 31 ص 24.
6. وتسعى الجهة التي تتولى اصدار هذه الشهادة هي مزود خدمات التصديق وتعرف المادة 2 الفقرة هـ من قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيع الالكتروني لعام 2001 بقولها " مقدم خدمات التصديق: شخصاً يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية " و تناولت الفقرة ب من نفس المادة تعريف الشهادة بقولها "شهادة" تعني رسالة بيانات أو سجلاً آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".
7. وسنأتي على تفصيل مضمون هذه المواد و بيان أحكامها بالمقارنة مع قوانين التجارة والتوقيع الالكتروني في بعض البلدان العربية الأخرى ، وذلك في الاتي من هذه الدراسة.
8. المادة 2/أ من اتفاقية الأونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996 ونفس التعريف تبنته اتفاقية الأونسيترال للقانون النموذجي لاستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام 2007 في المادة 4/ج

منها، وأغلب قوانين التجارة الإلكترونية المقارنة ، منها قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لعام 2007 في المادة 2 منه وكذلك قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 2 منه، وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري رقم 16 لسنة 2010 في المادة 1 منه، ولم يورد كل من المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لعام 2012 تعريفاً لرسالة البيانات ، ولم يتبن المشرع العراقي مصطلح رسالة البيانات وإنما اعتمد مصطلح المستند الإلكتروني ، ولم يعتمد المشرع الإماراتي الاتحادي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 1 لسنة 2006 مصطلح رسالة البيانات وإنما استخدم مصطلح سجل أو مستند إلكتروني، وتبنى المشرع البحريني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002 مصطلح السجل الإلكتروني، وتبنى المشرع اماره دبي في القانون الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 مصطلح سجل الكتروني .

9. ينظر المادة 4 من اتفاقية الأونسيترال للقانون النموذجي لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سابقة الذكر، الفقرات أ و ي منها .

10. أضيفت المادة 5 مكرر إلى الاتفاقية بموجب التعديل الخاص بالاتفاقية و الصادر في عام 1998.

11. وقد بينت اتفاقية الأونسيترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996، في سياق تنظيمها لتكوين العقود وصحتها.

12. وقد أوردت الاتفاقية هذا الحكم في سياق اعتراف الأطراف برسائل البيانات .

13. المادة 2/ من اتفاقية الأونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996 ونفس التعريف تبنته اتفاقية الأونسيترال للقانون النموذجي لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2007 في المادة 4/ج منها، وأغلب قوانين التجارة الإلكترونية المقارنة ، منها قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لعام 2007 في المادة 2 منه وكذلك قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 2 منه، وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري رقم 16 لسنة 2010 في المادة 1 منه، و لم يورد كل من المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لعام 2012 تعريفاً لرسالة البيانات، ولا المشرع الإماراتي الاتحادي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 1 لسنة 2006، ولا المشرع البحريني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002، ولا مشرع اماره دبي في القانون الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 .

14. المادة 2/ د من الاتفاقية، وهو ذات التعريف الذي تبناه المشرع العراقي للموقع وذلك في المادة 1/ خامس عشر من قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية .

15. وهو ما أكدته المادة 13/ب من نفس الاتفاقية .

16. ينظر المادة 12 من الاتفاقية المذكورة .

17. ينظر المادة 4/د من الاتفاقية نفسها .

18. ينظر المادة 4 من اتفاقية الأونسيترال للقانون النموذجي لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سابقة الذكر، الفقرات أ و ي منها .

19. المادة 4/ب من ذات الاتفاقية

20. المادة 4/ز من الاتفاقية

21. وقد تناولت المادة 213/ من الاتفاقية تنظيم اسناد رسائل البيانات .

22. حيث تورد لجنة اعداد الأونسيترال الخاص بالقانون النموذجي لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، في الفقرة 211 من دليل الاشرع الملحق بالاتفاقية ما نصه " في الوقت الراهن يركز اسناد افعال نظم الرسائل الآلية إلى شخص أو كيان قانوني على كون نظام الرسائل الآلي غير قادر على الاداء إلا في حدود البنى التقنية

لبرمجته المسبقة، إلا أنه يمكن، نظرياً على الأقل، تصور أنه قد تستنبط أجيال قادمة من نظم الرسائل الآلية لها قدرة على التصرف باستقلالية ليس فقط آلياً، أي أنّ الحاسوب قد يمكنه، بفضل التطورات في مجال الذكاء الاصطناعي، أن يتعلم من التجربة وأن يعدل من التعليمات الموجودة في برامجه هو، وحتى أن يبتكر تعليمات جديدة " اما الفقرة 212 من نفس الدليل فجاء فيها " وأثناء اعداد القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية كان الرأي الذي خلصت اليه الأونسيترال فعلا هو أنه رغم استخدام تعبير "الوكيل الالكتروني" لأغراض التسهيل، فإن تشبيه النظام الالي بالوكيل التجاري غير مناسب ، فالمبادئ العامة لقانون الوكالة (كالمبادئ المنطوية على الحد من المسؤولية نتيجة لسوء تصرف الوكيل) لا يمكن الاستناد اليها فيما يتعلق بتشغيل تلك النظم، كما رأت الأونسيترال، كمبدأ عام، أنّ الشخص (سواء كان شخصاً طبيعياً أو كياناً قانونياً) الذي يرمج الحاسوب نيابة عنه ينبغي أن يكون مسؤولاً في النهاية عن أي رسالة تصدرها الآلة " ... للمزيد من التفصيل ينظر الفقرتين 106 و 107 من الوثيقة A/CN.9/484. كما يمكن النظر على سبيل التفصيل :

Karnow, C. "Liability For Distributed Artificial Intelligences." Berkeley Technology Law Journal 11,147-204.Kasbah. (1996). <http://www.kasbah.media.mit.edu> .

23. Electronic Commerce Research, 1: 183-202,2001 Kluwer Academic Publishers Ensuring the Success of Contract Formation in Agent -Mediated Electronic Commerce IAN R. KERR iankerr@uottawa.ca, Faculty of Law, Common Law Section, University of Ottawa , Ottawa, Canada. <http://www.ivsl.org>

24. جاء في الفقرة 35 من دليل التشريع الملحق باتفاقية الأونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية ما نصه " في معظم النظم القانونية ، يستخدم مفهوم " الشخص " للإشارة إلى أصحاب الحقوق والالتزامات، وينبغي تفسيره على أنه يشمل كلا من الأشخاص الطبيعيين والهيئات الاعتبارية أو الكيانات القانونية الأخرى، أما رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر ، فيقصد أن تكون مشمولة بالفقرة الفرعية (ج)، ولكن، لا ينبغي إساءة تفسير القانون النموذجي على أنه يتيح المجال لجعل الحاسوب صاحب حقوق والتزامات. وينبغي اعتبار رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر " ناشئة " عن الكيان القانوني الذي شغل الحاسوب نيابة عنه ... " وكانت الفقرة ج من المادة الأولى من الاتفاقية قد تناولت تعريف مصطلح المنشئ حينما ذهبت إلى أن "يراد بمصطلح منشئ رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أنّ إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث، قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة " ... للمزيد ينظر ص 27 من الدليل .

25. Pacini Carls and Andrews , Christene and Hillison William: Contracting in cyberspace , C P A journal , loi.72, issue 3 , mar 2003 , database EBSCO-I_FEB_2003 , p - 67 .

26. وتقابلها المواد (5 و 6) من قانون المعاملات الالكترونية السوداني وكذلك قانون المعاملات الالكترونية الاردني في المادة (14) منه، والمادة (5) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية القطري، وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقية في المادة (18/ ثانياً) منه، والقانون الاماراتي الاتحادي في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية في المادة (1/13) منه، وفي قانون المعاملات الالكترونية البحريني المادة (1/13) منه، وقانون امارة دبي في القانون الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية المادة (1/15) منه والمادة (12) من نظام المعاملات الالكترونية السعودي، والمادة (15/أ) من قانون المعاملات الالكترونية العماني.

27. ينظر الفقرة 83 من دليل الاشتراع الملحق بالاتفاقية الخاصة بالقانون النموذجي للتجارة الالكترونية، ص 47 منه. 28. وهو أمر أقرته الاتفاقية سلفاً عندما تركت المجال امام المشرعين الوطنيين لاختيار الحكم الملائم في هذا الصدد، إذ تركت للقواعد القانونية الوطنية هذه المهمة خارج إطار القانون النموذجي ... ينظر الفقرة 84 من دليل التشريع سابق الذكر.

29. وهو ذات الموقف في بعض التشريعات العربية منها القانون الأردني في المادة 14 منه، والمادة الثانية عشرة من نظام التعاملات الالكترونية السعودي .
30. قارن مع نص المادة 18 الفقرة رابعا منها .
31. قارن مع نص المادة 13 من الأونسيترال الخاص بالتجارة الالكترونية سابق الذكر .
32. قارن مع نص المادة 19 /اولا من القانون العراقي .
33. قارن مع المادة 18/رابعا من القانون العراقي .
34. وهذه الجهات تأخذ طابعا رسميا في بعض الدول مثل الشركة العامة لخدمات الشبكة الدولية للمعلومات في وزارة الاتصالات في العراق، مراقب خدمات التصديق المرتبط بوزارة التخطيط والاقتصاد في دولة الامارات العربية المتحدة، ووزارة التجارة والصناعة في مملكة البحرين، والوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية في تونس واللجنة القومية للمصادقة الالكترونية في السودان، وهيئة تقنية المعلومات المرتبطة بوزارة الاقتصاد الوطني في عمان، والمجلس الاعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في دولة قطر، المركز الوطني للتصديق الرقمي المرتبط بهيئة الاتصالات وتقنية المعلومات في المملكة العربية السعودية، ويمكن أن تمارسها جهات خاصة مخولة تمارس نشاط المصادقة التوثيق الالكتروني عبر الشبكة الدولية .
35. قارن مع نصوص المواد 19/رابعا من القانون العراقي و5/13 من القانون الاتحادي الاماراتي .
36. للمزيد في هذا الصدد ينظر الدفاعي، المرجع السابق، ص 535. وفي اللغة الانكليزية، ينظر:
-J. QUINN: Risk Management in the Internet Age , partner with Diamond Technology Partners Inc., Chicago. Citation: 16 Com. Lending Rev. 17 2000-2001 , Content downloaded/printed from, Hein Online , <http://heinonline.org> , Sun Jan 12 16:40:19 2014
37. د. احمد شرف الدين : عقود التجارة الالكترونية، جامعة عين شمس، دون مكان نشر، سنة بلا، ص 233 و دليل الاشتراع الملحق باتفاقية التوقيع الالكتروني سابقة الذكر، ف 29 ص 23 وما بعدها .
38. لذلك نؤيد ما ذهب إليه المشرع العماني عندما اسمها "رسالة مكررة" في المادة 15 منه، للمزيد من التفصيل ينظر د. احمد شرف الدين: المرجع السابق ، ص 262 هـ 66 .
39. وقد بينت اتفاقية الأونسيترال للتجارة الالكترونية لعام 1996، في سياق تنظيمها لتكوين العقود وصحتها .
40. أما اتفاقية الأونسيترال الخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام 2007، لم تورد نصوصا خاصة باسناد الخطابات الالكترونية، والسبب كما نرى هو أن لجنة الأونسيترال قد اكتفت بالتنظيم القانوني للإسناد الوارد في اتفاقية القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، ولم تكرر الأحكام والقواعد بالنسبة لإسناد الخطابات الالكترونية، لأن الأحكام واحدة وبالتالي فلا داعي للتكرار، وهو ما يفهم من موقف الاتفاقية الذي أوردته المادة 20 منها ... للمزيد من التفصيل في هذا الصدد ينظر دليل الاشتراع الملحق بالاتفاقية ص 92 وما بعدها.
41. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل: توثيق المعاملات الالكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، 2003، المجلد الخامس، ص 1868 .
42. المادة 18 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 87 لسنة 2012 .
43. تنص المادة 14 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني على أن "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بوساطة وسيط الكتروني معد للعمل أنوماتيكيا بوساطة المنشئ أو بالنيابة عنه." بينما تنص المادة 15 على أن "أ- للمرسل إليه أن يعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ وأن يتصرف على هذا الأساس في

أي من الحالات التالية :- إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق ان اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أنّ الرسالة صادرة عن المنشئ. 2- إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه ناتجة من اجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه ومخوّل بالدخول إلى الوسيلة الالكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ . ب- لا تسري احكام الفقرة (أ) من هذه المادة على أي من الحالتين التاليتين :- 1- اذا استلم المرسل اليه اشعارا من المنشئ يبلغه فيها أنّ الرسالة غير صادرة عنه فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ ويبقى المنشئ مسؤولاً عن أي نتائج قبل الاشعار. 2- إذا علم المرسل إليه، أو كان بوسعه أن يعلم ، أنّ الرسالة لم تصدر عن المنشئ."

44. تنص المادة 13 من قانون المعاملات الالكترونية الاماراتي على أنّ "1- تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا كان هو الذي أصدرها بنفسه. 2- في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الإلكترونية. ب- من نظام معلومات مؤتمت ومبرمج للعمل تلقائياً من قبل المنشئ ، أو نيابة عنه.

45. تنص المادة 13 من القانون البحري للمعاملات الالكترونية فيما يتعلق بإسناد السجل الالكتروني على ان "1- ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك بين منشئ السجل الإلكتروني والمرسل إليه ، فإن السجل الإلكتروني يسند إلى المنشئ إذا كان :أ- قد أرسل من المنشئ . ب- قد أرسل بناءً على موافقة صريحة أو ضمنية من قبل المنشئ ، أو من قبل وكيل عادي أو وكيل إلكتروني للمنشئ . ج- قد أرسل من شخص، تمكن من خلال علاقته بالمنشئ، أو بأي وكيل له، أن يصل إلى طريقة يستخدمها المنشئ للإشارة إلى أن السجل الإلكتروني خاص به، وذلك ما لم يثبت المنشئ أن الوصول إلى الطريقة ليس راجعاً إلى إهماله . 2- يجوز إثبات الإسناد المشار إليه في البند السابق بكافة الطرق، بما في ذلك إقامة الدليل على استعمال نظام أمان، متفق عليه مسبقاً بين الطرفين أو معتمد بموجب قرار صدر تنفيذاً لأحكام هذا القانون، أو من خلال إثبات فاعلية أي نظام أمان استخدم لتحديد هوية من أسند إليه السجل الإلكتروني . 3- لا تغل أحكام هذه المادة بأي نص قانوني يتعلق بالوكالة أو بإبرام العقود .

46. قارن احكام المواد 13 من القانون الاماراتي و13 من القانون البحري و15 من القانون البحري مع أحكام المادة 2/أ من قانون اليوسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996 سابق الذكر.

47. قارن مع نصوص المواد 2/13/أ من الأونسيترال الخاص بالتجارة الالكترونية، و18/ثالثاً/أ من القانون العراقي، و15/أ/1 من القانون الاردني و13/2/ب من القانون الاتحادي الاماراتي.

48. قارن مع نص المادة 13/3/أ من الأونسيترال الخاص بالتجارة الالكترونية، سابق الذكر.

49. قارن مع نصوص المواد 18/ثالثاً/ب من القانون العراقي، و15/أ/2 من القانون الاردني و13/2/أ من القانون الاماراتي الاتحادي .

50. حسب نص المادة 13 من اتفاقية الأونسيترال للتجارة الالكترونية سابقة الذكر.

51. محمود عبد الرحيم الشريفات: التراضي في تكوين العقود عبر الانترنت، دار الثقافة، عمان 2009، ص 209، وقارن مع المادة 14 من القانون الاردني والمادة 1/13 من القانون الاماراتي الاتحادي .

52. ودير بالذكر أنّ دليل التشريع الملحق باتفاقية الأونسيترال لعام 2007 سابق الذكر، حدّد مجموعة من العوامل القانونية والتقنية والتجارية التي يمكن وضعها بالاعتبار للتعرف على طريقة موثوقة التوقيع الالكتروني، وللإطلاع على هذه العوامل ينظر دليل الاشتراع الخاص باتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية سابق الذكر، ص 55 الفقرة 161 وما بعدها.

53. قارن مع د. نوري حمد خاطر: وظائف التوقيع في القانون الخاص، بحث منشور في مجلة المنارة - جامعة ال البيت، الأردن، ع 2 - 1998، ص 52، ويتفق هذا التعريف مع ما أورده المادة 1316 / 4 من القانون المدني الفرنسي، مدونة نابليون الصادر عام 1804 م .
54. د. أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص 317 .
55. وهو التعريف الذي جاءت به المادة 1/ رابعا من القانون العراقي والتي نصت على أنّ "التوقيع الالكتروني- علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبته إلى الموقع ويكون معتمداً من جهة التصديق" وقد عرفت اتفاقية الأونسيترال للتوقيع الالكتروني التوقيع الالكتروني بأنه "توقيع الكتروني" يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تُستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات" وذلك في المادة 2/ منها .
56. وهي الشروط التي تبنتها المادة 5 من القانون العراقي والتي سبق ذكرها.
57. قارن مع د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الالكتروني، دار النيل، القاهرة 2001، ص 36 .
58. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل.
59. بينما نجد المشرع الأردني ينص عليه صراحة، إذ تورد المادة 14 منه ما نصه "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط الكتروني معداً للعمل اتوماتيكياً بواسطة المنشئ أو نيابة عنه".
60. قارن مع د. صبري حمد خاطر: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط 1 / كلية الحقوق - جامعة البحرين 2009، ص 106 .
61. قارن مع نص المادة 927 من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنّ "الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم" والمادة 930 والتي جاء فيها"- يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقاً، ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضرراً محضاً ولو أذن به الولي، ويصح توكيله بالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذوناً بالتجارة فإن كان محجوراً ينعقد موقفاً على إذن وليه. 2- ويشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً، وإن لم يكن مأذوناً .
62. د. صبري حمد خاطر: المرجع السابق: ص 111 .
63. د. نوري حمد خاطر: المرجع السابق، ص 53 وما بعدها .
64. المادة 1/ خامسا من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي سابق الذكر المقابلة لنص المادة 2/ من اتفاقية الأونسيترال للتوقيع الالكتروني سابقة الذكر.
65. قارن مع المادة الأولى من القانون الاماراتي الاتحادي، والمادة 2 من قانون امارة دبي للمعاملات الالكترونية لعام 2002 والمادة 16/1 من نظام المعاملات الالكترونية السعودي .
66. قارن مع د. سامح عبد الواحد التهامي: التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص 558 .
67. و جدير بالذكر أنّ هذا الموقف مشابه لموقف القانون الأردني في المادة 15 من، والقانون القطري في المادة 5 و 6 منه، والقانون البحريني في المادة 13 والقانون العماني في المادة 15 منه .
68. المادة 18 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي والمادة 945 من القانون المدني العراقي السابق ذكرهما.

69. وذلك تطبيقاً لأحكام المواد 944 و945 من القانون المدني العراقي سابق الذكر.
70. حيث ذهب المشرع العراقي في القانون المدني في المادة 933 إلى أن "على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة، على أنه لا حرج عليه إذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود، متى كان من المتعذر عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات ، وعلى الوكيل في هذه الحالة، أن يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة ". كما نصت المادة 944 على أنه "إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقده حدود الوكالة أو عمل أحد دون توكيل أصلاً، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً عن اجازته. 2- ويجوز لهذا الغير أن يحدّد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد، فإن لم تصدر الاجازة في هذا الميعاد، تحلل من العقد ". أما المادة 945 فقد نصت على أنه "إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه ان يجيز التعاقد، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم أنّ الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك.
71. قارن مع موقف المشرع المصري في قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 تحت مسمى الوسيط الالكتروني المادة الاولى منه، وسمّاه المشرع الأردني الوسيط الالكتروني في قانون التعاملات الالكترونية الأردني المادة 2 منه، كما سمّاه المشرع السوداني الوسيط الالكتروني في المادة 2 منه، وكذلك القانون التونسي الخاص بالمبادلات التجارية الالكترونية تحت مسمى منظومة إحداث الإمضاء، وكذلك المشرع في إمارة دبي والمشرع الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة تحت مسمى الوسيط الالكتروني المؤتمت، وقد اتفق المشرع البحريني في قانون التعاملات الالكترونية البحريني والمشرع الأمريكي الفدرالي للمعاملات الالكترونية UETA على تسميته بالوكيل الالكتروني (Electronic agent) وعرفته في المادة (6/2) القسم 401 من القانون الاميركي الفدرالي للمعاملات الالكترونية UETA الصادر عام 1999 ما نصه :
- Electronic agent: means a computer program or an electronic or the automated mean used independently to initiate an action or respond to electronic records or performance in whole in part, without review or action by an individual ... Uniform Electronic Transactions Act (draft approved at July 1999 annual conference). Online: National Conference of Commissioners of Uniform State Laws, <http://www.law.upenn.edu>
- بينما أسمته اتفاقية الأونسيترال لعام 2007 نظام رسائل آلي، وهي ذات التسمية التي تبناها المشرع القطري في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية سابق الذكر، وسمّاه المشرع العماني بالوسيط الالكتروني الآلي في قانون المعاملات الالكترونية سابق الذكر.
72. قارن مع المادة الثانية من قانون الامارات الاتحادي سابق الذكر، والمادة الاولى من قانون امانة دبي .
73. يقصد بالبرمجة " عملية كتابة تعليمات و أوامر بجهاز الحاسوب أو أي جهاز آخر لتوجيهه و اعلامه بكيفية التعامل مع البيانات، وتكون عملية البرمجة متبعة لقواعد محددة باللغة التي اختارها المبرمج، وكل لغة لها خصائصها التي تميزها عن الأخرى، وتجعلها مناسبة بدرجات متفاوتة لكل نوع من انواع البرامج، كما أنّ للغات البرمجة أيضاً خصائص مشتركة وحدوداً مشتركة تتمثل في كونها معدة للتعامل مع الحاسوب، للمزيد ينظر الموقع الالكتروني www.lifent_sy.com
74. المادة 18/ثانيا من قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي سابق الذكر.
75. المادة 1/5 و2 من القانون العراقي سابق الذكر و التي تنص على أنه " يحوز التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الآتية: أولاً: أن يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره. ثانياً: أن يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره. ثالثاً: أن يكون أي تعديل أو

تبديل في التوقيع الالكتروني قابلاً للكشف. رابعاً: أن ينشئ وفقاً للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير.

76. قارن مع احكام المادة 2 من قانون امارة دبي، وهو نفس التعريف الذي أورده المشرع الاميركي في قانون التجارة الفدرالي الموحد UCC حيث عرف برنامج الحاسوب كالتالي :

-Computer program: means a set of statements or instructions to be used directly or indirectly an information processing system in order to bring about a certain result ... UCC2B. (1998). Uniform Commercial Code-2B. Online: National Conference of Commissioners of Uniform State Laws, available at : <http://www.law.upenn.edu> .

77. قارن مع المادة 2 من القانون الاردني سابق الذكر، والمادة 2 من قانون امارة دبي سابق الذكر، وهو تعريف مشابه ايضا لما أورده المشرع الفدرالي الاميركي من تعريف لمصطلح الرسائل الالكترونية، حيث يعرفها بـ :

Electronic: means electrical, digital, magnetic, optical, electromagnetic, or any other form of technologies.

78. ويعرف القانون الاردني للمعاملات الالكترونية نظام معالجة المعلومات في المادة 2 منه بأنه " النظام الالكتروني المستخدم لانشاء رسائل المعلومات أو ارسالها أو تسلمها أو معالجتها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر " وهو نفس التعريف الوارد في المادة 2 من قانون امارة دبي للمعاملات الالكترونية سابق الذكر والمادة 2/ هـ من اتفاقية الأونسيترال لعام 1996، وللمزيد في هذه النظم ينظر د. اء النعيبي: الوكيل الالكتروني - مفهومه وطبيعته القانونية، بحث منشور ضمن وقائع مؤتمر المعاملات الالكترونية - التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية، المقام في دولة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الامارات ، 2009 ، ص 412 .

79. قارن مع المادة 2/ هـ من اتفاقية الأونسيترال لعام 1996 سابقة الذكر، وجدير بالذكر هنا أنّ هذه الخاصية هي التي تميز الوسيط الالكتروني الذكي عن الوسيط عبر الشبكة و الذي هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتولى القيام بارسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات الالكترونية ، نيابة عن شخص اخر، ...، لتفصيل اكثر في ذلك ينظر: د. خالد ممدوح ابراهيم: ابرام العقد الالكتروني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 166.

80. د. آلاء النعيبي : المرجع نفسه، ص 414 .

81. قارن مع المواد 2/أ من الأونسيترال لعام 1996 سابق الذكر، و2 من القانون الاردني سابق الذكر و2 من قانون امارة دبي سابق الذكر.

82. المواد 2 من قانون دبي سابق الذكر تحت مسمى المعاملات الالكترونية المؤتمتة، و2 من القانون الاردني والفصل 2 من قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي قم 83 لسنة 2000 تحت مسمى المبادلات الالكترونية.

83. المادة 5/ ثانيا من القانون العراقي.

84. المادة 1/ ثامنا من القانون العراقي.

85. المادة 1/ ثالث عشر من القانون العراقي .

86. وايداه في هذا الموقف القانون العماني في المادة 20 منه، وقانون امارة دبي في المادة 15/3 منه .

87. ينظر في ذات المعنى المادة 1 من القانون العماني سابق الذكر و المادة 2 من قانون دبي .

88. المادة 1/ سابعا من القانون العراقي .

89. المادة 13/2 من القانون البحري سابق الذكر.

90. د. احمد شرف الدين : المرجع السابق، ص 275، هـ 70 .

91. ينظر للمزيد دليل الاشتراع الملحق باتفاقية الأونسيترال الخاصة بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية سابقة الذكر.
92. قارن مع احكام المادة 13/3/أ من اليونسيترال سابق الذكر، والمادة 15/2/1 من القانون العماني.
93. محمود عبد الرحيم الشريفات : المرجع السابق، ص 211.
94. قارن مع احكام المادة 20 من القانون العراقي و التي جاء فيها " أولاً: تُعدّ المستندات الإلكترونية مرسلة، من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع أو الشخص الذي أرسلها نيابة عنه مالم يتفق الموقع والمرسل إليه على غير ذلك . ثانياً: إذا كان المرسل إليه قد حدد نظاماً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات فتعد متسلمة عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعد إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بإعادتها إلى النظام المحدد منه لتسلم المعلومات ثالثاً: إذا لم يحدد المرسل إليه نظاماً لمعالجة معلومات لتسلم المستندات الإلكترونية فيعد وقت تسلمها هو وقت دخولها لأي نظام لمعالجة المعلومات تابع للمرسل إليه.
95. انظر القانون الاماراتي الاتحادي في المادة 3/3/ب منه .
96. المادة 18/3/ب من القانون العراقي، والمادة 15/2 من القانون الاردني سابقا الذكر.
97. المادة 15/2/ب من القانون العماني سابق الذكر.
98. المادة 13/1/ج من القانون البحريني .
99. د.محمد عبد الحليم عمر: بطاقات الانتماء (ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون) بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الذي عقدته كلية الشريعة والقانون – بجامعة الإمارات العربية المتحدة 4 – 6 مايو 2003م ، متاح على الموقع الالكتروني: http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/arabic_prev_conf2003.asp
100. تنظر المادة 19/ اولاً -2 من القانون الاتحادي الاماراتي، و المادة 8 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيع الالكتروني لعام 2001.
101. رشدي محمد علي محمد عيد علي : " الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الإنترنت – دراسة مقارنة-"، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، مصر 2009، ص: 78 وما بعدها و ايضا ينظر باللغة الفرنسية :
- E.BROUSSEAU : commerce électronique : ce que disent les chiffres et ce qu'il faudrait savoir , en ligne : <http://www.minefi.gouv.fr>. Et voir aussi chiffres clés in le journal de net , en ligne : <http://www.journaldunet.com> . Et voir B. FAUVARQUE-COSSON « le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », colloque international droit de l'Internet : approches européennes et internationales , Paris , novembre 2001 en ligne : <http://www.droit-internet-2001-univ-paris1.fr> Et CAVANILLAS Santiago GAUTRAIS Vincent GOBERT Didier JULIA-BARCELO Rosa Etienne MONTERO Yves POULLET Anne SALAUN QUANTIN VAN DAELE : commerce électronique : le temps des certitudes ; Bruyant, Bruxelles 2000 delta 2001 , p :150.
102. قارن نص المادة 13/4/أ من قانون الأونسيترال للتجارة الإلكترونية سابق الذكر، و المادة 15 من قانون المعاملات الإلكترونية الاردني، مع احكام المادة 19 من القانون العراقي.
103. ينظر نصوص المواد 13/4/ب من القانون النموذجي، و المادة 15/4/ب من القانون الاماراتي الاتحادي، و المادة 15 ب من القانون الأردني .
104. نص المادة 13/3/الفقرات أ و ب من قانون الأونسيترال النموذجي سابق الذكر.
105. نص المادة 13/4/الفقرات أ و ب من قانون الأونسيترال النموذجي سابق الذكر.
106. وهذا الموقف تلافته لجنة الأونسيترال في دليل الاشتراع الملحق بالاتفاقية الخاصة بالقانون النموذجي سابق الذكر، عندما أوردت ما نصه " إذا كان المرسل إليه قد طبق اجراءات توثيق أثبتت أنّ رسالة البيانات صادرة عن

- المنشئ، ففي هذه الحالة لا يمكن للمنشئ أن يتخلص من آثار الالتزام لرسالة البيانات التي أصدرها ... " للمزيد ينظر دليل الاشتراع الملحق بالاتفاقية ف 88 ص 48 منه .
107. قارن مع نص المادة 20 من القانون العراقي، وقد تداركت اتفاقية الأونسيترال النموذجية لعام 2007 ذلك القصور في نص المادة 10 منها .
108. ينظر دليل الاشتراع الملحق بالاتفاقية لعام 1996 ف 88 ص 48 .
109. تنص مادة 155 من القانون المدني العراقي على ان "1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني .2- على أن الاصل في الكلام الحقيقة أما إذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز". كما تنص المادة 157 من نفس القانون على أن " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح " .
110. قارن مع نص المادة 20 من القانون العراقي الفقرة اولا منها و التي جاء فيها " تُعد المستندات الالكترونية مرسلة، من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع أو الشخص الذي أرسلها نيابة عنه ما لم يتفق الموقع والمرسل إليه على غير ذلك " .
111. وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن مواطنا فرنسيا اشترى عبر الموقع الالكتروني (netbusiness) على شبكة الانترنت جهاز بروجكتور من نوع سوني، وكان السعر المعروض على الموقع هو 5 الاف و مائتان و نسعون فرنكا، وقد رفضت الشركة تسليم الجهاز مدعية أن السعر المذكور ليس صحيحا وقد نتج ذلك عن خلل فني في البرنامج الخاص بالموقع، وعندما عرض النزاع على المحكمة نجحت الشركة في اثبات أن السعر المذكور لا يساوي 10/1 من قيمة الجهاز وسعره المعروض على المواقع الاخرى ... للمزيد في ذلك ينظر : د. سامح عبد الواحد التهامي : المرجع السابق، ص 120 وما بعدها .
112. قارن مع نص المادة 17/ثانيا التي جاء فيها " ثانياً: يعد المستند الالكتروني موثقاً من تاريخ إنشائه ولم يتعرض إلى أي تعديل ما لم يثبت خلاف ذلك " ونفس الوقف نجده لدى المشرع الاردني في المادة 1/32 منه و القانون الاتحادي الاماراتي في المادة 4/10- البند أ و ب منه.
113. قارن نص المادة 5 من القانون العراقي و التي جاء فيها " يحوز التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الآتية: أولاً: إن يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره. ثانياً: أن يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره. ثالثاً: أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الالكتروني قابلاً للكشف. رابعاً: أن ينشئ وفقاً للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير" مع نص المادة 17 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الاماراتي سابق الذكر .

التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني* (دراسة مقارنة)

Pr.Ahmad Mhמוד ALmasa'deh
Majmaah University Kingdom of Saudi Arabia

أ.د. أحمد محمود المساعدة
جامعة المجمعة المملكة العربية السعودية

ملخص

يعد التحكيم الإلكتروني من أسرع وسائل الفصل في المنازعات من خلال حكم الكتروني يصدر عن هيئة التحكيم التي تتولى النظر في المنازعات، ويعتبر صدور حكم التحكيم الإلكتروني من أهم المراحل التي يمر بها نظام التحكيم، ويكون الهدف من هذا البحث التعرف على ماهية حكم التحكيم الإلكتروني وآلية صدوره وكذلك تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني والآثار المترتبة عليه، في ضوء احكام قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001 والقوانين العربية والاجنبية محل المقارنة، من خلال آلية صدور حكم التحكيم الإلكتروني كمبحث أول والآثار القانونية لحكم التحكيم الإلكتروني كمبحث ثاني، وختمت الدراسة بأهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

الكلمات الدالة

التحكيم الإلكتروني . حكم التحكيم الإلكتروني. توقيع حكم التحكيم . تبليغ حكم التحكيم. تنفيذ حكم التحكيم.

Le régime juridique de la sentence arbitrale électronique (Étude comparative)

Résumé

L'arbitrage électronique est l'un des modes les plus rapides de règlement des litiges. La décision tranchant un litige peut se faire par une sentence prise par le tribunal arbitral par voie électronique. L'objet de cette étude est de fournir quelques précisions sur l'idée de la sentence arbitrale prise par voie électronique (Internet), ses mécanismes, le régime de son exécution ainsi que les effets qui en résultent. L'étude sera menée à la lumière du droit d'arbitrage Jordanien de l'année 2001 et quelques lois des pays arabes et étrangers.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 02/09/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 10/10/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 10/11/2015.

Mots clés

Sentence arbitrale électronique, notification de la sentence, l'exécution de la sentence arbitrale

Legal Regulation of Establishing Arbitral Decision in the Electronic Arbitration (A Comparative Study)

Abstract

The arbitration-mail address of the quickest ways to settle disputes through the rule-mail issued by the arbitral tribunal, which holds the consideration of the dispute, and is considered the issuance of the arbitration award-mail of the most important stages throughout the arbitration system, and the goal of this research to identify the nature of the arbitration ruling mail and mechanism of issuance as well as the implementation of the arbitration award-mail and its implications, in light of the provisions of the Jordanian Arbitration Act No. 31 for the year 2001 and the laws of Arab and foreign comparison shop, through the mechanism of the issuance of the arbitration award-mail Kmbges first and the legal effects of the arbitration ruling mail Kmbges second, and the study concluded the most important findings and recommendations that have been reached them.

Key words

Electronic Arbitration. Arbitral Decision. The Segniater of Arbitral Decision. Notificating of Arbitral Decision. Enforcement of the Arbitral Decision.

مقدمة

أضحى التحكيم الإلكتروني ظاهرة من ظواهر البيئة الإلكترونية وضرورة لا غنى عنها خصوصاً في مجال المعاملات التجارية، وينصرف التحكيم بشكل عام الى ارادة اطراف النزاع بإحالة نزاعاتهم الى التحكيم كطريق بديل عن اللجوء الى القضاء العادي، حيث جاء في حكم لمحكمة التمييز الاردنية "أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ويقتصر على ما تنصرف اليه ارادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم..."¹ والتحكيم بشكل عام (Arbitration) وسيلة تختارها الأطراف لفض المنازعات المدنية والتجارية التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع².

ويُعد اللجوء الى التحكيم الإلكتروني غاية اطراف النزاع في سرعة الفصل في المنازعات القائمة بينهم، ويُعد صدور حكم التحكيم من أهم مراحل العملية التحكيمية التي يمر بها نظام التحكيم، حيث كانت بعض التشريعات العربية قد سميت حكم التحكيم بالقرار الذي يصدره المحكمون الذي اتفق المتنازعون على اختصاصهم

بحل النزاع، فالتحكيم نظام للقضاء الخاص يسمح بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تُحل بواسطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم، ويسندون إليهم مهمة القضاء لفض تلك المنازعات³.

تتمثل مشكلة الدراسة من خلال تحديد الآلية التي يصدر بها حكم التحكيم الإلكتروني وطريقة استخدامها من قبل الهيئة التحكيمية، ومدى اعتبار حكم التحكيم صحيحا اذا صدر بشكل الكتروني، وتحديد أهمية الكتابة لصدور حكم التحكيم الإلكتروني.

ويعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، وتحليل النصوص القانونية، وعرض بعض الآراء الفقهية، والأحكام القضائية، والرجوع الى المواقع الإلكترونية المتخصصة والمعتمدة، وكذا الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

وسوف نقسم دراستنا إلى مبحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول: آلية صدور حكم التحكيم الإلكتروني

المطلب الأول: ماهية حكم التحكيم الإلكتروني

المطلب الثاني: طرق الوصول لحكم التحكيم الإلكتروني

المبحث الثاني: الآثار القانونية لحكم التحكيم الإلكتروني

النتائج والتوصيات.

المبحث الأول / آلية صدور حكم التحكيم الإلكتروني

يُعد إصدار الحكم التحكيمي من أهم مراحل التي تمر بها العملية التحكيمية وبالتالي يثور التساؤل عن طبيعة الآلية التي يتمحور بها صدور حكم التحكيم الإلكتروني، فيما اذا كان الحكم التحكيمي الإلكتروني له قالب أو شكل خاص يختلف عن إصدار الحكم التقليدي. ففي ذلك سوف نستعرض في هذا المبحث الى ماهية حكم التحكيم الإلكتروني وطرق الوصول لحكم التحكيم الإلكتروني.

المطلب الأول / ماهية حكم التحكيم الإلكتروني

قبل البدء بتوضيح معنى حكم التحكيم الإلكتروني سوف نتعرض لتعريف التحكيم الإلكتروني بشكل عام، فبالرغم من تعدد التسميات ووحدة المُسمّى فالتحكيم الإلكتروني يُطلق عليه مسميات منها (Cyberspace Arbitration)⁴ أو (Electronic

ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم⁷.

أما حكم التحكيم الإلكتروني فيبدو مختلفاً عن حكم التحكيم التقليدي في بعض الجوانب، كالكتابة والتوقيع وطرق إصداره، وبعض الجوانب الأخرى التي يتميز بها حكم التحكيم الإلكتروني باعتبارها ذات طابع إلكتروني⁸، عندما يصدر عبر وسائل الكترونية وشبكة اتصالات مثل الأنترنت، وبالتالي يعني كافة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم عبر هذه الشبكة، سواء كانت قرارات نهائية أو مؤقتة أو تمهيدية أو جزئية دون حاجة إلى التواجد المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد⁹. إلا أنه لا يختلف من حيث المفهوم فكلاهما ذات معنى واحد، والسبب في ذلك لأن كل منهما حكماً يصدر عن هيئة تحكيم تفصل في النزاع القائم بين الأطراف.

أن هذا المضمون لا يختلف بطبيعة الحال من حكم التحكيم الإلكتروني عن حكم التحكيم التقليدي، وإن اختلفت وسيلة إصدار الحكم، إذ لا أثر لهذه الوسيلة على مضمون مفهوم حكم التحكيم، حيث الإتفاق واضح بين المفهومين بالرغم من وجود بعض الإختلافات.

ولتحديد المفهوم الفقهي لحكم التحكيم الإلكتروني، عرفه الفقه الفرنسي بأنه "القرار الذي ينهي بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم حتى تلك التي تتصل بموضوع النزاع ولا تفصل في طلب محدد، بحيث لا يمكن وفقاً لهذا أن تكون الأحكام محلاً للطعن عليها بالبطلان استقلاً عن الحكم التحكيمي الذي سوف يصدر"¹⁰. فيما عرفه البعض بأنه "الحكم النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، سواء كان الحكم شاملاً لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها، أو قبلت جزءاً منها ورفضت الجزء الآخر"¹¹.

فيما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن حكم التحكيم "هو القرار الصادر عن المحكم والذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة"¹².

بالرغم من ان هذا التعريف جاء أكثر شمولاً من التعريفات المتقدم بيانها إلا أنه قد وسّع في مفهوم حُكم التحكيم، إذ لم يقتصر فقط على الأحكام الصادرة في المنازعات القائمة بين الأطراف التي يجري الفصل فيها بشكل نهائي مُنهي للخصومة وانما اشتمل على جميع القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم والمتعلقة بأمور إجرائية عديدة مثل الفصل في اختصاص هيئة التحكيم أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو بصحة العقد أو بتقرير مسؤولية أحد الأطراف.

أما اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية لعام 1958 لم تتضمن أي تعريف لحكم التحكيم وانما اکتفت بالإشارة الى ذلك في المادة (1) الى أنه " يقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الاحكام الصادرة من محكمين للفصل في حالات محددة بل ايضا الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف". وكانت قواعد الأونسيترال لعام 1976 قد اشارت في المادة 1/32 الى أنه " يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر بالإضافة الى قرار التحكيم النهائي قرارات تحكيم مؤقتة أو تمهيدية أو جزئية". وعلى العكس من ذلك هناك بعض الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم أو لوائح هيئات التحكيم الدولية أو الاقليمية لم تتعرض لماهية حكم التحكيم على سبيل المثال: لائحة المحكمة الالكترونية، أو قواعد مركز الوايبو أو نظام القاضي الافتراضي لم تتعرض لتعريف حكم التحكيم الإلكتروني.

فغالبية القوانين الوطنية والاتفاقيات والمعاهدات الدولية لم تضع تعريفاً محدداً لمفهوم حُكم التحكيم، ولعل السبب في ذلك لأن تحديد مفهوم حُكم التحكيم ليس من مهمة المشرع، سواء على المستوى الوطني أو الدولي. إنما هي مهمة الفقه والقضاء، أما بالنسبة للقضاء يتم ذلك عن طريق السوابق القضائية، حيث عرف القضاء الفرنسي حكم التحكيم بأنه: "قرارات المحكم التي تفصل بطريقة نهائية أو جزئية في مسألة متنازع عليها تتعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بالإجراءات أو تؤدي الى انهاء الدعوى"¹³.

فيما استعمل قانون التحكيم الاردني مصطلح حكم المحكمين تارة وقرار المحكمين تارة اخرى في المادة (38) منه التي نصت على أن: "إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، يتخذ أي قرار لهيئة التحكيم بما في ذلك حكم التحكيم النهائي بالإجماع أو بأغلبية الأعضاء، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، على انه يجوز أن

تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الطرفان أو جميع أعضاء هيئة التحكيم¹⁴."

أما قانون التحكيم المصري فقد اخذ بالمفهوم الضيق لحكم التحكيم، حيث ذهب الى أنه لا يجوز الطعن على ما يصدر عن هيئة التحكيم من قرارات سابقة على حكم التحكيم المنهي للخصومة¹⁵.

ومهما كانت النتيجة التي يتم التوصل اليها بعد انتهاء اجراءات التحكيم والتي تكون اساساً لبسط حل النزاع، قد يُطلق عليها تسمية القرار أو الحكم التحكيمي، فلا بد من صياغة تلك النتيجة في وثيقة من قبل المحكم أو المحكمين. حيث يُعد حكم التحكيم انعكاساً لما توصل إليه أعضاء هيئة التحكيم في حسم النزاع القائم بين الأطراف بجميع عناصره.

ان ما تم ذكره حول مفهوم حكم التحكيم بشكل عام وما ثار حوله من جدل فقهي، فهو ينطبق على مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني والتقليدي في نفس الوقت ومن ثم فان مفهوم حكم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن حكم التحكيم التقليدي الا من خلال الطريقة التي يصدر بواسطتها، حيث يتم اصدار حكم التحكيم الإلكتروني عبر وسائط الكترونية ومن خلال الانترنت.

المطلب الثاني / طرق الوصول لحكم التحكيم الإلكتروني

نتناول في هذا المطلب الطرق المتبعة للوصول الى حكم التحكيم الإلكتروني من خلال المداولة ونطاق حكم التحكيم وشكل حكم التحكيم وصولاً الى مرحلة تبليغ حكم التحكيم الإلكتروني.

أولاً / المداولة

تعد المداولة من أهم الاجراءات التي يقوم بها المحكمون قبل اصدار القرار، حيث تستمد اساساً من اتفاق اطراف النزاع ومن قواعد التحكيم، وتستند المداولة ايضاً الى احكام قوانين الاجراءات التي وقعت على اختيار الأطراف، على ان تجري المداولة بين المحكمين الذين نظروا في نزاع.

ففي حكم لمحكمة استئناف القاهرة المقررة بتاريخ 2008/5/6 حكمت المحكمة ببطلان حكم التحكيم لثبوت صدوره بدون اتمام المداولة القانونية بين أعضاء هيئة

التحكيم التي اصدرته، حيث كانت هيئة التحكيم قد قررت مد اجل التحكيم، وأبلغ هذا القرار للشركة المدعية، ومن ثم قامت هيئة التحكيم وبنفس اليوم بإصدار حكم التحكيم، ولم يثبت للمحكمة من ملف التحكيم المطعون ببطالان الحكم الصادر فيه حيث ان اجراء المداولة المقررة قانوناً قد تم بين أعضاء هيئة التحكيم قبل اصدار حكم التحكيم¹⁶.

لذلك فمن المفروض أن هيئة التحكيم الإلكتروني بعد الانتهاء من العملية التحكيمية وانتهاء جلساتها بإقفال باب النقاش، وتبدأ في اصدار حكم التحكيم الإلكتروني، بعد تشاور الهيئة (المحكمين) للتوصل الى هذا الحكم، معنى ذلك لا بد من وجود فترة زمنية تتم خلالها المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم لإصدار ذلك الحكم¹⁷.

وتكون المداولة سرية كما هو الشأن في قضاء الدولة، بالرغم من عدم وجود ما يقضي بذلك سواء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أو قواعد الأونسيترال أو اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى أو لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس. ولا يجوز اشراك أي شخص آخر مع المحكمين كالخبراء أو المستشارين والا اصبح ذلك سبباً في الطعن في قرار التحكيم، وقد اكدت محكمة النقض الفرنسية ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف في قضية شهيرة بقولها "لا توجد اية صيغة معينة للمداولة بين المحكمين" وازدادت بأنه "يكفي أن يكون المحكم الذي يمثل الأقلية في وضع يستطيع فيه أن يبدي جميع ملاحظاته حول مسودة القرار النهائي للتحكيم ولا يستوجب ان تسبقه مداولة شفوية بين جميع المحكمين ويكفي التعديل الذي يجري بالمراسلة على المسودة التي ستصبح القرار النهائي للتحكيم"¹⁹.

وتأتي بعد المداولة عملية التصويت على الحكم المنوي اصداره، فعند اتفاق هيئة التحكيم على رأى واحد يكفي لصدور الحكم بالأغلبية²⁰.

ومن التشريعات العربية التي نصت على المداولة السرية بين المحكمين نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/34) تاريخ 1433/5/24هـ، المادة 39 منه الفقرة (1) التي نصت على أنه:

"1- يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية أعضائها بعد مداولة سرية".

والقانون السعودي الخاص بالتحكيم الصادر في 27 مارس 1985 في المادة رقم (38) جاء فيها " تجري المداولات بشكل سري، و فقط بين هيئة التحكيم التي استتمعت الى المرافعة وتجتمع بكامل أعضائها".

هذا فيما يتعلق بالمداولة في التحكيم التقليدي اما المداولة في التحكيم الإلكتروني، فانه متى تحقق الغرض منها من تبادل وجهات النظر في اتجاهات الحكم والتوصل الى الأغلبية المطلوبة، فانه لا مجال للتوقف عند أسلوب عملها أو اشتراط التقاء المحكمين في مكان واحد للمداولة، ولهذا فإن هيئة التحكيم الإلكترونية، يكون المجال امامها واسعاً في اختيار الوسيلة المناسبة للمداولة في ظل عدم وجود شروط معينة تفرض عليها اللجوء الى المداولة، وبالتالي فان هيئة التحكيم تقوم باختيار انسب الطرق او الوسائل التي تتلاءم مع الطابع الإلكتروني لنظام التحكيم والتي تكون غالباً ممارسة المداولة بين اعضاء هيئة التحكيم عبر شبكة الانترنت وهو ما يسمى (بالمداولة الإلكترونية).

ففي ذلك قضت المحكمة الفيدرالية بسويسرا بقرارها الصادر بتاريخ 1985/10/23 والقرار الصادر بتاريخ 1997/3/24 بأن عدم التقاء المحكمين في مقر التحكيم لا يشكل سبباً لبطلان حكمهم، وبالتالي يجوز للمحكمين المداولة بالوسائل الإلكترونية، كالبريد الإلكتروني أو المداولة المرئية ما دام قد احيط استخدامها الاحتياطات المناسبة²¹.

وكان قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عام (1985)، مع التعديلات التي اعتُمدت في عام 2006، قد نص على هذه المداولة في المادة (2/20) منه على انه: 2- استثناء من احكام الفقرة 1 من هذه المادة " يجوز لهيئة التحكيم ان تجتمع في اي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها ولسماع اقوال الشهود او الخبراء او طرفي النزاع او لمعاينة البضائع او غيرها من الممتلكات او لفحص المستندات ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"²².

وهو ما ذهب اليه المشرع الاردني عندما اجاز الطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها، ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك²³.

ووفقا للقاضي الافتراضي VMP الذي اسسته جمعية التحكيم الامريكية AAA فإن هيئة التحكيم تقوم بإصدار حكمها في النزاع القائم بين الاطراف وذلك بعد دراسة ومداولة بين اعضائها لهذا النزاع، وفي جانب آخر نص قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة 1469 منه على ان: يصدر حكم المحكمين بعد مداولات سرية²⁴.
ومما تقدم نجد ان بعض القوانين الوطنية، والقوانين الدولية والهيئات التحكيمية الالكترونية، اتاحت لهيئة التحكيم حرية اختيار الوقت والمكان لإجراء المداولة والطريقة المناسبة التي تراها هيئة التحكيم مناسبة لإجراء المداولة.

ثانياً / تاريخ ومكان حكم التحكيم الإلكتروني

كما اشرنا اجاز المشرع الاردني لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، وكان ذات القانون نص ايضاً على مكان حكم التحكيم في المادة (41/ج) على انه: "يجب ان يشتمل حكم التحكيم على اسماء الخصوم وتاريخ الحكم ومكان إصداره"²⁵.

اما المشرع الفرنسي فقد اعتبر بيان مكان اصدار حكم التحكيم الإلكتروني من البيانات الضرورية في حكم التحكيم، عندما اشترط ذلك في نص المادة 1472 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد²⁶، كما قضى ذات القانون ببطالان هذا الحكم في حالة عدم بيان مكان صدوره²⁷. ويقابل هذا النص المادة (3/43) من قانون التحكيم المصري²⁸.

وكان قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي قد نص على أن يشتمل حكم التحكيم على تاريخ صدوره²⁹. وتاريخ صدور الحكم يتحدد الوقت الذي تسري فيه آثاره وأهمها حجية الأمر المقضي³⁰.

أما المشرع الانجليزي فقد ذهب الى أن مكان إصدار حكم التحكيم يتحدد بمكان التحكيم عندما يكون واقعاً في بريطانيا، أيّاً كان المكان الذي جرى توقيعه فيه أو إصداره أو تسليمه للأطراف³¹.

وكان بعض الفقه ذهب الى أن مكان صدور حكم التحكيم هو مكان موقع القضية على الانترنت، حيث يتم تطبيق قواعد التجارة الالكترونية في هذا الشأن وبالتالي فإن هذا التحديد يتلاءم مع الطبيعة الالكترونية لحكم التحكيم ويتفق مع الدافع العملي واعراف التجارة الدولية ذات الطابع الالكتروني لأن هذا الموقع هو الذي باشر منه المحكمون إجراءات التحكيم الالكتروني وبالتالي إصدار حكم التحكيم³².

ويتوجب على المحكمين تثبيت مكان وتاريخ اصدار الحكم، لما لهذين البيانيين من اهمية كبيرة، فتحديد مكان اصدار الحكم يحدد فيما اذا كان الحكم التحكيمي وطنياً ام اجنبياً، لأن معظم الاتفاقيات والقوانين تنص على شروط خاصة لتنفيذ الأحكام الأجنبية وتأخذ بمعيار مكان صدور الحكم لتحديد اجنبية هذا الحكم من وطنيته³³.

بما أنه لا يوجد مكان معين لانعقاد جلسات التحكيم كما هو الحال بالنسبة للمحاكم، لذا فإنه يمكن أن تعقد هذه الجلسات في أي مكان - مالم يوجد أي اتفاق بين الاطراف على خلاف ذلك - فإن الجلسات تنعقد في مكتب رئيس لجنة التحكيم أو في موطن أو مكتب أكبر المحكمين سناً، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على مكان التحكيم، يمكن أن تقوم محكمة التحكيم بتحديد مكان التحكيم، وفي حال اللجوء لمؤسسات ومراكز التحكيم الدولية مثل غرفة التجارة الدولية بباريس، فإن تعيين المكان يتم عن طريق مؤسسة أو مركز التحكيم ذاته بما لها من سلطة تنظيمية أو إدارية، مع امكان اتفاق الأطراف على خلاف ذلك³⁴.

ومن هيئات التحكيم الالكترونية الدائمة التي قررت في قواعدها ولوائحها الداخلية بانه لا يوجد مكان محدد جغرافياً يمكن أن يكون هو مكان التحكيم أو مكان إصدار حكم التحكيم (المحكمة الفضائية)، التي تقوم على ممارسة التحكيم وإصدار حكمها بطريقة إلكترونية باستخدام أفضل الوسائل الحديثة في تعاملاتها، وبالتالي فإن مكان التحكيم أو مكان إصدار الحكم باعتباره مكان جغرافي لم يتم تحديده من قبل

هذه الهيئات، فإنه يمكن القول بأنه وجود مكان للتحكيم أو مكان لإصدار حكم التحكيم في نظام التحكيم الإلكتروني سيكون في جوهره مجرد خيال³⁵. وكان كل من قانون التحكيم الاردني وقانون المرافعات الكويتي وقانون المرافعات الفرنسي وقانون التحكيم الانجليزي قد اعتبروا مكان صدور الحُكم هو المكان الذي يحرر فيه حُكم المحكمين، وعند ذكر المكان فلا يجوز اثبات عكسه الا عن طريق الطعن بالتزوير³⁶.

ثالثاً/ شكل حكم التحكيم الإلكتروني

أهم ما يميز نظام التحكيم الإلكتروني أنه يتم بصورة الكترونية عبر شبكة الانترنت الدولية، بمعنى أن كتابة حكم التحكيم والتوقيع عليه يتم من قبل أعضاء لجنة أو هيئة التحكيم بصورة إلكترونية، ولكن كتابة حكم التحكيم والتوقيع عليه بهذه الصورة يثير عدد من الصعوبات نبيها ما يلي:

1/ كتابة حُكم التحكيم

يستند نظام التحكيم بشقيه التقليدي والإلكتروني على مبدأ أساسي وهو كتابة حُكم التحكيم بمعنى أن يكون حُكم التحكيم مكتوباً، نظراً لأن الكتابة تُعد شرطاً لوجود الحُكم وليس لإثباته، وبالتالي فإن صدوره بأي وسيلة أخرى غير الكتابة لا يتحقق به وصف حُكم التحكيم³⁷.

فقد ذهب الفقه الحديث الى القول بأن كل حُكم تحكيم يجب أن يكون كتابة، ولا يقبل كتابة جزء منه والاعتماد في الباقي على أي وسيلة اخرى من الوسائل الصوتية كالتسجيل، أو المرئية كالفديو، ولكن يستوي أن تكون الكتابة بخط اليد أو الطباعة بطريق الآلة الكاتبة أو الكمبيوتر، أو مزيجاً من الاثنين، وبالتالي يترتب على عدم كتابة الحُكم أو أي جزء منه انعدام الحكم برمته لارتباط الحكم ببعضه على أساس أنه كل لا يتجزأ³⁸.

من القواعد التحكيمية الدولية التي اشترطت الكتابة في حكم التحكيم قواعد الاونسيترال التي نصت في المادة (34) الفقرة (2) على أن "تُصدر كل قرارات التحكيم كتابةً، وتكون نهائية وملزمة للأطراف. وينفذ الأطراف كل قرارات التحكيم دون ابطاء"³⁹.

وكان المشرع الانجليزي قد اجاز كتابة حُكم على كل وسيلة، حيث نص على ذلك بموجب المادة (5) الفقرة (6) من قانون التحكيم الانجليزي لسنة⁴⁰.

بالرغم من أن شرط الكتابة شرط شكلي الا انه يُعد جوهرياً في اصدار حكم التحكيم ولكن ما مدى امكانية تذييل تلك الصعوبة في الاعتراف بالكتابة الالكترونية في اصدار حكم التحكيم الالكتروني.

في ظل التوجه التشريعي المكثف نحو الاعتراف بالكتابة الالكترونية كبديل للكتابة التقليدية، اعترف القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 بصحة الكتابة الالكترونية بنص المادة (6) منه على أن: "(1) عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط اذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع اليه لاحقاً. (2) تسري احكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة"⁴¹.

وكان القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 قد نص في المادة (2) الفقرة (ج) منه على أن: "رسالة بيانات " تعني معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهه، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"⁴².

اما قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فقد اقر بمبدأ كتابة حكم التحكيم، حيث نص على أن: " يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية"⁴³. وكان المشرع المصري قد اصدر القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بالتوقيع الالكتروني، حيث اقر فيه بالكتابة الالكترونية وذلك بنص المادة (1/أ) منه جاء فيها أن: "- الكتابة الالكترونية : كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"⁴⁴.

وبذلك اشترط المشرع المصري كتابة حكم التحكيم واعترف بالكتابة الإلكترونية معنى هذا اعترافاً بالكتابة الإلكترونية لحكم التحكيم الإلكتروني، مما يعكس نظرة المشرع المصري لمسايرة التطور الإلكتروني.

وكان المشرع الفرنسي قد ساوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في القانون الفرنسي رقم 230 سنة 2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 في المادة (1/1316) من قانون الاثبات المتعلق بالتوقيع الإلكتروني على أن " تتمتع الكتابة الإلكترونية بحجية السندات الكتابية في الاثبات بشرط تفصح عن شخصية سندها وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو الى الثقة بها، هذا ويمكن اثبات عكس ما ورد في السند الإلكتروني عن طريق تقديم ادلة جديدة واضحة على عدم صحة السند أو التوقيع الإلكتروني"⁴⁵.

وفي ذات الانجاه سارت الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 التي نصت على مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة التقليدية، واعطائها نفس الحجية والاثبات في العقود الدولية، في المادة (2/9) التي نصت على أن:- "حيثما يشترط القانون ان يكون الخطاب أو العقد كتابياً، أو ينص على عواقب لعدم وجود الكتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً"⁴⁶.

ولكن ماذا لو لم يتم ذكر تاريخ اصدار الحكم، هل يترتب عليه البطلان؟ اكد قانون المرافعات الفرنسي على وجوب بيان تاريخ صدور حكم التحكيم مرتباً على تخلفه بطلان الحكم، وذلك طبقاً لنص المادة (1480)⁴⁷. وفي هذا السياق كانت محكمة النقض الفرنسية قد فرقت في حكم لها صادر بتاريخ (25 مارس 1999) بين أثر اغفال تاريخ ذكر الحكم والخطأ في كتابته على الحكم، حيث قررت أن عدم ايراد تاريخ الحكم يبرر ابطاله، اذ ان كتابة التاريخ يعتبر شرطاً لصحة الحكم يترتب على تخلفه البطلان بالنسبة للتحكيم الداخلي، أما الخطأ في كتابته فيعتبر من الأخطاء المادية التي من الممكن تصحيحها⁴⁸.

اما اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والاعتراف بها لعام 1958. لا تتطلب بشكل صريح أن يصدر حكم التحكيم بالشكل المكتوب، ولكن يمكن ان يُستنتج ذلك بطريقة غير مباشرة من نصوص الاتفاقية الأخرى⁴⁹.

لكن المشرع الأردني فلم يكن بمنأى عن التطور التكنولوجي الذي حدث على صعيد العلاقات الدولية بشكل عام والقانونية الإلكترونية بشكل خاص، فأصدر قانوناً مؤقتاً للمعاملات الإلكترونية يحمل الرقم 85 لسنة 2001م⁵⁰، حيث نصت المادة الثانية منه على أن:- "يكون للكلمات والعبارات التالية حيثما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها ادناه ما لم تدل القرينة على غير ذلك: رسالة المعلومات : المعلومات التي يتم انشاؤها او ارسالها او تسلمها او تخزينها بوسائل الكترونية او بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الكترونية او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي".

2/ توقيع حكم التحكيم

تنص المادة (41/أ) من قانون التحكيم الاردني على أنه " يتم تدوين حكم التحكيم كتابة و يوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفي بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية"⁵¹.

وكانت العديد من القوانين اعترفت بالتوقيع الالكتروني لا بل ساوت بينه وبين التوقيع التقليدي، حيث اعترف قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 بالتوقيع الالكتروني واسبغ عليه الحجية القانونية للاعتراف بها، ومن قبله قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث نصت المادة (1/43) منه على ما يلي: " يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية".

وقد سار المشرع الإماراتي بذات الاتجاه مع المشرع المصري حيث نص في المادة (17) مكرر الفقرة (1-2) على أن :- "1- يعتبر توقيعاً الكترونياً كل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية. 3- للتوقيع

الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات المشار إليها في هذا القانون إذا روعي فيه الأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية⁵².

ففي القضية رقم 119/70ق- تحكيم تجاري الدائرة 91- جلسة 2002/11/27 قضت محكمة استئناف القاهرة بأن: (أسباب امتناع أحد المحكمين عن التوقيع كما أوردها حكم التحكيم حجة على اطرافه فلا يجوز اثبات ما يخالفها إلا بطريق الطعن بالتزوير - القانون لم يشترط أفراد محرر مستقل بأسباب امتناع أحد المحكمين عن التوقيع على الحكم)⁵³.

وكانت المادة (31) الفقرة (1) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، نصت على أن "يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون، ويكفي في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، أن توقعه أغلبية جميع أعضاء هيئة التحكيم، شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع"⁵⁴. وكان المشرع الانجليزي قد اشترط أيضاً كتابة حكم التحكيم وتوقيعه من قبل كل المحكمين في المادة (52) الفقرة (3) من قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996⁵⁵.

وقد قضت لائحة غرفة التجارة الدولية بتوقيع المحكم حيث نصت المادة 27 منها على أن:- "يتعين على محكمة التحكيم أن تقدم إلى هيئة التحكيم مشروع حكم التحكيم قبل توقيعه⁵⁶..." كما نصت المادة (1/28) من ذات اللائحة على أن: "تبلغ الأمانة العامة الأطراف بحكم التحكيم موقعا من قبل محكمة التحكيم بمجرد إصداره شرط أن يكون الأطراف أو أحدهم قد سدد مصاريف التحكيم كاملة إلى غرفة التجارة الدولية"⁵⁷.

وكان البرلمان الأوروبي قد اعتمد سنة 2000 الدليل الأوروبي للتجارة الإلكترونية الذي بدوره طالب بإزالة العقبات القانونية التي تعيق الاعتراف بشرعية العقود الإلكترونية، واستيفائها شرطي الكتابة والتوقيع، كما عرّف الدليل الأوروبي للتوقيعات الإلكترونية التوقيع الإلكتروني، أنه البيانات المتوفرة في صيغة إلكترونية والمرفقة والمرتبطة ببيانات إلكترونية أخرى والتي تستخدم كأسلوب للتصديق⁵⁸.

وقد تكرر هذا المبدأ في اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، حيث نصت المادة (3/9) من الاتفاقية على أن: "3- حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد مهوراً بتوقيع طرف ما، أو

ينص على عواقب لعدم وجود توقيع يستوفي ذلك الاشتراط فيما يخص الخطاب الإلكتروني إذا:

أ- استخدمت طريقة ما لتعيين هوية الطرف المعني وتبين نية ذلك الطرف فيما يخص المعلومات الواردة في الخطاب الإلكتروني⁵⁹."

مما تقدم يتضح ان ليس ثمة اختلافاً بين القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وهيئات التحكيم التي نادى باشتراط التوقيع الإلكتروني على الاحكام الصادرة عن المحكمين لديها، حيث نرى انه طبقاً لنظام التحكيم الإلكتروني فإنه يجب على هيئة التحكيم الإلكترونية أن تقوم بكتابة حكم التحكيم والتوقيع عليه، ويتم ذلك بنفس الطريقة التي تم بها مباشرة العملية التحكيمية الإلكترونية. وبالرغم من الاعتراف الواسع بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، سواء عند تحرير اتفاق التحكيم أو عند اصدار حكم التحكيم، فإن كافة المستندات الإلكترونية لا بد وأن تكون قابلة للاستخراج على ورق، حتى يمكن تقديمها للمحاكم من اجل طلب تأييد الحكم والمصادقة عليه وتنفيذه⁶⁰.

وأن اتجاه هيئات التحكيم الإلكتروني يسير نحو إعطاء الخصوم مستندات عادية بأحكام التحكيم الإلكتروني - وكأنها مستندات تقليدية (ورقية) - إلى جانب المستندات الإلكترونية المثبتة لهذا الحكم حتى تستجيب لشروط التنفيذ المقررة في الدول المختلفة، حيث تكون بمنأى عن تعسف التفسيرات التي قد يبديها القضاء الوطني لبعض النصوص المقررة في القوانين الداخلية.

رابعاً/ تبليغ حكم التحكيم الإلكتروني

نصت المادة (42/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001 على أن: " أ. تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة عن حكم التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره".

وفقاً لنص المادة المشار إليها من قانون التحكيم الأردني، القاعدة تقول أنه يجب تبليغ الخصوم حكم التحكيم، وهو موقف لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، نص المادة (1/28) على أن:- " أن تتولى الامانة العامة إبلاغ الحكم الصادر للأطراف في صورة

النص الموقع من محكمة التحكيم بمجرد اصداره شرط أن يكون الأطراف أو احدهم قد سدد مصاريف الحكم كاملة إلى غرفة التجارة الدولية".

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985، فقد نص أيضا على ضرورة إخطار الأطراف بحكم التحكيم بنص المادة (4/31) على أن: " بعد صدور الحكم تسلم نسخة موقعة من الحكم أو المحكمين وفقاً للفقرة الأولى من هذه المادة وذلك لكل من الطرفين".

ووفقا لما تقدم من نصوص يتضح أن الهدف من هذا كله استلام الأطراف صورة من حكم التحكيم وتبليغهم بمضمونه.

هذا فيما يتعلق بتبليغ حكم التحكيم التقليدي. لكن ماذا في حالة صدور حكم التحكيم الإلكتروني كيف يتم تبليغ الأطراف هذا الحكم ؟

وفقا للطبيعة الخاصة لنظام التحكيم الإلكتروني من حيث مباشرة إجراءات التحكيم من بدايته الى نهايته بطريقة الكترونية، من خلال شبكة الانترنت، معنى ذلك أن الحكم صدر بنفس الطريقة (الطريقة الالكترونية)، لذلك فالمنطق يقول أن تبليغ الحكم سيكون أيضاً الكترونياً عبر شبكة الانترنت⁶¹، وذلك بوضع الحكم على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية المنظورة، الذي تم تحديده من قبل هيئة التحكيم، ليتسنى لجميع الأطراف التوصل لهذا الحكم من خلال الطرق الالكترونية. مع تزويد الأطراف بكلمة سر تسمح لهم وحدهم بالدخول عليها، أو من الممكن أن تقوم هيئة التحكيم بإرسال بريد الكتروني للأطراف لتبليغهم بمحتوى الحكم الذي اصدرته⁶².

أيضاً لا بد من توفير كافة الطرق والوسائل الفنية التي تحول دون إمكانية إطلاع الغير أو أي شخص ليس له الحق على الحكم، لأن أي مساس بهذه الضمانات من شأنه أن يهدد نظام التحكيم الإلكتروني⁶³. اما فيما يتعلق باستخراج نسخة من الحكم، فيتم على نحو الكتروني أيضاً، بطباعة الحكم الكترونياً بعدد الصور أو النسخ المراد الحصول عليها.

المبحث الثاني / الآثار القانونية لحكم التحكيم الإلكتروني

يترتب على صدور حكم التحكيم الإلكتروني عدد من الآثار بالنسبة لأطراف النزاع منها ما هو متعلق بحجية حكم التحكيم والظعن به وكيفية تنفيذ اصدار حكم التحكيم الإلكتروني وصولاً الى حفظ حكم الحكيم وسنتناول هذه الآثار تباعاً كما يلي:

أولاً / حجية حكم التحكيم الإلكتروني

يكتسب حكم التحكيم الإلكتروني حجية الأمر المقضي من لحظة صدوره شأنه شأن الحكم القضائي، وتثبت للحكم الحجية قبل وضع صيغته التنفيذية. وبالتالي يمنع على الهيئة التي اصدرته أن تعود اليها الا في الحدود التي يسمح بها القانون أو اتفاق الطرفين.

ذهب بعض الفقه الى ان قرار التحكيم ينتج آثاره منذ صدوره أي من التاريخ المذكور لإصدار القرار التحكيمي⁶⁴ ، بخلاف ذلك ذهب البعض⁶⁵ الى أن حجية الحكم ليست مطلقة وأن كان حكم التحكيم يتمتع بهذه الحجية، مشيراً الى أن نطاق هذه الحجية يتحدد وفقاً لنطاق اتفاق التحكيم، فلا يكون للحكم من حجية الا في حدود ما فصل فيه من مسائل تضمنها اتفاق التحكيم.

وفي الجانب التشريعي فقد اعترفت كثير من التشريعات بحجية الأمر المقضي لحكم التحكيم، ففي قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 نصت المادة (55) على انه " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"⁶⁶.

أما قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 فقد نص على حجية أحكام المحكمين في المادة (53) منه على أنه " تتمتع أحكام المحكمين الصادرة وفق أحكام هذا القانون بحجية الأمر المقضي به وتكون ملزمة وقابلة للتنفيذ تلقائياً من قبل الأطراف أو بصفة إجبارية إذا رفض المحكوم عليه تنفيذها طوعاً بعد إكسائها صيغة التنفيذ"⁶⁷. ومن جهة اخرى نص القانون اللبناني في المادة 794 منه على أنه: "للقرار التحكيمي منذ صدوره حجية القضية المحكوم بها بالنسبة للنزاع الذي فصل به".

اما قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001 فقد نص في المادة (52) على أن " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة

النفاز بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه⁶⁸. وبذلك يكون المشرع الاردني قد سار بنفس الاتجاه مع المشرع المصري، ووافق المشرع السوري والمشرع اللبناني، فيما يتعلق بحجية الأمر المقضي لحكم التحكيم ..

أما فيما يتعلق بحصر حجية حكم التحكيم على اطراف الخصومة فقط، فقد ذهب بعض الفقه الى أن حجية حكم التحكيم محصورة بأطراف النزاع الذين صدر فيها الحكم والذين اعلنوا بها وتمكنوا من المشاركة في اجراءات التحكيم⁶⁹. وفقاً لهذا الرأي، فإنه لا حجية لحكم التحكيم اتجاه الغير، وحصر حجية الحكم بين اطراف النزاع فقط، المحكوم له والمحكوم عليه.

وقد قضت محكمة التمييز الاردنية بحكم لها جاء فيه أن "قرار المحكم لا يسري إلا على فرقاء التحكيم"⁷⁰. وبحكم آخر قضت محكمة التمييز الاردنية ايضاً أنه "ولا يقبل دخول أي شخص في الدعوى المقامة بطلب تصديق حكم المحكمين، بصفة شخص ثالث، لأن حكم المحكم لا يسري إلا على الذين اشتركوا بالتحكيم....."⁷¹.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية " بعدم الاعتداد بعقد البيع المحال من المشتري لأخر لكونه ليس طرفاً فيه، ولم تتم حوالبته اليه طبقاً للقانون . وأثار هذا العقد بما تتضمنه، بما في ذلك شرط التحكيم، تقتصر على طرفيه ولا تمتد الى رجوع المحال له على المحيل بما دفعه..."⁷².

ثانياً / الطعن بحكم التحكيم الالكتروني

يُعد التحكيم عدالة خاصة لا يتواءم بسهولة مع طرق الطعن التي ترمي الى اعادة فحص النزاع واحلال قرار القاضي محل قرار المحكم⁷³. فعلى خلاف أحكام القضاء لا يجوز الطعن في أحكام التحكيم الالكتروني . حيث نصت المادة(48) من قانون التحكيم الاردني على أن: "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المواد(49) و(50) و(51) من هذا القانون"⁷⁴.

وفي قرار لمحكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2007/2608 (هيئة خماسية) تاريخ 2008/2/11.

1. يستفاد من أحكام المادة 51 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 التي نصت على انه إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على القرار القطعي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم. وحيث أن القرار المميز قضى برد الطعن ببطلان حكم التحكيم وقضى بالأمر بتنفيذ قرار المحكم فعليه يكون القرار قطعياً مما يستوجب رد التمييز شكلاً.

كما نصت المادة (1/52) من قانون التحكيم المصري على أن: "1- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون المطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"⁷⁵.

وبهذا يكون المشرع الاردني والمشرع المصري قد سارا على نفس نهج لجنة الأمم المتحدة الذي اغلق كافة طرق الطعن في أحكام التحكيم⁷⁶، بخلاف نظام محكمة التحكيم القضائية التي انشأت بولاية Michigan بالولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون Public Act رقم 262 لسنة 2001 والذي دخل حيز التنفيذ في 9 يناير 2002 حيث يجوز استئناف الأحكام الصادرة منها أمام المحكمة التي تختص بالطعون في الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة وعلى ذلك لا يستطيع الأطراف طلب تنفيذ الحكم الا بعد أن يصبح الحكم نهائياً بفوات مواعيد الطعن بالاستئناف أو برفض الطعن⁷⁷.

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعدنه لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في حزيران/يوليو 1985. فيما يتعلق بالطعن بالقرارات التحكيمية فقد نص القانون المذكور على طريقة واحدة وهي طلب الغاء القرار وذلك في المادة (2/1/34)⁷⁸ التي نصت على ان:

"1- لا يجوز الطعن في قرار التحكيم امام احدى المحاكم الا بطلب الغاء يقدم وفقاً للفقرتين (2) و(3) من هذه المادة:

2 – لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة 6 ان تلغي أي قرار تحكيم الا اذا:

(أ) قدم الطرف طالب الالغاء دليلاً يثبت:

- 1- ان احد طرفي اتفاق التحكيم المشار اليه في المادة (7) مصاب بأحد عوارض الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي اخضع الطرفان للاتفاق له، او بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على انهما فعلاً ذلك أو
- 2- ان الطرف طالب الالغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين احد المحكمين بإجراءات التحكيم أو انه لم يستطع لسبب آخر ان يعرض قضية او
- 3- ان قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده او لا يشمل اتفاق العرض على التحكيم او انه يشتمل على قرارات في مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق، على انه اذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يجوز ان يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم، او
- 4- ان تشكيل هيئة التحكيم او الاجراء المتبع في التحكيم كان مخالفاً لاتفاق الطرفين ما لم يكن هذا الاتفاق منافياً لحكم من احكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها، او يكن، من حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، او مخالفاً لهذه القانون او.
- ويلاحظ هنا ان القانون النموذجي لم يترك مجالاً للطعن بقرار التحكيم الا بطلب الالغاء، فيما نصت لائحة المحكمة القضائية في المادة (25) منها على انه يعد حكم التحكيم نهائياً لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف . وكانت الفقرة (6) من ذات المادة قد نصت على اعتبار اتفاق الاطراف على اخضاع النزاع للتحكيم وفقاً للائحة المحكمة القضائية تنازلاً منهم عن الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن⁷⁹ .

ثالثاً / تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

الأصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم اختيارياً بين اطرف النزاع الذين اختاروا هذا الطريق للفصل في منازعاتهم⁸⁰ ، والاستثناء هو مماثلة أو رفض المحكوم عليه في تنفيذ حكم التحكيم اختيارياً. وهنا يكون حكم التحكيم امام عائق في تنفيذه، وهي من اشد المسائل خطورة التي تواجه التحكيم من الناحية العملية، ونظراً لأهمية هذا الجانب فقد حرصت أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في سلوك اسهل الطرق لتنفيذ حكم التحكيم لتحقيق الحد الأقصى من فاعلية الحكم التحكيمي.

نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على أن: "يعمل بأحكام القانون المرافق على كل تحكيم قائم وقت نفاذه أو يبدأ بعد نفاذه ولو أستند إلى إتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون". معنى هذا ان القانون المصري يقضي بسريان احكامه على كل تحكيم يجري في مصر أو خارجها واتفقت اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون.

وكان المشرع المصري قد عالج قواعد تنفيذ أحكام التحكيم، حيث حدد اجراءات وشروط تنفيذ تلك القواعد في المادة (58)⁸¹ من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 التي نصت على أن:

"1- لا يقبل تنفيذ حكم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

2- لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يأتي:

(أ) أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

(ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

(ج) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

3- ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة(9) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره."

يستفاد من هذا النص بأن المشرع المصري تناول احكام التحكيم الصادرة في الخارج طبقاً للقانون المصري وقد ساواها المشرع بأحكام التحكيم الصادرة في مصر اما فيما يتعلق بإجراءات تنفيذ حكم التحكيم فإن هذا التحكيم يكون حائزاً فور صدوره لقوة الأمر المقضي وواجباً تنفيذه الا انه لا يكون مشمولاً بالنفاذ، لذلك لا بد من صدور أمر بتنفيذه، ويختص بإصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي رئيس المحكمة المختصة اصلاً بنضر النزاع⁸².

اما اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية لسنة 1958، ولغاية الحصول على أمر تنفيذ حكم التحكيم فقد نصت المادة (1/4) من الاتفاقية على أن: "(1) على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب:

(أ) أصل الحكم الرسي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.
 (ب) أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند."

وكانت المادة (2/35) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 قد ذهبت الى ان:

1- يكون قرار التحكيم ملزماً، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، وينفذ، بناء الى طلب كتابي يقدم الى محكمة مختصة، مع مراعاة احكام هذه المادة و المادة 36.
 2- على الطرف الذي يستند الى قرار تحكيم او يقدم طلباً لتنفيذه ان يقدم القرار الأصلي الموثوق حسب الأصول او صورة منة مصدقة حسب الأصول، واتفاق التحكيم الأصلي المشار اليه فبالمادة 7 او صورة له مصدقة حسب الأصول، و اتفاق التحكيم الأصلي المشار اليه في المادة 7 او صورة له مصدقة حسب الأصول . و اذا كان قرار التحكيم غير صادر بلغة رسمية لهذه الدولة وجب على ذلك الطرف تقديم ترجمة له الى هذه اللغة مصدقة حسب الأصول"⁸³.

معنى ذلك أن على الطرف الذي صدر القرار لمصلحته ان يقدم طلباً لتنفيذه مع قرار التحكيم أو صورة منه مع اتفاق التحكيم، وفي حالة صدور قرار التحكيم بلغة غير رسمية للدولة، كان على ذلك الطرف ان يقدم قراراً مترجماً الى هذه اللغة مصدقة حسب الأصول"⁸⁴.

وبما أن التحكيم الإلكتروني لا يخرج من كونه نظاماً لا يمكن فصله عن نظام التحكيم التقليدي ، لذلك فالواقع يقول أن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني لا بد أن يتم بنفس الآلية التي يتم بها تنفيذ حكم التحكيم التقليدي قدر الامكان، ولاعتبارات معينة يصعب معها اتباع نفس الآلية، فقد يتم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بطرق تتفق مع خصوصية العالم الافتراضي دون حاجة الى اتباع اجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية"⁸⁵.

وكانت لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 قد اكدت في المادة (6/28) منها على أنه: "يكون كل حكم تحكيمي ملزماً للأطراف، ويتعهد الأطراف، لدى

إحالتهم النزاع إلى التحكيم وفقاً لهذا النظام، بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير ويعتبرون بذلك قد تنازلوا عن كل طرق الطعن⁸⁶.

في النصوص المتقدم بيانها يتضح أنه يلزم أن يقدم طالب تنفيذ حكم التحكيم أصل ذلك الحكم أو صورة مصدقة عنه، لكن إذا كان ذلك لا يثير أي مشكلة في مجال التحكيم التقليدي، فإنه يبدو مختلفاً في مجال التحكيم الإلكتروني ويعود ذلك لأسباب منها:

(1) لأن نظام المعلوماتية لا يميز بين الأصل والصورة.

(2) يعود إلى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني، حيث تمت الإشارة إلى هذا الجانب المادة (2/28) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على أن: "يسلم الأمين العام للهيئة نسخاً إضافية مصدقاً عليها طبق الأصل، في أي وقت لمن يطلب ذلك من الأطراف دون غيرهم"⁸⁷.

أما قانون التحكيم الأردني فقد نصت المادة (3) منه على أن: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية"⁸⁸. وكانت المادة 27 من ذات القانون قد نصت على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها، ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك"⁸⁹.

لذلك يبدو لنا أن قانون التحكيم الأردني لم يميز بين التحكيم الوطني والدولي على غرار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أو قانون التحكيم المصري الذين فرقا بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي. وكما سبق وبيننا أن المشرع الأردني حصّن الحكم الصادر من محكمة التحكيم أو هيئة التحكيم بحجية الأمر المقضي به شأنه شأن

الحكم الصادر من القضاء، حيث نص القانون جاء صريحاً قاطعاً بحوزة أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لقانون التحكيم حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ⁹⁰.

رابعاً/ حفظ الحكم

يقصد بحفظ حكم التحكيم ايداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه في قلم كتاب المحكمة، حيث لا تثار اية مشكلة في ذلك بالنسبة للتحكيم العادي (التقليدي)، وهو امر تشترطه العديد من قوانين التحكيم منها قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994⁹¹، وقانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990⁹².

فيما نصت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على حفظ حكم التحكيم في المادة (4/28)⁹³ على أنه: "تودع نسخة أصلية من آل حكم تحكيم صادر طبقاً لهذا النظام لدى الأمانة العامة للهيئة".

أن ما يثور من صعوبة في الآلية التي يتم فيها حفظ حكم التحكيم الإلكتروني حيث تفرض بعض الصعوبات تكمن في ضمان الكمال بالنسبة لمحتوى الحكم والسماح ببقاء الحكم سرياً في حال رغب أطراف النزاع ذلك.

أن حفظ حكم التحكيم الإلكتروني يكون من خلال موقع القضية ذاتها على الانترنت، من قبل هيئة التحكيم عملها، وتطلب ايداع صورة من الحكم في قلم كتاب المحكمة، عندما يتطلب الأمر إصدار نسخة ورقية من الحكم لهذا الغرض، لأن بعض الدول لا تتعامل بالوثائق الإلكترونية.

وفيما يتعلق بنشر حكم التحكيم الإلكتروني نصت المادة (4/25) من لائحة المحكمة الإلكترونية على أن: "يكون الحكم منشوراً على موقع القضية". فهذا النص لا يواجه اية مشكلة تتعلق في حفظ او تخزين الحكم لمدة طويلة.

ومن أجل التوصل الى الحلول المناسبة بحفظ حكم التحكيم الإلكتروني كان قانون ااونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر سنة 1996 تضمن شروطاً تتعلق بالاحتفاظ برسائل البيانات لا بد من توافرها لحفظ الوثائق الإلكترونية، فقد نصت المادة (10) من القانون المذكور على أن: "(1) عندما يقتضي القانون بالاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات، شريطة مراعاة الشروط التالية:

(أ) تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً.

(ب) الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت.

(ج) الاحتفاظ بالمعلومات، إن وجدت، التي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

مما لا شك فيه أن ما ورد من شروط أو ضوابط هو من مهام مراكز التحكيم ويقع على عاتقها الالتزام بحفظ الحكم وضمان كماله، فمن هنا تبدو أهمية اختيار اطراف التحكيم، واختيار افضل مراكز التحكيم التي تمتلك خبرة وامكانيات تقنية من أجل حفظ موقع القضية والتأكيد على سرية وإقامة الدليل على محتواه دون منازعة متى كان ذلك ممكناً.

خاتمة

بعد ان انهيينا موضوع البحث اصدار حكم التحكيم الإلكتروني، توصلنا الى أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها كالآتي:

أولاً/ النتائج

1. للتحكيم الإلكتروني طبيعة ونظام خاص من حيث مباشرة إجراءات التحكيم من بدايته الى نهايته بطريقة الكترونية، من خلال شبكة الانترنت.
2. كان توجه الفقه الحديث الى القول بأن كل حكم تحكيم يجب أن يكون كتابة، ولا يقبل كتابة جزء منه والاعتماد في الباقي على أي وسيلة اخرى من الوسائل الصوتية كالتسجيل، أو المرئية كالفديو.
3. اتاحت القوانين الوطنية والدولية والهيئات التحكيمية الإلكترونية، لهيئة التحكيم حرية اختيار الوقت والمكان لإجراء المداولة والطريقة المناسبة التي تراها هيئة التحكيم مناسبة لإجراء المداولة، وبالتالي تكون قد اقرت كل الوسائل من بينها الوسائل الحديثة (المداولة الإلكترونية بطرق الانترنت).

4. اعترفت اغلب التشريعات الوطنية والتشريعات الدولية والاتفاقيات الدولية بكتابة حكم التحكيم واقرت بالمحركات الالكترونية واعطتها ذات الحجية للمحركات التقليدية وبالتالي اقرت كتابة حكم التحكيم إلكترونياً.

5. يكون لحكم التحكيم الإلكتروني ذات الحجية القانونية لحكم التحكيم التقليدي عندما يتوافر له الشروط التي نص عليها القانون.

6. قانون التحكيم الاردني لم يميز بين التحكيم الوطني والدولي على غرار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أو قانون التحكيم المصري الذين فرقا بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.

ثانياً / التوصيات

1. على المشرع الاردني ان يجري تعديلا يشمل الاعتراف بالكتابة والتوقيع الإلكتروني لحكم التحكم.

2. ضرورة اتفاق اطراف النزاع المسبقة على التحكيم الإلكتروني قبل اللجوء اليه والسبب في ذلك لأن بعض الدول لا تأخذ بالكتابة الالكترونية والتوقيع الإلكتروني، كما ان بعض الدول تتطلب قوانينها الاتفاق المسبق على التعامل الإلكتروني.

3. توفير نظام الكتروني يسمح للمتنازعين بإحالة منازعاتهم لمراكز التحكيم واجراء تبادل البيانات والتفاوض من خلاله.

4. ارجو المشرع الأردني أن يجري تعديلاً على قانون التحكيم الاردني يتضمن نصوصاً تبين معياراً دولياً للتحكيم وذلك للتفريق بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، كما فعلت بعض القوانين المقارنة في هذا البحث.

الهوامش

1. تمييز حقوق رقم 94/1774 صفحة 1985 سنة 1995، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية الصادرة عن نقابة المحامين الأردنيين، الجزء الثامن، ص801.

2. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2006، ص13.

3. د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة،، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2014، ص40.

4. Hermann, G., Some legal E-flections on Online Arbitration (cybitration), in: Morek, R., op.cit., p.6.

5. Carrington, P., Virtual Arbitration, (15) Ohio St. J. on Disp. Resol., 2000, p.668, in:Morek, R.,op.cit., p.6.
6. Cachard, O. International Commercial Arbitration: Electronic Arbitration(NewYork: United Nations Conference on Trade and Development, 2003), in: Morek, R.,op. cit, p.6.
7. د. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1998، ص15.
8. American Arbitration Association (A.A.A), Arbitration Mediation and other forms of Alternative Dispute Resolution, Supplementary Procedures for Online Arbitration, op. cit., p.1., Isabelle Manevy. op.,p 41ct s.
9. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، 23 ش عبد الخالق ثروت، القاهرة 2009، ص441.
10. نبيل زايد مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 23.
11. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 3، 2014، ص381.
12. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص483.
13. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص486.
14. المادة (38) من قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001 .
15. المادة (1/53) من قانون التحكيم المصري رقم 17 لسنة 1994 .
16. انظر استئناف القاهرة - الدائرة السابعة الاقتصادية - العوى رقم 29و104/124 - منشور بمجلة التحكيم - العدد الأول - كانون الثاني (يناير) 2009 - ص553.
17. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص490.
18. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص440.
19. Industria Motora Rakovica(yougoslavia) C/Lynx machinery Ltd (Inde) Cour de Cassation (2e Chambre civil) Revue de L'arbitrage 1982 No.4. pp.425.
20. المادة (31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 حزيران /يونيه 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006.
21. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص439.
22. المادة 20 الفقرة(2) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي(1985)، مع التعديلات التي اعتمدت في 2006.
23. المادة (27) من قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001.
24. د. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص497.
25. المادة (41/ج) من قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001.
26. المادة (1472) من الباب الثالث (الحكم التحكيمي) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد الصادر (مرسوم رقم 500 / 81 الصادر في 12/5/1981) .
27. المادة (1480) من الباب الثالث (الحكم التحكيمي) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد الصادر (مرسوم رقم 500 / 81 الصادر في 12/5/1981).
28. المادة (138) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980، الباب الثاني عشر، التحكيم.
29. Fouchard, E. Gaillard, Traite' de l'arbitage commercial international, Op. Cit. p788.
30. المادة (53) من قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996 التي نصت على:
53Place where award treated as made
Unless otherwise agreed by the parties, where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland, any award in the proceedings shall be treated as made there, regardless of where it was signed, despatched or delivered to any of the parties.
31. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص551.

32. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري (دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، عام 2006، ص 169.
33. عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس (التحكيم التجاري الدولي) جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، عام 2008، ص 1047.
34. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 549.
35. احمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه، دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، عام 2011، ص 176.
36. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 506.
37. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 391.
38. المادة (34) الفقرة (2) من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010.
39. المادة (5) الفقرة (6) من قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996 التي نصت على أن:
- 5: Agreements to be in writing
(6) References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means.
40. المادة (6) القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 .
41. المادة (2) الفقرة (ج) القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية للقانون التجاري الدولي الأونسيترال الصادر عام 2001 .
42. المادة (43) الفقرة (1) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .
43. المادة (1) الفقرة (أ) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.
44. د. ابراهيم إسماعيل إبراهيم، فعالية التحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد (2) العدد(2)، العراق، 2013، ص 361.
45. انظر المادة(2/9) من اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005.
- Article 9. Form requirements*
2. Where the law requires that a communication or a contract should be in writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.
- في تفصيل هذه الفكرة انظر: هشام بشير ، ابراهيم عبد ربه، التحكيم الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2012، القاهرة، مصر، ص 108 وما بعدها.
46. احمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه، ص 173.
47. Cour De Cassation (2e ch . civile), 25 mars 1999, Rev arb. 2000,N2, p268.
48. انظر المادة (4) الفقرة (1) من اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1958.
49. قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، منشور على الصفحة 6010 من عدد الجريدة الرسمية رقم (4524) تاريخ 2001/12/31، وقد نص على تسميته ب (قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2001). حيث استند هذا القانون الى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي اصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال) لسنة 1996 .
50. المادة (41/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2000.
51. المادة(17) مكرر الفقرة (1-3) من القانون الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 2006/36 بتعديل قانون الإثبات رقم 1992/10.

52. انظر مجلة التحكيم العربي - العدد السابع - يوليو 2004 - ص. 183.
53. المادة (31) الفقرة (1) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006.
54. المادة (52) الفقرة (3) من قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996 التي نصت على أن:
- 52 Form of award
(3) The award shall be in writing signed by all the arbitrators or all those assenting to the award.
55. المادة (27) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1998.
56. المادة (1/28) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1998 .
57. عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، مرجع سابق، ص. 1043.
58. انظر المادة (3/9) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام 2005.

Article 9. Form requirements

3. Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

(a) A method is used to identify the party and to indicate that party's intention in respect of the information contained in the electronic communication.

59. هشام بشير. أ. ابراهيم عبد ربه، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 111.
60. American Arbitration Association (A.A.A), Arbitration Mediation and other forms of Alternative Dispute Resolution, Supplementary Procedures for Online Arbitration, op. cit., p.1., Gail A. LASPROGATA, op. cit., p.23., Juan EDUARD and Figueroa VALDES, op.cit., p.8.
61. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 455.
62. Scott Donahey , A Proposal for an Appellate Panel for the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 18 Journal of International Arbitration, 2001,p130.
63. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص. 343.
64. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط/3، 2004، ص. 260.
65. المادة (55) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 .
66. المادة (53) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 .
67. المادة (52) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001 .
68. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص. 263.
69. تمييز حقوق رقم 55/132 تسلسل رقم . منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة 1955 ج.1. ص. 438.
70. تمييز حقوق رقم 55/99 . منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة 1955 . ص. 7.
71. انظر نقض مصري في 11/1996 سنة 17. ص. 66.
72. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009، ص. 148.
73. المادة (48) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.
74. المادة (1/52) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 .
75. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص. 326.
76. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 461.

77. Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated

from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law;

78. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص462.

79. رجاء حافظ بني شمسة، الاطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص123.

80. المادة (58) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

81. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص298.

82. عدلت اللجنة المادة (2/35) في دورتها التاسعة والثلاثين، في عام 2006.

83. ابراهيم اسماعيل ابراهيم، فعالية قرار التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص365.

84. هشام بشير. أ. ابراهيم عبد ربه، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص122.

85. المادة (6/28) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998.

86. المادة (2/28) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998. في تفصيل ذلك راجع. د. حسام

الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص67.

87. المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

88. المادة (27) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

89. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص311.

90. المادة (47) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

91. المادة (203) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري التي نصت على أن: "جميع أحكام المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداع أصلها بمعرفة أحدهم من أصل وثيقة التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدورها ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع ويبلغ صورته إلى المحتكمين. وإذا كان التحكيم وارداً على قضية استئناف كان الإيداع في قلم كتاب محكمة الاستئناف".

92. المادة (4/28) من لائحة غرفة التجارة الدولية لعام 1998.

93. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص478.

أثر العقد الباطل بالنسبة للغير*

Pr. Sa'ad Husain abid mulhim
Université Fallujah Iraq

أ.د. سعد حسين عبد ملحم
كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق

ملخص

إذا تلقى شخص من أحد المتعاقدين حقاً على الشيء الذي هو محل العقد الباطل فهل يسري البطلان بالنسبة للغير كما يسري في العلاقة بين المتعاقدين باعتبار أن العقد الباطل عدم، وأن تقرير البطلان يكون بأثر رجعي. وإذا كان الجواب عن هذا السؤال بالإيجاب فمعنى ذلك سقوط الحق الذي كسبه الغير لسقوط حق من أدلى له بهذا الحق بسبب البطلان. فالفكرة الأساسية التي يقوم عليها البحث هي كيف نحمي المتصرف إليه (الغير) من كون المتصرف أصبح غير مالك بعد بطلان سند ملكيته بأثر رجعي.

الكلمات الدالة: العقد الباطل، الغير، سند الملكية

The effect of the invalidity contract in front of the foreigners

Abstract

If a person receives from one of the contractors really the thing that is wrong decade should she applies for invalidity is also applies in the relationship between contractors ، as the contract wrong not to ، and that the report be retroactive invalidity. If the answer to this question in the affirmative ، it means that the fall of the right ، which earned him third parties to the fall of the right of him made the right because of nullity.

The basic idea underlying the research is how to protect the administrator to (others) from the fact that the administrator has become the owner after the invalidity of support ownership retroactively.

Key words

Foreigner ، invalidity of contract ، vouchers ownership.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/03/12 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/05/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

Effet d'un contrat annulé sur autrui

Résumé

Le contrat annulé peut-il être validé pour autrui si ce dernier perçoit une chose ou droit découlant de ce contrat? Si la réponse est positive, cela conduira à la perte d'un droit acquis par autrui pour cause de l'annulation, avec effet rétroactif, du contrat. L'idée principale de cet article réside dans la recherche des moyens de protection d'autrui du fait qu'un cocontractant n'a plus la qualité de propriétaire de la chose avec effet rétroactif.

Mots clé

contrat annulé, autrui, acte de propriété.

مقدمة

أولاً / أهمية الموضوع وسبب اختياره

إذا كان الخلف الخاص، وهو من تلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه أو من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائناً به من قبل، يتأثر بالعقود التي سبق لسلفه إبرامها متعلقة بالحق الذي خلف سلفه فيه، وبعبارة أدق يسري إليه اثر العقد الذي أبرمه سلفه بشروط حددها القانون، فان نفس هذا المبدأ يُطبق بصدد بطلان العقد الذي أستند عليه احد المتعاقدين في التصرف إلى الغير(الخلف الخاص) إذ أن أثر بطلان عقد السلف يمتد كقاعدة عامة إلى خلفه الخاص .

ويتمثل سبب امتداد أثر بطلان العقد إلى الغير في قاعدتين : القاعدة الأولى : تقضي بأنه إذا زال حق شخص على شيء زال تبعاً له حق من تلقى عنه حقاً على هذا الشيء. اما القاعدة الثانية : فتقضي بان الشخص لا يمكنه ان ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك أو كما يُقال فاقد الشيء لا يعطيه .

لكن تطبيق هذه القواعد على أطلاقها يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات. إذ ان هذه القواعد يعارضها من ناحية أخرى المبدأ الذي يقضي بضرورة حماية من اطمأن إلى ما ظهر له وأعتقد بحسن نية بمطابقته للحقيقة فتعامل على أساسه. حيث أن أبطال العقود التي أبرمت على أساس هذا الظاهر وأزالت ما يترتب عليها من آثار من لحظة إبرامها سيؤدي بالتأكيد إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها. ومن هنا تظهر أهمية تنظيم أثر العقد الباطل بالنسبة للغير في تحقيق استقرار المعاملات كما ان هذا الموضوع رغم أهميته إلا انه لم ينل حظه الكافي من اهتمام الفقه بالإضافة إلى ان

تنظيم المشرع لهذا الموضوع يعتره القصور في بعض جوانبه. ولهذه الأسباب اخترنا البحث في أثر العقد الباطل بالنسبة للغير.

ثانياً / مشكلة البحث

تتلخص مشكلة البحث في السؤال الآتي: هل هناك وسائل قانونية تحمي الخلف الخاص (الغير) من امتداد أثر بطلان العقد إليه وتحفظ له الحق الذي أكتسبه ممن أبطل العقد الذي كان سند ملكيته، دون أن يضطر هذا الغير (المتصرف إليه) إلى إعادة ما أكتسبه من حق تبعاً لإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد تطبيقاً لمبدأ سريان البطلان بأثر رجعي.

ثالثاً / منهج البحث

أتبعنا في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن إذ وقفنا بالتحليل الدقيق على نصوص القانون وأراء الفقه وأحكام القضاء (التي تيسر الحصول عليها) بخصوص موضوع البحث. وكانت المقارنة بين القانون المدني العراقي من جهة والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني من جهة أخرى.

رابعاً / خطة البحث

من أجل الإحاطة بموضوع أثر العقد الباطل بالنسبة للغير على النحو الذي يمكننا من توضيح حقيقته وبيان موقف القانون والفقه والقضاء منه، قسمناه إلى مبحثين خُصص الأول منهما لبيان الآلية القانونية لتأثر الغير بالعقد الباطل. أما المبحث الثاني فقد كُرس لبحث الوسائل التي أقرها القانون لحماية الغير حسن النية من أثر بطلان عقد سلفه. ثم ختمنا البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج والمقترحات التي تمخض عنها البحث.

المبحث الأول / الآلية القانونية لتأثر الغير بالعقد الباطل

إذا أردنا الإجابة عن السؤال الآتي: هل يؤثر العقد الباطل على الغير؟ فإن الإجابة تقتضي ابتداءً تحديد من هو الغير بالنسبة لأثر العقد الباطل والقاعدة العامة في هذا الأثر. ثم بيان الاستثناءات الواردة على حكم القاعدة العامة إن وجدت.

وعليه نُقسم هذا المبحث إلى مطلبين : المطلب الأول نخصه لتحديد المقصود بالغير والقاعدة العامة في أثر العقد الباطل بالنسبة له. أما المطلب الثاني فنبحث فيه الاستثناء من حكم القاعدة العامة وأساسه القانوني .

المطلب الأول / تحديد المقصود بالغير والقاعدة العامة في أثر العقد الباطل بالنسبة له

نبين ابتداءً من هو الغير ثم نشرح القاعدة العامة في أثر العقد الباطل بالنسبة له. وذلك في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول / تحديد المقصود بالغير

الغير هو من لم يكن طرفاً في العقد الباطل لكنه تلقى من أحد المتعاقدين (وتحديداً المتصرف إليه في العقد الباطل) حقاً على الشيء محل العقد الذي تقرر بطلانه. إذن بعبارة أدق الغير هو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين.

مثال ذلك ان يشتري (أ) عقاراً من (ب) بعقد باطل ثم يبيع ذلك العقار بدوره إلى (ج)، فهنا (ج) هو الغير بالنسبة للعقد الباطل بين (أ) و (ب).

الفرع الثاني / القاعدة العامة في أثر العقد الباطل بالنسبة للغير

الأصل ان العقد الباطل عدم. فالبطلان يؤدي إلى اعدام العقد وأزالة كل أثر له. الأمر الذي يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد.² وهذا مايعبر عنه بالأثر الرجعي للبطلان. ويسري البطلان بأثر رجعي ليس فقط في العلاقة بين المتعاقدين بل ايضاً بالنسبة للغير (الخلف الخاص لأحد المتعاقدين).³ فلو باع (أ) العقار إلى (ج) ثم أبطل عقد البيع الذي كان (أ) قد اشترى به العقار من (ب)⁴، فان أعمال البطلان على إطلاقه يقتضي القول بانهيار البيع إلى (أ) بأثر يستند إلى الماضي أي من تاريخ ابرام هذا العقد، فكأن (أ) لم يملك العقار محل البيع في يوم من الأيام وكأنه حينما باعه إلى (ج) باع له ملك الغير. وبيع ملك الغير لا يرتب أثراً في مواجهة المالك الحقيقي ما لم يُقره.⁵ وهكذا تعود ملكية العقار إلى (ب) ويُحرم (ج) (الغير) منها لأن من باعه (أ) لم يستطيع ان يملكه اياه لأن (أ) لم يملك العقار ابدأً، ومن لا يملك لا يستطيع ان يملك أو كما يُقال: فاقد الشيء لا يُعطيه أو ان الشخص لا يستطيع ان ينقل إلى غيره من الحقوق اكثر مما يملك .

إذن يتبين أن أعمال اثر البطلان على اطلاقه يترتب عليه ضرر فادح ليس فقط للمتعاقد الذي لم يقم به سبب البطلان والذي عول على قيام العقد، وإنما أيضاً بالنسبة للغير حسن النية الذي اعتمد في معاملته على اساس قيام هذا العقد. حيث ان الحق الذي كسبه هذا الغير سقط لسقوط حق من ادلى له به بسبب البطلان.⁶ إذن يتمثل أثر البطلان في مواجهة الغير بزوال الحقوق العينية التي يكون الغير قد اكتسبها على الشيء محل العقد الباطل، وهذا ما يُعرف بالأثر العيني للبطلان.⁷ يتبين مما تقدم انه لا بد من تقرير استثناء على منطبق البطلان هذا حماية للغير حسن النية. وهذا ما نفضله في المطلب الآتي:

المطلب الثاني / الاستثناء من حكم القاعدة العامة وأساسه القانوني

نبين أولاً كيفية استثناء الغير من حكم القاعدة العامة في اثر البطلان ثم نفضل الأساس القانوني لهذا الاستثناء. وذلك في الفرعين الآتيين .:

الفرع الأول / استثناء الغير من اثر البطلان

تقتضي العدالة حماية الأغيار حسني النية من نتائج بطلان عقود سلفهم الذين تعاقدوا معهم. إذ من العدالة السماح لهم بالتعويل على هذه العقود التي اعتقدوا واطمئنوا إلى صحتها بل أن المصلحة العامة تقتضي منحهم هذه الحماية لما فيها من رعاية للائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التي يعتمد عليها الناس، ولأجل ذلك يعمد المشرع في دول كثيرة إلى توفير تلك الحماية بدرجات متفاوتة وفي نواحي مختلفة. وتستند حماية الغير إلى ان بطلان العقد لا يمنع من وجوده وجوداً واقعياً (مادياً). وقد يوهم هذا الوجود الواقعي بوجوده قانوناً. إذ ينشئ العقد رغم بطلانه وضعاً ظاهراً وقد يتعامل الناس على أساس هذا الوضع متوهمين بحسن نية كونه عقد صحيح قانوناً. فرغم ان هذا المظهر كاذب وخداع حقيقة إلا ان الناس يُعذرون إن اعتقدوا صحته طالما لم يُنسب إليهم أي خطأ في هذا الاعتقاد.

ولهذا يجب ترتيب الآثار القانونية بالنسبة إليهم كما لو كان العقد الباطل الذي توهموا صحته صحيحاً في الحقيقة تشجيعاً للائتمان العام واحتراماً للثقة المشروعة.

وهكذا ولدت من قديم نظرية الأوضاع الظاهرة التي مختصرها
:أن المظهر الخادع يحمي المخدوع، أو كما يُقال . وان كان بعبارة أقل دقة . : الغلط
الشائع يولد الحق .⁸

ونبحث في الفرع الآتي تفصيلاً نظرية الأوضاع الظاهرة باعتبارها الأساس القانوني
لاستثناء الغير من نتائج بطلان عقد سلفه .

الفرع الثاني / نظرية الأوضاع الظاهرة أساس استثناء الغير من أثر البطلان

تعني نظرية الأوضاع الظاهرة ببساطة ان المظهر الواقعي المخالف للقانون(الوجود
المادي للعقد الباطل) ينبغي ان تتولد عنه بالنسبة للغير(الخلف الخاص) حسن النية
نفس الآثار التي كانت تتولد عنه لو أستجمع العناصر التي تحقق له الوجود القانوني
الصحيح(أي لو كان عقد السلف صحيحاً) مادام لم يكن باستطاعة هذا الغير التوصل
إلى كشف الحقيقة(العلم ببطلان عقد السلف الذي اكتسب بموجبه ملكية الشيء
الذي تصرف به إليه). فإذا تقوم نظرية الأوضاع الظاهرة على اعتبار أن المظهر ينتج
الآثار نفسها التي ينتجها الحق مادام انه ولد الاعتقاد لدى الكافة بمطابقته للحقيقة
الأمر الذي يبرر حماية هذا الغير(الخلف الخاص) بالسماح له بالاحتفاظ بالملكية وذلك
تحقيقاً لاستقرار التعامل. وبذلك تنتقل الملكية إلى الغير الذي تعاقد مع صاحب الظاهر
استثناءً على قاعدة انه لا يجوز للشخص ان ينقل إلى غيره أكثر مما يملك أو كما يُقال
فاقد الشيء لا يُعطيه .⁹

وقد حدد الفقه والقضاء للوضع الظاهر ركنين لابد من توافرهما لإضفاء الحماية
التي قررتها نظرية الأوضاع الظاهرة على الغير(الخلف الخاص) الذي تعاقد مع صاحب
الوضع الظاهر المخالف للحقيقة(المالك في العقد الباطل). وهذان الركنان هما: الركن
المادي: ويتمثل هذا الركن في استقرار المركز الفعلي لصاحب الوضع الظاهر، بالقدر
الذي يوهم الغير والكافة، بأنه مركز قانوني صحيح يتفق مع الحقيقة، وذلك بإحاطة
صاحب الوضع الظاهر بعوامل ومظاهر مادية تؤكد تطابق مركزه الظاهر مع الحقيقة.

الركن المعنوي : ويتمثل في ضرورة توافر حسن النية في الغير المتعامل مع صاحب
الوضع الظاهر. ولا يكفي في هذا الشأن توافر حسن النية الذاتي لدى الغير، وإنما
ينبغي بالإضافة إلى ذلك ان يشيع الغلط لدى الكافة في شأن المركز الظاهر، باعتقاد

الكافة بأنه يُطابق المركز الحقيقي. ومن ثم يُعد حسن النية متوافقاً إذا لم يكن في وسع ذلك الغير والكافة التوصل إلى معرفة المركز الحقيقي المخالف للوضع الظاهر، ولو بذل ذلك الغير عناية الرجل العادي ولم يُقصر في استطلاع حقيقة الامر المخالف للظاهر. حيث ينتفي حُسن النية لدى الغير الذي تعامل مع صاحب المركز الظاهر إذا كان الغلط في معرفة المركز الحقيقي المخالف للمركز الظاهر، ناتج عن سذاجته أو اهماله وذلك نظراً لوضوح الحقيقة أو امكانية التوصل إليها لو بذل ذلك الغير عناية الرجل العادي. ولهذا يُشترط انتفاء تقصير الغير في استطلاع الحقيقة، وإلا زال عنه إفتراض حُسن النية، وفقد الحماية التي تقرها نظرية الأوضاع الظاهرة.¹⁰

وقد قضت محكمة النقض المصرية بشأن اضاء الحماية على الغير حسن النية الذي تعاقد مع صاحب الوضع الظاهر (المالك الظاهر الذي أُبطل سند ملكيته)، ونفذ التصرف في مواجهة المالك الحقيقي، بما يأتي ((من المُقرر في قضاء هذه المحكمة ان التصرف المُبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، يُعد نافذاً في مواجهة صاحب الحق، متى كان الأخير قد أسهم بخطئه . سلباً أو إيجاباً . في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المُحيطة بهذا المركز والتي من شأنها ان تولد الأعتقاد الشائع لدى الكافة بمُطابقة هذا المظهر للحقيقة، دون أن يرتكب هذا الغير خطأً أو تقصير في استطلاع الحقيقة، ولقاضي الموضوع بما له من سلطة تقدير الأدلة وفهم الواقع في الدعوى استخلاص تلك الشواهد ومدى إسهام صاحب الحق في قيامها، والجهد الذي بذله المتعاقد مع صاحب المركز الظاهر في استطلاع حقيقة هذا المظهر، على ان يُقيم قضاءه على اسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق)).¹¹

ومن أبرز القضايا التي أُستند فيها القضاء المصري إلى نظرية الأوضاع الظاهرة لحماية الغير (الخلف الخاص) من امتداد أثر بطلان عقد سلفه إليه هي ما يُعرف في القضاء المصري بقضية (مدينتي) وملخصها قيام هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ببيع ثمانية آلاف فدان إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني بموجب عقد البيع الأبتدائي المؤرخ في 2005/8/1 وملحقه المؤرخ في 2005/12/21 لأجل اقامة مشروع مدينتي بمدينة القاهرة الجديدة. ويتمثل هذا المشروع بقيام الشركة (المشترية)

بإنشاء وحدات سكنية وتجارية حسب المواصفات والشروط المتفق عليها تفصيلاً في عقد البيع، ثم بيعها بعد ذلك للمواطنين. وفعلاً اشترى مواطنون وحدات سكنية بملايين الجنيهات في هذا المشروع. وبتأريخ 2009/1/4 رفع المهندس حمدي الدسوقي الفخراي وياسمين حمدي الدسوقي الفخراي الدعوى امام محكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة¹²، ضد كل من رئيس مجلس الوزراء بصفتِه ووزير الاسكان بصفتِه ورئيس مجلس إدارة هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة بصفتِه. وقد طلب المدعين الحكم ببطلان عقد البيع استناداً إلى ان قرار هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة بالتعاقد مع الشركة المشتريّة لإنشاء مشروع (مدينتي) قد جاء مخالفاً للدستور لإخلاله بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بين المواطنين، إذ امتنعت الهيئة المذكورة عن التعاقد مع المدعي الأول على قطعة أرض واحدة إلا من خلال مزاد علني في حين أنها قامت بتخصيص مساحة 8000 فدان للشركة المذكورة دون أي اعلان عن مزايده أو ممارسة بين هذه الشركة وأي شركة اخرى، كما صدر قرار التعاقد بالمخالفة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الذي قضى بان يكون بيع هيئات الدولة لأموالها العقارية والمنقولة بطريق المزايدة العلنية، فضلاً عن ان هذا التعاقد جاء مخالفاً لأحكام القانون المدني التي تقضي بان يكون البيع بمقابل نقدي وليس عيني، وبالتالي فالثمن أحد أركان العقد وإذ خلا العقد المبرم مع تلك الشركة من الثمن المقابل للأرض فانه لا يُعد عقد بيع، وبالإضافة إلى ذلك خالفت الشركة المشتريّة أحكام القانون رقم 59 لسنة 1979 الخاص بالمجتمعات العمرانية الجديدة والذي يحظر على كل من تملك أرضاً أو منشأة داخلية في مجتمع عمراني جديد التصرف فيها بأي نوع من التصرفات الناقلة للملكية إلا بعد اداء الثمن كاملاً وملحقاته، وإذ أعلنت الشركة عن بيع أرض ووحدات المشروع دون أن تقوم بسداد ثمن الأرض إلى الجهة الإدارية أو التأمين أو مقدم الثمن ولم تحرك الهيئة ساكناً تجاه هذه التصرفات، فان العقد المبرم بينهما يكون قد تم بالمخالفة لقانون المجتمعات العمرانية المشار إليه، كما أن قرار تخصيص الأرض للمشروع والتعاقد عليها بالطريقة التي تم بها قد تجنب المصلحة العامة. ويجلسة 2009/6/28 قدم وكيل الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني (المشتري) صحيفة موجهة إلى المدعين بتدخله إنضمامياً لجهة الإدارة وهجومياً

في الدعوى طالباً الحكم بإلزام المدعيين بان يؤديا للشركة المتدخلة مبلغ مليون جنيه تعويضاً عما أصابها من أضرار مادية وأدبية من جراء إساءة المدعيين لاستعمال حق التقاضي، ولما تضمنته صحيفة الدعوى من وقائع مخالفة للحقيقة وعبارات من شأنها الإساءة إلى سمعة الشركة. وبعد جلسات عديدة قضت المحكمة بجلستها المنعقدة بتاريخ 2010/6/22 ببطلان عقد البيع الابتدائي المؤرخ 2005/8/1 وملحقه المؤرخ 2005/12/21، بيع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني ثمانية آلاف فدان لإقامة مشروع مدينتي بمدينة القاهرة. حيث ثبت للمحكمة عدم أتباع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة للقواعد والأسس والأجرات المنصوص عليها في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، في شأن إبرامها عقد البيع الابتدائي محل النزاع مع الشركة المشتريّة إذ أن هذه الهيئة قد تعاقدت مع الشركة المذكورة على بيع مساحة ثمانية آلاف فدان بأسلوب التعاقد المباشر دون أتباع طرق التعاقد الواجب أتباعها طبقاً لقانون رقم 89 لسنة 1998 وهي بحسب الأصل المزايدة العلنية عامة أو محلية.¹³ ورغم صدور حكم البطلان وصيرورته نهائياً إلا أن وزارة الإسكان امتنعت عن تنفيذه متذرعة باستحالة التنفيذ، إذ أن تنفيذ الحكم . كما أدعت . سترتب عليه كارثة اجتماعية لآلاف المواطنين الذين قاموا بشراء وحدات سكنية وتجارية في المشروع، باعتبار أن عقود شرائهم ستكون باطلة هي الأخرى لأن ما بُني على الباطل فهو باطل. وقد انبرى الفقه المصري لتنفيذ ذريعة وزارة الإسكان إذ انه حتى مع وحدات سكنية أو تجارية بالمباني المقامة على أرض المشروع ستظل صحيحة ونافذة في حق من ستؤول إليه ملكية الأرض محملة بما عليها من التزامات ومالها من حقوق، سواء آلت ملكية الأرض إلى الدولة البائعة أو إلى من يقوم بشراء الأرض وما عليها من منشآت بمزاد علني وفقاً لأحكام القانون. وتستند صحة هذه العقود. رغم صدورهما من مالك أبطل سند ملكيته . إلى نظرية حماية الأوضاع الظاهرة. إذ أن الشركة المشتريّة قبل صدور حكم البطلان كانت تظهر أمام الكافة بمظهر المالك لأرض المشروع لأنه كان بيدها عقد شراء رسمي للأرض صادر من الهيئة العامة للمجتمعات العمرانية ومذيل بتوقيع وزير الإسكان ورئيس الهيئة وممهور بالأختام الرسمية للهيئة ووزارة الإسكان. ومثل هكذا عقد رسمي لا يمكن لأي شخص أن يتخيل . قبل صدور

حكم البطلان . أنه عقد باطل، ولو بذل عناية الرجل العادي، سيما وأن الدولة . والتي رتب الحكم بالبطلان عودة الملكية إليها. قد ساهمت بخطئها في أظهار الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني بمظهر مالك الأرض، حين خالفت القانون رقم 89 لسنة 1998 ببيعها أرض المشروع إلى الشركة بالأمر المباشر رغم أن هذا القانون يستلزم أن يتم البيع بالمزاد العلني. مما يترتب عليه حتمية تطبيق نظرية حماية الأوضاع الظاهرة على من قاموا بشراء وحدات سكنية وتجارية في المشروع من الشركة التي أبطل سند ملكيتها لأرض المشروع، ونفذ تلك العقود في حق الدولة بعد تنفيذ حكم البطلان الذي ترتب عليه استعادة الدولة لملكية أرض المشروع، واعتبارها المالكة لكافة المباني والمنشآت التي أقامتها الشركة على هذه الأرض وذلك إعمالاً لقواعد الالتصاق المقررة بنص المادة (923) من القانون المدني المصري، مع التزام الدولة بدفع قيمة تلك المباني والمنشآت إلى الشركة مخصوصاً منها المبالغ التي استحصلتها الشركة من المشتريين بوحدات المشروع. وعليه فان تنفيذ حكم بطلان عقد بيع أرض المشروع إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني ، لن يترتب عليه إلحاق أي ضرر بمن اشترىوا وحدات سكنية وتجارية بالمباني المقامة على الأرض المباعة، إذ أنهم يتمتعون بالحماية القانونية المقررة بنظرية حماية الأوضاع الظاهرة.¹⁴

ولابد من التأكيد أن نظرية الأوضاع الظاهرة لم يقرها نص قانوني صريح في التشريع العراقي إلا أنها مستقرة لدى الفقه، إذ أن تطبيقها تقتضيه مبادئ العدالة تنفيذاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي التي أوجبت على المحكمة في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه أن تحكم بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمةً لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة .

المبحث الثاني / الوسائل القانونية لحماية الغير حسن النية من أثر بطلان عقد سلفه

وردت استثناءات عديدة على قاعدة إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بأن يرد كل منهما مأخذه من الآخر نتيجة تنفيذ العقد الباطل، وذلك لحماية حسن النية وحماية الأوضاع الظاهرة واستقرار المعاملات. ويمكن تشخيص

ثلاثة مظاهر أساسية لحماية الغير حسن النية من نتائج بطلان العقود أو زوالها بأي طريق آخر، هي :

1. حماية الدائنين والخلف الخاص في حالة الصورية المطلقة.
2. حماية المتصرف إليهم في العقار.
3. حماية حائز المنقول بحسن نية.

ونخصص لتفصيل كل مظهر من هذه المظاهر الثلاثة مطلب خاص به وعلى

النحو الآتي:

المطلب الأول / حماية الدائنين والخلف الخاص في حالة الصورية المطلقة

الصورية المطلقة هي التي تنصب على وجود التصرف ذاته¹⁵، وذلك بأن يتفق الطرفان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه إرادتهما إليه مطلقاً. فيتوهم الغير بوجود تصرف قانوني يحكم علاقتهما في حين أنه غير موجود.¹⁶ فلا يوجد إذن في حالة الصورية المطلقة أي عقد في العلاقة بين الطرفين لأن المتعاقدين لم يقصدا ترتيب آثار قانونية على العقد الظاهر، كذلك لا يتضمن الاتفاق المستتر (ورقة الضد) عقداً آخر يختلف عن العقد الظاهر، بل يقتصر على إثبات أن العقد الظاهر عقد صوري لا وجود له.¹⁷

والسؤال هو: لماذا يثور موضوع الصورية المطلقة بصدد بحث أثر العقد الباطل بالنسبة للغير رغم أن الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان؟ وبعد الإجابة عن هذا السؤال نوضح كيفية حماية الدائنين والخلف الخاص من خلال السماح لهم بالتمسك بالعقد الظاهر الصوري. ونبحث هاتين المسألتين في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول / الصورية المطلقة تساوي البطلان من حيث الأثر

اتفق الفقه على أن الصورية بنوعيهما (المطلقة والنسبية) ليست بذاتها سبباً من أسباب البطلان.¹⁸ إذ أن للأفراد أن يخفوا تصرفاتهم كما يشاؤون دون أن يكون لهذا الإخفاء وحده أثراً على قيام التصرف أو على صحته. إذ يقوم كل من التصرف الظاهر والمستتر عن قصد، أي بعلم كامل وحرية لا تدع مجالاً لفكرة عيب الإرادة. فلا تمس الصورية المطلقة السلامة الداخلية للإرادة ولذا لا يُعاب بها التصرف وبذلك لا تكون سبباً للبطلان من هذه الناحية إذ يستطيع الشخص أن يعمل في الخفاء ما يستطيع

عمله علناً¹⁹. وان عدم عد الصورة بذاتها سبباً للبطلان هو نتيجة حتمية للقاعدة العامة في اثر الصورة بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام والتي تقضي بالاعتداد بالعقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين²⁰، إذ يرتبط المتعاقدين بالعقد الحقيقي الذي أرادته فعلاً، ولذلك لا يكونان مرتبطين بالعقد الظاهر إلا باعتباره ملغياً أو مُعدلاً بالعقد المستتر الحقيقي. ويؤدي الاعتداد بهذا العقد إلى تطبيق القواعد التي قُصد بالصورة تفادي تطبيقها، ولهذا يختلف الحكم باختلاف هذه القواعد. فان كانت القاعدة التي قُصد بالصورة تفادي تطبيقها تقضي ببطلان التصرف الحقيقي المستتر فان هذا التصرف يقع باطلاً لا لكونه أبرم مستوراً وراء تصرف ظاهر بل لتخلف شرط من الشروط اللازمة لصحته كعدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام التصرف كون الشخص ممنوع قانوناً من أبرام هذا التصرف. فمثلاً لو اشترى القاضي، الذي يعمل في المحكمة التي تنظر النزاع، الحق المتنازع فيه مستخدماً اسماً مستعاراً، ففي هذه الحالة يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي بطلان هذا العقد لا بسبب اختفاء القاضي وراء صاحب الاسم المستعار بل طبقاً للقاعدة التي تقضي ببطلان شراء القضاة للحقوق المتنازع فيها²¹. وإذا كانت القاعدة التي قُصد من الصورة تفادي تطبيقها تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر، فانه يترتب على الاعتداد بهذا التصرف تطبيق تلك القاعدة وبالتالي عدم نفاذ ذلك التصرف، كما إذا أخفى الموصي الوصية تحت ستار عقد البيع تفادياً لتطبيق القاعدة التي تقضي بعدم نفاذ الوصية في حق الورثة إذا تجاوزت النصاب الذي تجوز فيه الوصية²². وإذا كانت القاعدة التي قُصد من الصورة تفادي تطبيقها تقرر حقاً للغير، فانه يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي تطبيق تلك القاعدة، بحيث يكون للغير التمسك بالحق الذي تقرر له، كما إذا سُتر البيع في صورة هبة لحرمان الشفيع من حق أخذ العقار المبيع بالشفعة، أو كما إذا قُدم تأريخ تصرف المدين لحرمان الدائن من الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرفات على أساس انه سابق على وجود حق الدائن.

والسؤال الذي يطرح نفسه: إذا كانت الصورة لا تُعد سبباً للبطلان، فلماذا نبحت الصورة المطلقة ضمن موضوع اثر العقد الباطل بالنسبة للغير؟ نقول لأن الصورة المطلقة تساوي العقد الباطل من حيث الأثر. فالعقد الباطل معدوم وكذلك

يُعد العقد الظاهر معدوماً في حالة الصورية المطلقة، إذ لم تتجه إرادة المتعاقدين مطلقاً إلى الالتزام به. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى إذا كان يحق للغير أن يُعول على العقد الباطل رغم انعدامه ويتمسك به على أساس أن البطلان لا يمنع من العقد وجوداً مادياً قد يوهم بوجوده قانوناً، فإن للغير أيضاً أن يُعول على العقد الظاهر الصوري ويتمسك به رغم عدم وجوده وجوداً قانونياً في العلاقة فيما بين المتعاقدين. والمثال التقليدي الذي يسوقه الفقه للصورية المطلقة هو مثال المدين الذي يُريد أن يتوقى قيام دائنيه بالتنفيذ على أحد أمواله، فيبيع هذا المال بيعاً صورياً لصديق أو لقريب متواطئ معه ويُحرران بالبيع عقداً ظاهراً وأحياناً يُحرران ورقة ضد يُذكر فيها أنه لا يوجد بيع على الإطلاق وأن المبيع لا يزال ملكاً للبائع الظاهر وأن المشتري سيضع يده على المبيع لحساب البائع. فالبائع الظاهر لم يُرد أن ينقل الملكية إلى المشتري الظاهر، ولم يُرد المشتري الظاهر أن يكون مشترياً وأن تنتقل إليه الملكية. فعقد البيع الظاهر ينقصه ركن الرضا وهو أحد أركان العقد الأساسية وبذلك لا يكون لعقد البيع الظاهر وجود قانوني. ولكن مبدأ عدم وجود العقد الظاهر وجوداً قانونياً لا يُؤخذ به على إطلاقه إلا في العلاقة بين المتعاقدين. أما بالنسبة للغير حسن النية الذي أعتد على العقد الظاهر الذي تكاملت فيه كل مظاهر العقد الصحيح فتعاقد على أساسه مع أحد المتواطئين، فإن له حق التمسك بهذا العقد بكونه عقداً صحيحاً وحقاً يُرتب الآثار القانونية التي يُرتبها أي عقد صحيح آخر.

الفرع الثاني / تمسك الدائنين والخلف الخاص بالعقد الظاهر الصوري

يجوز للغير وهم الدائنين والخلف الخاص، حسب تحديد المادة (1/147) مدني عراقي، التمسك بالعقد الظاهر الصوري. وأن مبدأ استقرار المعاملات ووجوب الاطمئنان إلى الإرادة التي يمكن التعرف عليها هو الذي يبرر حق الغير في التمسك بالعقد الظاهر. فقد انشأ المتعاقدان بالعقد الصوري مظهراً كاذباً كان سبباً في تضليل الغير ودفعه إلى الاعتماد على هذا العقد في تعامله مع أحدهما. لكن ليس كافياً أن يكون الشخص داخلاً ضمن طائفة الغير لكي يمكنه التمسك بالعقد الظاهر، وإنما يجب أن تكون له مصلحة مشروعة في التمسك بهذا العقد. وأن يكون حسن النية. ونبحث هذين الشرطين في الفقرتين الآتيتين :

أولاً / المصلحة المشروعة

لابد من وجود فائدة تعود على الغير من وراء تمسكه بالعقد الظاهر. وعموماً فإن الغير لا يتصرف إلا ضمن الإطار الذي تتواجد فيه حقوقه. ولا يتطلب إثبات المصلحة المشروعة من الغير إثبات نية الغش لدى من مارس الصورية، فحتى لو كانت دوافع الأطراف سليمة لا يشوبها الغش وهو ما يبرر احترام إرادتهم الحقيقية، فأنهم قد أنشئوا عن عمد وضعاً كانوا ينوون الاستفادة منه وكان سبباً في خداع هذا الغير مما يُبيح له التعويل على هذا الوضع الظاهر. إذن لا يُعتد في تمسك الغير بالعقد الظاهر بالبائع على الصورية سواء كان مشروعاً أم غير مشروع.²³

وتظهر مصلحة الغير في التمسك بالعقد الظاهر في حالات عديدة منها أن لدائن المشتري في البيع الصوري أن يتمسك بالعقد الظاهر حتى يستطيع التنفيذ على المبيع لكونه عنصراً من عناصر الذمة المالية لمدينه المشتري. وكذلك من مصلحة الخلف الخاص الذي كسب حقه من المشتري الصوري (المالك الظاهر) أن يتمسك بعقد البيع الظاهر لكي يُعد الحق العيني قد أنتقل إليه من مالك .

ثانياً / حسن النية

نصت المادة (1/147) مدني عراقي صراحةً على هذا الشرط بقولها ((إذا أُبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري)). وقد أجمع الفقه والقضاء²⁴ على أن معنى حسن النية في باب الصورية المطلقة هو جهل الغير وقت تعامله بصورية العقد الظاهر حتى لو علمَ بها بعد ذلك أي أن يكون الغير الذي تعامل على أساس العقد الظاهر جاهلاً وقت تعامله بوجود اتفاق مستتر (ورقة ضد) أزال العقد الظاهر كلياً. وأن هذا التحديد الذي أجمع عليه الفقه والقضاء لمفهوم حسن النية هو تحديد منطقي إذ لو علمَ الغير بالصورية وقت تعامله لما أمكنه التذرع بعد ذلك بوجود ظاهر خدعه، فبالنسبة إليه ليس هناك ظاهر بعد طالما أنه يعلم الحقيقة.

وحسن نية الغير مُفترض وعلى من يدعي خلاف ذلك عبء إثبات ما يدعيه أي إثبات علم الغير بما يُخالف العقد الظاهر وهو العقد المستتر. إذ يقع عبء الإثبات على من يُريد مخالفة الظاهر.²⁵ ولأن العلم واقعة مادية فانه يجوز إثباته بكافة طرق

الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن. وإذا تم أثبات علم الغير بصورية العقد الظاهر فإن العقد الذي سيسري في مواجهته هو العقد المستتر الحقيقي شأنه في ذلك شأن المتعاقدين .

المطلب الثاني / حماية المتصرف إليهم في العقار

تُقر الكثير من القوانين حماية الغير حسن النية إذا كان قد حازَ العقار بسبب صحيح وذلك إذا ما تقرر بطلان العقد الذي أكتسب به ملكية العقار الشخص الذي أدلى لهذا الغير بالحق. وتتمثل هذه الحماية بالسماح لهذا الغير بالتمسك بالتقادم لكسب ملكية العقار الذي لم ينجح في كسب ملكيته بالعقد لأن من صدر عنه العقد أصبح غير مالك لزوال ملكيته بأثر رجعي بعد أن أُبطل سند ملكيته.

فالمتصرف إليه هو الغير بالنسبة للعقد الباطل والمتصرف هو من أُبطل سند ملكيته بأثر رجعي فأصبح غير مالك. فبإمكان هذا الغير التمسك بالتقادم ليكتسب الملكية. وبعبارة أدق إذا كان المتصرف إليه حسن النية فلا يسري بحقه بطلان العقد الذي أكتسب به المتصرف ملكية العقار. وإذا كانت القوانين قد التفتت إلى حسن نية المتصرف إليه بالعقار إلا أنها لم تكتفِ به لوحده لأجل عدم سريان أثر بطلان سند المتصرف بمواجهة المتصرف إليه بل اشترطت أيضاً أن تمتد الحيازة لمدة معينة اختلفت القوانين في تحديدها، وأن تستند إلى سبب صحيح.

ولقد حى المشرع العراقي بموجب المادة (2/1158) من القانون المدني الغير (المتصرف إليه) حسن النية ولم يُجز الاحتجاج ضده بالبطلان إذا كان قد حازَ العقار بسبب صحيح، وذلك إذا تقرر بطلان سند ملكية المتصرف. ولم يكتفِ القانون المدني العراقي بحسن النية وحده، وإنما اشترط لعدم سريان أثر البطلان في حق الغير أن تستند حيازته للعقار إلى سبب صحيح وأن تستمر هذه الحيازة لمدة خمس سنوات.²⁶

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، أن الحماية في القانون المصري لا تقتصر على مشتري العقار الذي أُبطل سند ملكية سلفه (البائع) بل تشمل الحماية كل من أكتسب حقاً عينياً على العقار من نتائج بطلان سند ملكية سلفه. وعليه نُقسم هذا المطلب إلى فرعين : نبحث في الفرع الأول شروط حماية مشتري العقار الذي أُبطل سند ملكية

سلفه بالاستناد إلى التقادم الخمسي. ونعرض في الفرع الثاني إلى شمول الحماية لكل من أكتسب حقاً عينياً على العقار.

الفرع الأول / شروط حماية مشتري العقار بالاستناد إلى التقادم الخمسي

إذا لم ينجح مُشتري العقار في كسب ملكية العقار بالعقد لأبطال العقد الذي أشتري به سلفه البائع هذا العقار وبالتالي طُبِقَ عليه المبدأ القائل: ما بُني على الباطل فهو باطل، فأن هذا المشتري يمكن أن يكتسب ملكية العقار بالتقادم إذا توافرت أربعة شروط: الحيازة، المدة، السبب الصحيح، حسن النية. على النحو الذي نُفصله في الفقرات الآتية :

أولاً / الحيازة

يُشترط لاكتساب الملكية من قبل الخلف الخاص الذي تقرر بطلان سند ملكية سلفه أن يكون حائزاً للعقار حيازة حقيقية بركنهما المادي والمعنوي. والحيازة بمعناها القانوني هي وضع مادي واقعي لشخص (الخلف الخاص) على العقار بحيث يتمكن هذا الشخص من ممارسة سلطة فعلية على هذا العقار. وقد عرفها القانون المدني العراقي في المادة (2/1145) بأنها ((وضع مادي به يُسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل به)). ويُقصد بالركن المادي السيطرة المادية أو الفعلية على العقار. ولتوافره ينبغي أن يكون للحائز سلطة تخوله ممارسة الأعمال المادية التي يستطيع مباشرتها المالك. وهذه الأعمال هي استعمال العقار واستغلاله وتغييره بما يتفق مع طبيعته كزراعة الأرض وسكنى الدار. أما الركن المعنوي فيُراد به أن للحائز نية استعمال العقار باعتباره صاحب حق عليه كمالك أي أن تكون لدى الحائز نية الظهور بمظهر صاحب حق عيني على العقار يجوز لنفسه ولحسابه. وهذا العنصر مفترض لأنه يتفق مع الظاهر فمن يُباشر الحيازة يُفترض أن لديه نية العمل لحسابه، وعلى من يدعي العكس عليه الإثبات كأن يُثبت أن ما قام به هذا الشخص كان بأذن المالك أو هو تابع للمالك. ولا بد أن تكون الحيازة خالية من العيوب أي ظاهرة وهادئة وواضحة، أما إذا كانت معيبة بالخفاء أو الإكراه أو الغموض فأنها لاتصلح لكسب الملكية إلا بعد زوال العيب.²⁷

ثانياً / المدة

لا يكفي لكسب الملكية بالتقادم أن يكون العقار محلاً لحيازة خالية من العيوب بل لابد أن تستمر حيازة مُشتري العقار من المتصرف إليه في العقد الباطل لمدة خمس سنوات. ويكفي أن يُثبت الحائز تأريخ بدأ حيازته ثم يُثبت أنه حائز في وقت تمسكه بالتقادم، ولا يحتاج إلى إثبات استمرار حيازته في الفترة الواقعة بين هذين التاريخين لأن القانون يفترض استمرارها. وعلى من يدعي خلافه إثبات ذلك. وأحال القانون المدني العراقي في المادة (1162) إلى قواعد التقادم المُسقط وذلك فيما يتعلق بحساب المدة ووقف وانقطاع التقادم والتمسك به أمام القضاء والعدول عنه وتعديل المدة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع التقادم المكسب. وتعد هذه القواعد من النظام العام لذلك لا يجوز أطالة مدة التقادم أو تقصيرها. وتُحسب المدة بالأيام ولا يُحسب اليوم الأول للحيازة بل تُحسب من اليوم التالي لهذا اليوم، وتُحسب بالتقويم الميلادي. ويدخل في حساب المدة العطل الرسمية ولا تكتمل المدة إلا بانقضاء آخر يوم من السنة الخامسة، لكن إذا صادفَ اليوم الأخير من أيام المدة عطلة رسمية فإنه لا يُحسب بل تُكتمل المدة باليوم اللاحق له.²⁸

ثالثاً / السبب الصحيح

السبب الصحيح شرط لازم لايحقق التقادم الخمسي من غيره. ويُعرف الفقه السبب الصحيح بأنه تصرف قانوني يصدر من شخص غير صاحب الحق الذي يُراد كسبه بالتقادم إلى الحائز باعتباره خلف خاص والذي يكون قابلاً بطبيعته وشكله أن ينقل الملكية بين طرفي التعاقد لو أنه صدر من المالك الحقيقي.²⁹ والمهم لاعتبار العقد الصادر من الشخص، الذي أُبطل سند ملكيته بأثر رجعي، سبباً صحيحاً أن يكون قابلاً لنقل الملكية، بحيث أن الملكية كانت تنتقل حالاً لو أنه كان صادراً من المالك الحقيقي.³⁰

إذن يُشترط في السبب الصحيح ما يأتي :

1. أن يكون تصرف قانوني صادر للحائز باعتباره خلف خاص: إذن الميراث لا يُعد سبباً صحيحاً لأنه ليس تصرف قانوني بهذا المعنى إذ أن الوارث خلف عام للمورث وحيازته استمرار لحيازة مورثه .

2. أن يكون التصرف (الذي هو سبب حيازة الخلف الخاص للعقار) بطبيعته ناقلاً للملكية لو أنه صدر من المالك الحقيقي : كالبيع والهبة والمقايضة. ويُعد بحكم التصرفات القانونية وأن لم تكن كذلك بشكل دقيق الأحكام القضائية الناقلة للملكية كالحكم بالشفعة والحكم برسو المزاد. أما التصرفات الكاشفة أو المقررة للملكية أو الحق العيني فلا تُعد سبباً صحيحاً كالقسمة في القوانين التي تأخذ بأثرها الكاشف.

3. أن يكون موجوداً من الناحية القانونية : يُشترط أن يكون السبب صحيحاً لا باطلاً ولامعيباً من حيث الشكل. وأن يكون حقيقياً، وأن يكون نهائياً لا معلقاً على شرط واقف. فالعقد الباطل لا يُعد موجوداً من الناحية القانونية، كما إذا كان صادراً من عديم الأهلية كالمجنون أو كان سببه غير جائز قانوناً.

ولما كان السبب الصحيح هو تصرف قانوني كان ينقل ملكية العقار لو انه صدر من المالك لذا لا بد أن يكون هذا التصرف مُسجل في دائرة التسجيل العقاري لأن التصرف غير المسجل لا ينقل الحق حتى لو صدر من المالك.³¹ وأن اشتراط تسجيل السبب الصحيح يُقلل من حالات كسب ملكية العقار بالتقادم القصير لأنه غالباً لا يستطيع الحائز الذي تعامل مع غير المالك تسجيل التصرف الصادر إليه من هذا الأخير.

4. أن يكون التصرف صادر من غير مالك : لأنه لو صدر التصرف من المالك الحقيقي لنقل الملكية دون حاجة للبحث في التقادم. وإذا كان يُشترط كون التصرف صادر من غير المالك فإنه لافرق بين كون المتصرف غير مالك أصلاً أو كان مالك ثم زالت ملكيته بأثر رجعي كما لو أُبطل أو فُسخ سند ملكيته بأثر رجعي.³²

هذا هو مفهوم السبب الصحيح في القانون المدني المصري وعند الفقه، أما السبب الصحيح في القانون المدني العراقي فكما بينت الفقرة (3) من المادة (1158) فإن السبب الصحيح لا يقتصر على كونه تصرف قانوني صادر من غير المالك للحائز باعتباره خلف خاص بل يشمل بالإضافة إلى ذلك وقائع قانونية هي الاستيلاء على الأراضي الموات والميراث. وإذا كان السبب الصحيح هو الميراث فيجب أن يتلقى الحائز العقار من مورثه باعتباره من أموال التركة. وإذا كان لدى المورث المتوفى سبب صحيح يُجيز له التمسك بكسب الملكية بالتقادم الخمسي فإن من مصلحة الوارث عدم التمسك

بالميراث باعتباره سبباً صحيحاً وإنما التمسك بالسبب الصحيح الذي قام لدى مورثه ويضم مدته ويعتبرها امتداد لمدة سلفه ليكسب الملكية بالتقادم وليس بالإرث .

رابعاً/ حسن النية

لا يكفي ليكسب الخلف الخاص (المتصرف إليه) ،الذي أبطل سند ملكية سلفه المتصرف، ملكية العقار بالتقادم الخمسي أن يحوز العقار لمدة خمس سنوات ويستند في حيازته إلى سبب صحيح إنما لا بد أن يكون حسن النية. وهو يكون كذلك إذا كان يجهل أنه يعتدي بحيازته على حق الغير أي يعتقد أنه يتعامل مع صاحب الحق. وهو سيء النية إذا كان يعلم أنه يتعامل مع غير صاحب الحق أو كان لديه شك حول ملكية من يتعامل معه كما لو كان يعلم أن ملكية من تعامل معه كانت محل نزاع قضائي. ويُشترط توافر حسن النية لدى الحائز في الوقت الذي كان تنتقل فيه إليه الملكية لو أن التصرف صدرَ من المالك الحقيقي. ولا يلتزم الحائز بإثبات حسن النية إذ أن القانون أفترض أنه حسن النية. ويقع على من له مصلحة بالتمسك بسوء نية الحائز (كالمالك الحقيقي) واجب إثبات أن الحائز كان يعلم أنه يعتدي على حق الغير. وعموماً يخضع حسن أو سوء النية لتقدير محكمة الموضوع.³³

الفرع الثاني / شمول الحماية لكل من أكتسب حقاً عينياً على العقار

حتى القانون المدني المصري الدائن المرتهن رهناً رسمياً في حالة أبطل سند ملكية الراهن دون الاستناد إلى التقادم الخمسي. فإذا رهن شخص عقاره رهناً رسمياً ثم زالت ملكية الراهن لبطلان سند ملكيته أو لفسخه أو لزواله بأي سبب آخر، فإن قاعدة الأثر الرجعي للبطلان تقتضي زوال الرهن لأن ما بُني على الباطل فهو باطل، وهذا هو أيضاً مقتضى الأثر الرجعي للفسخ، فيسترد المالك الحقيقي العقار خالياً من كل حق عيني أصلي أو تبعي كان قد رتبهُ من أبطل أو فُسخ سند ملكيته. لكن القانون المدني المصري حتى الدائن المرتهن إذ قرر بقاء الرهن لصالح الدائن المرتهن إذا ما كان حسن النية، أي لا يعلم بما يشوب سند الراهن من أسباب الزوال.³⁴ ثم قرر المشرع المصري شمول الحماية لكل من أكتسب حقاً عينياً على العقار من نتائج بطلان سند ملكية سلفه. حيث عممت المادتان (15،17) من قانون الشهر العقاري المصري حكم المادة (1034) مدني مصري ليشمل كل الحقوق العينية على العقارات سواء كانت أصلية أم

تبعية، إذ جعلت كل من أكتسب بحسن نية حقاً من هذه الحقوق قبل تسجيل دعوى البطلان، بمنجاة من أثر الالتزام بالرد الذي يترتب على البطلان دون تفريق بين مشتري أو مرتين أو غيرهما ماداموا حسني النية. أما ما يُكسب من الحقوق بعد تسجيل دعوى البطلان فإنه يزول أمام حق المالك الذي يترد إليه بالأبطال ولو كان مُكتسب الحق حسن النية يجهل ما يشوب ملكية سلفه من أسباب البطلان.³⁵

فقد قضت المادة (15) من قانون الشهر العقاري المصري بوجود شهر الدعاوى التي تتضمن الطعن في التصرفات العقارية وجوداً أو صحةً أو انعقاداً، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع. ثم نصت المادة (17) من نفس القانون على أنه ((يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشربه طبق القانون يكون حجة على من يترتب لهم حقوق عينية ابتداءً من تأريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما.)).

وتفيد هاتان المادتان أنه إذا آلت ملكية العقار إلى شخص مُعين بعقد قابل للأبطال أو الفسخ أو الزوال لأي سبب آخر، ثم تصرف في العقار لشخص آخر كأن باعه له أو رهنه أو رتب له عليه حق منفعة أو أي حق عيني آخر. وشهر الخلف (مُكتسب الحق) سنده طبقاً للقانون قبل أن تُشهر دعوى إبطال أو إلغاء أو زوال سند السلف لأي سبب آخر، فإن الحكم الصادر بزوال سند السلف لا يؤثر في حق خلفه الذي يظل محتفظاً بالملكية أو بحق الرهن أو المنفعة مادام قد سجل عقد شرائه أو رهنه قبل تسجيل دعوى الأبطال أو التأشير بها طبقاً للقانون. أما لو كان التصرف الصادر لهذا الخلف قد سُجل في تأريخ لاحق لشهر دعوى الأبطال، فإن هذا الأبطال يسري في مواجهته حتى لو كان يجهل العيب الذي شاب سند ملكية سلفه.³⁶

المطلب الثالث / حماية حائز المنقول بحسن نية

إذا تصرف شخص لأخر في منقول تصرفاً ناقلاً للملكية ثم أُبطل هذا التصرف فإن أعمال منطلق البطلان يقتضي أن تمهأ جميع التصرفات التي أبرمها المتصرف إليه بدوره إذ ما بُني على الباطل فهو باطل، كما إذا كان المتصرف إليه (المشتري في العقد الباطل) قد باع المنقول لمشتري ثانٍ أو رهنه له، فإن هذا البيع أو الرهن يسقط بزوال

ملكية البائع أو الراهن. لكن يأتي القانون ويقرر حكماً لصالح الغير(المتصرف إليه الثاني)، إذا كان قد حاز المنقول الذي تم التصرف له فيه بحسن نية، مؤداه ثبوت الحق الذي كان من شأن سنده أن يرتبه له. إذن بإمكان الغير الذي اشترى المنقول من شخص وتسلمه منه، ثم تقرر بطلان سند المتصرف أن يحتفظ بملكية المنقول متى كان حسن النية أي يجهل ما يشوب سند ملكية سلفه(المتصرف) من بطلان وذلك أستناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو كما يقول البعض قاعدة الحيازة سند الحق. وبذلك تكون الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول وليس التصرف القانوني لأن هذا التصرف أصبح صادر من غير مالك بعد زوال ملكية المتصرف بأثر رجعي نتيجة بطلان سند ملكيته. وهذا التصرف لا ينقل الملكية مادام صدر من غير مالك.³⁷

ولسنا بصدد بحث قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بكل تفاصيلها خاصة بالنسبة لشروط هذه القاعدة المتمثلة بالحيازة وحسن النية والسبب الصحيح، إذ أن مفهوم الحيازة وحسن النية لا يختلف عموماً عما تم بحثه سابقاً بصدد شروط حماية مشتري العقار بالاستناد إلى التقادم الخمسي. فيبقى السبب الصحيح الذي نبهته من ناحية أن هذا السبب ما هو إلا التصرف القانوني الذي ناشه أثر البطلان الذي لحق العقد الذي حصل بموجبه المتصرف على ملكية المنقول. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإننا نركز البحث في الأثر المكسب لهذه القاعدة لأن مدى هذا الأثر يختلف في القانون المدني المصري عنه في القانون المدني العراقي، وبالتالي يختلف تبعاً لذلك نوع الحق الذي سيحصل عليه حائز المنقول بحسن نية والذي كان من شأن عقده أن يُرتبه له لولا امتداد أثر البطلان إليه .

وعليه نُقسم هذا المطلب إلى فرعين: نبحث في الفرع الأول دور التصرف القانوني الذي أمتد إليه أثر البطلان في أعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. ونعرض في الفرع الثاني لنوع الحق الذي تنقله الحيازة إلى الغير الذي ناشه أثر البطلان.

الفرع الأول / دور التصرف القانوني الصادر للغير في أعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

يُشترط لأعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية(الحق) تحقق السبب الصحيح. والسبب الصحيح هو التصرف القانوني الناقل للملكية بطبيعته والصادر من

غير المالك إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً ومن شأنه نقل ملكية المنقول إلى هذا الحائز لو أنه صدر من المالك الحقيقي. ويجب أن تتحقق في هذا التصرف حتى يُعد سبباً صحيحاً نفس الشروط المطلوبة في التصرف القانوني حتى يُعد سبباً صحيحاً لإعمال التقادم الخمسي، لذا لا ضرورة لإعادة تفصيل هذه الشروط. لكن يختلف السبب الصحيح في قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية عنه في التقادم الخمسي في وجهين : الأول من حيث عبء الإثبات فمن يتمسك بالتقادم الخمسي عليه إثبات السبب الصحيح في حين في قاعدة الحيازة في المنقول أفترض المشرع وجود السبب الصحيح لأنه جعل الحيازة قرينة على وجوده ووجود حسن النية.³⁸ وإذا نازع المالك الحقيقي للمنقول في وجود السبب الصحيح، فعليه هو أن يثبت أنه غير موجود، أو أنه تصرف باطل أو ظني إذ ليس لأي منهما وجود قانوني. ووجه الاختلاف الثاني من حيث التسجيل، فطالما أن التقادم الخمسي ينصب على العقارات فإنه يُشترط في التصرف القانوني حتى يُعد سبباً صحيحاً أن يكون مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري. أما فيما يتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول، فلا يُشترط التسجيل إذ لم يتطلب القانون شكلية التسجيل لانعقاد التصرفات القانونية الواردة على المنقول.³⁹

والسؤال الذي يطرح نفسه: هل يصلح التصرف القانوني (البيع) الذي صدر ممن أبطل العقد الذي تملك بموجبه المنقول، والذي تسلم بموجبه المشتري (الغير) حيازة المنقول، سبباً صحيحاً لإعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وذلك بعد أن فقد هذا التصرف فاعليته القانونية لنقل الملكية لاعتباره غير موجود قانوناً استناداً إلى قاعدة ما بُي على الباطل فهو باطل ؟

قلنا أن السبب الصحيح هو تصرف قانوني ناقل للملكية بطبيعته لو أنه صدر من المالك ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صدر من غير مالك. والبيع محل السؤال أعلاه هو ناقل للملكية بطبيعته، لكنه لم ينقلها لأنه صدر من غير مالك حيث أنه بإبطال العقد الذي بموجبه تملك المتصرف (البائع) المنقول زالت عنه الملكية بأثر رجعي. إذن إذا أُبطل أو قُسخ سند ملكية المتصرف فإنه يُعد غير مالك نظراً للأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ، فيكون للمشتري الذي تسلم المنقول وحازهُ أن يملكه بالحيازة لأن التصرف الذي صدر من المتصرف، رغم أن أثر بطلان سند المتصرف امتد إليه وناشهُ

يصلح سبباً صحيحاً يتمسك به المتصرف إليه (الحائز) لكسب الملكية بالحيازة. ويستوي أن يكون المتصرف حسن النية أو سيء النية يعلم بما اعترى سند ملكيته من أسباب البطلان. لكن يُشترط حسن النية في المتصرف إليه (الحائز) بأن يعتقد أنه تلقى المنقول من مالك وبعبارة أدق لا يعلم ببطلان سند ملكية من تصرف له بالمنقول.

إذن يستطيع الحائز الذي تملك المنقول بالحيازة ليس فقط دفع دعوى الاستحقاق التي يرفعها عليه المالك الحقيقي، بل أيضاً دفع دعوى الأبطال أو الفسخ التي يرفعها عليه من باع مثلاً المنقول لشخص آخر بعقد قابل للأبطال أو للفسخ واشترى الحائز هذا المنقول من المشتري، ثم أبطل البائع الأول البيع أو فسخه، وطلب من الحائز رد المنقول مستنداً إلى الأثر الرجعي للأبطال أو الفسخ. لأن البائع الأول، لما أبطل البيع أو فسخه، جعل المشتري منه غير مالك للمنقول، فيكون البيع الصادر من هذا الأخير للحائز صادراً من غير مالك، فيتملك الحائز المنقول بالحيازة إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب الأبطال أو الفسخ. ومن ثم يستطيع رد دعوى البائع الأول لأن هذه الدعوى ليست في واقع الأمر، بعد الأبطال أو الفسخ، إلا دعوى استحقاق يستطيع الحائز ردها بعد أن تملك المنقول بالحيازة.⁴⁰

الفرع الثاني / نوع الحق الذي تنقله الحيازة إلى الغير الذي ناشه أثر البطلان

إذا أُنزل العقد الذي حصل بموجبه البائع على ملكية المنقول، فإن المشتري (الغير) حسن النية والذي تسلم المنقول، يستطيع أن يتوقى امتداد أثر البطلان إلى العقد الذي اشترى به المنقول ويحتفظ بملكية المنقول. إذ أنه اكتسب ملكيته بالحيازة وليس بالعقد. لكن إذا كان من أبطل سند ملكيته قد صدر منه للغير تصرف قانوني ليس ناقل للملكية إنما مُنشئ لحق عيني آخر على المنقول كحق المنفعة أو الرهن، فهل يستطيع هذا الغير حسن النية الاستناد إلى قاعدة الحيازة أيضاً ليكسب هذا الحق العيني (المنفعة أو الرهن) والذي لم ينجح المتصرف بنقله إلى المتصرف إليه عن طريق التصرف القانوني لزوال ملكيته بأثر رجعي ؟

أن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على معرفة مدى الأثر المكسب لهذه القاعدة، أي نوع الحق الذي سيكسبه حائز المنقول، هل هو قاصر على حق الملكية أم يشمل الحقوق العينية الأخرى الأصلية والتبعية ؟

يكتسب حائز المنقول بحسن نية وسبب صحيح ملكيته فوراً دون حاجة إلى مرور مدة معينة. ولذا كانت الحيابة وحدها سبباً لكسب ملكية المنقول، إذ لم يكتسب الحائز الملكية بالسبب الصحيح (التصرف القانوني) لأنه صادر من غير مالك بعد زوال ملكية الأخير بأثر رجعي لأبطال سند ملكيته بأثر رجعي، وإنما كسبها بالحيابة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقتزاة بحسن نية. فإذا رفع المالك الأصلي دعوى الاستحقاق ليطالب الحائز برد المنقول إليه، كان له دفع هذه الدعوى بأنه تملك المنقول بالحيابة. كذلك إذا اعتدى الغير على الحائز فأغتصب المنقول منه يُمكنه أن يسترده من المغتصب استناداً إلى أنه تملكه بالحيابة. إذن حيابة المنقول في القانون العراقي لا تُعد سبباً لكسب حقوق عينية أخرى غير الملكية سواء كانت أصلية أم تبعية. وهذا ما صرحت به المادة (1163/1ف) مدني عراقي بنصها على ((من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، فلا تُسمع عليه دعوى المُلْك من أحد)).

وإذا كان أثر هذه القاعدة يقتصر في القانون المدني العراقي على كسب الملكية فإنه في بعض القوانين العربية، كالقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني،⁴¹ لا يقتصر أثر هذه القاعدة على كسب ملكية المنقول بل تصلح أيضاً سبباً لكسب الحقوق العينية الأخرى الجائز إيرادها على المنقول. إذ قد يقتصر قصد حائز المنقول على كسب حق منفعة أو رهن حيازي عليه.⁴²

وعليه فإنه حسب القانون العراقي الشخص الذي صدر له تصرف ناقل للملكية بطبيعته (بيع أو هبة أو مقايضة) ممن زالت عنه الملكية بأثر رجعي لأبطال سند ملكيته يستطيع أن يتمسك بالحيابة إذا كان حسن يجهل ما يشوب سند ملكية سلفه من بطلان، ليكسب الملكية ويتق بالتالي النتيجة المترتبة على امتداد أثر بطلان سند سلفه إليه. أما في القانون المدني المصري والأردني فيغض النظر عن طبيعة الحق الذي كان سيرتبه التصرف القانوني لولا انهياره لأبطال سند ملكية ممن صدر عنه، سواء كان حق ملكية أو حق منفعة أو حق رهن، يستطيع الحائز متى كان حسن النية التمسك بالحيابة لاكتساب هذه الحقوق. فمثلاً لو رتب المدين لدائنه رهن حيازي على منقول يملكه ثم أبطل العقد الذي تملك بموجبه الراهن المنقول وأصبح بالتالي الرهن صادر

من غير مالك، فإن الدائن المرتهن حسن النية يكسب بقاعدة الحيازة الرهن الحيازي على هذا المنقول لأن نيته كانت مقتصرة على كسب حق الرهن الحيازي وليس الملكية. ولا بد من التأكيد على أن نطاق تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ينحصر في المنقولات المادية التي لم ينظم القانون شكلية خاصة لانتقال ملكيتها وكذلك السندات لحاملها. ولذا لا تسري هذه القاعدة على: المنقولات المعنوية كحق المؤلف في مؤلفه وحق المخترع في مبتكراته، والمنقولات المخصصة للمنفعة العامة كالأسلحة وكتب المكتبات العامة والآثار، والمنقولات التي يرد عليها التعامل باعتبارها تابعة للعقار (العقار بالتخصيص)، والمنقولات التي يُعدها القانون مجموعة قائمة بذاتها كالتركة والمحل التجاري، والحقوق الشخصية كالديون والأوراق التجارية عدا السند لحامله والمنقولات التي يُشترط لنقل ملكيتها شكلية خاصة كالسفن والطائرات والسيارات.⁴³ وحتى لو كان المنقول من المنقولات المادية التي تدخل في نطاق تطبيق القاعدة فإنه يُشترط لاكتساب ملكيته بالحيازة ألا يكون قد سُرق من مالكه أو عُصب منه أو فقده، إذ يجوز للمالك في هذه الحالات الثلاث أن يرفع دعوى الاسترداد على من حازَ المنقول بحسن نية وسبب صحيح وذلك خلال ثلاث سنوات من تأريخ خروجه من حيازته.⁴⁴ إذ أن المالك الذي خرج المنقول من حيازته بغير إرادته وبدون أي تقصير منه يُعامل معاملة أفضل من المالك الذي خرج المنقول من حيازته بإرادته.⁴⁵ إذن الحالات الثلاث المتقدمة الذكر هي استثناء على حكم المادة (1163) مدني عراقي. وهذا الاستثناء يُعطل تطبيق حكم القاعدة خلال مدة الثلاث سنوات التي يجوز خلالها استرداد المنقول من حائزه.

خاتمة

نورد في ختام هذا البحث عرضاً لأهم النتائج وبعض المقترحات التي تم التوصل إليها وعلى النحو الآتي:

أولاً / النتائج

1. أن الغير بالنسبة للعقد الباطل هو من لم يكن طرفاً في هذا العقد، لكنه تلقى من المتصرف إليه في هذا العقد حقاً على الشيء الذي كان محلاً للعقد الباطل. أي هو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين في العقد الباطل.

2. القاعدة العامة أن أثر بطلان عقد السلف يسري بمواجهة الخلف الخاص، فيزول الحق الذي اكتسبه الخلف الخاص سواء كان حق ملكية أم غيره وذلك لزوال ملكية سلفه الذي أدلى له بهذا الحق طبقاً للأثر الرجعي للبطلان .

3. الاستثناء هو عدم امتداد أثر بطلان عقد السلف إلى الخلف الخاص، بالسماح له بالاحتفاظ بالحق الذي اكتسبه ممن زالت عنه الملكية بأثر رجعي لبطلان العقد الذي هو سند ملكيته. إذ أن هذا العقد وأن لم يكن له وجود قانوني كونه عقد باطل إلا أن له وجود واقعي كوضع ظاهر، وتقتضي العدالة واستقرار المعاملات وتشجيع الائتمان العام حماية الغير الذي تعامل على أساس هذا الوضع الظاهر متوهماً بحسن نية كونه عقد صحيح قانوناً .

4. أن نظرية الأوضاع الظاهرة هي أساس استثناء الخلف الخاص من أثر بطلان عقد سلفه. وتعني هذه النظرية أن المظهر الواقعي المتمثل بالوجود المادي للعقد الباطل يجب أن يتولد عنه بالنسبة للغير (الخلف الخاص حسن النية) نفس الأثر الذي كان يتولد عنه لو أستجمع العناصر التي تحقق له الوجود القانوني الصحيح أي لو كان عقد السلف صحيحاً. ويتمثل هذا الأثر باحتفاظ الغير بالحق الذي اكتسبه من سلفه رغم بطلان العقد الذي اكتسب به هذا السلف الملكية .

5. أن نظرية الأوضاع الظاهرة وأن لم يُنص عليها صراحةً في التشريع العراقي إلا أنه يمكن الأخذ بها استناداً إلى قواعد العدالة، إذ طبقاً للمادة (1/ ف2) مدني عراقي تُعد قواعد العدالة مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية وذلك بعد التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية.

6. بحثنا كيفية حماية الدائنين والخلف الخاص في حالة الصورية المطلقة، وذلك ضمن الوسائل القانونية لحماية الغير حسن النية من أثر بطلان عقد سلفه، لأنه رغم أن الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان إلا أنها تساوي البطلان من حيث الأثر. إذ أن العقد الباطل معدوم وكذلك يُعد العقد الظاهر معدوم في حالة الصورية المطلقة. كما أنه إذا كان يحق للغير أن يتمسك بالعقد الباطل رغم انعدامه قانوناً لأن هذا العقد أنشأ وضعاً ظاهراً اطمئن إليه هذا الغير وتعامل على أساسه، كذلك يجوز

للغير التمسك بالعقد الظاهر الصوري رغم عدم وجوده وجوداً قانونياً في العلاقة بين المتعاقدين.

7. بينا كيفية حماية مشتري العقار الذي لم يكتسب الملكية بالعقد بسبب بطلان العقد الذي اكتسب به سلفه البائع ملكية العقار وبالتالي امتداد أثر هذا البطلان إلى العقد الذي أشتري به العقار طبقاً لمبدأ ما بُني على الباطل فهو باطل، وذلك بتمكينه من كسب ملكية العقار بالتقادم الخمسي إذا حازه لمدة خمس سنوات وكانت حيازته بحسن نية وتستند إلى سبب صحيح .

وتبين لنا أن العقد الذي أشتري به العقار رغم امتداد أثر البطلان إليه يصلح سبباً صحيحاً لكسب الملكية بالتقادم الخمسي، لأن السبب الصحيح هو تصرف قانوني يصدر من شخص غير المالك إلى الحائز باعتباره خلف خاص ويكون بطبيعته وشكله ناقلاً للملكية بين طرفي التعاقد لو أنه صدر من المالك الحقيقي. وعقد البيع بطبيعته ناقلاً للملكية لكنه لم ينقلها لأنه صدر من غير مالك بعد أن زالت الملكية عن المتصرف (البائع) بأثر رجعي لبطلان سند ملكيته. لكن هذا التصرف حتى يعد سبباً صحيحاً يجب أن يُسجل في دائرة التسجيل العقاري لأن التصرف غير المسجل لا ينقل ملكية العقار وأن صدر من المالك (المادة 508 و 1126 مدني عراقي).

8. يحق للمشتري الذي تسلم المنقول وحازة أن يملكه بالحيازة لأن البيع الذي صدر إليه من البائع، رغم أن أثر بطلان سند البائع امتد إليه وناشئ، يصلح سبباً صحيحاً يتمسك به المتصرف إليه (الحائز) ليكسب ملكية المنقول بالحيازة.

9. يُشترط ليكسب المشتري، بعد بطلان سند ملكية سلفه البائع، ملكية العقار بالتقادم الخمسي أن يكون حسن النية. وكذلك يُشترط أن يكون الحائز، المتصرف إليه في المنقول تصرفاً ناقلاً للملكية صادراً ممن أُبطل سند ملكيته بأثر رجعي، حسن النية حتى يكتسب ملكية المنقول طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وقد تبين لنا أن مفهوم حسن النية واحد في الحالتين، وهو أن يجهل الحائز (حائز العقار أو المنقول) ما يشوب سند سلفه المتصرف من بطلان، أي يعتقد بأنه قد تعامل مع صاحب الحق ولم يخرج في اعتقاده هذا عن مسلك الرجل العادي .

ثانياً / المقترحات

1. لأجل حماية الدائن المرتهن حسن النية من فقدان حق الرهن بسبب زوال ملكية الراهن للمال المرهون بأثر رجعي لبطلان سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله بأي سبب آخر، أقترح إضافة نص إلى القانون المدني العراقي، على غرار نص المادة(1034) مدني مصري، يقرر الحكم الآتي ((يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أُبرم فيه الرهن)) حيث أن هذا الحكم يُعزز الثقة في الائتمان العقاري الذي يمنحه عقد الرهن الرسمي للدائن المرتهن .
2. تعديل المادة (1164) مدني عراقي بإضافة فقرة ثانية لها ليُصبح نص هذه المادة على النحو الآتي((1. استثناء من أحكام المادة السابقة، يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة. 2. إذا كان حائز المنقول المسروق أو الضائع أو المغتصب قد أشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو أشتراه ممن يتجر في مثله، فله أن يجلسه ممن يطالب بإستراده إلى أن يؤدي له الثمن الذي أشتري به هذا المنقول.)).

الهوامش

1. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج:1: مصادر الحقوق الشخصية(مصادر الألتزامات)، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص291 .
2. نصت المادة(138)مدني عراقي على((1.العقد الباطل لاينعقد ولايفيد الحكم اصلاً 2. فإذا بطل العقد يُعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)).
3. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والأرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1984، ص488 .
4. ان الحكم القضائي الذي يقضي بالبطلان هو كاشف لهذا البطلان وليس مُنشئ له .
5. نصت المادة(135)مدني عراقي على((1. من تصرف في مُلك غيره بدون اذنه أنعقد تصرفه موقوفاً على أجازة المالك 2. فإذا أجاز المالك تُعتبر الأجازة توكيلاً ويُطالب الفضولي بالبدل إن كان قبضه من العاقد الآخر. 3. وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف)).
6. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج:1: انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد، 1967، ص507

- عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأز، عمان، 2000، ص211.
7. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجز الأول: مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الثاني: (دراسة وظائف عناصر العقد. الإرادة المنفردة) مطبوعات جامعة الكويت. كلية الحقوق، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982، ص1088.
8. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة جامعة البحرين 2009، ص140. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق، ص494.
9. صبري حمد خاطر، الغير عند العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص92. عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، ص274 نقلاً عن عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي. النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مطابع الأهرام التجارية، الإسكندرية، 1972، ص71.
- نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1977، ص34.
10. عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، ص99 نقلاً عن عبد الرحمن عياد، المصدر السابق ص70 فتحية قرة، النظرية القضائية المستحدثة لأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988 ص3935 نعمان محمد خليل جمعة، المصدر السابق، ص60.
11. نقض مدني بجلسة 1987/3/19. ونفس المبدأ بنقض مدني بجلسة 1991/12/25، ونقض مدني بجلسة 1996/7/10. وهذه الأحكام منشورة لدى المستشار محمد خيرى أبو الليل، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في تطبيق قوانين الأيجار خلال 65 عاماً، الجزء الأول، 1997، ص106. 108.
12. اختصت محكمة القضاء الإداري بنظر هذه الدعوى لأن عقد البيع موضوع النزاع هو عقد أداري وليس مدني وذلك للأسباب التفصيلية التي بينتها هذه المحكمة في معرض ردها على دفع المدعى عليهم والشركة المتدخلة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى.
13. يُنظر تفاصيل هذه الدعوى والحكم الصادر فيها منشورة على الموقع الإلكتروني <http://ecesr.com/report/90> سُحب بتاريخ 2013/2/17 الساعة 18:30 م GMT.
14. يُنظر في هذا الموضوع: مقال الأستاذ حسام محفوظ المحامي بالنقض والفقهاء الدستوري. منشور على الرابط www.rabtamm.com .blogs pot بتاريخ 2013/2/17 الساعة 15:20 م GMT.
15. لمزيد من التفصيل بصدد مفهوم الصورية المطلقة وأثارها بالنسبة للغير، يُنظر د. سعد حسين عبد ملحم، الصورية في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهين، 200، ص7876. ص221. 142.
16. تطبيقاً لهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية ((أن العقد الصوري صورية مطلقة لا وجود له، ومن ثم لا محل لتوجيه طلب الشفاعة إلى المشتري في هذا العقد)) نقض مدني 70/4/14، مجموعة المكتب الفني، ص21، ص618.
17. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص152.
18. لم تكن محكمة التمييز العراقية على صواب في قرارها المرقم 856/ح/1957 في 1957/5/23 حين عدت الصورية أحد أسباب البطلان. حيث جاء في هذا القرار ((نقد الورقة التجارية قوتها الصرفية التداولية وحتى قوتها كمستند عادي خطي إذا شأها إحدى شوائب البطلان الكامل كالصورية أو التزوير أو مخالفة سبب الدين للنظام العام أو الآداب العامة)). مجلة القضاء، العددان الرابع والخامس، السنة الخامسة عشرة، 1957، ص649.

19. Carbonnier (J.), Droit Civil, Tom 4: Les obligations, 20e éd., P.U.F., Paris, 1996, N: 85. Mazeaud (H.), LetJ et Chabas (F.), Leçon de droit civil, Tom 11, premier volume: obligations, 9e éd., Montchrestion, Paris, 1998, N: 813. Planiol (M.), Ripert (G.) et Esmein (P.), Traité pratique de droit civil Français, Tom VI, L.G.D., Paris, 1998, N: 335.

جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري، مطبعة جامعة القاهرة 1956، ص 327.
صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، 1968، ص 116. عبد المنعم البدر اوي
النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، ج 2: أحكام الالتزام، الناشر مكتبة سيد عبدالله وهبه، القاهرة
ص 117. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، مطبعة التقدم
الإسكندرية، ص 412.

20. نصت المادة (148) مدني عراقي على ((1). يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا
اثر للعقد الظاهر فيما بينهم 2. وإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد
استوفى شرائط صحته)).

21. نصت المادة (595) مدني عراقي على ((لا يجوز للحكام والقضاة وللمدعين العامين ونوابهم ولا للمحامين ولا لكتابة
المحاكم ومساعدتهم، أن يشترطوا لا باسمهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في
اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها)).

22. نصت المادة (2/1108) مدني عراقي على ((وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة. ولا تنفذ فيما جاوز
الثلث إلا بإجازة الورثة)).

23. قضت محكمة النقض المصرية بأن ((مؤدى عموم نص المادة (244) من القانون المدني المصري أن المناط في جواز
تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري هو حسن نيته، ولا يُعتد بالباعث على الصورية. سواء كان مشروعاً أم غير
مشروع. وعلة ذلك أن أجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذي يقضي بسريان العقد
الحقيقي الذي أرادته المتعاقدان. وقد سُرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع
بالعقد الظاهر فأطمأن وبني تعامله عليه اعتقاداً منه بأنه عقد حقيقي)) نقض مدني 1965/12/30، مجموعة
المكتب الفني، ص 16، ص 1385.

24. يُنظر في عرض آراء الفقه وأحكام القضاء، د. سعد حسين عبد ملحم، الصورية في التصرفات القانونية مصدر
سابق، ص 188.

25. نصت المادة (7) من قانون الإثبات العراقي النافذ على ((أولاً: البينة على من أدعى واليمين على من أنكر. ثانياً:
المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكرهم من يتمسك بإبقاء الأصل)).

26. أن المدة في القانون الأردني سبع سنوات، إذ نصت المادة (1/1182) مدني أردني على ((إذا وقعت الحيازة على عقار
أو حق عيني عقاري وكان غير مُسجل في دائرة التسجيل واقتربت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى
سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات)).

27. نصت م (1146) مدني عراقي على ((إذا اقتربت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر
تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب)).

28. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية. الحقوق العينية التبعية)
مديرية دار الكتب للطباعة والنشر. جامعة الموصل، 1982، ص 225.

29. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية (الحيازة، التقادم)، تنقيح
المستشارين محمد علي سكيكر ومعز كامل مرسي، طباعة شركة الجلاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 169.

30. عرفت محكمة النقض المصرية السبب الصحيح كالاتي((المراد بالسبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم الخمسي هو كل تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته العقار، ويجعل وضع يده عليه حلاً سليماً من شبهة الغصب في نظره واعتقاده هو. والمراد بكون السبب صحيحاً في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلاً للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف. ولهذا يصلح العقد الباطل بطلائاً نسبياً، وكذلك العقد المعلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط، لأن يكون سبباً صحيحاً لتمليك المشتري على أساسه العقار بوضع اليد)) نقلاً عن د. محمد كامل مرسي، المصدر نفسه، ص 172.
31. قضت محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها((لايترتب على بيع العقار خارج الطابو آثار قانونية لأنه باطل بذاته(المادة508مدني.....))القرار رقم166 هيئة عامة/1971 في 1/9/1971 منشور بالنبشرة القضائية العدد الرابع، سنة1973، ص33. وأقرت محكمة التمييز ذلك في حكم آخر جاء فيه((أن بيع العقار لاينعقد إلا إذا سُجّل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي ينص عليه القانون(المادة508مدني.....))القرار رقم2030/ مدينة الثالثة/ 1975 في 18/5/1975، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 1977، ص3130. وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز((وُجِدَ أن البيع الواقع على عقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة لاينعقد عملاً بأحكام المادتين 508 و1126 من القانون المدني لذا يلزم إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد))القرار رقم230/استئنافية/1986.1987 في 21/7/1987(غير منشور). وأكدت هذا المبدأ في قرار آخر جاء فيه((أن بيع العقار من العقود الشكلية التي تستوجب التسجيل في دائرة التسجيل العقاري (المادة508مدني)وحيث إن عقد بيع العقار الخارجي يُعتبر باطلاً وأن العقد الباطل لاينعقد ولايفيد الحكم أصلاً (المادة138مدني.....))القرار رقم2376م/2005(غير منشور). وبينت محكمة التمييز متى ينعقد بيع العقار إذ قضت((ينعقد بيع العقار بتاريخ حصول الإقرار من البائع والمشتري أو من ينوب عنهما أمام دائرة التسجيل العقاري))القرار رقم543/ مدينة ثانية/ عقار/1974 في 22/2/1975 منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الأول السنة السادسة، 1975، ص 30.
32. قضت محكمة النقض المصرية((أن مودى نص الفقرة الثالثة من المادة 969 من القانون المدني على أن (السبب الصحيح سند من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يُراد كسبه بالتقادم ويجب أن يكون مُسجلاً طبقاً للقانون) أن بيع مُلك الغير يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسي متى كان هذا البيع مُسجلاً ولايغير من ذلك أن يكون البائع غاصباً أو مستنداً في حيازته إلى عقد قابل للأبطال أو باطل أو معدوم لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركناً أو شرطاً لاعتبار التصرف سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم الخمسي واكتفى بان يكون التصرف ذاته صادراً من غير مالك ومن ثم فإن الحكم بأبطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لايستتبع أي أثر على سند الحائز ولاينال من صلاحيته لأن يكون سبباً صحيحاً لذلك التملك)) الطعن رقم6223، 6210 لسنة70 في جلسة2001/11/27 نقلاً عن محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص 173. 174.
33. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص 236. 237.
34. تضمنت هذا الحكم المادة(1034)مدني مصري بنصها على((يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر بإبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن)). ولماقابل لهذا الحكم في القانون المدني العراقي .
35. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري، مصدر سابق، ص 410. 411.
36. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مصدر سابق، ص 496. 497.

37. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9: أسباب كسب الملكية، المجلد الثاني ط3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص1125. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر نفسه، ص495.
38. نصت المادة(1163/2ف)مدني عراقي على((والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك.)) وورد هذا الحكم بنفس الصيغة في المادة(976/2ف)مدني مصري. كذلك نصت المادة(1189/2ف)مدني أردني على((تقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك)).
39. رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية(مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية)، منشورات الحلبي بيروت . لبنان، 2002، ص441. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، المصدر السابق، ص1139. محمد طه البشير و غني حسون طه، مصدر سابق، ص254.
40. السنهوري، الوسيط، ج9، ص1144.
41. نصت المادة(976/1ف)مدني مصري على((من حازَ بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله، فإنه يُصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته)). ونصت المادة(1189/1ف)مدني أردني على ((لأنّسمع دعوى المالك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية)).
42. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع مطابع الأزرق، عمان، 2000، ص226.
43. قضت محكمة التمييز العراقية بأنه((.....من حق مالك السيارة طلب استردادها من واضع اليد طالما أن واضع اليد لم يُسجل باسمه السيارة لدى دائرة التسجيل التابعة لمديرية المرور المختصة بصورة أصلوية . وأن عقد البيع الخارجي الذي يتمسك به يُعتبر قانوناً غير منعقد عملاً بأحكام المادة الخامسة من قانون المرور المعدل والمادة 137ف3 من القانون المدني)) القرار رقم 1020 / م.منقول/1986 في 1987/5/23. منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول والثاني لسنة 1987، ص34.
44. نصت المادة(1164)مدني عراقي على((استثناءً من أحكام المادة السابقة، يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضعاه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة)).
45. يُنظر في تفصيل هذه الحالات الثلاث د. السنهوري، الوسيط، ج9، ص1155. 1172.
- ولابد من الإشارة إلى أن المشرع العراقي لم يبين حكم ما إذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع أو المغتصب ممن يتاجر فيه عادةً أو في مزاد علني . وقد واجه القانون المدني المصري هذه الحالة في المادة(977ف2) التي نصت على ((فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يُعجل له الثمن الذي دفعه)). ومعنى هذا الحكم أن الحائز حسن النية يحبس المنقول في مواجهة مالكه حتى يؤدي له الثمن الذي اشترى به هذا المنقول من المزاد العلني أو ممن يتاجر به عادةً . وهذا الحكم عادل وكان من الأفضل للقانون المدني العراقي الأخذ به .

إشكالية التدخل الإنساني وأثاره على المنطق السيادي للدول*

Dr.SAHAL Makhlouf
Faculté des Sciences Politiques,
Université d'Alger 3.

د. ساحل مخلوف
كلية العلوم السياسية،
جامعة الجزائر 3

ملخص

عرفت قضية حقوق الإنسان تطورا كبيرا حيث لم تعد مسألة حمايتها من المسائل الخاضعة لسلطان الدولة الداخلي فقط، وإنما أصبحت شأنا دوليا تم تنظيمه من خلال مختلف القواعد القانونية الدولية، علاوة على تأثير هذا التطور في ظهور ما يسمى بحق الدول في مراقبة مدى احترام الدول الأخرى لمسألة حقوق الإنسان. نتيجة هذه التطورات أصبح متداولاً لدى بعض القوى أنه من حق الدول التدخل عسكرياً في الدول الأخرى بهدف قمع الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والبعض الآخر عمل على التذرع أن يكون هذا التدخل بناء على ترخيص صادر عن مجلس الأمن بموجب قرار وفقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق، ثم تطورت التبريرات لتأسيس التدخل على فكرة الواجب لتصل مؤخراً إلى فكرة أخطر من كل ما سبق وهي مسؤولية الحماية الدولية للمدنيين لذا فإنّ هذه الدراسة تحاول التعرض إلى إشكالية التدخل الإنساني وأثاره على المنطق السيادي للدول.

الكلمات الدالة

السيادة، حقوق الإنسان التدخل الإنساني، مسؤولية الحماية

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/09/21 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/10/12 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

The problem of humanitarian intervention and its effects on the states sovereign logic

Summary

The issue of human rights known a major development where the of protection cause of the subject to the Sultan internal state only issues are no longer, but has become an international affair was organized by various international legal norms, as well as the impact of this development in the emergence of the so-called right of States to monitor respect for the other states for human rights issue.

As a result of these developments it was circulating among some of the forces that States have the right to militarily intervene in other countries in order to suppress serious violations of human rights and others work on the pretext that this intervention will be based on the license issued by the Security Council in accordance with the provisions of Chapter VII of the Charter of UN, then evolved justifications for the establishment of intervention on the idea recently due to reach the most dangerous idea of all of the above and are the responsibility of the international protection of civilians, So this study is trying to exposure to the problem of humanitarian intervention and its effects on the logic of sovereign states.

Key words

sovereignty, human rights and humanitarian intervention, the international responsibility .

La problématique de l'intervention humanitaire et ses effets sur la souveraineté des Etats

Résumé

La question de la protection des droits de l'homme relève de la compétence territoriale de l'Etat. Elle constitue également une préoccupation de la société internationale et du droit international.

Cependant l'évolution rapide et la complexité des interactions internationales ont donné l'occasion a certaines puissances de s'arroger un droit d'intervenir puis un devoir de le faire pour aboutir enfin, a la notion de protection internationale des populations civiles outrepassant parfois la charte des Nations-unies.

Ceci traduit toute la problématique d' l'intervention internationale et ces effets sur la souveraineté des Etats.

Mots clés

Souveraineté, droit de l'homme, droit humanitaire, ingérence

مقدمة

تعتبر مسألة حماية حقوق الإنسان من أبرز القضايا المعاصرة التي أعادت تكييف المفهوم التقليدي للسيادة قصد الاستجابة للتطورات التي شهدتها الإنسانية في هذا المجال، حيث أصبحت السيادة مشروطة بمعايير إنسانية واسعة منحت لفكرة السيادة مفهوم السيادة المسؤولة، بعد أن شهدت العلاقات الدولية المعاصرة حالات كثيرة

للتدخل الإنساني بهدف حماية حقوق الإنسان وقمع الانتهاكات الجسيمة لحقوق الأقليات المضطهدة¹.

كما يشكّل موضوع التدخل الإنساني أحد المواضيع التي تثير الجدل والنقاش بين مختلف المختصين سواء كانوا قانونيين أم سياسيين، وكذلك نظرا لما يحدثه من آثار على أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي ألا وهو مبدأ السيادة الوطنية للدول.

غير أنّ مفهوم التدخل عند المختصين في علم العلاقات الدولية يشكّل ظاهرة سياسية معبّرة عن الطبيعة التنافسية والفضوية للنظام الدولي كما يعتبر أحد الخيارات المستعملة لتحقيق المصالح الخارجية للدولة².

وبالرغم من قدم ظاهرة التدخل إلا أنّ مفهومها لازال غامضا وكثيرا ما يختلط بمصطلحات أخرى مثل تقديم المساعدات لدول أخرى واستعمال القوة العسكرية، والتدخل لاعتبارات إنسانية، والإشكال الأساسي الذي ينبغي طرحه هو إلى أي مدى يؤثّر التدخل الدولي الإنساني على المنطق السيادي للدول؟ ثم ألا يشكّل ذلك إعادة النظر في التصور الويستفالي لمبدأ السيادة؟.

المحور الأول / المدلول المفاهيمي للتدخل الإنساني

إنّ ما يمكن ملاحظته هو أنّ التدخل الإنساني كمفهوم يشكّل إشكالية حقيقية من حيث المحتوى والأهداف المرجوة من تفعيله، لكن قبل دراسة هذا المفهوم ينبغي الإشارة إلى أنّ العلاقات الدولية استندت في تنظيمها إلى مبدأ جد مهم يتمثل في عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول ومرتبطة بمفهوم السيادة.

أولا / مبدأ عدم التدخل

لقد شكّل مبدأ عدم التدخل أحد أهم المبادئ التي قامت عليها العلاقات الدولية كما يعدّ أيضا من المبادئ التقليدية الراسخة في القانون الدولي منذ مؤتمر وستيفاليا سنة 1648، خاصة وأتته مشتق من مبدأ السيادة الذي يمنع تدخل دولة ما في الشؤون الداخلية لدولة أخرى، حيث يعدّ انتهاكا لسيادتها ويمسّ باستقرار النظام الدولي، وقد تضمّن ميثاق الأمم المتحدة باعتباره المرجعية القانونية الأساسية للتنظيم الدولي الراهن منذ الحرب العالمية الثانية هذا المبدأ، حيث تنص المادة 02 فقرة 7 منه على أنّه >> ليس في هذا الميثاق ما يسمح للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من

صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لتحلّ بحكم هذا الميثاق، على أنّ هذا المبدأ لا يخلّ بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع»³.

يظهر إذن أنّ هذه المادة تكرّس مبدأ عدم التدخل وسيادة الدول، الذي يعدّ قيّداً أمام الدول والهيئة الأممية وأجهزتها المختلفة مع مراعاة الاستثناء المقرّر لفائدة مجلس الأمن تطبيقاً للفصل السابع من الميثاق الأممي.

وما يلاحظ أيضاً أنّ مبدأ عدم التدخل يستمد أساساً من مبدأ آخر مهم كرّسه القانون الدولي المعاصر وأكد عليه أيضاً الميثاق الأممي وهو مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، والذي أشارت إليه المادة 2 فقرة 4 من الميثاق الأممي، حيث جاء فيها أنّه <<...يتمنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستخدام القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة>>⁴.

كما صدرت أيضاً عدة قرارات عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة أبرزت بشكل قوي أهمية مبدأ عدم التدخل ومن أمثلتها نذكر:

- الإعلان رقم 2131 الصادر سنة 1965 والمتضمن عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها⁵.

- الإعلان رقم 1972 والمتضمن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول⁶.

ثانياً / مفهوم التدخل الإنساني

يعتبر مفهوم التدخل الإنساني من المواضيع الشائكة التي تتداخل فيه القواعد القانونية والسياسية، وهو ما جعل من الصعب تحديد مفهوم شامل وحاسم للتدخل الإنساني⁷، لذلك يلاحظ أنّ هناك طريحين في تحديد هذا المفهوم.

1- المفهوم الضيق للتدخل الإنساني

يقوم هذا المفهوم على أساس اعتبار التدخل الإنساني بمثابة كل تدخل يستلزم تنفيذه استخدام القوة المسلحة، وقد أكد ذلك أنصار هذا الاتجاه في تحديدهم لمُدلول ومفهوم التدخل الإنساني، ومن أمثال هؤلاء نذكر ماريو بيتاتي (MARIO BETTATI)

حيث يعتبر أنّ التدخل الإنساني هو قيام دولة بتنفيذ عمليات عسكرية مسلحة لإنقاذ مواطنيها على أرض دولة ثانية، نتيجة قيام خطر مؤكّد ومباشر تتسبب فيه سلطات الدولة الثانية أو جهات أخرى⁸.

كما ذهب في ذات الاتجاه الأستاذ لاسا أوبنهايم "Iassa Oppenheim" الذي يؤكّد بأنّ التدخل الإنساني هو ذلك التدخل الذي يستخدم القوة باسم الإنسانية لوقف ما درجت عليه دولة من اضطهاد لرعاياها⁹.

2- المفهوم الواسع للتدخل الإنساني

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار أنّ التدخل الإنساني يمكن أن يتم بوسائل أخرى غير القوة المسلحة مثل استخدام الوسائل السياسية (كالضغط السياسي)، أو الوسائل الاقتصادية (كالحصار الاقتصادي)، أو الوسائل الدبلوماسية (تجميد العلاقات الدبلوماسية صراحة أو ضمناً)، لكن يبقى حسب رأي هؤلاء أنّ المعيار الإنساني هو الهدف من استخدام هذه الوسائل، إلّا أنّ الواقع الدولي أكّد عكس ذلك حيث كثيراً ما استخدمت هذه الوسائل المختلفة من أجل تحقيق أهداف غير إنسانية كما كان الحال مثلاً في التدخل الذي حدث في العراق أو الصومال... الخ.

وهناك من توسّع أكثر في تحديد مفهوم التدخل الإنساني مثل Antoine Rongios الذي يرى أنّ التدخل الإنساني هو اعتراف بحق ممارسة رقابة دولية من طرف دولة أو أكثر على أعمال مخالفة للقوانين الإنسانية من شأنها أن تندرج في السياسة الداخلية لدولة أخرى¹⁰.

وفي ذات السياق يرى "Bernard Kouchner" أنّ التدخل الإنساني لا يتم باسم دولة ما بل يجب أن يكتسي الطابع الجماعي ولا يتم اللجوء إلى استعمال القوة إلّا في حالة الضرورة، كما اعتبر العمليات القائمة بشكل منفرد وبدون موافقة مجلس الأمن تعدّ عمليات غير شرعية وغير قانونية¹¹.

ثالثاً / التحول من فكرة الحق في التدخل الإنساني إلى واجب التدخل الإنساني

إنّ هذا التحول الذي طرأ في الفلسفة التي تحكم مسألة التدخل الإنساني لا يستند فقط على اعتبارات قانونية وأخلاقية بل يتعدى ذلك الإطار، ليستند على اعتبارات سياسية خاصة في ظل التحولات المختلفة والعميقة التي شهدها العالم بعد

نهاية الحرب الباردة، وما يجب الإشارة إليه في هذا المقام أن "كوشنير" كان ينشط في المجال الإنساني من خلال المنظمة غير الحكومية "أطباء بلا حدود"، وعمل على توسيع نطاق مفهوم التدخل الإنساني وكان من الأوائل الذين دعوا لفكرة جديدة تعدّ أكثر خطورة وتمثل في نقل مسألة التدخل الإنساني "من الحق في التدخل" (droit d'ingérence) إلى "واجب التدخل" (devoir d'ingérence)، وبذلك أصبح موضوع التدخل الإنساني لا يكتسي الطابع الإنساني، وإنما أضحي يتخذ شيئا فشيئا اتجاها سياسيا وقد تأكّد هذا الطرح بمناسبة المحاضرة التي ألقاها في باريس كل من "Kouchner" و "Bettati" حيث ارتكزت هذه المحاضرة حول موضوع "واجب التدخل" ومفادها أنّ التدخل الإنساني لا يعدّ حقا فقط للمجتمع الدولي، وإنّما يصبح واجبا حينما يكون هناك خرق خطير وانتهاك واسع لحقوق الإنسان، وبالتبعية ضروريا يشكّل أيضا خرقا لمبادئ القانون الدولي الإنساني، وقد حظيت هذه الفكرة بدعم سياسي كبير من طرف السلطات الفرنسية آنذاك وساندها كل من الرئيس الفرنسي "Mitterrand" ورئيس الحكومة "Chirac"، وبتاريخ 1988/10/05 أكّد الرئيس الفرنسي "Mitterrand" في خطاب له تبنيه رسميا فكرة "واجب التدخل" حينما أعلن "أنّ الحاجة للمساعدة الإنسانية تتجاوز الحدود والإيديولوجيات واللغة والسيادة الوطنية، وأنّ المعاناة انتشرت عالميا وتتطلب أحيانا واجب التدخل الإنساني عند حالة الضرورة القصوى"¹².

وما يلاحظ من خلال هذا الطرح هو إعادة نظر كاملة في أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام المعاصر، وهو مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، بل وأكثر من ذلك يشكّل هذا الطرح الذي أصبح شائعا لدى المجتمعات والدول الغربية خاصة في ظل العولمة الراهنة مساسا صريحا بمبدأ السيادة الوطنية للدول والتي تعدّ شيئا مقدسا كما حدده مؤتمر وستيفاليا سنة 1648.

رابعا / التأسيس للتدخل الإنساني من منظور الأمن الإنساني

لم تكتف التيارات الفكرية والقانونية الغربية بتوسيع مفهوم التدخل الإنساني من مقارنة الحق في التدخل إلى مقارنة واجب التدخل وفق ما قال به كثير من المتدخلين في مجال النشاط الإنساني من أمثال "كوشنر" و"بيطاطي" وغيرهم، بل أنّ الإفرازات المستمرة والتحوّلات الكبيرة التي شهدتها العالم في الفترة الأخيرة كنهاية الحرب

الباردة والتدفق السريع لمسارات العولمة كلها عوامل أدت إلى تحول كثير من المسلمات وتطور مفاهيم جديدة لها ارتباط بموضوع التدخل الإنساني ومن بين تلك المفاهيم يوجد مفهوم الأمن الإنساني.

بالرغم من أنّ هذا المفهوم مازال غير واضح المعالم سيما في غياب تعريف دقيق وشامل له، حيث هناك من يعتبره مفهوما مرنا جدا، وقد حاولت لجنة الأمن الإنساني تحديد أبعاده من خلال اعتبارها أنّ الأمن الإنساني هو النواة الحقيقية للحياة الإنسانية، مع ضرورة اعتبار الفرد (الإنسان) أساس هذا الأمن الإنساني وهو ما يجعل ضروريا حمايته من مختلف التهديدات، ضف إلى أنّ مجالات اهتمام الأمن الإنساني واسعة طالما أنّه يشتمل حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وبالتالي فإنّ التدخل الإنساني هو الآخر يمكن أن يؤسّس على الأمن الإنساني، وهذا هو الهدف المقصود من طرف المدافعين على فكرة توسيع مفهوم التدخل الإنساني.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى إنشاء ما عرف باللجنة الدولية للتدخل والسيادة La commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des états بمناسبة انعقاد الجمعية العامة للألفية الجديدة في سبتمبر 2000، حيث باشرت اللجنة أعمالها بتاريخ 2000/09/14، وبتاريخ 2001/12/18 أنجزت اللجنة تقريرا عن الأعمال المنصبة أساسا على دراسة العلاقة القائمة بين التدخل والسيادة، قدمته إلى الأمين العام لهيئة الأمم المتحدة¹³.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن هذا الطرح الواسع لمفهوم التدخل الإنساني يعد مسaire للفلسفة التي تسود العلاقات الدولية منذ نهاية الحرب الباردة، حيث أصبح موضوع استخدام القوة وغيرها من وسائل التدخل الإنساني المستخدمة خاضعا للسلطة التقديرية للقوى الكبرى وهذا ما يعدّ أيضا خرقا صارخا لمبدأ أساسي تأسّس عليه النظام الأممي منذ نشأة هيئة الأمم المتحدة وهو مبدأ حظر استخدام القوة أو التهديد بها لحل النزاعات فيما بين الدول.

خامسا / تفعيل التدخل من منظور الأمن الإنساني استنادا لمفهوم مسؤولية الحماية الدولية للمدنيين

لقد كان للتحول البنيوي (بزوال المعسكر الاشتراكي) والتحول القيمي (المد العالمي للفكر الليبرالي) الذي شهدته العلاقات الدولية أثرا بالغا في دفع مسار التحول في المسلمات paradigmes التي كانت تحكم مفهوم التدخل الإنساني، ولم يكتف أنصار التدخل بذلك التطور المضاميني الذي حصل في فلسفة التدخل، حينما أصبح التدخل لا يستند فقط على فكرة الحق وإنما أصبح دعاة النزعة التدخلية يدعون إلى واجب المجتمع الدولي التدخل لدواعي إنسانية في الشؤون الداخلية للدول خرقا لكل الأعراف والقواعد الدولية.

وفي هذا السياق يلاحظ أنّ التقرير الذي صدر عن اللجنة الدولية للتدخل والسيادة تحت إشراف نخبة من الخبراء وتحت إدارة كل من (EVANS BARETH) ومحمد سحنون SAHNOUNE، قد تبنت مسلّمة جديدة في عقيدة التدخل الإنساني حيث أشار إلى مفهوم "مسؤولية الحماية (la responsabilité de protéger)، ليصبح أساسا جديدا لأنصار التدخل الإنساني يمكن توظيفه عبر قنوات المنظمة الأممية خصوصا بعد التبري الرسمي له بمناسبة القمة العالمية لهيئة الأمم المتحدة سنة 2005¹⁴.

تجدر الإشارة إلى أنّ مفهوم مسؤولية الحماية الدولية للمدنيين قد ارتكز على أطر فكرية وفلسفية دعا إليها مجموعة من المفكرين من أمثال (Patrick Simon)، حيث عملوا على توسيع فلسفة التدخل من واجب الرعاية (devoir d'assistance) إلى واجب الحماية الدولية (devoir de protection internationale) لفائدة المدنيين والمناطق المدنية قصد مواجهة الأنظمة الديكتاتورية أو أثناء قيام نزاعات دولية، وهو ما يعني تفعيل لسائر القواعد والأحكام المرتبطة بالمنظومة الحقوقية الدولية من قانون دولي والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي للاجئين... الخ.

لكن ما ينبغي ملاحظته والتأكيد عليه هو أنّ هذا التطور القيمي لعقيدة التدخل الإنساني عبر مراحل زمنية متعاقبة لم يؤد بتاتا إلى القضاء على فلسفة الكيل بمكيالين (deux poids deux mesure)، خاصة إذا علمنا أنّ المنظومة الفلسفية التي تقوم عليها حقوق الإنسان تستند على مبدأ مركزي وهو عدم التمييز في إفادة واحترام وتطبيق

وحماية حقوق الإنسان مهما كانت المبررات وفي كل الأحوال، إلا أنّ الإشكال الأساسي الذي يبقى مطروحا إلى غاية اليوم هو لماذا لم يتم تفعيل كل هذه المفاهيم المنوطة بالتدخل الإنساني لصالح كافة الشعوب دون استثناء؛ وإلا كيف نفسر مثلا حرمان الشعب الفلسطيني من كل هذه العقيدة الحقوقية العالمية!؟

المحور الثالث/ تطور تطبيقات التدخل الدولي الإنساني

يجب الملاحظة أنّ تطبيق التدخل الإنساني قد يكون بوسائل غير عسكرية مثل إصدار لوائح وقرارات وتوصيات، كما يتم عن طريق وسائل عسكرية في إطار حملات دولية. كما يلاحظ من جانب آخر تطور تطبيقات التدخل الدولي الإنساني في الواقع الدولي قد ساير هو الآخر التطور المستمر للمسلّمات التي قام عليها هذا المفهوم، حيث تصاعدت وتيرة الوسائل العسكرية مع اتساع العقيدة القيمية للتدخل الدولي الإنساني. ومهما يكن فإنّ هذا التطور في الوسائل جاء غامضا هو الآخر مثل ما كان عليه الحال بالنسبة للأساس القانوني الغامض الذي استند عليه أنصار التدخل، وعلى سبيل الذكر صدرت لائحان عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1988/12/08، والتي أشارت إلى حق تدخل المجتمع الدولي الركيزة القانونية لتطبيقات مفهوم التدخل الإنساني، فاللائحة الأولى عرفت بالرقم 131/43 الصادرة بتاريخ 1988/12/08، والتي أشارت إلى حق تدخل المجتمع الدولي في حالة تقديم رعاية إنسانية لضحايا الكوارث الطبيعية وحالات الطوارئ المماثلة، مما يجعل مجال التأويل مفتوحا بشكل واسع لتقدير القوى المتدخلة؛ ثم صدرت اللائحة رقم 100/45 بتاريخ 1989/12/14 والتي تضمّنت فكرة حق التدخل باسم ضرورة إنشاء أرضية إنسانية في حالة النزاعات والتوترات.

أولا / التدخل الدولي الإنساني باسم حق التدخل

من أمثلة القرارات الدولية الصادرة بتفصيل حق التدخل بوسائل غير عسكرية نذكر:

*-القرار رقم 1761 الصادر عن الجمعية العامة بتاريخ نوفمبر 1962 والمتضمّن توصية جميع الدول على اتخاذ بعض العقوبات ضد جنوب إفريقيا نتيجة لسياسة الابرتايد (التمييز العنصري)، وتضمنت هذه العقوبات:
-قطع العلاقات الدبلوماسية .

-غلق الموانئ أمام سفن جنوب إفريقيا.

-منع الاستيراد والتصدير لمنتجات مختلفة من وإلى جنوب إفريقيا.

*-القرار رقم 137/43 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 12/1988 بشأن حقوق الإنسان في إيران وأوصت بموجبه عن القلق البالغ للجمعية العامة إزاء الاعتداءات العديدة بوجود انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان في إيران.

*-القرار رقم 138/46 الصادر عن الجمعية العامة بتاريخ 17/12/1991 حول حقوق الإنسان في هايتي.

*-القرار رقم 672 الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 14/10/1990 بخصوص المذابح الإسرائيلية ضد الفلسطينيين في المسجد الأقصى وأماكن أخرى المرتكبة في 08/10/1996، حيث طالبت قوات الاحتلال بالوفاء بأمانة بالتزاماتها القانونية المقررة ضمن اتفاقية جنيف الرابعة.

*-القرار رقم 641 الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 30/08/1989 والمتضمن إدانة ومعارضة سياسة إبعاد الفلسطينيين عن أراضيهم المحتلة، كما أكد أيضا على تعارض هذه السياسة الإسرائيلية مع أحكام اتفاقية جنيف الرابعة¹⁵.

أما فيما يخص تدخل الدول تدخلا غير عسكري في شؤون دول أخرى لاعتبارات إنسانية لاسيما المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان، رغم أنّ هذا النوع من التدخلات يشكل كما أسلفنا الذكر خرقا صريحا لمبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ومن الأساليب المستخدمة في هذا السياق يوجد:

-اتخاذ التدابير الدبلوماسية والقنصلية مثل تخفيض مستوى التمثيل الدبلوماسي أو إلغاء الزيارات الرسمية بين كبار المسؤولين بين الدول المعنية... الخ.

-اتخاذ التدابير الاقتصادية المختلفة مثل إيقاف المساعدات العسكرية أو المالية...¹⁶

ثانيا/ التدخل الإنساني باسم واجب التدخل

ومن أمثلة القرارات الصادرة لتفعيل واجب التدخل بوسائل عسكرية بمناسبة حملات دولية أو أحادية والتي كثيرا ما تكون نتيجة حسابات سياسية مرتبطة بمصالح القوى الكبرى المتدخلة، وأحيانا تكون مرتبطة بمحاولة فرض الشرعية الدولية، ومن أمثلتها نذكر:

- القرار رقم 688 الصادر في 1991/04/05 والمتضمن إنشاء مناطق آمنة في شمال العراق لحماية الأفراد اللاجئين من أضرار الحرب وانتهاكات حقوق الإنسان.
- القرار رقم 929 الصادر بتاريخ 1994/17/22 والمتضمن إنشاء مناطق آمنة في رواندا التي قامت بها فرنسا بما يعرف بعملية "تركواز".
- القرار رقم 721 الصادر بتاريخ 1996/11/27 والمتضمن إنشاء مناطق آمنة في كرواتيا.
- القرار رقم 797 الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 1992/12/16 المتضمن التدخل عسكرياً من طرف الأمم المتحدة في الموزمبيق من أجل الإشراف على تنظيم الإغاثة الإنسانية.
- القرار رقم 824 الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 6 ماي 1993 والمتضمن تحديد مناطق آمنة شملت سرايفو وخمس مدن أخرى واقعة في البوسنة والهرسك.
- القرار رقم 836 الصادر عن مجلس الأمن، والمتضمن إعطاء إمكانية الرد لفائدة قوات حفظ السلام على الاعتداءات العسكرية التي تستهدف تلك المناطق الآمنة.
- التدخل في الصومال سنة 1992 (اللائحة رقم 794).
- تدخل عسكري في البوسنة 1994.
- تدخل عسكري في ليبيريا - سيراليون.
- التدخل في ألبانيا سنة 1997.
- وما تجدر الإشارة إليه هو أنه سبق أن وقع تدخل عسكري من طرف دولة على دولة أخرى لأسباب إنسانية، وتكون غالباً بهدف حماية رعايا الدولة المتدخلة أو رعايا دول صديقة ومن أمثلة هذه التدخلات نذكر تدخل الهند في باكستان سنة 1971 وتدخل تركيا في قبرص سنة 1974¹⁷.
- كما أنه ينبغي التأكيد على أنّ غالبية الفقه يعتبر أنّ تدخل الدول عسكرياً لاعتبارات إنسانية في دول أخرى يعدّ أمراً غير شرعي وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 2 فقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على أنه "يتمنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة"، إلا أنّ

الاستثناء الوارد على هذا المبدأ هو كل تدخل عسكري يتم تحت إشراف مجلس الأمن والذي يكون مطابقاً لمبادئ وأحكام الميثاق الأممي.

3- بداية التأسيس لتدخل إنساني دولي على أساس مسؤولية الحماية

لقد تطورت هذه المقاربة من خلال صدور لوائح وقرارات تسير في هذا النمط وذلك منذ اعتراف أعضاء الهيئة الأممية بمبدأ الالتزام المشترك المتضمن حماية المدنيين، حيث استند مجلس الأمن على هذا المبدأ في ستة لوائح وهي:
-اللائحة رقم 1674 لسنة 2006¹⁸، و اللائحة رقم 1894 لسنة 2009 واللتان تحددان الإطار المعياري (cadre normatif) لمجال تحرك مجلس الأمن حول مسألة حماية المدنيين في حالة النزاعات المسلحة، كما تؤكدان على أحكام المواد 138 و139 للوثيقة النهائية للقمة العالمية لسنة 2005¹⁹.

-اللائحة رقم 1706 لسنة 2006 حول أزمة دارفور والتي تشير أيضا إلى القمة العالمية لسنة 2005²⁰.

-اللائحة رقم 1975 لسنة 2011 حول الأزمة في ساحل العاج والتي أكدت أيضا على مسؤولية كل دولة في حماية المدنيين²¹.

-الجمعية العامة أصدرت سنة 2009 لائحة وقائية حول مسؤولية الحماية تحت رقم A/RES/ 63/ 308، والتي قدمتها GUATEMALA ودعمتها 67 دولة بما فيها دول الاتحاد الأوروبي.

- اللائحة رقم 1970 (2011)²²، واللائحة رقم 1973 (2011) شكّلت بداية تطبيق مفهوم مسؤولية الحماية الدولية للمدنيين لمواجهة أحداث ليبيا الأخيرة²³.

خلاصة

ما يمكن استخلاصه هو أنّ الفلسفة والإطار القيمي اللذان يغذيان مفهوم التدخل الإنساني لا يستند في الواقع إلى متطلبات القانون الدولي والعدالة الدولية بقدر ما يستند على مقاربة براغماتية -سياسية تخدم مصالح القوى الكبرى المؤثرة في العالم وأحيانا تستند على مقاربة إيديولوجية (عنصرية) كما صرح به عليا Bernard Henry Lévy فيما يتصل بالحملة الأخيرة ضد ليبيا.

إلا أنّ ما يجب الإشارة إليه والتأكيد عليه أنّه في اعتقادنا ما يجب على الدول المستهدفة وما أكثرها في العالم الجنوبي هو ضرورة تحصين ذاتها الوطني من خلال بناء نظام مناعة ديمقراطي وطني أصيل يستند على قيم عالمية وخصوصية (un système immunitaire démocratique national et authentique basé doublement sur des valeurs universelles et spécifiques)، وهذا النظام يمر حتما عبر احترام أسس

ومبادئ نذكرها كما يأتي:

- إعادة صياغة عقد اجتماعي جديد بين الحاكم والمحكوم.
- تعزيز وترسيخ التجربة الديمقراطية.
- تعزيز واحترام المواطنة كأساس للديمقراطية المشاركة.
- إقامة دولة الحق و القانون والمؤسسات.
- التنمية الشاملة والعدالة الاجتماعية للجميع .

الهوامش

1. عبد العالي حور، حقوق الإنسان في الشراكة الأورومتوسطية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية أبو ظبي، 2009، ص 7.
2. برقوق سالم، إشكالية مفهوم التدخل وعدم التدخل في العلاقات الدولية، "مذكره لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية (غير منشورة)، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر 1992-1993، ص 6.
3. انظر نص المادة 7/2 من ميثاق الأمم المتحدة.
4. انظر نص المادة 4/2 من ميثاق الأمم المتحدة.
5. الدورة العشرين للجمعية العامة للأمم المتحدة (وثائق رسمية) لسنة 1967، ص 32.
6. الدورة الخامسة وعشرون للجمعية العامة للأمم المتحدة (وثائق رسمية) لسنة 1972، ص 317.
7. غسان الجندي، نظرية التدخل لصالح الإنسانية في القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي العدد 43، 1987، ص 61.
8. Mario Bettati, Théorie et réalité du droit d'ingérence humanitaire, in Revue de l'institut International Géopolitique , n° 68, 2000, pp 16-20 .
9. محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الإستراتيجية، الطبعة الأولى، 2004، ص 20.
10. محمد يعقوب عبد الرحمن ، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية . أبو ظبي ، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2004 ص 21.
11. Bernard Kouchner, le malheur des autres, édition odile Jacob, 1991, p 218 et Ss.
12. Bernard Kouchner, op. cit, p 218 et Ss.

13. للاطلاع على تقرير اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول، أنظر الموقع الإلكتروني للجنة على الرابط التالي: www.iciss-ciise.gc.ca
14. كوفي عنان، في جو من الحرية أفسح: صوب تحقيق التنمية وحقوق الإنسان للجميع، تقرير الأمين العام الجمعية العامة، الدورة 59، متابعة نتائج مؤتمر قمة الألفية، إدارة شؤون الإعلام، الأمم المتحدة، نيويورك، 2005 ص 59.
15. عصام عبد الفتاح مطر، الجريمة الإرهابية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 21.
16. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 22.
17. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 21.
18. انظر لائحة مجلس الأمن رقم 1674 الصادرة في 28 نيسان/أفريل 2006.
19. أصدر مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة اللائحة 1894 في الجلسة رقم 2616 المعقودة بتاريخ 11 نوفمبر 2009 طالب بموجب الفقرة الأولى منها أطراف النزاعات المسلحة بالامتنال الصارم لما عليها من التزامات بموجب القانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وقانون اللاجئين، وتنفيذ جميع قرارات مجلس الأمن ذات الصلة بهذا الصدد، ويحث الأطراف على أن تتخذ جميع التدابير اللازمة من أجل احترام وحماية السكان المدنيين.
20. انظر اللائحة رقم 1706 الصادرة في الجلسة رقم 5519 المعقودة بتاريخ 13 آب/أغسطس 2006.
21. كرر مجلس الأمن بموجب اللائحة رقم 1975 التي اتخذها مجلس الأمن في جلسته 6508 المعقودة بتاريخ 30 آذار/مارس 2011، إدانته القاطعة لجميع أعمال العنف المرتكبة ضد المدنيين.
22. انظر اللائحة رقم 1970 الصادرة بتاريخ 15 شباط/فبراير 2011.
23. انظر اللائحة رقم 1973 الصادرة بتاريخ 17 آذار/مارس 2011.

المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري في القانون الفرنسي. أي مستجدات؟*
نقض جنائي فرنسي : 2011/10/11 رقم 87-10، 212، رقم (F-PB 48-50)
شركة EDF : RJA 1/12، ص 54¹.
تعليق على قرار

Dr. MEZAOULI Mohammed
 Université de Bechar.

د. مزاوي محمد
 جامعة بشار .

ملخص

من منطلق أنه في مجال الوقاية و الأمن يقع بالدرجة الأولى على عاتق رئيس المؤسسة، أو من يمثلها، حسب مقتضيات نص المادة 1-14741 من قانون العمل الفرنسي (أو حسب النص القديم : ق. 2-263 من نفس القانون)، محكمة النقض الفرنسية استقرت على أن المسؤولية الجزائية تسند بشكل تصاعدي إلى رئيس المؤسسة باعتباره المسؤول - وبصفة شخصية - على مدى تطبيق قواعد الوقاية و الأمن و السلامة داخل المؤسسة، إلا في حالة إثبات وجود تفويض قانوني بالصلاحيات. الغرفة الجزائية قضت إذا لم يلتزم رئيس المؤسسة بواجب احترام قواعد الأمن و السلامة المنصوص عليها في قانون العمل والقوانين التنظيمية المتعلقة به، أعتبر مسؤولاً وبصفة شخصية، وهذا من أجل ضمان سلامة العمال، ما لم يثبت وجود علاقة تفويضية إلى شخص تابع مؤهل بتنفيذ صلاحيات معينة وفقاً للأحكام القانونية الجاري بها العمل

الكلمات المفتاحية

مسؤولية الشركة - المسؤولية الجزائية - شروط - جريمة مرتكبة من طرف عضو أو ممثل - مفهوم الممثل - شخص اعتباري.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/04/27 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/09/01 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

The Criminal responsibility of private corporations in French Law. What's new?

Summary

Of the premise that prevention and security is primarily the responsibility of the head of the institution, or their representatives, as required under article 14741-1 of the labour code (or as the old text: 263-2 of the same act), the French Court of Cassation has settled on that criminal responsibility is assigned up to the head of the institution as an administrator-and personally-over application of the rules on prevention and safety and security within the enterprise, but in the case of proving the existence of a legal mandate.

Criminal Chamber ruled that if the head of the institution does not comply with the obligation to respect the safety and security rules provided for in the labour code and its regulations, the responsible personally, and this in order to ensure the safety of workers, unless the authorisation relationship capers to a person qualified to perform certain powers in accordance with the legal provisions in force....

Keywords

Responsibility - companies - criminal responsibility - offense - body - representing corporations - private law - responsibility by analogy.

La responsabilité pénale des personnes morale en droit Français. Quelle nouveauté ?

Résumé

Rappelons qu'en matière de santé et de sécurité, le respect des règles de sécurité incombe d'abord au chef d'entreprise, ou à son représentant, ainsi que le prévoit l'article 14741-1 du code du travail Français. Au visa de cet article (ou de l'ancien article L 263-2 de ce code), la cour de cassation Française, a toujours jugé que la responsabilité pénale « remonte » au chef d'entreprise, personnellement chargé de veiller à l'application constante des règles de sécurité, sauf établissement d'une délégation de pouvoir.

La chambre criminelle juge ainsi que « le chef d'entreprise commet une faute personnelle en ne veillant pas lui-même à la stricte et constante exécution des dispositions édictées par le code du travail et les règlements pris pour son application en vue d'assurer la sécurité des travailleurs, à moins qu'il n'ait délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement au respect des dispositions en vigueur....

Mots clés

Responsabilité - sociétés - responsabilité pénale - conditions - infraction - organe représentant - personnes morales - droit privé - responsabilité par analogie.

مقدمة

يعتبر مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري من أهم مستحدثات قانون العقوبات الفرنسي²، بهدف إعادة النظر في الفلسفة العقابية، التي ارتكزت بشكل عام

على الحدود التي رسمها نص المادة 121-2 ق.ع.ف، مستندة على مبدأ تخصيص المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري³.

إلا أن هذه الفكرة لم يلبث إلا يسيرا، حيث صدر بعد ذلك ما سمي بقانون بيربان الثاني، رقم 204-2004، و الذي كرس بدوره مبدأ جديدا مغايرا للمبدأ السابق، عرف بمبدأ تعميم المسؤولية⁴، التي أصبحت تشمل كافة الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، سواء تلك التي يمكن للشخص الاعتباري أن يرتكبها، أو أن يساهم بما أوتي من وسائل في ارتكابها.

وقد أسست فلسفة هذه المسؤولية على توصيات الإتحاد الأوروبي المعتمدة بتاريخ 1988⁵، و التي كانت تهدف في نظرنا إلى محاولة إيجاد إطار قانوني شامل لحماية المعاملات المالية و التجارية بين دول الإتحاد، بحيث يمكن تجريم الأخطاء المرتكبة من طرف الأشخاص الاعتبارية بواسطة الأعضاء و الممثلين⁶.

بيد أن مفهوم العضو يبدو منطقيا ومألوفا بالنظر إلى طبيعته الرسمية⁷، كمعبّر عن إرادة الشخص الاعتباري، إلا أننا وبعد الدراسة المتأنية، نلاحظ أن الأمر يختلف عندما يتعلق الأمر بمفهوم الممثل من حيث هو، والذي نعتقد أنه دائما في حاجة إلى المزيد من التحديد.

في الواقع، وإن كان من الممكن تصور أن كل عضو يمكن أن يمثل الشخص الاعتباري، فإنه ليس من الممكن التسليم بأن كل ممثل يمكن أن يسند بفعله المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري، إلا في حالة ما إذا استثنينا عملية التفرقة بين المفهومين، فالممثل ليس بالضرورة عضوا، ذلك أن العضو من حيث تعريفه، هو من أسندت إليه بمقتضى القانون أو بموجب العقد التأسيسي مهام الإدارة والتسيير باسم الشخص الاعتباري، في حين يعتبر الممثل، ذلك الشخص الطبيعي الذي ينقذ سياسة الشخص الاعتباري في تعاملاته مع الغير⁸.

ولعل هذا ما دعا المشرع إلى استثناء العمال الأجراء داخل المؤسسة، من مفهوم الممثل، حسب المقتضيات المنصوص عليها بموجب نص المادة 121-2 من قانون العقوبات الفرنسي.

فالممثل حتى يمكنه إسناد المسؤولية بفعله للشخص الاعتباري، يجب أن يتمتع بسلطات التسيير المهمة والحساسة، والتي يتجاوزها بالضرورة مفهوم العامل الأجير وهذا ما استقر عليه موقف محكمة النقض الفرنسية، بخصوص الحائز على التفويض، والذي ينظر إليه في هذه الحالة على أنه بمثابة عضو شرعي مفوض⁹، إذا كان يتمتع بكافة الصلاحيات والوسائل الضرورية لإنجاز مهامه¹⁰.

وعملا بأحكام نص المادة 121-2 من قانون العقوبات، فإن الغرفة الجزائية لمحكمة النقض الفرنسية، غالبا ما تنقض القرارات التي تدين أشخاص اعتبارية عندما لا تتأسس على وقائع تثبت الأخطاء المرتكبة وطبيعتها، وأن هذه الأخطاء قد ارتكبت من طرف عضو أو ممثل.

وفي هذا الصدد عمدت المحكمة إلى نقض قرار يدين الشخص الاعتباري على أساس تزوير وثائق رسمية، دون أن يحدد هذا القرار طبيعة الخطأ، كما لم يحدد العضو، أو الممثل الذي ارتكب السلوك المادي المكون للجريمة.

وقد جاء في قرار محكمة النقض مايلي¹¹، « وفي هذا الصدد، حيث كان يستوجب البحث حول ما إذا كان المدير العام للشركة، باعتباره عضوا تابعا للشخص الاعتباري على علم وبصفة شخصية، بعدم صحة المعلومات الموجودة بالمحرر، وأن يثبت أن الفعل المرتكب كان متعمدا، فإن محكمة الاستئناف لم تراعي في قرارها، أحكام نص المادة 121-2 من قانون العقوبات المادة المشار إليها أعلاه.»

ولقد قررت محكمة النقض كذلك، أن إدانة الشخص الاعتباري، بجريمة الإخلال بواجب الأمن، يستوجب استقصاء ما إذا كان الإهمال و عدم مراعاة الأنظمة ثابتا في حقه، وأن الركن المادي تحقق استنادا إلى سلوك أعضائه وممثليه طبقا لنص المادة 121-2 قانون العقوبات¹². مما يثير مسألة ضرورة توضيح مفهوم العضو أو الممثل بخصوص الشخص الاعتباري.

وتجدر الإشارة إلى أنه في مجال الصحة والسلامة، يبقى الالتزام باحترام قواعد السلامة والأمن عبئا واقعا على عاتق الشركة أو المؤسسة أو على ممثلها، كما هو منصوص عليه طبقا لأحكام المادة 1-4741 من قانون العمل الفرنسي، إذ وتأييدا لهذه

المادة، فإن محكمة النقض غالباً ما تعتبر أن واجب احترام قواعد الوقاية و الأمن داخل المؤسسة، يقع على عاتق الممثل القانوني، باستثناء حالة تفويض السلطات. وفي نفس السياق، ذهب الغرفة الجزائية لمحكمة النقض، إلى أن « رئيس المؤسسة، يعتبر مرتكباً لخطأ شخصي، إذا لم يراعي التطبيق الصارم لقواعد الوقاية و الأمن و السلامة، المنصوص عليهما قانوناً، بما في ذلك الأحكام التنظيمية التي تدخل في هذا الإطار، بهدف ضمان سلامة العمل داخل المؤسسة، ما لم يثبت تفويض صلاحياته إلى أحد الأشخاص التابعين له، و المؤهل مادياً و قانونياً للعمل على تنفيذ و مراقبة مدى مراعاة قواعد الوقاية و الأمن داخل المؤسسة، وفقاً للأحكام القانونية الجاري بها العمل¹³».

موقف القضاء والانتقادات الموجهة إليه

من هذا المنطلق، فإن الغرفة الجزائية، بموجب القرار الصادر بتاريخ 20 جوان 2006، و الذي حضي بتعليقات و فيرة¹⁴، قد أرسى مبدأ هاماً، تمثل في أنه و بمجرد إثبات الإخلال بواجب السلامة و الأمن، فإن المسؤولية تقع على عاتق مسير المؤسسة مهما كانت هوية العضو أو الممثل المتسبب في هذه التصرفات الضارة، حيث قررت أن الشخص الاعتباري المتابع، لا يمكن أن يطعن في القرار الصادر من قضاة الموضوع، و الذين أدانوه عن جريمة القتل الخطأ، دون مراعاة ضرورة تحديد هوية الفاعل الذي ارتكب الخطأ المنشأ للجريمة، على أساس أن هذه الجريمة لا يمكن إسنادها إلى الشخص الاعتباري، إلا إذا كان الفاعل عضواً أو ممثلاً.

وقد تم تأكيد هذا الموقف القضائي في أوقات لاحقة¹⁵، بحيث نعتقد أنها متكاملة و بعيدة عن التناقض فيما بينها، و خاصة عند تحديد أو عدم تحديد هوية مرتكب الفعل المجرم، الذي أسند المسؤولية للشخص الاعتباري، إذا كان ذلك يتعلق بخرق الأحكام المتعلقة بقواعد السلامة و الأمن، والتي تقع مباشرة على عاتق الأعضاء أو الممثلين لهذا الأخير.

وفي المقابل، يمكن التساؤل حول ما أصبح يعرف بقريضة المسؤولية المفترضة، ففي الوقت الذي تطالب فيه محكمة النقض بضرورة إثبات أن الخطأ قد تم ارتكابه من طرف عضو أو ممثل، يتصرف لحساب الشخص الاعتباري وباسمه، عملاً بنص المادة

2-121، نصادف موقفاً اجتهادياً آخر، يرجح فكرة المسؤولية المفترضة! إذا كان الأمر يتعلق بقواعد الوقاية والأمن داخل المؤسسة، بحيث لا يستوجب إثبات الخطأ، لأن الفعل المرتكب كان بواسطة العضو أو الممثل، وهذه الطريقة من شأنها أن تذكر محكمة النقض بضرورة الدعوى إلى الزامية تعميق البحث، فيما إذا كان السلوك الخاطئ قد ارتكب من طرف عضو أو ممثل يتصرف لحساب الشخص الاعتباري وباسمه، وهذا ما من شأنه أن يؤكد بشكل واضح وصریح، أن هذا الخطأ محل المساءلة متوفر طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 2-121 من قانون العقوبات على اعتبار أن الضرر قد وقع فعلاً.

كتعقيب على هذا الموقف، يمكن القول بأنه في مجال الوقاية والأمن داخل المؤسسة، تقع المسؤولية الجزائية على عاتق العضو أو الممثل، بمجرد عدم التقيد بقواعد الأنظمة المتعلقة بالوقاية والأمن، بشكل يسمح بإسناد المسؤولية للشخص الاعتباري.

وتبدو المسألة أكثر تعقيداً بخصوص الاجتهاد القضائي المطبق بخصوص الجرائم غير العمدية، عندما يتم توسيعه ليشمل الجرائم العمدية في مجالات أخرى. على سبيل المثال "جرائم التزوير"¹⁶، المعاملات غير المشروعة في السوق المالية¹⁷، الإفلاس بالتدليس¹⁸، أو الممارسات التجارية غير النزهة أو المضللة¹⁹.

نعتقد أن من شأن هذا التوسيع، أن يشكل صعوبات عملية، فإذا كان هناك ما يبرر افتراض المسؤولية، إذا كان الخطأ يتعلق بعدم مراعاة قواعد الوقاية والأمن من طرف العضو أو الممثل، فإن العكس غير صحيح، بحيث لا يمكن تصور قبول إسناد المسؤولية على جريمة عمدية، دون أن نحدد الشخص الذي ارتكبها، كشرط مبدئي لإسناد المسؤولية للشخص الاعتباري، وبالتالي كيف يمكن التسليم بأن الخطأ العمدي المرتكب من طرف فاعل مجهول، قد ارتكب لحساب الشخص الاعتباري؟

يبدو من خلال ما سبق، أننا أمام إشكالية ثلاثية، تتمثل من جهة في التساؤل حول ما إذا كانت الجريمة قد ارتكبت عمداً، ومن جهة أخرى، هل هذه الجريمة قد ارتكبت من طرف عضو أو ممثل للشخص الاعتباري؟ ومن جهة ثالثة، هل هذا العضو أو الممثل يتصرف نيابة و لحساب الشخص الاعتباري؟

في مجال عدم مراعاة قواعد الوقاية والأمن في إثبات الخطأ، لا يؤخذ بعين الاعتبار ما إذا كان الخطأ قد ارتكب من طرف عضو أو ممثل ولو كان عمداً، ففي بعض الجرائم يمكن اعتبار الجريمة قد ارتكبت من طرف عضو أو ممثل، إذا كان لهذا العمل صلة بتنفيذ السياسة المالية أو التجارية للشركة.

على سبيل المثال، إذا تعلق الأمر بسياسة تحديد الأسعار، أو الإشهار، فإنه لا يمكن أن يتصور إقرارها إلا من طرف عضو أو ممثل يتمتع بصلاحيات وسلطات مهمة. وعليه، فإن محكمة النقض في مثل هذه الحالات، ملزمة بمراقبة ما إذا كان إسناد المسؤولية للشخص الاعتباري، كان بناء على خطأ ثابت في حق العضو أو الممثل الذي يعمل لحساب هذا الأخير، ومع ذلك، يبقى توقي الحذر عندما يتعلق الأمر بمسألة مدى مسؤولية الشخص الاعتباري على أساس الجرائم العمدية، دون تحديد العضو أو الممثل المرتكب للفعل غير المشروع.

هناك ثلاثة مسائل ذات أبعاد دستورية يمكن إثارتها تتعلق بأحكام المادة 121-2 من قانون العقوبات، والاجتهادات القضائية الناجمة عنها، والتي حاولت تغيير الوضع القانوني المكرس سابقاً بموجب قانون 20 جوان 2006، ويتجلى التساؤل الأول في عدم وضوح النص القانوني. أما التساؤلين الآخرين، فيتعلقان بمسألة مدى دستورية مبدأ المسؤولية عن طريق التمثيل، بالنظر إلى المبدأ المكرس بموجب المادة 1-121 من قانون العقوبات، الذي نص على أن لا يسأل الشخص إلا على الخطأ الذي ارتكبه شخصياً.

كما يمكن أن تثار مسألة الفرق في المعالجة التي كرسها القانون رقم 2000-647 بتاريخ 10 جويلية 2000²⁰، الخاص بمسؤولية الأشخاص الاعتبارية عن الجرائم غير العمدية. إذ حسب نص المادة 3-121 قانون العقوبات، يكون الخطأ البسيط المرتكب من طرف الممثل أو العضو، كاف لإسناد المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري.

إلا أن الملاحظ، بأن أياً من هذه القضايا، لم تتم إحالتها على المجلس الدستوري الفرنسي - إلى حدّ إعداد هذه الدراسة -، إما لأنها لا تتعلق بشكل مباشر بالنص القانوني، وإنما بتطبيقاته العملية المثارة من طرف مواقف محكمة النقض²¹، وإما لانعدام سبب خطير يهدد استقرار المراكز القانونية²².

و بعد التفكير، فإنه يحق لنا أن نتساءل عما إذا كان من الأفضل أن نرجئ التساؤل حول انتقاد نظام المساءلة عن طريق التمثيل، لأن هذا النوع الخاص من المسؤولية الجزائية يمكن اعتماده تأسيساً على قرار تأييدي من المجلس الدستوري من شأنه أن يدعم هذه الأحكام، وإن كان الأمر لا يزال لحد الساعة، رهين المناقشات، كما أنه ليس هناك ما يمنع من عرض النظام الخاص المكرس بموجب قانون فوشون، على المجلس الدستوري لإبداء رأيه حوله.

موضوع التساؤل

في هذا السياق، أصدرت محكمة النقض ممثلة في غرفتها الجزائرية بتاريخ 11 أكتوبر 2011، قراراً يستوجب التساؤل حول مدى تطور اجتهاد المحكمة العليا في هذا الإطار.

وقائع القضية كانت بسيطة جداً، رغم مظهرها المأساوي، إذ بتاريخ 7 ماي 2004 يمكن يسمى ديكو DUCOS التابع لجزر المارتينيك، سقط أحد العمال من مرتفع أدى إلى وفاته، ويعود سبب السقوط إلى ملامسة الأسلاك الكهربائية، التي لم توضع خارج التيار أثناء إنجاز العمل، حسب ما تقتضيه قواعد الوقاية والأمن في الأعمال الكهربائية. ولقد عُهد بهذه الأشغال إلى شركة محلية متعاقدة، تعمل لمصلحة ولحساب شركة الكهرباء الفرنسية (EDF)، حيث أوفدت هذه الأخيرة عاملين تابعين لها، في إطار مساندة الشركة المحلية أثناء أداء مهامها.

وبناء على دعوى القتل الخطأ، أدين عاملي المساندة بالجريمة، على أساس عدم مراعاتهما لقواعد الوقاية والأمن داخل المؤسسة، كما تمت في ذات الوقت، متابعة الشركة الفرنسية للكهرباء، في إطار المساهمة الجزائرية، والتي دفعت على مستوى أول وثاني درجة، بعدم مسؤوليتها الجزائرية، على أساس عدم وجود ما يثبت أن ارتكاب الجريمة كان من طرف عضو أو ممثل، وأن هذا العمل كان لحساب الشركة، ومعتمدة كذلك على أن مجرد عامل لا يمكن اعتباره عضواً أو ممثلاً مؤهلاً لإسناد المسؤولية للشخص الاعتباري، ما لم يكن متمتعاً بتفويض قانوني.

إلا أن محكمة الإستئناف، أيدت حكم أول درجة، على أساس أن العاملين يعتبران بمثابة ممثلين للشخص الاعتباري، اعتماداً على وضعية المساندة التي أسندت إليهما

بحكم عملهما، وبالتالي يعتبران ممثلين طبقاً لأحكام المادة 121-2 من قانون العقوبات حتى ولو لم يكن هناك تفويضاً خاصاً.

وبناء على ذلك طعنت شركة (EDF)، ضد قرار إدانتها أمام محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الجزائية، مستندة على نفس الأسس القانونية المقدمة أمام محكمة الاستئناف.

قد يوحي بنا الاعتقاد في هذا الصدد، إلى أن هذه الحجج، قد صادف نفس المصير الذي تلقته في مرحلة الاستئناف، إذا تم الاستناد على ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذه المسألة، والمتمثل في انتفاء إمكانية إسناد الجريمة إلى الشخص الاعتباري، إلا إذا كان ارتكابها تم بواسطة عضو أو ممثل، وكان هذا التصرف لحساب الشركة (EDF). إلا أن هذا القرار قد تم نقضه اعتماداً على ما يلي: " حيث أنه ولتأييد الحكم القضائي بإدانة الشركة (EDF)، بجريمة القتل الخطأ، فإن القرار قد أورد على وجه الخصوص، أن الجريمة ارتكبت من طرف "م.م" و "م ج"، والذين كانت وظيفتهما ومهامهما محددة، بشكل واضح، بأنهم ممثلون عن الشركة EDF، ولو لم يكن هناك تفويضاً خاصاً.

وتضيف المحكمة، بأن جهة الاستئناف لم توضح بشكل كاف المراكز، وطبيعة، وحدود الصلاحيات الممنوحة لهؤلاء العمال موضوع المسألة، مما يوضح حقيقة أنهما ممثلين للشخص الاعتباري، طبقاً لأحكام نص المادة 121-2 قانون العقوبات، وعليه فإن محكمة الاستئناف لم تبرر قرارها.

بناء على ذلك، أمرت الغرفة الجزائية بنشر قرارها، مما يمنحه قيمة فقهية كبيرة إلا أن التساؤل الذي يمكن أن يطرح هنا هو، هل يمكن اعتبار هذا الموقف منحنياً فقهياً جديداً ؟

هناك بعض العناصر التي يتطلب دراستها توخي الحذر، إذ نلاحظ في البداية أن القرار قد صدر اعتماداً على نص المادة 593 من قانون الإجراءات الجزائية، المتعلقة بإجراءات نقض القرارات القضائية التي يكون أساسها القانوني غير كاف أو متناقض وهو ما لا يتصور حالياً بخصوص قرار مبدئي.

وكما نلاحظ كذلك أن الغرفة الجزائية، قد أيدت وبشكل واضح موقفها، من خلال نعمها على محكمة الاستئناف عدم ذكر الأسباب الكافية، لتبرير أن الصلاحيات التي قام بها العاملين، هي أعمال تدخل في نطاق التفويض الذي من شأنه أن يعتبر هؤلاء العمال بمثابة ممثلين عن الشخص الاعتباري، كشرط ضروري لإعمال نص المادة 121-2 ق.ع.

وبعبارة أخرى، فإن نقض القرار كان على أساس أن إدانة العاملين محل المسئلة - في نظر الغرفة الجزائية - قد تمت على عجل، ودون تأنٍ أو تبصر، كممثلين للشخص الاعتباري، ودون منح محكمة النقض سلطة الرقابة على مدى تحقق هذا الشرط. ويمكن اعتبار مثل هذا التحليل وبشكل تحفظي، بمثابة انقلاب على ما استقر عليه الفقه القضائي إلى ذلك الحين، لأن الغرفة الجزائية لم تكن تشتت لإصدار حكم الإدانة، تحديد وضعية ومركز الفاعل موضوع المسئلة، إذا تعلق الأمر بعدم مراعاة الأنظمة وقواعد الأمن والتي لا يمكن تصور ارتكابها إلا من طرف عضو أو ممثل.

خلاصة التعليق

اعتمادا على هذا القرار، نلاحظ أن محكمة النقض، قد بيّنت بأنه ليس من الضروري أن ينظر إلى العون الأجير كممثل للشخص الاعتباري بمفهوم نص المادة 121-2 قانون عقوبات فرنسي، وإنما يجب إثبات ذلك، وإن كان هذا ليس بالشيء الجديد إلا أنه من الجيد إعادة التذكير به، ولعل هذا السبب كان وراء أمر محكمة النقض الفرنسية بنشر قرارها ليعتبر بمثابة التذكير بالمبدأ.

ولعله لمن الصعوبة بمكان، المضي قدما مع اليقين، من وجهة نظر قرار قضائي واحد، أقرت فيه محكمة النقض الفرنسية موقفها من خلال افتراض عدم إمكانية تحديد هوية العون على أساس اعتباره عضوا أو ممثلا للشخص الاعتباري، عندما يتعلق الأمر بجنحة عدم مراعاة قواعد الوقاية و الأمن، والتي لا يمكن أن ترتكب لحساب الشخص الاعتباري، إلا من خلال أعضاءه أو ممثليه.

وللتأكد من هذه الصيغة، يجب انتظار وضعيات أخرى بإمكانها أن تطرح المسئلة بأكثر موضوعية، ذلك أنه ليس من الممكن في الوقت الراهن تكييف القرار الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2011، كقرار قلب الاستقرار القضائي، أو على الأقل ساهم في تغيير ما

استقر عليه الاجتهاد القضائي، بل يمكن القول بأن الغرفة الجزائية لم تتخلى عن موقفها الذي كرسته بموجب قرار 20 جوان 2006، و الذي يبدوا منطقيا كما سبق و أن أشرنا، انطلاقا من أن الجريمة المرتكبة سواء كانت عمديه أو غير عمديه، لا يمكن ارتكابها إلا عن طريق عضو أو ممثل.

ويمكن القول في الأخير، أن هذا القرار يعتبر بمثابة دعامة قضائية جديدة، تدعو الجهات القضائية المختصة، إلى ضرورة التمحيص أثناء مراقبة الشروط الضرورية لإضفاء صفة العضو أو الممثل للشخص الاعتباري، وبالتالي حافظا مهما لإبراز هذه الصفة أثناء تكييف صفة العضو أو الممثل، بل وكذلك لإثبات أن هذا العضو أو الممثل قد تصرف نيابة عن الشخص الاعتباري.

الهوامش

(...) Vu l'article 593 du code de procédure pénale ; Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs proposés à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (CA Fort-de-France 16 septembre 2010, ch. corr.) que, le 29 avril 2004, à Ducos (Martinique), alors que M.Dala, employé temporaire de la société Travaux électrique martiniquais (TEM) à laquelle la société Electricité de France (EDF) avait fait appel pour procéder au remplacement d'isolateurs et de parafoudres, faisait l'ascension d'un poteau électrique qui, en lui faisant lâcher prise, a entraîné des conducteurs de réseau encore placés sous tension, provoquant une forte décharge électrique qui, en lui faisant lâcher prise, a entraîné sa chute mortelle d'une hauteur de 8.40 mètre de sol ;

Attendu que MM. Mélina et Cledor, agents de la société EDF chargés de procéder conjointement aux différentes opérations préalable aux travaux effectués par M.Dala, ont été déclarés coupables d'homicide involontaire pour avoir, dans le cadre du travail, par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, provoqué la mort de M. Dala, faute pour eux de s'être assurés de la mise hors tension d'un poteau électrique sur lequel ils avaient laissé l'employé intervenir ;

Attendu que pour confirmer le jugement ayant condamné la société EDF pour homicide involontaire. L'arrêt retient, notamment, qui, leur statut et leurs attributions étant clairement définis, étaient les représentants de la société EDF « nonobstant l'absence effective d'une délégation de pouvoirs » ;

Mais attendu qu'en prononçant, ainsi, sans mieux s'expliquer sur l'existence effective d'une délégation de pouvoirs ni sur le statut et les attributions des agents mis en cause propres à en faire des représentants de la personne morale, au sens de l'articles 121-2 de code pénal, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ; D'où il suit que la cassation est encourue ;

Par ces motifs : Casse et renvoi devant CA Basse-Terre.

Observation :

Les personnes morales sont pénalement responsables des infractions commises pour leur compte par leurs organe ou représentant (C. pén. art. 121-2, al. 1).

Est considérée comme représentant de la personne morale au sens de ce texte toute personne à qui une délégation de pouvoirs a été consentie par un dirigeant de société et qui dispose de l'autorité de la compétence et des moyens nécessaire à l'exercice de sa mission (notamment Cass. crim. 14-12-1999 n°8024 ; rjda 4/00 n°419 ; Cass. crim. 12-12-2006 n°06-80.240 ; RJDA 7/70 n° 726). Au cas particulier, la cour d'appel n'avait pas relevé l'existence de ces trois conditions (autorité, compétence et moyens).

La Cour de cassation a même admis qu'un salarié non titulaire d'une délégation peut être considéré comme un représentant au sens de l'article 121-2 s'il a agi dans le cadre de ses fonctions participant du pouvoir de direction au sein de la société (Cass. crim. 23-6-2009 n° 07-85.109 ; RJDA 4/10 n° 364).

Faut-il voir une application de cette jurisprudence dans le motif de la cour suprême reprochant aux juges d'appel de ne pas s'être expliqués non plus « sur le statut et les attributions des agents mis en cause, propres à en faire des représentants » d'EDF ? La réponse est à notre avis incertaine. En effet l'arrêt de 2009 a été rendu pour une infraction intentionnelle (délit d'offre d'emploi discriminatoire) susceptible d'engager la responsabilité de toute personne l'ayant commise. Or, dans l'arrêt ci-dessus, EDF était poursuivie pour une infraction résultant de la violation non intentionnelle d'une obligation de sécurité, dont seuls le chef d'entreprise ou son délégué peuvent être reconnus coupables (C. trav. art. 14741-1).

1. والذي كرسه ابتداء من 01 مارس 1994.
2. أنظر بكثير من التفصيل، حول تطور مبدأ التخصيص، مزاوي محمد، نطاق المسؤولية الجزائية لمسيري المؤسسات الاقتصادية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2006-2005 (غير منشورة) ص 279 وما بعدها.
3. نفس المرجع السابق، ص 290.
4. Recommandation R(88) 18 du comité des ministres, adoptée le 20-10-1988 ; 2ème protocole additionnel à la convention sur la protection des intérêts financiers des Communauté européennes, acte du conseil du 19-6-1997 art.3.
5. A l'exception de l'Etat, Les collectivités territoriales ne peuvent être déclaré responsables que d'infractions commises dans l'exercice d'activités non régaliennes, susceptibles de faire l'objet de conventions de délégations de service public.
6. Gérant, Président, directeur général, conseil d'administration ou directoire, conseil de service, ... ext
7. G. Roujou de Boubée : La responsabilité pénale des personnes morales, Mélanges A. Decocq, Litec 2004 p. 539, cité par E. Dreyer : Droit pénal général, Litec 2010 n°1082.
8. Cass. Crim 1-12-1998 n°97-80.560: RJDA 2/99 n° 26-6-2001 n°00-83.466; RJDA 1/02 n°42. Cass. Crim. N°09-85.115: RJDA 3/11 n°242.
9. Cass.Crim.12-1-1988n°85-95.950:Bull. Crim.n°15;Cass.Crim.23-11-2004 n°04-81.60 : RJS 3/05 n°330.
10. Cass. Crim. 2-12-1997 n° 96-85.484 : RJDA 3/98 n°289 et RJDA 11/98 p.879 chronique B. Mercadal.
11. Cass. Crim. 18-1-2000 n° 99-80.318: RJDA 4/00 n° 417.
12. Cass. Crim., 20-6-2006 n°05-85-255: RJDA 11/06 n° 1139, Bull. Crim. n° 188, JCPG 2006 II n° 10199 NOTE e. Dreyer, D.2007 p. 618 note J-C. Saint Pau, Rev. Sociétés 2006 p.895 note B. Bouloc, RTD com. 2007 p. 248 obs. B.Bouloc.
13. Cass. Crim., 20-6-2006 n°05-85.255 : RJDA 11/06 n° 1139, Bull. Crim. n°188, JCPG 2006 II n° 10199 note E. Dreyer, D. 2007 p. 618 note J-C. Saint Pau, Rev. Sociétés 2006 p.895 note B.Bouloc, RTD com. 2007 p. 248 obs. B.Bouloc.
14. Cass.Crim.26-6-2007 n°06-84.821/RJS 1/08n°41:Cass. crim15-1-2008 n°07-80.800 : RJDA 7/80 n°798.
15. Cass. Crim. 25-6-2008 n°07-80.621/EJDA 2/09 N°135.
16. Cass. Crim 28-1-2009 n°07-81.674: RJDA 10/09 n°862.
17. Cass. Crim 29-9-2010 n°09-83.274: RJDA 6/11 n°565.
18. Cass. Crim. 28- 6-2011 n° 10-82.607.
19. المعروف بقانون فوشون.
20. Cass. Crim. 28-6-2001 n°09-87.884 : RJDA 10/10 n°952. Ce motif de non-transmission ne pourrait plus être invoqué aujourd'hui, le conseil constitutionnel ayant jugé qu'il lui revient d'apprécier la constitutionnalité non seulement de la loi, mais aussi de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative (Cons. Const. 6-10-2010 n°2010-39 QPC : JO 7-10-2010 p. 18154).
21. Cass. Crim. QPC 29-3-2011 n° 11-90.007 : RJDA 8-9/11 n°699 ; QPC 27-4-2001 n°11-90.013. Cass. Crim. 11-10-2011 n°10-87.212.

الدعائم الفلسفية لعقوبة العمل للنفع العام*

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

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

ملخص

حاول البعض من الفقه الجنائي المقارن التشكيك في فعالية السياسة العقابية التقليدية القائمة على العقوبة السالبة للحرية في مواجهة الجريمة والتصدي للعود إلى الإجرام، وربما كان السجن أحد أهم الأسباب التي تدفع نحو زيادة معدل الجريمة، مما دفع باتجاه التفكير في بدائل للعقوبة، ولعل أهمها العمل للنفع العام لما يحققه من مزايا للمتهم والمجتمع على السواء؛ فهو يجنب المحكوم عليه الاختلاط بالمساجين ويستفيد منه المجتمع في عدم التفريط في كفاءاته وحصوله على التعويض الذي يناسب حجم الضرر.

تحاول هذه الدراسة البحث في الفلسفة العقابية التي تقوم على فكرة العمل للنفع العام، من خلال معرفة نتائج الجدل الفقهي القائم حول جدوى هذه العقوبة في التقليل من معدل الجريمة.

الكلمات الدالة

العود إلى الجريمة، الحبس قصير المدة، الردع، الإصلاح والتأهيل، العدالة الجنائية بدائل العقوبة، العمل للنفع العام، العقوبة الرضائية، العدالة التصالحية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 15/09/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 04/10/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 10/11/2015.

The philosophical Props of the work public utility penalty

Abstract

Some of the Criminal Comparative Jurisprudence tried to cast doubt on the effectiveness of traditional penal policy based on negative punishment for freedom in the face of crime and to address the promises to the crime, and was probably the prison one of the most important reasons that push towards increasing crime rate, pushing toward thinking about alternatives to the death, and perhaps the most important work for Philanthropy year to achieve the advantages of the accused and the community alike; it avoids sentenced prisoners, mixing, and benefit society in the non-compromising competencies and receiving compensation that fits the size of the damage.

This study attempts to search in penal philosophy which is based on the idea of working for the public benefit, with the knowledge of the results of the doctrinal controversy based on the feasibility of the death penalty in the reduction of the crime rate.

key words

Recidivism, short-term detention, deterrence, reform and rehabilitation, criminal justice, alternatives to punishment, public utility work, the penalty consensual restorative justice.

Les appuis philosophiques de la sanction de travail d'intérêt général

Résumé

La doctrine pénale comparée est sceptique quant à l'effectivité de la politique pénale classique basée sur la peine privative de liberté qui est conçu comme moyen de lutte contre la criminalité et de la récidive. La prison est sans doute l'une des causes qui augmente le taux de criminalité, c'est pourquoi, un courant de doctrine prône les sanctions alternatives, parmi lesquelles on cite le travail d'intérêt général.

Cette dernière est considérée comme étant avantageuse à l'inculpé et à la société en ce qu'elle permet, d'une part, à l'inculpé de ne pas se mélanger avec les autres prisonniers et, en ce qu'elle profite à la collectivité et d'avoir un juste et équitable dédommagement d'autre part.

Cette étude a pour but de chercher dans la philosophie pénale qui est basée sur l'idée de la sanction de travail d'intérêt général, et ce, à travers les querelles doctrinales sur l'efficacité de cette peine et de son effet sur la réduction du taux de criminalité.

Mots clés

La récidive, l'emprisonnement de courte durée, la répression, la réhabilitation, la justice pénale, les sanctions alternatives, sanction de travail d'intérêt général

مقدمة

أقرت المنظومة القانونية المقارنة بفشل سياستها العقابية التقليدية القائمة على أساس الحبس في مؤسسات إعادة التربية، هذه الأخيرة التي تكاد لا تصلح في وضعها

الحالي في إصلاح المحكوم عليهم والحدّ من ظاهرة العود إلى الجريمة، لذا بات الحديث عن إحداث بدائل للعقوبة أمراً متاحاً أكثر من أي وقت مضى بعدما كانت شدة العقوبة هي اللغة الوحيدة المستعملة سواء على لسان المشرع أو من خلال التطبيق القضائي.

بل وفتحت شبيهة التشريعات المقارنة على أشكال جديدة للعقوبة، تنظر في إعطاء دور للمؤسسة العقابية خارج أسوار السجن في إطار ما يعرف بالبيئة المفتوحة، لكنها الآن نحت منحى آخر نحو العقوبة الرضائية في إحدى صورها المثلى التي تجسّدت في فكرة العمل للنفع العام، أي الاستفادة من المحكوم عليه في أداء خدمة عمومية أو لصالح العام دون مقابل، تُسهّل عليه الاندماج اجتماعياً بدلاً من إنكاره تدعيماً للعدالة التصالحية¹ التشاركية القائمة على إرضاء كافة الأطراف بما فيها الدولة التي لم تتنازل عن الحق في العقاب ولكن مارسته بشكل فيه مفاضلة نحو الأحسن، بحيث توقّر النفقات وتستفيد من عمل وكفاءات مواطنيها دون أن تتجاهل زجرهم وردعهم مع ضرورة تحمّل نتائج أخطائهم.

تُشكّل عقوبة العمل للنفع العام² كفكرة محور جدل واسع عند الفقه المقارن من خلال أشغال العديد من المؤتمرات الوطنية والدولية التي تناولت الموضوع من عدة زوايا، وكانت الآراء متباينة بين المحاسن والمساوئ التي يمكن أن تعترض تطبيق العقوبة في شكلها المجرد أو حتى عند اقتراحها بالتزامات معينة أو تعليق تنفيذها على شرط معين.

كما بيّنت النصوص التشريعية والممارسات القضائية وجود فجوة وتعارض بين المؤيدين والمعارضين لتطبيق العمل للنفع العام، فيعيب القضاء على المشرع عدم دقة النصوص والغموض في الكثير من المسائل التفصيلية، ويعيب المشرع على القضاء نقص الخبرة في التطبيق العملي لنصوص العمل للنفع العام.

وتطفو على السطح أكثر مدى قدرة هذه العقوبة³ على تحقيق الردع والإيلاء وعلى الإصلاح والتأهيل بشكل لا يقل أهمية حول إمكانية الوصول إلى عدالة جنائية ينسحب فيها الشعور بالظلم.

نحاول من خلال هذا الموضوع مسابقة التوجه الفقهي الذي ينادي بتطبيق عقوبة العمل للنفع العام من خلال بيان محاسنه، ثم نتطرق إلى الاتجاه الآخر الذي يقلل من أهمية هذه العقوبة ويبرز مساوئها.

المبحث الأول /الاتجاه المؤيد لعقوبة العمل للنفع العام

احتلت عقوبة العمل للنفع العام مكانتها في السياسة العقابية الحديثة كواحدة من أهم البدائل التي حققت ولا تزال تُحقّق مكاسب للمحكوم عليه لما له من آثار إيجابية على التفريد العقابي وتعزيز السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، كما تساعده على التأهيل والإصلاح طالما لن يحثك بالمساجين داخل المؤسسة العقابية. كما تستفيد الدولة من تطبيقه في التقليل من النفقات، بل على العكس من ذلك ستوقر لها عقوبة العمل للنفع العام عمل مجاني، والأهم من ذلك تجنبها مساوئ عقوبة الحبس قصير المدة.

المطلب الأول /الصورة المثلى للتفريد والإدماج

تعتبر عقوبة العمل للنفع العام شكلا جديدا ونموذجا مُغايرا للعقوبة التقليدية بحيث يستدعي تطبيقها خارج أسوار المؤسسات العقابية المتابعة الفردية للمحكوم عليه بعيدا عن سلبيات الحبس، كما له الدور المتميز في تحقيق مبدأ التفريد العقابي هذا المبدأ الذي يقتضي اختلاف العقوبة باختلاف ظروف الجاني وملازمات القضية⁴ كما تُساهم عقوبة العمل للنفع العام في إصلاح المحكوم عليه وتهذيب سلوكه حتى يتجانس من جديد مع مجتمعه⁵.

الفرع الأول/ غاية العمل للنفع العام في تحقيق مبدأ تفريد العقوبة

يدخل مبدأ التفريد العقابي ضمن أهم الأساليب العقابية التي توصل إليها الفكر العقابي⁶ متجاوزا بذلك الاستعمال المفرط لمبدأ المساواة في معاملة كل الجناة⁷. وعقوبة العمل للنفع العام شكل جديد من أشكال العقوبة توصل إليها الفقه الجنائي بغرض إسقاط نموذج جديد من العقوبة على فئة معينة من المجرمين تحقيقا لغاية أسمى وهي العدالة العقابية التي تسعى إليها الدولة في ضمان أمن المجتمع.

أولا / معنى مبدأ تفريد العقوبة:

يُقصد بمبدأ التفريد العقابي: "اختلاف العقوبة باختلاف ظروف الجاني وأحواله وطبيعة شخصيته بُغية إصلاح المجرم"⁸، أي على القاضي تنوع العقوبة بحسب جسامة الجريمة وخطورة الجاني وظروفه⁹ لكي تتحقق الغاية الدستورية من مشروعية العقوبة؛ والتي تقتضي "أن يُباشر كل قاض سلطته في مسار التدرج بها وتجزئتها تقديرا لها في الحدود المقررة قانونا، وهو الطريق الأنسب إلى معقوليتها وإنسانيتها"¹⁰.

ونعرّفه من جانبنا بأنه "آلية قضائية تسمح للقاضي ضمن الحدود المرسومة له قانونا أن يضع العقوبة المناسبة تبعا لخطورة الجاني وظروف ارتكاب الجريمة وأثرها على المجتمع، بعيدا عن التجرد المطلق بُغية تحقيق العدالة الجزائية".

وقد يُقرّر التفريد العقابي المشرع ويسمى بالتفريد التشريعي؛ أي أنّ المشرع هو الذي يضع مقدّما تدرجات في العقوبة بين الحد الأدنى والحد الأقصى وبحسب أحوال وظروف كل جريمة. كما قد يُقرّر التفريد باسم القاضي ويسمى بالتفريد القضائي والذي يعني أنّه يمكن للقاضي أن يضع العقوبة المناسبة للجاني إعمالا لسلطته التقديرية أخذا بعين الاعتبار ظروفه الشخصية وجسامة الجريمة. كما قد يُقرّر التفريد من طرف الجهات المكلفة بتنفيذ العقوبة ويسمى بالتفريد التنفيذي؛ بحيث يُمنح للقاضي تنفيذ العقوبة واللجان التي تعمل معه مُكَنّة تحديد المعاملة العقابية الملائمة لإصلاح المحكوم عليه وفقا لسلوكه في دار المؤسسة العقابية وما يقتضيه ذلك من تحديد التصنيف الذي يناسبه¹¹.

ثانيا / تأثير العمل للنفع العام في تفريد العقوبة.

تعتبر عقوبة العمل للنفع العام في أغلب التشريعات بما فيها المشرع الجزائري عقوبة بديلة لعقوبة الحبس قصير المدة، وهو ما يُعطي للقاضي الجزائي وفقا لسلطته التقديرية إمكانية إحلال عقوبة العمل للنفع العام بدل عقوبة الحبس، وهذا ما يجعل خاصية تفريد العقوبة تميل إلى كفة التفريد القضائي؛ فالقاضي في هذه الحالة ينحاز اعتقاده إلى ملاءمة عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة أكثر من عقوبة الحبس وهي عقوبة أصلية، وذلك بالنظر إلى حالة المجرم الشخصية وظروف الجريمة التي

ارتكبتها¹² والتصرف الذي يسلكه القاضي في هذه الحالة يتفق ومقتضيات دعم فكرة تأهيل المحكوم عليه دون أن يتعارض ذلك مع اعتبارات الردع العام والردع الخاص. فقاضي تطبيق العقوبات لا يكلف المحكوم عليه بالعمل إلا بعد عرضه على الطبيب لفحصه وتحرير تقرير عن حالته الصحية¹³ مما يُمكنه من اختيار طبيعة العمل الذي يناسب الحالة الصحية والبدنية للشخص¹⁴.

الفرع الثاني / الدور النفعي للعمل للنفع العام

تسعى السياسة العقابية الحديثة إلى إعطاء فعالية للعقوبة المسلطة على المحكوم عليه حتى تكون نافعة له وتؤدي دورها في مواجهة الفرد مرتكب الجريمة وفي مواجهة مجتمعه، وفي مواجهة الدولة التي ترعى تطبيق العقوبة، فأما في مواجهة المحكوم عليه فهي تنفعه في الإصلاح والتأهيل، وأما في مواجهة المجتمع فيقوم المذنب بالقيام بعمل نافع ومفيد للمجتمع دون مقابل، وفي مواجهة الدولة التي تستفيد من التقليل من النفقات في المؤسسات العقابية، وكذا التقليل من العود إلى الجريمة.

أولا / إعادة التأهيل والإدماج.

مما تسعى إليه عقوبة العمل للنفع العام هو تحقيق التأديب من خلال أثر العقوبة على المحكوم عليه، وما يُمكن أن يُسبب له من إيلا م عضوي ونفسي، خاصة بعد أن يُفرض عليه العمل دون أجر، مما يُعزّز لديه الشعور بالذنب¹⁵ والتفكير في الإقلاع عن ارتكاب الجريمة مرة أخرى، بل يُساهم ذلك في تعزيز قدراته في القيام بعمل نافع ومفيد لمصلحة المجتمع الذي اعتدى على قوانينه وأنه بصدد التعويض عن الضرر الذي ألحقه به، مما يجعله يقوم بهذا العمل عن رضا وقناعة، بل و يُساعد ذلك على التآلق من جديد مع أفراد المجتمع الذي لم تنقطع في الحقيقة صلته بهم وكل ذلك يزيد من فرص إصلاحه وتأهيله¹⁶.

هذه هي الغاية التي ناشدتها السياسة العقابية بالجزائر من خلال المنشور الوزاري رقم 02 الصادر في 21 أفريل 2009 عن وزير العدل والمتضمن كيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام بحيث جاء في ديباجته "ينص القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/02/25 المعدل والمتمم لقانون العقوبات على إمكانية استبدال العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة بعقوبة العمل للنفع العام لتقرير المبادئ الأساسية الجنائية

والعقابية التي تركز بالأساس على احترام حقوق الإنسان وتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم، وهو المبتغى الذي لم يعد يركز على حبس الأشخاص فقط بل أضحي تحقيقه يتوقف من جهة على مدى احترام مبدأ تشخيص العقوبة عند النطق بها، ومن جهة أخرى على إمكانية مساهمة العقوبة في إصلاح المحكوم عليهم نهائياً دون اللجوء المُفرط لوسائل الإكراه التي قد تنجرّ عنها آثار سلبية على مختلف جوانب حياتهم فضلاً على أنّ هذه العقوبة البديلة تُحقّق هذه الغاية، كما تسمح باشتراك الهيئات العمومية في عملية إعادة الإدماج¹⁷.

إذن لاشك في أنّ أحد أدوار العمل للنفع العام هو الإصلاح والتأهيل وإعادة الإدماج، وذلك ما دعا إليه أنصار الدفاع الاجتماعي مثل الفقيه قراماتيكا الذي يرى بأنّ المجرم مُصاب بعلّة عدم التكيف الاجتماعي، وعلى المجتمع أن يُساعده في الرجوع للتعايش معه¹⁸، أو كما عبّر عنه الفقيه مارك انسل بأنّ وظيفة العدالة الجنائية هو تأهيل المجرم ليُعاد إلى المجتمع الذي يحتاج إلى الحماية، وهو ما يمكن أن يتحقق عن طريق العمل للنفع العام الذي من غاياته احتفاظ المحكوم عليه بقدراته وتمكينه من كسب رزقه بطريقة شريفة، وأنّ عمله سيكون خدمة للمجتمع¹⁹.

ثانياً/ التقليل من العود إلى الجريمة.

يقصد بالعود عند علماء الإجرام هو "قيام نفس المجرم الذي ارتكب جريمة من قبل وحكم عليه بارتكاب جريمة أخرى"²⁰، قد يبدو هذا المفهوم أقرب إلى التوحيد بين العناصر المختلفة للعود إلى الجريمة²¹، والعود إلى الجريمة أحد أبرز المشاكل التي تُعاني منها السياسات العقابية التي حاولت عبر التشريعات المقارنة إيجاد حلول لها ولكن تبقى نسبية، ومن بين هذه الحلول تم اقتراح عقوبة العمل للنفع العام طالما أنّ هذه العقوبة تُنفذ خارج السجن، أي يمنع اختلاط المحكوم عليه الأقل خطورة مع المساجين متعودي الإجرام، كما أنّ المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام لا يخشى منه أن يتعوّد على بيئة المؤسسات العقابية طالما لم يدخلها، وأثبتت الدراسات أنّ نسبة العود إلى الجريمة تقلّ عند المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام بالمقارنة مع المحكوم عليهم بعقوبة الحبس قصير المدة، ومن بينها دراسة أجريت في هولندا خلال السنوات من 1981 إلى 1988 والتي أشارت إلى عدم وجود حالات عود إلى الجريمة بين

من حكم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام بالنسبة للأشخاص الذين تراوحت أعمارهم بين 18 و 24²² وهذا ما يوضّح ولو بشكل نسبي دور هذه العقوبة في التقليل من العود إلى الجريمة.

ثالثاً / التقليل من النفقات.

يعمل نظام العمل للنفع العام على تخفيض تكاليف مكافحة الإجرام بالمقارنة مع تكاليف الحبس داخل المؤسسة العقابية²³، فالعقوبة السالبة للحرية تُكَلِّف خزينة الدولة نفقات كثيرة يتم صرفها على السجناء فيما يتعلق بالإطعام والإيواء والعلاج وعلى القائمين في السجن الذين يتقاضون مرتبات وعلاوات، وعلى السجون في حدّ ذاتها التي تحتاج إلى تكاليف كهرباء وصيانة وغيرها²⁴.

فعقوبة العمل للنفع العام تُقلّل عدد نزلاء المؤسسات العقوبة، وبالتالي تقلّل نفقات التنفيذ العقابي بكل صوره المذكورة أعلاه أي تُحقّق فائدة للدولة في ترشيد نفقات السجون²⁵.

وفي المقابل قد تُشكّل عقوبة العمل للنفع العام مداخيل إضافية للدولة، لأنّ المحكوم عليه سيقدّم عملاً مجانياً للدولة خاصة عند توظيفه في المشاريع الكبرى التي تحتاج إما إلى يد عاملة كثيرة أو يد عاملة مؤهلة تساهم في الإنتاج دون أن تُعطّل الاستفادة من خبراتها²⁶.

المطلب الثاني/ مواجهة أزمة العقوبة السالبة للحرية

كانت ولا تزال العقوبة السالبة للحرية تأخذ حصة الأسد ضمن العقوبات المقررة لمواجهة الجريمة، وقد احتلّت في القرن 19 أهمية كبيرة خاصة بعد إلغاء العقوبة البدنية القاسية التي كانت سائدة، وكذا مع بداية تقلّص الجرائم التي تُوقَّع لأجلها عقوبة الإعدام، وقد بدت في ذلك الوقت عقوبة الحبس مُقنعة وتُحقّق أغراض العقوبة المتمثلة في الردع العام والردع الخاص والعدالة الجنائية²⁷.

لكن التطبيق المكثّف لعقوبة الحبس خاصة قصير المدة أثبت أنّ لها مساوئ كثيرة، جعل الأضرار التي تتسبّب فيها أكثر من المنافع التي تنجر عنها، كما طرح مشكلة أخرى تمثلت في تكدّس السجون بالنزلاء، مما عطّل هذه الأخيرة عن أداء مهامها في مساعدة المحكوم عليهم في الاندماج في المجتمع.

الفرع الأول / القيمة العقابية للحبس قصير المدة

ازدادت مساوئ عقوبة الحبس قصير المدة مع ازدياد التضخم التشريعي وشيوع تدخل الدولة في مجالات متعددة²⁸ مما جعلها في المرتبة الأولى بين مختلف العقوبات²⁹ وهذا ما أثر على أداء دورها العقابي وانتقل من الإيجاب في القرن 19 إلى السلب إلى وقت قريب، مما جعلها تُلَاقِي انتقادات شديدة أثرت بشكل لافت في التشريعات الغربية بالخصوص، وبدأت تتراجع حتى بلغ تطبيقها نصف ما كانت عليه³⁰ لحساب العقوبات البديلة التي بدأت تظهر بصدور مختلف البدائل، ومن أهمها عقوبة العمل للنفع العام. أولاً / مفهوم عقوبة الحبس قصير المدة.

من الصعب ضبط تعريف للحبس قصير المدة لأنّ الفقه لا يزال مختلفاً في المعايير التي يمكن أن تساهم في تحديدها³¹، ولكن الرأي الغالب يميل مع معيار مدة العقوبة أي كلما كانت عقوبة الحبس قليلة كانت ضمن ما يسمى بالعقوبة قصيرة المدة، ولكن يقع الاختلاف في تحديد هذه المدة؛ فهناك من يرى أنّها في حدود 03 أشهر أو أربعة والبعض في حدود 06 أشهر، والبعض الآخر ألاّ تزيد المدة عن سنة واحدة³²، وأقرب مدة يلتفّ حولها الفقه محددة بـ 06 أشهر³³ على أساس مدى كفايتها في تحقيق أغراض العقوبة في الإصلاح والتأهيل، ويكون بذلك الحبس قصير المدة هو الحبس الذي لا يصلح لتطبيق أساليب المعاملة العقابية الحديثة التي تكفل إصلاح المحكوم عليه.³⁴ بمعنى أكثر دقة أنّ عقوبة الحبس قصير المدة أصبحت تُشكّل عاملاً سلبياً يؤثر بشكل عكسي على المحكوم عليه، فهي لا تجعله يندم على فعله لقصر مدتها ولا تحقّق الردع الخاص، ولا تساهم في تطبيق برامج الإصلاح، مما يزيد من معدلات الجريمة³⁵.

ثانياً / دور العمل للنفع العام في التقليل من الآثار السلبية للحبس قصير المدة
تعداد الآثار السلبية لعقوبة الحبس قصير المدة في ازدياد: ³⁶ منها ما يتحمّله المحكوم عليه أو أسرته ومنها ما يتحمّله المجتمع والدولة؛ فبالنسبة للمحكوم عليه يتولّد لديه الشعور بالإحباط والمهانة نتيجة لِفقدته هيئته واحترامه في الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه، فيَزرخ لديه الحقد والسخط على المجتمع مما يؤدي إلى فشله في الاندماج في المجتمع، بالإضافة إلى حرمانه من ممارسة السلوك الجنسي

الطبيعي خاصة في السجون التي لا تطبق برامج العلاقات الزوجية، مما يؤثر بلا شك على الصحة النفسية للمحكوم عليه.³⁷

كما تؤثر عقوبة الحبس قصيرة المدة على أسرته نتيجة فقدان القوامة الأبوية داخل الأسرة، وفقدان منصب العمل الذي كان يشكل دخله المورد المالي الوحيد لتلك العائلة، ناهيك على فقدان كذلك الاعتبار الاجتماعي لتلك العائلة نتيجة وصمة العار التي تلحقهم من نظرات ومعاملات الناس لهم³⁸، وربما نتيجة لكل ذلك قد تتفكك الأسرة وقد يتحوّل أفرادها نحو الانحراف، ويصيب المجتمع بدوره أضرار كثيرة لا تقل أهمية عن الأضرار النفسية والاجتماعية التي تصيب المحكوم عليه، بحيث إذا خرج هذا الأخير من الحبس يتضاعف لديه الشعور بالقلق من مدى تقبل أسرته وأصدقائه وجيرانه له، فإذا عجز عن التأقلم والاندماج الاجتماعي وإيجاد منصب عمل سيُفكّر حتما في العودة للجريمة³⁹ لأنه اكتسب خبرة إجرامية وقيم فاسدة خلال فترة محكوميته داخل السجن، وستفاعل هذه الأخيرة حتما⁴⁰ مع باقي المؤثرات الاجتماعية إذا لم يجد المُساعد والمنقذ الاجتماعي.

من خلال كل هذه المساوئ أصبح من الضروري تضييق نطاق تطبيقات الحبس قصير المدة والتفكير في بدائل معينة لعل أهمها عقوبة العمل للنفع العام التي ستعمل على مواجهة أغلب هذه المساوئ، خاصة ما تعلق منها بإبقاء المحكوم عليه ضمن أسرته وفي وسطه الاجتماعي وبقائه يعمل ليُعيد أسرته ولتفادي الاختلاط بالمحبوسين والتأثر بهم، وبالتالي يتم معالجة خطر العود إلى الإجرام.

الفرع الثاني / مواجهة ظاهرة تكدس السجون

ظاهرة تكدس السجون نتيجة تكاد تكون حتمية نظرا لازدياد الحكم بالحبس قصير المدة، وهي أحد أبرز المشاكل التي تُعاني منها المؤسسات العقابية، لأنها أعاقَت دورها في تنفيذ البرامج الإصلاحية، ولا سبيل إلى التخلص من ذلك إلا بتدعيم السياسة الجنائية في مجال التشريع بإيجاد بدائل للحبس، وكذا تدعيمها بإعطاء مجال واسع للقاضي لاستعمال سلطته التقديرية لتطبيق هذه البدائل، بالإضافة إلى تدعيم إدارة السجون بغرض التجاوب مع أنظمة الإفراج المتاحة لها في قوانين السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

أولا / طرح مشكلة تكدّس السجون.

إنّ نجاح المؤسسات العقابية في القيام بدورها الإصلاحية على أكمل وجه منوط بمدى تمكّنها في الأخذ بالأساليب العقابية الحديثة؛ مثل التدريب المهني والتهذيب الديني والرعاية الصحية وغيرها، والتي تنتهي غايتها إلى إصلاح المحكوم عليهم وإرجاعهم إلى مجتمعهم أسوياء، لكم ما يؤثّر سلبا على الأداء الحسن للمؤسسات العقابية هو ظاهرة ازدحام السجون بالنزلاء مما يُعيقها على أداء دورها في الإصلاح والتهذيب، وفي النهاية يخرج المحكوم عليه من الحبس ولم يجن من محكوميته إلا الإيلام وفقدان الحرية، كما لم يجن المجتمع إلا خسارة كفاءة أو مقدرة بشرية، كما لم تجن الدولة إلا النفقات الزائدة التي لا تستطيع استرجاعها⁴¹.

ويُحدّد مفهوم ازدحام السجون على أنّه: "زيادة عدد النزلاء على الإمكانيات الاستيعابية للسجون، مما يؤدي إلى اختلال وظيفتها مع تكوين آثار سيئة على نزلائها"⁴². كما قد يكون مشكل تكدّس السجون عبارة عن "زيادة العدد الفعلي للنزلاء في وقت ما عن السعة التصميمية الصحية للسجن..."⁴³، هذه السعة التي لم تحدّد مساحتها الاتفاقيات الدولية إلا أنّها جاءت على ذكرها بشكل غير دقيق، كما فعلت القاعدة رقم 10 من قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين التي حثّت على ضرورة مراعاة المساحة الدنيا المخصصة لكل مسجون، وأنّه يجب أن تستجيب لمتطلبات الصحة والنظام مع مراعاة حجم الهواء والإضاءة والتدفئة، وألا تكون صغيرة بالنسبة لعدد المساجين إلى الحدّ الذي يكون فيه تنفيذ العقوبة على النحو الذي يحطّ بالكرامة الإنسانية⁴⁴.

ثانيا / دور العمل للنفع العام في مواجهة مشكلة تكدس السجون.

تكاد تجتمع آراء الفقه في أنّ السبب الرئيسي لتكدّس السجون هو كثرة إصدار الأحكام بالعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة⁴⁵ وهذا ما يؤثّر بشكل سلبي على أداء السجن لرسالته في الإصلاح والتهذيب⁴⁶ ويُعيق بشكل حاد برامج المعاملة العلاجية، فتسقط عن المحكوم عليه حقوق كثيرة؛ مثل الدراسة والتدريب والحق في الاطلاع على الأمور التثقيفية، بالإضافة إلى حرمانه من بعض الامتيازات التفرّدية⁴⁷، باختصار

تُشكّل مشكلة تكدّس السجون عائقاً أمام التطبيق الكامل لقواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين⁴⁸.

كما يبرز مشكل آخر من الناحية الصحية بالنظر إلى ازدحام المساجين في مكان ضيق، فيلوّث الهواء بسبب زيادة نسبة ثاني أكسيد الكربون، مما يجعل الفرد عُرضة للملوثات المتنقلة عبر التنفس، ونقصان شروط النظافة سواء بسبب نقص الإمكانيات المستعملة في التنظيف، أو نقص أماكن الاستحمام، كذلك يُؤثّر الازدحام على النوم وعلى الحرمان من ممارسة العلاقات الجنسية الطبيعية، ويُشجّع بالمقابل على الممارسة الجنسية المثلية⁴⁹.

وتزيد مساوئ تكدّس السجون من فقدان الخصوصية، بحيث يُفترض أنّ كل مسجون يتمتع بحيزٍ شخصي يُمارس فيه الحق في الخصوصية، دون أن يُشكّل ذلك رفاهية له، بل هو حَيَزٌ مكاني يستطيع من خلاله المسجون أن يمارس فيه حقوقه التي كفلها له القانون⁵⁰ بالإضافة إلى مساهمته في الاختلاط بالمساجين والتأثر السلبي في الاستفادة من خبراتهم في الإجرام.

وأمام هذه المشاكل تحرك المجتمع الدولي عبر جملة من الندوات والمؤتمرات، كان أهمها المؤتمر العاشر للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي انعقد في فيينا في شهر أفريل سنة 2004 بحيث ناد الأعضاء من خلال توصياته على ما يلي: "نُعلن نحن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة التزامنا بإعطاء الأولوية للحدّ من تزايد عدد السُجناء واكتظاظ السجون بالمحتجزين قبل المحاكمة وبعدها من خلال ترويج بدائل مأمونة وفعالة لعقوبة الحبس حسب الاقتضاء"⁵¹.

ولا سبيل لتفادي مشكلة ازدحام السجون أحسن من عقوبة العمل للنفع العام وهي العقوبة التي تُنفذ خارج السجون وبعيدا عن البيئة المغلقة التي تسود المؤسسات العقابية، فلا يَنتشر المرض، ولا يفقد المحكوم عليه حقه في الخصوصية، ولا يسعى إلى الممارسة الجنسية المثلية، لأنّه سيعيش في بيئة مفتوحة مع كل الناس، يمارس نشاطاته اليومية التعليمية والتهديبية والرياضية بشكل عادي، لأنّ صلته بالعالم الخارجي لأزالت قائمة بكل أبعادها⁵².

المبحث الثاني /الاتجاه المعارض لعقوبة العمل للنفع العام

تجتمع أغراض العقوبة في تحقيق ثلاث غايات على الأقل؛ الردع والإصلاح والعدالة، وإن كانت الغاية الأولى والثانية تنصرف إلى جبر الضرر الذي وقع على المجتمع⁵³ لأنها تنطوي على تأديب وتأنيب المحكوم عليه، فإن العدالة تتضمن تفعيل الشعور بالطمأنينة عند أفراد المجتمع وما يؤسس ذلك لقوة الدولة وحزمها وفعاليتها في تأمين المواطن.

وتصطدم عقوبة العمل للنفع العام مع تحقيق أغراض العقوبة؛ نظرا لعدم شدتها في تعاملها مع الجناة رغم الأضرار التي كبدوها للضحايا وللمجتمع هذا من جهة ومن جهة أخرى فهي مُتهمة بالبيروقراطية؛ لأنّ القائمين على تنفيذها أتعبتهم شكليات وإجراءات تطبيقها مع عدم تجاوب باقي الأطراف في المساهمة في تنفيذها على الوجه الأكمل.

المطلب الأول /تعارض عقوبة العمل للنفع العام مع أغراض العقوبة

تعمل العقوبة . على شدتها . على ترهيب الناس وتخويفهم من الدنو من أي سلوك يتعارض مع قيم وأخلاقيات المجتمع، ومع سياسة الدولة في كل مجالاتها الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، ومن أهم وسائلها توقيع أحكام عقوبة الحبس السالبة للحرية، لما فيها من تقييد لحرية الناس وما يترتب عن ذلك من آثار على المحكوم عليه وعلى أسرته. كما تعمل الدولة على إعداد برامج إصلاحية تسهر على تنفيذها المؤسسات العقابية، وفي المقابل تُحقّق التوازن الاجتماعي بين جبر الضرر والشعور بالعدالة.

لكن تأتي عقوبة العمل للنفع العام لتهدم كل ذلك؛ فتنزعه الرهبة من العقوبة وتُعيق برامج إصلاح المحكوم عليهم، كما يشعُر الضحية بأنّ العدالة لم تتحقّق طالما أنّ الشخص المعتدي لازال يراه كل يوم حرا طليقا.

الفرع الأول /تراجع القيمة الردعية للعقوبة

للعقوبة أثر رادع في تخويف وتهديد كل من يسعى إلى ارتكاب جرم معين بالجزاء المناسب، وأكثر الوسائل لتحقيق الردع هو قيام القاضي باختيار عقوبة شديدة على المحكوم عليه⁵⁴ لتحقيق عنصر الإيلاام وكذا إضعاف العوامل الإجرامية الكامنة لديه

وعدم التفكير في مخالفة قانون العقوبات، فيتشكّل لدى المجتمع فكرة الردع العام كما أنّ هذه العقوبة ستقتضي على الخطورة الإجرامية للمحكوم عليه وتحوّل دون تكرار فعله المعادي للمجتمع فيتحقّق الردع الخاص⁵⁵.

ليس هذا فحسب؛ بل حتى يتحقّق الردع بنوعيه لأبد أن تحمّل العقوبة عنصر الإيلاام، أي الألم الذي يشعر به المحكوم عليه، وعلى عنصر الإكراه لأنّه مجبر على تطبيق العقوبة دون انتظار قبولها منه⁵⁶.

واللجوء إلى العمل للنفع العام كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس سيؤدي إلى التقليل من القيمة الردعية للعقوبة بشكل عام، لأنّها تفتقد إلى الرهبة والتخويف لدى نفس المحكوم عليه، مما يؤدي إلى التناقض مع فلسفة العقوبة التي تقوم على إبراز قوة الدولة وسلطتها على أرضها وعلى من يهدّد أمنها وأمن مواطنيها وكل رعية فيها، فالمحكوم عليه طالما أصبح يعرف بأنّ العقوبة المقررة لأي جريمة ليست خطيرة. بمعايير تطبيق عقوبة العمل للنفع العام. فسوف يستبيحها في ذهنه، ويقوم بها دون خوف، فهو ليس بالمجرم الخطير في نظر القانون ويمكنه أن يكرر الفعل مرات ومرات⁵⁷.

وعنصر الإيلاام في عقوبة العمل للنفع العام يكون في أقل درجاته، بل قد لا يكون أصلا عند بعض المحكوم عليهم. طالما أنّ العقوبة تُنفذ خارج المؤسسة العقابية، فلا يُنظر إليه نظرة سيئة من طرف المجتمع ولا تتضرّر عائلته بالتبعية⁵⁸.

كما يتم النظر إلى عقوبة العمل للنفع العام بأنّها لا تصلح لمواجهة الجرائم الخطيرة، وهي الجرائم التي تُهدّد المجتمع أكثر من الجرائم البسيطة التي كان يمكن إزالة التجريم عنها أصلا والاكتفاء بالجزاءات الإدارية خارج إطار القضاء، وهذا زيادة في ضعف القيمة العقابية للعمل للنفع العام.

ربما تصلح فكرة العمل للنفع العام كعقوبة مخفّفة تدخل في إطار الاستفادة من ظروف التخفيف مثلها مثل نظام وقف التنفيذ أو الأختيار القضائي، كما أنّها قد تصلح كعقوبة ملازمة للالتزامات أخرى مثل تعويض المجني عليه أو الخضوع للمراقبة والتكوين⁵⁹.

ناهيك على أنّ فكرة التمييز بين الجرائم الخطيرة وغير الخطيرة بدأت تتلاشى إذا ما تم النظر إليها عند التفرقة بين الجرائم العمدية وغير العمدية ومدى تأثيرها على

المجتمع، فالجرائم غير العمدية ليست أقل شأنًا من الجرائم العمدية⁶⁰ بدليل أنّ الأولى بدأت تنتشر بشكل كبير في المجتمع وبدأت تُشكّل عائقًا كبيرًا للتنمية وتستنزف قدرات مالية هائلة للدولة خاصة في مجال حوادث المرور.

الفرع الثاني/ عدم كفاءة العمل للنفع العام في التأهيل والإصلاح

انتقل التفكير العقابي الحديث أو ما يعرف بالاتجاه الفني الحديث إلى أنّ الدفاع الاجتماعي ضد المجرم . بوصفه مصدرًا محتملاً لإجرام مستقبلي . يجب أن ينصب في تجنب المجتمع تكرار هذا الأخير للجريمة⁶¹ ، ولا يمكن الوصول إلى ذلك إلا عن طريق استعمال أفضل الوسائل الممكنة في التهذيب والتعليم والتكوين، ولا يتم هذا الأمر إلا عبر التأهيل والإصلاح، وهو دور العقوبة بعد انقضائها⁶² ، إذا ما تم تنفيذها داخل المؤسسة العقابية، لأنّ التأهيل يكون وفق برنامج معين مسطر مسبقًا يخضع له المحكوم عليه بمجرد نزوله إلى السجن وفقًا لأطر علمية مدروسة تتلخص في العمل والتعليم والتهذيب⁶³ ، ويستفيد من نتائجه عند خروجه مواطنًا صالحًا ينتفع به المجتمع بعدما كان مصدر ضرر وإزعاج.

كما أنّ البرامج الإصلاحية تقوم على دراسة الجوانب المختلفة كشخصية المحكوم عليه وما فيها من أوجه انحراف أخلاقي أو نفسي والتي على أساسها يتم تحديد النموذج الأمثل للإصلاح والتأهيل⁶⁴ .

فالإشكال المطروح؛ كيف يتم تطبيق البرنامج الإصلاحي لعقوبة العمل للنفع العام خارج المؤسسة العقابية في حين أنّ المؤسسة هي الراعي الأكثر مواءمة لمسايرة وتبعية تنفيذ برنامج إصلاح المحكوم عليه، فالعاملين داخل المؤسسة لا يُباشرون أي عمل خارجها، والغايات من التأهيل إنّما حُددت في إطار التكوين والتهذيب داخل هذه السجون.

ثم كيف يتصور إصلاح وتهذيب من لا يشعر بأنّه فَقَدَ الأسرة والمجتمع الذي يعيش فيه، فهو لم يُغيّر الوسط الاجتماعي، فلا زال يعمل ويلتقي بالأصدقاء والأحبة ويدخل منزله يومياً ويمارس سلطته داخل الأسرة، وهو ما يجعل هذه العقوبة أقرب إلى الاستفادة من ظروف التخفيف من كونها عقوبة مستقلة بذاتها وترمي إلى الإصلاح والتأهيل.

الفرع الثالث / خلل في التوازن الاجتماعي

فكرة العقوبة لا تكتفي بإحداث التخويف الجماعي والفردى في إطار ما يعرف بالردع، ولا بتأهيل المحكوم عليه وإصلاحه ليعود إلى مجتمعه مواطنًا صالحًا في إطار ما يعرف بالإصلاح والتأهيل، بل تُساهم كذلك في إلتئام جرح العدالة والتعويض النفسي للمجنى عليه في إطار ما يُعرف كذلك بتحقيق التوازن الاجتماعي والعدالة⁶⁵.

فتحقيق العدالة يقتضي محاسبة الجاني عن سوء فعله⁶⁶ بتطبيق العقوبة المناسبة عليه التي تشتمل على القسر، لأنها تَسببت في إحداث خلل داخل المجتمع وإنّ عودة التوازن يَقتضي بعض القسوة حتى يشعر المجنى عليه بأنّ الدولة قد إقتصت له من الجاني عن طريق معاقبته بالحبس وجبر الضرر بالتعويض، فيطمئن المواطن إلى عدالة بلاده.

بمعنى آخر أنّ الجريمة كسلوك غير أخلاقي يُمثل الشر والأذى الذي يصيب المجتمع، والعقوبة القاسية تمثل رد فعل عن هذا الأذى، فيحدث نوع من المقاصة فتعود الأمور إلى نصابها وتستقيم معها العدالة⁶⁷.

فإذا ما قبلنا بفكرة العمل للنفع العام فإننا حتما سننتعارض مع غاية ذات أهمية كبيرة من غايات العقوبة وهو الشعور بالعدالة، فالمحكوم عليه سيُنفذ العقوبة خارج أسوار السجن مما يجعله معرض للقاء المجنى عليه في أي وقت، ومن ثمة يحدث الانزلاق؛ فقد ينتقم هذا الأخير لنفسه طالما يشعر بأنّ العدالة لم تتحقق عن طريق الدولة فيسعى لتحقيقها بنفسه، لأنّ الشعور بالظلم يعني حتما وجود خلل في العدالة القائمة.

المطلب الثاني / بيروقراطية تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام

التطبيق العملي لعقوبة العمل للنفع العام في التشريعات المقارنة أثبتت وجود عقبات كثيرة تحدّ من قيمتها الردعية أو الإصلاحية إن وجدت . كما أنّها نموذجاً بيروقراطياً بامتياز، سواء ما تعلق بصعوبة مُصاحبة هذه العقوبة من طرف قاضي تطبيق العقوبات أو من طرف المحكوم عليهم الذين يعترضون دائماً على طبيعة العمل المقدم إليهم، بالإضافة إلى عدم قدرة المؤسسات على إعانة الدولة في إعادة

تأهيل المحكوم عليهم، وهذا ما دعا بعض الفقه إلى وصف عقوبة العمل للنفع العام بالإجراء المضلل⁶⁸.

الفرع الأول / صعوبة التأطير والمواكبة

بعض التشريعات التي أخذت بعقوبة العمل للنفع العام حديثا مثل التجربة الجزائرية قد بيّنت أنّ هناك نقص أو انعدام . في بعض الأحيان . في تأطير ومُتابعة المحكوم عليه، لأنّ هذا الأخير وفقا لمُناصري هذه العقوبة يخضع بدوره إلى برنامج إصلاح وتأهيل حتى خارج السجون، لكن لا يوجد مُؤطرين بالكفاءة التي تجعلهم يُسايرون تطور مفهوم العقوبة ودورها الحديث، خاصة وأنّ هذه العقوبة تتطلّب التقيّد بتوقيت محدد للعمل مع مراعاة العمل الأصلي للمحكوم عليه بحيث لا يُؤثر عليه، كما يقع عليه واجب الامتثال بشكل دوري أمام المؤسسة العقابية وفقا لبرنامج ورزنامة محددة.

ناهيك على أنّ الإصلاح والتأهيل وفقا لنظام العمل للنفع العام يجب ألا يتم وفقا لمعاملة آلية، بل يجب أن يتم تفهم جزئيات كل محكوم عليه باعتباره فردا يتميز حتما عن الآخرين بذاتيته وانفعالاته، مما يستوجب تفريد التطبيق القضائي للحكم القضائي، وهذا ما يؤكّد صعوبة تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.

كما أنّ قاضي تنفيذ العقوبات يجد صعوبة كبيرة في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، إما بسبب عدم إيجاد الأماكن التي يتم فيها العمل لأنّ المشرع عادة يشترط أن تكون مؤسسة عامة أو تعمل للصالح العام، وإما عدم تقبل المحكوم عليهم للأماكن التي يعملون فيها، كما توجد صعوبة التوفيق في بعض الأحيان بين ساعات العمل الرسمية للمحكوم عليه وساعات تنفيذ العقوبة⁶⁹.

الفرع الثاني / عدم قدرة المؤسسات المستقبلية على المساهمة في التأهيل

تعمل التشريعات العقابية على اشتراك المؤسسات المستقبلية في تأهيل وإصلاح المحكوم عليه، وذلك وفقا لبرنامج تُحدده على الأرجح وزارة العدل عن طريق قاضي تنفيذ العقوبات، والمؤسسات المستقبلية تكون عادة شخص معنوي من القانون العام.

وتكمن الصعوبة مع المؤسسات المستقبلية في إيجاد شراكة جديّة وفاعلة لتنفيذ العقوبة إما لضعف الهياكل الاستقبالية وعدم قدرتها على استيعاب عمال أو موظفين

جدد، وما قد ينجر عن ذلك من بطالة مقنّعة والاتكال في العمل، كما قد يرفض المحكوم عليه العمل المقترح عليه بحجة عدم تناسبه مع مستواهم العلمي، كما قد تنظر هذه المؤسسة إلى المحكوم عليه بنظرة دُونية فيها احتقار، ناهيك على عدم التزام هذه المؤسسات بالسريّة مما يجعل باقي العمال يعلمون سبب تواجد هذا الشخص بالمؤسسة. دون أن تُهمل صعوبة إيجاد عمل يناسب المرأة المحكوم عليها بالنظر إلى طبيعة العمل البدنية والاجتماعية وغير ذلك من العراقيل⁷⁰.

كما تثير عقوبة العمل للنفع العام إشكالية أخرى تتلخص في كونها تُنافس العمل الحر مع حدوث صراع مع نقابات العمال⁷¹، كما أنّها تتعارض مع سياسة الدولة في القضاء على البطالة.

ثم ما وضعية المحكوم عليهم إزاء هيئات الضمان الاجتماعي أو المحاكم؛ هل هم عمال أو موظفين أم مجرد محكوم عليهم محسوبين على قطاع العدالة؟ وهل نزاعاتهم مع رب العمل تُعرض على مفتشية العمل أم أمام قاضي تنفيذ العقوبات؟ فكثيرة هي العراقيل والمشاكل التي يُثيرها تطبيق هذه العقوبة مما يجعل التعامل بها صعب تحقيقه في أرض الواقع.

رأينا في الموضوع

ثار جدل جدي حول ضرورة إقرار عقوبة العمل للنفع العام سواء كعقوبة أصلية أو بديلة لعقوبة الحبس أو عدم جدواها بالنظر إلى آثارها السلبية خاصة مسألة تعارضها مع الأغراض الأساسية للعقوبة والمتمثلة في الردع والتأهيل وتحقيق العدالة. ورغم أهمية هذه الانتقادات التي يجب أن يُؤخذ بعضها بعين الاعتبار إلا أنّ البعض منها يظهر عليه بعض المغالاة والتعصب خاصة ما تعلق بنفي مقاصد العقوبة عنه.

أما عن الردع بشقيه العام والخاص فإنّنا نجد عقوبة العمل للنفع العام تتحقق فيها هذه الغاية؛ فالمحكوم عليه سيخضع للعمل لمدة طويلة دون الحصول على مقابل وفي أوقات ليست بالضرورة ملائمة لما قد يرغب فيه، مما تجعله يسعى إلى تعويض المجتمع مقابل الضرر الذي تسبّب فيه، ثم إنّ عقوبة العمل للنفع العام فيها تقييد للحرية طالما فيها إلزام بتأدية عمل معين، وهذا العمل يخضع لتدابير الرقابة والإشراف.

وليس صحيحاً أن يشعر المواطن بضعف النظام العقابي، بل على العكس فهذه العقوبة إنّما تستهدف فئة غير خطيرة على المجتمع بالنظر إلى طبيعة الجريمة وبالنظر كذلك إلى المحكوم عليه الذي عادة يكون من طبقة على قدر من الوعي، ثم إنّ البعض يقول أنّ هناك فئات من المجرمين يكفهم التخويف والتهديد ولا حاجة لضرورة توقيع عقوبة الحبس⁷².

أما عن الإصلاح والتأهيل فيُعدّ العمل للنفع العام من أحسن أنظمة التأهيل على أساس أنّ المحكوم عليه لن يدخل السجن، وبالتالي لن يختلط بالسجناء متعودي الإجرام، وهكذا تحققت أحد أهم مزايا الإصلاح والتأهيل وهو محاربة ظاهرة العود، ثم إنّ برنامج الإصلاح كما يرى البعض يبدأ بمجرد صدور الحكم بعقوبة العمل⁷³ أين يبقى المحكوم عليه بين أسرته وأصدقائه وفي جو العمل المعتاد.

وعن الشعور بالظلم لدى المجني عليه، فيجب أن تلعب الدولة دوراً حاسماً في إزالته مع تعزيز ثقة المواطن في عدالة بلده، وأنّ إرضاء المجني عليه يجب أن يكون أولوية قبل تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، لأنّ حق الفرد في التعويض مادياً ومعنوياً يسبق حق المجتمع في التعويض بالعمل المجاني.

أما تلك العراقيل البيروقراطية التي تُعيق تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام تبقى نسبية وتختلف من بيئة إلى أخرى، وككل سياسة عقابية جديدة تحتاج إلى فترة معينة لتقييمها والرفع من إيجابياتها وتجنب مساوئها.

خاتمة

تناول هذا الموضوع عقوبة العمل للنفع العام كأحد أهم بدائل عقوبة الحبس قصير المدة، ودارت محاوره حول الفلسفة العقابية المعتمدة من طرف الفقه المقارن حول فكرة العمل للنفع العام، كما تم التعرّيج على الخلاف الفقهي حول إقرار هذه العقوبة من عدمه، ودورها في التقليل من معدل الجريمة، وقد توصلنا من خلال ذلك إلى النتائج التالية؛

أولاً / تم اعتماد عقوبة العمل للنفع العام في بداية الأمر كفكرة مناهضة للمغالاة المعتمدة في تعزيز عقوبة الحبس قصير المدة، ثم تحوّلت إلى عقوبة أصلية في الكثير من التشريعات المقارنة التي بدأت تجربتها تنضج في ذلك.

ثانيا / يكاد يجتمع الفقه في أنّ العمل للنفع العام ما هو إلا عقوبة تهدف إلى تحقيق كل أغراضها من الردع والإصلاح والعدالة الجنائية ويمكن إقرارها كباقي العقوبات، فأما عن الردع فيتحقق عند إلزام المحكوم عليه بأداء عمل مجاني يبذل فيه جهد كبير وفي أوقات معينة مما يُشكّل تقييد لحريته، في حين أنّ الإصلاح والتأهيل يتحقق بمجرد صدور الحكم طالما أنّ العقوبة تهدف إلى تجنب المحكوم عليه الاختلاط بالمساجين وبالتبعية العودة إلى الإجرام، في حين أنّ العدالة الجنائية تتحقق طالما أنّ هذه العقوبة تصالحية تشاركية تجمع كل الأطراف؛ المحكوم عليه ورغبته في عدم دخول الحبس والدولة واقتصادها في النفقات على السجون والمساجين، والمجتمع واستفادته من العمل المجاني مع تجنب العود إلى الجريمة.

ثالثا / على الرغم من إيجابيات عقوبة العمل للنفع العام من كونه وسيلة لإصلاح خلل الجريمة بتعويض المجتمع، وكواجهة لمساوئ عقوبة الحبس قصير المدة أهمها العود إلى الجريمة، وكأحد أهم الخيارات المتاحة للمحكمة من أجل التفريد العقابي سواء عند النطق بالحكم أمام القاضي الجزائي أو خلال التنفيذ العقابي أمام قاضي تنفيذ العقوبات، إلا أنّ سلبياته ظاهرة من كونه عقوبة تؤدي إلى إضعاف القيمة الردعية للعقوبة والشعور بضعف النظام العقابي، مع تضخم وتعقيد إجراءاته حتى تجعل الإدارة العقابية غارقة في الإجراءات بدلا من الاهتمام بغاية السياسة العقابية الحديثة وهي الإصلاح والتأهيل.

ومن خلال هذه النتائج توصلنا إلى التوصيات التالية؛

أولا / ضرورة التوسع في إقرار وتطبيق عقوبة العمل للنفع العام وتوزيع أدوارها على أن تكون عقوبة بديلة وعقوبة أصلية وحتى كتدبير احترازي، وهذا هو الأصل فيما لتطبق على مجال كبير من الجرائم التي عقوبتها المقررة في القانون تساوي أو تقل عن 03 سنوات حبس، مع فتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي كي تطبق حتى على المحكوم عليهم الذين سبق ارتكابهم للجريمة طالما لم تثبت خطورتهم الإجرامية وأمكن تأهيلهم من جديد.

ثانيا / يعدّ العمل للنفع العام بالفعل عقوبة رضائية وتشاركية؛ بحيث يساهم فيها كل من المجتمع بقبوله للتعويض عن الضرر الذي أصابه عن طريق العمل المجاني، وكذلك

المحكوم عليه بعدم توريثه في الدخول إلى المؤسسة العقابية واستفادته من حريته في وسطه الاجتماعي، ولكنها تبقى عقوبة على شكلها التقليدي قاصرة لأنها لم تستكمل بعد سمات العقوبة التصالحية؛ لأننا لم نجد فيها دور للمجني عليه ضمن هذه المعادلة، والمعادلة تقتضى بالتبعية ضرورة إرضاء المتضرر من الجريمة ومنحه التعويض اللازم لجبر الضرر اللاحق به كشرط أساسي لإقرار العمل للنفع العام في الجرائم التي يكون فيها المجني عليه أحد أطراف الخصومة.

ثالثاً / يجب تبسيط إجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام والتنسيق بين الأطراف الفاعلين في تنفيذها، ونقصد بذلك القاضي الجزائي الذي ينطق بالعقوبة والإدارة العقابية التي تسعى إلى تنفيذها والمؤسسات المستقبلية باعتبارها شريك في الإصلاح والتأهيل؛

وتبعاً لذلك يمكن للقاضي أن يُحدّد مكان العمل وعدد الساعات في اليوم والتوقيت بالضبط في منطوق الحكم، لأنّه الأدرى بظروف وملابسات القضية والأقدر على تقييم سلوك المحكوم عليه.

مع منح السلطة للإدارة العقابية في إمكانية تعديل التوقيت أو المكان بالنظر إلى الحالة الصحية والذهنية للمحكوم عليه وفقاً لمبدأ التفريد العقابي، وأن يُختار له المؤسسة المستقبلية التي يتم فيها إفراغ العقوبة، على أن تتهيكل الإدارة بموظّرين بتكوين متخصص في مجال تطبيق عقوبة العمل للنفع العام يعملون وفقاً لبرنامج تأهيلي حديث يتماشى ومتطلبات العصر.

دون تجاهل دور المؤسسة المستقبلية؛ فهي الوعاء الذي سيحتضن المحكوم عليه، فيجب أن يخضع مسؤوليها لتكوين في مجال كيفية التعامل مع هؤلاء في إطار النظرة الإنسانية التي تليق بهم، وتحديد مكان العمل الذي لا ينتقص من قدراتهم والتقليل من شأنهم، ويجب الاستفادة من خدماتهم وفقاً لمؤهلاتهم حتى يشعروا بالفائدة من تواجدهم في المؤسسة، مع إعطائهم أجراً بسيطاً في حدود منحة شهرية لا تقل عن ربع الأجر المقرر لذلك المنصب.

كل هذا في إطار عدم تجاهل القيمة الردعية لعقوبة العمل للنفع العام، فيكون تنفيذها صارماً مع احترام أوقات العمل بدقة، والرجوع إلى المؤسسة العقابية لحضور

المحكوم عليه مع نُظرائه محاضرات تَحْرص على تَوْعيتهم بدروس في المُواطنة والتَّحضر وحاجة المجتمع إليهم وإلى دورهم الإيجابي في الحفاظ على مكاسبه.

الهوامش

1. Catherine KERGONOU, Vincent DELBOS, Travail d'intérêt général, Recueil V° Peines, Rep. Pèn. DALLOZ. Fèv 2003 p 2.
2. تنوّعت تسميات نظام العمل للنفع العام باختلاف التشريعات المقارنة والتوجهات الفقهية؛ فالبعض يعطيها تسمية العمل للنفع العام أو الصالح العام أو للمصلحة العامة، والبعض الآخر العمل لخدمة المجتمع أو التشغيل الاجتماعي وغيرها، وهي تسميات تختلف في المبنى وتتفق في المعنى، وهو القيام بعمل غير مأجور لصالح مؤسسات عمومية في إطار تنفيذ العقوبة المحكوم بها، رامي متولي القاضي، عقوبة العمل للمنفعة العامة في التشريع الجنائي المقارن، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 17.
3. توجد تعاريف لتشريعات عربية للعمل للنفع العام مثل قانون العقوبات القطري الصادر بالقانون رقم 1971/14 بالمادة 63 مكرر تحت تسمية التشغيل الاجتماعي، وتعرفها بأنها "إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي لمدة محددة عملاً من الأعمال المبينة في جدول الأعمال الاجتماعية..." على الموقع <http://www.almeezan.qa> تمت زيارته بتاريخ 2015/9/8 على الساعة 11:25، وكذلك قانون العقوبات الفلسطيني تحت رقم (7) لسنة 2011، بالمادة 55 منه والتي تعرّفها بأنها "إلزام المحكوم عليه بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع بدون مقابل خلال المدة التي تقررها المحكمة في الحدود المنصوص عليها قانوناً" على الموقع <http://muqtafi.birzeit.edu> تمت زيارته بتاريخ 2015/9/8، الساعة 11:30.
4. خالد سعود بشير الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني (دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي) طبعة أولى، دار وائل للنشر، عمان، 2009، ص 13.
5. عبد الرحمان بن محمد الطّرمان، التعزيز بالعمل للنفع العام (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية) أطروحة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2013، ص 119.
6. تعدّ المدرسة التقليدية في ثوبها الأصلي أو الجديد هي السبب في إبراز مبدأ تفريد العقوبة، بحيث نادت بوضع العقوبة بين حدين؛ حد أدنى وحد أقصى طالما اختلفت الظروف والميول والعوامل الوراثية بين شخص وآخر، وهو ما دفع إلى نشأة نظام ظروف التخفيف وظروف التشديد. يراجع في ذلك عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، طبعة ثانية، دار الهدى للطباعة للنشر، عين مليلة، 2012، ص 21.
7. خالد سعود بشير الجبور، المرجع السابق، ص 13.
8. المرجع والصفحة نفسها.
9. ويقول في ذلك أحمد فتحي بهنسي "لو انعدت الكلمة على عقوبات محددة على الجرائم جميعاً لصارت مقدرة بالحدود، وفي هذا حرج شديد، ولكن حكمة الشارع اقتضت أن يترك الأمر لكل حالة على حده، فما يناسب هذا من العقاب لا يناسب الآخر" مشار إليه عند إبراهيم رمضان عطايا، فردية العقوبة وأثرها في الفقه الإسلامي، طبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 12، 13.
10. قرار المحكمة العليا الدستورية المصرية، قضية رقم 24 سنة 18، جلسة 1997/7/5، مشار إليه عند رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 60.
11. خالد سعود بشير الجبور، المرجع السابق، ص 14.

12. المرجع نفسه، ص 112.
13. مختار فليون، العوائق الميدانية والإدارية في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، أشغال الندوة العلمية حول بدائل العقوبات السالبة للحرية، وزارة العدل بالجزائر بالتعاون مع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، إقامة القضاة، 10. 12/12/2012.
14. المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21 أفريل 2009 المتضمن كيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.
15. عبد الرحمان بن محمد الطرّيمان، المرجع السابق، ص 119. 120.
16. رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 73.
17. المنشور الوزاري المتضمن كيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، مرجع سابق.
18. فايزة ميموني، العمل للنفع العام عقوبة بديلة للحبس في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد السادس، 2011، ص 227.
19. باسم شهاب، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، العدد 26، أكتوبر 2013، ص 121.
20. أحمد عبد العزيز الألفي، العود إلى الجريمة والاعتیاد على الإجرام (دراسة مقارنة) دون طبعة، المطبعة العالمية القاهرة، 1965، ص 53.
21. من الصعب إيجاد تعريف موحد للعود، لأنّه يختلف معناه بحسب القائمين على التنفيذ العقابي وعلماء الإجرام، فرجال التنفيذ العقابي يرون في العائد السجين الذي سبق إيداعه في السجن من قبل بسبب ارتكابه جريمة والحكم عليه بعقوبة، وهو مفهوم يتميز عن تعريف علماء الإجرام الوارد في المتن.
22. معلومات تم الحصول عليها عند صفاء أوتاني، العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 2/2009، ص 441.
23. سعداوي محمد صغير، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية المعاصرة، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 81.
24. عبد الرحمان بن محمد الطرّيمان، المرجع السابق، ص 122.
25. رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 77.
26. صفاء أوتاني، المرجع السابق، ص 444.
27. شريف سيد كامل، الحبس قصير المدة في التشريع الجنائي الحديث، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 1.
28. طباش عزالدين، عقوبة العمل للنفع العام (بين فكرة الردع والإصلاح) مداخلة مطبوعة ضمن سلسلة مداخلات لمجموعة مؤلفين تحت عنوان "العقوبات البديلة" طبعة أولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2015، ص 158.
29. في سنة 2000 سجلت إنجلترا أكثر من 65 ألف محبوس، واليابان أكثر 59 ألف محبوس، وفي الولايات المتحدة الأمريكية مليون سجين، معلومات مستقاة عند رحاب شادية، مدى نجاعة العقوبة السالبة للحرية في مكافحة الجريمة، أشغال الملتقى الوطني حول "بدائل العقوبة في التشريع الجزائري و المقارن" المنعقد يومي 16 و 17 نوفمبر 2011 والمنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
30. رمزي رياض عوض، مدنية العقوبة (جدل حول التدخل الحكومي لمنع الجريمة) دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 101.

31. اختلفت معايير تحديد الحبس قصير المدة عند الفقه؛ فهناك من أخذ بمعيار الجريمة؛ فيتم النظر إلى التقسيم التشريعي للجرائم (جناية، جنحة، مخالفة) فالعقوبات قصيرة المدة هي عقوبات المخالفات. وهناك من أخذ بمعيار المؤسسة العقابية التي يتم تنفيذ العقوبة فيها؛ فإذا كانت المؤسسة مخصصة لتنفيذ العقوبات قصيرة المدة فتكون العقوبة كذلك. ومن الفقه من أخذ بمعيار مدة العقوبة كأساس لتحديد عقوبة الحبس قصير المدة. وهو الرأي الأصوب برأينا. أيمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها (دراسة مقارنة) طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 25. 26.
32. شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 6.
33. محمود نجيب حسني، علم العقاب، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 531.
34. شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 7.
35. شينون خالد، العمل للنفع العام كعقوبة بديلة عن العقوبة السالبة للحرية، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2010، ص 31.
36. رغم الآثار السلبية العديدة لعقوبة الحبس قصير المدة إلا أنّ الكثير من الدول لازالت تأخذ بها، وترى أنّه من الاستحالة بما كان إلغاءها لأنّها لها مزايا واضحة خاصة بالنسبة للأشخاص الذين يرتكبون جرائم نتيجة الخطأ مثل القتل والجروح الخطأ وكذلك بالنسبة للمجرمين بالصدفة الذين يرتكبون جرائمهم نتيجة اللامبالاة؛ فمثل هؤلاء تتحقق فيهم مقتضيات العدالة واعتبارات الردع العام بمجرد توقيع عقوبة سالبة للحرية. شريف سيد كامل المرجع السابق، ص 10.
37. أيمن رمضان الزيني، المرجع السابق، ص 51.
38. المرجع نفسه، ص 56.
39. شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 9.
40. أيمن رمضان الزيني، المرجع السابق، ص 99.
41. محمد السباعي، خصخصة السجون، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 148.
42. عطا مهنا، مشكلة ازدحام السجون (دراسة مقارنة) المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، المجلد 46، العدد الثالث، نوفمبر 2003، ص 49.
43. محمد السباعي، المرجع السابق، ص 149.
44. ولقد حددت بعض التشريعات المساحات المخصصة للسجناء؛ فمثلا التشريع الألماني وضع حد أدنى للمساحة التي تخص المسجون من فراغ الغرفة وهو 16 م² متر مربع على الأقل إذا كانت الغرفة مشتركة، أما التشريع البولندي فقد حددها بـ 3 م². عطا مهنا، المرجع السابق، ص 49. 50.
45. هناك أسباب أخرى مثل الحبس المؤقت الذي تصدره جهات التحقيق، وعدم إنشاء سجون جديدة، فأغلبها يزيد عمرها عن 50 سنة وكذا كثرة الجرائم التي عقوبتها عن سنة فأقل. محمد السباعي، المرجع السابق، ص 170، 178.
46. مدحت سيف النصر عبد المنعم، بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 32.
47. عطا مهنا، المرجع السابق، ص 74.
48. محمد السباعي، المرجع السابق، ص 83.

49. المرجع نفسه، ص 188.
50. عطا مهنا، المرجع السابق، ص 74.
51. ورد هذه التوصية عند رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 70.
52. محمد سيف النصر عبد المنعم، المرجع السابق، ص 401.
53. طباش عز الدين، المرجع السابق، ص 167.
54. أيمن رمضان الزيني، المرجع السابق، ص 175.
55. رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 79.
56. طباش عز الدين، المرجع السابق، ص 167 . 168.
57. يشترط قانون العقوبات الجزائري في المادة 5 مكرر 1 منه لتطبيق عقوبة العمل للنفع العام عدم وجود سابقة قضائية، على عكس الكثير من التشريعات السابقة إلى تطبيق هذه العقوبة مثل التشريع الانجليزي والفرنسي اللذان لا تُشكل السابقة القضائية عندهما عائقا للاستفادة من العمل للنفع العام.
58. أيمن رمضان الزيني، المرجع السابق، ص 178.
59. رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 82.
60. رمسيس بهنام، علم الوقاية والتقويم (الأسلوب الأمثل لمكافحة الإجرام) دون طبعة، دار منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص 53.
61. المرجع نفسه، ص 108.
62. عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 2006 . 2007، ص 6.
63. محمود كبيش، مبادئ علم العقاب، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 335.
64. أيمن رمضان الزيني، المرجع السابق، ص 214 . 215.
65. عمر سالم، المرجع السابق، ص 6.
66. رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 79.
67. أيمن رمضان الزيني، المرجع السابق، ص 174.
68. رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 81 نقلا عن:
Philippe MARY, Travail d'intérêt général Et médiation pénale (socialisation du pénal ou pénalisation du social) Bruylant, Bruxelles, 1997, In
69. مختار فليون، المرجع السابق، ص 8.
70. المرجع نفسه، ص 10.
71. محمد سيف النصر عبد المنعم، المرجع السابق، ص 389.
72. رامي متولي القاضي، المرجع السابق، ص 80.
73. طباش عز الدين، المرجع السابق، ص 169.

دور مجلس المنافسة في مراقبة التجميعات الاقتصادية *

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

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

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على دور مجلس المنافسة في مراقبة التجميعات الاقتصادية في ظل اعتماد المشرع الجزائري على قواعد النظام الليبرالي واقتدائه بالنموذج الفرنسي وضرورة حرص الدولة على البعد الايديولوجي في مختلف القواعد. اعترف لمجلس المنافسة بسلطات واسعة تمكنه من اداء مهام مراقبة التجميعات الاقتصادية، خاصة سلطة اتخاذ القرار والمجسدة سيما في الترخيص بالتجميع و فرض العقوبات، إلا انه الزم على مراعاة بعض المعطيات الموضوعية والشكلية والتي من خلالها يضمن القانون حماية المصلحة الوطنية والدور الايديولوجي للدولة.

الكلمات الدالة

منافسة، مجلس المنافسة، تجميعات اقتصادية، مراقبة، سلطة السوق تدخل الدولة، المصلحة الاقتصادية، المصلحة الاجتماعية.

The duty of the Competition Council in overseeing the economic assemblies

Abstract

The aims of This study is to explain the role of the Competition Council in overseeing the economic assemblies in the rules which adopted by the Algerian legislature and French libration model , and the need for the State's keenness on the ideological dimension of the various rules.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/10/25 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2015/11/08 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

its admitted to the Competition Council and the wide powers enable it to perform monitoring economic assemblies tasks, private decision-making, embodied particularly in the license assembly and power to impose sanctions, but he committed to take into account some of the substantive and formal data through which the law guarantees the protection of the national interest and the role of the ideological state.

Key words

Competition, the Competition Council, economic assemblies, control, power market, state intervention, economic interest, social interest.

Le rôle du conseil de la concurrence dans la contrôle des Concentrations économique

Résumé

Cette étude vise à mettre la lumière sur le rôle du conseil de la concurrence dans le contrôle des concentrations économiques, au moment où le législateur algérien a adopté des règles libérales et a suivi le modèle français, en tenant compte le volet idéologique dans diverses règles.

Le conseil de la concurrence s'est vu reconnaître de larges pouvoirs pour lui permettre d'effectuer son contrôle sur les concentrations économiques, en particulier le pouvoir décisionnel, concrétisé par l'autorisation des concentrations et le pouvoir d'infliger des sanctions. Cependant, il est déterminé à prendre en considération certaines données matérielles et formelles, par lesquelles la loi garantit la protection de l'intérêt national et le rôle idéologique de l'État.

Mots clés

Concurrence, le Conseil de la concurrence, concentrations économiques, le contrôle, l'autorité de marché, intervention de l'État, l'intérêt économique, l'intérêt social.

مقدمة

تحتل قواعد مراقبة التجميعات الاقتصادية مكانة هامة في مختلف قوانين المنافسة، إذ لا يميزها فقط الجانب الكمي مقارنة بباقي المواضيع بل أيضا حدثتها ومحل التعديل.

اعتمد قانون المنافسة الجزائري¹ كباقي التشريعات، في تحديد التجميعات الاقتصادية محل المراقبة على نوعان من الشروط: تتضمن المادتين 15 و 16 الشكل المتطلب في التجميع والذي يمكن أن يتحقق إما عن طريق، اندماج مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل، التحكم في المراقبة، أو إنشاء مؤسسة مستقلة، ومن شأن هذا التجميع وفق نص المادة 17، المساس بالمنافسة على أساس اعتماد المشرع في المادة 18 على معيار كمي يرتكز على حصة المؤسسة في السوق وذلك إذ كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40 %² من المبيعات والمشتريات وهو ما ينص عليه مثلا القانون

المغربي³، على خلاف القانون الفرنسي الذي يعتمد على حجم رقم الاعمال⁴، ويقرر القانون التونسي منذ تعديل جويليه سنة 2005 توافر احد المعيارين⁵.

إلا انه، يتطلب البحث في موضوع مراقبة التجميعات الاقتصادية توضيح أولا الهدف من هذا الاجراء بالنظر الى مبدأ حرية المنافسة:

1- حماية المنافسة: قد يؤدي التجميع إلى احتكار السوق أو القضاء على مؤسسات أخرى، وينتج عن ذلك انعدام المنافسة. لذا تعد المراقبة اجراء احتياطي يهدف إلى تفادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب فيما بعد تجاوز أثارها، وعلى أساس ذلك لا تكفي قواعد السوق الحر لضمان وجود منافسة نزيهة، بل يفرض الوضع تدخل الدولة بقواعد وهيئات تعمل على تهذيب المنافسة.

2- توجيه المنافسة نحو سياسة اقتصادية واجتماعية معينة: تضمن الدولة من خلال مراقبة التجميعات الاقتصادية إمكانية تجسيد سياستها من خلال التجميع المقترح، إذ قد يؤدي التنظيم والدور الجديد للمؤسسات بتنفيذ سياسة معينة من خلال المشروع، وعلى أساس ذلك يعد مراقبة التجميعات فرصة أمام الدولة للتدخل بطريقة عقلانية في المجال الاقتصادي.

لا تهدف إجراءات المراقبة الى منع عمليات التجميع بل تنظيمها في إطار حماية المنافسة و ضمان ايدولوجية الدولة في المجال الاقتصادي. ويتضمن نص المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ضبط السوق لهدف زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين. وتبدو الاهداف ضرورية في إطار التجربة الجزائرية والتي تتميز بحدائثة سوق المنافسة و إشكالية استمرارية الدور الاجتماعي للدولة.

تعتمد القوانين المقارنة ذات الاقتصاد البيروالي على الاعتراف لجهاز السوق بدور مراقبة التجميعات الاقتصادية مع الحرص على تحقيقه الاهداف الاجراء وعدم تأثير السلطة التنفيذية في اتخاذ القرارات. لذا يتمحور الموضوع في البحث عن تجسيد المشرع الجزائري ذلك في دور مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة⁶ من خلال تقييم مشروع التجميع الاقتصادي (أولا) وسلطة اتخاذ القرارات (ثانيا).

أولا / سلطة مجلس المنافسة في تقييم مشروع التجميع الاقتصادي

تتضمن عملية تقييم مشروع التجميع مجموعة من الإجراءات من خلالها يبرز دور مجلس المنافسة، إلا أنه لا يكفي الاعتراف له بهذا الدور من دون ارفاقه بمجموعة من السلطات من شأنها أن تحقق فاعلية الرقابة، لا سيما ازاء امكانية تدخل السلطة التنفيذية لاتخاذ قرارات تؤثر على عمليات تنفيذ التقييم، كالوضع في القانون المغربي إذ يكاد ينعدم دور مجلس المنافسة في ظل طابعه الاستشاري و احتكار الوزير الأول لأهم الإجراءات وقرارات المراقبة⁷.

على الرغم من تكريس الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة عدة صلاحيات للمجلس في ممارسة مهام التقييم والمتمثلة في اختصاصه بتلقي طلبات الترخيص(1) وعدم تحديد كفاءات ممارسة دوره(2)، تبين النصوص القانونية الحرص على الدور الايديولوجي للدولة في مجال المنافسة وذلك من خلال حدود ممارسة سلطة السوق لدورها(3).

1- اختصاص مجلس المنافسة بتلقي طلبات الترخيص بالتجميع

تنص المادة 17 من الأمر رقم 03-03 على أنه: "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه اصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في اجل ثلاثة(3) أشهر". ويمكن تقديم ملاحظتين:

أ- تلقي المجلس طلبات الترخيص بالتجميع

والتي ترفع من المؤسسات المعنية بالتجميع، وذلك وفق الشروط و الكفاءات المحددة في النص التنظيمي⁸ والمقرر في المادة 22، وهذا على خلاف بعض التشريعات التي تمنح هذا الدور للسلطة التنفيذية، وفي ذلك ينص مثلا القانون المغربي⁹ في المادتين 10 و 12 على عرض الوزير الأول على مجلس المنافسة كل مشروع تجميع يتلقاه من المؤسسات.

ب- اعتماد نظام الاخطار الاجباري قبل التجميع

تبين المادة 17 تكريس المشرع نظام الاخطار الاجباري قبل اتمام التجميع، إذ يعرض على المجلس كل مشروع تجميع تتوافر فيه احكام المادتين 15 و 18، وكل تجميع خارج ترخيص مجلس المنافسة يعتبر غير مشروع، وهو ما تعتمد عليه العديد من القوانين كالقانون المغربي¹⁰. ويعتبر أكثر النظم فعالية إذ من الصعب ازالة الآثار السلبية على

المنافسة في حالة دخول التجميع حيز التنفيذ كالوضع في القانون المصري¹¹ الذي يعتمد على نظام الاخطار اللاحق.

2-صلاحيات مجلس المنافسة في كفاءات تقييم مشروع التجميع

تنص المادة 19 من الأمر رقم 03-03 على انه:"يمكن مجلس المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يرفضه بمقرر معلل بعد اخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع.

ويمكن أن يقبل مجلس المنافسة التجميع وفق شروط من شأنها تخفيف اثار التجميع على المنافسة.

كما يمكن المؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شأنها تخفيف اثار التجميع على المنافسة".

يبين النص بأنه لم يحدد المشرع كفاءات تقييم مجلس المنافسة لمشروع التجميع وعلى أساس ذلك ترك له السلطة التقديرية في تقرير مدى ملائمة مشروع التجميع المقترح، ويمكن الاستناد إلى النص التنظيمي المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع¹² الذي يتضمن استمارة معلومات تتعلق بالمشروع والتي ترفق بطلب الترخيص من طرف المؤسسات المعنية، إذ من خلالها يراعي المجلس تقييم تأثير مشروع التجميع على المنافسة(أ) والتقييم الاقتصادي(ب) مع العلم بأنه من الصعب وضع حدود فاصلة بين المفهومين¹³.

أ- تقييم تأثير مشروع التجميع على المنافسة

تهتم أولاً سلطة السوق بدراسة مدى تأثير المشروع المقترح على المنافسة في السوق المعنية¹⁴، وذلك على أساس اعمال النسبة المحددة في المادة 18 والمتمثلة في السيطرة على السوق في اكثر من 40 % من المبيعات والمشتريات، ووفق الدراسة يمكن تقرير مدى هيمنة المشروع على السوق وإمكانية مساس التجميع بالمنافسة حسب المادة 17 من قانون المنافسة من خلال الاثار السلبية للمشروع، إذ يمكن التوصل إلى نتيجة تتمثل، اما عدم التأثير على المنافسة و اما إمكانية ازاحة المتنافسين والقضاء على المنافسة في السوق.

يتضح من خلال المادة 19 منح المشرع لمجلس المنافسة إمكانية التفاوض مع المؤسسات المعنية في حالة ما اذا رأى انه من شان التجميع أن ينتج اثار سلبية على المنافسة، ولغرض التخفيف منها، يمكن أن يقترح على المؤسسات المعنية شروط أو يقبل التجميع بناء على التزامها بتعهدات، و يلاحظ عدم تحديد المشرع للشروط التي يمكن أن يقترحها على المؤسسات المعنية وهو ما يؤكد تمتعه بالسلطة التقديرية في تقريرها كان يفرض قيود على عملية التسويق، كما يمكن أن تحدد بالتفاوض مع المؤسسات المعنية مع مراعاة مصالحها¹⁵.

ب-التقييم الاقتصادي لمشروع التجميع

يدرس المجلس الاهمية الاقتصادية لمشروع للتجميع، ويمكن قراءة الدور الاقتصادي من زاوية مدى مساهمة المشروع في التطور الاقتصادي من خلال تشجيع وترقية المنافسة في السوق¹⁶.

يتطلب في عمل مجلس المنافسة ليس فقط الحرص على حماية المنافسة والعمل وفق متطلبات السوق الحر، بل أيضا مراعاة بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية وتجسيد سياسة الدولة في المجال الاقتصادي من خلال التجميعات الاقتصادية وينص مثلا القانون المغربي¹⁷ على انه:"ينظر مجلس المنافسة فيما إذا كان مشروع التركيز أو عملية التركيز يساهم في التقدم الاقتصادي مساهمة كافية لتعويض الأضرار اللاحقة بالمنافسة ويراعي المجلس القدرة التنافسية للمنشآت المعنية بالمقارنة مع المنافسة الدولية".

لقد حرص المشرع الجزائري في تعديل قانون المنافسة سنة 2008 على حماية الدور الايديولوجي للدولة في عمليات مراقبة التجميعات الاقتصادية بإضافة المادة 21 مكرر والتي تنص في فقرتها الثانية على انه : "...، لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة 18 اعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت اصحابها انها تؤدي لا سيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق".

وفق النص، لا يأخذ مجلس المنافسة بعين الاعتبار الحد المنصوص عليه في المادة 18 والمتمثل في النسبة التي تفوق 40 % من المبيعات والمشتريات في السوق المعنية وعلى

أساس النص، تخضع كل التجميعات الاقتصادية التي تتوافر فيها احكام المواد من 15 إلى 18 من الأمر رقم 03-03، إلا انه تختلف معاملة المؤسسات فيما يتعلق بالحد المطلوب حيث لا يأخذه المجلس بعين الاعتبار ودراسة مدى تأثيره على المنافسة في حالة ماذا قدمت المؤسسات المعنية الدلائل التي تبين تحقيق التطور الاقتصادي كالعامل على تدعيم دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة-محل اهتمام السلطات الجزائرية-أو تشجيع الاستثمار في بعض المناطق الجغرافية و القطاعات الحيوية، أو خلق مناصب الشغل، الحفاظ عليها أو تعزيزها.¹⁸

لغرض تدعيم مهام مجلس المنافسة وتحقيق البعد التكاملي في حماية و ترقية المنافسة، قرر المشرع مشاركة الهيئات التي لديها علاقة بالمنافسة، وقد تقرر ذلك بصفة فعالة في تعديل سنة 2008 حيث أضاف الوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع إذ قبل ذلك اقتصرت المادة 19 على اخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة.

3 – حدود الدور التقييمي لمجلس المنافسة:تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي

تبرز حدود دور مجلس المنافسة في تقييم مشروع التجميع، من خلال نص المادة 21 مكرر والتي اضيفت في سنة 2008، إذ يرخص التجميعات التي تستند إلى نص تشريعي أو تنظيمي إذ قد يتقرر قانونا الموافقة على شكل من أشكال التجميع في نشاطات معينة قد تراها الدولة ضرورية للتنمية والتطور الاقتصادي، وعلى أساس ذلك لا يمكن لمجلس المنافسة إلا أن يرخص ولا يتمتع وفق ذلك بالسلطة التقديرية في تقرير مدى ملائمة مشروع التجميع.

على أساس غياب المعطيات العملية، يمكن اخذ مثلا القطاع الفلاحي والذي يعد محور اهتمام السلطات العمومية اذ تطلب السماح في النصوص القانونية باللجوء إلى التجميعات لهدف تطوير القطاع وتفادي العجز والتبعية في المواد الغذائية.¹⁹

ثانيا/ سلطة مجلس المنافسة في اتخاذ القرارات فيما يخص مراقبة التجميعات الاقتصادية

تعتبر سلطة اتخاذ القرار اهم ما يكرس الطابع السلطوي لهيئة ما، و في مجال المنافسة تتجه العديد من القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي²⁰ إلى منح جهاز السوق سلطة اصدار القرارات فيما يتعلق بمراقبة التجميعات الاقتصادية، وهو ما يتضمنه

قانون المنافسة الجزائري، على غرار القانون الفرنسي²¹ على خلاف مثلا القانونين التونسي²² و المغربي²³ إذ تبين النصوص القانونية احتكار السلطة التنفيذية اتخاذ القرارات.

يظهر دور مجلس المنافس الجزائري في اتخاذ القرارات الخاصة بالتجميعات الاقتصادية من خلال الاعتراف له بسلطة الترخيص بالتجميع(1) وفي حالة التجميع في إطار المواد من 15 إلى 18 من الأمر رقم 03-03 يمكن للمجلس توقيع الغرامات المالية(2) وفي كل الأحوال اخضع للرقابة القضائية(3).

1- سلطة مجلس المنافسة في اتخاذ قرارات الترخيص بالتجميع

بعد استكمال مجلس المنافسة لإجراءات تقييم مشروع التجميع، خول له المشرع بموجب المادة 19 من الأمر رقم 03-03 إمكانية اتخاذ القرار فيما يتعلق بمشروع التجميع، على خلاف مثلا القانون المغربي حيث منح الاختصاص في المادة 43 للسلطة التنفيذية إذ تنص على انه: "يجوز للوزير الأول أن يتخذ على إثر الرأي الصادر عن مجلس المنافسة قرارا معللا يأمر فيه المنشآت داخل أجل معين : إما بعدم إنجاز مشروع التركيز أو بإعادة إقرار الوضعية القانونية السابقة. - وإما بتغيير أو تميم العملية أو باتخاذ كل تدبير كفيل بضمان أو إقرار منافسة كافية. ويلاحظ في موقف المشرع الجزائري عدم النص على الترخيص الضمني في حالة عدم اتخاذ القرار في المدة المحددة(أ)، كما تبين المادة السابقة إمكانية اختلاف طبيعة قرارات قبول التجميع(ب) وإمكانية رفض الترخيص بالتجميع في حالة عدم ملائمة المشروع المقترح وحتى في حالة التفاوض لمصلحة المنافسة والمصلحة الاقتصادية(ج).

أ- عدم النص على الترخيص الضمني

تنص المادة 17 من الأمر رقم 03-03 على عرض كل مشروع تجميع من شأنه المساس بالمنافسة على مجلس المنافسة الذي يبت فيه في اجل ثلاثة(3) أشهر، إلا انه لم ينص القانون على الترخيص الضمني في حالة تجاوز المدة من طرف مجلس المنافسة، و يعتبر موقف المشرع الجزائري مساسا لمصلحة المؤسسات المعنية.

يخالف القانون الجزائري اغلبية التشريعات التي تعتبر أن فوات المدة المقررة لتقييم مشروع التجميع دون اعتراض جهاز الرقابة يعد ترخيصا ضمنيا، وفي ذلك ينص مثلا

القانون المغربي²⁴ في المادة 12 فقرة 2 على أنه: "يعتبر عدم الجواب خلال مدة شهرين قبولاً ضمنياً لمشروع التركيز وكذا الالتزامات المضافة إليه احتمالاً" وينص القانون التونسي²⁵ في الفصل 8 فقرة 3 على أنه: "ويعتبر عدم الرد من طرف الوزير المكلف بالتجارة في ظرف ستة أشهر من تاريخ الاعلام، قبولاً ضمنياً لمشروع التركيز أو عملية التركيز وكذلك الالتزامات المضمنة بوثيقة الاعلام"، كما يقرر ذلك القانون الفرنسي²⁶ في نص المادة 5-430 من التقنين التجاري والتي تنص على أنه:

"Si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune des trois décisions prévues au III dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, elle en informe le ministre chargé de l'économie. L'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le I de l'article L.430-7-1."

إلا أنه يمكن اعتبار سكوت مجلس المنافسة في اتخاذ قرار التجميع في المدة القانونية بمثابة رفض لمشروع التجميع، و ذلك على أساس بروز مثل هذه المواقف في مختلف النصوص القانونية²⁷. وما يؤكد الموقف هو نص المادة 20 من قانون المنافسة التي تنص تمنع المؤسسات المعنية من اتخاذ أي موقف أو تدبير يجعل التجميع لا رجعة فيه خلال المدة المحددة لصدور قرار مجلس المنافسة.

ب- اختلاف طبيعة قرارات قبول التجميع

نميز في المادة 19 من قانون المنافسة بين قرارات قبول التجميع والتي يتخذها مجلس المنافسة، وتمثل في:

- قرار الترخيص العادي: ويتمثل في القرار الذي يتخذ من طرف مجلس المنافسة في إطار تقييم ما عرض في المشروع المقترح من طرف المؤسسات، والذي من خلاله يتبين أن التجميع لا يثير أية مخاوف على آثاره التنافسية أو في حالة ما إذا كان يترتب عليه آثار ايجابية على مختلف المصالح.

- قرار الترخيص المشروط: إذا انتهى مجلس المنافسة في عملية التقييم إلى إثبات وجود آثار سلبية على المنافسة، يمكن له رغم ذلك قبول الترخيص بالتجميع في إطار التفاوض مع المؤسسات المعنية، فيمكن أن يقترح على المؤسسات المعنية شروط أو يقبل التجميع بناء على التزامها بتعهدات، و يلاحظ عدم تحديد المشرع للشروط التي يمكن أن يقترحها على المؤسسات المعنية وهو ما يؤكد تمتعه بالسلطة التقديرية في تقريرها كان يفرض قيود

على عملية التسويق، كما يمكن أن تحدد بالتفاوض مع المؤسسات المعنية مع مراعاة مصالحها.

وفي التجربة الفرنسية لم تمنع اية عملية تجميع ما بين سنتي 2002 و 2005 وهي مرحلة اختصاص الوزير في اتخاذ القرارات، حيث انه تم الموافقة على 596 حالة من بينها 32 في إطار الترخيص المشروط²⁸.

ج- قرار رفض التجميع

يتخذ مجلس المنافسة قرار رفض التجميع في حالة ماذا تبين من خلال عملية التقييم بأنه سيترتب من التجميع المقترح اثار سلبية على المنافسة أو إذا كان من غير الممكن أن تؤدي التعهدات المقدمة من المؤسسات المعنية إلى ازالة الآثار السلبية على المنافسة.

يبدو أن قرار رفض التجميع في القانون الجزائري أكثر إمكانية للتنفيذ على أساس انه تلتزم المؤسسات المعنية بموجب المادة 17 من قانون المنافسة بتقديم مشروع التجميع وليس التجميع، هذا على خلاف القوانين التي تسمح بتنفيذ التجميع ودخوله حيز التنفيذ ثم يعرض على سلطة المنافسة ويلقى قرار الرفض.

إلا انه، على الرغم من رفض مجلس المنافسة، يمكن الترخيص من طرف الحكومة، و تشير إلى انه لم يقيد المشرع الاطراف في ممارسة اولوية طلب الترخيص من الحكومة و حق اللجوء إلى القضاء، إلا انه تطبق النصوص القانونية وفق ما يلائم مصالحهم وفي ذلك يفترض طلب الترخيص من الحكومة قبل اللجوء إلى القضاء مع الحرص على عدم تجاوز ميعاد الطعن القضائي.

تنص المادة 21 من الأمر رقم 03-03 على انه: "يمكن أن ترخص الحكومة تلقائيا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الاطراف المعنية، بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع". و يعتبر الترخيص من الحكومة اجراء استثنائي بموجبه تحل السلطة التنفيذية محل مجلس المنافسة باعتباره السلطة المكلفة اصلا بالمراقبة، وترخص بالتجميع الذي كان محل رفض المجلس سواء تلقائيا أو بطلب من

الاطراف المعنية بالتجميع، وفي كلتا الحالتين يتطلب تقرير من الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع، وذلك اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. ينص القانون التجاري الفرنسي على هذا الاستثناء بموجب المادة L430-7²⁹ إلا انه حدد بعض معايير تقدير المصلحة العامة كالتطور الصناعي وتحقيق المنافسة الدولية.³⁰ وفي إطار المفهوم الواسع للمصلحة العامة في القانون الجزائري يمكن للحكومة أن ترخص مثلا التجميع لأهداف تكنولوجية³¹.

على أساس معطيات المادة 21 السابقة الذكر، يقوم ترخيص الحكومة على المصلحة العامة والتي يمكن أن تتعدد اوجهها.ويكن القول بأنه لا يؤثر هذا الاجراء على دور مجلس المنافسة إذ يفترض لتحقيق اهداف قانون المنافسة ليس مراعاة فقط قواعد المنافسة الحرة بل أيضا مختلف الاهداف الاقتصادية، وفي حالة ماذا لم يراعي مجلس المنافسة هذه الاهداف يمكن أن تحول السلطة التنفيذية محله في تحقيق ذلك.

2 - سلطة مجلس المنافسة في توقيع العقوبات

تعتبر الاهداف المالية السبب الذي يؤدي بالمشاريع الاقتصادية إلى مخالفة النصوص القانونية المعمول بها، لذا تعد العقوبات المالية الوسيلة الفعالة لمواجهة الجرائم الاقتصادية.

على أساس اعتبار مجلس المنافسة سلطة ضبط سوق المنافسة، اعترف له المشرع بوسائل تمكنه من ممارسة مهامه في إطار حرصه على احترام وتطبيق النصوص القانونية، ومنها منحه اختصاص قمع كل ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة، وهي اختصاصات عقابية موروثه من السلطة القضائية وتعد من الصلاحيات التقليدية للقاضي، إذ بموجب المواد من 56 إلى 62 من قانون المنافسة قرر المشرع له استصدار عقوبات مالية وفي مختلف التعديلات شدد فيها وهو ما يبين مدى تأثير هذا الاختصاص على المؤسسات وسوق المنافسة.

يتبين دور مجلس المنافسة في مراقبة التجميعات الاقتصادية، من خلال اتخاذ قرارات عقابية في حالة تنفيذ التجميع من دون الحصول على الترخيص(أ)وأیضا إذا خالفت المؤسسات الالتزامات التي على اساسها تقرر قبول الترخيص(ب).

أ-العقوبات الخاصة بالتجميعات غير المرخصة

تلتزم المؤسسات المعنية بتبليغ مجلس المنافسة وفق احكام المادة 17 بكل مشروع تجميع، إذ اخذ القانون الجزائري بنظام الاخطار الاجباري قبل اتمام التجميع، فيعرض على المجلس كل مشروع تجميع تتوافر فيه احكام المادتين 15 و 18، وكل تجميع خارج ترخيص مجلس المنافسة يعتبر غير مشروع.

تعتمد القوانين المقارنة على رقم الاعمال المحققة خلال السنة لتقرير قيمة الغرامات المالية كالقانون الفرنسي³²، وهو ما اعتمد عليه القانون الجزائري في النص السابق الذكر حيث يمكن أن تصل إلى 7% في نص المادة 61 من قانون المنافسة على انه: "يعاقب على عمليات التجميع المنصوص عليها في احكام المادة 17 اعلاه والتي انجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، بغرامة مالية يمكن أن تصل الى 7% من رقم الاعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع".

ب-العقوبات الخاصة بمخالفة الالتزامات

ما يلاحظ في القانون الجزائري، انه لم يحرص المشرع على تكريس اليات لضمان تنفيذ التعهدات المنصوص عليها في المادة 19 كان ينص على سلطة مجلس المنافسة على سحب الترخيص في حالة مخالفة المؤسسات لالتزاماتها وهو ما يستقر عليه مثلا القانون الفرنسي³³، بل اكتفى فقط على تقرير عقوبات بموجب المادة 62، وهو ما قد يتعارض مع مصلحة المنافسة والاقتصاد الوطني.

تنص المادة 62 من قانون المنافسة على انه: "يمكن مجلس المنافسة في حالة عدم احترام الشروط أو الالتزامات المنصوص عليها في المادة 19 اعلاه، اقرار عقوبة مالية يمكن أن تصل إلى 5% من رقم الاعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع".

3- الرقابة القضائية على قرارات التجميع

اعتمد المشرع في إخضاع قرارات مجلس المنافسة لرقابة القضاء على ازدواجية الاختصاص القضائي، إلا انه يثير موضوع تقرير الاختصاص الاصيل لمجلس الدولة إذا تعلق الأمر بالقرارات المتعلقة بالتجميعات الاقتصادية دراسة سبب خروج المشرع عن

اختصاص القضاء العادي(أ)ومن جهة أخرى عدم النص على إمكانية الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة الخاصة بقبول التجميعات(ب).

أ – الطعن في قرارات رفض التجميعات الاقتصادية امام مجلس الدولة

استنادا إلى احكام الأمر رقم 03 – 03 المتعلق بالمنافسة، يمكن مجلس المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يرفضه بمقرر معلل بعد اخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع. وفي حالة رفض التجميع منح المشرع للمؤسسات المعنية إمكانية الطعن في القرار أمام مجلس الدولة إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 19 على انه: "يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".

يتضمن الحكم السابق الاختصاص الاصيل للقضاء الاداري على أساس اعتبار مجلس المنافسة سلطة إدارية، وهذا تطبيقا لأحكام المادة 9 من القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة³⁴.

ان الحل الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري هو ذاته في القانون الفرنسي قبل سنة 2008، إلا انه لا يتخذ قرار رفض التجميع من طرف مجلس المنافسة بل يعود الاختصاص إلى الوزير المكلف بالاقتصاد³⁵ و في سنة 2008 ابقى على اختصاص مجلس الدولة بالرغم من نقل صلاحية رفض التجميع إلى سلطة المنافسة³⁶. ويثير الحل الذي اتخذه المشرع الفرنسي اشكالية عدم توحيد الاختصاص القضائي فيما يتعلق بالطعون في قرارات سلطة المنافسة والتي ترفع أمام محكمة استئناف باريس لهدف ضمان توحيد منازعات سلطة المنافسة³⁷.

يمكن القول بأن التجميعات الاقتصادية موضوع يؤثر على الاقتصاد الوطني بشكل واسع إذ قد يؤدي إلى إنشاء احتكارات لا تمس فقط بالمصلحة الخاصة للمؤسسات بل بمصلحة النظام العام الاقتصادي، لذا منح الاختصاص لمجلس الدولة.

ب-عدم النص على إمكانية الطعن في قرارات رفض التجميع

لا يتضمن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة أي نص يتعلق بالطعن القضائي ضد قرارات مجلس المنافسة الخاصة بقبول التجميع، فيمكن للقرار أن يؤثر في مختلف المصالح مثال ذلك مصلحة المؤسسات المنافسة للمؤسسات المستفيدة من قرار التجميع. فهل يعني ذلك عدم إمكانية الطعن في قرار قبول التجميع؟

إلا أنه، يؤسس الطعن القضائي استنادا إلى المادة 143 من الدستور التي تنص على أنه: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"³⁸.

خاتمة

يتبين من خلال الدراسة السابقة بأن المشرع الجزائري راعى في قواعد مراقبة التجميعات الاقتصادية الآليات المعمول بها في الدول ذات النظام الليبرالي، فقد اعترف لمجلس المنافسة باعتباره سلطة السوق بسلطات من شأنها تكريس فعالية الرقابة. حتى وان كيفت نصوص الأمر رقم 03-03 بأنها تعتبر تقليدا للقوانين الغربية لا سيما القانون الفرنسي، وتختلف عن بعض القوانين مثل القانونين المغربي والتونسي فقد اخذ المشرع بعين الاعتبار في قانون المنافسة ما يخدم مختلف المصالح، وتبين ذلك في الاعتراف لمجلس المنافسة بسلطات تمكنه من اداء مهامه خاصة سلطة اتخاذ القرار، وفي ذلك على الرغم من ممارسة سلطته التقديرية في عدة مواضيع، فقد الزمه المشرع وبموجب نصوص قانونية بمراعاة بعض المعطيات الموضوعية والشكلية والتي من خلالها يضمن حماية المصلحة الوطنية والدور الايديولوجي للدولة بموجب قانون المنافسة، ومصلحة المؤسسات المعنية.

إلا أنه، من الصعب تقييم مدى ملائمة المنهج الفرنسي في ظل التجربة الجزائرية على أساس انعدام المعطيات العملية، والتي من خلالها يمكن الاستغناء عن بعض صلاحيات مجلس المنافسة كالوضع في القانونين التونسي والمغربي، لا سيما في ظروف وضعية الاقتصاد الجزائري و استمرارية الدور الاجتماعي.

الهوامش

1. أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 43 مؤرخ في 20 - 07 - 2003، معدل ومتمم بموجب: قانون رقم 08 - 12 مؤرخ في 25 جوان سنة 2008، ج.ر.ج. عدد 36 مؤرخ في 02 - 07 - 2008، والقانون رقم 10 - 05 مؤرخ في 15 اوت سنة 2010، ج.ر.ج. عدد 46 صادر في 18 - 08 - 2010.
2. وقد كانت النسبة المقررة في قانون المنافسة لسنة 1995 هي 30%. مع إمكانية الاستعانة بمقاييس أخرى والمقررة في النص التنظيمي، انظر في ذلك: نص المادة 12 من الامر رقم 95 - 06 مؤرخ في 25 جانفي سنة 1995 يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 9 مؤرخ في 22 - 02 - 1995، مرسوم تنفيذي رقم 315-2000 مؤرخ في 14 اكتوبر سنة 2000، يحدد مقاييس تقدير مشاريع التجميع أو التجميعات، ج.ر.ج. عدد 61 مؤرخ في 18-10-2000.

3. نص المادة 10 من القانون رقم 99 – 06 المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة، ظهير شريف رقم 1.00.225، صادر في 5 جوان سنة 2000، ج ر عدد 4810 بتاريخ 06-07-2000.
4. انظر في ذلك :
- Article L430-2 du Code de commerce, www.legifrance.gouv.fr
5. نص الفصل 7 من القانون رقم 64 لسنة 1991، مؤرخ في 29 جويليه سنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار معدل ومتمم، www.inc.nat.tn.
6. راجع:نص المواد من 23 إلى 33 من نفس المرجع، مرسوم رئاسي رقم 96 – 44 مؤرخ في 17 جانفي سنة 1996 يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج.ر.ج. عدد 05 مؤرخ في 21 – 01 – 1996.
7. راجع في ذلك:نص المواد من 10 إلى 17 ومن 42 إلى 46 من القانون رقم 99 - 06 المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة السابق الذكر.
8. مرسوم تنفيذي رقم 219-05 مؤرخ في 22 جوان سنة 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ج. عدد 43 مؤرخ في 22-06-2005.
9. القانون رقم 99-06 المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة، السابق الذكر.
10. تنص المادة 12 على انه: "يجب على المنشآت أن تبلغ إلى الوزير الأول كل مشروع تركيز طبقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 10 ويمكن أن يكون التبليغ مقرونا بالتزامات"، راجع:المرجع نفسه.
11. قانون رقم 3 لسنة 2005 المتعلق بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، www.Jordan lawyer.com
12. مرسوم تنفيذي رقم 219-05 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، السابق الذكر.
13. انظر في ذلك:
- IDOT Laurence, « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence : Le contrôle des concentrations », *Revue Internationale de Droit Economique*, n°2, 2002, pp.189 et 190.
14. راجع:
- MALAUURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence*, 2^e éd, Dalloz, Paris, 2003, pp.244et 245.
15. للتفصيل في موضوع الشروط والتعهدات والتي يمكن أن تكون محل الاتفاق، راجع:
- FRISON-ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Paris 2006, pp.32-5327.
16. انظر في ذلك:
- Ibid., pp.323et324.
17. نص المادة 42 فقرة 2 من القانون رقم 99 - 06 المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة، السابق الذكر.
18. وعلى غرار مختلف القوانين يؤدي قانون المنافسة الدور الاجتماعي وهذا ليس فقط بالنظر إلى حماية المستهلك والمكرس في نص المادة الاولى.
19. انظر في ذلك:
- ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, éd Belkeise, Alger, 2012, pp177 et 178.
20. انظر في ذلك:
- Article L430-5 du Code de commerce, op.cit.
21. انظر:
- Ibid., Article L430-7.
22. راجع في ذلك:القانون رقم 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار، المرجع السابق الذكر.
23. راجع في ذلك: القانون رقم 99 - 06 المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة، السابق الذكر.

24. المرجع نفسه.
25. القانون رقم 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار، المرجع السابق الذكر.
26. انظر:
- Code de commerce, op.cit.
27. انظر في ذلك:
- ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, op.cit, p.187.
28. راجع في الموضوع:
- BOY Laurence, Le nouveau contrôle français des opérations de concentrations, Une originalité regrettable ? publie dans « Technology and competition ».
29. انظر في ذلك:
- Ibid.
30. للتفصيل في الموضوع راجع:
- BOY Laurence, op.cit, p.11.
31. راجع:
- ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, op.cit, p.179.
32. انظر في ذلك.
- Article L430-8 du Code de commerce, op.cit.
33. انظر في ذلك:
- Article L430-8 du Code de commerce, op.cit, FRISON-ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie-Stéphane op.cit, p.328.
34. قانون عضوي رقم 98 – 01، مؤرخ في 30 ماي سنة 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج. عدد 37 مؤرخ في 01 – 06 – 1998، معدل ومتمم بالقانون رقم 11 – 13 . مؤرخ في 26 جويليه سنة 2011، ج.ر.ج. عدد 43 مؤرخ في 03 – 08 – 2011.
35. راجع في ذلك:
- ZOUAIMIA Rachid, « Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de concurrence en droit Algérien », Revue du Conseil d'Etat, n° 7, 2005, pp 51- 62.
36. راجع في ذلك:
- Loi n° 2008 – 776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, voir : www.lexinter.net Autorité de la concurrence, « Le contrôle des concentrations », Mars 2009, voir : www.autoritedelaconcurrence.fr.
37. انظر في الموضوع:
- VULLIERME Laurence-Nicolas, Droit de la concurrence, Vuibert, Paris, 2008, p 168- 170.
38. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1996-11-28، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج.ر.ج. عدد 76 مؤرخ في 08-12-1996، معدل ومتمم، انظر الموقع الالكتروني www.joradp.dz.

التبليغ الرسمي في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية *

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

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

ملخص

لقد أدخل المشرع الجزائري، في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية، العديد من الأحكام الجديدة المتعلقة بالتبليغ الرسمي وغير ذلك بعض المفاهيم والإجراءات وحتى الآثار المترتبة عن القيام بهذا الإجراء من عدمه، فضلاً عن بيان مختلف أنواع عقود التبليغ الرسمي وشروط صحتها.

الكلمات المفتاحية

التبليغ- التبليغ الرسمي- المحاضر- الآجال- صحة الإجراء.

The normal notification according to the Code of Civil and Administrative Procedures

Abstract

The Algerian legislature entered, in the context of the law of civil and administrative procedures, many of the new provisions relating to normal reporting, and change some of the concepts, procedures and even the implications of doing this procedure or not to do, as well as various types of normal notification decades statement and conditions of validity.

Key words

notification- normal notification - documents- dates- legal procedure.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015 /10/26 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2015/11/08 وقُبِل للنشر بتاريخ 2015 /11/10.

De la signification à la lumière du CPCA

Résumé

Le législateur algérien a, en procédant à l'intégration de nouvelles dispositions ayant trait à la signification dans le nouveau code de procédure civile et administrative, reformuler quelques notions, procédures et les effets résultants de la mise en œuvre de la procédure de signification ; il a également, dans ce cadre, fait ressortir les différents actes de signification ainsi que les conditions de leur validité.

Mots clés

Notification, acte de signification, procès verbaux, délais, validité de la procédure.

مقدمة

يقصد بتبليغ ورقة تسليم نسخة منها للمبليغ له بالطريق الذي حدده القانون¹ والمشروع الجزائري اعتمد على عبارة التبليغ الرسمي للتعبير عن الإعلان القضائي المعروف في بعض التشريعات الأخرى. كما ميّز المشروع في إطار أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ق. إ. م. إ) بين التبليغ الرسمي والتبليغ، فالأول يقوم به المحضر القضائي ويحرّر بشأنه محضراً والثاني يتولاه أمين الضبط دون إعداد محضر، إلا أن كلاهما اصطلاحاً يهدفان إلى تحقيق غاية واحدة تتمثل في إعلام الخصم².

أساس فكرة التبليغ الرسمي إذن هو مبدأ الوجاهية، إذ لا يجوز اتخاذ إجراء في مواجهة شخص دون تمكينه من العلم به ودون إعطائه الفرصة للدفاع عن مصالحه. هكذا، يمكن تعريف التبليغ الرسمي في ضوء ما جاء في المادة 406 ق. إ. م. إ بأنه الوسيلة الرسمية التي يُبلّغ بها خصم إجراء أو واقعة معيّنة إلى علم خصمه عن طريق المحضر القضائي وذلك بتسليمه نسخة من الورقة المراد تبليغها رسمياً سواءً كانت قضائية أو غير قضائية³.

تناول المشروع الجزائري موضوع التبليغ الرسمي في الفصل الثاني من الباب 11 الوارد ضمن أحكام الكتاب الأول من ق. إ. م. إ وهو الكتاب المتعلق بالأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، إذ تمّ النصّ على أحكام التبليغ الرسمي من المواد 406 إلى 416 ق. إ. م. إ، إلا أن بعض الأحكام الخاصة بأنواع التبليغ الرسمي وكذا الآثار المترتبة عن ذلك نجدها في نصوص كثيرة متفرقة ضمن أحكام ق. إ. م. إ.

سأحاول من خلال هذا المقال التطرّق إلى بيان الأهداف المراد تحقيقها من وراء إجراء التبليغ الرسمي، ثم عرض أنواع التبليغ الرسمي، صحّته وآجاله وأخيراً توضيح الآثار القانونية المترتبة عن التبليغ الرسمي.

1. أهداف التبليغ الرسمي

يعتبر التبليغ الرسمي الوسيلة الوحيدة للعلم بالإجراءات من الناحية القانونية بحيث يعدّ قرينة قاطعة على العلم بالإجراء لا يقبل معها الاحتجاج بالجهل، بمعنى أنه متى تمّ التبليغ الرسمي بالشكل القانوني، فإن المبلّغ له رسمياً يعتبر عالماً بالإجراء ومضمونه⁴.

انطلاقاً من هذا، يحقّق التبليغ الرسمي أهدافاً تصبّ فيما تناوله المشرع من مبادئ في المادة 3 ق.إ.م. ويمكن أن نذكر هذه الأهداف فيما يلي:

- 1- تحقيق وضمان مبدأ الوجاهية.
- 2- ضمان حق الدفاع بتمكين الخصم من إعداد وسائل دفاعه.
- 3- تمكين الخصم من استعمال حقه في التمسك ببطان الإجراء المعيب وفقاً لمتطلبات المادة 60 ق.إ.م.إ.

II. أنواع التبليغ الرسمي

نصّ المشرع الجزائري على أربعة أنواع من التبليغات الرسمية هي:

أولاً / التكليف بالحضور:

المعلوم أنه لا تنعقد الخصومة إلاّ بعد تكليف المدعى عليه بالحضور أمام الجهة القضائية المعروض عليها النزاع، لذا يجب على المدعي بعد قيد عريضته الافتتاحية أن يطلب من المحضر تكليف خصمه بالحضور في الجلسة المحددة وتسليمه نسخة من العريضة المودعة لدى أمانة الضبط.

تجدر الإشارة أن التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور لا يتعلّق فقط بعريضة افتتاح الدعوى وفقاً للمادة 16 ق.إ.م.إ، بل يخصّ أيضاً جميع عرائض الطعون المختلفة سواءً العادية منها وغير العادية (المعارضة وفقاً للمادة 330 ق.إ.م.إ، الاستئناف عملاً بالمادة 539 ق.إ.م.إ، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً للمادة 385 ق.إ.م.إ التماس إعادة النظر 394 ق.إ.م.إ، النقض 563 و564 ق.إ.م.إ). كما يخصّ كذلك

طلبات تصحيح وتفسير الأحكام القضائية تطبيقاً للمادتين 285 و 286 ق.إ.م. وإطلبات الإدخال في الخصومة عملاً بالمادة 199-202 ق.إ.م.إ.

ميّز المشرع وفقاً للمادتين 18 و 19 ق.إ.م.إ. بين التكليف بالحضور كإجراء مستقلّ يتسلّمه المدعى عليه وبين محضر التكليف بالحضور (محضر التسليم) كعمل لإثبات عملية التكليف يتسلم نسخة منه للمدعي.

أما بالنسبة لمضمون التكليف بالحضور، فقد اشترطت المادة 18 ق.إ.م.إ. أن يتضمن التكليف الذي يعدّه المحضر القضائي على البيانات الآتية.

(1)- لقب واسم المحضر القضائي، عنوانه المهني، ختمه، توقيعه، تاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

(2)- اسم ولقب وموطن المدعي.

(3)- اسم ولقب وموطن الشخص المكلف بالحضور.

(4)- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقرّه لاجتماعي وصفة ممثله.

(5)- تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

هكذا، يعتبر المحضر القضائي حلقة وصل بين الأطراف، إذ يكلف الخصم بالحضور بناءً على طلب رافع الدعوى ضماناً لتحقيق الأهداف المذكورة سابقاً. فضلاً عن ذلك، يخوّل للمحضر القضائي الإشهاد على واقعة استلام التكليف بالحضور عن طريق تحرير محضراً رسمياً بالواقعة⁽⁵⁾ هو محضر تسليم التكليف بالحضور، يتضمن البيانات الواردة في المادة 19 ق.إ.م.إ. التي تنص: "مع مراعاة أحكام المواد من 406 إلى 416 من هذا القانون، يسلم التكليف بالحضور للخصم بواسطة المحضر القضائي الذي يحرّر محضراً يتضمن البيانات الآتية:(...)".

إن الإشارة إلى المواد المتعلقة بعقود التبليغ الرسمي الواردة في الباب 11 من الكتاب الأول من ق.إ.م.إ. هو رغبة المشرع في تمديد تطبيق هذه القواعد على التكليف بالحضور باعتباره أحد أنواع التبليغ الرسمي⁶.

أما بالنسبة لبيانات محضر تسليم التكليف بالتكليف بالحضور فتتمثل في:

(1)- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني، ختمه، توقيعه، تاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

- (2)- اسم، لقب وموطن المدعى
- (3)- اسم، لقب وموطن المبلغ له وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقرّه الاجتماعي واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له.
- (4)- توقيع المبلغ له على المحضر والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته مع بيان رقمها وتاريخ صدورها.
- (5)- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له مرفقاً بنسخة من العريضة الافتتاحية مؤشّر عليها من أمين الضبط.
- (6)- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه.
- (7)- وضع بصمة المبلغ له في حالة التوقيع على المحضر.
- (8)- تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناءً على ما قدّمه المدعي من عناصر.
- تجدر الإشارة أن صيغة الوجوب التي اعتمدها المشرع في المادتين 18 و 19 ق.إ.م.إ لا يفيد شيئاً باعتبار أنه لم يرتّب أيّ جزاء على مخالفة البيانات المنصوص عليها وبناءً على هذا يمنع على القاضي ترتيب جزاء معيّن في حالة تحقّق الغاية من الإجراء وكل دفع في هذا الشأن يعدّ دفعا دون موضوع⁷.
- ثانياً / التبليغ الرسمي للأحكام القضائية:
- تُبلغ الأحكام القضائية تبليغاً رسمياً قصد اكتسابها لقوّة الشيء المقضي فيه وبالتالي قابليتها للتنفيذ وقبل ذلك، بطبيعة الحال، بداية سريان آجال الطعون المختلفة⁸.
- ميّز المشرع بين التبليغ الرسمي للأحكام والتبليغ الرسمي للتكليف بالحضور، فقد سبقت الإشارة إلى عدم ترتيب جزاء على مخالفة بيانات المادة 19 ق.إ.م.إ المتعلقة بمحضر التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور في حين رتّب جزاء على مخالفة البيانات المنصوص عليها في المادة 407 ق.إ.م.إ الخاصة بمحضر التبليغ الرسمي وهي في الحقيقة نفس البيانات الواردة في المادة 19 ق.إ.م.إ، بحيث جاء النصّ في آخر المادة

407 ق. إ. م. إ. على جواز التمسك بدفع شكلي من طرف المبلّغ له رسمياً ببطلان التبليغ الرسمي⁹.

ثالثاً / تبليغ السندات التنفيذية:

يُقصد بتبليغ السندات التنفيذية إعلام أصحاب الشأن بالمحرّرات الواردة على سبيل المثال في المادة 600 ق. إ. م. إ. من أوامر وأحكام وقرارات، عقود توثيقية، الشيكات والسفاتج، محاضر الصلح وغيرها، بحيث يجب أن يسبق التنفيذ الجبري التبليغ الرسمي للسند التنفيذي.

رابعاً / التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء:

هي الحالة التي يكلف فيها المنقذ عليه بوفاء ما تضمنه السند التنفيذي لمصلحة طالب التنفيذ في أجل 15 يوماً من تاريخ تبليغه رسمياً، وتطبّق المواد من 406 إلى 416 ق. إ. م. إ. على التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء بصريح عبارات المادة 612 ق. إ. م. إ.¹⁰

III. مكان وزمان التبليغ الرسمي

بموجب المادة 2/406 ق. إ. م. إ.، يتمّ التبليغ الرسمي بتسليم نسخة منه إلى المطلوب تبليغه أينما وُجد، بمعنى في أيّ مكان يجده المحضر القضائي، سواء تمّ ذلك في موطنه أو مقرّ عمله أو في الشارع أو في غيرها من الأماكن العامة، طالما تمّ التبليغ الرسمي في الأوقات والأيام المسموح فيها للقيام بالإجراء.

يعتبر تسليم الرسمي للشخص ذاته أفضل وأسى طرق الإعلام فعالية لتحقيقها الهدف المقصود، أي إيصال الإجراء إلى علم المبلّغ له حتى يتمكن من الردّ عليه بالطرق القانونية وكذا نظراً لأهمية النتائج القانونية المترتبة عن التبليغ الرسمي للشخص ذاته. أما زمن التبليغ الرسمي، فقد نصّت المادة 406 ق. إ. م. إ. أنه لا يجوز القيام بأيّ تبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحاً ولا بعد الثامنة مساءً ولا في أيام العطل إلاّ في حالة الضرورة وبعد إذن من القاضي كحالة الاستعجال.

يجب إذن أن يتمّ التبليغ الرسمي في يوم عمل وفي ساعة يجوز التبليغ فيها ويرمي المشرع من هذا التحديد إلى منع انتهاك حرمة المساكن وطمأنينتها أثناء الليل أو تكدير راحة الشخص في يوم عطلة أو عيد¹¹.

كما يجب على المحضر القضائي أن يراعي ظروف الحال، فلا يقوم بالتبليغ الرسمي في غير ساعات عمل المراد تبليغه، فإذا كان المبلّغ له جامعة تتوقّف إدارتها عن العمل على الساعة 16^س:30^د مثلاً، وجب على المحضر تبليغها رسمياً قبل هذه الساعة.

IV. صحة التبليغ الرسمي

يجب أن نميّز، في إطار صحّة التبليغ الرسمي، بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي والشخص المقيم في الخارج.

1- بالنسبة للشخص الطبيعي:

الأصل أن يتمّ التبليغ الرسمي للشخص المطلوب تبليغه تطبيقاً للمادة 1/408 ق.إ.م. استثناءً في حالة استحالة التبليغ الشخصي، حيث يكون التبليغ الرسمي صحيحاً: - إذا سلّم للوكيل الذي اختاره المعني بالأمر في عريضة الدعوى وفقاً للمادة 409 ق.إ.م.إ. - إذا سلّم لأحد أفراد عائلته المقيمين معه في موطنه الأصلي أو تمّ التبليغ الرسمي في موطنه المختار وفقاً للمادة 410 ق.إ.م.إ.

هكذا، إذا انتقل المحضر القضائي إلى موطن المراد تبليغه رسمياً ولم يجده، فله أن يُسلّم التبليغ الرسمي لأحد أفراد عائلته، وهنا يجب ملاحظة أن المشرع لم يحدّد درجة القرابة، بالتالي يمكن أن يتعلق الأمر بأيّ شخص له علاقة قرابة أو مصاهرة مهما بلغت الدرجة، على أن يكون هذا القريب ممن يسكن مع المراد تبليغه رسمياً لأن الإقامة أو المساكنة هي الضمان لوصول التبليغ الرسمي لصاحبه. ويجب على المحضر هنا التحقق من أن المخاطب معه يُقيم مع المبلّغ له وقت إجراء التبليغ الرسمي وبمفهوم المخالفة لا يصحّ التبليغ الرسمي إلى قريب غير مقيم أو مقيم غير قريب ما لم يكن وكيلاً للمبلّغ له. وبالتالي لا يجوز تسليم التبليغ الرسمي لقريب زائر أو جار أو صديق حميم ولو كان ساكناً معه.

أما بالنسبة للموطن المختار، فيصحّ تسليم التبليغ الرسمي لصاحب الموطن المختار أو لمن له صفة بحكم صلته بالموطن المختار، إذ لا يتصور غالباً إقامة أحد أفراد عائلة المبلّغ له في الموطن المختار¹².

تضيف المادة 410 ق.إ.م.إ. في فقرتها الثانية أنه في جميع الحالات يجب أن يكون الشخص الذي تلقى التبليغ متمتعاً بالأهلية وإلا كان التبليغ قابلاً للإبطال، وهنا يمكن

القول أن المشرع الجزائري خالف التشريعات الأخرى التي تجيز استلام التبليغ الرسمي من شخص مميز، وأرى أن ذلك صائب نظرا لعدم اعتبار تسلّم التبليغ الرسمي تصرفا قانونيا، بالتالي يكفي أن يكون المخاطب معه مدركا لأهمية الورقة المبلّغة وعاملاً بأهمية تسليمها لصاحبها، إلا أن موقف المشرع حول هذه المسألة كان واضحا ورتّب عليه جزاءً إجرائياً.

استحدث المشرع حكما آخر جديدا في القانون، بموجب المادة 413 ق. إ. م. إ بحيث إذا كان الشخص المطلوب تبليغه رسميا محبوسا، يكون هذا التبليغ صحيحا إذا تمّ بمكان حبسه. لم يميّز المشرع بشأن هذه الحالة بين الحبس المؤقت أو لقضاء المدّة المحكوم بها، فيكون تبليغ الشخص المحبوس صحيحا بتسليم نسخة منه لموظف إدارة السجن المؤهل لذلك، على أن يتخذ هذا الأخير الإجراءات الكفيلة باطلاع المسجون في أقرب وقت مُمكن على محضر التبليغ الرسمي أو اتصال المحضر مباشرة بالشخص المحبوس للقيام بالاجراء.

لقد جاء هذا الحكم الجديد الخاص بتبليغ المحبوس بمكان حبسه نظرا لصعوبة تبليغه رسميا بصفته الشخصية وعدم جدوى تبليغه في موطنه وهو غير موجود فيه وقد يصعب على من تسلّم التبليغ الرسمي من أفراد عائلته توصيله إليه نظرا لدواعي الأمن والنظام بالسجون التي تستدعي تنظيم الزيارات وفقا لاعتبارات معيّنة. هذه الاعتبارات من شأنها أن تباعد بين فترات لقاء السجين ومن تسلّم التبليغ الرسمي ومن شأن ذلك الإضرار بمصلحة السجين¹³.

هذا وقد تصدى المشرع بموجب المادتين 411 و 412 ق. إ. م. إ للحالات المتعلقة بموانع التبليغ الرسمي ويمكن أن نميّز بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى / إذا رفض الشخص المطلوب تبليغه رسميا محضر التبليغ الرسمي أو رفض التوقيع عليه أو وضع بصمته، يقوم المحضر القضائي بتدوين ذلك في المحضر ثم يرسل له نسخة من التبليغ الرسمي برسالة مضمّنة مع الإشعار بالاستلام. واعتبر المشرع هذه الحالة بمثابة تبليغ شخصي يسري أجله من تاريخ ختم البريد.

الحالة الثانية / في حالة عدم معرفة موطن المراد تبليغه رسميا، يحرّر المحضر القضائي محضرا بالإجراءات التي قام بها، كالاستدلال على موطن الشخص من خلال

البحث عنه في مقرّ عمله إن كان له عمل أو السؤال عنه لدى أصدقائه أو جيرانه السابقين أو معارفه، إلاّ أن كل هذه الطرق لم تفلح. بعد تحرير هذا المحضر، يقوم المحضر القضائي بعليق نسخة من التبليغ الرسمي في لوحة الإعلانات بمقرّ المحكمة ومقرّ البلدية التي كان بها آخر موطن للمعني بالأمر.

الحالة الثالثة / في حالة رفض الأشخاص الذين لهم صفة تلقي التبليغ الرسمي استلام محضر التبليغ يقوم المحضر القضائي فضلا عن الإجراءات المذكورة في الحالة الثانية بإرسال التبليغ الرسمي برسالة مضمّنة مع الإشعار باستلام إلى آخر موطن للشخص المعني بالتبليغ الرسمي.

تجدر الإشارة أن إثبات الإرسال المضمون والتعليق وفقا للحالتين (2) و (3) يكون بختم البريد أو تأشيرة رئيس أمناء الضبط أو تأشيرة رئيس المجلس الشعبي البلدي تبعا لكل حالة. أما عن سريان أجل التبليغ الرسمي، ففي جميع الحالات يسري الأجل من تاريخ آخر إجراء حصل وفقا لهذه الطرق. واعتبر المشرع كذلك التبليغ الرسمي وفقا للحالتين الثانية والثالثة بمثابة التبليغ الشخصي.

جدير بالذكر أن المشرع نصّ في المادة 4/412 ق. إ. م. إ على حالة ما إذا كان التبليغ الرسمي يتعلّق بسند تتجاوز قيمة الالتزام الذي يتضمنه مبلغ 500 ألف د.ج، فحماية للمحكوم عليه أضاف المشرع وجوب نشر مضمون عقد التبليغ الرسمي في جريدة وطنية يومية على نفقة طالب التبليغ بعد الحصول على إذن من رئيس المحكمة التي يقع فيها مكان التبليغ.

2- بالنسبة للشخص المعنوي:

- إذا كان المطلوب تبليغه شخصيا شخصا معنويا للقانون الخاص، يعتبر التبليغ الرسمي شخصا إذا سلّم محضر التبليغ الرسمي إلى ممثله القانوني أو الاتفاقي أو لأيّ شخص تمّ تعيينه لهذا الغرض وفقا للمادة 2/408 ق. إ. م. إ، فمثلا شركة الأسهم هناك المدير العام للشركة هو الذي يمثلها، وشركة ذات المسؤولية المحدودة أو التضامن، أو ذات الشخص الوحيد نجد المسير أو الممثل أو الوكيل المفوض بوكالة خاصة¹⁴.

- إذا كان المطلوب تبليغه شخصا من أشخاص القانون العام من الإدارات والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري من مستشفيات جامعات وغيرها

يعتبر التبليغ الرسمي شخصيا إذا سلّم محضر التبليغ إلى الممثل المعين لهذا الغرض وبمقر الشخص المعنوي عملا بالمادة 3/408 ق.إ.م.إ.

- أخيرا إذا كان المطلوب تبليغه شخصا معنويا في حالة تصفية يعتبر التبليغ الرسمي شخصيا إذا سلّم محضر التبليغ إلى المصفي وفقا للمادة 4/408 ق.إ.م.إ.

3- بالنسبة للمقيم خارج الجزائر:

ميّز المشرع بالنسبة لهذا الشخص بين حالتين:

الحالة الأولى / وهي التي تخصّ الشخص الذي اختار موطنه في الجزائر، اعتبر المشرع تبليغه رسميا صحيحا إذا تمّ تسليم التبليغ الرسمي في موطنه المختار عملا بالمادة 6/406 ق.إ.م.إ.

الحالة الثانية / وتتعلّق بالشخص المقيم في الخارج دون اختيار موطن في الجزائر فوفقا للمادتين 414 و415 ق.إ.م.إ. يتمّ التبليغ الرسمي وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات القضائية إن وجدت، وفي حالة غيابها يتمّ إرسال التبليغ الرسمي بالطرق الدبلوماسية (نيابة، وزارة الخارجية، القنصلية بالخارج...).

7. آجال التبليغ الرسمي

أورد المشرع قاعدة عامة بشأن أجل التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور سواءً تعلّق الأمر بدعوى أمام المحكمة وفقا للمادة 16 ق.إ.م.إ. أو أمام المجلس عملا بالمادة 539 ق.إ.م.إ.، بحيث يجب احترام أجل 20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدّد لأول جلسة.

والمشرع، بصدد تحديده هذا الأجل، لم يرتّب أي جزاء على عدم مراعاته رغم استعماله لصيغة الوجوب ممّا يدل على عدم تأثير ذلك عند مخالفة هذه القاعدة، ولا يمكن بالتالي للقاضي تقرير رأيّ جزاء تطبيقا للمادة 60 ق.إ.م.إ.

لقد أورد المشرع بعض الحالات المستثناة من قاعدة ضرورة احترام مدّة 20 يوما

وتتمثل فيما يلي:

1- يمدّد أجل 20 يوما أمام جميع الجهات القضائية إلى 3 أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج¹⁵.

2- عملاً بالمادتين 563 و564 ق.إ.م.إ، يجب على الطاعن بالنقض أن يبلغ المطعون ضده رسمياً بمحضر التصريح بالطعن بالنقض و/أو بعريضة الطعن بالنقض خلال أجل شهر واحد من تاريخ التصريح بالطعن و/أو من تاريخ إيداع عريضة الطعن بالنقض لدى أمانة ضبط المحكمة العليا أو المجلس القضائي¹⁶.

3- تحدّد أول جلسة في القضايا الاجتماعية أمام القسم المختص في أجل 15 يوماً من تاريخ رفع الدعوى¹⁷.

4- يجوز تخفيض أجل التكليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى 24 ساعة وفي حالة الاستعجال القصوى، يجوز أن يكون التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة شرط أن يتمّ التبليغ الرسمي للخصم شخصياً أو إلى ممثله القانوني أو الاتفاقي تطبيقاً للمادة 301 ق.إ.م.إ.

VI. آثار التبليغ الرسمي

يترتب عن التبليغ الرسمي آثار قانونية في غاية الأهمية، تختلف باختلاف نوع الإجراء المتخذ.

1- آثار المترتبة عن التبليغ الرسمي للأحكام:

يترتب عن تبليغ الأحكام رسمياً بداية حساب آجال الطعون المختلفة، بحيث كل الآجال تسري من تاريخ التبليغ الرسمي وذلك بالنسبة للمُبلغ له وطالب التبليغ. وبطبيعة الحال، عملاً بالمادة 405 ق.إ.م.إ، تُحسب كل الآجال كاملة، بحيث لا يعتدّ باليوم الأول والأخير من آجال التبليغ الرسمي.

2- الآثار الناتجة عن التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور:

يترتب عن التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور آثار في غاية الأهمية ويمكن أن نلخصها فيما يلي:

* جعل القضية مهياًة للفصل فيها منذ أول جلسة.

* إذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصياً أو وكيله أو محاميه عن الحضور فسيصدر حكماً اعتبارياً حضورياً في مواجهته¹⁸.

* إذا لم يحضر المدعى أو محاميه أو وكيله ولم يكن التبليغ الرسمي شخصياً، يصدر القاضي حكماً غيابياً في مواجهته¹⁹.

* يترتب على عدم التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور وفقا للمادة 216 ق.إ.م.إ شطب القضية من الجدول، مع إمكانية تجديد المطالبة القضائية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا. وإذا تعلق الأمر بعدم التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور في خصومة الاستئناف فوفقا للمادة 542 ق. إ. م. إ يمنح للمستأنف أجلاً للقيام بذلك وإلا تشطب القضية من الجدول، مع إمكانية تجديد الاستئناف إن بقي من أجله ما يسمح بذلك وإلا زال الأثر الموقوف للاستئناف واكتسب الحكم الابتدائي قوة الشيء المقضي فيه وبطبيعة الحال يجب ملاحظة أن أمر الشطب أمراً ولائياً غير قابل لأيّ طريق طعن²⁰.

خاتمة

ختاماً لهذا الموضوع أقول أن التبليغ الرسمي وسيلة لإعلام الشخص المراد تبليغه بما يُتخذ ضده من إجراءات، فهو يهدف إلى إيصال أمر أو واقعة ثابتة به إلى المبلّغ له عن طريق من خوّلتها الدولة صلاحية القيام بذلك، لأن التبليغ الرسمي، باعتباره واحداً من الأعمال الإجرائية يبقى خاضعاً للوسيلة والطريقة اللتان يُحددهما القانون.

بصدد تناوله لموضوع التبليغ الرسمي، أخذ المشرع في الاعتبار ضرورة تحقيق المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري خصوصاً تلك الواردة في المادة 3 ق.إ.م.إ، هذا من جهة.

من جهة ثانية، قد يُفرز تطبيق بعض الأحكام المتعلقة بعقود التبليغ الرسمي بعض الغموض والنقائص والإشكالات من الناحية العملية، إلا أنه مهما يكن من أمر فإن باب الاجتهاد القضائي يبقى مفتوحاً في سبيل سدّ النقص لإيضاح الغموض.

إن ما يمكن تقديمه من اقتراح، بعد دراسة هذا الموضوع، هو الاكتفاء بإعداد محضر واحد للتبليغ الرسمي للتكليف بالحضور ما دام أننا نجد البيانات نفسها في محضر التكليف ومحضر التسليم، هذا ما يخدم المحضر القضائي ويُخفف من الأعباء على المتقاضين.

في الأخير، أوصي كل مهتمّ بهذا الموضوع أو أيّ موضوع آخر تناوله المشرع ضمن أحكام ق.إ.م.إ ألا يقف عند كتابٍ من كتبه أو بابٍ أو نصٍّ معيّن، لأن هناك من القواعد والأحكام المرتبطة بنفس الموضوع ارتباطاً غير قابل للتجزئة يجدها متفرقة في مختلف كتب هذا القانون.

الهوامش

1. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية- الخصومة والحكم والطعن- دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 1995، ص. 67.
2. جاء هذا التمييز في إطار قانون رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ق. إ. م. إ.)، ج. ر عدد 21 لسنة 2008، حيث أن المشرع الجزائري لم يعرف أي تمييز بين التبليغ الذي يجريه كاتب الضبط والتبليغ الذي يقوم به المحضر القضائي في إطار الأحكام التي يتضمنها أمر 154/66 مؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم (ملغى).
3. وهو التعريف الذي تم استنتاجه انطلاقا من نص المادة 406 ق. إ. م. إ.
4. نبيل اسماعيل عمر: إعلان الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1971، ص. 12 و 13.
5. زودة عمر: الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أنسكلوبيديا، الجزائر (د.ت)، ص. 315.
6. على هذا الأساس لا يمكن الاكتفاء بتطبيق ما ورد في المواد 18 و 19 ق. إ. م. إ بشأن التكليف بالحضور بل يجب كذلك مراعاة القواعد المتضمنة في الباب الحادي عشر من الكتاب الأول منه.
7. بدوي علي: عقود التبليغ الرسمي، مداخلة في إطار اليوم الدراسي حول الأحكام الجديدة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلس قضاء سطيف يوم 2008/11/19 (غير منشورة).
8. زودة عمر: المرجع السابق، ص. 321.
9. تنص الفقرة الأخيرة من المادة 407 ق. إ. م. إ على أن: "وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار إليها أعلاه يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع".
10. راجع المادة 612 ق. إ. م. إ.
11. راجع حول الموضوع:
- نبيل اسماعيل عمر: المرجع السابق، ص. 43.
- بدوي علي: المرجع السابق.
12. حيث أن الأصل هو أن الشخص يقيم مع عائلته في موطنه الحقيقي أو الأصلي. أما تعيين الشخص لموطن له أو ما يسمى بالموطن المختار، فإن هذا الشخص يختار ويعين موطنه بإرادته لتنفيذ تصرف قانوني معين.
13. أحمد هندي: المرجع السابق، ص. 130.
14. ذلك أن لكل نوع من أنواع هذه الشركات يوجد من يقوم بتسييرها وإدارة شؤونها. راجع حول ذلك: زودة عمر: المرجع السابق، ص. 321.
15. راجع المادة 4/16 ق. إ. م. إ.
16. راجع المادتين 563 – 564 ق. إ. م. إ.
17. تم النص على هذا الحكم في المادة 505 ق. إ. م. إ.
18. راجع المادة 293 ق. إ. م. إ.
19. راجع المادة 292 ق. إ. م. إ. وأنظر أيضا: زودة عمر: المرجع السابق، ص. 346.
20. راجع المادة 542 ق. إ. م. إ.

مدى فعالية العمل الرقابي للمجلس الدستوري الجزائري على دستورية القوانين *

Dr. SADANI Nora
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université de Bechar.

د. سعداني نورة
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بشار .

ملخص

نظرا لإدراك المؤسس الدستوري الجزائري أهمية الرقابة على دستورية القوانين، وما تقتضيه هذه الأخيرة من ضرورة توافق القوانين مع نص الدستور، عمد إلى إنشاء المجلس الدستوري وتكليفه بهذه المهمة، التي وضّحها بدقة النظام المحدد لإجراءات عمله.

وبالرجوع إلى كيفية تأسيس هذا المجلس وطريقة تنظيم مهامه، أمكننا القول أنه هيئة هامة وقوية، لكن إذا حاولنا التطرق إلى كيفية تعيين أعضاء هذه الهيئة الدستورية وإجراءات عملها، فإننا نجد إشكاليات كثيرة تقودنا بدون شك إلى إقرار نوع من التحفظ حول أهمية المجلس الدستوري وفعاليتها في مجال الرقابة الدستورية.

الكلمات الدالة

المجلس الدستوري، الدستور، الرقابة الدستورية، دستورية القوانين.

Degré d'influence du rôle de contrôle du conseil constitutionnel algérien sur la constitutionnalité des lois

Résumé

L'importance du contrôle du caractère constitutionnel des lois, et ce que cela implique comme nécessité d'accorder ces mêmes lois avec les textes de la constitution, ont poussé l'instituteur constitutionnel algérien à créer le Conseil Constitutionnel et le charger de ces deux tâches que le règlement de son fonctionnement identifie avec précision

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015 /02/24 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/05/24 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

Après l'examen minutieux de la manière par laquelle le Conseil Constitutionnel a été créé et comment ces fonctions sont réglementées, nous constatons que cette institution est d'une importance capitale. Cependant, à voir les modes de désignation des membres dudit conseil et ses procédures de fonctionnement, nous remarquons beaucoup de problématiques qui mènent inéluctablement à formuler des réserves quant à l'efficacité et le rôle centrale que ce conseil doit jouer en matière de contrôle constitutionnel.

Mots clés

Le Conseil Constitutionnel, la constitution, contrôle constitutionnel, La constitutionnalité des lois.

Impact degree of the controlling role of the Algerian constitutional council on laws constitutionality

Abstract

The importance of conducting constitutional review and what this implies in terms of the necessary adequacy between laws and constitution texts have pushed the constitution authors to establish the Constitutional Council in order to reach these two aims clearly specified in its own regulations.

With regard to this council's establishment and the way it operates, we notice that it is an important and powerful institution.

However, the members' designation and their working procedures pose a lot of problems which create great skepticism concerning the council's efficiency to achieve constitutional review.

Key words

The Constitutional Council, The Constitution, constitutional review, Laws constitutionality .

مقدمة

يعدّ الدستور القانون الأعلى في الدولة، غير أنّ سموّه قد يصبح مجرد سموّ شكلي دون أن تكون له أي فعالية على أرض الواقع، متى كان بالإمكان انتهاكه دون أن يترتب على ذلك أي جزاء¹، ومن هنا تظهر أهمية الرقابة الدستورية كألية قانونية تعمل على حماية الدستور وضمان تجسيد سموّه بالمعنى الحقيقي.

وبالرجوع إلى القانون المقارن نلاحظ اختلاف الأنظمة التي أقرت بمبدأ الرقابة الدستورية، فيما يخص طبيعة الهيئة التي تسند لها تلك المهمة، فتباينت الدساتير فيما تبنته من حلول، بين الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وبين الرقابة

السياسية التي تباشرها هيئة ذات صبغة سياسية من حيث تركيبها وإجراءات عملها والتي قد تكون معيّنة أو منتخبة²

أما فيما يتعلق بالمؤسس الدستوري الجزائري، فلم تتجسد الرقابة الدستورية ميدانيا إلا بصور دستور 1989 أين تم إنفاذ هذه المهمة إلى ما يعرف بالمجلس الدستوري، وقد أكد الدستور الصادر سنة 1996 على ذلك من جديد، لكن مع إحداث تغييرات في تشكيلة ومهام هذا المجلس، بهدف تحقيق توازن أحسن لسير المؤسسات، خاصة بعد تبني نظام الثنائية البرلمانية بإنشاء مجلس الأمة، ونظام الإزدواجية القضائية بإنشاء مجلس الدولة، بالإضافة إلى الأخذ بمفهوم القوانين العضوية لأول مرة في التاريخ الدستوري الجزائري، وقد انعكس ذلك على تشكيلة المجلس الدستوري وعلى جهات إخطاره وكذا الصلاحيات التي كلف بها.

ورغم هذه التغييرات التي أحدثها دستور 1996 إلا أنّ الإشكالية التي تبقى مطروحة بهذا الصدد هي مسألة مدى فعالية الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الجزائري؟ وبمعنى آخر هل المجلس الدستوري في بلادنا كفيل بحماية حقوق وحرّيات الأفراد المقررة دستوريا، وتحقيق التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كما يقتضيه الدستور؟

قصد محاولة معالجة هذه الإشكالية ارتأينا التطرق إلى كل من تشكيلة المجلس الدستوري أولا، وإخطار باعتباره الآلية القانونية التي من خلالها يتمكّن المجلس من مباشرة أعماله ثانيا، وأخيرا نتعرض للطبيعة القانونية لأرائه وقراراته، مع تبيان تأثير كل مسألة من هذه المسائل الثلاثة على فعالية عمله الرقابي.

أولا / المجلس الدستوري هيئة دستورية بتشكيلة غير موقّعة

للقوف على مسألة تشكيلة المجلس الدستوري وأثرها على فعالية دور هذا الأخير في مجال الرقابة على دستورية القوانين، ارتأينا التطرق بداية إلى تشكيلة المجلس الدستوري وتبيين اختلال توازنها العددي، ثمّ نتعرض إلى جملة من الانتقادات حول على الطريقة المعتمدة لتعيين أو انتخاب أعضائه، وكذا مدة العهدة المحددة لهم، من خلال دراسة الإشكالية المترتبة عن العضوية في المجلس الدستوري الجزائري.

أ.عدم تجانس تشكيلة المجلس الدستوري

لقد هدف المؤسس الدستوري الجزائري إلى إسهام مختلف السّطات- التشريعية التنفيذية والقضائية - في عملية اختيار أعضاء المجلس الدستوري بواسطة أعضاء ينتمون إلى كلّ واحدة منها، لكن بقي ميوله لصالح السلطة التنفيذية، فإذا رجعنا إلى دستور 1989، نجد أنّ السلطة التنفيذية ممثلة بثلاث أعضاء معيّنين من طرف رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المجلس الدستوري³، وذلك مقابل عضوين ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني وعضوين آخرين تنتخبهما المحكمة العليا، لتمتاز بذلك الهيئة التنفيذية بتعيين أكبر عدد من بين سبعة أعضاء المشكّلين للمجلس، غير أنّ هذه التشكيلة توسّعت في دستور 1996، ممّا يسمح بإحداث توازن بين السلطات الثلاثة لهذا تغيّرت تشكيلة المجلس الدستوري، حيث ارتفع عدد الأعضاء إلى تسعة أعضاء يعيّنون وينتخبون على النحو الآتي⁴: ثلاثة أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعيّنهم رئيس الجمهورية، عضوين ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، وعضوين ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا، وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة.

لكن رغم هذا التوسّع في التشكيلة الذي يوجي بوجود توازن بين السلطات، إلا أنّه يبقى توسّعاً عددياً لا يمسّ بحقيقة أنّ هيمنة السلطة التنفيذية لا تزال قائمة باعتبارها الأكثر تمثيلاً في المجلس، فبدراسة متفحّصة نجد أنّه إضافة إلى الأعضاء الثلاثة الذين يعيّنهم رئيس الجمهورية بما فهم رئيس المجلس، فإنّه لا يمكن استبعاد إمكانية أن يكون كلا العضوين المنتخبين من قبل مجلس الأمة أو أحدهما على الأقلّ من ضمن ثلث⁵ الأعضاء المعيّنين من طرف رئيس الجمهورية، حتى وإن كانت السلطة التشريعية هي التي تمتلك حق انتخاب أربعة أعضاء من بين تسعة أعضاء، وهو العدد الإجمالي للمجلس الدستوري، موزعاً بالتساوي بين كلّ من مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني.

وعليه لا يمكن إلاّ التسليم بأنّ هذه المؤسسة الدستورية الهامة تتحوّل إلى مجرد هيئة تابعة للسلطة التنفيذية، ممّا يوجي بأنّها تدور في فلكها، وتقضي بهذا على المبدأ القائل بالتوازن بين السلطات من ناحية التشكيلة العضوية للمجلس الدستوري.

كما أنّ رئيس الجمهورية مخوّل دستوريا بتعيين رئيس المجلس الدستوري، من بين الأعضاء الثلاثة الذين يعيّنهم، وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى أنّ رئيس المجلس الدستوري الفرنسي وإن كان مثل نظيره الجزائري معيّن من طرف رئيس الجمهورية، إلّا أنّ الدستور الفرنسي لا يلزم هذا الأخير بتعيين رئيس المجلس من ضمن الثلاثة أعضاء الذين يعيّنهم، ومن ثمة لا يوجد ما يمنع تعيين الرئيس من ضمن الأعضاء المنتخبين الممثلين للسلطة التشريعية، ولو أنّ التعيين في الواقع العملي يتمّ من ضمن المعيّنين.⁷

ب. أثر آلية العضوية في المجلس الدستوري على فعالية رقابته

إنّ التمعّن في نصوص الدستور أو النظام المتعلّق بإجراءات عمل المجلس الدستوري، يجعلنا نوّكد أنّه لا يوجد تحديد للشروط التي يخضع لها تعيين أعضائه أو انتخابهم، كما نلاحظ نوعا من الاختلاف القائم بين مختلف هذه السلطات، كعبارة "التعيين" بالنسبة للسلطة التنفيذية وعبارة "الانتخاب" بالنسبة للهيئات الأخرى؛ ففي ما يخصّ عملية التعيين يتمتع رئيس الجمهورية بحرية مطلقة دون شروط تقيده وذلك حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 164 من الدستور، ولا يخفى أنّ أسلوب التعيين لأعضاء المجلس وغلبة الصفة السياسية فيهم، قد تؤدّي إلى عدم تحقيق الاستقلال الكافي ممّا يوحي بضرورة خضوعهم للجهة المعينة لهم. أما فيما يتعلق بآلية العضوية في المجلس عن طريق الانتخاب بالنسبة للسلطتين التشريعية والقضائية فنسجل فقط تقيدهما في اختيارهما لأعضاء المجلس من بين أعضائها.

كما لم يفرض على أعضاء المجلس الدستوري تأدية اليمين على عكس ما هو معمول به بالنسبة لأعضاء المجلس الدستوري الفرنسي الذين يقومون بتأدية اليمين قبل تقلدهم مهامهم في المجلس، فالشرط الوحيد في النظام الجزائري هو تمتّع هؤلاء بحقوقهم السياسية والمدنية، إضافة إلى تفرّغ العضو لمهمّته داخل المجلس الدستوري وذلك بعدم الجمع بين العضويتين.⁸

ومن ثمّ يظهر لنا أنّ العضوية في المجلس تفتقر إلى شرط التخصّص الذي يمكن تحقيقه عن طريق اشتراط عضوية الأساتذة المتخصصين في القانون العام أو القانون الدستوري، الأمر الذي يجعلنا نتساءل من الناحية الموضوعية عن فعالية الرقابة التي قد تناط لأشخاص غير متخصصين؟!

ج. أثر مدة العضوية في المجلس الدستوري على فعالية رقابته

يعين رئيس المجلس الدستوري لعهدة واحدة حدّدت مدّتها بست سنوات غير قابلة للتجديد، طبقا لنص المادة 03/164 من الدستور⁹، إذ يستمر في منصبه طيلة هذه المدّة، ولا يجري تغييره إلا بتعيين رئيس جديد للمجلس من طرف رئيس الجمهورية¹⁰، أمّا بالنسبة لأعضاء المجلس، فإنّهم يضطلعون بمهامهم مرّة واحدة مدّتها ست سنوات، على أن يتمّ تجديد نصفهم كلّ ثلاث سنوات، ولا يمكن لأيّ عضو قد انتخب أو عين للعضوية في المجلس، أن يعين مرّة أخرى بعدما يتمّ تجديده¹¹. الدستور لم ينص صراحة على قابلية الأعضاء للعزل¹²، وإذا أخلّ العضو بالتزامات الوظيفة إخلالا خطيرا، عندها يحقّ للمجلس الدستوري وحده حق الطلب من العضو الذي سجّل هذا التقصير في أداء مهامه، وبعد الاستماع إليه، يتقدّم باستقالته وفقا للنظام الداخلي للمجلس مع وجوب توفر الإجماع لأعضاء المجلس ليتخذ قراره¹³، وفي حالة ما إذا قدّم العضو استقالته، يقوم المجلس بإشعار السلطة المعنيّة بذلك قصد استخلاف هذا العضو¹⁴.

وفي تقديرنا فإنّ هذا الإجراء أمر يحسب للمؤسّس الدستوري الجزائري، ذلك أنّ استقلالية أعضائه شرط أساسي لنجاحه في أداء مهامه بشكل حيادي، ويتجسّد هذا المبدأ من خلال استقلالية أعضائه وحيادهم بحكم عدم قابليتهم للعزل من قبل الجهة التي عينتهم أو انتخبهم طيلة المدة المحددة دستوريا.

إلا أنّ مسألة تحديد مدة العضوية في حدّ ذاتها تعتبر دليلا على الطبيعة السياسية للمجلس، فالقاضي يمارس وظيفته باستمرار إلا في حالة وفاته أو إحالته على التقاعد أو عزله¹⁵.

ثانيا / الإخطار آلية تقيّد الاختصاص الرقابي للمجلس الدستوري

يظهر المجلس الدستوري الجزائري قويا بطريقة إنشائه والمهام المسندة إليه، فقد أنشئ بموجب نص دستوري وكلف بمهام واختصاصات جوهرية، لكن إذا رجعنا إلى قواعد عمله يتبيّن أنّه لا يمتلك مباشرتها من تلقاء نفسه، الأمر الذي يعني تقييده في أداء اختصاصه بموجب آلية الإخطار، وهذه هي نقطة ضعف هذا الجهاز¹⁶، ممّا يؤثر عليه سلبا بحيث ينقص من فعاليته وقوته، خاصة أنّ طريقة تحريك هذه الآلية

ضيقه جدا، فقد أسند المؤسس الدستوري الجزائري سلطة إخطار المجلس الدستوري إلى جهات دستورية محدّدة على سبيل الحصر. غير أنّ ذلك يثير بعض التساؤلات حول الأسباب التي دفعت به إلى تحديد جهات الإخطار؟ وهل يمكن للمجلس الدستوري من التحرك التلقائي من دون إخطاره؟ وكيف يؤثر هذا الحصر والتضييق في جهات الإخطار على فاعلية الرقابة الدستورية؟

للإجابة على هذه التساؤلات، سنتطرق بداية إلى مسألة حصر جهات الإخطار وضيقتها، ثمّ نتعرّض إلى أثر هذا الضيق على فعالية الرقابة الدستورية.

أ. ضيق الجهات المخطرة للمجلس الدستوري الجزائري

لقد حصر المؤسس الدستوري الجزائري آلية الإخطار على بعض الجهات وحدّدها على سبيل الحصر، وقد نجم عن هذا التضييق استثناء الأفراد وشريحة كبيرة من الهيئات، كالمؤسسات القضائية، المجتمع المدني، الجماعات المحلية وغيرها من اللّجوء إلى المجلس الدستوري، وقد أدّى هذا إلى ضعفه وتقييد أعماله، ممّا نتج عنه قلة تدخلاته في مجال الرقابة الدستورية¹⁷.

فقد أسندت الدساتير الجزائرية السابقة حق الإخطار إلى الهيئات العمومية¹⁸، ولم يختلف الأمر في دستور 1996، الذي خوّل سلطة الإخطار إلى كلّ من رئيس الجمهورية على أساس أنّه حائز على الوكالة الشعبية، ورئيس المجلس الشعبي الوطني الذي يتصرّف باسم المنتخبين، ورئيس مجلس الأمة باعتباره يعمل باسم ممثلي الأمة¹⁹، ممّا يفيد بأنّه لا يحق للمجلس الدستوري أن يمارس الرقابة الدستورية على نص قانوني معين، إلا إذا تمّ تحريكه من طرف الجهات المتمتعة بسلطة الإخطار، إلا أنّ التساؤل يكمن حول مدى أحقية كلّ جهة من جهات الإخطار أن تحرك المجلس الدستوري للنظر في كامل أعمال السلطين التشريعية والتنفيذية الواردة في المادة 165 من الدستور؟ أم أنّ الأمر يتعلق بنوع محدّد من هذه النصوص دون غيرها؟

يمكن القول من حيث الموضوع، بأنّ السلطات التي تتمتع بحق الإخطار ليست كلّها في مستوى واحد، لأنّه إذا كان الدستور قد خوّل لرئيس الجمهورية إحالة جميع النصوص القانونية طبقا للمادة 166 من الدستور، في مقابل ذلك فإنّه قيّد هذا الحق بالنسبة للسلطات الأخرى، فلم يخوّل الدستور لكل من رئيسي غرفتي البرلمان الحق في

إحالة القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان على المجلس الدستوري قبل دخولها حيز التنفيذ، فقد أسند هذا الحق لرئيس الجمهورية وحده، إلى جانب الإخطارات الخاصة بالمعاهدات الدولية باعتباره صاحب السلطة الدستورية في إبرامها فمن باب أولى أن يكون هو الذي يقوم بإخطار المجلس الدستوري قبل المصادقة عليها كما أنّ الإخطارات المتعلقة بتفسير الدستور محصورة فيه فقط، وفي هذه الحالة فإنّ الالتماس من طرف رئيسي غرفتي البرلمان، لا ينصبّ إلا على النصوص التشريعية والتنظيمية فحسب.

مما تقدم يتأكد استبعاد إمكانية التحرك التلقائي للمجلس الدستوري، إلا أنّه بالرغم من هذا التقييد، فإنّ الواقع سجّل في بعض المناسبات، تدخل المجلس دون أن يتم إخطاره، حيث يمكن للمجلس أن يجد منافذ أخرى لممارسة اختصاصاته في مجال الرقابة الدستورية، وذلك بالطريقتين المحدّتين أدناه²⁰

تتمثل الطريقة الأولى في الإخطار التلقائي غير المباشر، وهذا ما نستخلصه من نصّ المادة 08 من النظام المحدّد لقواعد عمل المجلس الدستوري²¹، وقد أكد المجلس الدستوري هذا الأمر في رأيه الذي جاء فيه أنّه إذا كان بإمكانه أن يتصدّى لأحكام أخرى لم يخطر بشأنها، والتي لها علاقة بالحكم أو الأحكام موضوع الإخطار، فإنّ التصريح في هذه الحالة بعدم دستورية الأحكام التي أخطرها أو تصدّى لها، يعدّ سببا كافيا في حد ذاته لإعادة القانون إلى البرلمان، طالما أنّ فصل هذه الأحكام غير الدستورية عن بقية النصّ يمسّ بنيته كاملا²²، فكأنّما المجلس أحال على نفسه أحكاما أخرى لم يخطر بشأنها، وهذا ما يؤدي بنا إلى التسليم بالإخطار التلقائي؛ أمّا عن كون اعتبار هذا الإخطار غير مباشر، فلاّنه متوقف على شرط إحالة الحكم أو الأحكام المعترض عليها من طرف جهات الإخطار، وهكذا يفتح المجلس الدستوري مجالا جديدا للإخطار، ويمكنه أن يسلكه في اجتهاداته المقبلة.

ما يبرز التحرك التلقائي لهذه الهيئة، أنّ القاضي الدستوري عكس القاضي العادي، يستطيع أن يحكم بما لم يطلب منه، لأنّه لا يتقيّد بفحص المسألة الدستورية على أحكام القوانين التي اعترضت عليها السلطات التي تتمتع بحق إخطاره، وإنّما ينظر

في جميع أحكام القانون المحالة عليه²³، ومن ثمة يمكن أن يثير من تلقاء نفسه أوجه أخرى للدستورية، والتي لم تثرها السلطات المؤهلة بإخطار المجلس الدستوري.

أما فيما يتعلق بالطريقة الثانية فتتمثل في الإخطار التلقائي المباشر، حيث أثبت الواقع أنّ المجلس الدستوري قد أبدى رأيه دون أن يتم إخطاره، وذلك في مراقبته للأمر رقم 95-21 المتضمن قانون الانتخابات²⁴، وذلك من خلال تبنيّه تصريحاً علنياً بعد مرور 10 أيام من صدور الأمر المذكور، حيث تمسك من خلاله بالحكم الذي كان قد أصدره من قبل، وهذا بالرغم من أنه لم يتلق أيّ إخطار، فهل يكون المجلس الدستوري بذلك، قد فتح مجالاً جديداً للإخطار الذاتي، قاصداً بذلك البحث عن فرصة للإفلات من نطاق حصر وتضييق الجهات التي تتمتع بسلطة تحريكه؟

ب. الآثار المترتبة عن ضيق جهات الإخطار

يتجلى أثر تضييق الإخطار على عمل المجلس الدستوري من الناحية الكيفية، كون أنّ جميع الطعون المحالة على هذه المؤسسة الدستورية منذ تأسيسها سنة 1989، كانت منصبّة على الأعمال الصادرة عن البرلمان، في حين لم يخضع أيّ مرسوم رئاسي أو تنفيذي أو معاهدة أو قانون متعلق بالمصادقة على اتفاقية للرقابة الدستورية، وبذلك تحوّل المجلس الدستوري بحكم الواقع من مؤسسة دستورية تراقب مدى شرعية القوانين الصادرة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، إلى هيئة مختصة فقط في مراقبة الأعمال البرلمانية كما هو الشأن بالنسبة لنظيره الفرنسي، وعليه فهو لا يراقب كلّ النصوص الخاضعة لاختصاصه الرقابي²⁵.

ما يمكن استنتاجه في هذا الشأن، هو أنّ اقتصار عملية إخطار المجلس الدستوري على هيئات محدّدة، أدّت إلى تحديد وتقييد نشاطه، حيث منعه من المساهمة في الحياة السياسية، كما منعه من لعب الدور الهام الذي أنشأ من أجله فكيف يمكن لهذه الهيئة الدستورية العريقة القيام بمهمّتها في السهر على احترام الدستور، وهي لا تملك أيّ سند قانوني للتحرك التلقائي لمناقشة أيّ انتهاك للدستور؟

ثالثا / أثر الطبيعة القانونية لآراء وقرارات المجلس الدستوري على فعالية عمله الرقابي

لقد أوجب المؤسس الدستوري الجزائري خضوع كل من القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان للرقابة الإلزامية السابقة، لكن هذا لا يعني أنّ المجلس الدستوري يتحرك تلقائيا لرقابتها²⁶، وإنّما يجب أن ينتظر إحالة الإجبارية لهذه النصوص من قبل رئيس الجمهورية، وذلك قبل إصدارها ودخولها حيّز التطبيق أما إحالة المعاهدات، القوانين العادية²⁷، والتنظيمات²⁸ فتخضع للرقابة الاختيارية والتي قد تكون سابقة فيفصل فيها برأي أو لاحقة أي بعد دخولها حيز التنفيذ فيفصل فيها بقرار²⁹.

ويثور التساؤل حول آثار تلك الآراء والقرارات، وحول قيمتها القانونية، فهل الرأي ملزم مثله مثل القرار، أم أنّ هذا الأخير هو وحده الذي يتمتع بالقوة الإلزامية، ويبقى الأول مجرد رأي تستأنس به إحدى جهات الإخطار دون أن يكون ملزما لها، وبالتالي يبقى رهنا لإرادة الهيئات المعنية بالأمر؟

أ. الطبيعة القانونية لآراء المجلس الدستوري الجزائري

باستقراء نص المادة 165 من الدستور، نجد أنّها تحدّد النصوص القانونية التي يصدر المجلس الدستوري بشأنها آراء، وتتمثل في المعاهدات، القوانين، التنظيمات القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، وإذا رجعنا إلى النظام الداخلي للمجلس الدستوري، نجده يحدّد النتائج المترتبة على رقابة مطابقة كل من القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، حيث هيأ نوعين من الأحكام، الأولى تتعلق بالنطق بعدم المطابقة والتي تمنع إصدار القوانين العضوية، إلا أنّ التصريح بذلك لا يشتمل في غالب الأحيان كلّ القانون المعروض وإنّما تدابير منه، فإذا صرح المجلس الدستوري بأنّ القانون المعروض عليه يتضمّن حكما غير مطابق للدستور، ولا يمكن فصله عن باقي أحكام النص لما يحوزه من أهمية ونظرا لمساسه بجوهر النص، فإنه لا يتمّ إصدار هذا القانون³⁰، بينما في حالة تصريح المجلس الدستوري بأنّ الأحكام غير المطابقة للدستور، يمكن فصلها عن باقي أحكام القانون الذي أحيل عليه، فإنّ رئيس الجمهورية يملك سلطة الاختيار بين حلّين، فإمّا أن يتولّى إصدار القانون دون التدابير

المخالفة للدستور، أو يطلب من البرلمان مداولة ثانية على أن يعرض الحكم المعدل مرّة أخرى على المجلس الدستوري لمراقبة مدى مطابقته للدستور، وذلك لعدم تجميد كلّ القانون المعروض عليه بسبب مخالفة بعض أحكامه للدستور³¹.

أما فيما يتعلّق بنتائج مراقبة مطابقة الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان للدستور فإذا صرّح المجلس الدستوري بأنّ النظام الداخلي لإحدى غرفتي البرلمان المعروض عليه، يتضمّن حكما مخالفا للدستور، فإنّ هذا النظام لا يمكن العمل به من طرف الغرفة المعنية، إلّا بعد تصريح المجلس الدستوري بمطابقته للدستور، وكل تعديل لهذا النظام، يعرض على المجلس الدستوري، لمراقبة مطابقته للدستور³².

وعليه يبقى التساؤل قائما فيما يخصّ نتائج وآثار آراء المجلس الدستوري بالنسبة لباقي النصوص، فبالرجوع إلى نص الدستور لا نجد إجابة صريحة وواضحة بشأن آثار الرأى إلّا ما يتعلّق بالحالة التي نصّت عليها المادة 168 من الدستور، حيث جاء فيها على أنه: "إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها"، ومادام الدستور قد أقرّ بعدم المصادقة على المعاهدة أو الاتفاقية، إذا ارتأى المجلس الدستوري بأنّها غير دستورية، فإن الرأى في هذه الحالة يكون ملزما.

أما بالنسبة للنصوص التشريعية والتنظيمية، فإنّنا لا نجد أيّ أثر للنص على إلزامية آرائه بشأنها، حيث أنّ النصوص المتعلقة بذلك جاءت عامّة (المادة 165)، ولا نجد فيها أيّ أثر للإلزامية، فما هي قيمة الرأى في هذه الحالات ؟ هذا التساؤل قد يطرح على سبيل المثال بالنسبة لقانون تمّت المصادقة عليه دون صدوره، فما مصيره إذا ما صرّح المجلس الدستوري بعدم دستورية بعض أحكامه؟

تناول بعض الفقه³³، مجموعة من الحالات الممكنة التي من شأنها أن تؤديّ إلى فرض حجّية رأى المجلس الدستوري، كإمكانية طلب رئيس الجمهورية قراءة ثانية من غرفتي البرلمان بناء على رأى المجلس الدستوري، إلّا أنّ هذه القراءة الثانية وإن كانت تمثل نوعا من حق المراجعة، إلّا أنّها تعتبر إجراء غير ملزم إذ يمكن للبرلمان أن يتجاوزها بإقرار القانون بأغلبية الثلثين (3/2) من أعضاء المجلس الشعبي الوطني، وبالتالي يصدر القانون رغم رأى المجلس الدستوري القاضي بعدم دستوريته.

فبالرغم من أنّ الدستور لم يبيّن طبيعة الآراء بصورة عامة، فليس هناك ما يمنع أن نضفي عليها نفس القيمة التي يتمتع بها القرار، لأنّ الحجّة تكمن في تماثل منهجية المعالجة والإجراءات أمام المجلس الدستوري، بالإضافة إلى أنّ الاعتراف بأنّ عملية إلغاء الأحكام التي صرّح المجلس الدستوري بعدم دستوريتهما، لا تعتبر عنصرا من عناصر الآراء ولا توجد حتى في منطوقها، أكثر من هذا لا يعتبر الإلغاء من قبيل اختصاصات المجلس الدستوري، ذلك أنّ الدستور منحه فقط سلطة الفصل في مطابقة ودستورية الأعمال القانونية المذكورة في المادة 165. ففي كلّ آرائه اكتفى المجلس الدستوري وحسب الأحوال بالتصريح إمّا بالدستورية أو عدمها لا غير، ومع ذلك تبقى القيمة القانونية للرأي بدليل أنّه لا يمكن الطلب من المجلس الفصل من جديد في دستورية نص قانوني أو أحكام منه سبق أن فصل فيها وأصدر رأيا بشأنها.

ب. الطبيعة القانونية لقرارات المجلس الدستوري الجزائري

تنص المادة 169 من دستور 1996، على أنّه: " إذا ارتأى المجلس الدستوري أنّ نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس"، باستقراء نص هذه المادة يمكن إثارة الملاحظات التالية:

1. إنّ القرارات لا تصدر إلا إذا تعلّق الأمر بالنصوص التشريعية والتنظيمية، دون المعاهدات الدولية بالرغم من الإشارة إليها في نص المادة 165 السّالفة الذكر.
2. بالرغم من رقابة المجلس الدستوري على المعاهدات الدولية سواء قبل دخولها حيّز التنفيذ أو بعده³⁴، إلا أنّ الدستور لم يتضمّن أي حكم يبيّن مصير المعاهدات النافذة في حالة تعارضها مع الدستور، حيث بيّنت المادة 169 فقط مصير النصوص التشريعية والتنظيمية النافذة إذا ما خالفت الدستور، في حين أنّ المادة 168 من الدستور وضّحت جزاء عدم دستورية المعاهدات غير المصادق عليها دون سواها.
3. على اعتبار أنّ نص المادة 165 هو الإطار العام للرقابة الدستورية فمعنى ذلك أنّه ينطبق أيضا على الرقابة اللاحقة التي قد تنصبّ على المعاهدات النافذة؟ ألا يفسّر ذلك أنّ الدستور أقرّ رقابة النصّ التعاهدي بعد دخوله حيّز التنفيذ، ولكن دون أن يحدّد الجزاء في حالة مخالفته؟

وعليه يبقى لنا أن نحدّد الطبيعة القانونية لهذه القرارات فيما يتعلّق بباقي النصوص القانونية.

إنّ المادة 169 من الدستور واضحة كلّ الوضوح في هذا الشأن، حيث تضيّط طابع الإلزامية على قرارات المجلس الدستوري الصادرة بخصوص النصوص التشريعية والتنظيمية المخالفة للدستور، فمثل هذه النصوص تفتقد آثارها من يوم إصدار المجلس لقراره، وبالتالي تصبح وكأّتها لم تكن. ولعلّه من البدهاءة أن نتصوّر قياسا على قواعد تنفيذ النصوص القانونية، بأنّ القوّة التنفيذية لقرار المجلس الدستوري، تبرز عند نشره في الجريدة الرسمية³⁵.

وعليه فإنّ قرارات المجلس الدستوري تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، وبمجرد صدورها تعدّ غير قابلة للطّعن فيها، وقد أتاحت الفرصة للمجلس الدستوري لوضع حدّ لهذا الشك، من خلال رفضه النظر في دستورية الحكم الذي كان يتضمّن شرط إرفاق ملف الترشيح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المترشح الوارد في البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات³⁶، على أساس أنّ هذه المسألة الدستورية سبق وأن عرضت على المجلس الدستوري الذي فصل فيها بموجب قراره المؤرخ في 06-8-1989، والمتعلق بقانون الانتخابات³⁷. لأنّه في الحالة العكسية سوف يتعارض ذلك مع مبدأ قوّة الشيء المقضي فيه الذي تتمتع به قرارات المجلس الدستوري، حيث أنّ هذا الأخير تمسك بقراره السابق، فلم تلغ أحكام القانون بتدخّله هذا، وإنّما اكتفى بالتذكير بقراره السابق، ولعلّ ذلك ما دفع إلى إدراج نص المادة 49 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري والتي تفيد بحجيّة وإلزامية قرارات وآراء المجلس الدستوري.

وإذا كان المجلس الدستوري قد أكّد على حجيّة قراراته وآرائه، إلّا أنّه من ناحية ثانية بيّن الاستثناء الذي قد يرد على مبدأ الحجّيّة، وذلك في حالة تعديل الدستور، ومن ثمة زوال الأسباب التي تأسس عليها منطوق قراراته وآرائه السّابقة³⁸.

خاتمة

تكتسي الرقابة على دستورية القوانين أهمية بالغة باعتبارها الآلية التي تعمل على حماية الدستور وتضمن تجسيد سموه، غير أننا لاحظنا من خلال هذه الدراسة أنّ المجلس الدستوري المنطوق به مهمة الرقابة تعترضه مجموعة من الصعوبات التي تحول دون قيامه بهذه المهمة كما يجب القيام بها، الأمر الذي أثار على فعالية الرقابة في حد ذاتها.

وقد حاولنا من خلال ما تقدم الوقوف على بعض الأسباب التي أعاققت المجلس الدستوري عن أداء دوره الرقابي بالشكل المرجو منه، وعليه، وقصد تفعيل دور هذا المجلس نقترح الآتي:

أولاً / تحديث المجلس الدستوري الجزائري وذلك بإصلاح تشكيلته عن طريق الاعتماد على معايير موضوعية تقنية يجب توافرها في الأعضاء المكوّنين له، كالمعيار التخصص القانوني، توقّر سن معينة وغيرها، فمثل هذه المعايير تسمح من جهة بضبط حرية الجهات التي تعيّن أو تنتخب أعضاء المجلس، حتى يكون المجلس الدستوري منسجما من حيث الاختصاص العلمي والمهني وكفاءة أعضائه، ليتمكن من أداء الدور الرقابي الملقى على عاتقه؛ ومن جهة ثانية تضمن هذه المعايير الابتعاد نوعا ما عن تسييس هذا الجهاز.

ثانياً / توسيع آلية الإخطار إلى جهات أخرى، قصد فتح الطريق أمام المجلس الدستوري لممارسة اختصاصه في مجال الرقابة الدستورية، وفي هذا الصدد يمكن الاستعانة بالتعديلات الخاصة بنظام الإخطار في العديد من الدول التي تبنت مبدأ مركزية الرقابة أي جعل الرقابة الدستورية خاصة بالهيئات دون الأفراد، فقد لقيت هذه المسألة استجابة واسعة عند نخبة هامة من الحقوقيين والسياسيين أيضا، خاصة مع بروز بعض القيم الديمقراطية³⁹.

ثالثاً / تعديل النظام الإجرائي للرقابة الدستورية بغية تفعيل هذه الرقابة، وذلك عن طريق تمكين الجهات التي يحق لها توجيه الإخطار للمجلس الدستوري من إرفاق إخطارها بالحجج التي تثبت عدم دستوريته، دون أن يمنع ذلك أن تقدم الجهات الأخرى المخول لها دستوريا حق الإخطار أن تقدّم من جهتها البراهين التي تؤكّد دستورية

النص المعروض على المجلس الدستوري. فهذا الإجراء من شأنه تسهيل عمل المجلس نتيجة الحجج التي تقدّمها الأطراف والتي تشكّل الطريق للوصول إلى حلّ موضوعي للمنازعة الدستورية وذلك بإقامة مناقشة وجاهية حقيقية، ممّا يسهّل من مهام القاضي الدستوري.

رابعا / بالنسبة للقيمة القانونية لآراء المجلس الدستوري، فيمكن تأكيدها وتوضيحها بداية باستبدال كلمة "إذا ارتأى" الواردة في المادة 168 من الدستور بـ: "إذا قضى" المجلس الدستوري، لأنّ استعمال اصطلاح "ارتأى" في المادة 168 بالرغم من إلزامية الرأى المتخذ في هذا المجال غير مناسب، لذلك فإنّ مصطلح " قضى " الوارد في النص الفرنسي يعدّ أكثر ترابطا مع نية المؤسس الدستور؛⁴⁰ أمّا فيما يتعلّق بقرارات المجلس الدستوري، نلاحظ أنّ استعمال كلمة " ارتأى " في المادة 169 من الدستور، غير متجانس مع القرار، علما أنّ نص المادة 159 من دستور 1989، احتوى عبارة "إذا قرّر..."، ولعلّ ذلك من شأنه إزالة التناقض الموجود في المادة 169.

وأخيرا فإنّنا نرى بأهمية وضع مادة دستورية صريحة تبين القوة القانونية لقرارات وآراء المجلس الدستوري، كما فعل ذلك المؤسس الدستوري الفرنسي في المادة 62 من دستور 1958، التي تنص صراحة على حجية قرارات المجلس الدستوري في مواجهة جميع السلطات، وهي غير قابلة للطعن بأيّ طريق من طرق الطعن، إضافة إلى أنّ قراراته ملزمة للسلطات العامة والهيئات الإدارية والقضائية⁴¹.

الهوامش

1. Dominique Rousseau : Droit constitutionnel et institutions politiques de la 5eme république, 1992, p. 69.
2. محمد المالكي: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، 1994، ص163.
3. جاء في نص المادة 04/154 من المرسوم الرئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق 28 فبراير 1989 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادرة بتاريخ 23 رجب 1409 الموافق أول مارس 1989، العدد 09، ما يلي: "يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري....".
4. المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادرة بتاريخ 27 رجب 1417 الموافق 8 ديسمبر 1996، العدد 76.

5. تنص الفقرة الأولى من المادة 101 من دستور 1996، على ما يلي: "يعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الكفاءات والشخصيات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية".
6. نفس النقد موجه إلى المجلس الدستوري الفرنسي من حيث تفوق السلطة التنفيذية في التشكيل،
George Burdeau : Droit constitutionnel et institutions politiques, L.G.D.J., 21^{ème} édition, 1996, p. 155.
7. Dominique Turpin : Droit constitutionnel, P.U.F, 2^{ème} édition, 1994, pp. 480- 482
8. تنص الفقرة الثانية من المادة 164 من دستور 1996، على ما يلي: "بمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو تعيينهم، يتوقفون عن ممارسة أيّ عضوية أو أيّ وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى".
9. تنص الفقرة الثالثة من المادة 164 من دستور 1996، على ما يلي: "يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ست سنوات".
10. بعد تعيين رئيس المجلس الدستوري من طرف رئيس الجمهورية، يشرع في ممارسة مهامه، بعد مرور يوم كامل على تاريخ انتهاء عضوية سلفه في إطار المادة 154، على أن يتم التعيين خلال 15 يوم التي تسبق انتهاء العضوية، وفي حالة وفاته أو استقالته أو حصول مانع دائم لرئيس المجلس، يتخذ المجلس مداولة برئاسة العضو الأكبر سنا، وتبلغ نسخة منها إلى رئيس الجمهورية، وبعد ذلك يعين الرئيس الجديد خلال 15 يوم التي تعقب هذا التبليغ، وهذا طبقا للمادتين 4 و 5 من المرسوم الرئاسي رقم 89 - 143، المؤرخ في 07-08-1989. والمتضمن القواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه، ج. ر. ج. الصادرة بتاريخ 07-08-1989، عدد 32.
11. تنص المادة 164 فقرة 4 من دستور 1996 على أنه: "يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم مرة واحدة مدتها ست سنوات، ويجدد نصف عدد أعضاء المجلس الدستوري كل ثلاثة سنوات".
12. « Le pouvoir de nomination, ne comporte pas le pouvoir de révocation, cette règle est fondamentale, car elle montre bien, la volonté des constituants, de ne mettre le conseil constitutionnel, sous la tutelle oppressante du chef de l'état...» Louis Favoreu et Paul Valette : Droit constitutionnel et institutions politiques, Dalloz, 2eme édition, 1998, p258.
13. المادتين 55 و 56 من المداولة المتضمنة قواعد عمل المجلس الدستوري، المؤرخة في 6- 8- 2000.
14. المادتين 57 و 58 من نفس المداولة.
15. أحمد بن دلّاح: الرقابة على دستورية القوانين على ضوء دستور 1989، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 1995، ص 122.
16. Jean Pascal : La saisine du conseil constitutionnel, L.G.D.J, Paris, 1999, pp. 30-31.
17. لكن في المقابل يرى البعض أنّ هذا الحصر الذي من شأنه أن يقلص كثرة الطعون أمام المجلس أمر إيجابي لأنّ كثرة الطعون تؤدي إلى تأخر الفصل في المنازعة الدستورية وعرقلة سير المجلس، أو كما يرى بعض المحللين بأنّ السبب في ذلك هو "منع المجلس من الولوج في نشاط مكثف ومفقد للتوازن السياسي" وهذا ما قد يؤدي إلى تدخل هذه المؤسسة الدستورية في اختصاصات السلطات العامة في الدولة، فيتحول المجلس بذلك إلى سلطة فوق السلطات، ممّا يحتمل وقوع الصراع بينه وبين السلطات الأخرى، حيث يؤدي ذلك إلى نشوء ما يسمى "بحكومة القضاة".
- كما يبررون هذا الحصر بالباعث من هذا الاختيار لطريقة الإخطار، وهو التوافق مع متطلبات الديمقراطية والعدالة ذلك أنّ الإخطار محصور في يد هيئات منتخبة، والقوانين ما هي إلا تعبير عن الإرادة الجماعية التي لا تعلوها أي إرادة أخرى.
18. أسندت المادتين 64 و 154 من دستور الجزائر لسنة 1963 و 1989 على التوالي حق الإخطار إلى رئيس الجمهورية ممثل السلطة التنفيذية، ورئيس المجلس الشعبي الوطني ممثل السلطة التشريعية.

19. تنص المادة 166 من دستور 1996، على ما يلي: "يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، المجلس الدستوري".
20. من الملفت للانتباه أنّ المجلس الدستوري يجتمع بقوة القانون (دون إخطار)، ويبيدي رأيه عندما يستشار في الحالات المبيّنة في المواد 97، 93، 90 و 102 من دستور 1996. كما يجتمع فوراً في حالة شغور رئاسة الجمهورية، أيّاً كان سبب هذا الشغور، كما هو مبين في المادة 88 من الدستور، سواء في حالة حدوث مانع لرئيس الجمهورية بسبب مرض خطير ومزمن، أو في حالة استقالته أو وفاته، كما يجتمع وجوباً، إذا اقترنت استقالته أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة، لأي سبب كان. وقد مارس المجلس الدستوري صلاحيته الدستورية المقررة في هذا الصدد مرة واحدة لما اقترن شغور رئاسة الجمهورية بسبب الاستقالة بشغور المجلس الشعبي الوطني بسبب الحلّ، وبما أن هذه الحالة لم تكن مقررة في دستور 1989، أصدر المجلس الدستوري بياناً في 11-1-1992، يثبت فيه الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية، ويكلف المؤسسات المخولة بالسلطات الدستورية، بأن تسهر على استمرارية الدولة وتوفير الشروط الضرورية للسير العادي للمؤسسات لأكثر تفاصيل، فوزي أوصديق: النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير الديمقراطي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 125.
21. تنص المادة 08 من المداولة المؤرخة في 28-6-2000، والمتضمنة قواعد عمل المجلس الدستوري، على أنّه: "إذا اقتضى الفصل في دستورية حكم التصدي لأحكام أخرى لم يخطر المجلس الدستوري بشأنها، ولها علاقة بالأحكام موضوع الأخطار، فإنّ التصريح بعدم دستورية الأحكام التي أخطرها أو تصدّى لها، وكان فصلها عن بقية النص يؤدي إلى المساس ببنيتها كاملة، فإنّه في هذه الحالة، يعاد النص إلى الجهة المخطرة".
22. الرأي رقم 04، المؤرخ في 13-6-1998، والمتضمن دستورية المواد من 4 إلى 7 و 11-12-14-15 و 23، من القانون المتعلق بنظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان.
23. بن مالك بشير: تطور نطاق رقابة الدستورية في الجزائر - حقيقته وحدوده -، دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 3، 2006، ص. 99-116.
24. الأمر رقم 21-95، المؤرخ في 19-7-1995، يعدل ويتم القانون رقم 89-13، المؤرخ في 7-8-1989، والمتضمن قانون الانتخابات، ج.ر.ج. الصادر بتاريخ 23-7-1995، عدد 39.
25. « Le conseil constitutionnel à été conçu à l'origine pour assurer le bon fonctionnement des mécanismes du parlementarisme rationalisé, notamment pour maintenir le législateur dans son domaine », Loïc Philippe : Le conseil constitutionnel en 40 ans, L. G. D. J, 1998, p189.
26. « Pour les lois organiques et les règlements des assemblées, le contrôle par le conseil constitutionnel est obligatoire mais non automatique », Louis Favoreu : op. cit, p 484.
27. لم يحدد الدستور صراحة خضوع القوانين التي تصدر في شكل أوامر (Ordonnances) للرقابة الدستورية أمام المجلس الدستوري. وقد حددت المادة 124 من دستور 1996 الحالات التي يمكن من خلالها لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر، والتي تكون إما في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان وإما في الحالة الاستثنائية، والتساؤل المطروح يتمثل فيما إذا كان المجلس الدستوري مختص بالرقابة على دستورية هذين الصنفين من الأوامر؟
- الأصل أن تكون الرقابة على دستورية القوانين العادية بصفة اختيارية، ويمكن أن ينطبق نفس الشيء على الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان، كونها لا تختلف عن القوانين العادية، خاصة من الناحية الموضوعية، على الرغم من خلو أي نص صريح يلزم عرضها على المجلس الدستوري، إلا أنّ قراءة الفقرة الثانية من المادة 124 في سياق كل النص الدستوري، يوحي بإمكانية خضوعها

للمراقبة الدستورية، وذلك بعد أن يوافق عليها البرلمان في أول دورة له بعد إصدارها من طرف رئيس الجمهورية، وفي هذه الحالة وبعد أن يوافق عليها البرلمان تصبح قانونا، وهذا قياسا على القوانين العادية، أما قبل الموافقة على هذه الأوامر من قبل البرلمان، فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها أعمالا إدارية قابلة للطعن فيها بالإلغاء أمام مجلس الدولة، أما البعض الآخر، ينفي ذلك، ويعتبرها بمثابة تنظيمات، يجوز أن تخضع لرقابة المجلس الدستوري، طبقا للمادة 165/02.

أما بالنسبة للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية، فإن طبيعتها القانونية تختلف عن نظيرتها الصادرة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو فيما بين دورتي البرلمان، لأن هذه الأخيرة يجب عرضها على البرلمان ليوافق عليها حتى تتحول إلى قوانين، أما الأوامر المتخذة في الحالة الاستثنائية لا تعرض على البرلمان ليوافق أو يعترض عليها حيث تعتبر تشريعات بمجرد صدورها، وفي هذا الصدد ذهب البعض إلى الإقرار بأحقية المجلس الدستوري، في رقابة قرار الإعلان عن الحالة الاستثنائية، متى أخطر من قبل الجهات المختصة بذلك، ويحكم بعدم دستوريته إن قدر عدم وجود الضرورة التي استوجبتها المادة (93) لإعلان الحالة الاستثنائية، نصر الدين بن طيفور: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2002، ص 280-296.

28. أدرج الدستور الجزائري التنظيمات ضمن النصوص الخاضعة للرقابة الدستورية الاختيارية، وهذه ضمانات لا يوجد نظيرها في الدستور الفرنسي الذي اكتفى بإخضاع القوانين فقط دون التنظيمات للرقابة الدستورية. إلا أن ما يلفت الانتباه، هو مصطلح التنظيم الوارد في المادة 165 من الدستور، بحيث يثير إشكالا من حيث تحديد نوع التنظيم المقصود بالرقابة الدستورية، فمن المعلوم أن التنظيمات نوعين، إحداها تتمثل في التنظيم المستقل والذي لا علاقة له بمجال القانون، ويطلق عليها اللوائح المستقلة « Les règlements autonomes » ، والتي يختص بممارستها رئيس الجمهورية وتتمثل في المراسيم الرئاسية، والتنظيم التنفيذي المتمثل في المراسيم التنفيذية التي يصدرها الوزير الأول، فهل هذين الصنفين من التنظيمات يخضعان لرقابة المجلس الدستوري؟، أم يقتصر الأمر على المراسيم الرئاسية فقط دون المراسيم التنفيذية؟

يرى بعض الفقهاء أن المراسيم المستقلة الصادرة من طرف رئيس الجمهورية طبقا للمادة 125 فقرة أولى من الدستور والتي تنص على أنه: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون" يؤهل المجلس الدستوري لمراقبتها، لأنها بمثابة دلائل لممارسة رئيس الجمهورية سلطته المستقلة بصفته يمثل السلطة التنفيذية. أما فيما يتعلق بالمراسيم التنفيذية الصادرة عن رئيس الحكومة والمنصوص عليها في المادة 125 فقرة ثانية من الدستور، فالأمر هنا قابل للنقاش، فهذه المراسيم تصدر تطبيقا لقانون معين، والأجدر أن تلتزم حدوده، وإلا اعتبر ذلك تجاوزا لحدودها الدستورية، مما يدفع إلى تدخل القضاء الإداري المتمثل في مجلس الدولة لمراقبتها بموجب رفع دعوى تجاوز السلطة أمام القاضي الإداري، لذلك يرى بعض الفقه عدم خضوع هذه التنظيمات للرقابة الدستورية مادام يوجد قاضي يختص برقابة مشروعيتها، وإن كان هناك مرسوم تنفيذي يحتوي على أحكام غير دستورية، فالراجح أنها تستمد مصدرها من القانون الذي جاء المرسوم تنفيذا له، والذي ينبغي أن يكون محل مراقبة دستورية بدلا من المرسوم. عبد القادر بن هي: المجلس الدستوري -تنظيم واختصاص-، الجزائر، 1990، ص. 68.

29. جاء في الفقرة الأولى من المادة 165 من دستور 1996، على أنه: "يفصل المجلس الدستوري.... إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية".

30. المادة 02 من المداولة المتضمنة قواعد عمل المجلس الدستوري، المؤرخة في 08-06-2000.
- المادة 05 من نفس المداولة .
31. المادة 03 من نفس المداولة.
32. المادة 03 من نفس المداولة.
33. عبد القادر بن هي: مرجع سابق، ص. 78.
34. جاء في الفقرة الأولى من المادة 165 من دستور 1996، على أنه: "يفصل المجلس الدستوري في دستورية المعاهدات قبل دخولها حيز التنفيذ أو في الحالة العكسية"
35. عبد القادر بن هي: مرجع سابق، ص. 82.
36. القانون رقم 89-13، الصادر في 07-08-1989، ج. ر. ج. ج. الصادرة بتاريخ 07-08-1989، عدد 32، المعدل بالأمر رقم 95-21 المؤرخ في 19-07-1995، والمتضمن قانون الانتخابات.
37. أصدر المجلس الدستوري تصريحاً علنياً بتاريخ 25-07-1995 لمراقبة دستورية الأمر رقم 95-21، الصادر في 19-07-1995، المعدل والمتمم لقانون الانتخابات رقم 89-13 الصادر في 7-8-1989، وتمسك فيه بالقرار السابق، وبالتالي فإنّ المجلس الدستوري أخضع بنفسه الأمر المؤرخ في 19-7-1995 لرقابته، وتمسك فيه بعدم إدراج شرط إرفاق ملف الترشيح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية لزوج المترشح، ولم تمر سوى أربعة أيام عن إعلان المجلس لموقفه، حتى بادرنيس الجمهورية بإخطاره حول المسألة ذاتها بتاريخ 29-7-1995، ولذلك أصدر المجلس قراره في 6-8-1995 والمتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات، بوكراً إدريس: الوجيز في القانون الدستوري الجزائري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 125.
38. القرار رقم 1 المؤرخ في 6-8-1995، المتضمن دستورية البند (6) من المادة 108 من قانون الانتخابات.
39. ففي فرنسا مثلاً، فإنه بموجب الإصلاحات التي تمت في 29-10-1974، وسعت دائرة الإخطار إلى الأقلية البرلمانية (60 نائبا في الجمعية الوطنية أو 60 عضواً في مجلس الشيوخ)، علماً أن الوزير الأول في فرنسا كانت هذه الصلاحية مخولة له أيضاً.
- أما في النمسا ومن خلال دستورها الصادر سنة 1929، المعدل سنتي 1975 و1981، فقد تمّ توسيع الإخطار إلى (1/3) نواب المجالس النيابية والإقليمية، إضافة إلى الأفراد والمحاكم القضائية بعدما كان محصوراً فقط على الحكومة الفيدرالية أو حكومة المقاطعة. فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 208.
- أما في البرتغال، فمنذ سنة 1982 أصبح هذا الحق يشمل كلاً من الوزير الأول ورئيس مجلس الجمهورية والنائب العام و(1/10) النواب ورؤساء الحكومات الجهوية والمحاكم القضائية.
- Louis Favoreu : op. cit, pp. 114-155.
40. جاءت الصياغة الفرنسية للمادة 168 من دستور 1996 كما يلي:
- « Lorsque le conseil constitutionnel juge qu'un traité ou accord ou convention est inconstitutionnel, sa notification ne peut avoir lieu ».
41. تنصّ الفقرة الثانية من المادة 62 من دستور فرنسا لسنة 1958، على ما يلي:
- « Les décisions du conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

التسليم المراقب في التشريع الجزائري واقع وتحديات *

Dr. CHENINE Salah
Département de Droit Privé,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie

د. شنين صالح
قسم القانون الخاص،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

من أجل جمع الأدلة في بعض الجرائم الخطيرة، استحدث المشرع الجزائري العديد من إجراءات وأساليب التحري في قانون 01-06 المؤرخ في المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والأمر رقم 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب وقانون 22-06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ومن أهم هذه الإجراءات التسليم المراقب. ولقد نص المشرع على التسليم المراقب في المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والمادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، كما نص عليه في المادتين 33 و40 من قانون مكافحة التهريب.

الكلمات المفتاحية

التسليم المراقب، مفهومه، شروطه، تحدياته القانونية والعملية .

La livraison contrôlée en droit algérien: bilan et défis

Résumé

Afin de recueillir les preuves dans certains crimes graves, le législateur algérien a introduit de nombreuses procédures et techniques d'enquête dans les dispositions de la loi n° 06-01 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, et dans l'ordonnance n° 05-06 relative à la lutte contre la contrebande et la loi n°06-22 modifiant et complétant le code de procédure pénale. Parmi ces mesures et procédures nouvelles, on cite la procédure de livraison surveillée.

Le législateur a prévu cette procédure à l'article 02 de la loi relative prévention et à la lutte contre la corruption, à l'article 16 bis du code de procédure pénale et les aux article 33 et 40 de la loi anti-contrebande.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 12/03/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 14/04/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 10/11/2015.

Mots clés

Livraison contrôlée, concept, conditions, juridiques et défis pratiques

**Controlled delivery in Algerian legislation
reality and challenges****Abstract**

In order to gather evidence in some serious crimes, the Algerian legislator has introduced many of the procedures and investigative techniques in 06-01 of the Law on the prevention and combating corruption, and Order No. 05-06 on combating smuggling, and Law 06-22 amended and supplemented the Code of Criminal Procedure, and the most important of these procedures controlled delivery.

The legislator provided for the controlled delivery in Article 02 of the Prevention and Combating of Corruption Act, and article 16 bis of the Code of Criminal Procedure, as stipulated in Articles 33 and 40 of the anti-smuggling law.

Key words

Controlled delivery, concept, conditions, legal and practical challenges.

مقدمة

عرفت المجتمعات المعاصرة تطورا ملحوظا علي كافة المستويات منذ النهضة الصناعية وصولا إلى الثورة التكنولوجية الرقمية، وفي المقابل تصاعدت نسبة ارتكاب الجرائم، فكان لزاما على تشريعات الدول مواجهة تلك الجرائم فاستحدثت التشريعات المقارنة عدة وسائل تحري خاصة حديثة، بسبب عجز وسائل التحري والتحقيق الكلاسيكية عن مواجهة الجرائم الحديثة.

ويقصد بأساليب التحري الخاصة تلك العمليات أو الإجراءات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت مراقبة وإشراف السلطة القضائية، بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها دون علم ورضا الأشخاص المعنيين، وبذلك لا يقتصر هدفها على قبض الجاني ومعاقبته، بل تفكيك الشبكات الإجرامية .

وفي إطار تحديث المنظومة القانونية استحدثت المشرع الجزائري عدة أساليب تحري في قانون الاجراءات الجزائية، وفي قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وقانون مكافحة التهريب، ومن أهمها إجراء التسليم المراقب.

نظم المشرع الجزائري التسليم المراقب في المادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية بموجب التعديل 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006¹، وفي المادتين 02 و56

من قانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته²، وكذلك المادتين 33 و40 من الأمر رقم 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب³.

وتظهر أهمية موضوع التسليم المراقب في الإثبات الجنائي، إذ يساهم في التحري عن الجرائم وكشف هوية مرتكبيها، وكشف العصابة الإجرامية لذلك سلطنا الضوء عليه بهدف بحث مدى فعاليته والعوائق القانونية والعملية التي تعترضه .

ويثير التسليم المراقب عدة إشكاليات أهمها ما مدى فعالية التسليم المراقب في مواجهة الجرائم الحديثة؟ وهل يراعي بتوازن الحفاظ على الحقوق والحريات ومصصلحة المجتمع المتمثلة في تطبيق القانون؟

سنجيب عن هذه الإشكالية من خلال المبحثين الآتيين :

المبحث الأول: مفهوم التسليم المراقب

المبحث الثاني: تنفيذ التسليم المراقب

المبحث الأول / مفهوم التسليم المراقب

يعد التسليم المراقب من أهم أساليب التحري الخاصة التي تقوم على السماح بالأشياء غير المشروعة بمواصلة طريقها وعدم ضبطها، سواء في نطاق وطني أو دولي بهدف البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها . ولقد نظمته المشرع الجزائري في المادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، وفي المادتين 02 و56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وكذلك والمادتين 33 و40 من مكافحة التهريب .

وعليه سنبحث مفهوم التسليم المراقب من خلال تعريفه وخصائصه (المطلب الأول)، ثم أنواعه (المطلب الثاني)، على التفصيل الآتي:
المطلب الأول / تعريف التسليم المراقب وخصائصه

أشار المشرع الجزائري الى تعريف التسليم المراقب وخصائصه في المادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، وفي المادتين 02 و56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وكذلك المادتين 33 و40 من مكافحة التهريب .

وعليه سنتطرق إلى تعريف التسليم المراقب، ثم خصائصه، على التفصيل الآتي:

أولا / تعريف التسليم المراقب

نص المشرع الجزائري على التسليم المراقب في المادة 16 من قانون الإجراءات الجزائية⁴، لكنه لم يعرفه .

عرف المشرع الجزائري التسليم المراقب في المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والتي تنص على أنه : "إجراء يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله يعلم من السلطات المختصة تحت مراقبتها، بغية التحري عن الجرائم وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابها"⁵. ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن التسليم المراقب هو عبارة عن سماح السلطات المختصة وبعلمها وتحت مراقبتها، لتنقل أشياء غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله، بهدف التحري عن الجرائم وكشف مرتكبها .

وعرفت أيضا المادة 40 من قانون مكافحة التهريب⁶، التسليم المراقب بأنه ترخيص السلطات المختصة بمكافحة التهريب، بعلمها وتحت مراقبتها حركة البضائع غير المشروعة أو المشبوهة، للخروج أو المرور أو الدخول الى الإقليم الوطني بغرض البحث عن أفعال التهريب ومحاربتها بناء على إذن وكيل الجمهورية .

كما عرف الفقه التسليم المراقب على أنه أسلوب تعقب حركات الأموال غير معروف مصدرها أو المشتبه بكونها عائدات أو متحصلات إجرامية في صورتها المادية وحتى لدى نقل الأموال في صورتها غير المادية، مثل التحويلات البرقية أو الالكترونية وذلك بالتنسيق بين المؤسسات المالية في الدول المختلفة، وبغض النظر ما إذا كانت الأموال غير المشروعة في صورتها المادية الأصلية (نقود سائلة) تحولت الى صورة مادية أخرى كالذهب أو الأوراق المالية⁷.

ويعرف أيضا بأنه السماح لشحنة من إحدى المواد غير المشروعة بعبور بلد معين والخروج منه رغم كشفها من قبل سلطات ذلك البلد في سبيل معرفة باقي أفراد العصابة أو الشبكة، وتتم العملية تحت إشراف السلطات المختصة في البلد أو البلدان التي تمر خلالها الشحنة قبل أن يتم ضبطها في بلد الاستهلاك أو البلد المرسله إليه وبهذا يمكن ضبط جميع المتورطين في هذه الشبكة وليس الناقل أو الحائز فقط⁸.

ويقصد به كذلك السماح بدخول الأشياء غير المشروعة أو المشبوهة، عبر الحدود الإقليمية للدولة والخروج منها، وذلك تحت رقابة السلطات المختصة للدولة بناء على طلب جهة أخرى، بغرض التحري عن الجرائم ومرتكبيها⁹.

ثانيا / خصائص التسليم المراقب

رأينا أن المشرع الجزائري عرف التسليم المراقب بأنه سماح السلطات المختصة وبعلمها وتحت مراقبتها، تنقل أشياء غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله، بهدف التحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها. ومن خلال هذه التعريف يتبين لنا أن التسليم المراقب يتميز بالخصائص الآتية:

1- إجراء تحري جوازي:

أجازت المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹⁰، اللجوء الى التسليم المراقب كأسلوب تحري، كما أجازته المادتين 33 و40 من قانون مكافحة التهريب¹¹. يعد التسليم المراقب إجراء وأسلوب تحري خاص، تقوم به الضبطية القضائية بعد إذن وكيل الجمهورية، في بعض الجرائم الخطيرة المنصوص عليها في المادة 7/16 من قانون الإجراءات الجزائية.

بالإضافة الى ذلك فهو إجراء جوازي وليس وجوبي، يخضع للسلطة التقديرية لوكيل الجمهورية، فعندما تقتضي ضرورات البحث والتحري في إحدى الجرائم المذكورة في المادة 7/16، يجوز لوكيل الجمهورية أن يأذن تحت رقابته بمباشرة التسليم المراقب.

2- محله شحنات غير مشروعة أو مشبوهة:

إذ تسمح السلطات المختصة بعلمها وتحت مراقبتها، بتنقل أشياء وبضائع وشحنات غير مشروعة أو مشبوهة في شرعيتها.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن التشريع الجزائري خالف الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد¹²، إذ جعلت هذه الأخيرة محل التسليم يشمل كل العمليات غير المشروعة أو المشبوهة، بخلاف التشريع الجزائري الذي جعل محله شحنات أو بضائع غير مشروعة أو مشبوهة¹³.

3- تنقل الأشياء غير المشروعة أو المشبوهة :

فمن خلال التسليم يسمح بتنقل الأشياء غير المشروعة، بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله، وبالتالي يسمح للشحنة غير المشروعة أو المشبوهة بمواصلة طريقها دون ضبطها، بهدف مكافحة بعض الجرائم الخطيرة كالمخدرات.

4- هدف التسليم المراقب :

تهدف السلطات المختصة من وراء السماح بدخول وخروج وعبور الأشياء غير المشروعة والمشبوهة عبر الإقليم الوطني، الى التحري عن الجرائم وكشف هوية مرتكبيها. ولا يقتصر هدف التسليم المراقب على ضبط الجناة الفاعلين، وإنما كشف وضبط مختلف العناصر الرئيسية من الرؤوس المدبرة والممولة .

كما يعد التسليم المراقب رسالة تحذير وإنذار للعصابات الإجرامية، مما يؤدي الى تراجعها عن ممارسة نشاطها وبالتالي التقليل من الجرائم الخطيرة¹⁴.

5- المراقبة السرية:

يعتمد التسليم المراقب على المراقبة السرية، وهذا لأجل تحديد الوقت المناسب للتدخل وضبط الجاني متلبسا بالجريمة حتى لا يمكنه الإنكار أو التهرب من المسؤولية وإذا لم يتم إتباع الدقة والسرية في استخدام التسليم المراقب سيؤدي ذلك الى فشل العملية وبالتالي إفلات المجرمين من العقاب .

المطلب الثاني / أنواع التسليم المراقب

يقسم التسليم المراقب الى تسليم مراقب وطني، وتسليم مراقب دولي، على التفصيل الآتي:

أولا / التسليم المراقب الوطني

ويقصد به أن تكون المراقبة بصوره كليه لخط سير الأموال غير المشروعة ومتابعة نقلها من مكان الى مكان آخر داخل إقليم الدولة.

تهدف عملية التسليم المراقب الداخلي عن الكشف عن الشحنات غير المشروعة أو المشبوهة والأشخاص والمسؤولين عن عملية التسليم أو الجلب في الدولة أو أي معلومات يتم إرسالها إلي سلطات البلد المرسل إليه الشحنة، من اجل إلقاء القبض على الأشخاص والمسؤولين عن عملية إرسال وتهريب هذه الشحنة، وهنا تقرر الدولة

تنفيذ العملية بمفردها او تنسيقها مع بلد المنشأ او المرور ومن اجل ضمان ضبط الشحنة والمهربين وذلك يتم عندما تصل معلومات أكيده للأجهزة عن وقوع الجريمة ولكن بدلا من أن يتم ضبطها فور اكتشافها يتم تتبع الشحنة بطريقه سريه داخل حدود الدولة حتى تصل الى المحطة النهائية ويتم القبض على الجاني و جميع أفراد العصابة المشاركين في العملية وذلك بدلا من ضبط الشحنة وحدها دون الكشف عن المسؤولين عن تنفيذها¹⁵.

ثانيا / التسليم المراقب الدولي

يقصد به السماح لشحنة غير مشروعة، بعد اكتشاف أمرها، بالمرور من دولة الى دولة أخرى ويتم تنفيذ هذا النوع من التسليم من خلال التنسيق والاتفاق المسبق بين السلطات المختصة في هذه الدول ن حيث يسمح بمرور وعبور الشحنة من بلد الانطلاق وبلد المرور والبلد المرسله إليه الحمولة .

وهناك مسائل إضافية يلزم الاهتمام بها عند الشروع في عملية التسليم المراقب الخارجي أهمها إجراء حوار في أسرع وقت ممكن بين سلطات البلد الذي جري فيه الكشف عن عملية التهريب والسلطات المختصة في البلد المقصد وأي بلد عبور بين هذين البلدين وقرار السلطات الكاشفة يتوقف على عدد من العوامل أهمها¹⁶:

- 1- الأحكام القانونية السارية المفعول في البلد الكاشف وبلد المقصد.
- 2- يجب إن يكون هناك وقت مناسب لوضع خطة عمل متفق عليها ومقبولة بين السلطات المختصة في جميع البلدان المعنية
- 3- هل من الممكن ترتيب مراقبه وإشراف كافيين على الشحنة على طول رحلتها وتحقيق درجه الأمن اللازمة.
- 4- هل ضبط العصابة المسؤولة عن عملية التهريب في بلد المقصد كافيا لتبرير ما سوف ينفق من موارد مالية على عملية الضبط.
- 5- هل وسائل الاتصالات تكفل قيام اتصال دائم وكاف بين السلطات المعنية طيلة العملية التي يتم تنفيذها.

ولكن من المستحسن إجراء اتصالات وتنسيق بين البلدان والدول المحتمل اشتراكها في عمليات التسليم المراقب الخارجي، والتوقيع على معاهدات، و بعد ذلك

بحث كل وضع ممكن للتسليم المراقب على حده وبصوره عاجله على ضوء معلومات كل عمليه وحسب الظروف المتاحة والسائدة .

المبحث الثاني / تنفيذ التسليم المراقب

يهدف التسليم المراقب الى التحري عن الجرائم وكشف هوية مرتكبيها، إلا أن تحقيق هذا الهدف يجب أن يتم وفق شروط وضوابط معينة، وتتوافر هذه الشروط يمكن تنفيذ التسليم المراقب، لكن رغم ذلك تعترضه عوائق قانونية وعملية .

وعليه سنبحث شروط التسليم المراقب (المطلب الأول)، ثم عوائق التسليم المراقب (المطلب الثاني)، على التفصيل الآتي:

المطلب الأول / شروط التسليم المراقب

يخضع التسليم المراقب للضوابط الآتية :

أولا / إذن وكيل الجمهورية

اشترط القانون للقيام بالتسليم المراقب إذن وكيل الجمهورية، وذلك في المادة 16 مكرر التي تنص : "يمكن ضباط الشرطة القضائية، وتحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية، ما لم يعترض على ذلك وكيل الجمهورية المختص بعد إخباره، أن يمددوا عبر كامل الإقليم الوطني عمليات...مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من ارتكاب هذه الجرائم أو قد تستعمل في ارتكابها ."

ونصت على هذا الشرط أيضا المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي نصت : "من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بهذه الجرائم، يمكن اللجوء الى التسليم المراقب...إلا بعد إذن من السلطة القضائية المختصة ."

ويتضح من هذه المادة أن القانون اشترط للقيام بالتسليم المراقب، صدور إذن من السلطة القضائية المختصة، والمتمثلة في وكيل الجمهورية، باعتبار التسليم المراقب أسلوب تحري يلجأ إليه في مرحلة البحث والتحري.

كما تطلبت المادة 40 من قانون مكافحة التهريب، وجوب صدور إذن وكيل الجمهورية المختص، قبل اللجوء إلى التسليم المراقب.

ولم يحدد المشرع الجزائري شروط الإذن، لكن وفق القواعد العامة يجب أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان، وأن يكون الإذن مسببا، وأن يذكر في الإذن الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذا الإجراء، وأن يكون مصدره مختصا نوعيا ومكانيا. التسليم المراقب أسلوب استثنائي لا يعطي الإذن به إلا عندما ينتظر منه تحقيق فائدة واضحة وأكيدة تتمثل في كشف وضبط جماعات التهريب والاتجار والمنظمين والممولين والزعماء والمخططين.

ثانيا / ممارسته من طرف الضبطية القضائية

طبقا للمادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، يمارس التسليم المراقب بعد إذن وكيل الجمهورية، ضباط الشرطة القضائية المحددين في المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية¹⁷.

يمارس ضباط الشرطة القضائية اختصاصهم المحلي في الحدود التي يباشرون ضمنها وظائفهم المعتادة، إلا أنه يجوز لهم، في حالة الاستعجال، أن يباشروا مهمتهم في كافة دائرة اختصاص المجلس القضائي للمحققين به، و يجوز لهم أيضا، في حالة الاستعجال، أن يباشروا مهمتهم في كافة الإقليم الوطني إذا طلب منهم أداء ذلك من القاضي المختص قانونا، ويجب أن يساعدهم ضباط الشرطة القضائية الذي يمارس وظائفه في المجموعة السكنية المعينة، ويتعين عليهم في الحالتين السابقتين أن يخبروا مسبقا وكيل الجمهورية الذين يباشرون مهمتهم في دائرة اختصاصه¹⁸.

يمكن لضباط الشرطة القضائية، وتحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية، ما لم يعترض على ذلك وكيل الجمهورية المختص بعد إخباره، أن يمددوا عبر كامل الإقليم الوطني عمليات مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من ارتكاب هذه الجرائم أو قد تستعمل في ارتكابها¹⁹.

وبالتالي وسع المشرع الاختصاص الإقليمي لضباط الشرطة القضائية المكلفون بالقيام بالتسليم المراقب، وجعله يشمل كل الإقليم الوطني في الجرائم المنصوص عليها في المادة 7/16 ق.ا.ج، وبشرط قبول وكيل الجمهورية بعد إخباره²⁰.

ثالثا / مجال التسليم المراقب

أجاز المشرع الجزائري في المادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية اللجوء إلى هذا الإجراء في بعض الجرائم الخطيرة المنصوص عليها في المادة 7/16 من قانون الإجراءات الجزائية.

ولقد حصرتها هذه المادة في جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الإرهاب و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف²¹.

كما قرر المشرع التسليم المراقب في جرائم أخرى منصوص عليها في قوانين خاصة كجرائم الفساد بموجب المادة 56 من قانون الفساد، و جرائم التهريب بموجب المادتين 33 و 40 من قانون مكافحة التهريب.

وعليه لايجوز اللجوء الى التسليم المراقب في غير هذه الجرائم مهما كانت خطورتها لأن المشرع حددها على سبيل الحصر.

المطلب الثاني / معوقات التسليم المراقب

بالرغم من أهمية التسليم المراقب في التحري عن الجرائم وكشف هوية مرتكبيها إلا أن الواقع العملي أظهر العديد من الإشكاليات التي تقف دون نجاحه، وتتمثل تلك العوائق في الإشكاليات القانونية والإشكاليات العملية، على التفصيل الآتي :

أولا / المعوقات القانونية

يواجه التسليم المراقب العديد من العوائق والصعوبات، والتي يمكن إجمالها في مايلي :

1-إن النصوص القانونية في التشريع الجزائري غير كافية بالنظر الى غياب ضوابط دقيقة تحكمه، حيث لم تبين النصوص مدته والأماكن والجهات التي تقوم به والتي تقع العملية تحت رقابتها²².

2-تفاوت العقوبات في الدول المختلفة في كل من بلد المصدر وبلد العبور وبلد المقصد إذ قد تتبنى دولة سياسة عقابية مخففة في بعض الجرائم، في حين تتبنى دولة أخرى سياسية عقابية مشددة في تلك الجرائم، وهذا ما يؤثر على فعالية التسليم المراقب

وعليه لا بد من تشديد العقوبات لاسيما في الجرائم الخطيرة، كما يعترض التسليم المراقب صعوبة عدم توافر الضمانات الكافية في بلد المقصد لتنفيذ العقوبات .

3- عدم تبني بعض الدول أسلوب التسليم المراقب، بحيث لا تسمح تلك الدول للشحنات غير المشروعة أو المشبوهة بالدخول أو المرور أو الخروج من أراضيها دون ضبطها، وبالتالي فشل عملية التسليم المراقب لاسيما الدولي، لأن هذا النوع من التسليم يقتضي تعاون بين الدول²³ .

4- غياب اتفاقيات جماعية وثنائية بين الدول وخاصة المتجاورة، تجيز استخدام التسليم المراقب، فعملية التسليم المراقب تتم غالبا على مستوى دولي وهو ما يتطلب تعاون دولي لأنه كلما تعددت الدول المشاركة في عملية التسليم المراقب كلما تعددت المشاكل التي تحول ما بين تنفيذ هذا الأسلوب ونجاحه، إذ تتذرع بعض الدول بمبدأ السيادة الوطنية وهذا ما يؤدي الى فشل التسليم المراقب، وبالتالي إفلات المجرمين من العقاب، وعليه لا بد

من إبرام اتفاقيات دولية تجيز استخدام التسليم المراقب، لكون هذا الأخير يتم غالبا على مستوى دولي وهو ما يتطلب تعاون دولي.

5- تنازع الاختصاص القضائي بين الدول، حيث ترتكب أركان الجريمة في أكثر من دولة وبالتالي يثور نزاع حول الدولة المختصة قضائيا، فهل يطبق قانون دولة اكتشاف الشحنة غير المشروعة أو المشبوهة أم دولة الوجهة النهائية.

6- اختلاف مستويات التعاون بين الدول الأطراف بشأن المساعدة القانونية المتبادلة بمعنى أنه هناك تباين في مستوى الاستعداد للتعاون بين الدول، لتبادل وثائق التحقيق أو المشاركة في التحقيق، أو تسليم المجرمين في قضايا التسليم المراقب²⁴ .

ثانيا / المعوقات العملية

بالإضافة الى الصعوبات القانونية، تعترض التسليم المراقب معوقات عملية متمثلة في صعوبات فنية ومالية وبشرية، على النحو الآتي :

1- يتطلب تنفيذ هذا الأسلوب توفر عناصر بشرية على درجة عالية من التدريب والخبرة وفي بعض الأحيان يواجه القائمين على تخطيط مثل هذه العمليات عدم وضوح معالم مسؤولية الرقابة وعدم دقتها في بعض دول العبور، الأمر الذي قد يؤدي إلى تسريب

الشحنة أو فقدانها أثناء الرحلة لعدم توافر الأفراد المدربين لتنفيذ هذا الأسلوب بكفاءة وخبره²⁵.

2- يقتضي تنفيذ هذا الأسلوب توفير موارد مالية وإدارية هائلة وباهضة التكاليف، مع صعوبة تحديد الجهة المسؤولة عن تحمل هذه الإمكانيات والمصروفات، مما يؤدي إلى فشل عملية التسليم المراقب .

3- عد وجود تجهيزات فنية وتكنولوجية حديثة ومتطورة لمراقبة حركة المهربين خصوصا في الدول النامية، وبالتالي إفلات المجرمين من العقاب²⁶.

4- غياب التنسيق بين الضبطية القضائية المكلفة بالتسليم المراقب، والهيئات الأخرى كالجمارك، والمصالح المالية، ومصالح قمع الغش، وبالتالي فشل التسليم المراقب²⁷.

خاتمة

رأينا أن المشرع الجزائري في سبيل مواجهة بعض الجرائم الخطيرة، تبنى أسلوب التسليم المراقب في قانون الإجراءات الجزائية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته وقانون مكافحة التهريب، وتطرقنا إليه من حيث مفهومه، وشروطه وعوائق تنفيذه وتوصلنا من خلال تلك الدراسة إلى النتائج الآتية :

- لم ينظم المشرع الجزائري التسليم المراقب بشكل دقيق وكافي، وذلك لغياب ضوابط دقيقة تحكمه، كذلك لم تبين النصوص مدته، وإجراءاته والرقابة عليه ، بل اكتفى المشرع بتعريفه، والإشارة إلى شروطه .

- التسليم المراقب أسلوب استثنائي لا يعطي الإذن به إلا عندما ينتظر منه تحقيق فائدة واضحة وأكيدة تتمثل في كشف وضبط جماعات التهريب والاتجار والمنظمين والممولين والزعماء والمخططين.

- حفاظا على حقوق وحريات الأفراد ومبدأ المشروعية، لم يسمح المشرع الجزائري بالتسليم المراقب إلا بإذن من وكيل الجمهورية، لكن القانون لم يبين سلطات الجهة المباشرة للتسليم المراقب، وكيفية ممارسة الرقابة .

- حصر المشرع التسليم المراقب في مرحلة البحث والتحري دون التحقيق الابتدائي، على خلاف عمليات التسرب واعتراض المراسلات، وتسجيل الأصوات، والتقاط الصور، والتي أجازها في مرحلة البحث والتحري والتحقيق الابتدائي.

- وسع المشرع الاختصاص الإقليمي لضباط الشرطة القضائية المكلفون بالقيام بالتسليم المراقب، ومدده الى كافة الإقليم الوطني في بعض الجرائم الخطيرة .
- وسع المشرع محل التسليم المراقب، ولم يقصره على الشحنات غير المشروعة بل مده حتى الى الشحنات المشبوهة في مشروعيتها، كما وسع من تنقل هذه الأشياء بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله، ولم يقصره على الدخول دون الخروج والعبور .
- لا يقتصر هدف التسليم المراقب على التحري عن الجرائم وضبط الجناة الفاعلين وإنما كشف وضبط مختلف العناصر الرئيسية من الرؤوس المدبرة والممولة .
- لم يقرر المشرع الجزائري التسليم المراقب في كل الجرائم، وإنما حصره في بعض الجرائم الخطيرة المنصوص عليها في المادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية .
وبناء على هذه النتائج أقرح مايلي :
- تنظيم التسليم المراقب في التشريع الجزائري بتفصيل ودقة كما هو الشأن بالنسبة لأساليب التحري الأخرى، من خلال توضيح شروطه وإجراءاته والرقابة عليه، ضمانا للمشروعية وحماية حقوق وحرىات الأفراد .
- ضرورة إقرار المشرع الجزائري للتسليم المراقب في مرحلة البحث والتحري والتحقيق الابتدائي، وعدم حصره في مرحلة البحث والتحري دون التحقيق الابتدائي.
- فرض رقابة محكمة وصارمة على المكلف بالتسليم المراقب لضمان عدم انحرافه عن مهامه، وبالتالي حماية حقوق وحرىات الأفراد من التعسف .
- قيام الدول المختلفة بتبني التسليم المراقب كأسلوب تحري، بهدف التحري عن الجرائم وضبط مرتكبيها ..
- أن تتولى مسئولية القيام بالتسليم المراقب أجهزة متخصصة في الدولة ومدربة، ولا تتولى أجهزة الشرطة المحلية القيام بهذه المهام خشية كشف المراقبة وفشل العملية.
- ضرورة التنسيق والحصول على موافقة من أجهزة السلطة في الدولة الوجهة النهائية حول القيام بعملية التسليم المراقب بالتعاون مع السلطات المختصة في دولة كشف الجريمة.

- تعزيز التعاون والتنسيق بين السلطات المختصة في الدولة، لضمان فعالية ونجاح عمليات التسليم المراقب.
- ضرورة إبرام اتفاقيات جماعية وثنائية بين الدول وخاصة المتجاورة حول استخدام التسليم المراقب، لكونه يتم غالبا على مستوى دولي وهو ما يتطلب تعاون دولي.
- تأهيل الموارد البشرية العاملة في مجال التسليم المراقب، من خلال عقد دورات تدريبية متخصصة، من أجل تنمية مهاراتهم وقدراتهم.
- تدعيم أجهزة الشرطة القضائية بأجهزة متطورة وحديثة، من أجهزة مراقبة وتنصت من أجل متابعة ورصد عمليات التسليم المراقب، ورصد فرص نجاحها .
- توفير الدعم المالي لعمليات التسليم المراقب، وما تحتاجه من نفقات ومصروفات، مما يعزز فرص نجاح التسليم المراقب .
- تبادل الخبرات في مجال التسليم المراقب بين الدول العربية والدواية الأجنبية الرائدة في هذا المجال .

الهوامش

1. قانون 22-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية جريدة رسمية عدد 84، صادرة في 24 ديسمبر 2006.
2. قانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 84، صادرة في 24 ديسمبر 2006.
3. الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 23 أوت 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 59، صادرة في 28 أوت 2006.
4. تنص المادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية: "يمكن لضباط الشرطة القضائية، وتحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية، ما لم يعترض على ذلك وكيل الجمهورية المختص بعد إخباره، أن يمددوا عبر كامل الإقليم الوطني عمليات مراقبة الأشخاص الذين يوجد ضدهم مبرر مقبول أو أكثر يحمل على الاشتباه فيهم بارتكاب الجرائم الميينة في المادة 16 أعلاه أو مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من ارتكاب هذه الجرائم أو قد تستعمل في ارتكابها".
5. ولقد استمد المشرع هذا التعريف من المادة 02 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 31 أكتوبر 2003، المصدق عليها وتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أفريل 2004، جريدة رسمية عدد 26، صادرة في 25 أفريل 2004.
6. انظر المادة 40 من الأمر رقم 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب.

7. ركاب أمينة، أساليب التحري الخاصة في جرائم الفساد في القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2015، ص15.
8. المرجع نفسه، ص 15. وانظر أيضا :
- Christian de valeneer, la tromperie dans administration de la preuve pénale. Jancier, Belgique, p.301-304.
9. عبد المجيد جباري، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء أهم التعديلات الجديدة، دار هومة الجزائر 2012، ص.65.
- 10.تنص المادة 56 من قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته : " من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء الى التسليم المراقب ...".
- 11.تنص المادة 33 من قانون رقم 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب: " يمكن اللجوء الى أساليب تحري خاصة من أجل معاينة المنصوص عليها في هذا الأمر وذلك طبقا لقانون الإجراءات الجزائية " . أما المادة 40 من نفس القانون قانون مكافحة التهريب، تنص : " يمكن للسلطات المختصة بمكافحة التهريب، أن ترخص بعلمها وتحت مراقبتها حركة البضائع غير المشروعة او المشبوهة...".
- 12.الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر سنة 2010 المصدق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-14 المؤرخ في 08 ديسمبر 2014 .
- 13.انظر المادة 01 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، والمادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحتها، والمادة 40 من قانون مكافحة التهريب .
- 14.بشير المجالي، جمع وتحليل المعلومات الجنائية اللازمة لاستخدام التسليم المراقب والتحريات العادية والالكترونية، الحلقة العلمية " تحليل المعلومات الجنائية في مجال مكافحة المخدرات" كلية التدريب، عمان 1011، ص.09، منشور على موقع : www.nauss.edu.sa.
- 15.صالح عبد النوري، التسليم المراقب للمخدرات والمؤثرات العقلية ن الندوة العلمية حول " التعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات جامعة نايف للعلوم الأمنية، السعودية 2005، ص. 3، منشور على موقع : www.nauss.edu.sa
- 16.بشير المجالي، مرجع سابق، ص.5
- 17.المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية.
- 18.المادة 16 من قانون الإجراءات الجزائية.
- 19.المادة 16 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.
20. عبد الرحمان خلفي ،محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، الجزائر 2010، ص.72.
21. المرجع نفسه، ص 70-71.
- 22.انظر عبد المجيد جباري، مرجع سابق، ص 68.
- 23.انظر صالح عبد النوري، مرجع سابق، ص 13 . بشير المجالي ،مرجع سابق ،ص.9.
- 24.صالح عبد النوري، مرجع سابق، ص 15.بشير المجالي ،مرجع سابق ،ص.10.
- 25.بشير المجالي ،مرجع سابق ، ص . 10.
- 26.صالح عبد النوري، مرجع سابق، ص. 14.
- 27.عبد المجيد جباري، مرجع سابق، ص.68.

الديمقراطية المحلية: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية *

Dr. AISSAOUI Azedine

Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ)

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

د. عيساوي عزالدين

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد

الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

تعتبر فكرة الديمقراطية المحلية فكرة حديثة، إلا أنّها أخذت حيزاً كبيراً في النقاشات المعاصرة. وقد ارتبطت هذه الفكرة بداية بممارسة حرية أساسية وهي الانتخاب، وكما ارتبطت كذلك بالتنظيم الديمقراطي للهيئات الإقليمية.

غير أنّ هذه الفكرة أخذت منحى آخر في السنوات الأخيرة، عن طريق أقلمة وتطوير نظام التمثيل والمداولة، وتكريس مبدأ المشاركة، الأمر الذي سمح بإعادة تشكيل المجال المحلي وبعث النقاش الديمقراطي.

وقد أثر ظهور فكرة الحوكمة على العلاقات الاجتماعية والسياسية في المجال المحلي، وسمحت بظهور نموذج جديد للتدخل العمومي، وذلك بإعادة توزيع السلطة بين المنتخبين والمواطنين عن طريق إجراء تفاوضي وتداولي وتنسيقي.

الكلمات الدالة

الهيئات الإقليمية-الديمقراطية المحلية-الديمقراطية التمثيلية-أزمة الديمقراطية التمثيلية-الديمقراطية التشاركية-أساليب المشاركة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 08/09/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 14/10/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 10/11/2015.

Local democracy: from representative democracy to participatory democracy

Abstract

The local democracy idea considered as a modern idea, but it took a lot of space in contemporary discussions.

This idea has been associated with the beginning of the exercise of a fundamental freedom, a franchise, as linked as well as the democratic organization of the territories organizations. But that this idea took another turn in recent years, by adapting and developing representation and deliberation system, and the consecration of the principle of participation, which allowed the return of the local area and sent formation democratic debate.

The impact of the emergence of the idea of governance on social and political relations in the local area , and allowed the emergence of a new model for public intervention, and by re-distribution of power between the elected and the citizens through deliberative and negotiating and coordinating action.

Key words

Local-representative democracy-crisis of representative democracy-participatory democracy-democracy- participate methods.

La démocratie locale : de la démocratie représentative à la démocratie participative

Résumé

L'idée de la démocratie locale a pris de l'ampleur dans les débats contemporains malgré sa nouveauté. A priori, le concept de la démocratie local est inhérent à une liberté fondamentale qui est l'élection ainsi qu'à l'organisation démocratique des collectivités territoriales.

Toutefois, le concept a pris une autre dimension ces dernières années à travers l'adaptation et le développement du système de représentation, d'alternance et la consécration du principe de la participation ; ce qui a conduit à la restructuration de la sphère locale et la propulsion du débat démocratique.

Le concept de la gouvernance n'est pas en reste dans les relations sociales et politiques au niveau local, en ce qu'il a conduit à l'émergence d'un nouveau mode d'intervention publique par le biais de la redistribution des compétences entre les élus et les citoyens à travers les procédés de négociation, de coordination et de délibération.

Mots clés

Collectivités territoriales, démocratie locale, démocratie représentative, démocratie participative, modes de participation.

مقدمة

يؤكد "موريس هوريو" أن: "مبررات اللامركزية الإقليمية ليست ذات طبيعة إدارية لكن ذات طبيعة دستورية -سياسية-، فلو تعلق الأمر بالجانب الإداري فإنّ عدم التركيز يضمن للدولة إدارة أكثر مهارة، أكثر أمانة، أكثر اقتصاداً من

اللامركزية غير أن الدولة الحديثة ليست بحاجة إلى إدارة جيدة فقط، بل هي في حاجة للحرية السياسية¹.

فخلافًا لعدم التركيز فإن اللامركزية الإقليمية ليست مجرد تقنية إدارية بل لها معنى سياسي، من خلال تكريسها في وثيقة سياسية (الدستور)، وكذا من خلال ارتباطها بالانتخاب وممارسة العمل السياسي الحزبي.

فجعل البلدية وبصفة أقل الولاية مجموعة إقليمية هو إنشاء لديمقراطيات محلية، بالطبع ليست ديمقراطيات كاملة، إذ أنّ الطابع الوحدوي للدولة يمنع ذلك. فمن وجهة النظر هذه يمكن القول بأن الديمقراطية المحلية هي ديمقراطية سياسية (المبحث الأول).

من هنا يظهر بأن العلاقات التي تربط الهيئات الإقليمية بالمواطنين هي أكثر قوة مقارنة بعلاقتهم بالدولة المركزية، وذلك بالنظر إلى قرب المسافة بين الهيئات الإقليمية والمواطنين، هذه العلاقة تتقوى أكثر وذلك من خلال إرساء أدوات تسمح للمواطنين بالمشاركة وبصفة فعالة ويومية في اتخاذ القرار على المستوى الإقليمي من خلال العديد من الآليات.

تسمح هذه المشاركة بإعادة صياغة العقد الاجتماعي، وذلك بالانتقال من فكرة الديمقراطية السياسية التمثيلية إلى فكرة الديمقراطية التشاركية! يركز أنصار هذه الديمقراطية التشاركية على المشاركة المستمرة واليومية في النقاش ورسم السياسات المحلية؛ فالديمقراطية التشاركية تسمح للمواطن بأن يحس بأنه فاعل في تنمية الإقليم الذي يعيش فيه. ومن وجهة النظر هذه تظهر الديمقراطية المحلية بوجه الديمقراطية التشاركية (المبحث الثاني).

المبحث الأول / الديمقراطية المحلية: ديمقراطية سياسية تمثيلية

بداية، يعتبر إنشاء الجماعات الإقليمية في حدّ ذاته تكريس للحرية (المطلب الأول)، ثمّ إنّ اللامركزية الإدارية هي فكرة دستورية، أي فكرة مسجلة في وثيقة سياسية (المطلب الثاني)، وأخيراً لما كانت الهيئات الإقليمية تقوم على مبدأ المجلس المنتخب، هنا يظهر وبصفة كبيرة الطابع السياسي للديمقراطية المحلية؛ فهي ديمقراطية سياسية (المطلب الثالث).

المطلب الأول / الديمقراطية المحلية ممارسة للحرية

تخلق اللامركزية مجال تضامن بين السّكان حول القضايا اليومية والقريبة منهم والتي بإمكانهم حلها (الماء، الطريق، التعليم...)، كما تُحضّر المواطنين لممارسة الحياة السياسية؛ «فاليهئات الإقليمية تُعلّم المواطنين الحرية كما تُعلّم المدارس الابتدائية العلم للتلاميذ، فتضعها بين يدي الشّعب ويتذوق حلاوتها بالممارسة الاعتيادية، وفي البلدية تكمن قوة الشّعب الحُر، وبدون هيئات بلدية يمكن للأمة أن تمدنا بحكومة حرة، لكن لا تملك روح الحرية"، كما يعبر عن ذلك "توكوفيل"².

وجود الهيئات المحلية هو تعبير عن الحرية؛ فمن الناحية التاريخية تم إنشاء البلدية في فرنسا للسماح للسكان بممارسة الحقوق والحريات، ولما ألغت السلطة التأسيسية ل 1789 الامتيازات، وتم إرساء المساواة في الحقوق، فلم تُعد البلدية كضامنة لحقوق وحريات أفرادها فقط، بل أضحت تقسيم إقليمي، مكلفة بإدارة مقاطعتها الانتخابية، ونوَّكد دائما على وجود الحرية على المستوى البلدي، لكن هذه المرة الحرية لا تخص السكان بل تخص الهيئة الإقليمية نفسها، وذلك بالحديث عن إدارة القضايا المحلية³.

الطابع الانتخابي للمجالس الإقليمية ضرورة طبيعية وعادية ناتجة عن تنظيم الهيئات الإقليمية كشخص عام مختلف عن الدولة، وهو ممارسة لنوع من الحرية السياسية والإدارية لصالح السكان.

المطلب الثاني / ارتباط اللامركزية بالدستور

القواعد الدستورية المتعلقة بالهيئات الإقليمية هي قواعد مختصرة، لكنّها قوية فهي تعني الكثير وبكلمات قليلة، وهي قابلة للتفسير والتأقلم، وسمحت هذه القواعد أو المبادئ بتطور قانون الجماعات الإقليمية دون التغيير في الأسس الدستورية، غير أنها تستحق جهد في التخييل والبناء من طرف كلّ من القاضيين الإداري والدستوري⁴.

الإجابة عن التساؤل حول علاقة الديمقراطية المحلية بالدستور يكون بالبحث عن المكانة التي تتبوؤها اللامركزية في الوثيقة السياسية السامية في الدولة. كلّما حولت هذه الوثيقة السياسية التنظيم المؤسّساتي للإقليم، كلّما تحول النقاش إلى المستوى الدستوري، وهنا يجذب قانون اللامركزية وبديناميكية نحو القانون الدستوري⁵.

المكانة القانونية للمجال المحلي متوقفة على الدستور، هذا يعني بصفتها موضوع اللامركزية الإدارية فإنّ "المحلي" يتمتع بحماية في مواجهة أية مناورة ترمي القضاء عليه أو تحويله؛ ف"المحلي" يجد هويته في الدستور، بالتالي فإنّ تمثيل "المحلي" يجد أصوله في الدستور.

تُحوّل اللامركزية الشّكل والصّورة المؤسساتية، وتسمح بظهور مشاهد سياسية محلية حقيقية، وكذا إقليمية المجال المحلي، فالدستور يسمح ويضمن الوجود القانوني للديمقراطية المحلية.⁶

لكنّ كيف يمكن للدستور أن يضمن ويسمح بوجود ديمقراطية محلية؟ بداية، تؤسس الأحكام الدستورية⁷ للطابع الوطني والطابع الإقليمي للممارسة الديمقراطية، فيربط الدستور بين الطابع الديمقراطي والسيادة الوطنية، فالسيادة الوطنية ملك للشعب وحده، ويمارسها بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها ويمارس هذه السيادة عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثلين منتخبين، ويُطبق هذا المبدأ على الإدارة الإقليمية إذا ما علمنا أنّ المجلس المنتخب هو قاعدة اللامركزية.

ثم إنّ الدستور لا يقبل اعتبار الإدارة اللامركزية أجهزة بسيطة، تهدف إلى وضع حيز التنفيذ السياسات العمومية للدولة؛ فتستمد الهيئات المحلية من هذه الصفة سلطة تمثيل السّكان المجتمعين في إقليم أين تضمن إدارته بطريقة ديمقراطية.⁸ بدون شك يتعلق الأمر بالإدارة، إلّا أنّ هذه الحصة اللامركزية من الوظيفة الإدارية تتمتع بحماية دستورية، ويسهر التشريع على هذه الحماية ضد كل إرادة للسلطة المركزية في التعسف والحدّ من السّلطة اللامركزية، فالديمقراطية المحلية تستمد حمايتها من الدستور.

كما ترتبط اللامركزية بفكرة الإقليم، إذ يعتبر الدّستور كل من البلدية والولاية جماعات إقليمية، وينجز عن ذلك أنّ الإقليم الوطني سوف يتم تقسيمه إلى أقاليم صغيرة تأخذ اسم: الولاية والبلدية، ويتم ذلك بموجب التشريع⁹، ولا يمكن أبداً إنشاء هيئات إقليمية تتمتع بالاستقلالية، وتمارس امتيازات السّلطة أو جزء من السيادة الوطنية دون أن تدخل في المعايير المحددة سلفاً في النص الدستوري، وقد اعترض

المجلس الدستوري على المساس بالتسمية، بمناسبة إخطاره بالنص المتعلق بإنشاء محافظة الجزائر الكبرى، وكذا الدائرة الحضرية¹⁰.

إضافةً إلى هذا المعنى الضيق للأمركزية أين لا يمكن لا للتشريع ولا للتنظيم أن ينتقضا منها دون المساس بالنص الدستوري؛ يشترط الدستور ويفرض أشكالاً محددة لتمثيل "المحلي"، وذلك بالمجلس المنتخب.

المطلب الثالث / المجلس المنتخب

يعتبر المجلس المنتخب تطبيقاً للديمقراطية الكلاسيكية ومركزاً للحياة الإدارية والسياسية المحلية، وهو إطار للتعبير عن الديمقراطية وقاعدة اللامركزية؛ فالمجلس المنتخب قوام الديمقراطية المحلية (الفرع الأول) بالاقتراع العام، لعهدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول / مبدأ الانتخاب

ما تتميز به اللامركزية، وهو شرط أدنى للحديث عن لامركزية إقليمية حقيقية هو مبدأ الانتخاب¹¹، فيمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، ومبدأ الانتخاب يطبق في صورته المباشرة (أولاً)، وغير المباشرة (ثانياً).

أولاً / الانتخاب المباشر

التأكيد على المجلس المنتخب في الدستور¹² من خلال الانتخاب العام السري والمباشر هو تملك السلطة المحلية للمواطنين؛ فالهيئات المحلية لها هدف تمثيلي ويسمح هذا التأكيد بوضع المجالس المنتخبة تحت رقابة المواطنين المحليين. الانتخابات المحلية هي انتخابات ديمقراطية، أي أنها تكون باقتراع عام، وتخضع للقواعد الدستورية التي تخص الانتخابات السياسية.

هذا التشبيه أو التماثل تنتج عنه نتائج ثقيلة، فالاقتراع يقوم به المواطنون وليس السكان¹³، فقط الجزائريون المقيمون¹⁴ من يمارسون السيادة الشعبية.

ثانياً / الإنتخاب غير المباشر

كما يظهر عنصر الانتخاب في الهيئات الإقليمية من خلال الانتخابات غير المباشرة والتي تظهر في حالتين:

الأولى / تتعلق بانتخاب رؤساء المجالس الشعبية البلدية والولائية من أعضاء هذه المجالس، إذ يقوم أعضاء المجلس الشعبي البلدي بالانتخاب على رئيس المجلس¹⁵ كما ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الولائي على رئيس المجلس¹⁶.

فرغم أن الدستور لا يشير إلى الهيئة التنفيذية، فهو يشير إلى المجلس المنتخب إلا أنّ هذا الأمر راجع لأسباب منطقية، فهذه الهيئة التنفيذية سوف تكون منتخبة بالنظر إلى انتمائها إلى مجلس، ثم بالنظر إلى أسباب تاريخية؛ فالهيئة التنفيذية تجد نفسها في وضعية أدنى من المجلس المنتخب، وذلك بالنظر إلى ضرورات اللامركزية التي تقوم على تقوية المجلس التداولي بصفته مكاناً للتمثيل المحلي، ومن هنا يمكن للهيئة التنفيذية أن تتواجد في صورة تعيين دون المساس بأحكام الدستور.

فإذا كان المجلس المنتخب البلدي يتمتع بسلطة إدارة الإقليم المحلي عن طريق رئيس المجلس الشعبي البلدي، فلا يتمتع المجلس الشعبي الولائي إلا باختصاصات تداولية، مقابل سلطات واسعة لممثل الحكومة في إدارة الإقليم.

الثانية / من خلال الدور الذي يلعبه المنتخبون المحليون في تشكيل الغرفة الثانية في البرلمان، فالدستور يجعل من هؤلاء المنتخبين ناخبين كبار من خلال حقهم في تشكيل ثلثي أعضاء مجلس الأمة¹⁷، هنا يمكن اعتبار أن مجلس الأمة هو هيئة تمثيل الأقاليم فانتماء ثلثي أعضاء مجلس الأمة إلى الجماعات المحلية، وانتخابهم من طرف هيئة انتخابية مشكلة من منتخبين محليين، قد يعزز فكرة أن الغرفة الثانية غرفة تمثيل الأقاليم، وما يدعم هذا الطرح هو تمثيل الولايات في مجلس الأمة بالتساوي دون مراعاة العنصر الديموغرافي¹⁸.

الفرع الثاني / العهدة

من أجل احترام مبدأ الانتخاب من الضروري أن يتمتع المنتخبون بعهدة أثناء ممارستهم لمهامهم وإلاّ لن يكون المنتخبون المحليون في تواصل مع المواطنين ولن يُضمن عنصر التمثيل¹⁹، غير أنّ كلا من المجلس الدستوري الفرنسي²⁰ والجزائري يسمحان وبصفة استثنائية المساس بالعهدة بتحفظ وبشرط الاستناد إلى المصلحة العامة كحالة: إرساء نظام انتخابي جديد، أو اجتماع انتخابات وطنية ومحلية، دون أن يكون المساس متكرراً.

حيث اعتبر المجلس الدستوري الجزائري أنّ تأجيل الانتخابات المحلية بصورة استثنائية، وإسناد تسيير شؤون الهيئات الإقليمية إلى نفس المجالس المنتهية عهدها مع تقليص صلاحيتها خلال مدة التأجيل لا يتعارض مع الطابع الإلزامي للعهد²¹. فالأصل أنّ عهدة المجالس الإقليمية هي خمس سنوات، إلا أنّ العديد من العوارض القانونية قد تسمح بالمساس بهذه العهدة سواء بالنسبة للمجلس ككل، أو بالنسبة للعهدة الفردية للأعضاء.

فيمكن حلّ المجالس الشعبية المحلية بمرسوم رئاسي مُوقع من طرف رئيس الجمهورية وينشر في الجريدة الرسمية²²، لتوفر الأسباب المنصوص عليها في التشريع المتعلق بالبلدية²³ أو بالولاية²⁴.

أما على المستوى الفردي فيمكن الإشارة إلى العديد من الحالات كإلغاء انتخاب عضو، أو وفاته، وكذا حالة التنافي²⁵...

تُقدّم اللامركزية الإقليمية كمصدر للديمقراطية المحلية، في الحقيقة هناك تقدّم ملحوظ في هذا الشأن، بالخصوص بعد الانفتاح السياسي، لكنّ من المنتظر جعل اللامركزية الإقليمية ديمقراطية محلية كبيرة، وذلك بتقريب اللامركزية من المواطن وبالنتيجة السماح له بالتدخل بصورة فورية في النقاشات المحلية حول القضايا التي تهمه في حياته اليومية في مواجهة المنتخبين المحليين.

المبحث الثاني / الديمقراطية المحلية: ديمقراطية تشاركية

العلاقات التي تربط الجماعات الإقليمية بالمواطن يجب أن تكون قوية، وهذا بالنظر إلى القرب الكبير بين المواطن وهذه الهيئات، وكذلك لأنّ الرقابة الديمقراطية على المنتخبين لم تُنظم بالكيفية نفسها على المستوى المحلي مقارنة بالمستوى الوطني. فالهيئة التنفيذية البلدية ليست مسؤولة أمام المجلس المنتخب. في حين من الناحية العملية وإلى وقت قريب كان من الصعب توضيح هذه الخصوصية (القرب، أو الجوار) في العلاقات بين الجماعات الإقليمية والمواطن، بل يمكن التأكيد أنّ مكانة غير مهمة منحت للأليات غير الديمقراطية على المستوى المحلي، غير أنّ الأمر تطور تدريجيا في اتجاه هذه العلاقات.

دراسة تبني الديمقراطية التشاركية يستدعي البحث في مفهومها (المطلب الأول) وأسباب ظهورها (المطلب الثاني)، وأهدافها (المطلب الثالث)، ومظاهر تكريسها (المطلب الرابع).

المطلب الأول / مفهوم الديمقراطية التشاركية

تُعتبر المشاركة استجابة لحل أزمة التمثيل السياسي وأشكال الحكم، والعديد من المصطلحات تستعمل للإشارة إلى التطور الحاصل منها: التسيير الجوّاري، التسيير العمومي الجديد، والديمقراطية التشاركية، وهي توجي إلى تحولات العلاقات الاجتماعية، والديمقراطية السياسية، تسمح بالدخول في حلقات جديدة، كما تسمح برسم نموذج جديد للسياسات العمومية، وذلك بإعادة تموقع الدولة.

هذه الأفكار الجديدة تنتقل من تخصص إلى آخر، لكن في ظل علم السياسة فهي

تعني إشراك المواطن في النظام السياسي أو الإداري.²⁶

يتطور موضوع الديمقراطية التشاركية يوماً بعد يوم في النقاش العمومي، وقد يرجع ذلك إلى أن المسافة بين السياسي والإداري أصبحت قريبة، وقد يرجع إلى أنّ المواطنة ليست فكرة مُعرّفة بالتدقيق. فالمواطن يأخذ صفة المُدار أو المستعمل في ظل النّظام الإداري، في حين أن المبدأ الديمقراطي يجب أن يُطبق في المحيط السياسي الإداري.

تقوية وتعميق الديمقراطية المحلية هي مسألة معاصرة، وأصبحت تأخذ قسماً كبيراً من اهتمامات السلطة العامة مؤخراً، وباسترجاع بعض النصوص القانونية وبالخصوص تلك المتعلقة بالجماعات الإقليمية²⁷ تظهر نية إرساء الحوار بين المنتخبين المحليين والناخبين.

في الحقيقة ليس بمقدور الناخبين أن يقوموا بتسيير الشأن المحلي بأنفسهم ومراقبة المنتخبين في كل وقت، لكن ليس من حق المنتخبين التفرّد بسلطة القرار، بل عليهم إعلام المواطنين وإعطائهم الحق في المشاركة.

أصبحت الديمقراطية التشاركية "موضة"²⁸، وتُعبر عن تقدم ديمقراطي حقيقي وتُستعمل في الغالب من أجل إضفاء مشروعية أكبر على العمل الإداري، لكن هناك أمرٌ مؤكد هو أن الديمقراطية التمثيلية لم تعد تكفي؛ فكان لا بدّ من خلق وتنظيم آليات

جديدة: كإحياء مجالس الأحياء، الجمعيات، ندوات المواطنين، أين يمكن ممارسة هذه الحرية الجماعية.

المطلب الثاني / أسباب ظهور الديمقراطية التشاركية

العديد من الأسباب ساهمت في ظهور الديمقراطية التشاركية، غير أن العوامل السياسية (الفرع الأول) لعبت دورًا كبيرًا في بروزها، هذه العوامل تعود أساسًا للعيوب التي شابت نظام الديمقراطية التمثيلية، كما تلعب الأسباب العلمية الثقافية دورًا هامًا في ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول / الأسباب السياسية

يلعب التقسيم الانتخابي دورًا كبيرًا في التقاط الأصوات؛ فيسمح علم الاجتماع الانتخابي بمعرفة مُسبقة بخيارات الناخبين، الشيء الذي يسمح بتفضيل تشكيلة سياسية على أخرى، وهذه الممارسة عرفتها الجزائر في التقسيم الانتخابي لانتخابات 1991.

نضيف كذلك العائق المتعلق بوجود الحصول على نسبة معينة من الأصوات فالقوائم التي تحصل على أقل من 7% سوف تقصى من السباق في توزيع المقاعد في الانتخابات المحلية²⁹، الشيء الذي ينتج إقصاء فئة معينة من التمثيل داخل المجلس. دائمًا فيما يتعلق بالنظام الانتخابي؛ فالإدارة هي من تمتلك وتُسيّر الانتخابات فالرقابة على العملية الانتخابية يكون من طرف الإدارة، ولا تملك الأحزاب المعارضة وبالخصوص الصغيرة حتى إمكانية الرقابة المادية لصحة عملية الفرز. وتستعمل الإدارة العديد من الأدوات لتفضيل الأحزاب القريبة من السلطة، سواء المادية (النقل التغطية الإعلامية، التمويل)، أو البشرية (تعبئة الجماهير الزبونة).

عنصر آخر يتمثل في عدم امتلاك الناخبين لأية وسيلة تسمح لهم بالرقابة على المُنتخبين طيلة العهدة الانتخابية؛ فالمشاركة في هذا النموذج تبقى خيالية ومرتبطة بالمواعيد الانتخابية³⁰.

كما يسمح التنظيم البيروقراطي البلدي القائم على الارتباط الشديد للبلدية بنظام عدم التركيز للمنتخب بالانفصال عن الناخبين بصفة شبه كلية³¹، إلى درجة أين ينسى أنه مُنتخب محلي أولاً وممثلًا للدولة ثانيًا، فالعلاقات بين المواطنين والمُنتخبين

المحلين متدهورة جداً، وهذا راجع لبعدها المسافة التي تربط المنتخب بالمواطنين؛ فلم تعد الديمقراطية التمثيلية إلا أداة لإدماج النخبة السياسية في النظام الإداري البيروقراطي بدل لعب الدور التمثيلي التشاركي للمواطنين.³²

كما نُسجل أسباب تعود إلى الأحزاب السياسية، هذه الأخيرة تُعدّ أجهزة لاختيار الشخصيات التي تترشح لشغل مناصب في الجماعات الإقليمية، وغالبًا ما يكون هذا الاختيار بالنظر إلى قدرة المترشحين في الحصول على الأصوات، وفي الحقيقة ليس المواطنون من يختارون المنتخبين، ولا يوجد مناضلين بل محترفي السياسة من يصنعون مسارات حياتهم، ويدافعون عن مصالحهم، والأحزاب القريبة من السلطة من تنجح في الغالب.³³

أمام هذا الوضع، لم يبق للمواطن إلا مقاطعة الانتخابات كمدح للمقاومة والصمود، والانتخابات ليست مهمة بالنسبة للنظام إلا فيما يتعلق بنسبة المشاركة.

الفرع الثاني / الأسباب الثقافية والعلمية

المسافة الثنائية بين الناخب والمنتخب لم تعد كبيرة على المستوى الجغرافي، وهذا بفضل تطور وسائل النقل، وتطور الصحافة المكتوبة، والمسموعة، ثم المرئية، وأخيرًا الأنترنت، والتي تجعل المواطن في اتصال دائم، الشيء الذي يسمح بالمشاركة الدائمة للمواطن في الشأن المحلي، والأمر نفسه بالنسبة للمسافة الثقافية، وهذا بفضل ارتفاع مستوى التعليم وتطور وسائل المعرفة.

أمام هذا الأمر يجب أن يكون العرض السياسي جيّد، ويجب كذلك تطوير البرامج السياسية.³⁴

لكن توجد أزمة حقيقية في "عقد التفويض" الذي يشكل الديمقراطية التمثيلية الشيء الذي يستدعي تجديد العلاقة بين الناخب والمنتخب من خلال المشاركة.

المطلب الثالث / أهداف الديمقراطية التشاركية

لم يكن الهدف من تكريس الديمقراطية التشاركية إيجاد حل للأزمة التي تتواجد فيها الديمقراطية التمثيلية فقط (الفرع الثالث)، بل إنها استجابة لمتطلبات اجتماعية (الفرع الثاني) من خلال تجديد العلاقات الاجتماعية وتحقيق العدالة الاجتماعية، كما تقدم المشاركة كألية لتبني المناهج الجيدة في التسيير العمومي (الفرع الأول).

الفرع الأول / الأهداف التسييرية

يمكن أن يكون الهدف من استعمال المشاركة تحقيق أهداف في التسيير الجيد للهيئة الإقليمية، أو ما يطلق عليه اليوم بـ "التسيير العمومي الجديد" ³⁵ ، « New public management » وحسب هذه الفكرة: على مُقَدِّمي الخدمات العمومية الأخذ بعين الاعتبار آراء مستعملي المرافق العامة والمستهلكين. كما ترمي المشاركة إلى الوقاية من النزاعات وضمان تقبل المواطنين للقرارات الإدارية.

أخيراً ترمي هذه الفكرة إلى الحصول على خبرة المستعملين والسكان؛ فإذا كنّا في نظام التسيير العمومي يجب بالضرورة أن نكون في نظام ديمقراطي.

الفرع الثاني / تجديد العلاقات الاجتماعية

القليل من الكتاب من يتطرقون إلى دور الديمقراطية التشاركية في المحيط الاجتماعي، إذ ترمي المشاركة إلى إعادة بناء ونسج العلاقات بين المُتَخَبِين والمواطنين ³⁶ بفضل تنشيط الأحياء والقرى، ومن وجهة النظر هذه نقول: إعادة بناء الثقة، بل هي حل لأزمة التمثيل.

من الناحية الاجتماعية دائماً، تُمكِّن المشاركة من بناء مواطنين جيدين ³⁷ ، وكذا تسمح بإرساء بيداغوجية سياسية جيدة بفضل تكريس ثقافة الحوار والنقاش العام كما تسمح بتسييس بعض الفئات الاجتماعية ³⁸ ، بل من الممكن اعتبارها مجالاً لتوسيع الوعاء الانتخابي.

كما تقوي فكرة الديمقراطية التشاركية من العدالة الاجتماعية، وتسمح بتقريب المواطن من السلطة السياسية، وإعلام المواطنين، وإرساء بيداغوجية فعّالة، وكذا المساهمة في تطوير مصير الطبقات الضعيفة، وتجربة أمريكا اللاتينية في هذا المجال خير دليل على ذلك من خلال الميزانية التشاركية، التي تسمح بتوجيه النفقات العامة لتقليص الفجوة الاجتماعية ³⁹ .

الفرع الثالث / الديمقراطية التشاركية كحل لأزمة الديمقراطية التمثيلية

يُعتبرُ الفقه أنّ الوظيفة الأولى للديمقراطية التشاركية هي محاولة ترميم البناء الديمقراطي، وتشكيل عناصر المشروعية؛ فالديمقراطية التشاركية تُكوِّن الحجر

الأساس التي من خلالها يمكن إعادة بناء العلاقة بين المجال السياسي والمجتمع المدني على أسس جديدة.

هذه الفكرة ليست جديدة، فمنذ ثلاثين سنة كتب "شوفاليه"⁴⁰: "ترقية إيديولوجية المشاركة هدفها معالجة ضياع المشروعية الناتجة عن أزمة التمثيل. يتعلق الأمر بتأسيس الأنظمة للسلطة الموجودة...على أساس مبدأ ديمقراطي، فالمشروعية لا تأتي من الأعلى، أو من الهيئة، بل من القاعدة، من الأعضاء".

فأمام ارتفاع نسبة المقاطعة، وعدم الثقة في المُنتخبين يستدعي الأمر غرس فكرة المشاركة في الأذهان، فلم تُعد الأحزاب السياسية تلعب دور التحكيم بين النظام السياسي والمجتمع المدني، فهنا يمكن للديمقراطية التشاركية أن تملأ هذا الفراغ. يمكن للنظام التمثيلي أن يتقوى أكثر بواسطة إدخال جرعات ديمقراطية جديدة مثل الاستفتاء المحلي، وحق الاعتراض، وعريضة التوقيعات، والنقاش العام ومبادرة المواطنين.

المطلب الرابع / تكريس المشاركة

العديد من النصوص مختلفة المصدر، وذات محتوى مختلف تؤكد على تطوير فكرة المواطنة الإدارية، كالدستور، والنص المتعلق بالعلاقة بين الإدارة والمواطن⁴¹ وقانون البلدية، وكذا نصوص تتعلق بالمشاركة في قطاعات معينة كالبيئة والتعمير والمدينة.

بدايةً، تم تكريس المشاركة في الدستور حيث ينص الدستور في ديباجته على أن الدستور يعتمد به بناء مؤسسات دستورية، أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية.

وأثناء تطرق المؤسس الدستوري إلى نظام اللامركزية الإدارية، جعل من المجلس المنتخب مكاناً لمشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية.

كما اعتبر المؤسس الدستوري في المادة 31 من الدستور، أنّ المؤسسات الدستورية تهدف لضمان مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون ضمان مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية.

ويُكرّس القانون المتعلق بالبلدية بابًا بكامله لمشاركة المواطنين في تسيير الشؤون البلدية، وذلك من المادة 11 إلى المادة 14، والتي قوامها الإعلام الإداري، والاستشارة حول أولويات التهيئة والتنمية المحلية، والعمل على نسج علاقات تواصل بين المنتخبين والمواطنين من خلال إمكانية تقديم عرض عن النشاط السنوي، وحث المواطنين على المشاركة⁴².

كما يُكرّس القانون المتعلق بحماية البيئة⁴³ مبدأ الديمقراطية التشاركية من خلال تدخل الأفراد والجمعيات في مجال حماية البيئة، وكذا الحقوق المخولة للجمعيات الناشطة في مجال حماية البيئة، وتخويلها حق المشاركة والمساعدة وإبداء الرأي وفق التشريع المعمول به، ولا يتسنى ذلك إلا من خلال تكريس الحق في الإعلام البيئي الذي يعتبر من الدعائم الأساسية للديمقراطية البيئية.

ومن أجل وضع حيز التطبيق المشاركة في مجال البيئة يُكرّس المشرع آليتي التحقيق العمومي، ودراسة التأثير أو موجز التأثير على البيئة⁴⁴، وذلك للسماح لكل شخص بإبداء آرائه وملاحظاته فيما يخص الآثار المحتملة لمشروع ما على البيئة.

في حين يكرس القانون المتعلق بالتعمير⁴⁵ آليات الاستشارة والتحقيق العمومي فيفرض استشارة الجمعيات والغرف الفلاحية والمنظمات المهنية أثناء إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، ومخطط شغل الأراضي، وكذا إجراء تحقيق عمومي لكلا من المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير⁴⁶ ومخطط شغل الأراضي⁴⁷.

ويكرس القانون المتعلق بالمدينة⁴⁸ مبادئ التسيير الجوّاري: الذي بموجبه يتم بحث ووضع الدعائم والمناهج الرامية إلى إشراك المواطن، بصفة مباشرة، أو عن طريق الحركة الجمعوية في تسيير البرامج والأنشطة التي تتعلق بمحيطة المعيشي، وكذا تقدير الآثار المترتبة على ذلك وتقييمها. كما يتم إشراك المواطنين في البرامج المتعلقة بتسيير إطارهم المعيشي، وخاصة أحيائهم، وتسهر الدولة على المشاركة الفعلية للمواطن في البرامج والأنشطة المتعلقة بسياسة المدينة، ويضع المشرع أدوات لذلك تتمثل في التقييم والإعلام بكل أنواعه (الاقتصادي والاجتماعي والجغرافي).

رغم تكريس القانون الجزائري للمشاركة إلا أنّ الأمر يبقى ضعيفا مقارنة بالقانون المقارن الذي يعرف العديد من الآليات كلجان المواطنين⁴⁹، والميزانية التشاركية⁵⁰ والمجالس الاستشارية⁵¹، والنقاش العام⁵²، والاستفتاء المحلي⁵³.

وينتظر تعميق الإصلاحات في المستقبل القريب لوضع حيز التطبيق آليات مشاركة المواطنين في تسيير الشأن المحلي، بعد أن يكشف فوج العمل التي أرساه وزير الداخلية بهذا الشأن عن نتائج عمله⁵⁴.

إنّه من الممكن الاقتداء بالنماذج الموجودة في القانون المقارن، لكن من المحبذ العودة إلى النماذج التقليدية للمشاركة والتي عرفها المجتمع الجزائري سابقا، والتي هي متأقلمة مع التركيبة الاجتماعية المحلية كـ "تاجماعت".

خاتمة

تُغير الديمقراطية المحلية من شكلها، إنّها تمزج بين سلطات المجلس المنتخب وحرّيات المواطنين، ومن هنا فإنّ الديمقراطية المحلية تتطور، وتأخذ صورة ديمقراطية تشاركية، تجعل من العلاقة بين المنتخبين والمواطنين قوية ومتجددة.

في ظل تفسير يرسي على التجارب الأولى للديمقراطية التشاركية فإنّ هذه الأخيرة تهدف لتقوية الديمقراطية التمثيلية بتقوية التواصل بين المواطنين والمنتخبين، ومن الممكن التأكيد بأن الأجهزة المؤسسية للمشاركة تقوي من البعد الديمقراطي للديمقراطية التمثيلية، كما تسمح بإضفاء الشفافية على العمل الإداري، والقضاء على البيروقراطية.

السماح بمشاركة المواطنين في اتخاذ القرار يسمح بظهور أشكال مؤسسية جديدة في إطار ديناميكية شاملة تقلل من تعسّف المنتخبين، وتسمح بالانتقال من الحكم إلى الحكامة، والديمقراطية التشاركية جزء من هذا النظام.

هذه الظاهرة ليست سطحية، إنّها تستوجب تحول عميق في الشرعية السياسية، كما تسمح في بعض الأحيان بإعادة توزيع السلطة وتبرز مواطنين فاعلين، وتحدّ من استقلالية ممثلي الشعب عن المواطنين.

الهوامش

1. Cité par (R.) Capus, *Droit administratif général*, T 1, 15e éd. Montchrestien, Paris, p.406.
2. (A.) de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, Paris, 1986, p. 53.
3. (J.-L.) Autin et (C.) Ribot, *Droit administratif général*, 2e éd. Litec, Paris, 2003, p.78.
4. (M.) Verpeaux, « Le droit constitutionnel des collectivités territoriales », *CCC*, n°12,2002,p.135.
5. (J.-B.) Auby et (B.) Faure, *Les collectivités locales et le droit, Les mutations actuelles*, Dalloz paris, 2001.
6. (J.) Caillosse, « Ce que la Constitution française donne à voir de la démocratie locale », in *Les collectivités locales*, Mél. (J.) Moreau, Economica, Paris, 2002, p. 44.
7. أنظر المواد 1 و 6 و 11 و 14 و 15 و 16 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438_96، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ر عدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.
8. (J.-A.) Mazarès, « Les collectivités locales et la représentation », *RDP*, 1990, p.609.
9. أنظر المادة 122 بند 10 من الدستور الجزائري، مرجع سابق .
10. "واعتباراً أن المؤسس الدستوري حين أقر في المادة 15 فقرة أولى من الدستور أن الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية، فإنه يقصد حصر التقسيم الإقليمي للبلاد في هاتين الجماعتين الإقليميتين دون سواهما، واعتبار أنه إذا كان المؤسس الدستوري قد خول المشرع، بمقتضى المادة 122 بند 10 من الدستور، صلاحية التشريع في مجال التقسيم الإقليمي للبلاد، فإنه يتعين عليه، حين ممارسة هذه الصلاحية، أن يتقيد بأحكام المادة 15 فقرة أولى من الدستور،
- واعتباراً بالنتيجة، أن المشرع حين أنشأ جماعتين إقليميتين تدعيان محافظة الجزائر الكبرى والدائرة الحضرية وحدد قواعد خاصة لتنظيمهما وسيرهما وعملهما يكون قد خالف أحكام الدستور لا سيما المواد 15 الفقرة الأولى، 18 الفقرة الثانية..."، قرار رقم 02/ق/أ/م د/200 مؤرخ في 27 فيفري 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97_15 المؤرخ في 31 ماي 1997، المحدد للقانون الأساسي لمحافظة الجزائر الكبرى، ج.ر عدد 7، الصادر في 28 فيفري 2000.
11. (J.-B.) Auby, (J.-F.) Auby et (R.) Noguellou, *Droit des Les collectivités locales*, 5e éd., PUF, Paris, 2009, p.116.
12. تنص المادة 14 من الدستور على: تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي، والعدالة الاجتماعية. المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته، ويراقب عمل السلطات العمومية؛ وتضيف المادة 16: يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية، مرجع سابق.
13. (J.) Hardy, « Citoyenneté, citoyenneté(s) locale(s) », *Pouvoirs*, n° 23-1994, p.116.
14. أنظر المادة 9 من القانون العضوي رقم 01_12، مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالانتخابات، ج.ر عدد 01 صادر في 14 جانفي 2012.
15. المادة 80 من القانون العضوي رقم 01_12، مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالانتخابات، مرجع سابق؛ نشير إلى التعرض بين قانون البلدية الذي جعل رئيس المجلس الشعبي البلدي متصدر القائمة التي تحصلت على أغلبية أصوات الناخبين، وفي حالة تساوي الأصوات، يعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي المترشحة أو المترشح الأصغر سنا وذلك دون اللجوء إلى انتخابات داخل المجلس، أنظر المادة 65 من القانون رقم 11_10، المؤرخ في 22 جوان 2011 يتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37 صادر في 03 جويلية 2011، وأثناء التطبيق وبمناسبة الانتخابات المحلية ل 2102 تم الاعتماد على القانون العضوي المتعلق بالانتخابات وليس على قانون البلدية.
16. أنظر المواد 59، 60، 61 من القانون رقم 07_12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر عدد 12 صادر في 29 فيفري 2012.

17. تنص المادة 101 فقرة أولى من الدستور على: ينتخب ثلثا أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي، مرجع سابق.
18. خويضر الطاهر، "تمثيل الجماعات المحلية في مجلس الأمة بين حقيقة التمثيل النسبي وضرورة التوازن"، مجلة الفكر البرلماني، عدد 11، 2006، ص.75.
19. (B.) Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Paris, 2009, P. 37.
20. Cons. const. n° 94-341 DC du 6 juillet 1994, Renouveau des conseillers municipaux, Rec., p. 88 ; *RFDC* 1994, p. 790, note (L.) Philip.
21. "اعتبارا أن القانون العضوي موضوع الإخطار، نص في مادتيه الأولى و 3 على تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية، بصورة استثنائية، بالنسبة للمجالس المنبثقة عن انتخابات 10 أكتوبر سنة 2002 والانتخابات الجزئية ليوم 24 نوفمبر سنة 2005 مع إسناد صلاحية تسيير شؤونها خلال فترة التأجيل إلى نفس المجالس الشعبية البلدية والولائية المنتهية عهدها، ماعدا التصرف في الأملاك العقارية، - واعتبارا أنه إذا كان من صلاحية المشرع أن يقرر بكل سيادة تأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية متى ارتأى بأن هناك ظروفًا استثنائية غير ملائمة تمنع إجراءها في أجلها القانوني، فإنه بالمقابل مطالب بعدم تمديد العهدة الانتخابية احترامًا للطابع الإلزامي لهذه الأخيرة المستمد من الدستور، - واعتبارا أن المشرع حين نص صراحة في القانون العضوي موضوع الإخطار، على أن مضمون هذا القانون العضوي يتعلق بتأجيل انتخابات تجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية وأقر بانتهاء عهدها الانتخابية وقاص من صلاحياتها خلال فترة التأجيل يكون قد احترم الطابع الإلزامي للعهدة المستمد من الإرادة الشعبية التي تخول المنتخبين ممارسة صلاحياتهم كاملة غير منقوصة أثناء سريان العهدة الانتخابية فقط، واعتبارا أن التأجيل الاستثنائي لتجديد المجالس الشعبية البلدية والولاية، مضمون القانون العضوي موضوع الإخطار، لا يتعارض مع أي حكم أو مبدأ دستوري آخر". رأي رقم 01 / ر. م د / 07 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2007، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن تأجيل الانتخابات لتجديد المجالس الشعبية البلدية والولائية، المنبثقة عن انتخابات 10 أكتوبر سنة 2002 والانتخابات الجزئية ليوم 24 نوفمبر سنة 2005 ، للدستور، ج.ر عدد 48 الصادر في 29 جويلية 2007.
22. أنظر المرسوم الرئاسي رقم 254_05، المؤرخ في 20 جويلية 2005، المتضمن حل مجالس شعبية بلدية بكل من ولايتي بجاية وتيزي وزو، ج.ر، عدد 51، الصادر في 20 جويلية 2005.
23. أنظر المواد من 46 إلى 51 من القانون رقم 10_11، مؤرخ في 22 جويلية 2011، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق.
24. أنظر المواد 59 من 47 إلى 50 من القانون رقم 07_12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، مرجع سابق.
25. أنظر المواد من 41 إلى 45 من القانون رقم 10_11، مؤرخ في 22 جويلية 2011، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق.
- المواد 41 إلى 46 من القانون رقم 07_12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، مرجع سابق.
26. (M.-H.) Barcé, (H.) Rey et (Y.) Sintomer, « La démocratie participative, un nouveaux paradigme de l'action publique », in extrait d'un ouvrage collectif *Démocratie participative et gestion de proximité*, Paris, La découverte, 2004.
27. أنظر أدناه.
28. in « De la démocratie participative, expériences débats, *Revue MAUSS*, 2005/2, n° 25, p.155.
29. أنظر المادة 66 من القانون العضوي رقم 01_12، مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالانتخابات، مرجع سابق.
30. (Y.) Jégouzou, « De la participation à la démocratie participative ? », *AJDA*, 2006, p. 2314.

31. تشهد لظاهرة مزدوجة: في المدن الكبرى يتم جذب « captage » المنتخبين بالخصوص المسؤولين منهم من طرف النخبة المركزية و"المافيا" المحلية، أما في البلديات الصغيرة يتم إدخال المنتخبين المحليين في حلقات النظام الإداري البيروقراطي من خلال اللجوء المستمر واليومي إلى الإدارة غير المركزية لحل المشاكل التي تواجه الهيئة التي ينتهي إليها، ليتحول إلى موظف إداري.

32. (E.) Taib, « La participation locale », in Colloque national sur Les collectivités territoriales » Université de Béjaïa, Novembre 2007.

33. Ibid.

34. (C.) Braillon et (D.) Taddei, « Vers une démocratie participative », *Mouvements*, n° 23, sep-oct. 2002, pp.90-91.

35. (J.) Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 3e éd. Paris, 2008 ; Rapport de synthèse, in (N.) Albert (dir.) *Performance et droit administratif*, Paris, Litec, 2010, p. 293 et s.

36. (L.) Blondiaux, « La démocratie participative, sous conditions et malgré tout. Un plaidoyer paradoxal en faveur de l'innovation démocratique », *Mouvements*, n° 50, Juin 2007.

37. (J.) Talpin, *Une politique de la présence : les vertus de la délibération et de la participation au test des assemblées populaires argentine*, Mémoire pour le DEA de pensée politique, Institut des études politiques de Paris, 2003, p.330.

38. (M.) Carrel, « Politisation et publicisation : les effets fragiles de la délibération en milieu populaire », *Politix*, 75, 2006.

39. (M.) Gret et (Y.) Sintomer, *Porto Alegre. L'espoir d'une autre démocratie*, La Découverte, Paris, 2002.

40. (J.) Chevallier, *Eléments d'analyse politique*, Paris, PUF, (1985).

41. مرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 4 جويلية 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن. ج.ر عدد 27، صادر في 06 جويلية 1988. (في نظرنا: يثير هذا المرسوم مشكل يتعلق بالاختصاص في هذا المجال، هل هذا المجال من اختصاص السلطة التنظيمية المستقلة، أم من اختصاص السلطة التشريعية، في نظرنا فإن العلاقة بين الإدارة والمواطن هي علاقة حقوق وواجبات تدخل ضمن اختصاص السلطة التشريعية وليس من اختصاص السلطة التنظيمية، من جهة أخرى يعتبر هذا النص قديم جدا، اتخذ في عهد البيروقراطية الإدارية، يحتاج إلى تحيين في ظل دولة القانون وعصر المواطنة الإدارية، والديمقراطية الإدارية، والحكومة الإلكترونية، والشفافية الإدارية، وظهور تقنيات جديدة في الإعلام الإداري.

42. كما تنص المادة 103 من قانون البلدية على: " يشكل المجلس الشعبي البلدي إطارا للتعبير عن الديمقراطية ويمثل قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية"، مرجع سابق.

43. أنظر المواد 1 و 5 و 7 و 8 و 9 من القانون رقم 03_10 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر عدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003.

44. أنظر المواد 15 و 16 من القانون رقم 03_10، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المرجع السابق؛ المرسوم التنفيذي رقم 144 - 07، المؤرخ في 9 ماي 2007، يحدد المنشآت المصنفة لحماية البيئة، ج.ر عدد 43 الصادر في 22 ماي 2007، والمرسوم التنفيذي رقم 07 - 145، مؤرخ في الموافق 19 مايو سنة 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، مرجع سابق.

45. أنظر المادة 15 من القانون رقم 90_29، مؤرخ 1 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر عدد 52، الصادر في 2 ديسمبر 1990.

46. أنظر المرسوم التنفيذي رقم 91-177، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد إجراءات إعداد والمصادقة على المخطط التوجيهي للهيئة والتعمير ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج.ر.عدد 26 الصادر في 1 جوان 1991.
47. أنظر المرسوم التنفيذي رقم 91-178، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد إجراءات إعداد والمصادقة على مخطط شغل الأراضي ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج.ر.عدد 26 الصادر في 1 جوان 1991.
48. المواد 2 و 17 و 23 من القانون رقم 06_06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة ج.ر.عدد 15، الصادر في 12 مارس 2006.
49. يتشكل من مجموعة من السكان يتم تعيينهم بالقرعة بهدف هذا الإجراء إلى استصدار رأي استشاري حول قضية معينة لصالح الهيئة المحلية، أنظر:
- (Y.) Sintomer, *Le pouvoir au peuple, Jurys citoyens, tirage au sort, et démocratie participative*, La Découverte, Paris, 2007.
50. تم ابتكار هذا الإجراء بـ «بورتو ألغر» «Porto Alegre» بالبرازيل، ويرمي إلى إشراك المواطنين في النقاش حول الميزانية المحلية، ويسمح بتجاوز مجال الحي، أنظر:
- (M.) Gret et (Y.) Sintomer, *Porto Alegre. L'espoir d'une autre démocratie*, op.cit ; Querrien et (E.) Maigret, « Le budget participatif est-il une bonne idée ? », *Hermès*, n° 26-27/2000, p. 311.
51. يتشكل المجلس الاستشاري من شخصيات محلية قد يختارون بحكم كفاءتهم وخبرتهم، يكون مصدر اقتراح للمجلس المنتخب، كما يمكن أم يكون المجلس الاستشاري يعني فئة معينة من المجتمع ك: النساء، الطلبة الجامعيين، ذوي الاحتياجات الخاصة...
52. النقاش العام وسيلة لاستباق وضبط النزاعات هذه الوسيلة تلزم الإدارة بالإعلام والمناقشة فيما يتعلق بإعداد المشاريع الكبرى، أنظر:
- (Ch.) Ferrari-Breur, « Brève présentation du décret relatif à l'organisation du débat public et à la Commission nationale du débat public », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 4, 4 Novembre 2002, 1113.
53. يسمح هذا الإجراء باستشارة المواطنين المحليين في قضية معينة، يمكن أن يكون الاقتراح بالاستفتاء المحلي من اقتراح رئيس البلدية، أو من اقتراح المجتمع المدني بعد جمع توقيعات وطلب إخضاع المشروع لاستفتاء محلي ويكرس دستور فرنسا بعد إصلاح 2003 حق الاستفتاء المحلي، وحق جمع توقيعات لطلب تسجيل نقطة في جدول الأعمال، أنظر:
- (M.) Verpeaux, « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, p.540 (P.) Dévolvé, « Le référendum local », *RFDA*, 2004, p.7.
54. (M.)Makedhi, « La démocratie participative prisonnière des textes », *El Watan*, 2 novembre 2014, p.2.

نتائج انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية في مواجهة الجرائم الإسرائيلية *

Dr. CHITER Abdelouhab
Département des Enseignements de Base en Droit
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

د. شيتير عبد الوهاب
قسم التعليم الأساسي للحقوق
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

يرتّب الإنضمام الفلسطيني للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية آثار قانونية هامة في مواجهة الجرائم التي ترتكها القوات الإسرائيلية، و غير أنّ ذلك لا يؤدي تلقائياً وإلزاماً إلى متابعة مرتكبيها أمام المحكمة، بل تلتزم بمراعاة الشروط المسبقة لذلك، كما لا يمكن لها أن تحاكمهم في ظروف رفض إسرائيل التعاون معها وإبرامها لإتفاقيات ثنائية مع الدول تمنعها عن تسليم الإسرائيليين إلى المحكمة.

الكلمات المفتاحية

فلسطين، إسرائيل، لجان تقصي الحقائق، غزّة، المحكمة الجنائية الدولية، الجرائم الدولية، المدعي العام، مجلس الأمن، تحريك الإختصاص.

Les conséquences de l'adhésion de la Palestine au Statut de la CPI sur la répression des crimes Israéliens

Résumé

L'Adhésion de la Palestine au Statut de la *CPI* produit des effets juridiques importants pour la répression des crimes commis par les forces Israéliennes. En revanche, la Cour ne peut pas exercer une compétence universelle et obligatoire pour la poursuivre les Auteurs de ces crimes. Elle est tenue de respecter les conditions définies par son Statut pour entamer toute poursuite et de compter sur la coopération d'Israël qui refuse que ses ressortissants soient renvoyés devant la Cour et en signant des accords bilatéraux interdisant toute extradition d'un Israélien devant la *CPI*.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 06/09/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 08/11/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 10/11/2015.

Mots clés

Palestine, Israël, Commissions d'enquêtes, de Gaza, CPI, Crimes internationaux, Le Procureur, le Conseil de sécurité, actionner la compétence.

The consequences of the accession of Palestine to the Statute of the ICC on the repression of Israeli crimes

Summary

The accession of Palestine to the ICC Statute produces important legal effects for the punishment of crimes committed by Israeli Forces. But the Court can not exercise universal and compulsory jurisdiction for the prosecution of perpetrators. It must respect the conditions defined by the Statute to initiate prosecution and rely on the cooperation of Israel refuses that its nationals be referred to the Court and signing bilateral agreements prohibiting an Israeli surrender to the ICC.

Keywords

Palestine, commissions of inquiry, Council for Human Rights, Gaza, ICC, international crimes, the Prosecutor, the Security Council, Actuate competence.

مقدمة

أنشئت المحكمة الجنائية الدولية بموجب إتفاق "روما" لسنة 1998، حيث أقرّ بموجبه نظامها الأساسي، والذي دخل حيز التنفيذ في الأول من جويلية عام 2002، ومنح لها دور فعال في مكافحة الجرائم الدولية الأكثر خطورة على الإنسانية¹.

تعدّ آلية فعلية لمعاقبة مرتكبي الجرائم الدولية، وتملك اختصاصا مكتملا للقضاء الوطني، وقد بلغ عدد الدول الأطراف في نظامها الأساسي (123) دولة ومن بينها (3) دول عربية²، وتوجد دولة فلسطين ضمن أهم هذه الدول، إذ انضمت إلى المحكمة بتاريخ 2 جانفي 2015³، وكان لإعتراف منظمة الأمم المتحدة بها كـ "دولة ملاحظة غير عضو" دوراً حاسماً في قبول عضويتها في المحكمة⁴ وكذا للموافقة على إعلانها بقبول اختصاصها من أجل فتح التحقيق في الجرائم الإسرائيلية بداية من 13 جوان 2014⁵.

تظهر أهمية هذا الانضمام في ترتيبه لأثار قانونية على إختصاص المحكمة بالنظر في الجرائم الإسرائيلية المرتكبة ضد الفلسطينيين، خاصة خلال عدوانها على غزة سنتي 2009 و2014.

تكمن أهمية هذا الموضوع في تحديد مدى ترتيب الانضمام الفلسطيني للنظام الأساسي لأثار قانونية على تحريك إختصاص المحكمة للنظر في الجرائم التي ارتكبتها وترتكبها القوات المسلحة الإسرائيلية في حق الفلسطينيين.

تبعاً لذلك، سنبين أهم الجوانب القانونية لتحريك إختصاص المحكمة ضد الجرائم المرتكبة من طرف القوات الإسرائيلية بعد إنضمام فلسطين للنظام الأساسي وواقع ذلك في الممارسات العملية، وهو الموضوع الذي يطرح إشكالية حول "مدى ترتيب الانضمام الفلسطيني للنظام الأساسي لأثار قانونية فعلية وفعالة على ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر في الجرائم التي ترتكها القوات الإسرائيلية في حق الفلسطينيين".

للإجابة على هذه الإشكالية سوف ندرس ممارسة المحكمة لإختصاصها الفعلي بالنظر في الجرائم التي ترتكها القوات الإسرائيلية (المبحث الأول)، في حين نبين حدود مواجهتها لهذه الجرائم على ضوء أحكام النظام الأساسي والواقع العملي (المبحث الثاني).

المبحث الأول / ممارسة المحكمة لإختصاصها الفعلي بالنظر في الجرائم الإسرائيلية

تمارس المحكمة إختصاصها على نوع محدّد من الجرائم، وهي جريمة الإبادة البشرية والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب وجريمة العدوان⁶، وتدخل مختلف الجرائم التي ترتكها القوات الإسرائيلية ضدّ الفلسطينيين ضمن إختصاص هذه المحكمة (المطلب الأول)، وهو ما يسمح للأطراف المحددة في المادة (13) من النظام الأساسي بإحالتها إلى المدعي العام للنظر فيها ولمتابعة مرتكبيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول / إدراج الجرائم الإسرائيلية ضمن إختصاص المحكمة

تبين تقارير لجان التحقيق المنشأة للتحري في الجرائم المرتكبة ضدّ الفلسطينيين بأنّ الأعمال التي ترتكها القوات الإسرائيلية تشكل كلها جرائم دولية مخالفة للقانون الدولي الإنساني ولحقوق الإنسان (الفرع الأول)، وجاءت كلّها بتفصيل دقيق حول تكييف هذه الأعمال بكونها جرائم تدخل ضمن إختصاص المحكمة الجنائية الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول / التحقيق في الجرائم الإسرائيلية في إطار المحكمة

يعدّ المدعي العام للمحكمة الجهة المؤهلة للتحقيق، إذ يباشر مهامه بعد حصوله على معلومات من الدول الأطراف تفيد بوقوع جرائم دولية واردة في المادة (5) من النظام الأساسي، ومن ثمّ يقيّم جدّيتها والمستندات المرفقة بها ويتخذ القرار النهائي بالشروع في التحقيق⁷، ويمكن أن يتحصّل على هذه المعلومات من مصادر مختلفة وقد تكون مستمدة من لجان التحقيق التي تنشأها منظمة الأمم المتحدة⁸.

في هذا الإطار، قامت منظمة الأمم المتحدة بإنشاء عدّة لجان تحقيق دولية حول الإتهامات الإسرائيلية لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني المرتكبة ضد الفلسطينيين، ونجد من بينها بعثة تقصي الحقائق المنشأة بعد العدوان الإسرائيلي على غزة في الفترة الممتدة من 27 ديسمبر 2008 إلى 18 جانفي 2009، والتي أسسها مجلس حقوق الإنسان بتاريخ 12 جانفي 2009⁹ ولجنة التحقيق الدولية المنشأة بعد عدوان 13 جوان 2014 والتي أنشأها بتاريخ 23 جويلية 2014¹⁰.

أعدت البعثة التي يرأسها القاضي "غولدستون" تقريراً مفصلاً عن الجرائم التي ارتكبتها القوات الإسرائيلية خلال العمليات التي أطلقت عليها "عملية الرصاص المصبوب"، والذي أحيل فيما بعد إلى مجلس حقوق الإنسان في 23 سبتمبر 2009¹¹. من جهتها، أعدت لجنة التحقيق الثانية تقريراً مفصلاً عن الجرائم التي ارتكبتها القوات الإسرائيلية خلال عملياتها العسكرية ضدّ غزّة بداية من تاريخ 13 جوان 2014 وصادق عليه مجلس حقوق الإنسان بتاريخ 24 جوان 2015¹².

تبيّن لها خلال التحقيقات أنّ هذه العمليات أسفرت عن سقوط ما بين 1387 إلى 1417 قتيل خلال الحرب الأولى و1462 قتيل في الحرب الثانية، وهدم البنية التحتية لقطاع غزة، ووقع هذا العدد من القتلى نتيجة الهجمات العشوائية المتعمدة التي شنتها القوات الإسرائيلية على المدنيين وإستخدام أسلحة محظورة دولياً¹³.

ما يميز تقرير "غولدستون" عن التقارير الأخرى هو إحتوائه على إستنتاجات يحدّث فيها صراحةً المحكمة الجنائية الدولية لمقاضاة الأشخاص الذين ارتكبوا هذه الجرائم كما قدّم أدلة تثبت بأنّ إسرائيل تعتمد على سياسة مننّهة لغرض ذلك على مدى سنوات الاحتلال، وهو ما يشكّل دليلاً قاطعاً على توفر النية لدى القادة السياسيين والعسكريين الإسرائيليين في ارتكاب جرائم تدخل في إختصاص المحكمة¹⁴.

من جهته، تلقى مكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية معلومات بشأن الجرائم المرتكبة خلال العدوان الإسرائيلي على غزّة خلال سنة 2009 و2014 تفيد بوقوع جرائم تدخل في إختصاص المحكمة، وقامت المدعية العامة بفتح تحقيق أولي فيها، مستندةً بذلك إلى قبول فلسطين، بموجب بالفقرة الثالثة من المادة (12) من النظام الأساسي، بإختصاص المحكمة للنظر في الجرائم المرتكبة من قبل إسرائيل بداية من 13

جوان 2014¹⁵ ، واتخذ هذا الإجراء بعد رفض تحقيق أولي حول هذه الجرائم في أبريل 2012¹⁶ .

لم تتخذ المدعية إلى حدّ الآن أي قرار بشأن وجود أساس معقول لمباشرة التحقيق في الجرائم التي أحالتها فلسطين إليها، وإنما هي في مرحلة عملية الفحص الأولي لإيجاد أساس معقول لمباشرة تحقيق.

الفرع الثاني / التكييف القانوني لجرائم القوات الإسرائيلية

يبدو لنا من خلال تقارير التحقيق الدولية حول العدوان الإسرائيلي على غزة سنتي 2009 و2014 ومن المعلومات التي تحصّلت عليها المدعية العامة حول الجرائم الإسرائيلية المرتكبة بأنّ القوات الإسرائيلية قد ارتكبت عدّة جرائم تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، نذكر من بينها جرائم الحرب والجرائم ضدّ الإنسانية، إضافة إلى جرائم الإبادة الجماعية والعدوان التي لم يتم الإشارة إليها صراحة.

فيما يتعلق بجرائم الحرب، فقد تناولتها المادة (8) من النظام الأساسي بشكل مفصّل، حيث تشمل أساساً الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف لسنة 1949 وللقوانين والأعراف السارية على النزاعات المسلحة، والتي صادقت عليها فلسطين سنة 2014¹⁷ .

يمكن إستخلاص وقوع هذه الجرائم من خلال ما جاء في نتائج تقارير لجان التحقيق المنشأة من قبل مجلس حقوق الإنسان، حيث إتهمت فيها القوات الإسرائيلية بشنّها لعمليات إنتقامية وهجمات غير متناسبة ضدّ المدنيين والمباني الحكومية والمستشفيات في غزة¹⁸ ، وكذا بالقصف العشوائي وإستخدام الأسلحة المحظورة دولياً ضدّ المدنيين وإستعمالهم ذرائع إنسانية، وكانت غالبية الهجمات العسكرية بالفسفور الأبيض موجّهة ضدّ المواقع السكنية والمستشفيات¹⁹ .

أما بالنسبة للجرائم ضدّ الإنسانية، فهي موجّهة ضدّ أية مجموعة من المدنيين لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، وتشكّل من أفعال نجد من بينها القتل العمدى، وإبعاد السكان أو نقلهم القسري، والتعذيب والأفعال غير الإنسانية الأخرى، وكذا الاغتصاب أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي²⁰ .

أكّدت تقارير لجان التحقيق الدولية المذكورة أعلاه على وقوع هذه الجرائم من خلال إثباتها بأنّ المدنيين هم أكبر ضحايا العدوان الإسرائيلي على غزة، حيث تعرض الكثير منهم

للحجز والقتل التعسفي وإضطهاد متعمّد، ولإنتهاكات في حقوقهم، وكذا لعقاب جماعي بسبب إنتمائهم لطوائف دينية وعرقية غير يهودية، كما تعرضوا للمنع من التنقل من مكان إلى آخر²¹.

يعاب على هذه التقارير أنّها لم تشير أيضاً إلى وقوع جريمة الإبادة الجماعية ضدّ الفلسطينيين، وهذا على الرغم من تطابق الأفعال المرتكبة من قبل القوات الإسرائيلية للمواصفات الواردة في المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة، والتي تشمل أفعال إرتكبت بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه إهلاكاً كلياً أو جزئياً، قتل أفراد الجماعة، وإلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بهم، وإخضاعهم عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي²².

يبدو لنا أنّ إشارة تقرير "غولدستون" إلى حادثة الزيتون التي وقعت بتاريخ 4 جانفي 2009 دليل قاطع على وجود نية لدى القوات الإسرائيلية في إهلاك جماعة قومية وعرقية أو دينية، حيث وقع حوالي 23 شخص من عائلة واحدة، وهي عائلة "السموني"، ضحية إهلاك جماعي من قبل هذه القوات²³.

إضافة إلى ذلك، أشار تقرير لجنة 2014 أنّ 142 عائلة فقدت على الأقل ثلاثة من أفرادها أو أكثر في هجوم على مبنى سكني أدى إلى مقتل 742 شخص، من بينهم 370 طفل و241 امرأة، وأكّد أن إسرائيل لم تعدل ممارستها للضربات الجوية حتى بعد ما اتضحت أثارها الوخيمة على المدنيين²⁴.

أما فيما يخص جريمة العدوان فهي أكبر الجرائم التي إرتكبتها إسرائيل في حق الفلسطينيين، ووقع ذلك بإستعمال القوة المسلحة ضد سيادة الدولة الفلسطينية وبأمر من الأشخاص المتحكّمين في العمل السياسي والعسكري، وبحكم طابعه وخطورته ونطاقه فهو يعدّ انتهاكاً واضحاً للميثاق وللمادة (8) مكرّر من مشروع تعديل النظام الأساسي²⁵، لكن المحكمة لا يمكن لها أن تمارس إختصاصها بالنظر فيها بسبب عدم دخول هذا التعديل حيز التنفيذ القانوني.

المطلب الثاني/ تحريك إختصاص المحكمة للنظر في الجرائم الإسرائيلية

يتم تحريك اختصاص المحكمة للنظر في الجرائم الإسرائيلية المرتكبة ضدّ الفلسطينيين من قبل ثلاثة جهات محددة على سبيل الحصر، وهي الدول الأطراف والمدعي العام من جهة (الفرع الأول)، ومجلس الأمن من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول / تحريك إختصاص المحكمة من قبل فلسطين أو المدعي العام

تنص الفقرتين (أ) و(ب) من المادة 13 من النظام الأساسي على أنّ للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بالجرائم المشار إليها في المادة (5) إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت أو إذا كان المدعي العام من تلقاء نفسه قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بأحد هذه الجرائم²⁶.

بناء على ذلك، يجوز لفلسطين، بعد إنضمامها للمحكمة بتاريخ 2 جانفي 2015 أن تحيل إلى المدعي العام أية حالة يبدو فيها أنّ جريمة أو أكثر من الجرائم التي ترتكبها القوات الإسرائيلية على أقاليمها تدخل في اختصاص المحكمة²⁷، كما يجوز لهذا الأخير أن يباشر التحقيق من تلقاء نفسه فيما يتعلق بهذه الجرائم، وذلك بعدما يتلقى معلومات عن ذلك ويقوم بتحليلها ويستنتج من خلالها وجود أساس معقول لإجراء التحقيق فيها²⁸.

من جهة أخرى، يجوز للدول غير الأطراف أن تقبل باختصاص المحكمة بالنظر في جرائم معيّنة تدخل في إختصاصها الموضوعي، ويتم ذلك عن طريق إبرام ترتيب أو إتفاق خاص يسمح لها بموجبه بالنظر في جرائم محدّدة إذا ارتكبت هذه الجرائم على إقليمها أو من قبل رعاياها، ويكون هذا الإعلان المسبق مؤقّتا وساري المفعول على حالات معيّنة²⁹.

وعليه، يجوز للمحكمة أن تتابع رعايا دولة غير طرف في النظام الأساسي إذا ارتكبوا جرائم على إقليم دولة طرف³⁰، وينطبق هذا الإستثناء على الجرائم التي ترتكبها القوات الإسرائيلية على إقليم دولة فلسطين، حيث يمكن أن تتابع أفراد هذه القوات أمامها بعد تحريك الإختصاص من قبل دولة فلسطين أو المدعي العام من تلقاء نفسه.

بناءً على ذلك، تقدّمت فلسطين لأول مرّة بإعلان قبول إختصاص المحكمة للنظر في الجرائم المرتكبة من قبل القوات الإسرائيلية على أراضيها منذ الفاتح من جويلية 2002 ومتابعة أفرادها عن الجرائم التي اقترفوها خلال العدوان على غزة في الفترة الممتدة ما بين 27 ديسمبر 2008 إلى 18 جانفي 2009، ولكن قرّر فيه المدعي العام عدم مباشرة التحقيق

في هذه الجرائم بسبب وضع فلسطين كـ "كيان مراقب" وليس كـ "دولة"³¹، وهذا على الرغم من توقّر مقومات الدولة فيها³².

بعد إقرار منظمة الأمم المتحدة بفلسطين كـ "دولة مراقبة غير عضو" سنة 2012 تلقت المحكمة إعلان ثاني بقبول إختصاصها للنظر في الجرائم المرتكبة من قبل القوات الإسرائيلية بداية من 13 جوان 2014، وذلك عملاً بأحكام الفقرة الثالثة من المادة (12) من النظام الأساسي وليس بصفتها كطرف في النظام الأساسي³³، وقررت فيه المدعية العامة فتح تحقيق أولي حول هذه الجرائم، ولم تبت بعد في مباشرته رسمياً بسبب عدم إيجادها بعد لأساس معقول من أجل ذلك.

يبدو لنا أنّ عدم مباشرة التحقيق النهائي فيها يثبت وجود بطئ الإجراءات أمام المحكمة وتأثير الإعتبارات السياسية على مهامها، وهذا على الرغم من أنّ الخسائر الناتجة عن الحرب على غزة سنة 2014 لم تكون أقل شدة من العدوان المقترف خلال سنة 2009. في هذا الإطار، يمكن القول بأنّه على الرغم من أنّ انضمام فلسطين للنظام الأساسي يرتب كل آثاره القانونية على ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر في الجرائم الإسرائيلية، لكن المحكمة ملتزمة بمراعاة الشروط المسبقة لذلك: أي لا يفهم من خلال ذلك أنّ تحريك إختصاصها يؤدي تلقائياً إلى متابعة القوات الإسرائيلية أمامها.

الفرع الثاني / تحريك الإختصاص من قبل مجلس الأمن

منحت الدول المشاركة خلال "مؤتمر روما" امتيازاً لمجلس الأمن في تحريك إختصاص المحكمة، ويختلف في محتواه عن تحريك الدعوى من أحد الدول الأطراف أو من المدعي العام، ويظهر ذلك جلياً فيما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (12) من النظام الأساسي، والتي تنص ضمناً على أنّه في حالة ما إذا أحييت الجرائم من المجلس، فإنّ المحكمة تصبح غير مقيدة بالشروط المسبقة لممارسة إختصاصها، لأنّ هذه الشروط تنطبق على الحالات التي تحال من طرف الدول الأطراف أو من المدعي العام من تلقاء نفسه³⁴.

يتبين لنا من خلال القراءة المتأنية لنص المادة المذكور أعلاه بوضوح بأنّ المحكمة سيكون لها إختصاص إلزامي على جميع الدول في حالة ما إذا تمت الإحالة من قبل مجلس الأمن، وذلك بغض النظر عن ما إذا كانت أطرافاً أو غير أطراف في نظامها الأساسي.

نتيجة لذلك، لو أحال المجلس حالة فلسطين إلى المدعي العام بعد وقوع الجرائم المرتكبة خلال الإعتداءات الإسرائيلية على غزة سنة 2009 فإن ذلك سيؤدي تلقائياً إلى إعفاء المحكمة من مقتضيات قاعدة الرضائية وإلى عدم إفلات القوات الإسرائيلية من العقاب أمامها، وذلك حتى ولو إمتنعت إسرائيل عن التصديق على النظام الأساسي.

لكن لم يتصدى المجلس لهذه الجرائم على الرغم من إثبات تقرير "غولدستون" بوقوعها، والذي صادق عليه مجلس حقوق الإنسان والجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، كما أنه لم يستجيب إلى التوصيات المقررة فيه، والتي حثت فيه البعثة الأممية بضرورة تدخل مجلس الأمن لإحالة هذه الجرائم إلى المحكمة الجنائية الدولية³⁵.

نتيجة لذلك، يبدو لنا أنّ الإعتراض لمجلس الأمن بصلاحيات إحالة حالات إلى المدعي العام لم يفيد ضحايا الجرائم الإسرائيلية، وهذا على الرغم من إتخاذه لقرارات مماثلة في قضايا أخرى تتعلق بإرتكاب جرائم دولية تدخل في إختصاص المحكمة³⁶ وهذا بسبب تأثير الإعتبارات السياسية للدول الأعضاء الدائمين فيه، خاصة الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها، على مهام المجلس في مكافحة الجرائم الدولية.

المبحث الثاني / حدود مواجهة المحكمة للجرائم الإسرائيلية

تتبع المحكمة عند ممارستها لإختصاصها إجراءات محدّدة في نظامها الأساسي، إذ تتأكد مسبقاً من توافر شروط محدّدة، وتعتمد عند متابعتها للمتهمين على تعاون الدول، العراقيل التي تحدّ من دورها في مواجهة الجرائم الإسرائيلية (المطلب الأول) إضافة إلى الحدود العملية التي تعيقها هي الأخرى في متابعة مرتكبي هذه الجرائم (المطلب الثاني).

المطلب الأول / الحدود القانونية لمواجهة المحكمة للجرائم الإسرائيلية

تعدّ الشروط المسبقة لممارسة المحكمة لإختصاصها حدود قانونية قد تعيقها في النظر التلقائي في الجرائم الإسرائيلية، ونجد من بينها شرط مراعاة مبدأ التكاملية (الفرع الأول) والشروط الأخرى المسبقة لممارسة هذا الإختصاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول / مبدأ التكامل

يعدّ مبدأ التكاملية من أهم الشروط التي وضعها النظام الأساسي، ويعدّ تطبيقه في نظام قبول النظر في القضايا التي تحال على المحكمة أو على مدّعها العام، والمقرّر في المادة (17) منه³⁷.

يقصد بمبدأ التكاملية أنه لا يمكن للمحكمة أن تتصدى لدعوى معينة تكون من الإختصاص الأصيل للقضاء الوطني إلا في حالات عجز هذا الأخير أو عدم قدرته أو رغبته في محاكمة المسؤولين عن الجرائم الدولية الواردة في المادة (5) من نظامها الأساسي، وهي الحالات الإستثنائية الوحيدة التي يعود فيها الإختصاص إليها، ولا يعني ذلك على الإطلاق أنّ لها سلطة قضائية أعلى من السلطات القضائية الجنائية الوطنية.³⁸

يبدو مما سبق، أنّ عبء إثبات عدم قدرة الدولة ذات الإختصاص سيكون أمراً يسيراً على المحكمة، خاصة في حالة الإنهيار الكلي أو الجزئي لنظامها القضائي، إذ يغلب على هذا الشرط الطابع الموضوعي، بينما لن يكون من السهل عليها إثبات عدم رغبة الدولة في المحاكمة النزيهة والمستقلة لكونه يغلب عليه المعيار الشخصي.³⁹

يفهم من خلال ذلك، بأنّ المحكمة لن تقدر على متابعة جنود إسرائيليين أمامها إلا إذا أثبتت أنّ محاكمتهم أمام القضاء الإسرائيلي هي محاكمة صورية، لأنّ إسرائيل يمكن لها أن تتابع أفراد قواتها المسلحة أمام قضاؤها بهدف حمايتهم من المسؤولية الجنائية الدولية، خاصة إذا لم يحدث إنهيار كلي أو جزئي لنظامها القضائي.

إضافة إلى ذلك، يمكن لإسرائيل أن تعطل الإجراءات أمام المحكمة الجنائية الدولية من خلال إنشائها للجان تحقيق وطنية حول تجاوزات لقواتها العسكرية خلال حرب تشنها ضد الفلسطينيين بهدف منع المحكمة من التصدي للقضية لسنوات عديدة، خاصة أنّ أغلب هيئات التحقيق التي تنشئها لهذا الغرض تتخذ عدّة سنوات لإعلان نتائجها.⁴⁰

وعليه، لا يمكن أن نتصور تدخل المحكمة لمتابعة أفراد القوات الإسرائيلية في ظل عدم مصادقة إسرائيل على النظام الأساسي والتزام المحكمة بمراعاة مبدأ التكاملية قبل نظرها في جريمة معينة، لأنّ المتابعة لن تقع إلا في حالة رفض محاكمة هؤلاء الأفراد أو حدوث إنهيار في النظام القضائي للدولة، وهو ما يشكل حداً قانونياً يعرقل المحكمة عن ممارستها لإختصاصها بالنظر في الجرائم الإسرائيلية.

أخيراً، يمكن القول بأنّ إتخاذ المحكمة لقرارات بشأن عدم قدرة أو رغبة إسرائيل في محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية من رعاياها أمام قضاها الوطني مسألة موضوعية قابلة للتقدير، وهذا التقدير يمكن أن يكون مبنياً على إعتبارات غير قانونية تراعي فيها

مصالح إسرائيل، ولا يمكن لها أن تتخذ أي قرار في المسألة إلا بعد دخولها في مشاورات معها.

الفرع الثاني / الشروط المسبقة لممارسة المحكمة لإختصاصها

يقصد بهذه الشروط أنّ المحكمة تتقيّد بمراعاة شروط الإختصاص الموضوعي والتبعية قبل النظر في أية جريمة⁴¹، وكذلك شرط الإختصاص الزمني والذي أخذ به النظام الأساسي تطبيقاً للقاعدة العامة المقرّرة في الأنظمة القانونية للدول بعدم جواز تطبيق القوانين الجنائية بأثر رجعي ولإعتبارات سياسية حتى يقبل أكبر عدد من الدول بإختصاص المحكمة، وهذا على الرغم من إقرار النظام الأساسي والإتفاقيات الدولية بعدم إمكانية التقادم على الجرائم الدولية⁴².

وردت هذه القاعدة في المادة (11) من النظام الأساسي، والتي تنص على أنّ المحكمة لا تختص إلا بالنظر في الجرائم التي ترتكب بعد دخول هذا النظام حيز التنفيذ في حق الدولة، وهذا ما لم تكن تلك الدولة قد أصدرت إعلاناً بموجب الفقرة الثالثة من المادة (12) منه تقبل بذلك⁴³.

وبالتالي، لا تختص المحكمة إلا بالنظر في الجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ نظامها الأساسي، والتي تقع في الدول التي تنظم إليه بعد دخوله حيز النفاذ القانوني ويشكّل هذا القيد أحد الحدود القانونية التي تعرقل نظر المحكمة في الجرائم المرتكبة قبل إنضمام فلسطين للنظام الأساسي.

يظهر ذلك من خلال قبول إنضمام فلسطين كـ"دولة" إلى النظام الأساسي بداية من الثاني من شهر جانفي 2015 ودخوله حيزّ النفاذ عليها بداية من الأول من شهر أفريل 2015، وهذا علماً أنّ فلسطين قد أعلنت قبولها بإختصاص المحكمة بداية من 13 جوان 2014.

نتيجة لذلك، لا يمكن للمحكمة أن تحقّق في الجرائم الإسرائيلية الواردة في تقرير "غولدستون"، على أساس عدم توفر شرط الإختصاص الزمني، لأنّ النظام الأساسي لم يدخل حيزّ النفاذ بالنسبة لفلسطين ولم تقبل به إسرائيل أثناء وقوع هذه الجرائم وهذا على الرغم من عدم تقادمها في نظر القانون الدولي.

إضافة إلى ذلك، يلتزم مدّعها العام قبل التحقيق في جرائم معيّنة أو الإقرار بمتابعات ضدّ مرتكبها بمراعاة معايير معقّدة في تكييف هذه الجرائم، إذ يجب أن توصف بكونها ذات درجة من الجسامة؛ أي يجب أن تكون قد وقعت على نطاق واسع وإرتكبت فيها إنتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني ولحقوق الإنسان، وهو معيار موضوعي غير دقيق يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ومدّعها العام.

تقدّر درجة خطورة الجريمة بالنظر إلى الشخص المرتكب للفعل، إذ يراعي فيها صقّة الجاني عند الإقرار بفتح التحقيق، وأن يكون هذا الشخص يملك السلطة والوسائل اللازمة لإرتكاب هذه الجريمة، ويرجع إختصاص تقدير ذلك للغرفة التمهيدية التي تأذن له بفتح التحقيق⁴⁴.

بناءً على ذلك، يستطيع المدعي العام، إذا أراد أن لا يخوض مواجهة دبلوماسية مع إسرائيل وحلفائها، إتخاذ قرار بعدم التحقيق في جرائم معيّنة بسبب عدم توقّر قدر معيّن من درجة الخطورة⁴⁵، ويكون قراره هذا مبنيّ على إعتبرات سياسية، خاصة إذا تعلّق الأمر بانتفاضة شعبية لم تصل إلى درجة إستخدام أسلحة فتّاكة أو لم توقع خسائر بشرية كبيرة، وهي الجرائم التي غالباً ما يتعرّض إليها الفلسطينيون يومياً.

المطلب الثاني / الحدود العملية لنظر المحكمة في الجرائم الإسرائيلية

تعدّ الحدود العملية عراقيل لا تسمح للمحكمة بمحاكمة ومعاقبة مرتكبي الجرائم الإسرائيلية، وهذا حتى بعد تحريك إختصاصها وجمع مدّعها العام للأدلة الكافية لذلك، ونجد من بينها إمكانية تدخل مجلس الأمن من أجل تجميد إختصاصها (الفرع الأول)، ورفض إسرائيل التعاون معها أو عدم إلتزام الدول الأطراف بذلك بسبب وجود إتفاقيات ثنائية مع الكيان الصهيوني تمنع القبض وتسليم رعاياه إلى المحكمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول / إمكانية تدخل مجلس الأمن لتجميد إختصاص المحكمة

يتدخّل مجلس الأمن من أجل تجميد إختصاص المحكمة عن طريق إتخاذ قرار إرجاء التحقيقات أو المقاضاة أمامها، وهذا إستناداً للمادة (16) من نظامها الأساسي⁴⁶ إذ يجوز له في أية مرحلة من مراحل سير الدعوى إتخاذ قرار يطالها فيه بعدم البدء في التحقيق في قضية معيّنة أو بتجميد كل المحاكمات فيها.

نتيجة لذلك، يمكن تصوّر وقوع هذا التجميد من خلال تدخل الولايات المتحدة الأمريكية وحلفاء إسرائيل عن طريق مجلس الأمن لإتخاذ قرار يجمّد بموجبه اختصاص المحكمة للنظر في الجرائم الإسرائيلية المرتكبة بعد دخول النظام الأساسي حيّز النفاذ على فلسطين، وهو ما سيؤثّر سلباً على فعالية ممارسة المحكمة لإختصاصها في متابعة أفراد القوات الإسرائيلية المتهمين بإرتكاب هذه الجرائم.

لكن إتخاذ قرار التجميد في هذه الحالة يستلزم موافقة تسعة من أعضائه وعدم استخدام أية من الدول الدائمة العضوية لحق (الفيتو) ضده، لأنّ التصويت السلبي يتطلب اعتراض إحدى هذه الدول، وفي حالة استخدامه فإنّ ذلك لا يعترض المحكمة في ممارسة اختصاصاتها.

لكن ذلك لن يحدث في ظلّ وجود تنازلات بين الدول الأعضاء الدائمين عند إتخاذ القرارات، إذ يمكن للدول التي تقترح تجميد المتابعات أمام المحكمة ضدّ مرتكبي الجرائم الإسرائيلية أن تتفاوض حول هذه المسألة مع الدول الأخرى وأن تبرّر إتخاذ القرار فيها إستناداً إلى أسس غير قانونية، كتبرير إتخاذ القرار من أجل إيجاد حلّ سياسي للنزاع⁴⁷.

أخيراً، نقول بأنّ منح الأفضلية لمجلس الأمن في معالجة القضايا الدولية على حساب المحكمة سيؤدي إلى تسييس عملها ووضعها تحت رقابته، وسينعكس ذلك سلباً على فعالية ممارسة اختصاصاتها بالنظر في الجرائم الإسرائيلية، وهو ما يتجاوب مع التخوّفات التي عبرت عنها العديد من وفود الدول بعد إعتقاد المادة (16) من النظام الأساسي.

الفرع الثاني / رفض إسرائيل والدول الأطراف التعاون مع المحكمة

يجوز للدول الأطراف قانوناً أن ترفض التعاون مع المحكمة في حالة وجود تهديد لأمنها القومي⁴⁸ أو إلزام دولي سابق متعلّق بحصانة الشخص الدبلوماسية أو إتباعه لدولة ثالثة، وتعارض هذه الحالات اختصاص المحكمة حتى ولو ثبتت التهم ضدّهم⁴⁹.

نتيجة لذلك، يمكن لإسرائيل في حالة إنضمامها للمحكمة أن ترفض التعاون معها على أساس أنّ الكشف عن معلومات ووثائق سرّية من شأنه قد يمسّ بأمنها القومي وهو ما قامت به أثناء التحقيقات التي أجرتها لجان تقصي الحقائق المنشأة من قبل مجلس حقوق الإنسان.

إضافة إلى ذلك، يمكن للدول الأطراف هي الأخرى أن ترفض تسليم مرتكبي الجرائم الإسرائيلية التي تقترب على إقليم دولة فلسطين إلى المحكمة إذا كانت هناك إتفاقيات ثنائية مبرمة بينها وبين إسرائيل في مجال التعاون القضائي تمنع التسليم والتقديم إلى المحكمة.

يقصد بذلك، أنه لا يجوز للمحكمة أن توجه طلب تقديم يتطلب من الدولة الموجه إليها أن تتصرف على نحو لا يتفق مع التزاماتها الناتجة عن إتفاقيات دولية تقتضي موافقة إسرائيل كشرط لتقديم أحد رعاياها إلى المحكمة، ولا يمكن أن يحصل ذلك إلا بعد موافقتها على التنازل عن الحصانة المقررة للشخص المتهم أو التقديم لصالح المحكمة.

لم يثير وضع نص الفقرة الثانية من المادة (98) من النظام الأساسي أية إشكالية عند إقراره، إلا بعد نجاح الولايات المتحدة الأمريكية في حشد الأدوات القانونية والسياسية الهادفة إلى الحيلولة دون خضوع أيٍّ من رعاياها لاختصاص المحكمة⁵⁰ وقامت بإبرام عدّة إتفاقيات مع الدول تتطابق مع مفهوم الفقرة الثانية من المادة (98) من النظام الأساسي، ومن بين هذه الدول نجد "إسرائيل"، وبلغ عددها حوال (180) إتفاقية⁵¹.

من جانبها، أبرمت إسرائيل عدّة إتفاقيات ثنائية مع الدول الأطراف وغير الأطراف في النظام الأساسي بغرض منع المحكمة من متابعة رعاياها المتهمين بإرتكاب جرائم ضدّ الفلسطينيين خلال الإعتداءات التي تشنها إستمراراً على الأراضي المحتلة.

شكّلت هذه الإتفاقيات سابقة خطيرة في القانون الدولي، وهذا نظراً لتعارضها مع قواعده الآمرة، والتي لا تسمح بالإفلات عن العقاب عند إرتكاب جرائم دولية، ويمكن الحكم عليها مسبقاً بكونها باطلة، لأنّ الحصانة المقررة لممثلي الدول الذين يرتكبون جرائم دولية لا يعتدّ بها في النظام الأساسي⁵².

خاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى أنّ إنضمام فلسطين للنظام الأساسي للمحكمة يرتب كل آثاره القانونية في مواجهة الجرائم التي ترتكبها القوات الإسرائيلية وذلك من خلال إدراج هذه الجرائم ضمن إختصاص المحكمة وإيجادها كآلية فعلية لمعاقبة مقترفها.

تمّ تكييف مختلف هذه الجرائم بموجب تقارير التحقيق الدولية المنجزة من قبل اللجان المنشأة من مجلس حقوق الإنسان خلال العدوان الإسرائيلي على غزة سنتي 2009 و2014، ولكن متابعة مرتكبيها أمام المحكمة، لا يتم إلا بتحريك من الدول الأطراف أو المدعي العام من تلقاء نفسه أو مجلس الأمن، كما يجوز ذلك للدول غير الأطراف، على غرار فلسطين، إذا أعلنت قبولها بإختصاص المحكمة للنظر في جرائم معيّنة. عملاً بذلك، لم يتخذ مجلس الأمن أيّ إجراء يحيل بموجبه هذه الجرائم إلى المدعي العام بسبب رفض حلفاء إسرائيل، خاصة الولايات المتحدة الأمريكية، إتخاذ قرار في المسألة، كما لم يفتح المدعي تحقيق فيها بسبب عدم إنضمام فلسطين إلى النظام الأساسي إلا في جانفي 2015.

من جانبه، قام المدعي العام بفتح تحقيق أولي في الجرائم الإسرائيلية المرتكبة خلال سنة 2014، بعدما رفض ذلك خلال العدوان الإسرائيلي على غزة سنة 2009 وإتخذ هذا القرار عند إعلان فلسطين بقبول إختصاص المحكمة للنظر في هذه الجرائم، ولكن لم يقرّر فتح تحقيق رسمي فيها بسبب عدم إيجادها بعد لأساس معقول لهذا الغرض، وهو ما يفسّر عدم جدية قراراته وقانونية المبررات التي يقدمها لفتح التحقيقات، وكذا بطء الإجراءات أمام المحكمة في مواجهة هذه الجرائم.

لا يقصد بذلك أنّ فتح المدعي العام للتحقيق النهائي في هذه الجرائم يؤدي تلقائياً وإلزاماً إلى متابعة مرتكبيها أمام المحكمة، لأنّ هذه الأخيرة لا تمارس إختصاص عالمي وإلزامي في مكافحة الجرائم الدولية، بل تلتزم بمراعاة الشروط المسبقة لذلك، وكذلك هي مقيدة بتعاون إسرائيل والدول الأخرى في القبض وتسليم المتهمين بإرتكاب هذه الجرائم.

عملاً بهذه الشروط، لا يمكن للمحكمة أن تتابع مرتكبي الجرائم الإسرائيلية، لأنّ إختصاصها محدود بعدة قيود قانونية، إذ لا يمكن لها أن تجري أية متابعة ضدّهم بسبب إفلاتهم من العقاب عن الجرائم التي إرتكبوها قبل إنضمام فلسطين إلى النظام الأساسي أو في ظروف صدور أحكام صورية من القضاء الوطني الإسرائيلي.

إضافة إلى ذلك، تعاني المحكمة مع عدّة عراقيل عملية لإجراء هذه المتابعات، ومن بينها رفض تعاون إسرائيل مع المحكمة بحكم عدم إنضمامها إليها، وكذلك عدم إلتزام

الدول بالقبض وتسليم مرتكبي هذه الجرائم بسبب وجود إتفاقيات ثنائية بينها وبين إسرائيل تقضي بعدم التسليم، كما يمكن لإسرائيل أن تطلب من حلفائها في مجلس الأمن إتخاذ قرار يجمّد بموجبه إختصاص المحكمة إذا إستدعى الأمر ذلك لإيجاد حل سياسي مؤقت للنزاع.

أخيراً، يمكن القول بأنّ إنضمام فلسطين إلى المحكمة لا يترتّب عنه تلقائياً متابعة مرتكبي الجرائم الإسرائيلية، يرجع ذلك إلى معاناة العدالة الجنائية الدولية من عدّة حدود في ممارسة إختصاصها بالنظر في هذه الجرائم، ولا يمكن تجاوزها إلا من خلال إلغاء الشروط المسبقة لممارسة المحكمة لإختصاصها، لأنّ ذلك سيؤدي حتما إلى جعل هذا الإختصاص عالمياً والزمياً وغير مقيّد بفترة زمنية محدّدة.

الهوامش

1. راجع النص الكامل للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في: *ONU, Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies pour l'Établissement d'une Cour Criminelle Internationale, Rome, Italie, 15-17 juillet 1998, Doc : A/CONF.183/10, du 17 juillet 1998.*
2. تتمثّل هذه الدول في الأردن، وتونس وفلسطين، بينما لم تصادق الجزائر بعد على النظام الأساسي للمحكمة، ولكنها وقّعت عليه بتاريخ 28 ديسمبر 2000، معلومة تمّ نقلها من الموقع الإلكتروني التالي: www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/ (consulté le 10/10/2015)
3. أنظر في الموضوع: *C.P.I., Communiqué de presse du procureur de la Cour pénale internationale sur l'adhésion de la Palestine au Statut de le Cour pénale internationale, publié le 7 Janvier 2015, Doc : ICC-ASP-20150107-PR1082. Document disponible sur le site : www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/press*
4. أنظر الفقرة الثانية من قرار الجمعية العامة رقم 19 (د-67)، الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 2012، المتضمن وضع فلسطين في منظمة الأمم المتحدة، الوثيقة رقم: A/RES/67/19.
5. أنظر: المحكمة الجنائية الدولية، إعلان فلسطين بقبول إختصاص المحكمة الجنائية الدولية للنظر في الأحداث الواقعة بداية من 13 جوان 2014. إعلان منشور على الموقع الإلكتروني التالي: http://icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf
6. أنظر المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
7. أنظر المادة (15) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
8. راجع: BERKOVICZ Grégory, *La place de la Cour pénale internationale dans la société des Etats* L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 315 – 316.
9. أنظر الفقرة (14) من قرار مجلس حقوق الإنسان رقم د/9/1 الصادر بتاريخ 12 جانفي 2009، المتضمن إنشاء لجنة لتقضي الحقائق بشأن النزاع في غزّة، الوثيقة رقم: Doc : A/HRC/S-9/L.1 (2009).

10. أنظر الفقرة (13) من قرار مجلس حقوق الإنسان رقم د1/21 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2014، المتضمن ضمان احترام القانون الدولي في الأرض الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية، الوثيقة رقم: Doc : A/HRC/RES/S-21/1. وثيقة متوفرة على الموقع الإلكتروني التالي:

www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/Sessions.aspx

11. أنظر قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12 الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 2009، المتضمن المصادقة على بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق حول النزاع في غزة، الوثيقة رقم: Doc: A/HRC/RES/12/48 (2009). وثيقة متوفرة على الموقع الإلكتروني التالي:

www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/12/48

12. أنظر قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 52/29 الصادر بتاريخ 24 جوان 2015، المتضمن المصادقة على اللجنة المستقلة لتقصي الحقائق المنشأة بموجب القرار رقم د1/21، الوثيقة رقم: Doc: A/HRC/RES/29/52. وثيقة متوفرة على الموقع الإلكتروني:

www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx

13. أنظر: تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12، ص. 16.

تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 52/29، ص. 153.

14. أنظر: الفقرة رقم 1857 من تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12، ص. 511.

15. أنظر في هذا الموضوع:

C.P.I., Le Procureur de la Cour pénale internationale Fatou BENSouda, ouvre un examen préliminaire de la situation en Palestine, Communiqué de presse du Procureur du 16 Janvier 2015 Doc : ICC-OTP-20150116-PR1083. Document disponible sur le site :

www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/press_and_media/press_releases/Pages/pr1083.aspx

16. أنظر في هذا الموضوع:

C.P.I., La situation en Palestine, Communiqué de presse du Procureur du 3 Avril 2012, Doc : ICC-OTP-20050107-86-Fr. Document disponible sur le site : www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412FRQ.pdf

17. أنظر الفقرة الثانية من المادة (8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

18. أنظر: الفصل السابع من تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12، ص. 123-147.

19. أنظر الفصل الثاني عشر من تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12، ص. 261-265.

20. أنظر الفقرة الأولى من المادة (7) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

21. أنظر الفصل الحادي عشر من تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12 الصادر بتاريخ 3 أبريل 2009، ص. 212-260.

22. أنظر المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

23. أنظر الفصل الثاني عشر من تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12، ص. 213-223.

24. أنظر تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقضي الحقائق بشأن النزاع في غزة، والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 52/29، ص. 32.
25. أنظر الفقرة الأولى من المادة (8) مكرّر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
26. أنظر الفقرتين (أ) و(ب) من المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
27. يقصد بالأقاليم الفلسطينية الأراضي التي تبسط عليها السلطة الفلسطينية سيادتها، والتي لا يتمتع فيها إسرائيل بأية سيادة، لأنّ الإحتلال لا ينتج عنه إنتقال للسيادة إلى المحتل. وحول ذلك، راجع: PELLET Alain, « Les effets de la reconnaissance par la Palestine de la compétence de la Cour pénale internationale », Mélanges en l'honneur de Madjid BENCHIKH, *Droit, liberté, paix, développement*, Etudes réunies par Stéphane DOUMBE-BILLE, Habib GHERARI et Rahim KHERAD, éditions A. Pedone, Paris, 2011, pp. 338 et 343.
28. في هذا الإطار، يباشر المدعي العام التحقيق من تلقاء نفسه إستنادا للمادة (15) النظام الأساسي. أنظر للمادة (15) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
29. أنظر الفقرة الثالثة من المادة (12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
30. وحول هذه المسألة، أصرت الولايات المتحدة الأمريكية خلال "مؤتمر روما" على إشتراط قبول دولة جنسية المتهم لقبول إختصاص المحكمة، خوفا من متابعة رعاياها أمام هذه المحكمة عند قيامهم بعمليات حفظ السلام. راجع: عمر محمود سليمان المخزومي، إختصاص المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة مجرمي الحرب، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الدراسات القانونية، المعهد العربي للدراسات العربية، القاهرة 2005 ص. 421-422.
31. في هذا الإطار، إستند المدعي العام في قراره برفض التحقيق حول هذه الجرائم إلى مبررات لا تتعلّق بعدم وجود أساس معقول لفتح التحقيق، إذ أكد بأن الأمر يتعلق بتحديد وضع فلسطين كـ "دولة" وأنّ المسألة لا تدخل في إختصاصه، بل في يجب الفضل فيها من قبل منظمة الأمم المتحدة أو جمعية الدول الأطراف في المحكمة. وعن ذلك، راجع:
- FASSASSI Idris, « Le procureur de la Cour pénale Internationale et le jeu d'échecs », *Revue de droit international et de droit compare*, n° 3, 2014, pp. 405-406
32. في هذا الإطار، يقول الأستاذ (Alain PELLET) بأنّ الإعلان الصادر عن فلسطين بقبول إختصاص المحكمة يستند إلى أسس قانونية. وكان على المحكمة أن تفصل في المسألة لكونها تدخل في ولايتها القضائية وفقا لمبدئي "الإختصاص الإختصاص" و"القاعدة العامة في التفسير". راجع:
- PELLET Alain, op. cit, 2011, pp. 333-342.
33. أنظر:
- C.P.I, La Palestine déclare son acceptation de la compétence de la CPI à partir du 13 juin 2014 Communiqué de presse du Procureur du 5 Janvier 2015, Doc : ICC-OTP-20150116-PR1083. Document disponible sur le site : www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/press_and_media/press_releases/pages/pr1083.aspx
34. أنظر الفقرة الثانية من المادة (12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- وفي هذا الإطار، وضع نص هذه المادة خلال "مؤتمر روما" بمثابة حل توافقي بين الدول التي دافعت عن منح الإختصاص العالمي للمحكمة وبين الدول التي أراد التضييق من مجال هذا الإختصاص. وحول ذلك، راجع:
- POLITI Mauro, « Le Statut de la Cour pénale internationale : le point de vue d'un négociateur », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 103, n°4, 1999, p. 840.
35. أنظر الفصل الحادي والثلاثون من تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقضي الحقائق بشأن النزاع في غزة والمصادق عليه بموجب قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 48/12، ص. 545.

36. مارس المجلس سلطاته في تحريك إختصاص المحكمة من خلال إحالته لحالتين إلى مدعيها العام، وتتعلق الأولى بقضية دارفور، وذلك بموجب القرار رقم 1593 (2005)، والثانية تتعلق بالوضع في ليبيا، وأحال هذا الوضع بموجب القرار رقم 1970 (2011). وحول هذا الموضوع، راجع: عبد الوهاب شيتير، صلاحيات مجلس الأمن على ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2014، ص. 97-103.

37. راجع:

ABDEL KADER BAKKER Christine, « Le principe de complémentarité et les auto-saisines : un regard critique sur la pratique de la Cour pénale internationale », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 112, n°2, 2008, p. 362.

38. راجع : د. عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي (دراسة تحليلية تأصيلية) دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 3-4.

39. سوسن تمر خان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص. 103 – 104.

40. في هذا الإطار، أنشأت إسرائيل (13) لجان تحقيق خلال عدوانها على غزة سنة 2014 للتحقيق حول تجاوزات قواتها خلال العمليات العسكرية، وكلفت كلها بالتحقيق حول قتل 27 مدنيا من عائلة واحدة، و 19 طفلا، ونساء حوامل، وقصف مدرسة الأونروا (UNRWA) وسيارات إسعاف، وقتل 127 شخص خلال قصف مدينة رفح. وحول ذلك، راجع:

SHARON WEILL, « Les incertitudes d'une justice inégalitaire : Ce que change l'adhésion de la Palestine à la Cour pénale internationale », *In/ Orient XXI Magazine*, 15 Janvier 2015, pp.4-5.

41. أنظر المادة (12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

42. أنظر المادة (29) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

43. أنظر المادة (11) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

44. وفي هذا الإطار، أكد المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، في تقرير صادر عنه سنة 2003، على أنّ المحكمة أسست من أجل متابعة كبار المسؤولين في الدول عند ارتكابهم للجرائم الدولية. نقلا عن:

BITTI Gilbert, « Chronique de jurisprudence de la CPI », *Revue de Sciences Criminelle de Droit Pénal Comparé*, n° 03, Juillet-Septembre, 2006 pp.707-708.

45. وحول هذا الموضوع، راجع :

FASSASSI Idris, op. cit, pp. 406-407.

46. أنظر المادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية.

47. في هذا الإطار، يتخذ مجلس الأمن قرارات يجمّد بموجبها كل التحقيقات والمحاكمات التي شرعت فيها المحكمة ومدعيها العام، والمرتبطة بعمليات حفظ السلام. وتتمثل في القرار رقم 1422 (2002)، والممدّد العمل به لمدة زمنية أخرى بموجب القرار رقم 1487 (2003)، وتتميّز بكونها تعالج حالات عامة ليس لها علاقة بما هو وارد في هذه المادة.

48. أنظر الفقرة الرابعة من المادة (93) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

49. أنظر المادة (98) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

50. وحول هذا الموضوع، راجع:

FERNANDEZ Julian, La politique juridique extérieure des Etats Unis à l'égard de la Cour pénale internationale, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris II Panthéon – Assas, 2009, pp. 41-42.

KACHER Abdelkader, « Les implication juridiques de l'exception américaine pour les Etats et sur l'intégrité du Statut de Rome instituant la CPI », *R.A.S.J.E.P*, N° 01, 2007, p. 151.

51. أنظر: تقرير منظمة العفو الدولية، المحكمة الجنائية الدولية: مساعي الولايات المتحدة لإحراز الإفلات من العقاب عن الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، منشور بتاريخ 1 أوت 2002 الوثيقة رقم: (IOR 40/025/2002)، ص. 19. تقرير منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.amnesty.org/ar/library/asset/TOR40/025/2002/ar/43bf5f58-d7f4-11dd-9df8-936c90684588/ior400252002_ar.pdf

52. أنظر المادة (27) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

المجتمع المدني وإشكالية حماية البيئة الحضارية: الواقع والآفاق *

ABDICHE Leila M A "A"
Département Droit Public
Faculté de Droit et des Sciences Politique
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie

عبديش ليلة أستاذ مساعد قسم "أ"
قسم القانون العام
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

تعتبر الجزائر إحدى نماذج البلدان التي تتخبط في المشكلات البيئية، فهي تعاني أزمة إيكولوجية حادة وتدهور المستوى المعيشي الذي من ملامحه فوضى العمران وانتشار البناء غير الصحي، ولهذا لجأت الدولة إلى عملية التهيئة العمرانية كأساس لتحقيق أهداف التنمية المستدامة.

ولما كانت البيئة قضية المجتمع، سيما وأنها الوسط الحيوي الذي يعيش فيه الإنسان فهو يتأثر ويؤثر فيه، إضافة إلى شيوع فكرة الحكم الراشد والتي من مبادئها الحق في المشاركة في اتخاذ القرارات المؤثرة على البيئة، أين تلعب جمعيات حماية البيئة والأوساط الحية دورا وقائيا لحماية البيئة من مشاريع التوسع العمراني.

الكلمات الدالة

التدهور البيئي، النمو الديمغرافي، التوسع العمراني، التهيئة العمرانية، المجتمع المدني.

“ Civil society and the issue of the protection of the urban environment: reality and prospects”.

Abstract:

Algeria is one of the countries that suffer from environment problems, especially in the field of housing, because of the constant population growth, which pushed the state to take important steps in the field of urban planning to achieve the goals of sustainable development.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/02/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/04/02 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

Taking into consideration the nature of the society, because it is the living environment in which the human being lives more propaganda of the idea of good governance which these principles the right to participate in decisions of negative impacts on the environment, where civil society plays a preventive role in the urban extension projects.

Key words

Environmental degradation, Demographic growth, Urbanization, urban Configuration, Civil society

La société civile et la problématique de la protection de l'environnement urbain : Réalité et perspectives.

Résumé

L'Algérie est l'un des pays qui souffrent des problèmes de l'environnement, notamment dans le domaine de l'habitat et ce, à cause de la croissance démographique constante. A cet effet, l'Etat a pris des mesures importantes dans le domaine de l'urbanisme afin d'atteindre les objectifs du développement durable.

L'environnement est l'affaire de la société, car elle est l'espace vital dont lequel vie l'être humain. L'émergence de l'idée de la bonne gouvernance qui permet à la société civile de prendre part aux décisions d'impacts négatifs sur l'environnement, joue un rôle préventif dans les projets d'extension urbaine.

Mots clés

La dégradation de l'environnement, la croissance démographique, l'extension urbaine l'urbanisme, la société civile.

مقدمة

ظهرت الملامح الأولى للاهتمام بظاهرة التلوث البيئي في أواخر الستينيات من القرن العشرين، عندما لجأت دولتا السويد والنرويج إلى هيئة الأمم المتحدة لتتقترح عليها تنظيم مؤتمر دولي يناقش قضية حماية البيئة من التلوث، وقد استجابت منظمة الأمم المتحدة لذلك المطلب من خلال عقد مؤتمر في "ستوكهولم" سنة 1972¹ الذي انبثق عنه إعلان حول البيئة الإنسانية تضمن المبدأ الأول منه حق الإنسان في الحياة وفي بيئة ذات نوعية.²

فضلا عن مبادرات المجتمع الدولي لحماية البيئة من خلال الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات المتعلقة بها (مؤتمر ستوكهولم، قمة جوهانسبورغ)، عمدت الدولة الجزائرية بتجسيدها داخليا من خلال سنّ تشريعات بيئية متنوعة، لكن رغم هذه المبادرات فالواقع الميداني كشف عن عدم كفايتها في مواجهة سلبيات التدهور البيئي بسبب التطور الديمغرافي المتواصل³، والذي انجرّ عنه تطور عمراني متسارع وغير

منظم، لهذا لجأت الدولة إلى التهيئة العمرانية كأساس لتحقيق أهداف ملحة في جميع المدن الجزائرية وعبر كامل التراب الوطني.

إنّ الحق في بيئة سليمة والحق في تنمية مستدامة مرتبطان بعملية التهيئة العمرانية، لكون أدوات هذا الأخير هي التي تمكّن من المحافظة على الحقلين الآخرين. وعليه تهدف هذه الدراسة إلى إثبات العلاقة المتبادلة بين كل من المجتمع المدني التهيئة العمرانية وضرورة حماية البيئة تحقيقاً لأهداف التنمية المستدامة، ومنه طرح الإشكالية المحورية التالية: ماهي آليات تفعيل دور المجتمع المدني في حماية البيئة عن طريق التأثير إيجاباً في عملية التهيئة العمرانية؟

أولاً/ واقع التعمير في الجزائر

تعتبر التهيئة العمرانية حسب الدكتور "التيجاني البشير": "الإدارة العمومية لتنظيم المظاهر الجغرافية، البشرية والاقتصادية في الوسط لتحقيق التوازن بين الأماكن والتنظيم الشمولي الموجه لإسعاد السكان، وتوفير الشغل والإيواء والخدمات العمومية لهم من خلال إنجاز الهياكل المطلوبة، واستغلال الثروات الطبيعية المتوفرة للمحافظة على التراث التاريخي في بيئة إيكولوجية نظيفة"⁴.

وعليه فإنّ عملية التهيئة العمرانية المستديمة تتطلب تدخل أكثر من قطاع، فهي أسلوب لتحقيق رفاهية الانسان على المدى البعيد في شتى المجالات الاقتصادية الاجتماعية، الثقافية والبيئية.

1-أسباب ومظاهر انتشار البناء الفوضوي

إنّ أهم مؤشر لتردي البيئة الحضرية في الجزائر هو تنامي البناء العشوائي بشكل سريع، والذي يعود إلى عدة أسباب كالضغط السكاني على المدن وافتقارها للتصاميم الضرورية كتصاميم التهيئة، ضعف مراقبة البلديات لقطاع التعمير على مستوى احترام التصاميم والتراخي في زجر المخالفات، انتشار المضاربات العقارية، وهي ظواهر جد خطيرة تؤثر سلباً على البيئات الحضرية.

ومما لا شكّ فيه أنّ التزايد المضطرد للمجالات السكنية غير اللائقة التي تفتقد للربط بشبكة الماء الصالح للشرب والكهرباء ولا تتوفر على التجهيزات المتعلقة بالنظافة والتطهير، ولا على نظام ملائم للتخلص من المياه المستعملة والنفايات المنزلية أدّى إلى

قيام تكتلات حضرية غير متناسقة تمس بجمالية النسيج الحضري وتؤدي إلى تدهور البيئة الحضرية، كما تفتقر إلى أدنى شروط الحياة الكريمة.⁵

5 ضف الى ذلك فإنّ معضلة النفايات تزيد من تعقيد مشاكل البيئة الحضرية إذ تؤدي إلى تدهور الوسط الطبيعي، حيث أنّه في غياب وسائل وطرق ملائمة لتدبيرها العقلاني باتت تؤثر على صحة الإنسان والبيئة.

2- محاولة التشريع العمراني تدارك الواقع السلبي للبيئة الحضرية

من أجل تصحيح الاختلالات التي فرضت نفسها على سير عملية التعمير، وتجاوز حالة عدم التجانس الظاهر الذي يطبع النسيج العمراني، وتخطيط ومراقبة التطورات المستقبلية للمناطق العمرانية، ساهم المشرع في استكمال البناء القانوني لقانون التعمير والذي مرّ بمرحلتين أساسيتين نلخصها كما يلي:

أ - التنظيم العمراني في المرحلة الاستعمارية

عمدت الإدارة الاستعمارية الفرنسية قبل سنة 1919 إلى إدخال النموذج الغربي لتخطيط المدن في الجزائر، ذلك أنّ الطابع العسكري للاستعمار سمح للجيش الفرنسي بالانفراد بمهمة إعداد مخططات المدن⁶، وقد ساهمت تلك المخططات في التكوين التدريجي للمحيط الحضري.

بصدور قانون Caornudet في 14 مارس 1919 أصبحت بموجبه مخططات التعمير وسيلة لتسيير النمو العمراني⁷، ثمّ تمّ إلغاؤه بعد نهاية الحرب العالمية الثانية ليستبدله بأدوات تنظيمية جديدة في مجال التعمير بشكل يراعي نموذج المدينة تصادفا مع التجديد التشريعي الذي طرأ على مجال التعمير في فرنسا، والذي امتد تطبيقه إلى الجزائر بواسطة القانون الصادر في جويلية 1955.

ب- التنظيم العمراني في مرحلة الاستقلال

تميزت السنوات الأولى التي عقيبت استرجاع السيادة الوطنية بغياب التعمير من اهتمامات الدولة، وتوجيه كامل العناية للقطاع الصناعي الذي كان على رأس الأولويات بشكل حال دون تطور المدينة الجزائرية من حيث الكم والكيف، وغياب سياسة واضحة للتهيئة العمرانية.

وقد تزامنت هذه المرحلة مع استمرار تسيير الإدارة بنصوص وضعت في الفترة الاستعمارية لتفادي الفراغ القانوني، صدر القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 لتمديد العمل مؤقتا بالتشريعات الفرنسية إلا ما يتعارض والسيادة الوطنية، ومن هنا بظهور جليا التأثير الواضح للقانون الفرنسي في قانون التعمير الجزائري، ونلمس ذلك بوجه الخصوص في المجال الخاص بإعداد مخططات التعمير التي ظلت تخضع للمرسوم الفرنسي الصادر في 1958/12/31، إلى أن تم الاعلان رسميا في 1973 عن إلغاء قانون 1962/12/31، وإنهاء العمل بالتشريعات الفرنسية ابتداء من 05 جويلية 1975.

لقد بدأت علامات الاهتمام بالتعمير من خلال بالبرنامج الرباعي الأول (1970-1973)، الذي ركّز على ضرورة التحضير لأعمال البرمجة الحضرية للمدن الكبرى بالنظر إلى النمو الديمغرافي ودورها الاقتصادي المتنامي، والنزوح الريفي .

لم تول الدولة الجزائرية اهتماما لمسألة التعمير إلا بصدور المخطط الرباعي الثاني، الذي تميّز بسياسة وطنية طموحة لإنجاز برامج الإسكان، لكن يعاب عليه غياب تنسيق حقيقي مع قطاعات النشاط الأخرى، ومن اجل تفادي هذه الاختلالات، أنشئت ولأول مرة في 1977 دائرة وزارية مكلفة بالبناء والسكن للتكفل بإعداد سياسة وطنية للتعمير، وقد بلغ قانون التعمير في الجزائر درجة معينة من التجدد تدعّم بصدور قانون التهيئة العمرانية في 1987، في مرحلة تميزت بعمل مؤسسات الدولة تحت ضغط الصعوبات الميدانية والأحداث المتعاقبة.

صدرت في الفترة الممتدة بين سنوات 1990 و2010 مجموعة من النصوص القانونية ذات المصدر التشريعي والتنظيمي والتي أصبحت اليوم تشكّل النواة الصلبة لقانون التعمير، لما تتناوله من تنظيم قانوني للمسائل العملية المتعلقة بتهيئة الإقليم ما يضمن تنميته المستدامة نذكر منها:

- قانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري⁸.

- قانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم⁹.

يهدف المشرّع بسنه لهذا القانون في تحديد القواعد العامة الرامية إلى تنظيم الأراضي القابلة للتعمير وتكوين المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي والموازنة بين

- وظيفة السكن والفلاحة والصناعة، والأدوات الخاصة بالتهيئة العمرانية. والملاحظ على هذا القانون أنه يكاد يكون نقلا حرفيا للقانون الفرنسي للتوجيه العقاري الصادر في 30 ديسمبر 1967، بشكل لا يتماشى وخصوصيات العمران ومتطلباته في الجزائر.
- المرسوم التشريعي رقم 04-94، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري¹⁰.
- قانون رقم 20-01 المتعلق بتهيئة الاقليم والتنمية المستدامة¹¹.
- أحدث هذا القانون نقلة نوعية في مفهوم التهيئة العمرانية، إذ أدخل التنمية المستدامة كمدلول جديد في التخطيط العمراني، والذي يجب أن يضمن حقوق الأجيال الحالية والمستقبلية في بيئة نظيفة.
- قانون رقم 02-02، المتعلق بحماية الساحل وتنميته¹².
- صدر هذا القانون لضمان الحماية الكافية للبيئة والمحيط الطبيعي والعمراني، من التصرفات غير المدروسة للأشخاص الطبيعية والمعنوية على السواحل.
- قانون رقم 08-02، المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتنميتها¹³.
- صدر هذا القانون في ظل التوسع العمراني المستمر للمدن، حيث وضع الأدوات القانونية لتأسيس المدينة المستدامة.
- قانون رقم 06-06، المتضمن القانون التوجيهي للمدينة¹⁴.
- قانون رقم 15-08، المتعلق بقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها¹⁵.
- جاء هذا القانون لوضع حدّ لحالات عدم إنهاء البناءات فتحقيق مطابقة البناءات المنجزة أو التي في طور الانجاز قبل صدوره، المرسوم التنفيذي رقم 175-91 المحدد للقواعد الخاصة للتهيئة والتعمير والبناء¹⁶.
- المرسوم التنفيذي رقم 176-91، المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء شهادة المطابقة ورخصة الهدم والتسليم¹⁷.
- المرسوم التنفيذي رقم 177-91، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للمدينة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به¹⁸.

- المرسوم التنفيذي رقم 91-178، المحدد لإجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليه والوثائق المتعلقة بها¹⁹.
 - المرسوم التنفيذي رقم 95-370، المتضمن تنظيم لجنة الهندسة المعمارية والتعمير والبيئة المبنية في الولاية وعملها²⁰.
 - المرسوم التنفيذي رقم 06-55، يحدد شروط و كفاءات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير وكذا إجراءات المراقبة²¹.
 - المرسوم التنفيذي رقم 08-388، يحدد مهام المفتشية العامة لل عمران وللبناء وتنظيمها وعملها²².
 - المرسوم التنفيذي رقم 09-147، يحدد محتوى مخطط تسيير المساحات الخضراء وكفاءات إعداده والمصادقة عليه وتنفيذه²³.
 - المرسوم التنفيذي رقم 09-155، يحدد تشكيلة لجنة الدائرة والطعن المكلفتين بالبت في تحقيق مطابقة البناءات وكفاءات سيرها²⁴.
 - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 سبتمبر 1992، يتعلق بحقوق البناء المطبقة على الأراضي الواقعة خارج المناطق العمرانية للبلديات²⁵.
 - التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 13 أوت 1995، تتعلق بمعالجة البناء غير المشروع²⁶.
- إنّ كثرة الإحالة إلى التنظيم لا تسمح بالكشف على النقائص التي تعترى النصوص التشريعية بسبب تأخر هذه النصوص عن الصدور لتحديد تفصيلات تطبيق النص التشريعي، مثلما هو الحال بالنسبة للقانون التوجيهي للمدينة والقانون المتعلق بمطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ولرفع الغموض والالتباس الذي يعترى بعض أحكام القانون كما هو الحال بالنسبة للقانون المتعلق بحماية الساحل وتهيئته، بل أنّ عدم وضوح الرؤية بخصوص التهيئة والتعمير والبناء جعل السلطة التنظيمية تنوط بالهيئات والأجهزة التي تنشئها لمتابعة تطبيق القانون، واقتراح ما تراه مناسبا لتحسين النصوص وملاءمتها مع الواقع ومستجداته.

ثانيا/ مدى فعالية دور المجتمع المدني في حماية البيئة الحضرية

نظرا لقصور الميكانيزمات الكلاسيكية (الهيئات المركزية واللامركزية)²⁷. عن بلوغ الهدف المنشود، ألا وهو تحقيق استراتيجية وطنية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، كان لزاما علينا إدخال عنصر جديد في سيرورة التهيئة العمرانية المستدامة ألا وهو المجتمع المدني.

1- في ضرورة مواكبة التخطيط العمراني للمهام البيئية

عرف تحديث القواعد المتعلقة بالتعمير في الجزائر تأخرا كبيرا، إذ يشير الأستاذ " رداف أحمد" إلى أنّ تمديد الجزائر للعمل بالتشريعات الفرنسية الخاصة بقواعد التعمير خص أحكام مرسوم 1089 المؤرخ في 58-1463 - 21 المؤرخ في 31 ديسمبر 1958 وأحكام المرسوم 59 سبتمبر 1959 ، ولم ينص هاذان المرسوم إلا على مخطط التعمير الرئيسي وأضاف المشرع الفرنسي من خلال قانون التوجيه العقاري المؤرخ في 30 ديسمبر 1967 مخطط شغل الأراضي ، PDAU، إلى غاية صدور قانون التهيئة والتعمير سنة 1987 ، واعتبر الأستاذ "رداف" أنّ هذا التأخير في تحديث وسائل التخطيط العمراني أحدث " خلا واضحا وغير مقبول"²⁸.

كما تجسدت السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة ضمن الإصلاحات العميقة التي شهدتها موضوع حماية البيئة²⁹، والتي تهدف إلى تخطي مستوى الاختلال التي شهدتها شغل المجال الجزائري³⁰ ، فجسدت على المستوى الوطني في المخطط الوطني لتهيئة الإقليم³¹ ، أما على المستوى اللامركزي فقد عمدت إلى إرساء كل من المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (P.D.A.U) ومخطط شغل الأراضي (P.O.S)

2- المجتمع المدني فاعل جديد في عملية حماية البيئة

نظرا للنقائص التي تتميز بها الوسائل التقليدية في التوفيق بين عملية التهيئة العمرانية وتحقيق أهداف حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، تم التفكير في إشراك عنصر جديد هو المجتمع المدني، باعتباره المتأثر المباشر بما يحدث في محيطه.

أ - تطور فكرة المجتمع المدني في الجزائر

عرفت الساحتان الإعلامية والسياسية في الجزائر مفهوم المجتمع المدني في النصف الثاني من الثمانينيات، في الوقت الذي كان فيه النظام السياسي الجزائري

يعيش أزمة حادة في قاعدته الاقتصادية، وشرعية مؤسساته السياسية ونمط تسييرها المعتمد على الدولة كفاعل وحيد، ليس في المجال السياسي فقط، بل حتى في المجال الاقتصادي والاجتماعي. فلم يكن من الغريب في هذه الحالة، أن يرتبط مفهوم المجتمع المدني بالحديث عن عمليات الانتقال التي حاول النظام السياسي الجزائري القيام بها ابتداء من النصف الثاني من الثمانينيات؛ وهو ما جعل مفهوم المجتمع المدني يبدو في الحالة الجزائرية كمفهوم رسمي أكثر منه مفهوما شعبيا معارضا³².

ب- آليات عمل المجتمع المدني كمحافظ على البيئة في مشاريع التوسع العمراني
يتجسد ذلك من خلال التأثير الإيجابي في مداولات المجالس الشعبية البلدية والولائية المتعلقة بمشاريع مخططات التعمير، ويظهر ذلك في:

ب-1 الدور الاستشاري للمجتمع المدني في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير
يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات باطلاع رؤساء غرف التجارة ورؤساء الغرف الفلاحية، ورؤساء المنظمات المهنية كتابيا بالمقرر القاضي بإعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، من أجل المشاركة في إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، وذلك في مدة خمسة عشر (15) يوم ، ابتداء من تاريخ استلامهم الرسالة للإفصاح عما إذا كانوا يريدون أن يشاركوا في إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وتعيين ممثلهم في حالة ثبوت إرادتهم . وتقوم على إثر ذلك البلديات المعنية بتبليغ مشروع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير للجمعيات وللأطراف المعنية السابقة، ويمنحون مهلة ستين (60) يوما لإبداء آرائهم وملاحظاتهم، وإذا لم تقدم أي إجابة خلال هذه المهلة عدّ رأيهم موافق، وبعد ذلك تتم المصادقة عليه بمداولة المجلس الشعبي البلدي³³.

ب-2 الدور الصوري للمجتمع المدني في مخطط شغل الأراضي

يقرر إعداد مخطط شغل الأراضي عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي، ويجب أن يتضمن الحدود المرجعية لمخطط شغل الأراضي الواجب إعداده وفقا لما حدده المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير المتعلق به، لكيفية مشاركة الإدارات العمومية والهيئات والمصالح العمومية والجمعيات في إعداد مخطط شغل الأراضي³⁴، ويبادر رئيس

المجلس الشعبي البلدي، بمتابعة الدراسات وجمع الآراء في إطار التشاور مع مختلف الهيئات والمصالح العمومية والجمعيات³⁵.

ما يعاب على هذه المخططات هو محدودية فعاليتها وضعف مصداقيتها في مجال حماية البيئة، وهذا راجع الى عدم الانسجام بين المخطط الوطني والمخططات المحلية بسبب السلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها الهيئات المحلية في إعدادها مما يضيف عليها الطابع الجهوي من جهة، ومن جهة أخرى يلاحظ تراكم الأهداف المسطرة من أجل حماية البيئة، مما يجعل مخططات التعمير مجرد وثيقة توفيقية بين مختلف القطاعات، لذا كان لزاما البحث عن أسلوب أكثر نجاعة نحقق من خلاله حماية البيئة، ألا وهو اشراك المجتمع المدني كعنصر فعال في سيرورة التهيئة والتعمير.

ب- 3 معوقات تحقيق فعالية مكونات المجتمع المدني

إن كان الاهتمام بالبيئة ضرورة تقتضيها الحتمية التنموية، الأخلاقية والاجتماعية، على الدولة أن تشجع مكونات المجتمع المدني للمشاركة في القرارات المؤثرة في عملية التهيئة العمرانية والتي من شأنها أن تؤدي الى الاخلال بالتوازن البيئي. لكن ما يلاحظ في الواقع العملي هو قصور الدور الذي تلعبه هذه الجمعيات وذلك راجع لعدة أسباب، وقد بينت إحدى الدراسات المغربية المقارنة نوعية الصعوبات ونقاط الضعف التي تتعرض لها الجمعيات المغربية، بما فيها الجزائرية³⁶ والتي تختصرها على الشكل التالي:

- العلاقات بين الجهات الرسمية والجمعيات ليست شفافة بالقدر الكافي.
- الجمعيات غير معترف بها فعليا كمحاور وشريك من قبل الجهات الرسمية.
- لا تتوفر بما فيه الكفاية، الثقة المتبادلة بين الجمعيات والجهات الرسمية.
- استفادة الجمعيات من المساعدات المالية الرسمية ليست شفافة بالقدر الكافي.
- لا توجد قنوات وإجراءات معروفة بهدف الحصول على مقرات دائمة للجمعيات أو مقرات لاستقبال المشاريع.
- الجمعيات لا تملك الحرية في استقبال الهبات والمساعدات من الخارج. مما يؤثر سلبا على وضعها المادي وسير عملها.

- لكن رغم نقاط الضعف هذه تقابلها الكثير من نقاط القوة، يمكن أن نعدّ ما يلي:
- الدور البارز الذي يحتله الشباب والمرأة داخل الجمعيات وعلى رأس قياداتها.
 - الدور الخاص الذي تحتله الفئات المؤهلة والنخب العلمية في قيادات جمعيات المجتمع المدني خاصة تلك المهتمة منها بميدان البيئة والتنمية.³⁷
 - وأخيرا استمرارية قيم العمل التطوعي بين أعضاء الجمعيات والمنتسبين إليها.³⁸
- خاتمة

لما كان العمران هو وجه الدولة والحضارة، فمن المسائل المسلم بها في أي مجتمع متحضر أن سير حركة البناء وتشيد المدن يكون وفق قواعد وأصول مرسومة ومحددة ولا يترك لأهواء الأفراد، حفاظا على جمال وتناسق المباني، وبتعبير آخر فإن أي بناء في محيط عمراني، وفي سبيل تحقيق ذلك أوردت الدولة الجزائرية أهمية بالغة لمسألة التعمير لما لها من آثار عديدة سواء على الاقتصاد الوطني أو التوزيع الجغرافي وحتى الديمغرافي للسكان، كل هذه المعطيات جعلت المشرع يسنّ عدة نصوص قانونية تتكفل بمسألة التعمير من جهة وكيفية تحقيق التنمية المستدامة.

ومن هنا تخلص هذه الدراسة إلى أنّ التحول نحو الاستدامة المنشودة، لا يبدو ممكنا بدون دمج جهود التنمية المستدامة وجهود الحفاظ على البيئة الحضرية بطريقة مفيدة للطرفين، من أجل الصالح العام للجيل الحالي والأجيال القادمة على السواء وأن يكون ذلك التحول مصحوبا بالوعي السياسي بأهمية العمل الجدّي في أرض الواقع، وعليه نخلص بالتوصيات التالية:

- رفع مستوى الوعي البيئي لدى السكان من خلال الحضور الفعال للمجتمع المدني.
- ضرورة تضافر الجهود لتحسيس بأهمية المحافظة على البيئة أفرادا أو جماعات.
- تكاثف الجهود من أجل تعزيز قدرات الجماعات المحلية في تدبير المجال البيئي.
- تفادي التعقيد في التشريع.
- تفعيل البعد التشاوري والتنسيق بين منظمات المجتمع المدني ووزارة البيئة والتنمية العمرانية حول القضايا البيئية.

- تفعيل دور وسائل الإعلام وقادة الرأي العام في تشجيع الأفراد والمؤسسات عامة والشباب خاصة على المشاركة في الأعمال والمشروعات الطوعية ودعمها مادياً ومعنوياً.

الهوامش

1. داوود عبد الرزاق الباز: الأساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث: دراسة تحليلية في إطار المفهوم القانوني للبيئة والتلوث، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص. 39.

2. انظر:

-Déclaration finale de la conférence des nations unies sur l'environnement réunie à Stockholm du 05 au 16 Juin 1972, In :

<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentId=97&articleId=15031>fr

3. فالنمو السكاني بالمغرب مثلاً انتقل من 15.379.254 نسمة سنة 1971 إلى 29.892.000 نسمة سنة 2004. كما أنّ معدل التحضر ارتفع في نفس الفترة من 35% إلى 55,1%، ويتوقع أن تبلغ ساكنة المغرب في سنة 2014 رقم 35 مليون نسمة بمعدل للتحضر يصل إلى 65%. لمزيد من التفاصيل في الموضوع عد الى: منشورات وزارة الداخلية على هامش ملتقى الجماعات المحلية 2006، محور التوسع العمراني للمدن، أكادير 12-13 دجنبر 2006، ص.3.

4. انظر:

-Sedjari (A) : « Les nouveaux enjeux de la gestion municipale », séminaire sur la gestion des villes et leur développement, ISCAE, Casablanca, Janvier 2004.

5. التيجاني بشير: التحضير والتهيئة العمرانية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص. 38.

6. تعبر مدينة باتنة عن اختصاص ما كان يسمى "بمصلحة الهندسة العسكرية لشمال افريقيا"، بتخطيط وانشاء المدن الجديدة في ذلك الوقت، من حيث اختيار الموقع أو من حيث اختيار التسمية. على اعتبار أنّها كانت في الأصل كتبية عسكرية لسلاح الفرسان casernement du corps des cavaliers، أقيمت على مشارف سجن تازولت لاميز وحملت منذ إنشائها على اسم Batna التي تعني Bataillon anti Terrorisme Nord Africain وقد كانت في البداية تحوي عائلات الإداريين والعسكريين، ثم توسعت لتشمل الجزائريين الذين فرضت عليهم الإقامة الجبرية الداخلية.

7. راجع في ذلك:

-BELUZ Jean jacques:Alger,El Djezair,Chronique urbaine,Édition BOUCHENE, Alger, 2001, p.34.- loi N°55-900, du 05 juillet 1955, relative à l'extension à l'Algérie de la législation relative sur l'urbanisme et le permis de co,striuire, (Code de l'urbanisme) et des articles 1,2,3,4,5,13, 14, 17, 18 et 19 de la loi N°53-683 du 06 aout 1953 en vue d'quisition de terrains jorf du 09 Juillet 1955. In.www.legifrance.fr.

- راجع في ذلك:

-Décret N°58-1463 du 31/12/1958, Relatif aux plans d'urbanisme, jorf du 04 Janvier 1958. In. www.legifrance.fr.

8. قانون رقم 25-90، مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، لسنة 1990.

9. قانون رقم 29-90، مؤرخ في اول ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52، 1990. معدل ومتمم.

10. مرسوم تشريعي رقم 04-94. مؤرخ في 18 ماي 1995، يتضمن شروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر عدد 32، الصادر في 23 مايو 1994.

11. قانون رقم 20-01، مؤرخ في 12 ديسمبر 2001، يتعلق بتهيئة الاقليم والتنمية المستدامة، ج ر عدد 77 الصادر في 15 ديسمبر 2001.

12. قانون رقم 02-02، مؤرخ في 02/04/2002، يتعلق بحماية الساحل وتنميته، ج ر ع 10، الصادر في 12/04/2002.

13. قانون رقم 08-02 ، مؤرخ في 08 ماي 2002، يتعلق بشروط إنشاء المدن وتنميتها، ج رعدد 34 الصادر في 14 مايو 2002.
14. قانون رقم 06-06، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، ج رعدد 15 الصادر في 12 مارس 2006.
15. قانون رقم 15-08 ، مؤرخ في 20 جويلية 2008، يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، ج رعدد 44 الصادر في 03 أوت 2008.
16. مرسوم تنفيذي رقم 91-175 ، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء ج رعدد 26، بتاريخ أول جوان 1991.
17. المرسوم التنفيذي رقم 91-176، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد كفاءات تحرير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج رعدد ج رعدد 26، الصادر في أول جوان 1991 ، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03-2000، المؤرخ في 07 جانفي 2006، ج رعدد 01 الصادر في 08 جانفي 2006 . وبالمرسوم التنفيذي رقم 09-307، المؤرخ في 22 سبتمبر 2009، ج رعدد 55، الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 2009.
18. المرسوم التنفيذي رقم 91-177، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق به، ج رعدد 26، الصادر في أول جوان 1991، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي بالمرسوم التنفيذي رقم 05-317، المؤرخ في 10 سبتمبر 2005، ج رعدد 62 الصادر في 12 سبتمبر 2005.
19. المرسوم التنفيذي رقم 91-178، مؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليها والوثائق المتعلقة بها، ج رعدد 26، الصادر في أول جوان 1991، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-318، المؤرخ في 10 سبتمبر 2005، ج رعدد 62، الصادر في 11 سبتمبر 2005.
20. المرسوم التنفيذي رقم 95-370، مؤرخ في 15 نوفمبر 1995، المتضمن تنظيم لجنة الهندسة المعمارية والتعمير والبيئة المبنية في الولاية وعملها، ج رعدد 70، الصادر في 19 نوفمبر 1995.
21. المرسوم التنفيذي رقم 06-55، مؤرخ في 30 يناير 2006، يحدد شروط كفاءات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير ومعاينتها وكذا إجراءات المراقبة، ج رعدد 06 ، الصادر بتاريخ 05 فيفري 2006.
22. المرسوم التنفيذي رقم 08-388، المؤرخ في 27 نوفمبر 2008، يحدد مهام المفتشية العامة للعمارة والبناء وتنظيمها وعملها، ج رعدد 69 ، الصادر بتاريخ 07 ديسمبر 2008.
23. المرسوم التنفيذي رقم 09-147، المؤرخ في 02 ماي 2009، يحدد محتوى مخطط تسيير المساحات الخضراء وكفاءات اعداد والمصادقة عليهم ج رعدد 26 ، الصادر في 03 ماي 2009.
24. لمرسوم التنفيذي رقم 09-155، المؤرخ في 02 ماي 2009، يحدد تشكيلة لجنتي الدائرة والطنع المكلفين بالبت في تحقيق مطابقة البناءات وكفاءات سيرهما، ج رعدد 27 ، الصادر في 06 ماي 2009.
25. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 سبتمبر 1992، يتعلق بحقوق البناء المطبقة على الأراضي الواقعة خارج المناطق العمرانية للبلديات، منشورات بيرتي ، الجزائرن 2010، 2011، ص.87.
26. التعليمية الوزارية المشتركة المؤرخة في 13 أوت 1985، تتعلق بمعالجة البناء غير المشروع، منشورات بيرتي طبعة 2010، 2011، ص.264، 292.

27. قام المغرب بتأسيس نظام إداري لا مركزي مكون من ثلاثة مستويات: الجهات، العمالات أو الأقاليم والجماعات الحضرية والقروية، ومكثها من إطار قانوني محفز يضم في اختصاصاتها عدة وظائف تسييرية وتنموية داخل إطار مهم للتعاون والشراكة. انظر: محمد أحباشان: "السياسية الترابية بالمغرب، قراءة أولية في النسق العام"، كتاب جماعي بعنوان: "إستراتيجية وتنظيم الجماعات المحلية"، بإشراف محمد حركات جامعة محمد الخامس السويسي مجموعة البحث حول الاقتصاد الحضري والجهوي والبيئة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2002، ص 18.

28. للتفصيل في الموضوع أنظر:

- REDDAF Ahmed : politique et droit de l'environnement en Algérie. Thèse pour le doctorat en droit, Université du MAINE, 19 91, p, 87.

29. يعتبر المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير إحدى أدوات التهيئة والتعميرو أداة إستراتيجية تنظيمية لعمل الجماعات المحلية والسلطات العمومية في شغل المجال وتسيير العمران.

- انظر المادة الأولى من القانون رقم 90-29 ، مؤرخ في أول ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر عدد 52 الصادر في 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04-05 ، مؤرخ في 14 غشت 2004 ج ر عدد 51 ، الصادر في 15 غشت 2004.

- انظر أيضا المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177 ، مؤرخ في 28 مايو 1991 ، يحدد اجراءات اعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج ر عدد 26 ، الصادر في 26 يونيو 1991، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-317، مؤرخ في 10 سبتمبر 2005 ، ج ر عدد 62، الصادر في 11 سبتمبر 2005.

30. عملا بتوجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، جاء مخطط شغل الاراضي للعمل على ضوء توجيهات المخطط الأول نظرا للعلاقة التكاملية بينهما، والذي يحدد قواعد شغل الاراضي في جزء من بلدية او عدة بلديات.

31. راجع المادة 17/ 1 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177، يحدد اجراءات اعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، مرجع سابق.

32. أنظر المادتين 19 و 20 ، من القانون رقم 01-20، المتعلق بالتهيئة والتعمير، مرجع سابق.

33. وناس يحيى: الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان 2007، ص.42، ص.45.

34. المادة 07 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91 – 177 ، المؤرخ في 28 ماي 1991، المحدد لإجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به،، مرجع سابق.

35. راجع المادة 09، من المرسوم التنفيذي رقم 91-177، المرجع نفسه.

36. المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178 مؤرخ في 28 مايو 1991 ، يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراض ، والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها. ج. ر. عدد 26.

37. كان الجزائريين قد عرفوا تجربة جمعوية محدودة في ظل الحكم الاستعماري بداية القرن الماضي اقتصر على أبناء بعض المدن الكبرى وتركزت حول العمل الثقافي والرياضي والفني قبيل بروز الحركة الوطنية بمطالها السياسية الواضحة.

38. أنظر في الموضوع:

- Etude sur le renforcement du rôle de la société civile maghrébine.

[http : //www.gm-unced.org](http://www.gm-unced.org)

القتل الرحيم و حدود الإنعاش الصناعي في منظور التشريع الجزائري*

BOUMEDIAN Fatima Zahra
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Sidi Bel Abas

بومدين فاطيمة الزهرة
كلية الحقوق و العلوم السياسية،
جامعة سيدي بلعباس

ملخص

إنّ المريض الميؤوس من شفائه يكون في أغلب الأحوال مسلوب الإرادة وتحت ضغط وإكراه معنوي، بحيث أنّ أي فعل يقع على مثل هذا المريض وأدى إلى وفاته يكون كافياً إذا وقع عمداً لقيام جريمة القتل العمد ولا يغير من ذلك إذا كان المجني عليه راضياً أو لا أو كان ذلك بدافع الشفقة. لأنّ القانون الجنائي لا يعتدّ بالبواعث في القصد الجنائي إلّا في حالة ما إذا تمّ توقيف العلاج أو أجهزة الإنعاش الصناعي بعد التأكد طبياً أنّ هذا العلاج ليس له أي فائدة في تحسن صحته بل يسبّب له ألماً إضافية كذلك إذا ثبتت وفاته بموت خلايا جذع الدماغ.

و يعتبر القتل الرحيم في منظور التشريع الجزائري جريمة معاقب عليها وذلك في صورة المساعدة على الانتحار، أو في حالة القيام بأي فعل من طرف الطبيب أو شخص آخر يؤدي إلى التعجيل بوفاة المريض الميؤوس من شفائه، سواء كان فعلاً إيجابياً أو امتناعاً عن المعالجة المعاقب عليهما في صورة القتل العمدي والامتناع عن تقديم مساعدة.

الكلمات الدالة

القتل الرحيم، المساعدة الطبية، الإنعاش.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/03/18 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2014/04/21 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

Euthanasia and the limits of the Industrial Recovery in perspective of Algerian legislation

Abstract

any hopeless patient of his recovery be in the most harrowed conditions will and under the pressure and moral coercion, so that any act that occurs on the patient may led to his death be enough if intentionally signed for the crime of murder, does not change so if the victim is satisfied or not, or It was out of pity. Because the criminal law does not count in the motivations of criminal intent, but in case you were arrested treatment or industrial resuscitation equipment after making sure medically that this treatment does not have any interest in improving his health, but causes him additional pain as well as if his death proved the death of the brain stem cells.

And it is considered euthanasia in perspective Algerian legislation punishable crime in the form of assisted suicide, or in the case of any act by a doctor or someone else lead to accelerating the death of a patient terminally his recovery, whether it is actually a positive or omission punishable them treatment in Image of intentional murder and refrain from providing assistance.

Key words

Euthanasia, medical assistance, recovery.

L'euthanasie et les limites de la réanimation artificielle en droit algérien

Résumé

Lorsqu'un patient est en phase finale et qu'il souffre de façon insupportable, il est dans la plupart des cas sans volonté et sous pression et contrainte morales. De ce fait, tout acte commis sur un tel patient conduit inéluctablement à sa mort, ce qui peut être qualifié comme homicide volontaire, d'autant plus que le code pénal n'admet aucun motif quant à l'intention criminelle. Excepté, le cas de l'arrêt du traitement médical ou de l'arrêt des appareils de réanimation artificielle et ce, après s'être assuré cliniquement que ce traitement n'a aucun effet sur l'amélioration de la santé du patient, mais qu'il lui cause des souffrances supplémentaires ou que sa mort cérébrale est prouvée.

L'euthanasie est considérée par la loi algérienne comme une infraction punissable, soit sous la forme de l'aide au suicide soit dans le cas d'un acte accompli par un médecin ou quelqu'un d'autre et qui conduit à accélérer la mort du patient.

Mots clés

Euthanasie, assistance médicale, réanimation.

مقدمة

إنّ قواعد مسؤولية الطبيب عن أفعاله الشخصية تستمد من القواعد القانونية والقواعد المستمدة من طبيعة الوظيفة الإنسانية التي يقوم بها الطبيب، أي على الأصول العلمية والفنية والقانونية التي تحكم علوم الطب ومن يزاولها.

فيجتمع الفقه والقضاء على تقرير مسؤولية الطبيب عن فعله الشخصي كلما كان هذا الفعل يمثل انحرافاً عن السلوك المعتاد الذي يسلكه أصحاب هذه المهنة. فعندما يُقْبَلُ الطبيب على قتل مريض ميؤوس من شفائه، يعتبر تدخله هذا لهدف غير علاجي يطغى على فعله الصفة الإجرامية، إذ يشكّل مساساً بسلامة جسم الإنسان.

و من ناحية الثانية نجد أنّ موضوع الإنعاش الصناعي شغل الكثير من العلماء والأطباء وذلك بسبب حدائته وبسبب أهمّ ألام وهو مخاطر استعماله من الناحيتين الاجتماعية والإنسانية، هذا لأنّه يهدف إلى تحقيق غاية اجتماعية معتبرة قانوناً وهي علاج المريض. ورغم اعتبارها كسبا علمياً، إلّا أنّها صاحبت الشك في فائدتها لذلك يتعيّن تقييد استعمالها كي لا يخرج العمل الطبي عن أهدافه فيما يستخدمه من وسائل، في المحافظة على الحياة وصيانة الصحة. فنجد أنّ هذا الموضوع صاحبه عدة إشكاليات حول حدود استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي؟ وكيف يمكن تصنيف جريمة القتل الرحيم؟ وما هو أساس مسؤولية الطبيب الذي يسهّل ويعجّل موت المريض؟

للإجابة على هذه الإشكاليات وغيرها يقتضي بنا الأمر تبني خطة منطقية تقام عليها الأفكار الأساسية والمستحدثة في الموضوع و ما طرأ عليه من متغيرات في المجال القانوني والطبي وهذا من خلال ما يلي :

أولاً: مفهوم القتل الرحيم في منظور التشريع الجزائري

ثانياً: مسألة موت الدماغ والإنعاش الصناعي

ثالثاً: موقف التشريعات المقارنة من القتل الرحيم

أولاً / مفهوم القتل الرحيم في منظور التشريع الجزائري

1- مفهوم القتل الرحيم

القتل الرحيم، الموت الرحيم، القتل بدافع الشفقة، تعددت المصطلحات والتعريفات والمعنى واحد استخدمت كلمة القتل الرحيم لأول مرة في سياق طبي في القرن السابع عشر ميلادي، للإشارة إلى وسيلة موت سهلة سعيدة وغير مؤلمة لتخفيف المعاناة البدنية من الجسم. ويعرّف موت الرحمة من الناحية القانونية تحت اصطلاح "القتل الرحيم"¹، وحالياً أصبح المفهوم يعني أشياء مختلفة ولكنها ذات صلة اعتماداً على أخلاقيات وعقائد المجتمعات.

فمفهوم القتل الرحيم يتغيّر حسب أساليب اللجوء إليه وأسبابه منذ ظهوره أو نشأته كفكرة تبرّرها معايير تنبئ بنهاية الحياة كالآلام المبرحة، نهاية عمر اليأس تختلف نظرنا جميعاً لها، فكيف تتخذ مبرراً للقتل؟

أ/ تعريف القتل الرحيم

التعريف اللغوي: يعود أصل كلمة القتل الرحيم إلى الإغريق EUTHANATOS وهي تتألف من مقطعين:

Eu: الحسن، الطيب، الرحيم أو الميسر.

thanatos: الموت أو القتل.

مما يعني أنّ كلمة EUTHANATOS تعني الموت أو القتل الرحيم أو الميسر.

وقد درجت اللغات الأجنبية على تسميته EUTHANASIA (الاولانازيا)²

وبالفرنسية EUTHANASIE

القتل الرحيم اصطلاحاً: هو إنهاء حياة المريض الميؤوس من شفائه طبياً للحدّ من آلامه المبرحة وغير المحتملة بناء على طلبه الصريح أو الضمني، أو طلب من ينوبه، سواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة³. ويكون فعل القتل بإتيان الطبيب حركة تجاه جسم المريض وذلك باستخدام أجزاء من جسمه كاليدين أو الرجلين أو باستخدام أدوات العلاج استخداماً لا يتفق مع أصول الفن⁴.

القتل الرحيم في الشرع: عرّف القتل بأنّه "فعل من العباد تزول به الحياة" أو إنّه "إزهاق روح آدمي بفعل آدمي آخر" والقتل نوعان قتل مباح لحق من الحقوق الشرعية أو لحق من الحقوق الشخصية كاستيفاء القصاص أو قتل القاتل أو المرتد عن دينه. وقتل محرّم الذي هو قتل عدواناً "عمداً وشبه عمداً والخطأ"⁵.

ومشكلة القتل الرحيم من أساسها لا وجود لها في الشريعة الإسلامية، ولم يرد ذكرها في أحكام الشريعة وهي تعتبر صورة من صور الانتحار وقتل النفس التي حرم الله إلاّ بالحق لقوله سبحانه و تعالى: " ولا تقتلوا النفس التي حرّم الله إلاّ بالحق"⁶ فالحق في الحياة يجتمع فيه شرعاً حق الله تعالى وحق العبد كما أنّ آلام المريض، لا تبرّر الاعتداء على حق الله عز وجل.

ب/ أنواع القتل الرحيم وصوره

القتل الرحيم هو ذلك الأداء أو الامتناع عن الأداء الذي يحدث بالنتيجة موت المريض الذي يعاني أو يعيش ألماً لا تطاق. من خلال هذا التعريف يمكن تقسيم القتل الرحيم إلى نوعين: القتل الرحيم الفعال أو المباشر أو الإيجابي، والقتل الرحيم غير المباشر أو المنفعل أو السلبي⁷.

- القتل الرحيم الفعال (الإيجابي)

وهو القيام بفعل مباشر ومتعمد يؤدّي إلى الموت، ويعرّف كذلك على أنّه تدخل شخص ثالث بواسطة مادة تسبّب الموت أو بأي وسيلة أخرى⁸، كإعطاء المريض جرعة قاتلة من دواء كالمورفين أو الكورار أو غيرها من المشتقات بنية القتل. وللقتل الرحيم الإيجابي أربع حالات:

الحالة الأولى / الحالة الاختيارية أو الإرادية حيث تتم العملية بناء على طلب ملحّ من المريض الراغب في الموت وهو واعي، أو بناء على وصية مكتوبة مسبقاً.

الحالة الثانية / اللاإرادية وهي حالة المريض البالغ العاقل الذي فقد الوعي، حينئذ تتم العملية بتقدير الطبيب الذي يعتقد بأنّ القتل في صالح المريض، أو بناء على قرار من ولي أمر المريض، أو أحد أقربائه الذين يرون أنّ القتل في صالح المريض، وهو في حالة لا إرادية يكون فيها المريض غير واعي.

الحالة الثالثة / يمارس فيها القتل الرحيم على صغیر السن أو فاقد لقواه العقلية كالمجنون، وتتم على قرار من الطبيب المعالج وبدون رضا المريض.

الحالة الرابعة / المساعدة على الانتحار يقوم المريض بعملية القتل بنفسه بناء على توجيهات قدّمت له من شخص يوفر له المعلومات أو الوسائل التي تساعد على الموت.

- القتل الرحيم السلبي (غير المباشر)

يتم برفض المريض العلاج اللازم للمحافظة على الحياة، أو بالامتناع عن عمل أو أداء يؤدّي إلى موت المريض كعدم تغذيته أو أخذه للدواء، وهذا بناء على طلبه وبموافقته ويعني في أغلب الحالات التوقف عن تقديم العلاج للمريض عندما يفقد الأمل في شفائه⁹. ومثال ذلك عدم قبول المريض تجريب العلاج الجديد لحالته المستعصية

كالمريض بالسرطان في مرحلته الأخيرة، أو الطفل المصاب بالشلل المخي خلال الولادة تسبب في تخلفه عقلياً وشللاً في الأطراف بدرجات متفاوتة، لذا يوقف علاجه وهو نوع من أنواع الموت السلبي الذي يمنع إطالة معاناة الطفل المريض أو والديه. ويلحق به كذلك إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض الذي طال مكوثه في غرفة الإنعاش بدون أي تحسن في صحته.

2/ موقف القانون الجزائري من القتل الرحيم

إنّ المشرّع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى قدّر سلفاً أنّ هناك ظروفاً تقترب من الجريمة وتلازمها وتلازم مرتكبها فتؤثر على وجه الخصوص على العقوبة، فنص على عدة ظروف جعلها سبباً للتشديد أو التخفيف، إلا أنّ سياسة في بيان ذلك اقتضت على ذكرها بمناسبة تحديد بعض الجرائم ولم يضع نظرية عامة تنظّمها الأمر الذي جعل كلاً من الفقه والقضاء يتولّى البحث لكي يصل إلى تفاصيل وجزيئات الظروف المحيطة بالجريمة، والتي قد يلمسها على وجه الخصوص رجال القضاء عند ممارستهم لمهامهم وتطبيقهم مواد قانون العقوبات التي توحى أحياناً بالتوسّع في التفسير عند تطبيق القانون.

و من الناحية القانونية يعتبر القتل الرحيم فعلاً جرمياً شديداً خصوصية وهو نوع من القتل يفترض وجود حياة إنسانية طبيعية تسبّب لصاحبها آلاماً لا تحتمل فيضع حدّاً لهذه الآلام بقتل المريض طبيياً¹⁰. ولكي توضع المشكلة في وضعها الصحيح ينبغي أن نتعرف على الفارق بين القتل الذي يقع إشفاقاً وبين غيره من صور القتل العادية، هذا الفارق هو أولاً في الدافع أو الباعث على ارتكابه وهو لا أهمية له في القانون الجنائي لأنّ القاعدة ألاّ عبرة لديه بالبواعث.

الأمر الذي يجعله عاملاً ليس له أهمية في نموذج الجريمة، بحيث لا يبقى بعد ذلك من فارق سوى محل الجريمة وهو الإنسان محل القتل.

ويختلف القتل العادي عن القتل الرحيم في كون القاتل يرتكب فعله دون طلب أو رضا سابق على الفعل من المجني عليه، عكس القتل الرحيم¹¹.

فهل يمكن قانوناً للطبيب أو لأي شخص آخر أن يقتل قصداً مريضاً لا يؤمل شفاؤه لمساعدته على إنهاء آلامه؟ هل يجوز للطبيب المختص بالإنعاش الصناعي إنهاء

حياة العضوية الصناعية للمريض بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي؟ و ما مدى مسؤوليته الجزائية عن هذا الفعل؟

أ- أساس المسؤولية الجنائية المترتبة عن القتل الرحيم

يسأل الطبيب جزائياً عند تجاوزه الشروط الأساسية¹² لمشروعية العمل الطبي وهذا للأسباب التالية:

- انعدام حالة الضرورة

حيث أنه يجب أن يكون تدخل الطبيب في حالة وجود خطر جسيم، أي خطر حال ويجب أن لا يكون لإرادة الفاعل دخل في حدوثه، وأن لا توجد وسيلة أخرى لتجنب هذا الخطر فحالة الضرورة لا يمكن أن تعفي الطبيب من المسؤولية إلا في الأحوال المحددة التي تتوافر فيها جميع هذه الشروط اللازمة قانوناً لقيام حالة الضرورة. وتدخل الطبيب عند ممارسته للقتل الرحيم لا يكون بغرض إنقاذه من حالة استعجالية وخطر حال لأجل شفائه بل بالعكس يكون تدخله لغرض غير شرعي يثير مسؤوليته الجنائية.

- رضا المريض

القاعدة العامة تلزم الطبيب للقيام بالعلاج أو العمليات الجراحية الحصول على رضا المريض، وتخلّف هذا الرضا يجعل الطبيب مخطئاً يتحمل قيمة المخاطرة الناشئة عن العلاج حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته ويزداد أهمية الحصول على رضا المريض كلما كان العلاج أو الجراحة ينطوي على الكثير من المخاطر. كما ينبغي من حيث المبدأ أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما أنه في حالة تسمح له بذلك وأن رضاه يعتدّ به قانوناً أمّا إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضاه في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل السريع فإنه يعتدّ برضا ممثليه القانونيين¹³.

حيث تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري¹⁴ على أنه: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

وهناك من يرى أنّ إعفاء الطبيب من المسؤولية عن الأضرار التي يسببها لمريضه في مزاولته العادية لمهنته يرجع إلى وجود عقد يربط بينه وبين المريض، فالمريض في الأحوال العادية يتقدم إلى الطبيب و يطلب منه أن يعالجه من المرض مقابل أجر ويتعهّد الطبيب من جانبه بأن يقوم بعلاجه بما تقتضي به الحكمة والأصول العلمية. لكن تجدر الإشارة أنّه لا يجب أن يقوم الطبيب بالقتل بدافع الشفقة حتى إذا توفّر رضا المريض عن ذلك فهو يخضع للمسؤولية طبقاً للقواعد العامة، التي تقضي بأنّ الحق في سلامة الجسم هو مصلحة المجتمع والفرد يقرّها المشرع ويحميها. فإذا رضي المريض بالاعتداء على حقه في الحياة فإنّ هذا الرضا ينصرف إلى الجانب الفردي من هذا الحق دون الجانب الاجتماعي.

- توقّف القصد الجنائي

يعتبر السبب الثالث الذي على أساسه ينفي البعض المسؤولية عن الأضرار التي يحدثها الطبيب في مزاوله مهنته والتي قد يترتب عليها الأضرار، بأنّه لا يقصد من الإصابات التي يحدثها بالمريض إلا شفاؤه، في حين أنّه في الإصابات الأخرى التي يعاقب عليها القانون قد يكون القصد منه الحقد أو الغضب، ويكون غرض الجاني الإضرار بالمجني عليه. أما بالنسبة للباعث فإنّ المسلم به في الفقه الجنائي أنّه ليس عنصراً من عناصر التجريم وليس عنصراً في الركن المعنوي إلاّ في الأحوال التي عيّنها القانون¹⁵.

وبالتالي يتوافر القصد الجنائي ولو كان الباعث نبيلاً كالقتل إشفافاً، والحقيقة القانونية أنّ القصد لا يمكن الخلط بينه وبين الباعث، فالقصد يشكّل الركن المعنوي لجريمة القتل ويتكوّن من علم وإرادة على النتيجة المتمثّلة في إزهاق الروح التي لا تنفصل عن عناصر الركن المادي. وليس فيها إضافة لعنصر جديد يضاف إلى العلم والإرادة لذلك فالقتل يتطلّب القصد العام ولا يشترط فيه القصد الخاص أما الباعث فهو خارج عن مكوّنات الجريمة.

وذلك لأنّه بالرغم من تسليم الفقه الجنائي أنّ القتل الرحيم يعتبر جريمة مهما كانت حدّة الدافع على ارتكابه، لكن يبقى مع ذلك للمشكلة بعدها الإنساني الذي دفع بجانب من المفكرين الغربيين إلى القول بتبرير هذا القتل¹⁶، ونفي المسؤولية عن القاتل في هذه الحالة مثل ما نفى المفكر "مبيارد دي فونجلا" صفة الجريمة عن

القتل الطبي، وعرف القتل بأنه ما ارتكب بسوء نية تحت تأثير عاطفة سافلة غادرة كالحقد أو الانتقام.

ولكن غالبية الشراح يتجهون إلى عدم الأخذ بفكرة عدم العقاب على القتل الذي يحدث بناء على رغبة المريض أو رجائه، وهم يرون أنّ القتل في هذه الحالة يعدّ جريمة قتل لا أهمية بعد ذلك للباعث¹⁹. فكون الفعل قد أنهى حياة قبل أجلها يحقق بذلك أركان القتل.

ب- أركان جريمة القتل الرحيم

تعتبر جريمة القتل الرحيم جريمة من نوع خاص، كونها تخص صحة الإنسان وتقع على شخص مريض من أحد أقاربه أو من أي شخص يمتن الطب لتدخل غير معتاد و دافع غير مقبول لمثل جريمة خطيرة على المجتمع و تهزّ كيانه، لذلك كان من الواجب تطبيق الإجراءات القضائية المتبعة في مجال الصحة كالخبرة الطبية والطب الشرعي للتحقيق في الموضوع أو رفع الدعوى الجنائية. وللتأكد من توفر الأركان الخاصة بالقتل الرحيم التي تثار من خلالها مسؤولية الجاني والمتمثلة في :

الركن المادي

وهو القيام بفعل القتل ويسمى بفعل الاعتداء المميت على الحياة. ولا يشترط في القتل أن يتم بوسيلة معينة مادية أو معنوية. ويقع القتل الرحيم لتلبية لطلب الضحية وإلحاحه الشديد وموافقته المسبقة على إنهاء حياته لوضع حدّ لمعاناته، ويكون القتل على نوعين الفعل الإيجابي والفعل السلبي أو جريمة الترك والامتناع.

- على أن يكون محل الجريمة إنسان حي على قيد الحياة ولا عبء بالحالة الصحية للمجني عليه، ففي جريمة القتل الرحيم يعتبر الإنسان المريض مرض الموت هو محل جريمة القتل وهو محمي قانوناً من أي تعدي. ولا عبء كذلك بالقيمة الاجتماعية للحياة فمن كانت حياته ليست ذات فائدة على مجتمع أو كانت ضارة به كالمجرم الخطير، يظلّ مع ذلك موضعاً لحماية القانون.

الركن المعنوي

تعتبر جريمة القتل الرحيم من الجرائم القصدية التي يجب فيها أن يتوفر علم الفاعل بالفعل الذي يقوم به، أي يعلم بعناصر الفعل الإجرامي وأركانه الخاصة

وبالنتيجة التي سيفضي إليها وانصراف إرادة الفاعل إلى تحقيق النتيجة وهي تقديم الموت للمريض و إنهاء عذابه، أي يجب أن يكون الباعث والدافع الذي يحرك الفاعل ويدفعه لإزهاق روح إنسان حي هو فقط الرحمة به والإشفاق عليه والرغبة بمساعدته على إخماد أوجاعه.

ج- صور القتل الرحيم بالنظر إلى التشريع الجزائري

مهما كان مضمون مفهوم المصلحة العلاجية كتبرير مساس الطبيب بجسد الإنسان المريض فإنه يصعب تقبل هذا المصطلح عندما يقضي الطبيب على حياة مريضه عمداً.

فعند أول وهلة لا يمكن تخيل وجود طبيب يزهد روح إنسان أثناء ممارسته لوظيفته ومع ذلك هناك حالة القتل الرحيم التي قد تقع في حرم المستشفيات وتحت يد أطباء. مثل ما يقع في بعض الحالات المرضية حيث يجدون أنفسهم مجبرين على تفضيل مريض على آخر حتى في فرص البقاء على قيد الحياة.

و لمعرفة موقف القانون الجزائري من القتل الرحيم ينبغي معرفة أولاً على أي أساس تصنف جريمة القتل الرحيم بالنظر إلى نصوص قانون العقوبات¹⁷ و قانون حماية الصحة وترقيتها¹⁸.

نجد أنّ هناك ثلاث صور أو حالات وهي: المساعدة على الانتحار، و القتل المباشر أو القتل الرحيم الفعّال، والامتناع عن علاج المريض.

- المساعدة على الانتحار

الانتحار كالقتل هو إزهاق لروح إنسان حي. لا يختلف عنه إلا في وقوعه من المنتحر على نفسه أي وحدة الشخص القاتل و المقتول، بينما القتل هو إزهاق روح إنسان بفعل إنسان آخر.

وإن كان الانتحار يعدّ جريمة من الناحيتين الدينية والاجتماعية على حد سواء فإنّ سائر القوانين الجنائية المعاصرة لا تعاقب على الانتحار، على أساس أنّ تمام الانتحار يعني عدم وجود الجاني محل العقوبة. غير أنّ الأمر يختلف في حالة المساعدة على الانتحار إذ يعاقب كل من حمل إنساناً على الانتحار أو ساعده على ذلك لأنّ في هذا السلوك مساهمة جدية في إهدار حياة إنسان حي.

فإذا ساعد الطبيب المريض الميؤوس من شفائه للتخلص من حياته بناء على رغبته في الانتحار وشفقة عليه ، يسأل الطبيب عن جريمة المساعدة على الانتحار¹⁹ المعاقب عليها في المادة 273 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه: "كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعده على الانتحار أو تسهله له أو زوّده بالأسلحة أو السم أو بالألات المعدة للانتحار مع علمه بأنه سوف تستعمل في هذا الغرض يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار". أي إذا قام الطبيب أو الصيدلي بإعطاء المريض وسائل أو مواد أو مستحضرات مصنفة كمخدرات²⁰ بجرعة زائدة وخطيرة على صحة المريض من شأنها القضاء على حياته وهذا بعد طلب المريض يعاقب الطبيب تحت طائلة المادة 273 من قانون العقوبات. وفي هذه الحالة لا يعتدّ برضا المجني عليه لأنه لا يؤثّر في الجرائم الماسة بالحياة والصحة وسلامة الجسم ففي المساعدة على الانتحار لا يمارس الطبيب القتل الرحيم بصورة مباشرة و لكن يساعد المريض على وضع حد لحياته بعد طلبه ذلك بحكم خبرته الطبية وبعدها يتبع ما قاله الطبيب بنفسه لغرض الانتحار، فإذا مات يسأل الطبيب جزائيا على ذلك .

- القتل الرحيم المباشر(الفعال)

وهو في حالة قتل طبيب أو أي شخص آخر مريض يعاني من آلام لا تطاق بحجة الشفقة عليه، أي بطريقة مباشرة عن قصد و اقتناع أن لا أمل في الشفاء سواء بعد طلب المريض وذويه أو من دون طلب أي أحد، فيعتبر الفاعل على أساسها مرتكبا لجريمة قتل عمدية تثير مسؤوليته. وما يمكن ملاحظته أنّ هذه الصورة من القتل غير منصوص عليها في نص خاص وبصورة مباشرة في القانون الجزائري، فإذا وقع فإنه يشكل قتلا عمديا مع سبق الإصرار²².

ومن الناحية النظرية، وبالنظر إلى أركان جريمة القتل، فإنه يمكن أن تصنّف جريمة القتل الرحيم في صورته الايجابية و الفعّالة تحت طائلة أحكام المادة 254 من قانون العقوبات²³ المعاقب عليها بالإعدام. عملاً بأحكام المادة 1/261 من قانون العقوبات التي تنص " يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم".

وتجدر الإشارة أنّ هناك بعض الحالات التي قد يمارس فيها بعض الأشخاص القتل الرحيم على أقرب البشر إليهم سواء بأنفسهم أو بتحريض الغير²⁴، يكون دافع الشفقة مجرد حجة للتخلص من المريض فيقوم الطبيب بالقتل الرحيم بناء على طلب الغير، ويقصد بالغير هنا إما أحد أفراد الأسرة أو الممثل القانوني للمريض.

والقتل الرحيم بناء على طلب غير المريض قد يكون صادرا عن طريق توكيل من المريض أو تحريض على المريض، في الجانب الأول يفترض أن يكون التوكيل صادرا عن مريض واعي حين يصدر منه التوكيل للغير في اتخاذ القرارات المتعلقة بصحته وحياته ويكون لهذا الغير اتخاذ القرارات الملائمة في حالة كون المريض في اللاوعي، أو أن يتصور وجود المريض في حالة اللاوعي ويضطر الطبيب للحصول على رضا الغير من أهل المريض في إنهاء حياته أو علاجه.

وفي الحالة الثانية يفترض تحريض على القتل تدخل الغير للتأثير في رضا المريض فتختلط إرادة المريض بإرادة الغير الذي قد يتطلع لمصلحة شخصية من وراء إنهاء حياة المريض، وإن لم يظهر هذا التحريض إلا بشكل غير مباشر فيأتي إقرار المريض بالقتل أو بوقف العلاج وفي كل الأحوال يثور أحد الفرضين إما أن يقرّر هذا الغير إنهاء حياة المريض بدافع حقيقي من الشفقة والرحمة لحاله وأنه يرغب في تخليصه من آلامه. أو أن يقرّر إنهاء حياة المريض بدافع من المصلحة الشخصية له، كما لو كان وارثا أو له مآرب خاصة من وراء موت المريض وفي كلتا الحالتين يسأل جنائياً. وهناك بعض الحالات التي يتدخل فيها الغير بغرض قتل شخص بدافع الشفقة يطبق عليهم القانون أحكاما خاصة تتمثل في:

الحالة الأولى/ قتل الأصول

إن جريمة القتل الرحيم قد ترتكب أحيانا من أقرب البشر على المجني عليه بحجة الشفقة عليه لما يسببه له المرض من آلام شديدة أو لأسباب أخرى غير مباشرة كغلاء مصاريف العلاج أو لتصفية مسألة الميراث.

وتنص المادة 258 من قانون العقوبات: "قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم أو

أي من الأصول الشرعيين ..."

ف تطبيق القتل الرحيم على الأصول قد يرتكب مباشرة من الأبناء أو قد يرتكبه الأطباء بتحريض منهم، وهي تعتبر جريمة بشعة وأمرًا من الفظاعة والاستهتار لدرجة كبيرة تستوجب تشديد العقاب، فتتكرّر الفرع لأهله و وصول الخطورة الإجرامية الكامنة في نفسه الشريفة إلى حد إزهاق روح أصوله جعل المشرع يتدخل ليقتضي و يتخلص من هذا الفرع الفاسد وذلك بتسليط عليه عقوبة تصل إلى حدّ الإعدام وتأكيداً من المشرع على تشديد العقاب نص في المادة 282 من قانون العقوبات على أنّه: "لا عذر إطلاقاً لمن يقتل أباه أو أمه أو أحد أصوله" بل لا تأثير حتى إذا توفّر رضا الضحية الذي يعاني من آلام لا تطاق، وقد أكّدت المحكمة العليا على أنّه يكون عنصر الأبوة ظرفاً مشدداً في جنائية قتل الأصول وبهذه الصفة يجب أن يكون محل السؤال مستقلاً ومميزاً طبقاً لمقتضيات المادة 305 من قانون الإجراءات الجزائية²⁵ وإلاّ كان باطلا وترتب على ذلك بطلان الحكم المبني عليه²⁶.

ولكن ما القول إذا انعكس الوضع، هل تناول المشرع الجزائري قتل الفروع كصورة نظيرة للوصف الأول لجريمة قتل الأصول ؟
إنّ الأب أو أحد الأصول الذي يقتل أحد فروعه يكون طبقاً للتشريع الجزائري خاضعاً للنصوص المجرّمة للقتل العمد.

الحالة الثانية/ قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة

قد يرتكب فعل القتل بدافع الرحمة على الأطفال حديثي العهد بالولادة²⁷ خاصة عندما يكون مشوّهاً أو تكوينه يتعارض مع حياة تعتبر عادية حسب القوانين الاجتماعية المتعارف عليها، فهل يتوجّب على الأطباء بذل أقصى إمكانياتهم لإبقاء هؤلاء الأطفال على قيد الحياة ولو كانت تعيّسة؟ أم أنهم يمتنعون عن ذلك حتى بعد طلب الوالدين منهم ذلك فيموت الطفل دون أن يقدم له العلاج؟ في هذا الصدد اختلفت الآراء، فهناك من يرى أنّه من حق الآباء اتخاذ القرار في إنهاء حياة طفلهم الذي إن عاش فإنّه سيكون من أسوء الناس خطأً بسبب عاهته كما أنّ والديه سيُعانيان من وجوده معهما مادياً ومعنوياً، إلاّ أنّ عيب هذا الرأي أنّه يجعل الوالدين أسياد القرار بشأن حياة الطفل أو موته وليس في القانون سند لهذا الحق.

وهناك رأي آخر يقول بأنّ مصلحة الطفل في الموت الكريم لا تقل عن حقه في حياة كريمة، وهذا الأمر لا ينفرد به الطبيب والأهل ولكن يجب أن يخضع قرارهم بإنهاء حياة الطفل إلى سلطة قضائية تمثل مصلحة المجتمع. لكن هناك اتجاه أقوى يطالب باحترام حق الحياة حتى بالنسبة للمشوّهين أو المولودين قبل الأوان بكثير²⁸.

أما بالنسبة لإجهاض الجنين المشوّه فهناك من الفقهاء من يذهب إلى القول بوجود التفرقة بين التشوّهات من حيث القوة والضعف، إذ التشوّهات البسيطة الممكن علاجها لا يجوز الإجهاض فيها، أما التشوّهات الخطيرة و الممكن علاجها بصعوبة وعناية فائقة مثل الأجنة الشديدة التلاصق أو عيوب الجهاز العصبي. وهي تشوّهات أقلّ حدوثاً، فإذا أثبت التشخيص وجودها قبل نفخ الروح وكان التشخيص مؤكّداً فلا بأس من الإجهاض لأنّ حياة الطفل تكون سيئة ويترتب عليها آلاماً أما إذا كان التشخيص بعد نفخ الروح فإنّ الرأي الراجح يذهب إلى عدم جواز الإجهاض²⁹.

- امتناع الطبيب عن تقديم العلاج

إنّ الطبيب الذي يمتنع عن تقديم العلاج لشخص مريض في حالة خطروفي حاجة إلى مساعدة تترتب عليه مسؤولية أدبية ومدنية وجنائية، فتتحقق المسؤولية الأدبية على أساس أنّ تدخله واجب إنساني حتى لو كان المريض في خطر غير جسيم وحتى لو لم يتحقق الضرر.

وتتحقق المسؤولية المدنية بوقوع ضرر على المريض خاصة إذا كان ذلك على أساس تعسّفي وبنية الإضرار بالغير، وبإمكان الطبيب الممتنع تقديم المساعدة فيلتزم الطبيب بتعويض الضرر الواقع على المريض خاصة عند مساسه بحقه في الحياة و سلامة جسمه وبدنه، متى قامت بين هذا الضرر و امتناع عن المساعدة رابطة سببية³⁰.

إلا أنّ القانون المدني³¹ لم يأت بنص صريح يتضمن الالتزام بالمساعدة عكس قانون العقوبات، إذ تعاقب المادة 182 منه "بالحبس من 3 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من 500 إلى 15000 دينار جزائري، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون له خطورة عليه أو على غيره..." وبهذا النص يعاقب على جنحة الامتناع عن تقديم المساعدة.

وتعتبر مهمة الطبيب مهمة إنسانية بالدرجة الأولى، يفرض عليه التكافل الاجتماعي عند الضرورة إنقاذ شخص في حالة خطر حتى لو كانت حالته مستعصية ولا يرجى شفاؤه بحيث إذا تركه الطبيب حتى مات يكون قد اقترف القتل الرحيم السلبي وهو ما يتنافى مع مهنة الطب. كما تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب: ".... على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

لكن هل يسأل الطبيب في حالة ما إذا كان الممتنع عن العلاج هو المريض؟ هنا نميّز بين حالتين: الحالة الأولى إذا كان الطبيب أمام حالة استعجاليه وكانت خطورة المرض جسيمة تتطلب التدخل الفوري للطبيب فهنا عليه بذل جهده الكامل في علاجه رغم تعنت المريض ورفضه ذلك. ويدور الشك حول مسؤولية الطبيب عندما يكون تدخله ضرورياً وتستدعيه حالة المريض فهنا يشترط القضاء للتخلص من المسؤولية إثبات رفض المريض كتابة لتدخله³².

أما الحالة الثانية يعفى فيها الطبيب من المسؤولية إن رفض المريض التدخل الطبي خاصة إذا كان مرضه ميؤوس من شفاؤه وكان يخضع لعلاج مكثف ويتناول أدوية كثيرة تسبب له آلام إضافية عوض التخفيف منها. مما يؤدي القول بأن القتل الرحيم بطريق السلب أو القتل السلبي يكون غير معاقب عليه إذا رفض المريض كل أشكال التطبيب أو العلاج³³.

ثانياً / مسألة موت الدماغ والإنعاش الصناعي

1- موقف القانون الطبي الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

لم يحدّد القانون الطبي الجزائري المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المقصود بالموت واستحسن أن يتم ذلك بأداة تنظيمية أكثر مرونة يمكن تعديلها تبعاً للتطورات الطبية. لكن نص في المادة 167/3 منه على أنه: " يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة، وطبيب شرعي، وتدوّن خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين".

ورغم التعديل الذي مسّ قانون الصحة ورغم ظهور المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة العلوم الطبية. لا يزال القانون الطبي الجزائري يلتزم الصمت حول تحديد لحظة

الوفاة والمعيار الشرعي الواجب إتباعه من قبل اللجنة الطبية للتحقيق من الوفاة الشرعية. وهي لجنة التي تنشأ خصيصاً في الهيكل الإستشفائي للإشراف على نقل أوزرغ الأعضاء البشرية، وهي التي تأذن بإجراء العملية وفقاً للمادتين 1/164 و 2/167 من قانون حماية الصحة وترقيتها وهذه اللجنة توكل لها مهمة تحديد الوفاة، ومن ثم تشخيص وفاة المريض. لأنّه لم يحدّد المشرع القواعد الواجب إتباعها من قبل الأطباء لإعلان الوفاة الشرعية ولم يبيّن الأسباب العلمية في التثبت من الوفاة، وفي ظل هذا الفراغ التشريعي سيؤدي لا محالة إلى الكثير من تناقض.

2- الحالات التي توجب استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي

يمثل جهاز الإنعاش الصناعي "وسيلة طبية علاجية لإطالة حياة مريض ميؤوس من شفائه، أي هو معالجة طبية مركزة وعناية مكثفة يقوم بها الفريق الطبي عند توقف القلب والرئتان عن العمل وأمكن التدخل بأجهزة الإنعاش الصناعي قبل موت خلايا المخ لإبقائه حياً وترتب على ذلك إطالة حياة المريض"

هناك حالات عديدة تستوجب استعمال أجهزة الإنعاش الصناعي من بينها³⁴:

حالات الغيبوبة الناتجة عن إصابات الرأس. حالات الفشل الكلوي. وهذه تعالج بالكلية الصناعية، حالات عدم انتظام ضربات القلب، كما يستعان بأجهزة الإنعاش الصناعي في إجراء العمليات الجراحية، وبدونها لا يستطيع الأطباء إجراء العمليات الجراحية، كذلك يستعان بأجهزة الإنعاش الصناعي في حوادث المرور التي يترتب عنها كسور متعددة بالجسم كالقفص الصدري فتساعده على التنفس و بدونها سيتعرض لهبوط أو فشل الجهاز التنفسي مما يحدث له مضاعفات خطيرة تنتهي بوفاته.

3- حدود الإنعاش الصناعي

تمثل أجهزة الإنعاش الصناعي وسيلة طبية علاجية لإطالة حياة المريض³⁵ فإذا امتنع الطبيب عن استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لمريض معرّض لخطر الموت يعتبر قد ارتكب جريمة الامتناع عن مساعدة شخص في خطر. وإذا أوقف الطبيب أو غيره أجهزة الإنعاش الصناعي شفقة على المريض، مما أدى إلى وفاته عن طريق نزعها بفعل إيجابي فهنا تدخل من أجل القتل بدافع الشفقة الفعّال، خاصة إذا كان الإيقاف بعد

توقف القلب والدورة الدموية و التنفس مع استمرار حياة خلايا المخ فيعتبر هنا إنهاء لحياة إنسان مازال على قيد الحياة.

أما إيقاف هذه الأجهزة بعد موت خلايا المخ فلا يعتبر إنهاء للحياة بل يكون قد فارق الحياة فعلياً³⁶. وهذا حسب المعايير العلمية الحديثة التي تقول أنه لا يتحقق موت المريض إلاّ عند التأكد من موت خلايا جذع الدماغ، وهذا بعد استشارة اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167/3 من قانون (05.85) وإشعار أسرة المريض المحتضر وفقاً للمادة 164 من نفس القانون على أنه يجب أن ينتظر الأطباء بعد نزع الأجهزة المركبة مدة مناسبة للتأكد من توقف قلبه وجهاز تنفسه قبل إعلان الوفاة الشرعية لتسري عليه أحكام الميت³⁷. وهنا إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي وامتناع الطبيب عن تقديم مساعدة بعد موت خلايا جذع الدماغ لا تعتبر جريمة يعاقب عليها لأنه في حكم الأموات.

أما إذا قام الطبيب بإيقاف أجهزة الإنعاش قبل موت خلايا المخ بسبب الإهمال أو التقصير يسأل عن جريمة القتل الخطأ لوقوع الفعل على إنسان حي ولم يتعمده الطبيب. حيث تنص المادة 239 من القانون رقم 05. 85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها " يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288، 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته ".

إذ نجد أنه في بعض الأحيان يتوقف الطبيب عن العلاج بسبب تأكده من الوفاة ثم يفاجئ بعودة المريض إلى الحياة، مثل ما حدث في مستشفى " دامرجي " بولاية تيارت، إذ عادت امرأة تبلغ 40 سنة إلى الحياة بعد تأكيد الطبيب المعالج لها عن وفاتها "إكلينيكيًا" بعدما وضعت مولودها الذي مات في الحين، حيث بعد حوالي ساعة من تحرير الطبيب شهادة وفاة بإسمها، فوجئ برؤيتها وهي تكلم من حولها. مما يؤدي بنا القول أنّ إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي يعتبر مخاطرة قد تؤدي إلى قيام مسؤوليته الجنائية، الأمر الذي يدفعه إلى ترك الأجهزة معلقة على المريض الذي

يعدّ إنسانا حيا في نظر القانون. وعلى هذا، من المناسب أن يتطور معيار تحديد الموت لدى القانون بحيث يتطابق مع مفهومه الطبي أو على الأقل تمكن الطبيب من إثبات موت المريض موتا طبيعيا بموت خلايا مخه حتى قبل إجراءات إعلان وفاته رسميا. لكن ماذا لو تم توصيل المريض بهذه الأجهزة وكانت خلايا مخه لا تزال حية والأمل ضعيف في استعادة وعيه، و طال به المكوث تحت تأثيرها لعدة أسابيع وربما شهور دون أن يظهر أي تحسن ملحوظ في صحته ألا يعتبر هذا تعذيبا له، وإطالة لفترة احتضاره خاصة إذا كان الأمل في عودته إلى الحياة معدوم، وماذا لو تعدّد المرضى المحتاجون إلى أجهزة الإنعاش الصناعي وكانت إمكانيات المستشفى محدودة خاصة إذا جاءت حالة مستعجلة مهددة بخطر الموت وفي نفس الوقت يوجد أمل في تماثلها للشفاء فهنا هل ينبغي أن يعطي الطبيب أولوية الاستفادة من الأجهزة للذين لهم فرصة كبيرة في الشفاء؟

إنّ هذه المسألة تقتضي تدخلا تشريعا لتنظيم عملية نزع أجهزة الإنعاش عن هؤلاء الأشخاص الذين لا يرجى شفاؤهم وعودتهم إلى الحياة الطبيعية بتعليق إباحتها على توفر الشروط³⁸ التي وضعها القضاء الأمريكي والكندي وأخذها كنموذج يمكن العمل به وذلك على النحو التالي:

استصدار أمر من النائب العام لكونه ممثل للمجتمع بنزع أجهزة الإنعاش عن المريض مبني على الوثائق التالية:

1_ تقرير صادر عن فريق طبي متخصص، يؤكّد استحالة استعادته للقدرة على الإحساس والاتصال بالعالم الخارجي.

2_ الموافقة الكتابية للممثل الشرعي للمعني بالأمر.

وعليه إذا أوقف الطبيب المختص أجهزة الإنعاش الصناعي تنفيذنا للقرار المستوفي لشروطه والمصادق عليه، فإنّ هذا الإجراء يكون سليما من الناحية الشرعية والقانونية ولا يؤاخذ عليه الطبيب.

ثالثا / موقف التشريعات المقارنة من القتل الرحيم

لقد أخذ المشرع المصري بالموقف المعارض للقتل الرحيم، ولم يرد به أي نص بخصوص القتل إشفاقاً. بحيث يعتبر أنّ أي فعل على إنسان مريض من مرض ميؤوس

من شفائه أدى إلى التعجيل بحياته، يعدّ قتلا سواء كان فعلا إيجابياً أو امتناعاً عن المعالجة كالامتناع عن إجراء جراحة أو إعطاء الدواء أدى إلى وفاة هذا الإنسان، كان صالحاً وكافياً إذا وقع عمداً لقيام جريمة القتل المقصودة في القانون وليس لأي إنسان ولو كان طبيباً أن يعجل بوفاة المريض³⁹.

ولا يعاقب القانون المصري على التحريض على الانتحار أو المساعدة عليه مادام هذا المسلك لا يتجاوز محض التحريض أو المساعدة عليه، وذلك تطبيقاً للقواعد القانونية في الاشتراك والتي تقضي باستعارة الشريك إجرامه من الفاعل الذي لا يشكل فعله جريمة في القانون.

باستعراض واقع الحال في البلدان الغربية سواء اجتماعياً أو تشريعياً أو قضائياً نجد مدى تعقد مسألة القتل الرحيم والنظرة إليها. لذلك تختلف كل دولة حول كيفية التعامل مع المسألة وحكمها على من يمارس القتل الرحيم وكيف تقدّر العقوبة؟ فالاتحاد الأوروبي لا يزال يبذل الجهود لتشكيل موقف مشترك حيال هذه المعضلة رغم بدء هذه المناقشات منذ فترة طويلة، فقد تمّ عرض على البرلمان نص يقترح بتشريع القتل الرحيم في قانون الصحة العامة والذي تسبّب في مناقشات حادة بين مؤيد ومعارض⁴⁰ لكن هناك عدد من الدول الأوروبية أجازت القتل الرحيم وشرّعت قانوناً مع تحديد ضوابط وشروط صارمة لذلك.⁴¹

فتعتبر هولندا أول دولة أوروبية تعتمد قانوناً يشرع الموت الرحيم في عام 2002، وكان القانون أقر في 10 أبريل 2001. واعتمد من قبل مجلس الشيوخ بعدما أقرّه مجلس النواب بأغلبية 104 أصوات مقابل 40 صوتاً.

كما نصت المادة 20 من قانون العقوبات الهولندي على أنّ القتل الرحيم جريمة معاقب بأكثر من 12 سنة حبس إلا إذا طبّق من طبيب راعى فيها الشروط المحددة في القانون وهي: أن يعاني المريض من مرض لا يرجى شفاؤه. أن يكون الألم غير محتمل أن يمنح المريض موافقته في حالة عقلية سليمة، أن يتم استشارة طبيب غير الطبيب المعالج، إثبات أنّ المريض قد ألحّ في الطلب لمساعدته في إنهاء حياته.

- أما في فرنسا يمنع القتل الرحيم سواء المباشر أو غير المباشر بموجب المادتين 37 و 38 من المرسوم 95. 1000 المؤرخ في 9.6. 1995 المتعلق بالأخلاقيات الطبية فنص

بأن الطبيب يمنع عليه قتل المريض عمدا مهما كانت الظروف، ويرفض أي طلب كان من المريض أو محيطه إذا كان إراديا أو غير إرادى أو إذا طلب منه المريض ذلك يعتبر قتلا عمديا حسب نص المادة 221 من قانون العقوبات الفرنسي وعليه لا يعترف بحق الموت للمريض. وقد ثار جدل في فرنسا بين رجال الدين والاجتماع والطب، حول إباحة أو عدم إباحة قتل المرضى غير القابلين للشفاء. وذهبت الكثيرة إلى عدم إعطاء الطبيب هذا الحق لأي إنسان، لأنّ في ذلك تحريضا على الجريمة أو على الأقل التحكم في حياة البشر⁴².

فرنسا تتمسك بالحظر رغم القضايا العديدة التي أثيرت بهذا الشأن كقضية شانثال سير، التي كانت قد تقدّمت بطلب لقتلها رحمة بها بسبب إصابتها بورم سرطاني شوه وجهها، لكن أوصت لجنة بحث شكّلها البرلمان في ديسمبر 2008 عقب وفاة هذه السيدة على مواصلة منع القتل الرحيم ومنع القائم أو المباشر على التدخل لإعطاء عقار قاتل للميؤوس من شفائه، وهذا لتفادي بروز مشاكل قانونية وإنسانية بدلا من حلّها، بحيث كان من الأولى المطالبة بطرح عروض للتطوع بمرافقة المقبل على الموت بغرض التخفيف عنه.

لكن بالنسبة للصورة غير المباشرة للقتل الرحيم فقد أجازته فرنسا سنة 2005 بعدما طرحت في ديسمبر 2004 مسودة قانون فرنسي ينص على حق المريض في طلب وقف معالجه حتى وإن أدى ذلك إلى مفارقه للحياة. وأنّه يتعيّن على الأطباء الانصياع لرغبته بعد بحث ذلك مع المريض والطاقم الطبي والتأكد من رغبته، ولقيت المسودة تأييدا واسعا من جانب الحكومة المحافظة والمعارضة الاشتراكية والكنيسة الكاثوليكية، وصرّح وزير الصحة الفرنسي أنّه يتماشى مع احترام قدسية الحياة.

أما بالنسبة لموقف القانون الأمريكي من القتل الرحيم فإنّه يميّز بين القتل الرحيم الايجابي أو الفعّال غير المسموح به الذي تطبّق عليه عقوبة القتل العمد والمساعدة على الانتحار المعاقب عليه في أغلبية الولايات الأمريكية. بحيث أصدرت المحكمة العليا في 26 جوان 1997 قرار ارفضت بموجبه اعتبار المساعدة على الانتحار حقاً أساسياً. ورفضت إعطاء الحق للأطباء بأن يساعدوا مرضاهم على الوفاة.

وعلى العكس من ذلك نجد أنّ ولاية أريغون سمحت بالقتل الرحيم المباشر وذلك بأن يعطى المريض الميؤوس من شفائه حقنة قاتلة بناء على طلبه.

كما تجيز تشريعات كل من ولاية الاسكا وتكساس وكاليفورنيا حق المريض في رفض العلاج وإنهاء حياته، وكانت ولاية كاليفورنيا الأولى بين الولايات الأمريكية التي أجازت قتل الشفقة السلبي بمقتضى القانون الصادر في 30 سبتمبر 1986 أطلق عليه قانون الموت الطبيعي، وفي عام 2005 أخذ الكونغرس قراراً بشأن حق الحياة لكل مريض لا يزال يتنفس مهما تكن استشارات الأطباء. وعليه فإنّه على عكس الانتحار بمساعدة الطبيب فإنّ إيقاف العلاج الذي يساعد في استمرار الحياة بموافقة المريض يعتبر قانونياً في الولايات الأمريكية بالإجماع، واستخدام دواء مسكن للألم من أجل تخفيف المعاناة حتى لو كان يعجل موتهم اعتبر قانونياً في العديد من قرارات المحاكم⁴³.

ومن أشهر قضايا القتل الرحيم قضية الطبيب الأمريكي "جاك كيفوركيان" الذي أصبح مشهوراً بعد مساعدته 130 مريض على إنهاء حياتهم، وأطلقت عليه الصحافة لقب "طبيب الموت"⁴⁴، بحيث كان يسافر إليه أشخاص حتى إلى ولاية منشغن ليفوضوا أمرهم إلى آلة الموت التي صنعها، كما زاد شيوع فكرة الموت بكرامة لدى قسم من الناس وزاد الراغبون في وضع حد لحياتهم باستخدام آلة تنتج مواد تستخدمونها لحقن أنفسهم في الوريد أو باستنشاق غازات تحت القناع وعلى إثرها تم سجن هذا الطبيب في أبريل 1999 بتهمة القتل من الدرجة الثانية وأخلي سبيله في جوان 2007 شريطة أن لا يقدم أي مساعدة إلى مرضى يريدون إنهاء حياتهم.

وبعد استعراض موقف عدد من الدول المختلفة نلاحظ أنّ القتل الرحيم قضية تتأرجح بين التأييد والمعارضة ومصدر جدل وخلاف تشريعي وقضائي وطبي يصعب حسمه دولياً في الأجل القريب .

خاتمة

إنّ القتل الرحيم في واقع الأمر يثير عدة جوانب وقضايا ليس فقط في الطب والقانون بل أكثر من ذلك لتعلقه بالروح الإنسانية التي وهبها رب العالمين والأخذ بعدم تجريمه يعتبر تغييراً تشريعياً خطيراً في مستقبل القانون الجنائي إذ من شأنه أن يحوّل جريمة اليوم إلى حق إنساني مشروع غداً.

ويمكن التنبؤ بالنتيجة السلبية له ألا وهي :زيادة سنوية في معدلات طلب القتل الرحيم لمن يعاني مشاكل صحية، وهذه تعتبر جريمة بحق المجتمع لا رحمة به فهناك تخوف بأن يستعمل في البداية القتل الرحيم للأمراض المميتة ثم تتسع الممارسة لتشمل كل من المعاقين وضعاف العقول وفتور همة الباحثين في التوصل إلى اكتشاف و تطوير علاجات جديدة للأمراض المستعصية فلماذا يبحثون ما دام الحل سهلا، و بالتالي تفقد مهنة الطب قيمتها إذا أصبح القتل هو الحل الأمثل.

لذلك من الواجب اتخاذ مجموعة من الإجراءات الردعية للحد منه و المتمثلة في: معاقبة كل من يقتل شخص ميؤوس من شفائه بدافع الشفقة سواء في صورته السلبية أو الإيجابية بنص قانوني خاص، لردع كل من تسول له نفسه ممارسته أثناء تأدية مهنته الطبية على المرضى اليائسين من حياتهم. هذا كله مع وجوب نشر التوعية القانونية اللازمة لعدم إهدار حقوق المرضى.

ضرورة الأخذ برأي لجنة طبية مختصة قبل وقف العلاج وأجهزة الإنعاش الصناعي على المريض للتأكد من موت خلايا مخه، حسب المعيار الطبي الحديث وبعدها يجب استصدار قرار أو حكم من سلطة قضائية مختصة تجيز ذلك، مع ضرورة استئذان أسرة المريض على هذا الإجراء.

تطوير علاج تسكين آلام الأمراض المستعصية و إعداد فريق من المتخصصين في شتى المجالات للإشراف و القيام بأعباء العناية الخاصة بالمرضى الميؤوس من شفائهم. و في الأخير لتفادي هذه المعضلة يجب إتباع المبادئ الدينية والأخلاقية والقانونية والطبية التي تحث على وجوب الصبر على الداء المستعصي والتداوي من أجل أن يحيا الإنسان حياة طبيعية. وتبقى مهمة الطبيب هي علاج المريض وتخفيف آلامه بكل الوسائل الممكنة وليس إزهاق أرواح المرضى.

الهوامش

1. بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلام (على ضوء القانون الطبي الجزائري والفتاوى الطبية المعاصرة). ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، الجزائر، 2007، ص73.
2. محتسب بالله بسام، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائرية بين النظرية والتطبيق، دارالإيمان، الطبعة الأولى لبنان، 1984، ص452.

3. عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 122.
4. جمعة يوسف، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003 ص 134.
5. جمعة يوسف، نفس المرجع، ص 131.
6. (سورة الأنعام، الآية 151)
7. Emmanuelle rial , sebbag Agnès thomas, éthique et législation pour l'exercice médicale facompo bisieux France ,2005 , p 32.
8. غصن علي عصام، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 50.
9. غصن علي عصام، نفس المرجع، ص 50.
10. طباش شريف، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها (في ضوء الفقه والقضاء)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2003، ص 153.
11. طباش شريف، المرجع السابق، ص 153.
12. عايدويات سميرة، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (بين القانون و الشرع)، منشورات الحلبي، لبنان ص 54.
13. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة الجزائر. فرنسا)، دار هومة الجزائر، 2004، ص 23.
14. المرسوم التنفيذي رقم 276.92، المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52 سنة 1992.
15. أبو عامر محمد زكي، عبد المنعم سليمان، قانون عقوبات خاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 234.
16. أبو عامر محمد زكي، عبد المنعم سليمان، نفس المرجع، ص 167.
17. الأمر رقم 156.66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.
18. القانون رقم 0585 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها".
19. سيدهم مختار، المسؤولية الجنائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، المسؤولية الجنائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2011، قسم الوثائق، الجزائر، ص 37.
20. المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي رقم 228/07 المؤرخ في 15 رجب عام 1428 الموافق 30 يوليو 2007 يحدد كفاءات منح الترخيص باستعمال المخدرات و المؤثرات العقلية لأغراض طبية أو علمية تنص على أنه: " لا يمكن تسليم الترخيص المنصوص عليه في هذا المرسوم، إلا إذا كان استعمال النباتات و المواد و المستحضرات موجهة لأهداف طبية أو علمية "
21. قرار الصادر في 1980.11.25 من الغرفة الجنائية الأولى، نقلا عن جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للنشر، 1996، ص 299.
22. سيدهم مختار، مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 38.
23. نص المادة 254: "القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا."
24. تنص المادة 41 من قانون العقوبات: " يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد...."
25. قانون الإجراءات الجنائية الصادر بموجب الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966، المعدل والمتمم .

26. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد1، 1989، ص294 .
27. تنص المادة 259 ق ع الجزائري:"قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث العهد بالولادة".
28. قشي علال،المسؤولية الجنائية للأطباء عند استخدام أساليب علمية حديثة (عند المساس العمدي بالكمال الجسدي، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، تيزي وزو، الجزائر، 24.23 جانفي2008.
29. تعاقب المادة 306 من قانون العقوبات كل من يدل على طرق إحداث الإجهاض أو يقومون به من أطباء أو قابلات وكل من هم على دراية بمهنة الطب ولو دون التدخل الفعلي بنفس العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 من قانون العقوبات لكن المادة 308 من نفس القانون جاءت باستثناء أنه إذا كان ذلك لضرورة من أجل إنقاذ حياة الأم فإن القانون لا يعاقب عليه شرط ألا يقع الإجهاض في خفاء وبعد إبلاغ السلطة الإدارية. إذ أنّ عدم إخبار السلطة الإدارية مسبقا بما اعتزم عليه الطبيب يشكّل جريمة سواء وافقت المرأة المجهضة على ذلك أم لم توافق، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 26 - 07 - 2006، الملف رقم 316498.نقلا عن سيدهم مختار المرجع السابق،ص 39 .
30. رايس محمد، مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 154 .
31. القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 معدل والمتمم .
32. طاهري حسين، المرجع السابق، ص 65 .
33. بودالي محمد، جرائم تعريض الغير للخطر عن طريق الامتناع، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2006، قسم الوثائق الجزائر، ص89 .
34. تنص المادة 18 من القانون الأساسي الخاص بالأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش:"...في إطار المعالجات الإستعجالية يقومون بإنعاش المرضى الذين تظهر عليهم الخطورة في إحدى أو عدة وظائف حيوية للجسم إلى غاية التكفل بهم من طرف المصلحة المختصة".مرسوم تنفيذي رقم 109.91، المؤرخ في 27.04.1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الطبيين في التخدير و الإنعاش، ج - ر عدد 22 .
35. دمروك نصر الدين، الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا. الجزائر، ص 41 .
36. د. قشقوش هدى حامد، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 53.
37. د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص65 .
38. مروك نصر الدين، المجلة القضائية، المرجع السابق، ص 60.
39. طباح شريف، المرجع السابق، ص 153 .
40. غصن علي عصام، المرجع السابق، ص 51.50.
41. د. قشقوش هدى حامد، المرجع السابق، ص65 .
42. رياض منير حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص 243 .
43. د. قشقوش هدى حامد، المرجع السابق، ص78 .
44. غصن علي عصام، المرجع السابق، ص54 .

القانون الدولي الإنساني وقواعد حقوق الإنسان علاقة تكاملية لحماية الفرد في زمن الحرب والسلام*

ELDJOUZI Azeddine, M A "A"
Faculté de Droit et des Sciences Politique,
Université de Tizi Ouzou

الجوزي عز الدين أستاذ مساعد قسم "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو

ملخص

ترك مفهوم "عالمية حقوق الإنسان" حيزًا لبروز قواعد دولية جديدة من خلالها أصبحت حماية الفرد لا تعود للدولة التي يعتبر من رعاياها، بل توسّعت لتدخل في اهتمامات المجموعة الدولية بكاملها التي أصبحت تسعى جاهدة من أجل بسط هذه الحماية، وعليه فإنّ هذه الأفكار اتّضحت منذ انعقاد مؤتمر طهران لحقوق الإنسان سنة 1968 من قبل الأمم المتحدة، الذي أكّد على أنّه من البديهي أن تكون قواعد القانون الدولي الإنساني من بين الشروط الواجب توفرها لتحقيق أكبر قدر ممكن لحماية حقوق الإنسان الأساسية، ومرجع لجميع الحقوق الأخرى، لكن الجدير بالملاحظة هو أنّ القانون الدولي الإنساني قانون يصلح تطبيقه في النزاعات المسلحة، بينما الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان يكون تطبيقها سواء في زمن السلم أو الحرب لأنّ المنظور الفلسفي لهذه الحقوق مستلهم من فكرة ما هو إنساني.

الكلمات الدالة

حماية الفرد، حقوق الإنسان، القواعد الأمّرة، دولي إنساني، عالمية، النزاعات المسلحة، المجموعة الدولية، السلم، الحرب.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2013/10/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2013/11/17 وقُبل للنّشر بتاريخ 2015/11/10.

**International humanitarian law and rules of human rights
Complementary relationship to protect the individuals in times of war and peace**

Abstract

Leave the concept of "Universally Human Rights" space for the emergence of new international rules which became the protection of the individual does not belong to the state, which is one of its nationals, but has expanded to interference in the concerns whole of the international community, that has become strives to extend this protection, therefore these ideas became apparent since the Tehran Conference on Human Rights in 1968 by the United Nations organisation, its confirmed that it is self-evident that the rules of the humanitarian international law among the conditions that must be provided to achieve as much as possible to protect the basic human rights, as a reference for all other rights, but the worthy noting is that humanitarian international law its the Law fit to be applied in armed conflict, while international human rights conventions can be applied either in peace or war time because the philosophical perspective of these rights is inspired by the idea of what is humanitarian .

Key words

Protection of the individual, human rights, peremptory norms, humanitarian international, global, armed conflict, the international community, peace, war.

**Le droit international humanitaire et droit de l'homme:
Relation complémentaire pour la protection de l'individu en temps
de guerre et de paix**

Résumé

«L'universalisation des droits de l'homme» laisse place à l'émergence des nouvelles normes en droit international, selon lesquelles la protection de l'individu ne dépend plus de la seule autorité de l'Etat dont il est ressortissant, mais elle intéresse la communauté internationale dans son ensemble et a pour objet d'assurer sa protection. Ces idées vont se trouver dans le droit international humanitaire qu'est le plus perçu comme faisant partie du droit des droits de l'homme applicable dans les conflits armés. Cette évolution a commencé à se dessiner lors de la conférence des Nations-Unies sur les droits de l'homme qui s'est tenue à Téhéran en 1968.

Ainsi, il est important de souligner que ces idées sont l'intuition première et fondamentale des droits de l'homme, elle est la référence qui donne son sens à tout le reste.

Il y a lieu, en définitive, de remarquer que le droit international humanitaire est clairement un droit qui ne s'applique que dans le cadre de conflits armés. Mais les conventions internationales des droits de l'homme sont applicables sans aucune restriction de temps ni de lieu, puisque la base philosophique des droits de l'homme est l'humanisme.

Mots clés

Protection de l'individu, droits de l'Homme, règles impératives, universalisation, droit humanitaire, conflits armés, société internationale, guerre, paix.

مقدمة

صاحب نهاية القرن العشرين ظهور وعي إنساني يدعو بضرورة حماية الكائن البشري نتيجة الخرق الفادح لحقوق الإنسان في مختلف بقاع العالم، حتى وإن كانت قضية تدويل هذه الحقوق جذوره تعود للفترة التي واكبت ميلاد عصبة الأمم (Société Des Nations)، وتجسّد ذلك بعد نهاية الحرب العالمية الثانية بصدور ميثاق الأمم المتحدة الذي كرّس عالمية حقوق الإنسان والحريات الأساسية للفرد وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يوم 10 ديسمبر 1948، اللذان ساهما في ترك حيّز لبروز قاعدة دولية جديدة من خلالها أصبحت حماية الفرد لا تعود للدولة التي يعتبر من رعاياها بل تدخل في اهتمامات المجموعة الدولية بكاملها، مما يجعلنا نتساءل عن مدى إمكانية الاعتماد على القيم وحقوق الإنسان لتفسير التطور الذي عرفته هذه الحقوق لغاية وصولها لفكرة العالمية؟ (المطلب الأول)، وإذا كانت كذلك فإنّه من الضروري حمايتها حتى أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، عن طريق السهر على تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني واحترام قواعد حقوق الإنسان باعتبارهما يحملان نفس الأصول الروحية التي تسعى إلى السمو بالكرامة الإنسانية، لذلك نتساءل حول العلاقة التكاملية التي تجمعهما سواء في زمن السلم أو الحرب؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ مبررات دخول حقوق الإنسان ضمن مصالح المجموعة الدولية

أصبح النّظام الدولي لترقية وحماية حقوق الإنسان يتّسم بدرجة عالية من التّعقيد، ليس فيما يتعلق بالصكوك والمعاهدات الدولية فحسب، بل كذلك فيما يتعلّق بآليات ووسائل حمايتها، فإدراج حماية الفرد ضمن انشغالات المجموعة الدولية بكاملها، مما يقودنا للبحث في المركز القانوني الذي يحتلّه الفرد في القانون الدولي (الفرع الأول) لأنّ حقوق الإنسان أحدثت نقلة نوعية لأنّها أصبحت تشكّل تراثاً مشتركاً للإنسانية جمعاء، بوجود التزامات دولية تفرض على الدول واجب احترامها وعدم الاعتداء عليها¹، لذلك نتطرق لمفهوم عالمية حقوق الإنسان وكيفية تخطّيها حاجز الاختصاص الوطني للدولة (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ المركز القانوني للفرد في القانون الدولي

يقوم القانون الدولي المعاصر بتنظيم العلاقات فيما بين الدول، وإلى جانب هذه المهمة نجده يولي اهتماماً خاصاً بحماية الفرد في حقوقه الأساسية نظراً لحصوله على نوع من القيم المشتركة والمفاهيم المتفق عليها في المستوى الدولي، وفضل ذلك يعود إلى الجهود الفكرية التي أحدثت اتجاهين فقهيين لكل منهما موقفه حول مركز الفرد .

الاتجاه الأول / تزعمه المدرسة الوضعية التي لا تعترف للفرد بأي دور في القانون الدولي، لأنه يعدّ بمثابة نظام قانوني يهتم بالدول ولا يجوز أن تعنى المعاهدات الدولية بالأفراد كما أنه ليس للفرد حقوق ولا التزامات في القانون الدولي، ومن ثم فإنّ العرف الدولي التقليدي لا يعترف بالشخصية القانونية الدولية للفرد، كما يحرمه بصفته فرداً لا دولة من حق الإسهام في العلاقات الدولية²، وفي هذا الشأن يرى الفقيه "أنزيلوتي" (Anzilotti) أحد رواد المدرسة الوضعية بأنّ: "الفرد لم يوضع في اعتبار قواعد القانون الدولي، وبالتالي فهو لا يستطيع أن يستمد منها أية حقوق، ولا توجد ثمة مسؤولية تقع على الدولة في مواجهة الفرد طبقاً للقانون الدولي(...)"، كما أنّ هذا الأخير لا يقرّ حقوقاً للأفراد، ولكنه يفرض على الدول الواجبات التي تحدّد طريقة تصرفها تجاه هؤلاء الأفراد (...). فادّى ذلك إلى حدوث علاقة بين دولة ودولة لا يظهر فيها الفرد إلا كموضوع لحقوق وواجبات الدول ذاتها³.

من خلال هذا الكلام يمكن القول أنّ الفرد لا يمكنه أن يساهم في العلاقات الدولية لأنه لا يكون طرفاً في معاهدة دولية، وليس بمقدوره المساهمة في إنشاء العرف الدولي، وحمائته على المستوى الدولي لا تكون إلاّ بتبني دولته هذه الحماية، كما يترتب عليه تحمّل المسؤولية الدولية ولا يشترك في المنظمات الدولية، لكن بالرغم من أنه لا يعدّ شخصاً دولياً إلاّ أنّه محلّ اهتمام القانون الدولي، وأنّ آثار العلاقات الدولية سواء كانت في زمن السلم أو الحرب تمسّ بشكل أو بآخر حقوق ومصالح الأفراد لذلك فهو محلّ اهتمام القانون الدولي⁴، ويبقى مجال اختصاصه محدوداً بالرغم من أنه لا يؤدّي أي دور في النظام القانوني الدولي، رغم الاعتراف له بالوحدة الإنسانية التي يقوم ويرتكز عليها أي نظام قانوني، فالقانون الدولي بقي ينظر إليه كمجرد شيء لا يمكن أن

يتمتع بأي حقوق أو يلتزم بأي واجب بصورة مباشرة، فهو مجرد أحد مواضع القانون الدولي لا أحد أشخاصه.

الاتجاه الثاني / يرى أنصار مدرسة القانون الطبيعي أنّ القواعد القانونية يجب أن تتفق وتندجم مع الطبيعة العاقلة للإنسان فنجد الفقيه " غروسيوس " (*H.Grotius*) يرى أنّ: الأفراد هم أشخاص القانون الداخلي والدولي، مما يترتب عليه الاعتراف لهم بحقوق طبيعية أساسية، كالحق في مقاومة الظلم، والحق في الملاحه عبر البحار، والحق في تملك الأقاليم التي لا سيادة عليها، والحق في شراء الأشياء الضرورية بثمان عادل كما يتحمل الأفراد بعض الالتزامات وقت الحرب، كالتزام عدم الاشتراك في الحرب غير العادلة، أو عقد الاتفاقات مع الدول، مثل الاتفاق الذي يبرمه أسير الحرب مع الدولة في نظير تحريره⁵.

غير أنّ تطور القانون الدولي المعاصر في مجال حقوق الإنسان، انعكس على الشخصية الدولية للفرد على نطاق أوسع وأعم، وذلك من خلال الأجهزة الدولية التي تم إنشاؤها للرقابة على حقوق الإنسان سواء في إطار المنظمات الدولية مثل الأمم المتحدة أو المجلس الأوروبي⁶، وعليه ففي ظل الإجراءات المعمول بها - في إطار هذه الأجهزة - نجد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، أتاحت للفرد إمكانية رفع نزاع إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بطريقة غير مباشرة، أي عن طريق اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تملك حق اللجوء للمحكمة بالنيابة عنه⁷، وهذا يشكل اعترافاً للفرد بقدر من الشخصية القانونية الدولية على نحو يمكنه الدفاع عن حقوقه التي قد تنتهك من طرف أية دولة، بما في ذلك مقاضاة الدولة التي ينتهي إليها⁸.

يتميز القانون الدولي المعاصر بالاهتمام الواسع بشؤون الفرد ومتابعة مشاكله ومنحه الحقوق الأساسية والإنسانية التي كانت منذ وقت قريب تدخل في إطار الشؤون الداخلية التي لا يمكن للقانون الدولي التدخل فيها⁹، فعلى إثر ذلك ترى الأستاذة " إيريك إيرين " أنّ " هذا التطور في مجال احترام حقوق الأفراد طبيعي جداً، فالعلاقة بين القانون الدولي المعاصر والفرد تصبح أوثق كلّما أصبح المجتمع الدولي أكثر إدراكاً للقيم الإنسانية التي تشكل أساس الدعم للقانون الدولي"¹⁰.

يتضح من ذلك أنّ المجموعة الدولية لا زالت ترفض الاعتراف للفرد بالشخصية القانونية الدولية الكاملة، لكن تطور الحياة الدولية لم يستبعد كلياً الفرد من دائرة القانون الدولي، بل منحه مكانة معتبرة، وما هو إلا مستفيد حالياً من قواعد الحماية الدولية.

الفرع الثاني/ مفهوم عالمية حقوق الإنسان

يحمل مصطلح "حقوق الإنسان" مجموعة واسعة النطاق من الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية و الثقافية، لذلك نقف عند مختلف المحطات التاريخية المتعلقة بحركة تقنين هذه الحقوق (أولاً)، وعليه فإثر انتهاء الحرب العالمية الثانية وميلاد منظمة الأمم المتحدة، كان من الطبيعي أن تستحوذ مسألة حقوق الإنسان على اهتمام خاص من قبل واضعي ميثاق المنظمة (ثانياً)، الذي يعتبر أول وثيقة دولية اعترفت بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية باعتبارهم إحدى مبادئ القانون الدولي،⁽¹¹⁾ تم توالت عدة جهود دولية في سبيل حماية وترقية هذه الحقوق (ثالثاً).

أولاً/ التطور التاريخي لحركة تقنين حقوق الإنسان

لا يمكن القول أنّ هناك لحظة زمنية معينة بدأت عندها الأصول الأولى لفكرة حقوق الإنسان. وأغلب الظن أنّ هذه الأصول تعود إلى الوقت الذي بدأ فيه الناس يعيشون حياة مشتركة، فالفكرة قديمة قدم الحياة البشرية لذلك ليس بمقدورنا العثور على تعريف دقيق لمفهوم حقوق الإنسان نظراً لاختلاف المجتمعات وتنوع الحضارات في كيفية النظر للإنسان باعتباره دائماً في اكتشاف مستمر، وما هي الحقوق التي يتمتع بها لكونها متوقّفة على النظام السياسي ومستوى التقدم بحسب كل دولة؟

وقد عني المفكرون والفلاسفة على مر العصور بالتنظير لحقوق الإنسان والمطالبة بصونها، والواقع أنّ الفرد كان يخضع للجماعة في كل شيء بلا حدود أو قيود إلى أن سادت الفكرة التي تنادي بضرورة عدم إطلاق يد الدولة بالتدخل في شؤون الأفراد وعليه يمكن القول أنّ القانون الدولي لحقوق الإنسان يعدّ بمثابة مجموعة من الامتيازات تتصل طبيعياً بكل كائن بشري تعود جذوره الأولى إلى القانون الطبيعي بحسب تصور الفيلسوف الإنجليزي "جون لوك" (John Locke) الذي عاش في القرن 16 عشر، والذي اعتبر الحق في الحياة، الحرية وحق التملك بمثابة حقوق ملازمة للشخص لكونه كائن

بشري، وما على الدولة إلا العمل على حماية هذه الحقوق وعدم التعدي عليها كونها حقوق غير قابلة للتصرف فيها¹².

ولقد انتقلت الدعوة إلى حماية حقوق الإنسان من ألسنة الفلاسفة إلى الحكام فشهدت أوروبا خاصة نصوصاً مكتوبة منَّ بها الملوك السادة على شعوبهم استجابة للنقمة التي كانت تشتعل في النفوس نتيجة إهدار حقوق الإنسان في شتى الصور، يذكر من ذلك على سبيل المثال "الميثاق الأعظم" (Magna Carta) في إنجلترا الصادر سنة 1215 الذي حرّره المهاجرون الإنجليز في فرنسا الثائرون ضد الملك "جون صون تير" (Jean sans Terre) والذي يعدّ كقيد على السلطة من أجل ضمان الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد، ثم عزّز هذا الإعلان فيما بعد بما يسمى "بملمس الحقوق" (Pétition des Droits) الصادر سنة 1628 والذي تمّم بعد ذلك في سنة 1679 بما يسمى (Habeas Corpus) الذي يعدّ القانون الأمثل لضمان حرية الأفراد لأنّه نص على ضمانات التقاضي وفي أواخر القرن السابع عشر صدر "قانون الحقوق الإنكليزي" المعروف باسم (Bill of Rights) سنة 1689 والذي يعتبر بمثابة قاعدة دستورية كرّست انتصاراً كبيراً على الحكم الملكي المطلق الذي كانت تنتهجه "عائلة ستيوارت" (Stuarts) بتكريس الحقوق التي يتمتع بها البرلمان والمواطنين¹³.

فمن هذه الأفكار استلهم محررو وثيقة إعلان "فيرجينيا" (Virginia) في ماي 1776 الذي كان له أثر في إعلان استقلال المستعمرات البريطانية 13 في أمريكا بتاريخ 04 جويلية 1776، لأنّ هذا الإعلان يؤمن بأنّ هناك حقيقة طبيعية مفادها أنّ جميع البشر يولدون متساوون لأن الخالق يمنح لهم حقوقاً لا يمكن التصرف فيها كالحق في الحياة والعيش في ظل الحرية والبحث عن السعادة والدولة ما هي إلا مؤسسة تعمل على ضمان هذه الحقوق¹⁴.

وتتبعاً للأحداث نجد في القرن 17 عشر أفكار جديدة ذاع صيتها عند فلاسفة عصر الضياء (Philosophes des lumières) تسعى إلى بناء مجتمع جديد منظمّ بأسس ديمقراطية لضمان المساواة القانونية للمواطن والعيش في السلم لبلوغ السعادة وعليه فكل هذه المبادئ أدّت بالدول المجتمعة في فرساي إلى تحريض الدول الأخرى بإنشاء جمعية تأسيسية تضع نهاية للحكم الملكي بتاريخ 09 جويلية 1789، والتي على إثرها تم

إعلان حقوق الإنسان والمواطن بتاريخ 26 أوت 1789 الذي اعتبر الإنسان كائناً بشرياً يتّصف بالطبيعة العالمية التي تجعله يتمتّع بحقوق طبيعية سابقة في الوجود عن المجتمع الذي لا يمكن أن يحلّ محلها، لذلك فمن هذه الزاوية الفلسفية يمكن تقوية المبدأ القانوني الذي يدعو إلى أنّ الفرد يتمتّع بكامل الحرية التي من خلالها يكون كل ما لم ينص عليه القانون صراحة بأنه محظور يعتبر شرعياً¹⁵.

يمكن القول أنّ هذا المبدأ يعدّ حيز زاوية أو القاعدة النظرية لحقوق الإنسان كون أنّ الإعلان قام بإدماج الإنسان والمواطن في النظام السياسي، مما ترتّب عن ذلك تمتّعه بالحقوق السياسية التي تجعله أهلاً لأن يكون مواطناً حراً واجتماعياً في الوقت نفسه¹⁶، لذلك فلو أمعنا النظر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 لوجدنا أنّ الإنسان يتمتّع بحق تقرير المصير الذي يمارسه بصفة فردية بفضل الحريات المعترف بها للشخص، ويمارسه في إطار الجماعة عن طريق المشاركة في الحياة السياسية، وعليه فالجماعة تجد نفسها أمام مهمة السهر على "حماية حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم"، باعتبار أنّ هدف كل الجمعيات السياسية يجب أن يعمل على حماية هذه الحقوق الطبيعية¹⁷.

ثانياً / إدراج حقوق الإنسان في ميثاق الأمم المتحدة

يأتي ميثاق الأمم المتحدة في مقدمة المواثيق الدولية التي اهتمت بمسألة الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، كونه تطرق لها في عدة مواضيع نتيجة للاعتقاد الراسخ بالتلازم الحتمي بين حماية حقوق الإنسان وحياته وحفظ السلم والأمن الدوليين¹⁸ ففي هذا الصدد صرّح ممثلو الأمم المتحدة في اجتماع "سان فرانسيسكو" (San Francisco) ما يؤكّد ضرورة كفالة احترام الحقوق الأساسية للفرد بذكرهم في ديباجة الميثاق أنّنا: "نؤكّد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للفرد وبكرامة الإنسان وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية"، وفي السياق نفسه ورد "نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد أئنا على أنفسنا أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب، التي في خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزاناً يعجز عنها الوصف...".

وبموجب المادة 1 تعهدت الدول الأطراف في الميثاق بالتعاون فيما بينها من أجل احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية وضمّانها للجميع و بحفظ السلم والأمن الدوليين وبالاعتراف بحق هام من الحقوق الأساسية للشعوب هو الحق في تقرير المصير، والذي يعتبر أساس السلام العالمي وأكّدت هذه المادة في فقرتها الثالثة على ضرورة: "تحقيق التعاون الدولي لحلّ المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً، والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة، أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء".

وأضافت المادة 56 الطابع الإلزامي على الدول الأعضاء بالنص على تعهدهم بالقيام منفردين أو مشتركين بما يجب عليهم من عمل بالتعاون مع المنظمة، لإدراك المقاصد المنصوص عليها في المادة 55¹⁹، كأن يشجع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، بغض النظر عن كل تمييز من شأنه تقييد هذه الحقوق، فكل دولة عليها أن تعمل بمفردها أو بالتعاون مع سائر الدول للامتناع عن أي سلوك من شأنه عرقلة الأهداف الواردة في المادة 55 أو يخالف روحها²⁰.

يمكن القول أنّ تنوع النصوص القانونية في ميثاق الأمم المتحدة يعدّ مكسباً لمواجهة الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والتي من خلالها يمكن للمنظمة أن تقدّر ما إذا كان الأمر يستدعي تدخلاً مادياً في الحالات الداخلية للدول²¹، كما تزايد الاهتمام الدولي بحماية حقوق الإنسان بعد الحرب الباردة بخصوص آليات احترامها وحمايتها، إذ تمّ إقرار المسؤولية الجنائية الدولية للفرد أو الجماعة التي تقوم بخرق حقوق الإنسان.

لكن ما يثير انتباهنا هو أنّ ميثاق الأمم المتحدة لم يتضمن التزامات محددة، بل اقتصر على توجيه الدعوة للدول الأعضاء بضرورة احترامها وعدم التعدي عليها، مما يثير الشك في القيمة القانونية للنصوص المتعلقة بحقوق الإنسان الواردة في الميثاق.

ثالثاً / جهود المجموعة الدولية في سبيل حماية وترقية حقوق الإنسان الأساسية
 ميّز الفقه الدولي بين أنواع الحقوق التي تقع ضمن الالتزامات الدولية، والتي تقع ضمن صميم السلطان الداخلي للدولة، وبين الحقوق الأساسية التي لا يمكن المساس بها في جميع الأحوال حتى في حالة الحرب، والحقوق الأخرى الواردة في الوثائق الدولية. فالنوع الأول من الحقوق يشكّل قواعد أمرّة كالنصوص الواردة في المادة 02 من اتفاقية منع جريمة الإبادة والمعاقب عليها الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر 1948²²، والتي تعتبر أنّ الجريمة قائمة سواء في زمن الحرب أو السلم، فبمجرد القيام بفعل التقتيل الجماعي للأشخاص سواء على أساس العرق أو الجنس أو الدين فذلك يشكّل جريمة إبادة في نظر القانون²³.

وأكدت على ذلك المادة 04 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 التي تشمل الحق في الحياة، الإعدام دون محاكمة، التعذيب، الاسترقاق وإبادة الجنس البشري والتمييز القائم على أساس العرق أو الدين أو المعتقد²⁴، فهذه الحقوق الأساسية تتطور بتطور العلاقات الدولية والقانون الدولي لحقوق الإنسان، كما أنّها تعدّ التزامات دولية خارجة عن المجال المحفوظ للدولة حتى ولو كانت الدولة غير منضمة إلى العهدين الدوليين لحقوق الإنسان أو الاتفاقات التي تتضمن هذه الحقوق وقد أكدت محكمة العدل الدولية هذا الاتجاه في عدة مناسبات كالرأي الاستشاري الصادر سنة 1951 حول التحفظات المنصّبة على اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقب عليها الصادرة سنة 1948، وقرارها الصادر سنة 1980 بخصوص الموظفين الدبلوماسيين الأمريكيين في طهران²⁵ ومن أجل تعزيز احترام حقوق الإنسان ومواجهة الانتهاكات الخطيرة لهذه الحقوق والسماح للمنظمات الدولية بالتدخل في الاختصاصات الوطنية للدول، صرّح الممثل الفرنسي لدى الجمعية العامة للأمم المتحدة في هذا الصدد بقوله: "أنّ اختصاص الأمم المتحدة في المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان صريح ونص الفقرة 07 من المادة 02 من الميثاق المتعلق بالشؤون التي تعود للاختصاص الوطني للدول الأعضاء لم يكن معارض لهذا الشأن"²⁶.

وبالرغم مما أخذ على نصوص الميثاق حول حقوق الإنسان، نظراً لغموضها وعدم دقة عبارتها وتعارضها مع نص المادة الثانية فقرة 7 التي تمنع تدخل المنظمة الدولية أو

أعضائها فيما يعدّ من الشؤون الداخلية للدول، لكن المنظمة الدولية أصدرت في 10 ديسمبر 1948 «الإعلان العالمي لحقوق الإنسان» الذي يحتوي على مقدمة وثلاثين مادة صاغته لجنة حقوق الإنسان على مدى ثلاث سنوات بموجب قرارها رقم 217 وكانت بقرارها الصادر في 1948/12/9²⁷، والذي يعدّ مكسبا لحقوق الإنسان لأنها لم تعد شأنًا داخلياً، وإنما أصبحت شأنًا دولياً، كون أنّ احترام هذه الحقوق بات يشكلّ أحد مقاصد المجموعة الدولية²⁸، لكن ما يجب الإشارة له هو أنّ محرري الإعلان العالمي لحقوق الإنسان استبعدوا نفي اختصاص سيادة الدولة على إقليمها، إلا أنّ غرضهم يكمن في إرساء مبدأ مفاده حقوق الإنسان بطبيعتها تشكّل مصلحة إنسانية للمجموعة الدولية بكاملها.

والجدير بالملاحظة أنّ فكرة عالمية حقوق الإنسان لقيت رفضاً من قبل دول الإتحاد السوفيتي (سابقاً) على أساس أنّها تشكّل تدخلاً إنسانياً غير مادي (Ingérence immatérielle)، لذلك امتنعت عن المصادقة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كونه يحمل في نصوصه أفكاراً ليبرالية تتعارض مع الأيديولوجية الماركسية²⁹.

غير أنّ الفقيه "ريني كاسان" (René Cassin) صاحب فكرة عالمية حقوق الإنسان لم يقيم بالتمييز بين الوطنين والأجانب فقد صرّح عن نيته قائلاً: "لا يرتبنا الخوف إذا أعلننا بأن هناك عالمية إقليمية، ففرنسا عندما قامت بإعداد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لم تظن أبداً بأنّها تستطيع إقصاء أشخاص بعض الدول، فمهما كانت فإنها تتمتع بالحقوق الأساسية، والأشخاص الحكام لا يمكنهم إدارة شؤونهم لوحدهم فحسب" ويضيف كذلك بتوجيه تصريحاته بصفة خاصة للأفراد بقوله: "أنتم كذلك يجب أن تتمتعوا بالحقوق والحريات الأساسية قبل أن تبدي حكوماتكم قبولها لهذه الحقوق والحريات لأننا لم نقم بالعمل لوحدها فحسب بل قمنا بالعمل من أجل الإنسانية جمعاء"³⁰.

وتماشياً مع تكريس القواعد الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان فقد صدرت في 21 ديسمبر 1965 الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري³¹، التي تهدف إلى إنكار كل تمييز من شأنه إهانة الكرامة الإنسانية للفرد، وانتهاك حقوقه وحرياته الأساسية، وكذلك الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقب

علمها، التي اعتمدها الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 30 نوفمبر 1973³² والتي تعتبر أنّ جريمة الفصل العنصري تكون في مجملها في السياسات والممارسات التي تقوم على أساس التفرقة العنصرية ما بين الأجناس البشرية، مثل ما حدث في أفريقيا الجنوبية من أفعال تتنافى مع ما هو إنساني³³.

يتبين لنا من خلال هذه الوثائق الدولية أنّ احترام حقوق الإنسان الأساسية لا يجوز المساس بها في جميع الأحوال باعتبارها تمثل مصلحة مشتركة للمجموعة الدولية وقد سبق لمحكمة العدل الدولية بتاريخ 05 فيفري 1970، أن اعترفت في قضية " برشلونة تراكشن " (Barcelona Traction) بوجود "التزامات لها حجّة على الكافة " (*Obligations Erga omnes*)، أي مواجهة كافة أعضاء المجموعة الدولية ولا تقتصر على الدولة المتضررة فحسب، ومن بين هذه الالتزامات التي تنشأ في القانون الدولي المعاصر والتي تعتبر خارجة عن القانون، نجدها مثلا تتمحور في (أعمال العدوان، الإبادة الجماعية، وكذلك المبادئ المتعلقة بالحقوق الأساسية للشخص الإنسان، والتي تشمل ممارسة الاسترقاق أو التمييز العنصري)³⁴، وعليه يتضح لنا أنّ المحكمة قد كشفت عن البعد القانوني الذي بمقتضاه أصبحت حقوق الإنسان الأساسية تتّصف بالعالمية، باعتبارها تدخل ضمن القواعد الأمرة في القانون الدولي والتي تحمل قيمة عالمية تتميز بمصلحة حيوية³⁵.

المطلب الثاني/ العلاقة بين قواعد حقوق الإنسان الأساسية و القانون الدولي الإنساني

إنّ قواعد القانون الدولي الإنساني والقواعد المتعلقة بحماية حقوق الإنسان تهتم بموضوع واحد يتمثل في حماية الفرد، إلا أنّ مجال تطبيقهما يختلف فالقانون الدولي الإنساني يتوفر على قواعد قانونية تطبّق على أطراف النزاع، ومن ثم فهو يسهر على تطبيق القواعد المتعلقة بتنظيم الحرب، وسريانه يكون على فئة معينة من الأشخاص تتواجد في منطقة النزاع، بينما القانون الدولي لحقوق الإنسان سريانه يكون على جميع الأفراد وتطبيقه يكون في زمن السلم³⁶، لذلك فهو يقوم بضبط العلاقة بين الدولة والأفراد الذين ينتمون إليها، ومن هذه الزاوية نتساءل هل يمكن اعتبار القانون الدولي

الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان غايتها حماية الكائن البشري في وقتي الحرب والسلم ؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أنّ مسألة تطبيق حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة غير كاف وغير مقبول في نظر المحاكم الدولية وكذلك الأجهزة المكلفة بضمان احترام حماية حقوق الكائن البشري، باعتبار أنّ هذه الحقوق تعتبر ملازمة للقانون الإنساني في زمن الحرب، لذلك نتعرض لتطور القانون الدولي الإنساني بتوسيع مجال تطبيق قواعد حقوق الإنسان (الفرع الأول) كون أنّ هذه المسألة أثارت نوع من التنازع فيما بين الهيئات القضائية الدولية، وبصفة خاصة محكمة العدل الدولية CIJ التي فسرت حقوق الكائن البشري على ضوء القانون الإنساني في شكل مفهوم جديد يدعو إلى ما اصطلح على تسميته بـ"أنسنة" حقوق الإنسان" « Humanitarisation » (des droits de la personne و في الوقت نفسه فإنّ تفسير القانون الإنساني كان متأثراً نوعاً ما بتطور مفهوم حقوق الإنسان³⁷ (الفرع الثاني).

الفرع الأول / تطور القانون الدولي الإنساني بتوسيع مجال تطبيق حقوق الإنسان نجد في معظم المؤلفات القانونية مصطلحات شاع استعمالها في الماضي مثل "قانون الحرب" أو "قانون النزاعات المسلحة" حديثاً، إلا أنّ مصطلح "القانون الدولي الإنساني"³⁸ يشكّل أحد الفروع القديمة للقانون الدولي بواكره تعود للفترة التي واكبت إبرام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بقانون النزاعات المسلحة لسنة 1864 واتفاقيات 1899 و1907، التي تعتبر اللبنة الأولى لمصادر قانون الحرب في القديم وكذلك إعلان "سان بيترسبورغ" لعام 1864، فضلاً عن نتائج مؤتمر "بروكسل" لعام 1874، دون أن ننسى قانون لاهاي (Droit de la Haye) الذي تتعلّق أحكامه بتقييد أو حظر وسائل معينة في الحرب، ثم توسّع بموجب قانون "جنيف" (اتفاقيات أعوام 1864 و1906 و1929 واتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949) وكذلك البروتوكولين الإضافيين لسنة 1977 اللذان يعتنيان خصوصاً بالأشخاص غير المقاتلين، والذين لم يشاركوا في الأعمال العدائية، لذلك يمكن القول أنّ المصادر الفلسفية لقانون جنيف تعدّ قديمة مثلها مثل قواعد حقوق الإنسان، لأنه يستلهم قواعده من القيم الدينية وتقاليد الفروسية التي تتطلّب التحلي بالشرف والاستقامة وحماية الضعفاء³⁹، وهذا يجعله

يقيم موازنة بين الضرورات العسكرية ومبدأ الإنسانية⁴⁰ الذي من شأنه ضمان احترام الفرد عن طريق إلزام الدول المتنازعة بمسؤولية احترام قواعده أثناء النزاعات المسلحة، وكذلك حقوق رعاياهم، لذلك فهو يشكّل قيماً على إرادة الدول صاحبة السيادة⁴¹.

يدفعنا هذا الكلام إلى القول أنّ القانون الدولي الإنساني يعدّ قانون قديم النشأة مقارنة بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، الذي برز بالتزامن مع ظهور الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، التي أضحت تشكّل جزء جديد في القانون الدولي بتدويل حقوق الإنسان بعد الحرب العالمية الثانية ودخولها في العلاقات الدولية، وعلى إثر ذلك شهدت عدة تحولات أدت إلى اختلاف نظرة الدول تجاهها بإقحامها في المسائل الدبلوماسية واستعمالها كوسيلة ضغط من قبل الدول الكبرى لتوجيه السياسة الداخلية للدول الصغرى، وهذا يدفعنا إلى القول أنّ الرقابة الدولية على هذه الحقوق أصبحت تشكّل تدخلاً في الشؤون الداخلية للدول⁴²، نظراً لأنّ خرق هذه الحقوق أضحى يحرك ضمير الرأي العام الدولي وكذلك الحكومات نتيجة تفاقم الجرائم المرتكبة في حق الإنسانية، وعليه كانت الانطلاقة الأولى للتصدي لهذه الجرائم عن طريق إنشاء محاكم "نورمبرغ" (Nuremberg) و"طوكيو" (Tokyo) التي تعدّ بمثابة خطوة نحو تنظيم العلاقات الدولية بتكريس قواعد قانونية لمعاقبة مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والجرائم التي تشكّل إخلالاً بالأمن الدولي⁴³.

وتؤكد محكمة العدل الدولية في هذا الشأن، أنّ القيم الأخلاقية الأساسية نفسها تعدّ مشتركة بين القانون الإنساني وقانون حقوق الإنسان، بغض النظر عن اختلاف الخلفيات التاريخية والخصوصيات المعيارية لفرعي القانون الدولي، وتمثّل الكرامة الإنسانية اهتمامهما الأساسي، لأنّهما ينبعان من المصدر نفسه أي قوانين الإنسانية⁴⁴.

أولاً/ خصوصيات القانون الدولي الإنساني

من المهم جداً التطرق لخصوصيات القانون الدولي الإنساني، لأنّه يتوفر على مجموعة من القواعد القانونية الدولية في شكل اتفاقيات وأعراف ترمي على وجه التحديد إلى حلّ المشكلات الإنسانية الناشئة بصورة مباشرة، نتيجة النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية التي تقيد حق أطراف النزاع في استخدام طرق وأساليب الحرب

التي تروق له⁴⁵، ومن ثم فهو عبارة عن قانون خاص جاء استجابة لحالة استثنائية نتجت عن نزاع مسلح⁴⁶ فجعلته يسعى إلى التخفيف من أثار الحرب عن طريق تسيير المقاتلين وإغاثة المدنيين والجرحى، ومن ثم فإنّ ضبط الأعمال العدائية يدخل في إطار حماية الدولة بإقامة موازنة بين الأعمال العسكرية والضرورات الإنسانية، ومن ثم فهو عبارة عن مساعدة يجب تقديمها لضحايا النزاع الذين وقعوا بين يدي العدو وكذلك الأشخاص الذين لم يشاركوا في الأعمال العدائية، وهذا يجعلنا نستنتج أنّه يدعو إلى التعاطف مع الإنسانية بحماية الأشخاص في حالة قيام الحرب⁴⁷.

يمكن القول أنّ القانون الدولي الإنساني يولي اهتماما أكثر بالكائن البشري قبل الحقوق التي يتمتع بها، لذلك فهو لا يقتصر على القواعد الواردة في اتفاقيات لاهاي وجنيف الأربعة والبروتوكولين الملحقين بها، بل يتجاوز كافة القواعد الإنسانية المستمدة من أي اتفاق دولي آخر، أو من مبادئ القانون الدولي، كما استقرّ عليها العرف ومبادئ الإنسانية والضمير العام⁴⁸، مما يوحي لنا أنّه يجمع بين فكرتين واحدة قانونية وأخرى أخلاقية، لذلك فهو يظهر بمثابة نظام قانوني يتسم بالتطور أكثر بفضل الاهتمام الدولي بمسألة حماية حقوق الإنسان الأساسية التي جعلته يتّسم بمجموعة من الخصائص تتمثل أساسا في كونه:

1-قانون يوجه خطابه إلى الدول لصالح الأفراد، بينما كانت النظرية التقليدية للقانون الدولي العام تقوم بتنظيم العلاقة بين الدول وتحدّد واجبات الدول تجاه بعضها البعض.

2-القانون الدولي الإنساني لا يطبّق على النزاعات الدولية فحسب، بل يطبّق أيضا على النزاعات المسلحة غير الدولية (الداخلية) باعتباره قانون يشمل كافة القواعد الاتفاقية والعرفية الدولية النابعة من المبادئ الإنسانية والضمير العام.

4-يشمل على قواعد قانونية أمرة (jus cogens) تتّسم بالعمومية والتجريد تجد مصدرها في العرف الدولي الملزم والمعاهدات الشارعة، نظرا لأنّها تنظّم مواضيع تتصل بالإنسانية في مجملها، وقد أكّدت على ذلك اتفاقية (فيينا) لقانون المعاهدات لسنة 1969 في المواد 53 و64 و71، التي عرّفت القاعدة الأمرة بأنّها القاعدة الدولية المقبولة و التي تسلّم بها المجموعة الدولية كافة باعتبارها كميّار لا يجوز انتهاكه ولا تعديله إلا

بقاعدة جديدة في القانون الدولي العام لها نفس الصفة، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "كولب" (Kolb) بأن: "القاعدة القانونية الآمرة هي التي تجلب ما اصطلاح على تسميته بالمنفعة العامة في الحياة الدولية و التي يقابلها باللغة اللاتينية (*Utilitas publica*)"⁴⁹.

5- يهدف القانون الدولي الإنساني إلى تقييد حق أطراف النزاع في اختيار أساليب ووسائل القتال، لأنّه يسعى إلى حماية الإنسان في ذاته وممتلكاته لكونه عبارة عن قواعد قانونية وقائية تحول دون وقوع الفعل وليس بعد وقوعه فحسب أي عندما يصبح الفرد ضحية النزاع المسلح.⁵⁰

ثانيا/ القانون الدولي الإنساني وحماية حقوق الإنسان

يحتوي القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني على تركيبية قانونية مماثلة ومتكاملة، إلا أنّ الموضوع الذي يتناوله كل منهما حقيقة يتعلق بحماية الإنسان لكن طريقة مباشرة هذه الحماية تختلف، لذلك يجب عدم الخلط بين القانونين والتميز بينهما، فالقانون الدولي الإنساني عبارة عن مجموعة من المفاهيم المتعلقة بحماية الفرد أينما وجد من أجل التخفيف من معاناته وضمان احترامه، عن طريق تسيير الأعمال العدائية في حالة النزاع المسلح، في حين حقوق الإنسان فهو قانون يركز على القيم التي تجعل الشخص له الحق في التمتع ببعض الحريات ونوع من الحماية⁵¹، لذلك فهو مجموعة من القواعد التي تسعى إلى حماية حرية الفرد بالنظر لنظامه السياسي بغية تحقيق الرقي والرفاهية خصوصا في زمن السلم.⁵²

غير أنّ القانون الدولي الإنساني لا يمنع القواعد القانونية الأكثر حماية لحقوق الإنسان وخصوصا في الحالات الخاصة المتعلقة بالنزاعات المسلحة، لذلك لا يمكن تعليق العمل بالاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان وهذا ما أكّدت عليه لجنة القانون الدولي (CDI) في مشروع المواد الذي قامت بتبنيه في قراءتها الأولى خصوصا في الجانب المتعلق بآثار النزاعات المسلحة على الاتفاقيات⁵³.

وبالرجوع لآليات تطبيق قواعد حماية حقوق الإنسان، نجد أغلبية الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن تعتمد على آلياتها الخاصة التي قد تكون أجهزة تارة عالمية مثل (لجنة القانون الدولي CDI التابعة للأمم المتحدة وتارة أخرى تكون إقليمية مثل اللجنة والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أو المجلس الأوروبي وكذلك المحكمة

الأمريكية...). في حين تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني نجدها غالباً تكون من قبل المنظمات غير الحكومية ONG التي تأتي في طليعتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر CICR وكذلك المنظمات الحكومية (كالمحافظة السامية للاجئين HCR، ومنذ وقت قريب نجد مجلس الأمن الدولي قد اتخذ مختلف التدابير من أجل تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني أو إنشاء المحاكم الجنائية الدولية من أجل قمع الانتهاكات الخطيرة لقواعده الأساسية⁵⁴.

وبانعقاد مؤتمر طهران لسنة 1968 حول حقوق الإنسان، أدى إعلان المؤتمر إلى توسيع مجال تطبيق هذه الحقوق بإدخال السلم والعدالة ضمن الشروط الواجب توفرها لتحقيق أكبر قدر ممكن لحقوق الإنسان⁵⁵ لأن أعمال العدوان والنزاعات المسلحة من شأنها أن تتسبب في إحداث انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان، مما دفع بالمنظمات غير الحكومية إلى المناداة بفكرة التضامن الدولي العابر للحدود، والذي ينادي بأن الفرد لا يتمتع بحماية دولته فحسب بل كذلك أعضاء المجموعة الدولية بكاملها⁵⁶ وهذا بدوره يعدّ تطوراً ملحوظاً بالنسبة للقانون الدولي الإنساني، لأنه أصبح يعتبر اللجوء للحرب لا يعدّ وسيلة شرعية لفض النزاع بل انتهاك لحقوق الإنسان، لكون أن الأمن يعدّ شرطاً أساسياً لاحترام هذه الحقوق والحرب ما هي إلا نفي لوجودها⁵⁷.

والجدير بالملاحظة أنّ محكمة العدل الدولية (ICJ) في رأيها الاستشاري المتعلّق بعدم شرعية التهديد أو استعمال الأسلحة النووية، لم تعترض على توسيع تطبيق الاختصاص المكاني (Ratione loci) المتعلّق بحقوق الإنسان، إذ اعتبرت مضامين العهد الدولي المتعلّق بالحقوق المدنية والسياسية PIDCP يستمر تطبيقها حتى في زمن الحرب وحتى وإن كان النزاع لا يدور فوق إقليم إحدى الدول الأطراف⁵⁸، باعتبارها حقوق يمكن تطبيقها في جميع الظروف أي حتى أثناء النزاع المسلح، لأنّ الأساس الفلسفي الذي تقوم عليه يكمن في أنّ كل فرد يتمتع دائماً بحقوقه التي حرصت جميع الصكوك الدولية على عدم خرقها في جميع الأحوال، كالحق في الحياة الذي يأتي على رأس حقوق الإنسان وكذلك عدم إخضاع الفرد للتعذيب أو المعاملة المشينة غير الإنسانية وعدم استعباده بالإضافة إلى الحق في عدم رجعية القوانين الجزائية⁵⁹.

وقد أكدت كذلك المحكمة على هذه الفكرة في الفتوى التي أصدرتها بشأن الآثار الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة بتاريخ 09 جويلية 2004 بقولها أن: "الحماية التي يوفرها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لا تتوقف في أوقات الحرب، إلا بإعمال المادة 4 من العهد التي بها يمكن الحدّ من بعض الأحكام في أوقات الطوارئ الوطنية، إلا أنّ احترام الحق في الحياة ليس من ضمن تلك الأحكام ومن حيث المبدأ فإنّ من حق الشخص في أن لا يحرم تعسفاً من حياته، ينطبق ذلك أيضا في وقت القتال ..."⁶⁰ كما حمّلت المسؤولية الدولية على عاتق "أوغندا" (Ouganda) نتيجة خرقها للقواعد الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وقواعد القانون الدولي الإنساني فوق الإقليم الكونغولي (Congolais)⁶¹.

نلاحظ أنّ فكرة توسيع تطبيق القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان حتى في زمن النزاعات المسلحة، أصبحت قلما ينازع فيها اليوم نظرا لغياب الآليات التي من شأنها قمع الانتهاكات الخطيرة لهذه الحقوق، فمن المحتمل أن يكون ذلك سببا رئيسيا للجوء للحماية التي أضحي يوفرها القانون الدولي الإنساني في حالات النزاعات المسلحة غير الدولية والتي يمكن تطبيقها بصفة مباشرة⁶²، حتى وإن كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة سبّاقة في توسيع تطبيق حقوق الإنسان لو أمعنا النظر في اللائحة رقم 2675 (XXV) الصادرة عنها في 1970 و المتعلقة بالمبادئ الأولية لحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة لوجدنا أنّها اعتبرت: "حقوق الإنسان الأساسية، المقبولة في القانون الدولي والمنصوص عليها في المواثيق الدولية، تظل منطبقة كل الانطباق في حالات النزاع المسلح"⁶³، وكذلك قرار مجلس الأمن الدولي رقم 237 الصادر بتاريخ 14 جوان 1967 الذي اعتبر حقوق الإنسان الأساسية والتي لا يمكن التنازل عنها، بل يجب احترامها حتى أثناء الحرب⁶⁴.

الفرع الثاني / القانون الدولي الإنساني وفكرة القواعد الآمرة (jus cogens)

يحتوي القانون الدولي الإنساني على بعض القواعد الآمرة التي ارتبط مفهومها بفكرة النظام الدولي العام، إذ يفترض سلفا وجود بعض القواعد الأساسية بالنسبة إلى المجتمع الدولي لا تستطيع الدول نقضها⁶⁵، وقد تم تعريف القواعد الآمرة للمرة الأولى من خلال المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 التي اعتبرتها بمثابة

القاعدة المقبولة والمعترف بها من جانب المجتمع الدولي⁶⁶، ثم تناولت محكمة العدل الدولية موضوع القواعد الأمرة أو المفاهيم المرتبطة بها والتي تشكّل التزاما على المجموعة الدولية بعدم مخالفتها، لكونها ترقى لمرتبة الالتزامات التي لها حجّية على الكافة (erga omnes) في شكل سياقات مختلفة ترتبط ارتباطا وثيقا بالقانون الإنساني كحقوق الإنسان الأساسية⁶⁷، وخطر التهديد بالقوة أو استخدامها⁶⁸ وقد كانت أول إشارات محكمة العدل الدولية (ICJ) إلى فكرة الالتزامات التي لها حجّية على الكافة بمناسبة رأيها الاستشاري المتعلق بإبداء تحفظات بشأن اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ومعاوية مرتكبها بتاريخ 28 ماي 1951 إذ اعترفت المحكمة ضمّنيا بأنّ حظر جريمة الإبادة يشكّل التزام له حجّية على الكافة (erga omnes)⁶⁹.

وفي حكمها اللاحق أكدت المحكمة بصفة صريحة حظر جريمة الإبادة في قضية "برشلونة تراكشن" في 05 فيفري 1970 باعتبارها تصنّف ضمن الالتزامات التي لها حجّية على الكافة، وكذلك حظر أعمال العدوان كون أنّ هذه المسائل تعدّ بمثابة مبادئ وقواعد تتعلق بالحقوق الأساسية للإنسان، بما في ذلك الحماية من الاستعباد والتمييز العنصري⁷⁰، ومنذ وقت قريب فإنّ المحكمة أعادت تأكيد رأيها في الحكم الذي أصدرته بتاريخ 11 جويلية 1996 فيما يتعلّق بشأن التحفظات حول اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية ومعاوية مرتكبها كونها: "توضّح أصول هذه الاتفاقية تكمن في نية الأمم المتحدة في إدانة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها بوصفها جريمة بموجب القانون الدولي، وتضم إنكارا لحق الوجود بالنسبة إلى مجموعات بأكملها، إنكارا يصدّم ضمير الإنسانية ويلحق خسائر جسيمة بالإنسانية وهو ما يتناقض مع القانون الأخلاقي وروح الأمم المتحدة وأهدافها (...). من أجل تحرير البشرية من مثل هذه الآفة البغيضة"⁷¹ فعلى إثر ذلك فإنّ هذه القواعد تشكّل التزاما على جميع الدول الموقّعة وغير الموقّعة على هذه الاتفاقية بعدم مخالفتها، لكونها تدخل ضمن مبادئ القانون الدولي العرفي وفي هذا الصدد يرى الفقيه "محمد بجاوي" بأنّه: "لا مجال للشك بأنّ غالبية المبادئ وقواعد القانون الإنساني في جميع الأحوال تعتبر بمثابة ضوابط قطعية الدلالة للقانون الدولي"⁷² لذلك فهو يرى أنّ: "معظم مبادئ وقواعد القانون الإنساني وخاصة

المبدأ الذي يمنع استخدام الأسلحة عشوائية الأثر وكذلك الخاص بالأسلحة التي تسبب ألماً مفرطاً تشكل جزءاً من القواعد الآمرة⁷³.

كما يرى القاضي "روبرتو أغو" « Roberto Ago » سنة 1971 في منهجه الدراسي بأكاديمية لاهاي للقانون الدولي، أنه يدخل ضمن القواعد الآمرة (jus cogens): "القواعد الأساسية المتعلقة بحفظ السلم وخاصة التي تقيم حظر استعمال القوة أو التهديد باستعمالها والقواعد التي بطبيعتها إنسانية، (كحظر الإبادة الجماعية والعبودية والتمييز العنصري وحماية حقوق الإنسان في زمن السلم والحرب"⁷⁴، وبالمثل يشير القاضي "كوروما" إلى أن لجنة القانون الدولي لاحظت عام 1980 أنّ بعضاً من قواعد القانون الإنساني في رأي اللجنة تعدّ قواعد تفرض واجب الالتزام بالقواعد الآمرة⁷⁵.

بينما القاضي "ورامان تري" « Weeramantry » كان له موقف معارض فيقول بصفة صريحة أنّ: "قواعد القانون الإنساني للحرب اكتسبت بوضوح وضع القواعد الآمرة (ius cogens) باعتبارها قواعد أساسية ذات طابع إنساني لا يمكن نقضها دون استبعاد الاعتبارات الأساسية للإنسانية التي تستهدف هذه القواعد حمايتها"⁷⁶.

تثير محكمة العدل الدولية الطبيعة الأساسية للقانون الإنساني، دون توضيح العلاقة القائمة بين هذه المجموعة من القواعد الدولية وطابعها المحتمل كقواعد آمرة تنتمي إلى القانون الدولي العام، بغض النظر عن جوانب عدم اليقين بشأن موقف المحكمة النهائي حول مسألة تحديد المبادئ الأساسية للقانون الإنساني التي يمكن اعتبارها قواعد آمرة⁷⁷، لكن يمكن القول أنّ المحكمة ساهمت في تحديد المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني، سواء المتعلقة بإدارة الأعمال العدائية أو معاملة الأسرى وكذلك المبادئ الأساسية المتعلقة بتنفيذ القانون الدولي الإنساني.

خاتمة

ختاماً يمكن القول بأنّ العلاقة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان من حيث الجوهر علاقة تكاملية مما يثبت صحة النظرية التكاملية في هذا الشأن، هو أنّ القانون الدولي الإنساني يعكس حالة حقوق الإنسان الأساسية في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، لأنّه يسعى إلى تكريس حماية الفرد من جميع التهديدات التي تشكل مساساً بأمنه وكرامته.

ويؤدي هذا إلى القول أنّ حماية الإنسان يجب أن تكون في كل الظروف، بتكثيف السبل الكفيلة لترقية هذه العلاقة، في ظل تزايد عدد النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية اليوم والتي كانت نتيجتها ثقيلة على البشرية، لذلك فجدير بالذكر بأن الاعتراف بعالمية حقوق الإنسان بدخولها في اهتمامات المجموعة الدولية أضحت تشكّل الإطار القانوني ومرجع مختلف المفاهيم التي لها علاقة بفكرة الإنسانية.

الهوامش

1. العيشاوي عبد العزيز، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2006، ص. 194.
2. المجذوب محمد، الوسيط في القانون الدولي العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 199، ص. 285.
3. ورد في: كتاب ناصر، المركز القانوني للأفراد بموجب القانون الدولي المعاصر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص. 10.
4. الفتلاوي سهيل حسين و حوامدة غالب عواد، القانون الدولي العام، الجزء الأول مبادئ القانون الدولي العام دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص. 277.
5. ورد في: منصر جمال، التدخل العسكري الإنساني في ظل الأحادية القطبية - دراسة في المفهوم والظاهرة أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص. 27.
6. الفارعلي عاشور، " دور الأمم المتحدة في الرقابة على حقوق الإنسان: دراسة في النظرية والتطبيق"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1993، ص. 62.
7. سعد الله عمر، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان (طبعة منقحة ومزودة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003، ص. 195-196.
8. الفارعلي عاشور، دور الأمم المتحدة في الرقابة على حقوق الإنسان...، المرجع السابق، ص. 62.
9. الفتلاوي سهيل حسين و حوامدة غالب عواد، القانون الدولي العام، الجزء الأول مبادئ القانون الدولي العام المرجع السابق، ص. 278.
10. ورد في: الفارعلي عاشور، دور الأمم المتحدة في الرقابة على حقوق الإنسان...، المرجع السابق، ص. 62.
11. الشكري علي يوسف، حقوق الإنسان في ظل العولمة، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 200، ص. 81.
12. GAETANO Pentassuglia, Minorités en droit international, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg Cedex, Mai 2004, p.40.
13. GANDINI Jean-jacques, Les droits de l'homme, édition Librio, Paris, Juin 2007, pp.6-7.
14. Ibid, p. 7.
15. DJIENA WEMBOU Michel-cyr et DAOUDA Fall ,Le droit international humanitaire Théorie générale et réalités africaines, éditions L'harmattan ,Paris,2000,p.52.
16. Ibid.
17. Article 2 de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 aout 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme .cet droits sont la liberté ,la propriété , la sûreté et la résistance à l'oppression ». Voir le texte in GANDINI Jean-jacques, Les droits de l'homme, op.cit., p.21.

18. الشكري علي يوسف، المرجع السابق، ص. 82.
19. المجذوب محمد، الوسيط في القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص. 288.
20. أبو الخير أحمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 14.
21. Bettati Mario, Le droit d'ingérence, Mutations de l'ordre international, éditions Odile Jacob, Paris 1996,p.36.
22. Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide adoptée par L'AGNU, le 09 Décembre 1948, [A/res/260(III)], entrée en vigueur le 12/01/1951. Algérie : adhésion avec réserves arts. 6,9 et 12, Voir le Décret n° 63-339 du 11 /11/1963, journal officiel n°66 du9/12/1963. Pour le texte Voir : in THIERRY Hubert, Droit et relations internationales : Traités, Résolutions, Jurisprudence, éditions Montchrestien, Paris, 1984, pp. 273-276.
23. MUYAMBI DHENA Petillon, Droit d'ingérence humanitaire et norme internationales impératives, édition L'Hrmattant, Paris, septembre 2012, p.28.
24. ماجد عمران، "السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، دمشق، 2011، ص. 471.
25. ماجد عمران، المرجع نفسه، ص. 473.
26. Bettati Mario, Le droit d'ingérence, Mutations de l'ordre international, op.cit., p.36.
27. Résolution 271 A(III) de l'AGNU : Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 Décembre 1948, Voir le texte In Thierry Hubert, Droit et relations internationales ... , op.cit., pp. 533-536.
28. KACHER Abdelkader, «Principe «UTI POSSIDETIS» norme régionale ou universelle ? Sa contribution dans la mise en œuvre de l'union du Maghreb Arabe », Thèse de Doctorat d'Etat, Spécialité droit international, Université Tizi-Ouzou, 2001, p. 278.
29. انظر المواد من 12 إلى المادة 20 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948.
30. Bettati Mario, Le droit d'ingérence, Mutations de l'ordre international,op.cit, p.39.
31. convention international sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'AGNU le21/12/1965 [A/res/ 2106(XX) entré en vigueur le12/12/1969]. Algérie : adhésion par Ordonnance n° 66-348 du 15 /12/ 1966, journal officiel n°110 du30/12/1966.pour le texte Voir :in Thierry Hubert, Droit et relations internationales... , op.cit. pp. 277-289.
32. لائحة الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة رقم 3068 (III) المتعلقة بالاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقب عليها، المعتمدة بتاريخ 30 نوفمبر 1973 والتي انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 82-10 مؤرخ في 2 يناير 1982 يتضمن التصديق على الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقب عليها المعتمدة بتاريخ 30 نوفمبر 1973 ج.ر.ج.د.ش عدد 1 سنة 1982 انظر النص الكامل للاتفاقية في: -عنان طيبي عبد العزيز، مدخل إلى الآليات الأممية لترقية وحماية حقوق الإنسان، دار القصة للنشر، الجزائر، 2003، ص ص. 189-195.
33. MUYAMBI DHENA Petillon, Droit d'ingérence humanitaire et norme internationales impératives op.cit., p.31.
34. CIJ. Barcelona traction l'light and power company limited, Arrêt du 5 fevrier1970, recueil p.32 § 23.
35. BAPTISTE Jean et VILMER Jeangène ; La guerre au nom de l'humanité : Tuer ou laisser mourir op.cit., p. 325.
36. ASPREMONT Jean et DE HEMPTINNE Jérôme ;Droit international humanitaire,édition A. Pédone Paris, 2012, p.81.
37. Ibid, p 82.

38. يعدّ مصطلح القانون الدولي الإنساني من أحدث المصطلحات التي استخدمت في فقه القانون الدولي، وتم استخدامه أول مرة من قبل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في الوثائق التي قدمتها إلى مؤتمر الخبراء الحكوميين الذي عقد دورته الأولى بجنيف 1971م. انظر في هذا الصدد: أبو الوفا أحمد، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.3.
39. BETTATI Mario, droit humanitaire, 1^{er} édition, éditions Dalloz, Paris, novembre 2012, p.54.
40. Ibid.
41. BUIRETTE Patricia et LAGRAGNE Philipe, Le droit international humanitaire, édition la Découverte Paris, 2008, p. 33.
42. Ibid, pp. 36-37.
43. BIAD Abdelwahab, Droit international humanitaire, 2^{eme} édition, édition Ellipses, Paris, 2006, p. 106.
44. فانسان شيتاي، "مساهمة محكمة العدل الدولية في القانون الدولي الإنساني"، ص.3-4.
<http://www.icrc.org/ara/assets/files/otherer/icgcontribution.pdf>
45. Ibid, p. 22.
46. Ibid, p. 23.
47. BUIRETTE Patricia et LAGRAGNE Philipe, Le droit international humanitaire, op.cit., p. 35.
48. خليل أحمد خليل العبيدي، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في فلسفة القانون الدولي الإنساني، جامعة سانت كلمنتس العالمية، 2008، ص.23.
49. Cité par : MUYAMBI DHENA Petillon, Droit d'ingérence humanitaire et norme internationales impératives, op.cit., p.14.
50. خليل أحمد خليل العبيدي، المرجع السابق، ص ص 23-24.
51. DOSWALD-BECK Louise et SYLVAIN Vité, «Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », RICR, n°800, Genève, Avril 1993, p.9.
52. BETTATI Mario, droit humanitaire, op.cit, p.56.
53. Voir les articles adoptés en première lecture par la CDI et particulièrement l'article 5 et son annexe (Rapport de la CDI sur sa 60^{ème} session 2008, A/63/10, pp 80-135).
54. BETTATI Mario ; droit humanitaire, op.cit., p.56.
55. « Reconnaissant que l'humanité entière aspire à la paix et que la paix et la justice sont indispensables à la pleine réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentale ».
-Préambule de proclamation de Téhéran sur les droits de l'homme du 13 mai 1968 .Voir le texte in : (<http://www.paclii.org/pits/french/traites/1968/2.html>).
56. BETTATI Mario ; droit humanitaire, op.cit, p.57.
57. DOSWALD-BECK Louise et SYLVAIN Vité ;« Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », op.cit,p. 14.
58. « La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument .Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé... ». CIJ. Licéité de la menace et de l'emploi des armes nucléaire, avis consultatif du 08 juillet 1996, Rec.1969 § 25.
59. DOSWALD-BECK Louise et SYLVAIN Vité ; « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », op.cit., pp 14-15.
60. CIJ. Conséquences de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec.2004, § 105 et suiv.
61. CIJ. Activités armées sur le territoire du Congo, arrêt du 19 décembre 2005, Rec.2005, p178,220.
62. ASPREMONT Jean et DE HEMPTINNE Jérôme ; Droit international humanitaire, op.cit,p 84.
63. Résolution 2675 (XXV) de l'AGNU .Portant Principe fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé du 9 décembre 1970. Voir le texte in : <http://www.un.org/french/documents/ga/res/25/fres25.shtml>

64. Résolution 237de conseil de sécurité adoptée à l'occasion de la guerre dite des « 6 jours » du 14 juin 1967.Voir le texte in : <http://www.un.org/fr/sc/documents/resolutions/1967.shtml>
65. فانسان شيتاي، "مساهمة محكمة العدل الدولية في القانون الدولي الإنساني"، المرجع السابق، ص.8.
66. جاء النص كما يلي: "القاعدة الأمرة في القانون الدولي بشكل عام هي القاعدة المقبولة والمعترف بها من جانب المجتمع الدولي للدول ككل، بوصفها قاعدة لا يمكن إبطالها أو تعديلها إلا بقاعدة أخرى من القانون الدولي العام لها الطابع نفسه".
67. CIJ .Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, op.cit., p. 32, § 33.
68. CIJ.Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci,op.cit., p.100, §190.
69. BETTATI Mario ; droit humanitaire, op.cit., p.60.
70. CIJ; Barcelona traction light and Power Company limited, op.cit., p.32,§ 33.
71. Application de la Convention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 11 juillet 1996 Rec.1996, p.616, § 31.
72. Cité par BETTATI Mario ; droit humanitaire, op.cit., p.60.
73. نقلا عن فانسان شيتاي، "مساهمة محكمة العدل الدولية في القانون الدولي الإنساني"، المرجع السابق، ص.34.
74. Cité par BETTATI Mario ; droit humanitaire, op.cit., p.61.
75. نقلا عن فانسان شيتاي، "مساهمة محكمة العدل الدولية في القانون الدولي الإنساني"، المرجع السابق، ص.11.
76. Cité par BETTATI Mario ; droit humanitaire, op.cit., p.61.
77. فانسان شيتاي، "مساهمة محكمة العدل الدولية في القانون الدولي الإنساني"، المرجع السابق، ص.ص.11-12.

دور القاضي الجزائري في التحكيم التجاري الدولي*

ZERROUK Nawal, M A "A"
Faculté de Droit et des Sciences Politique,
Université Sétif 2.

زروق نوال أستاذة مساعدة قسم "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة سطيف 2.

ملخص

يفضّل المتعاملون الاقتصاديون اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، نظرا للمميزات التي يقدمها لهم مقارنة بقضاء الدولة. ورغم هذا، فإنّ هذا اللجوء إلى التحكيم، لا يضع الخصومة التحكيمية في منأى تام عن قضاء الدولة؛ فالقاضي قد يتدخل في سير العملية التحكيمية لتكملة النقص الذي يعرفه التحكيم فيما يتعلق أساسا بسلطة الإيجابار. ويمكن أن يكون هذا التدخل من خلال ثلاثة أدوار: بحيث يكون دوره الأول مساعدا وذلك بمناسبة تشكيل محكمة التحكيم أو لتقديم الأدلة، الدور الثاني دور مواز في مجال التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية، أخيرا يلعب قاضي الدولة دورا مراقبا وهو الدور الأكثر خطورة، إذ يمارسه في حالة رد المحكّم، وعند طلب تنفيذ حكم التحكيم أو الطعن فيه.

الكلمات الدالة

الخصومة التحكيمية-حكم التحكيم-التحكيم التجاري الدولي-القاضي والتحكيم.

The Algerian judge's role in the international commercial arbitration.

Abstract

In general, economic operators prefer to have recourse to the international commercial arbitration, thus aiming the advantages that it provides them - compared to State justice - as regards to speed, confidentiality, simplicity of proceedings, choice of referees, or to the applicable law.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/06/24 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/09/15 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

However; the recourse to the international commercial arbitration does not completely exempt the arbitration litigation from state jurisdiction, since the judge intervenes in the course of the arbitration action, to supplement the lack of command authority "imperium" which the arbitration presents. This intervention can take place through three roles; the first is a role of assistance during the constitution of the arbitration court or the presentation of evidence. The second is a corresponding role as regards the temporary measures and precautionary procedures. Lastly, the official judge plays the role of control, and it is the most crucial role which is exerted in the event of disqualification of the referee, the execution of the arbitral award or at the time of the recourse exerted against this sentence.

Keywords

Arbitration litigation – Arbitration ward - international commercial arbitration - The judge and the arbitration.

Le rôle du juge algérien dans l'arbitrage commercial international

Résumé

Les partenaires économiques préfèrent généralement recourir à l'arbitrage suite aux avantages qu'il leur procure; que ce soit en matière de rapidité, de confidentialité, de simplicité des procédures ,du choix des arbitres ,ou du droit applicable...Mais le recours à l'arbitrage commercial international ne met pas totalement l'instance a l'abri de la juridiction étatique. Car, le juge intervient dans le déroulement de l'action arbitrale pour compléter le manque de l'autorité de contrainte « imperium » que présente l'arbitrage. On peut résumer cette intervention en trois rôles; le premier est un rôle d'aide que ce soit pour la constitution du tribunal arbitral ou en matière de preuves. Le deuxième est un rôle équivalent concernant les mesures provisoires et conservatoires. En fin le juge étatique a un rôle de contrôle c'est le rôle le plus crucial, il est exercé à l'occasion de la récusation de l'arbitre, de l'exécution de la sentence arbitrale et à l'occasion du recours exercé contre cette sentence.

Mots clés

Instance arbitrale – sentence arbitrale – arbitrage commercial international – le juge et l'arbitrage.

مقدمة

في المجتمعات البدائية قبل ظهور تنظيم الدولة القديمة، كان وجود الفرد يندمج في وجود المجموعة التي ينتسب إليها، وكان حلّ المنازعات متروكا لها باعتبارها صاحبة المصلحة في حماية نظامها، وهذا ما يسمّى بنظام الدفاع الذاتي أو الخاص الذي يقوم على الاحتكام إلى الذات من خلال القوة حفاظا على البقاء.

لكن سرعان ما استقرت الحاجة إلى الاجتماع البشري المنظم، الذي نشأ عنه شعور بضرورة الاحتكام إلى الغير في حلّ المنازعات بدافع الحاجة إلى العدالة. فانتقل

الإنسان بهذا، من مرحلة القصاص إلى مرحلة التحكيم الاختياري. غير أن عدم اتباع الفرد للقانون تلقائياً أوجب فرضه جبراً، لهذا اتخذت الدولة الحديثة على عاتقها حماية النظام الاجتماعي، وضمان حرمة وفعالية القانون. فأصبح حسم النزاعات امتيازاً خاصاً بها من خلال الاحتكام إلى قضاء الدولة، وفق صيغ وإجراءات محدّدة سلفاً تتجسد بصدور حكم يتمتع بالنفاذ الجبري لما لهذا القضاء من ولاية عامة وسلطان¹.

فالدولة تحتكر القضاء بما له من ولاية عامة وسلطة حكم Juridictio ، وسلطة إجبار Imperium. أما التحكيم فهو قضاء خاص ليست له لا ولاية عامة لحسم النزاعات ولا سلطة الإجبار؛ فيكون بحاجة لتدخل قضاء الدولة بماله من سلطة ليمنح أحكام التحكيم قوة النفاذ الجبري. إلا أنّ دور القضاء لم يعد يقتصر على هذه المرحلة -مرحلة تنفيذ حكم التحكيم- بل تعداها إلى مرحلة ما قبل صدور حكم التحكيم بمدّ يد العون متى كان ذلك ضرورياً.

من خلال هذا الطرح تظهر إشكالية هذه الدراسة التي تتمحور بشكل أساسي حول مدى تدخل قضاء الدولة في قضاء آخر مستقل عنه؟ هذا التساؤل الرئيسي يفتح المجال لتساؤلات فرعية: هل تدخل القضاء في مختلف مراحل التحكيم ضروري فعلاً وفيه تحقيق لفاعلية هذا الأخير؟ أم أنّه تدخل فيه مساس بالتحكيم كنظام خاص ومستقل لفض المنازعات؟

إجابة على هذا التساؤل جاءت هذه الدراسة لتبيّن دور القاضي - قضاء الدولة بصفة عامة- في التحكيم التجاري الدولي، والذي يتمثل في ثلاث أدوار: دور مساعد دور مواز، ودور مراقب للتحكيم. هذا ما نبينّه في مطالب ثلاث على التوالي:

المطلب الأول/ الدور المساعد في مجال تكوين محكمة التحكيم وبحث أدلة الإثبات
الأصل أن يتم تعيين المحكّم من قبل أطراف اتفاق التحكيم، إلا أنّه إذا ما تعذّر ذلك فبالإمكان اللجوء إلى قضاء الدولة لمعالجة هذا الأمر، ولا يتوقف دور القضاء المساعد للتحكيم على تعيين محكمة التحكيم فحسب، بل يساعد هذه الأخيرة في مسائل الإثبات نظراً لافتقارها لسلطة الإجبار. ونفصّل دور القضاء المساعد للتحكيم ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول/ دور القضاء في تكوين محكمة التحكيم

يعدّ تعيين المحكّم أو المحكّمين من أوائل الأمور التي يبرز فيها دور القضاء في التحكيم، ويعدّ هذا الدور في هذه المرحلة بالذات دورا مساعدا أو معاونا. فالأصل أن يتم اختيار المحكّمين من طرف المحكّمين، إلاّ أنّه قد يحصل ألاّ يختار أحد الأطراف المحكّم أو يماطل في اختياره. فيظهر هنا دور القاضي بوضوح في تقديم يد العون إلى التحكيم سواء كان وطنيا أو تجاريا دوليا². فيكون بذلك تدخل القاضي في هذه المرحلة تدخلا تفرضه خصوصية التحكيم؛ فهو تدخل منطقي يتماشى وطبيعة التحكيم، كما أنّه تدخل مساند لمؤسسة التحكيم، لأنّه يهدف إلى دفع عوارض نظام التحكيم عند فشل الإرادة في معالجتها، أو عند تخلف نظام التحكيم عن التصدي لها³.

كما يمكن اعتبار دور القاضي في مرحلة تكوين محكمة التحكيم، دورا عارضا يخرج عن الطابع الإتفاقي لتكوين هذه المحكمة، وهو دور غير مباشر إذ أنّه يتوقف على تحقّق إحدى الوضعيات التي ينص عليها القانون. وتنص المادة 1/1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذه النقطة على أنّه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ اجراءات تعيين المحكّم أو المحكّمين، يعيّن المحكّم أو المحكّمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".

ويحكم تشكيل محكمة التحكيم عموما مبدأ أن أساسيان⁴:

الأول/ أن تكون إرادة الأطراف المرجع الأول والأساسي في اختيار المحكّمين، فإذا اتفق الاطراف على طريقة اختيار المحكّمين وجب الإلتزام بما اتفق عليه.

الثاني/ ضرورة مراعاة المساواة بين أطراف التحكيم من حيث اختيار المحكّمين، فلا تكون لأحدهما أفضلية على الآخر؛ أي أنّه لايجوز أن يكون لأحد المختصمين صلاحية تعيين جميع المحكّمين، وهذه قاعدة من النظام العام لا يجوز التنازل عنها إلاّ بعد قيام النزاع ويترتب على مخالفتها البطلان.

وقد تم النص على هذين المبدأين في كل من المادة 2/1008، والمادة 2/1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ إذ تتعلّق الأولى بشرط التحكيم والثانية باتفاق التحكيم. فيجب تعيين المحكّمين من قبل الأطراف - سواء في شرط أو اتفاق التحكيم-

بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فإذا تعذر ذلك يتم اللجوء إلى قضاء الدولة لضمان حسن سير التحكيم. وتنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم. في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهّمه التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

فدور القضاء في تشكيل محكمة التحكيم دور إجرائي بحت، يهدف إلى الحيلولة دون توقف سير التحكيم المتفق عليه من الطرفين بسبب عدم التوصل إلى اختيار هيئة التحكيم أو استكمالها، ولا يحتمل التطرق إلى النواحي الموضوعية في اتفاق التحكيم أو توجيه الخصوم إلى حلّ ذاتي لخلافهما حول محكمة التحكيم. إلا أنّ الواقع العملي أثبت صعوبة قيام القضاء بهذا الدور الإجرائي دون أن يتخذ أسلوباً مرناً، فقد أتبع رئيس محكمة باريس أسلوباً خاصاً قوامه التوسط بين الخصوم لتشكيل محكمة التحكيم وذلك بمنح مهلة للطرف الذي لم يعين المحكم، فلا يعتمد القاضي على التعيين الآلي والمباشر.⁵

وما تجدر الإشارة إليه، أنّ الأمر يختلف عندما نكون بصدد التحكيم المؤسسي فقد أثبت استقرار النظم القانونية الوضعية للتحكيم أنّها وضعت إجراءات مسبقة تضمن لهياكل التحكيم نفسها، والمتمثلة أساساً في مراكز التحكيم، الأولوية برفع عوارض تكوين محكمة التحكيم، سواء تعلق الأمر بتسمية المحكم الفرد أو محكم الطرف المتخلف عن تعيين محكمة أو المحكم الثالث. وهو النظام الذي كرّسه القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 وجعله مفتوحاً على التحكيمين الداخلي والدولي، وتبنته التشريعات الحديثة.

وعليه، ينعقد دور القاضي في إطار التحكيم المؤسسي،⁶ إذ أنّ إشكالات تعيين محكمة التحكيم تحلّ داخل مؤسسة التحكيم ووفق نظامها، ولا ضرورة للجوء إلى قضاء الدولة. على خلاف ما هو الشأن عليه بالنسبة للتحكيم الحر AD-HOC⁷ فالأصل في هذا الأخير حرية التحكيم، ومنها حرية الأطراف في تحديد شكل محكمة التحكيم بأن يكون المحكّم فرداً أو أكثر من ذلك⁸، وطريقة تعيين المحكّمين أي الطابع الاتفاقي لتكوين محكمة التحكيم. فهنا يتوقف تدخل القضاء على قصور أو تخلف إرادة الأطراف، وهو ما تناولته المادة 1041 المذكورة أعلاه.

الفرع الثاني/ دور القضاء في مجال بحث الأدلة في الخصومة التحكيمية:

إنّ وجود الحق دون وجود الدليل عليه يجعله هو والعدم سواء، فالحق- وهو موضوع التقاضي أو التحكيم- يتجرّد من كل قيمة إذا لم يقدّم الدليل على الواقعة التي أنشأته، فالإثبات هو إقامة الدليل على حقيقة واقعة معيّنة يؤكدها أحد الأطراف وينكرها الطرف الآخر⁹، وتحدّد مختلف التشريعات الحديثة كيفية وطرق إقامة الدليل أمام القضاء على وجود الوقائع القانونية، وهو ما يثير التساؤل حول قابلية القواعد المتعلقة بالإثبات أمام القضاء للتطبيق أمام محكمة التحكيم؟

من المعلوم أنّ أطراف اتفاق التحكيم أحرار في تنظيم إجراءاته، وفي حالة سكوت اتفاق التحكيم عن تنظيمها، فإنّ الحرية تنتقل إلى المحكّمين في تنظيمها، وهو ما يصدق على إجراءات الإثبات. فسلطان الإرادة - والمحكمون في غيابها- غير ملزم بأية قاعدة من قواعد الإثبات المعروفة في القوانين الوطنية، بل أصبح من الممكن تكييف قواعد مختلفة مأخوذة من القوانين الوطنية في تحديد شروط قبول الإثبات في التحكيم، وهو الأمر الذي يعني أنّ الأصل في أدلة الإثبات هو تنظيمها حسب اتفاق الأطراف¹⁰.

ويوجد رأي يقول بأنّ عدم معالجة أدلة الإثبات أمام المحكّم بنصوص خاصة تجعل الأمر متروكاً لمطلق حرية المحكم، غير أنّ هذا لا يبرّر عدم إرساء هذه القواعد بنصوص خاصة تتوافق مع نظام التحكيم¹¹.

وقد أولت مختلف التشريعات الحديثة اهتماماً لمسائل الإثبات في الدعوى التحكيمية، فأعطت لمحكمة التحكيم مجموعة من الصلاحيات تمكّنها من الحصول

على أدلة الإثبات في موضوع النزاع المطروح عليها. وقررت أحكاما من شأنها إعطاء أكبر قدر من الفعالية لتلك الصلاحيات في مواجهة من لهم علاقة بالنزاع. ولكن، أيا كانت تلك الصلاحيات وفعاليتها فإنّ عدم تمتّع محكمة التحكيم بسلطة الإلزام يجعلها دائما في حاجة لمعاونة القضاء في مجال الحصول على أدلة الإثبات في الدعوى¹². ذلك أنّ المحكّم يستمد سلطته واختصاصه من اتفاق التحكيم، وبالتالي لا يتمتع بذات السلطة العامة التي يتمتع بها القاضي، ويكون بحاجة إلى مساعدة هذا الأخير عند بحث الأدلة.

فالمحكّم يستطيع أن يطلب من أطراف اتفاق التحكيم تقديم ما بحوزتهم من مستندات، إلاّ أنّه لا يستطيع إجبارهم على ذلك إذا ما امتنعوا عن تقديم تلك المستندات. ولا يستطيع كذلك إجبار الغير-وهو كل شخص ليس طرفا في اتفاق التحكيم- على تقديم ما بحوزته من مستندات عند امتناعه عن تقديمها، كما لا يملك إجبار شاهد على الحضور أمامه للإدلاء بشهادته، أو حلف اليمين¹³...

ولهذا، فقد نصّت مختلف التشريعات على أنّ المحكّم يستطيع الطلب من القاضي المختص أن يصدر مذكرات بإحضار الشهود، أو أن يوقع العقوبة على الشهود الذين تم إبلاغهم بالحضور وتخلّفوا أو امتنعوا عنه، كما له أن يطلب من المحكمة بأن يكلف الغير بإبراز المستندات أو الوثائق التي في حوزته والتي تكون لها أهميتها لإصدار حكم التحكيم¹⁴.

وفي القانون الجزائري، منح المشرع للمحكّم الاختصاص الأصيل ببحث الأدلة وذلك وفقا لنص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تتولّى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"¹⁵. ونظرا لكون المحكّم- كما سبق القول- يفتقد إلى سلطة الإلزام، فإذا امتنع أحد الأطراف أو الغير عن تقديم مستند أو دليل بحوزته أو رفض الإدلاء بشهادته، فيمكن للمحكّم هنا الاستعانة بالسلطة القضائية للقيام بالمهمة الموكلة له بشأن البحث عن الأدلة، وقد نصت على ذلك المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة...جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهّمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي". فالمشرع

الجزائري لم يخرج عن الاتجاه العام للتشريعات الحديثة، إذ منح المحكم سلطة البحث عن الأدلة، دون تفصيل في طبيعة الأدلة أو الإجراءات الواجبة لاتخاذها، وإذا ما اعترضت المحكم صعوبات جاز اللجوء إلى قضاء الدولة بموجب عريضة للحصول على المساعدة لجمع الأدلة اللازمة لحسم النزاع، ويطبّق القاضي المختص هنا قانونه الوطني.

ومع ذلك إذا لم يشأ المحكم الاستعانة بقضاء الدولة جاز له أن يفصل بناء على ما قدّم له من مستندات إذا لم يحترم الأطراف المدة اللازمة لتقديمها¹⁶، وهذا يعدّ نوعاً من الإلزام في مواجهة الأطراف من أجل السير الحسن للتحكيم. فقد دفعت إمكانية امتناع أحد الأطراف عن تقديم المستندات التي في حوزته - نظراً لسريتها أو لأنها في غير صالحه - غالبية القواعد المؤسسية والعديد من القواعد الوطنية إلى منح المحكم سلطة إلزام الأطراف بتقديم المستندات التي بحوزتهم¹⁷.

خلاصة القول أنّ للمحكم سلطة اتخاذ إجراءات الإثبات وبحث الأدلة المناسبة لإنهاء النزاع المطروح، إلا أنّ سلطة المحكم هذه تحتاج إلى مساعدة قضاء الدولة إذا أراد اتخاذ بعض الإجراءات التي تتضمن إجبار الغير، وهذا يؤكّد أهمية الدور المساعد الذي يقوم به قضاء الدولة للتحكيم؛ فقد يتوقّف حسم النزاع على دليل معيّن وفي هذه الحالة يكون التحكيم كنظام مرهوناً بتدخل قضاء الدولة لتحقيق فعاليته¹⁸.

المطلب الثاني/ الدور الموازي في مجال التدابير الوقائية والتحكّضية

يترتب على الأساس الإرادي للتحكيم، حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وكذا حريتهم في تحديد الإجراءات التي يتبعها المحكم وصلاحياته. فهل هذا الطابع الإتفاقي للتحكيم من شأنه منح الاختصاص للمحكم في المنازعة المعروضة عليه وفقاً لما حدّده الأطراف فقط، وعدم اختصاصه بنظر المسائل الوقائية والتحكّضية المتصلة بهذه المنازعة طالما لم تشأ إرادة الأطراف منحه الاختصاص بنظرها صراحة؟ أم أنّ اختصاصه بالمسألة المعروضة عليه، من شأنه أن يخوّل له السلطة بالفصل في هذه المسائل حتى ولو لم يشر إليها الأطراف؟ هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فمن المعروف أنّ لاتفاق التحكيم أثراً إيجابياً؛ يختص المحكم بموجبه بالفصل في المنازعة المعروضة عليه بمقتضى اتفاق التحكيم وفي حدوده. وأثر

سلي؛ مؤداه عدم اختصاص قضاء الدولة بالنظر في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم. وعليه، فالقول باختصاص قضاء الدولة بنظر المنازعات الوقتية والتحفظية فيه إهدار لهذا الأثر السالب؟ أم أنه مجرد استثناء لاختصاص هذا القضاء نظرا لعدة مبررات تتعلق أساسا بفعالية التحكيم وتنفيذ الحكم التحكيمي المحتمل صدوره¹⁹؟

الواقع أنّ دور قضاء الدولة في التحكيم في مسألة التدابير الوقتية والتحفظية يتعلّق بدراسة الاختصاص باتخاذ هذه الإجراءات، والذي يتلخّص في ثلاث اتجاهات: اختصاص محكمة التحكيم باتخاذها، اختصاص قضاء الدولة باتخاذها، والاختصاص المشترك بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة باتخاذها. هذا ما نبيّنه ضمن فرعين؛ نتناول في الأول الاختصاص المستقل لمحكمة التحكيم ولقضاء الدولة، وفي الثاني نتعرض إلى الاختصاص المشترك بينهما، ونبيّن بعد عرض هذه الاتجاهات الثلاث موقف المشرع الجزائري ضمن فرع ثالث:

الفرع الأول/ الاختصاص المستقل لمحكمة التحكيم ولقضاء الدولة بنظر التدابير الوقتية والتحفظية

نفصل هذا الفرع ضمن نقطتين بحيث ندرس اختصاص كل جهة على حدة فنتناول اختصاص محكمة التحكيم أولا ثم اختصاص قضاء الدولة ثانيا.

أولا / اختصاص محكمة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى إرادة الأطراف، فإذا كانت هذه الإرادة قد خوّلت المحكّم سلطة الفصل في المنازعة القائمة فيمكنها كذلك أن تخوّله الفصل في المسائل الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعة المتفق بشأنها على التحكيم، فيكون بالتالي للمحكّم السلطة في اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية التي لا يلزم لاتخاذها تدخل السلطة العامة في الدولة.

ونظرا لافتقار المحكّم لسلطة الإيجار imperium، فإنّه يعتمد على الاحترام التلقائي من الأطراف للإجراءات المتخذة في حقهم²⁰. ورغم الدور الكبير الذي تلعبه الإرادة في منح المحكّم سلطة نظر التدابير الوقتية والتحفظية سواء بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة- وذلك بالإشارة إلى لائحة من لوائح التحكيم تقرّر هذا الأثر- إلا أنّ هناك تدابير معينة لا يمكن أن تدخل في إطار الاختصاص القاصر على المحكّم وحده، والادعاء

باستبعاد الاختصاص الأصلي المنعقد لقضاء الدولة في هذا الشأن. فهناك تدابير لا يمكن اتخاذها إلاّ من طرف قضاء الدولة، إما لتعلقها بالغير، أو لأنّها تعبير عن سلطة الإيجار والتي تعدّ حكرا على الدولة فقط.²¹

ثانيا/ اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقائية والتحفّظية

يقوم هذا الاتجاه على أساس أنّ قضاء الدولة باعتباره صاحب الولاية العامة لفض المنازعات، فإنّه يظلّ صاحب الاختصاص بإصباح الحماية الوقائية رغم وجود اتفاق التحكيم. فإذا كان قاضي الأمور المستعجلة هو المختص بنظر التدابير الوقائية والتحفّظية عندما يعرض النزاع على محكمة الموضوع فمن باب أولى أن يظلّ هذا القضاء مختصا عند وجود اتفاق التحكيم، وبالتالي عند عرض النزاع على محكمة التحكيم.

فالحماية الوقائية تبقى من اختصاص قضاء الدولة صاحبة الولاية العامة في نظر النزاع الموضوعي والتدابير الوقائية والتحفّظية. وبالتالي، فالأثر السلبي لاتفاق التحكيم ينحصر في النزاع في شقّه الموضوعي فقط.²² كما أنّ اتفاق التحكيم باعتباره عقدا تحكّمه قاعدة النسبية؛ بمعنى أنّ آثاره لا تترتب إلاّ في مواجهة أطرافه، فإنّ هذا الأثر النسبي إضافة إلى افتقار المحكّمين لسلطة الإيجار فإنّ بعض التدابير لا يمكن اتخاذها على نحو يتسم بالفعالية إلاّ من قبل قضاء الدولة، ومثال ذلك أنّ الحجز حتى وإن كانت تحفّظية، لا يمكن اتخاذ الأمر بإصدارها إلا من قضاء الدولة بصفته المحتكر لسلطة التنفيذ الجبري دون غيره. فالمحكّم باعتباره قاضيا خاصا لا يملك سلطة الإيجار لا في مواجهة الأطراف، ولا الغير وهو ما يمكن وصفه بأنّه عيب خلقي في التحكيم منذ البداية يحدّ من فعاليته، مما يؤدّي إلى اعتماد المحكّم على قضاء الدولة. لذا يعدّ الاعتراف لقضاء الدولة باختصاص اتخاذ التدابير الوقائية والتحفّظية ضرورة حتمية تقتضيها طبيعة هذه الإجراءات بما تتطلبه من إيجار تحتكر الدولة سلطة القيام به.²³

الفرع الثاني/ الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم باتخاذ التدابير الوقائية والتحفّظية

وفقا لهذا الاتجاه، فإنّ مسألة التدابير الوقائية والتحفّظية يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك والذي مفاده أنّ كلا من قضاء الدولة وقضاء التحكيم يتمتّع

بالحق في اتخاذها²⁴. ويظهر ذلك من مختلف مصادر قانون التحكيم، سواء كانت وطنية أو دولية وكذا قضاء التحكيم التجاري الدولي. وللإختصاص المشترك بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم ثلاث جوانب:

أولاً/ الجانب الأول: اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقئية والتحفّضية

التعبير الأول في الإختصاص المشترك هو إتاحة الفرصة للأطراف في اللجوء إلى قضاء الدولة لطلب التدابير الوقئية والتحفّضية رغم وجود اتفاق التحكيم²⁵. وذلك بغية الحصول على الحماية الوقئية لمواجهة حالة الاستعجال التي قد تطرأ بعد إبرام اتفاق التحكيم، فلا يمكن حرمان الأطراف من الاستفادة من القواعد التي تنظّم الإجراءات المستعجلة والتي تتمتع بأكثر فعالية لما لقضاء الدولة من سلطة عامة. وبالتالي، فرض التنفيذ الجبري عند رفض التنفيذ الطوعي فضلاً عما يتمتع به الحكم الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة بوصفه مشمولاً بالإنفاذ المعجل²⁶.

ثانياً/ الجانب الثاني: اللجوء إلى قضاء الدولة لا يعدّ تنازلاً عن اتفاق التحكيم بالنسبة لموضوع النزاع

الجانب الثاني لمبدأ الإختصاص المشترك، يتمثل في أنّ لجوء أحد الأطراف في اتفاق التحكيم إلى قضاء الدولة بهدف الحصول على الحماية المستعجلة باتخاذ تدبير وقفي أو تحفّضي لا يعدّ تنازلاً عن اتفاق التحكيم. فنظر النزاع من حيث الموضوع يبقى منعقداً لمحكمة التحكيم²⁷، وليس في هذا الوضع أي تناقض²⁸. وهو ما نص عليه صراحة القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي²⁹، وكذا لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس³⁰.

ثالثاً/ الجانب الثالث: اختصاص المحكّم باتخاذ التدابير الوقئية والتحفّضية

يعدّ اختصاص المحكّم باتخاذ التدابير الوقئية والتحفّضية الجانب الثالث لمبدأ الإختصاص المشترك، فوجود اتفاق التحكيم لا يحول دون لجوء الأطراف لا إلى قضاء الدولة ولا إلى محكمة التحكيم. لكن، ما مصدر سلطة المحكّمين باتخاذ هذه التدابير؟ في حالة الاتفاق الصريح الذي يمنح المحكّم هذه السلطة لا توجد أدنى صعوبة في قيامه بمهمته³¹، فمن الصعب عدم الانصياع لإرادة الأطراف في هذه الحالة، لاسيما أنّ هذا الحل لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام الوطني والدولي. وإذا كان التعبير عن

الإرادة ضمنيا، كالإحالة إلى لائحة من لوائح التحكيم التي تعترف للمحكّم بسلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفّضية فمن غير المتصور مخالفة هذا الأمر³².

رابعا/ القيود الواردة على مبدأ الاختصاص المشترك³³

ترد بعض القيود على مبدأ الاختصاص المشترك الذي مؤداه توزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم في مجال التدابير الوقائية والتحفّضية.

فهناك قيود مستمدة من إرادة الأطراف؛ وذلك عندما لا يكون مبدأ الاختصاص المشترك من النظام العام بحيث يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد بعض التدابير الوقائية والتحفّضية من اختصاص المحكّم.

وهناك قيود مستمدة من طبيعة التدبير؛ فبعض التدابير الوقائية والتحفّضية تدخل في الاختصاص الحصري لقضاء الدولة، لهذا تخرج عن نطاق قدرة الأطراف على المساس بسلطان قضاء الدولة بشأنها، ومثال ذلك الإجراءات التي تمهّد لتنفيذ حكم التحكيم.

الفرع الثالث/ موقف المشع الجزائري من الاختصاص بالتدابير الوقائية والتحفّضية في مجال التحكيم

تنص المادة 1/1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفّضية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك." ونص هذه المادة لم يأت مغيرا للنص القديم المتعلق بمسألة التدابير الوقائية والتحفّضية في مجال التحكيم إذ تنص المادة 458 مكرر9 فقرة أولى من المرسوم التشريعي 09/93 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي على أنه: "يمكن محكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفّضية بطلب من أحد الأطراف إلا إذا كانت هناك اتفاقية مخالفة".

يرى جانب من الفقه الجزائري أنه قبل صدور المرسوم التشريعي 09/93 وفي ظل القواعد المعمول بها في إطار قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 66-154، لم يكن محددا على وجه الدقة ما إذا كانت مسألة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفّضية من المسائل التي تدخل في نطاق اختصاص القضاء الجزائري بشكل قاصر عليه؟ أم يمكن اتخاذها من قبل محكمة التحكيم إذا ما طلب الأطراف ذلك إعمالا

لمبدأ الاختصاص المشترك لكل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم؟ إلا أنّ رغبة المشرع في منح أكبر قدر من الفعالية للتحكيم دفعت به إلى منح الاختصاص بالمسائل الوقتية والتحكّضية لكل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم في المرسوم التشريعي 09/93³⁴، فلا يعدّ منح الاختصاص للقاضي الجزائري متعارضاً مع اتفاق التحكيم. ومع ذلك، هناك حالة وحيدة يتعيّن فيها على المحكّم أن يتوجه فيها إلى قضاء الدولة لاتخاذ التدابير اللازمة وذلك في حالة ما إذا رفض أحد الأطراف الخضوع إلى قرار المحكم. في هذا الفرض يكون القاضي الجزائري وحده المختص بإصدار هذا الأمر³⁵، إذ تنص المادة 2/1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "إذا لم يقيم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدابير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي." وما يؤكّد كذلك أنّ المشرع الجزائري قد منح اختصاصاً مشتركاً بشأن التدابير المؤقتة والتحكّضية لكل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم المادة 3/1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير."

المطلب الثالث / الدور المراقب في مجال ردّ المحكّمين، تنفيذ أحكام التحكيم والطعن فيها

يعدّ الدور الرقابي للقضاء في مجال التحكيم أخطر الأدوار، فالأصل استقلالية التحكيم كنظام قضائي خاص عن نظام قضاء الدولة، ومع ذلك يتدخل القضاء كمرقب في مجال التحكيم في ثلاث مواضع: ردّ المحكّمين، تنفيذ أحكام التحكيم والطعن في هذه الأحكام. وهو ما ندرسه في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول/ دور القضاء بمناسبة ردّ المحكّمين

نظراً لأهمية الوظيفة القضائية عموماً وخطورتها، أحاط المشرع القاضي بالضمانات التي تكفل له منح الحماية القضائية وهو مجرد العواطف، مستقل الرأي ومحايّد القرار. وحتى تضمن حيده القاضي فقد وضعت قواعد معيّنة تتعلّق بعدم صلاحيته لنظر الدعوى إذا شابته حيده شبهة واضحة قد تؤثر على استقلاله كبشر

أما إذا كانت الشبهة غير مؤكدة ولكن احتمال تأثيرها على حيطة القاضي أمر وارد فمن حق الخصم صاحب المصلحة أن يطلب ردّ القاضي³⁶.

وبما أنّ المحكّم قاض خاص- كونه معيّنا من قبل الأطراف- فلا بد كذلك أن يحاط بضمانات لتحقيق حياده واستقلاله. ويعدّ الردّ إجراء يضمن استقلال المحكّم بل أنّه أحد التزاماته إذ عليه إخبار الأطراف بتوافر سبب من أسباب الردّ في شخصه وذلك في إطار التزامه بالإفصاح. وتنص المادة 2/1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "إذا علم المحكّم أنّه قابل للردّ، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم."

وإمكانية رد المحكّم تعكس مبدأ إجرائيا أصيلا هو حق الدفاع، فمن حق كل طرف أن يمثل أمام قاض محايد. لهذا يعدّ الردّ ضمانا هامة لا يجوز افتراض التنازل عنها في إطار خصومة التحكيم، ولا يجب أن تدفع الرغبة في تشجيع التحكيم إلى رفض إمكانية رد المحكّم³⁷.

ولهذا تعترف غالبية التشريعات للقضاء بسلطة الفصل في طلبات ردّ المحكّمين. كما تعطي أغلب لوائح التحكيم المؤسسي للهيئات التنظيمية التي تتولى الإشراف والرقابة على سير التحكيم سلطة الفصل نهائيا في طلبات ردّ المحكّمين³⁸.

وقد نص المشرع الجزائري في هذا الصدد أنّه إذا تعدّر إجراء الردّ فإنّ القاضي يكون مختصا بذلك، وذلك في نص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "... في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الردّ، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهّمه التعجيل..." فالأصل إذن أن تختص هيئة التحكيم- في التحكيم المؤسسي-، والأطراف- في التحكيم الحر- بتسوية مسألة الردّ، فإن تعدّر ذلك يتدخل القاضي ولكن بطلب من الخصم الذي يهّمه التعجيل. فالمشرع الجزائري وإن منح سلطة الفصل في الردّ للقاضي، إلا أنّه قرن ذلك بطلب الخصوم حتى لا يكون التدخل تلقائيا. وحسب رأينا فقد أصاب كثيرا في هذه النقطة؛ إذ أنّه يضمن من جهة استقلالية التحكيم، ومن جهة أخرى يضمن سرعة إجراءاته، وذلك بأن يفصل القاضي عندما تطول أو تتعدّر

لأي سبب إجراءات الردّ من طرف هيئة التحكيم أو الأطراف، كما أنّه جعل الأمر الذي يصدره القاضي بشأن الردّ غير قابل لأي طعن وذلك منعا لأي تماطل³⁹.

وقد حدّد المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الحديثة حالات الردّ، فلا يجوز الردّ إلا إذا توافرت إحداها، إذ تنص المادة 1/1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "يجوز ردّ المحكّم في الحالات الآتية :

1. عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
2. عندما يوجد سبب ردّ منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3. عندما تتبيّن من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".
فإذا توافر أحد هذه الأسباب، جاز للطرف المعني طلب الردّ شريطة ألا يكون هو من عين المحكّم المطلوب رده، إلا إذا كان سبب الردّ قد طرأ أو علم به بعد التعيين وهذا ما تضمنه كذلك المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ألا يكون المحكّم قد بدأ في مباشرة مهامه. فإذا بدأ فيها فإنّ المادة 1/1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنّه: "لا يجوز للمحكّمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها ولا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الردّ بعد تعيينهم". فالقاضي عندما ينظر في الردّ فإنّه يراقب مدى توافر أحد الشروط اللازمة والأساسية في المحكّم ليمارس مهامه وهو شرط الاستقلالية والحيدة.

الفرع الثاني / دور القضاء بمناسبة تنفيذ حكم التحكيم

من أهم مزايا التحكيم كوسيلة سلمية لفض المنازعات، تمكين صاحب الحق من الحصول على حقه في أسرع وقت وبأبسط الإجراءات. والمجرى العادي للأمر في التحكيم، أن يقوم من صدر حكم التحكيم في غير صالحه بتنفيذه إراديا وإلاّ جرد التحكيم من فعاليته، فتنفيذ الحكم التحكيمي هو أساس نظام التحكيم⁴⁰. فإذا كان التنفيذ الإرادي مستحيلا، لا يكون أمام الطرف الذي صدر حكم التحكيم في صالحه إلاّ متابعة التنفيذ الجبري، وذلك بالحصول على أمر التنفيذ من قضاء الدولة وإصباغ الحكم بالصيغة التنفيذية⁴¹.

ويدخل التحكيم بمناسبة تنفيذ حكم المحكم مرحلة جديدة ترتفع فيها يد المحكمين عن الخصومة وتتغير فيها المعادلات؛ فقبل التنفيذ كان قانون إرادة الطرفين هو المتقدّم وكان قانون مكان التحكيم في مرتبة أدنى، أما في هذه المرحلة فإنّ قانون إرادة الطرفين يتراجع كلياً ليفسح المجال أمام قانون مكان التنفيذ، حيث يطبق القاضي قانونه في التنفيذ⁴². ذلك أنّ أحكام التحكيم مجردة في ذاتها ولا تحوز القوة التنفيذية، لهذا لا بد من صدور أمر من قضاء الدولة يسمّى أمر التنفيذ، تحقّق بواسطته رقابة على حكم التحكيم من قبل السلطة القضائية في دولة التنفيذ قبل السماح بتنفيذه. والغرض من هذه الرقابة تثبت قضاء الدولة من خلوّ حكم التحكيم من العيوب التي قد تشوبه، وانتفاء ما يمنع تنفيذه.

وتنص في هذا الصدد المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي. وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقرّ محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني." وبصدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم يصبح هذا الأخير صالحاً للتنفيذ جبراً ويعامل باعتباره سنداً يتم التنفيذ الجبري بمقتضاه⁴³.

وبإشراف قاضي التنفيذ رقابة خارجية على إجراءات الحكم التحكيمي دون أن تكون له سلطة تعديل الحكم أو مباشرة الرقابة الموضوعية عليه⁴⁴. فقضاء الدولة لا يباشر رقابة يتحرى فيها صحة تطبيق محكمة التحكيم للقانون على واقع النزاع أو سلامة تحديدهم لعناصر هذا الواقع وصحة تكييفها القانوني، وإنّما يمارس رقابة خارجية تتناول شكل وإجراءات حكم التحكيم⁴⁵ فلا شك إذن، أنّ القضاء الوطني يمارس دوراً رقابياً فعّالاً من خلال الأمر بالتنفيذ، وتتضاعف أهمية هذا الدور الرقابي بالنسبة للأسباب التي تملك المحكمة التمسك بها من تلقاء نفسها، وهذا هو الأساس الذي يمكن القضاء من فرض رقابته على أحكام التحكيم وفيها يجد نطاقه⁴⁶.

ومع ذلك لا يصدر الأمر بالتنفيذ تلقائياً من القاضي المختص، وإنّما يصدر بناء على طلب يقدّم إليه وتطلق عليه تسمية "طلب التنفيذ". ويرفع طلب التنفيذ بالطرق

العادية لرفع الدعوى وتخضع إجراءات دعوى التنفيذ لنفس الإجراءات التي ترفع بها الدعوى داخل الدولة عملاً بقاعدة "خضوع الإجراءات لقانون القاضي" وهو هنا قاضي التنفيذ⁴⁷

الفرع الثالث / دور القضاء بمناسبة الطعن في حكم التحكيم

تقضي القاعدة العامة في مجال التحكيم بأن أحكام التحكيم نهائية لا تقبل الطعن فيها، وذلك بغية تحقيق الحكمة من نظام التحكيم بسرعة الفصل في المنازعات بين أطراف العلاقة القانونية⁴⁸. إلا أنّ جلّ التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري قد أجازت الطعن ضد أحكام التحكيم التجاري الدولي عن طريق رفع دعوى بطلان في مواجهة هذه الأحكام، شريطة أن تصدر هذه الأحكام داخل حدود الدولة المرفوع أمامها الطعن بالبطلان.

وتنص المادة 1/1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه". وغالبا ما يبني الطعن ضد حكم التحكيم بناء على وجود عيب في الشكل الذي تم فيه التحكيم أو في الإجراءات المتبّعة في شأنه، أما بحث المحكّم للنزاع وقضاؤه فيه فيجب أن يبقى بعيدا عن رقابة قضاء الدولة. والقول بغير ذلك يعني إمكانية مراجعة حكم التحكيم من حيث عدالة ما قضى به، فالطعن الذي سيكون مسموحا به ضد هذه الأحكام غالبا ما يكون وسيلة لبطلانها، أكثر منه وسيلة لمراجعتها واصلاحها⁴⁹.

أما إذا صدر حكم التحكيم خارج حدود الدولة، فلا يوجد أي طريق طعن مباشر من الممكن ممارسته في مواجهة هذا الحكم التحكيمي. إذ لا يمكن لقضاة الدولة أن يطبقوا عليه قانونهم إلاّ إذا تم إدماج هذا الحكم ضمن النظام القانوني لدولتهم ويتحقّق هذا الإدماج إذا أصدرت ذات القضاء أمرا يسمح فيه بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر في الخارج، والطرف الذي صدر هذا الحكم التحكيمي في حقه لا يتمكّن من مهاجمته مباشرة بل له أن يطعن في الأمر الصادر عن القضاء الوطني بشأن الاعتراف به وتنفيذه بالطريق الذي حدّده له المشرع، وهو الطعن بالاستئناف⁵⁰.

وإذا كان الطعن بالبطلان طعنا خاصا بأحكام التحكيم التجاري الدولي، إذ أنه ليس من طرق الطعن العادية أو غير العادية الممارسة ضد الأحكام. فإن الاستئناف طريق طعن عادي ضد الأحكام القضائية، إلا أنه يتصف بنوع من الخصوصية إذا مورس ضد الأمر الذي يمنح الاعتراف والتنفيذ، وذلك لأن الأسباب التي يمكن على أساسها ممارسته محدّدة حصرا، إذ تنص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
5. إذا لم تسبّب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي."

وتجدر الإشارة إلى أنه احتراماً لإرادة الأطراف ولروح التحكيم، فإنّ سلطات القاضي الناظر في الطعن بالبطلان هي نفسها سلطات الرقابة لقاضي الأمر بالتنفيذ وهي الرقابة الشكلية الخارجية فقط، فليس للقاضي هنا إلا مراقبة عدم وجود أحد أوجه البطلان المذكورة في المادة 1056 أعلاه، وهي نفس الأسباب التي يمكن من خلالها الطعن بالاستئناف ضد أمر التنفيذ.

وإذا كانت سلطات قاضي التنفيذ والقاضي الناظر في الطعن بالاستئناف هي ذاتها سلطات القاضي الناظر في الطعن بالبطلان بالنسبة لحدود الرقابة، إلا أنّها تختلف من حيث النتيجة النهائية؛ فقاضي التنفيذ وقاضي الاستئناف يقرران مصير تنفيذ الحكم التحكيمي دون المساس به، أما القاضي الناظر في الطعن بالبطلان، فهو يقرّر مصير الحكم التحكيمي في حدّ ذاته، فإما يبطله أو يؤيد وجوده، فإن أيده أكد تنفيذه.

خاتمة

- من خلال دراسة دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي وبالتطرق إلى دور القاضي الجزائري وفق مقتضيات القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية توصلنا إلى عدة نتائج نجملها في النقاط التالية:
- لقد منح المشرع الجزائري صلاحية تعيين المحكم للقاضي الجزائري إذا ما وجدت أية صعوبة في التعيين، وهذا مسلك حميد إذ فيه تعزيز للتحكيم كنظام ومساعدة في سرعة سيره من طرف قضاء الدولة، وليس فيه أيّ مساس باستقلالية التحكيم فالقاضي لا يتدخل إلا إذا وجدت صعوبة أو تقصير في تعيين محكمة التحكيم.
 - يعترف المشرع الجزائري لمحكمة التحكيم بالاختصاص الأصيل في بحث الأدلة فإذا واجهتها أية صعوبة في قيامها بالمهمة المنوطة بها، جاز لها أو للطرف المعني بالاتفاق مع محكمة التحكيم، طلب مساعدة القضاء لما له من سلطة تساعد المحكم في تأدية مهمته على أحسن وجه، وهذا دور إيجابي يلعبه القاضي في مجال التحكيم فهو يعزز سلطات المحكم ويحقق فاعلية أكثر للتحكيم.
 - في مجال التدابير الوقائية والتحفظية يعترف المشرع الجزائري بصلاحيات محكمة التحكيم في إصدار ما تراه مناسبا من إجراءات. ولم يقصر هذا الدور على المحكم وحده، فهناك إجراءات بطبيعتها لا يمكن أن تصدر إلا عن قضاء الدولة لتمتعه بسلطة الإجبار، لذا نجد أنّ الاختصاص بإصدار هذه التدابير الوقائية والتحفظية مقسّم بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة بطريقة يفرضها المنطق والواقع العملي، فكل نظام قضائي مكتمل للآخر.
 - كما يلعب القاضي الجزائري دورا رقابيا بشأن تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي سواء كانت صادرة في الجزائر أو في الخارج، بحيث لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم جبرا إلا بعد الحصول على أمر قضائي بالتنفيذ. والقاضي قبل أن يصدر هذا الأمر له أن يتأكد من الشروط المطلوبة قانونا دون المساس بمضمون الحكم فإما يمنح أو يرفض منح أمر التنفيذ دون أن تكون له صلاحية تعديل حكم التحكيم فالرقابة هنا شكلية وليست موضوعية.

- وفي مجال الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، فإن دور القاضي ينحصر في طعنين موجّهين ضد حكم التحكيم، أحدهما مباشر وهو الطعن بالبطلان ضد الأحكام الصادرة في الجزائر، والآخر غير مباشر يتمثل في الطعن بالاستئناف ضد أمر تنفيذ الحكم الصادر خارج الجزائر. وقد جعل المشرع الجزائري أسباب ممارسة الطعن ذاتها وفي هذا مساهمة للتطورات الحاصلة في مجال التحكيم التجاري الدولي وذلك بمعاملة أحكام التحكيم التجاري الدولي بنفس المعاملة سواء صدرت داخل أو خارج إقليم الدولة.

الهوامش

1. الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 2008، ص من 25 إلى 32.
2. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 76.
3. الحسين السالمي، مرجع سابق، ص 483.
4. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 163.
5. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 189 وما بعدها.
6. الحسين السالمي، مرجع سابق، ص 484.
7. الحسين السالمي، المرجع نفسه، ص 533 و 534.
8. أجاز المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الحديثة أن تتشكّل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين واشترط في الحالة الثانية أن يكون العدد وترا، إذ تنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تتشكّل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".
9. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 5.
10. صبري أحمد محسن الذيايات، "إجراءات التحكيم التجاري الدولي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص 279.
11. أنظر:
12. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 47.
13. باسمه لطفي دباس، "شروط اتفاق التحكيم وأثاره"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، 2005، ص 384.
14. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص 287.
15. نشير إلى أنّ المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي رقم 09/93 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي - والذي تم تعديله بموجب القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية - في المادة 458 مكرر 10 نص على

- أنه: "تباشر محكمة التحكيم بنفسها تقديم الأدلة." وبالتالي فقد وسَّع المشرع الجزائري في القانون رقم 09/08 من صلاحيات محكمة التحكيم من تقديم الأدلة فقط إلى البحث عنها.
16. نص المادة 1022 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوما على الأقل، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل."
17. مثال ذلك: المادة 05 من قانون التحكيم الإنجليزي، المادة 1460 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، المادة 09 من قانون جمعية لندن للتحكيم. ونشير إلى أنّ هذه النصوص لم ترتب جزاء على عدم الامتثال لأوامر المحكم باستثناء قواعد اليونسترال في المادة 3/28 والتي يقوم بموجبها المحكم بإصدار حكمه بناء على المستندات المقدمة إليه مع الأخذ بعين الاعتبار تقاعس الخصم عن التعاون معه.
18. علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء علي التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 259.
19. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفّظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 8 وما يليها.
20. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 23 و 24.
21. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 27.
22. باسمة لطفي دبّاس، مرجع سابق، ص 388 و 389.
23. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 18 وما يليها.
24. باسمة لطفي دبّاس، مرجع سابق، ص 395.
25. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 29.
26. باسمة لطفي دبّاس، المرجع نفسه، ص 396.
27. باسمة لطفي دبّاس، المرجع نفسه، ص 396.
28. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 32.
29. إذ تنص المادة التاسعة: "لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثناءها من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقائيا مؤقتا وأن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب".
30. انظر:
- Article 8/5: « Les parties peuvent avant la mise du dossier à l'arbitre et exceptionnellement après, demander à toute autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires, sans pour cela contrevenir à la convention d'arbitrage qui les lie et sans préjudice du pouvoir réservé à l'arbitre à ce titre. »
31. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 38.
32. باسمة لطفي دبّاس، مرجع سابق، ص 388.
33. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 39 وما يليها.
- كذلك: باسمة لطفي دبّاس، المرجع نفسه، ص 389 وما يليها.
34. أنظر:
- M.Bedjaoui, A.Mebroukine, «Le nouveau droit de l'arbitrage en Algérie», Clunet n°04, 1993, p.891.
- إذ يقول المؤلفان:
- « le souci de conférer un maximum d'efficacité à l'institution arbitrale a conduit le législateur algérien a ne pas soumettre les mesures provisoires à la seule compétence des tribunaux algériens mais a attribuer ce rôle aux arbitres des l'instant que les parties l'ont prévue dans leur clause d'arbitrage. »
35. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 5: انظر كذلك:

M.Issad, «Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », Revue d'arbitrage, n° 03, 1993, p.396.

إذ يقول المؤلف :

« Il peut -le tribunal arbitral- ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et peut requérir le concours du juge compétent. »

36. علي سالم إبراهيم، مرجع سابق، ص 288.
37. هدى محمد مجدي عبد الرحمان، "دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 186.
38. هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 349.
39. انظر المادة 1016 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
40. عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، الطبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 01.
41. انظر:
- B.Moreau, «Arbitrage commercial », Répertoire de droit commercial, Encyclopédie Dalloz, 2006, p.27.
- كذلك: عصام أحمد المهيجي، التحكيم في عقود البوت "b.o.t"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 72.
42. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 215.
43. محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 10.
44. علي سالم إبراهيم، مرجع سابق، ص 319.
45. محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 10.
46. هدى محمد مجدي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 363.
47. انظر المادة 03 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.
48. سمير الشرقاوي، "التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري"، مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 05، 1997، ص 25.
49. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 225.
50. زروق نوال، "طرق الطعن في مواد التحكيم في إطار منازعات التجارة الدولية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2004، ص 4.
51. انظر:
- Ph.Fouchard, E.Gaillard, B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, p. 925.
52. زروق نوال، مرجع سابق، ص 72.

نظام تقييم أداء الموظف العمومي في التشريع الجزائري -بين الفعالية والقصور*-

SAMIHA Lakabi, Doctorante
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Sétif 02.

سميحة لعقابي طالبة دكتوراه
كلية الحقوق و العلوم السياسية،
جامعة سطيف 02.

ملخص

يلعب نظام تقييم الأداء دورا مهما في الحياة الإدارية، سواء للموظف بحد ذاته حيث يمكنه من معرفة مواطن القوة والضعف في أدائه، أو بالنسبة للإدارة؛ كونه يشكل أداة تسترشد بها في تسيير المسار المهني لموظفيها. وبذلك يمكن القول أنّ نظام تقييم الأداء يشكل حجر الزاوية في الوظيفة العمومية. إنّ هذه الأهمية، دفعت بالمشرع الجزائري إلى إقراره في القانون الأساسي للوظيفة العمومية وجعله محور المسار الوظيفي، بأن ربّ عليه أثارا غاية في الأهمية، كما أحاطه بضمانات قانونية من شأنها أن تضمن له الفعالية وتوجهه نحو تحقيق الأهداف المرجوة منه.

الكلمات المفتاحية

نظام التقييم، أداء الموظف، الوظيفة العمومية.

Evaluate the performance of a public official in the Algerian legislation system Between efficiency and Alqsour

Summary

The evaluation system of profitability plays an important role in administrative life, whether for the functionary, where it can evaluate his suitable and weakness points on his profitability, or for the administration, where it constitute an indicative support in order to managing the professional track of her functionaries.

So we can say that the evaluation system of profitability constitutes an angle stone in the public function.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 24/06/2014 وتمّ تحكيمه بتاريخ 08/09/2014 وقُبِلَ للنشر بتاريخ 10/11/2015.

The importance of this system, impules the Algerian legislature to fix it within the status concerning about the public function, and makes it the pivot of the professional track. Thus, it has been attached an important legal effects, and covers it with certain number of legal guaranties which can insure its effectiveness and guides it to attainment the define objectives.

Keywords

The evaluation system, profitability of functionary.

Le système d'évaluation du fonctionnaire en droit algérien : entre efficacité et ineffectivité

Résumé

Le système d'évaluation joue un rôle essentiel dans la vie administrative en ce qu'il interpelle, d'une part, le fonctionnaire lui-même de connaitre les points de force et de faiblesse dans l'exercice de sa fonction et, l'administration d'autre part, en ce qu'il constitue un moyen permettant une bonne gestion de la carrière professionnelle de ses employés.

L'importance de ce système a conduit le législateur de l'intégrer dans la loi portant statut général de la fonction publique en l'entourant d'une panoplie de garanties dans le but d'assurer son efficacité.

Mots clés

Système d'évaluation, fonctionnaire, fonction publique

مقدمة

ليست الوظيفة العمومية مجرد وسيلة قانونية لتنفيذ السياسة العامة للدولة وإنما هي معيار لمدى تقدمها وتطورها، وليس الموظف هو الذي يشغل المركز القانوني الذي يؤهله لأداء معين في نطاق تنفيذ هذه السياسة وإنما هو الممثل الحقيقي للدولة والمعبر عن إرادتها، فهي لا تعلق مكانة إلا بقدر كفاءته في تحقيق أهدافها.

إنّ هذا التلازم بين تقدم الدولة وكفاءة موظفيها، هو الذي يفسّر مدى حرص الأنظمة القانونية على اختلاف اتجاهاتها على متابعة عمل الموظف للتأكد من قدرته على القيام بأعباء وظيفته وحصر أوجه القصور في أدائه، للعمل على تفاديها. الأمر الذي يبرز الحاجة إلى إقرار نظام تقييم الأداء الوظيفي، لأنّ الجدارة أو الكفاية ليست شرطا لدخول الوظيفة فقط وإنما هي كذلك معيار للاستمرار فيها.

ويلعب نظام تقييم الأداء دورا مهما في الحياة الإدارية، سواء بالنسبة للموظف ذاته حيث يمكنه من معرفة مواطن القوة والضعف في أدائه أو بالنسبة للإدارة، كونه يشكل أداة تسترشد بها في تسيير المسار المهني لموظفيها.

إنّ هذه الأهمية البالغة لنظام تقييم الأداء الوظيفي، تدفعنا إلى التساؤل حول مدى فعالية نظام التقييم الذي أقرّه المشرع الجزائري وضمّاناته القانونية في تحقيق الأهداف المرجوة منه؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ودراسة الموضوع، نتطرق إلى تحديد مفهوم نظام تقييم الأداء (المبحث الأول)، نطاق التقييم وأثاره الوظيفية (المبحث الثاني) ثم ضماناته القانونية (المبحث الثالث).

المبحث الأول / مفهوم نظام تقييم الأداء

لبيان مفهوم نظام تقييم الأداء، نتعرض إلى تعريفه (المطلب الأول)، أهميته (المطلب الثاني) ثم إلى طبيعته القانونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول / تعريف نظام تقييم الأداء

تعددت التسميات التي أطلقت على نظام تقييم الأداء، فسي تقدير الكفاية، تقدير الأداء، قياس الأداء، تقرير الكفاية في حين أخذ المشرع الجزائري في الأمر رقم: 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية باصطلاح التقييم.

لم يعرف المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الوظيفية المقارنة نظام التقييم وإنما اكتفى بتحديد أحكامه وضوابطه وذلك في المواد من 97 إلى 103 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الأمر الذي دفع بالفقه إلى إعطاء تعريفات متعددة لعل أهمها وأوفاهها هو الذي يعرّف التقييم بأنه "تحليل وتقويم أداء الموظفين لعملهم ومسلكهم وتقدير مدى صلاحيتهم وكفاءتهم، في النهوض بأعباء الوظائف الحالية التي يشغلونها وتحملهم لمسؤولياتهم وإمكانيات تقلدّهم مناصب وأعمال ذات مستوى أعلى"¹.

من هذا التعريف يتضح أنّ نظام تقييم الأداء الوظيفي يركز على عنصرين:

الأول / أن تقييم أداء الموظف العمومي يتضمن تقديرا لعمله و سلوكه أو علاقاته بغيره من الموظفين.

الثاني / أن يتضمن التقييم تقديرا لمدى صلاحية وجدارة الموظف في النهوض بأعباء وظيفته الحالية، وبيانا لمدى قدرته على تولي وظائف ذات مستوى أعلى.

المطلب الثاني / أهمية نظام تقييم الأداء

إنّ نظام تقييم الأداء إذا ما أحسن وضعه على أسس موضوعية، من شأنه أن يمد الإدارة بمعلومات تمكنها من الاسترشاد بها في تسيير الشؤون الوظيفية. وعموما يستخدم التقييم لتحقيق الأهداف التالية:

1-تحديد مدى صلاحية الموظف الجديد، للتثبيت في الوظيفة بعد قضاءه فترة الاختبار المقدره قانوناً².

2-يعتبر نظام التقييم أداة مساعدة للكشف عن جوانب النشاط الوظيفي، التي تحتاج إلى تزويد الموظفين فيها بالتكوين والتدريب³.

3-يمكن نظام التقييم إذا ما قام على أسس موضوعية من تحديد الموظفين الجديرين بالمكافآت والحوافز المالية، مما يشكّل بدوره عامل حثّ على بذل الجهد وإتقان العمل.

4-تحديد الجديرين بالترقية، حيث تتجه معظم تشريعات التوظيف المعاصرة إلى الأخذ بنظام الترقية بالاختيار، الأمر الذي يصبح معه ضروريا وجود معيار موضوعي للمفاضلة بين الموظفين المتنافسين، ولعل أفضل المعايير في هذا الشأن هو الاعتماد على نتائج التقييم الدوري.

5-يمكن التقييم من تحديد صلاحية الموظف للبقاء في وظيفته أو ضرورة فصله منها إذا كشف التقدير عن ضعفه المزمّن في النهوض بأعباء وظيفته.

6-يعتبر نظام التقييم مؤشراً على إبراز مدى قدرة الرئيس الإداري على الإشراف والتوجيه، وفي نفس الوقت يعتبر وسيلة فعالة لتبصير الموظف بواقع حاله وإخطاره بمواطن القوة والضعف فيه بما يمكنه من إصلاح وتطوير أدائه.

المطلب الثالث / الطبيعة القانونية لقرار التقييم

أثارت تقارير التقييم نقاشاً فقهيًا واسعاً حول تكييفها وتحديد طبيعتها القانونية حيث نظر إليها في فرنسا في بداية الأمر على أنها إجراء من إجراءات التنظيم الداخلي للإدارة⁴، على اعتبار أن النقطة التي تمنح للموظف عند تقييم أدائه تعتبر مظهراً لممارسة السلطة الرئاسية. وبالتالي لا يمكن الطعن عليها قضائياً، وفي مرحلة لاحقة اعتبرت تقارير تقييم الأداء إجراء تحضيرياً يسبق اتخاذ القرار الإداري ومن ثم ليست لها قيمة القرار التنفيذي ولا مجال للطعن عليها أمام القضاء، كمرحلة أخيرة أضفى مجلس الدولة الفرنسي وصف القرار الإداري على تقارير تقييم الأداء الوظيفي، وسمح بالطعن عليها بالإلغاء مباشرة أمام القضاء وذلك في حكمه الصادر بتاريخ 1962/11/23 في قضية كامارا "camara"⁵.

وقد ترتب عن هذا الحكم قبول الطعن بالإلغاء مباشرة في التقدير الرقعي الممنوح للموظف، ثم توسّع المجلس وقضى لاحقا بقبول الطعن في التقدير العام وذلك في حكمه الصادر بتاريخ 1963/11/22 في قضية فانيس "vanesse"⁶.

وبالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، وبالنظر إلى أنّه رتب آثارا قانونية هامة على تقارير التقييم⁷، يمكن القول أنّه اعتبر تقرير التقييم قرارا إداريا نهائيا قابلا للطعن عليه مباشرة أمام القضاء. وعلى ذلك فإنّنا نختلف مع الرأي المخالف والقائل بأنّ قرار التقييم لا يعدّ قرارا نهائيا إلا بعد الفصل في التظلم المرفوع بشأنه من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء، حيث إذا فصل فيه بالرفض كان ذلك قرارا إداريا نهائيا قابلا لمخاصمته بدعوى الإلغاء⁸، وحثّتنا في ذلك ما يلي:

الأول/ أنّ المشرع جعل من اللجوء إلى التظلم أمرا جوازيا وتقديريا للموظف، وهو ما يفيد أنّ للموظف الخيار بين استعمال هذه المكنة أو الطعن مباشرة أمام القضاء. الثاني/ من المسلم به فقها وقضاء أنّ التظلم الإداري لا يرد إلا على القرارات النهائية التي لا تحتاج إلى تصديق أو تعقيب من جهة إدارية أخرى، وبالتالي فإنّ منح المشرع للموظف الحق في التظلم من تقديره الرقعي هو أمر يدعم ويؤيد صفة النهائية لقرار التقييم.

الثالث/ أنّ المشرع قصر سلطة اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المرفوع إليها التظلم على مجرد اقتراح مراجعة النقطة الممنوحة للموظف من السلطة الإدارية واضحة التقرير، أي أنّها لا تملك مكنة أو سلطة البت النهائي، وبالتالي يكون من غير المنطق القانوني تجريد قرار التقييم من صفة النهائية قبل التظلم فيه، لأنّ هذا القرار قد أحدث بذاته أثرا قانونيا دونما حاجة إلى التعقيب عليه من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء، وهو المقصود بصفة النهائية في القرار الإداري.

المبحث الثاني / نطاق نظام تقييم الأداء وآثاره: و نتناول بهذا الخصوص.

المطلب الأول / نطاق نظام تقييم الأداء

يتحدد نطاق قياس الأداء بأطرافه، محله وإطاره الزمني.

الفرع الأول / أطراف التقييم

إنّ أطراف عملية التقييم هم الموظف الخاضع لنظام التقييم من جهة، والسلطة الإدارية المختصة بإجرائه من جهة أخرى.

أولا / الموظفون الخاضعون لعملية التقييم

ثار نقاش في الفقه حول تعميم نظام تقييم الأداء الوظيفي، فذهب البعض إلى القول بوجوب إخضاع جميع الموظفين إلى هذا النظام مهما كانت رتبته في السلم الوظيفي لما يحققه من مزايا للإدارة وللموظف على حد سواء، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بضرورة استبعاد فئة من الموظفين من الخضوع لهذا النظام وهي فئة شاغلي الوظائف العليا⁹.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فقد أخضع جميع الموظفين لنظام تقييم الأداء حيث جاء النص عاما في هذا الشأن(المادة 97 من الأمر رقم 03/06).

وإذا كان هذا هو الأصل ، فإنّ هناك أحوالا يمتنع فيها إجراء التقييم ، ويكون ذلك في الحالات التي ينقطع فيها الموظف عن عمله لفترة معينة لأسباب خارجة عن إرادته¹⁰ ، كما هو الحال بالنسبة للموظف الموقوف خلال فترة الوقف¹¹ ، وكذلك الموظف الحاصل على إجازة مرضية والموظف المستدعى للقيام بالخدمة الوطنية¹² والموظف الذي تم إحالته على وضعية الاستيداع¹³ ، ومرد ذلك أنّ الهدف من التقييم هو تقدير مدى كفاية الموظف في القيام بعمله خلال فترة معينة وبالتالي يكون من البديهي امتناع التقييم في حال ثبوت الانقطاع عن العمل.

ثانيا/ السلطة المختصة بالتقييم

تنص المادة 100 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنّه "تعود سلطة التقييم والتقدير للسلطة السلمية المؤهلة..." إذن فقد جعل المشرع الجزائري من السلطة السلمية للموظف هي الجهة المنوط بها تقييمه باعتبارها الأقدر على تحديد مدى جدارته وكفايته في أداء عمله ومسلكه بحكم قربها منه واتصالها الدائم به، فمعيار التبعية الوظيفية هو المعول عليه لتحديد الجهة المختصة بوضع التقرير عن الموظف، وهنا نتساءل عن حكم الموظف المنتدب¹⁴ إلى إدارة عمومية أخرى؟.

يتنازع في هذه المسألة اعتباران أولهما، أنّ الندب لا يقطع علاقة الموظف بإدارته الأصلية وهنا وجب إعمال أصل أو قاعدة التبعية الوظيفية كميّار لتحديد الاختصاص بالتقييم، وثانيهما، أنّ الجهة المنتدب إليها الموظف هي الأقدر على تحديد مؤهلاته ومعاينة مدى كفايته في أداء عمله خلال فترة الندب بحكم قربها منه.

فصل المشرع الجزائري في هذه المسألة وأعطى الاختصاص بتقييم الموظف إلى الجهة الإدارية أو الهيئة التي انتدب إليها بموجب نص المادة 137 من الأمر رقم 03/06 وهو أمر صائب في رأينا ذلك أنّ التقييم ليس غاية في ذاته وإنّما هو وسيلة لغاية هي تحديد مدى جدارة الموظف في أداء عمله ومعاينة سلوكه وعلاقاته الوظيفية خلال فترة زمنية معينة، وهو أمر لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال عقد الاختصاص بوضع التقرير للجهة المنتدب إليها الموظف.

بالإضافة إلى حالة الندب، يمكن أن نطرح حالة أخرى هي حالة الموظف المنقول وفي رأينا أنّه في غياب النص الصريح المحدّد لهذه المسألة، يمكن قياس النقل على الندب ذلك أنّه إذا كان الندب يترتب عنه الاختصاص بالتقييم إلى الجهة المنتدب إليها الموظف رغم ثبوت استمرار علاقة الموظف بإدارته الأصلية قائمة، فإنّه من باب أولى أن يسري هذا الحكم على النقل مادام أنّه يتضمن تغييرا لجهة العمل بالنسبة للموظف وليس مجرد تركها لفترة مؤقتة¹⁵ يعود بعدها إليها كما في حالة الندب.

الفرع الثاني / محل التقييم

ينصب التقييم على مجموعة من العناصر أو المعايير الموضوعية تتمحور حول عنصرين أساسيين هما:

1- العمل الوظيفي بما يشمل من القدرة على الإلمام به وكمية الإنتاج وإتقانه والسرعة في انجازه.

2- الصفات الذاتية للموظف وهي خاصة بالمعاملة و المواظبة و الابتكار والقدرة على تحمل المسؤولية¹⁶.

وقد نصت المادة 99 من الأمر رقم 03/06 على أنّه "يرتكز تقييم الموظف على

معايير موضوعية تهدف على وجه الخصوص إلى تقدير:

*احترام الواجبات العامة والواجبات المنصوص عليها في القوانين الأساسية.

*الكفاءة المهنية.

*الفعالية والمردودية.

*كيفية الخدمة.

*يمكن أن تنص القوانين الأساسية الخاصة على معايير أخرى نظرا لخصوصيات بعض الأسلاك".

ما يعاب على هذا النص أنه أنكر أو أغفل عنصر الصفات الذاتية للموظف وركز فقط على عنصر العمل الوظيفي، غير أنّ ما قد يشفع له هو أنه أورد هذه العناصر على سبيل المثال فقط لا الحصر، من خلال استعمال عبارة "على الخصوص" كما أنه وضع الإطار العام فقط لهذه العناصر حيث تركت الفقرة الأخيرة منه للقوانين الأساسية الخاصة إمكانية وضع معايير أخرى حسب خصوصية الأسلاك.

الفرع الثالث / الإطار الزمني للتقييم

لم يحدّد المشرع الجزائري مدة معينة يتم من خلالها التقييم، وإنما نص في المادة 02/101 من الأمر رقم 03/06 على أن يتم التقييم بصفة دورية. وأكدت المادة 97 على أنّ التقييم يتم بصفة مستمرة ودورية.

و بذلك يكون المشرع قد ترك هذه المسألة إلى محض السلطة التقديرية للإدارة التي يقع عليها تحديد المدة التي يتم فيها التقييم في نظامها الداخلي أو قانونها الخاص¹⁷.

المطلب الثاني / آثار التقييم

اعتبرت تشريعات التوظيف المعاصرة التقييم هو محور المسار المهني للموظف فرتبت عليه آثارا بعضها ايجابي للموظف وبعضها الآخر سلبي، وذلك تبعا لارتفاع وانخفاض أدائه الوظيفي. وبدوره رتب المشرع الجزائري آثار قانونية هامة على نظام تقييم الأداء بموجب نص المادة 98 من الأمر رقم 03/06، وما يمكن ملاحظته بالنسبة لهذه الآثار أنّ جلّها نافعة.

الفرع الأول / الآثار الإيجابية للموظف

رتبت المادة 98 من الأمر رقم 03/06 جملة من الآثار النافعة للموظف تمس مزاياه المادية وتدرجه الوظيفي ومزاياه المعنوية وهي:
-الترقية في الدرجة.

-الترقية في الرتبة.

-منح امتيازات مرتبطة بالمردودية وتحسين الأداء.

-منح الأوسمة التشريعية والمكافآت.

ونوه هنا، إلى أنّ المشرع رتب هذه الآثار بشكل عام دون تمييز بين ما يترتب منها عند حصول الموظف على تقرير كفاية بدرجة ممتاز أو حصوله على تقرير كفاية بدرجة ضعيف¹⁸. ومرد ذلك في رأينا أنّ المشرع قد ترك هذه التفصيلات إلى مجال التنظيم حيث نصت المادة 103 من الأمر رقم 03/06 على أن تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذا الفصل (المتضمن التقييم) عن طريق التنظيم.

الفرع الثاني / الآثار السلبية للموظف

لم ينص المشرع الجزائري على آثار سلبية مرتبطة بعملية التقييم، سواء على مزاياه المادية أو على تدرجه الوظيفي أو على علاقته الوظيفية على خلاف بعض التشريعات المقارنة¹⁹.

و الحقيقة أنّ المشرع لم ينص على هذه الآثار الضارة للموظف وبخاصة على علاقته الوظيفية، كنتيجة تبعية لعدم نصه على التسريح لعدم الكفاءة المهنية ضمن حالات انتهاء المهام المنصوص عليها في المادة 216 من الأمر رقم 03/06. وهو أمر منتقد في رأينا لأنه لعدم الحكمة من وراء اعتماد نظام تقييم الأداء، ذلك أنّ هذا النظام كما سبق القول يهدف إلى تثمين الموظف المجتهد في عمله ومجازاته باجتهاده و في نفس الوقت تبصير الموظف المقصر ومجازاته بتقصيره، وهو أمر تجمع عليه كافة التشريعات والأنظمة القضائية المقارنة.

المبحث الثالث / ضمانات نظام تقييم الأداء

إزاء الأهمية المسلم بها لنظام تقييم الأداء الوظيفي في الحياة الإدارية، بالنظر إلى خضوعه لسلطة الإدارة التقديرية، فقد وضعت التشريعات الوظيفية المقارنة جملة من الضمانات القانونية من شأنها أن تضمن له الموضوعية. يمكن ردها إلى ضمانات إدارية وأخرى قضائية.

المطلب الأول / الضمانات الإدارية لنظام تقييم الأداء

و يمكن إجمالها فيما يلي:

الفرع الأول / إبلاغ الموظف العام بقرار تقييمه

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ علانية تقرير الكفاية، حيث أوجبت المادة 102 من الأمر رقم: 03/06 تبليغ الموظف بنقطة التقييم الممنوحة له، دون التقدير العام أو الملاحظة العامة التي يحكمها مبدأ السرية.

غير أنّ ما يعاب على نص هذه المادة أنّها لم توضح كيفيات هذا التبليغ²⁰، وكذلك الجزء المترتب على إغفاله، كما يعاب عليها قصر حق الموظف على الإطلاع فقط على التقدير الرقي دون التقدير العام، وهو ما يحدّ من فعالية الحماية الإدارية للموظف العام أثناء تقييمه على خلاف بعض الأنظمة القانونية المقارنة، حيث أعطى المشرع الفرنسي في ظل الأمر الصادر في 14/02/1959 الحق للموظف في الإطلاع على التقدير الرقي وإنّ عدم إطلاعه يؤدي إلى بطلان التقرير، أما بالنسبة للتقدير فإنّ جهة الإدارة ليست ملزمة بإخطار الموظف به إلّا إذا طلبه من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء ففي هذه الحالة تلتزم الإدارة بإبلاغه بالتقدير العام²¹.

الفرع الثاني / إمكانية التظلم من التقييم

أعطى المشرع الحق للموظف بعد إبلاغه بنقطة التقييم الممنوحة له، في أن يتظلم منها أمام اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة، هذه الأخيرة يمكنها اقتراح مراجعتها (المادة 102 من الأمر رقم 03/06). ما يمكن ملاحظته بالنسبة لهذه الضمانة ما يلي:

* أنّ المشرع حصر الجهة التي يقدم إليها التظلم في اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء دون الموظف القائم بعملية التقييم (التظلم الولائي) والجهة الرئاسية له (التظلم الرئاسي)، وفي اعتقادنا فإنّ تفسير المادة لا يجب أن يتوقف عند معناها الحرفي فقط وإنّما يتعداه إلى روحها ومقصدتها، حيث اقتصر المشرع على ذكر اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء فقط، لأنّ التظلم الولائي والرئاسي هي مسائل أصبحت من المبادئ العامة في القانون الإداري والوظيفة العمومية، وبالتالي يعمل بها بدون الحاجة إلى نص يقرها.

* أنّ حق التظلم يقتصر فقط على التقدير الرقي (نقطة التقييم)، دون التقدير العام الرقي فبالتبعية لا يحق له سوى التظلم من هذا التقدير.

*أنّ المشرع لم يوضح المدة التي يجب تقديم التظلم خلالها ولا المدة التي يجب على اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء أن تبت في التظلم خلالها. وهو أمر غير مبرر في تقديرنا، وإن كان من شغل الاستعانة بالقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية الإدارية أن يخفّف من حدّة الوضع²².

*أنّ المشرع جعل التظلم جوازيًا، أي أنّ الموظف له الخيار بين التظلم من تقرير كفايته أمام اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء أو أن يطعن فيه بالإلغاء مباشرة أمام القضاء الإداري.

*أنّ المشرع جعل دور اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء في التقييم دورا سلبيا فلم يخولها أي صلاحية لا في مرحلة وضع التقرير ولا في مرحلة نهائيته، وكل ما منحها هو حق اقتراح مراجعة النقطة المتظلم منها (دون التقدير العام) من السلطة الإدارية المختصة بوضع التقرير. وهو أمر من شأنه أن يقلل إن لم نقل يعدم الحكمة من إقرار فكرة التظلم لجهة يفترض فيها الحياد.

الفرع الثالث / تسبب قرار التقييم

نشير بداية إلى أنّ التسبب يختلف عن عنصر السبب في القرار الإداري، هذا الأخير يقصد به الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع الإدارة إلى إصدار قرار ما بشأن تلك الحالة، بينما التسبب فهو بسط لأسباب القرار الإداري، ومن ثم فهو يندرج ضمن عنصر الشكل والإجراءات في القرار الإداري. ويترتب على ذلك أنّ القرار الإداري يوصم بعدم المشروعية إذا افتقد لعنصر السبب بينما التسبب كإجراء شكلي، فإنّه لا يكون لازما إلا حيث يوجبه القانون.

و لم ينص المشرع الجزائري في الأمر رقم 03/06 على وجوب تسبب قرار التقييم على خلاف بعض التشريعات المقارنة كالمشرع الكويتي الذي أوجب تسبب قرار تقييم الموظف لدى منحه مرتبة ممتاز أو ضعيف فقط²³.

و يوقّر التسبب ضمانا جوهرية للموظف توفر له الطمأنينة، كما يوقّر للقضاء رقابة فعالة لمشروعية قرار التقييم لما له من آثار قانونية على المسار المهني للموظفين لذلك نهيب بالمشرع إقرار هذه الضمانة في القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية أو على الأقل في النصوص التنظيمية التي ستصدر لتحديد كفاءات تطبيق هذا القانون²⁴.

المطلب الثاني / الضمانات القضائية لنظام تقييم الأداء

لما كان قرار التقييم من القرارات الخطيرة التي قد تمس الموظف في مركزه القانوني، فإنه يتعين خضوعه للرقابة القضائية باعتبارها الأكثر فعالية بحكم ممارستها من جهة محايدة ومستقلة. وتنقسم الرقابة القضائية على قرارات التقييم إلى رقابة الإلغاء ورقابة التعويض.

الفرع الأول / رقابة الإلغاء على قرار التقييم

لما كانت قرارات التقييم تخضع لسلطة الإدارة التقديرية ومن صميم اختصاصها فالأصل أنه لا تعقيب للقضاء الإداري على هذه القرارات متى استوفت عناصرها القانونية. إلا إذا قام الدليل على إساءة استعمال السلطة من الجهة الإدارية. وعليه، فإن رقابة مشروعية قرار التقييم تجد مداها وحدودها في رقابة ركن السبب وركن الغاية في هذا القرار، حيث يجب أن يبني التقدير على أسباب صحيحة ومؤدية إلى النتيجة التي انتهى إليها، وألا يكون مشوباً بإساءة استعمال السلطة.

وبالنسبة لميعاد رفع دعوى الإلغاء، فإنه مع التسليم بأن المشرع الجزائري قد اعتبر قرار التقييم قراراً نهائياً بصدوره من السلطة المختصة بوضعه دون تعليق نهائيته على البت في التظلم المرفوع من جانبه إلى اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء، ومع التسليم بأن ميعاد رفع التظلم وأجال البت فيه يخضع للقواعد العامة الواردة في المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن ميعاد رفع دعوى الإلغاء هو أربعة أشهر من تاريخ تبليغ قرار التقييم أو شهرين من تاريخ تبليغ قرار الرضح الصريح للتظلم أو فوات ميعاد الشهرين الممنوح للجنة للبت في التظلم.²⁵

ثانياً / رقابة التعويض عن أضرار قرار التقييم

خول مجلس الدولة الفرنسي للموظف الموضوع عنه قرار تقييم، الحق في طلب التعويض إذا ما ارتكب في حقه خطأً بمناسبة هذا التقييم.

غير أن الحق في التعويض ليس مطلقاً ولا يدور وجوداً وعدمًا مع الإلغاء، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر أن القضاء بإلغاء التقرير لعدم المشروعية وبالتبعية بطلان ما ترتب عليه من آثار، يشكل التعويض الكافي لصاحب الشأن ولا

وجه لطلب التعويض بعد ذلك من المسؤول عن الخطأ إلا إذا كان متعمدا
الإساءة والتشهير²⁶.

خاتمة

لا جدال اليوم في أنّ نظام تقييم الأداء بات يشكّل حجر الزاوية في الوظيفة العمومية، مما دفع بالمشروع الجزائري إلى إقراره في القانون الأساسي للوظيفة العمومية وجعله محور المسار المهني للموظف العمومي، بأن رتب عليه آثارا غاية في الأهمية، كما أحاطه بضمانات قانونية من شأنها أن تضمن له الفعالية وتوجهه نحو تحقيق الأهداف المرجوة منه على أكمل وجه.

وقد تم من خلال هذه الدراسة الركون إلى جملة من النتائج، ثم تدعيمها ببعض الاقتراحات نوجزها فيما يلي:

النتائج

1- أنّ المشروع في تحديده للطبيعة القانونية لقرار التقييم لم يكن حاسما، مما فتح المجال للتأويل حول مسألة يفترض فيها الثقة والوضوح كونها تتعلق بأهم ضمانات لنظام التقييم وهي رقابة المشروعية عليه.

2- أحسن المشروع عندما وسّع من نطاق التقييم بأن أخضع له جميع الموظفين على اختلاف درجاتهم الوظيفية ولم يستبعد منه شاغلي الوظائف العليا.

3- كفل المشروع عدة ضمانات إدارية من شأنها أن تجعل نظام التقييم نظاما موضوعيا بعيدا عن الذاتية، وإن لحقها بعض النقص والقصور يتجلى خاصة في حرمان الموظف من الإطلاع على تقديره العام، وكذا عدم اشتراطه صراحة تسبب قرار التقييم بالإضافة إلى تحجيم دور اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء بأن قصر سلطتها على مجرد اقتراح مراجعة النقطة المتظلم منها فقط.

التوصيات

1- ضرورة الفصل في الطبيعة القانونية لقرار التقييم بوضوح لسد باب التفسير والتأويل.

2- منح الموظف الحق في الإطلاع على تقديره العام إذا ما أراد ذلك مع تقييده بتقديم طلب بذلك إلى اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء.

- 3- ضرورة النص على وجوب تسبب قرار التقييم من جانب الإدارة كونه ضماناً تخدم كلا من الموظف والإدارة والقاضي.
- 4- توسيع سلطة اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء بتحويلها مكنة مراجعة النقطة المتظلم منها بصفة نهائية، وذلك بالنظر إلى أنها الجهة التي يطمئن إليها الموظف كونه ممثلاً فيها من جهة، واتصافها بطابع الحياد من جهة أخرى.
- 5- تحديد مدة التظلم من قرار التقييم وميعاد الطعن القضائي عليه، وعدم اخضاعها للقواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مراعاة لخصوصية موضوع الوظيفة العمومية ونظام تقييم الأداء.

الهوامش

1. أنور أحمد رسلان، تقارير الكفاية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص. 21.
2. أخذ المشرع الجزائري بنظام فترة الاختبار تحت مسمى التربص لتحديد صلاحية الموظف لتولي الوظيفة المعين فيها قبل ترسيمه (المادة 83 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية).
3. نجاة بن ديدة، "تقارير الكفاية في قواعد الوظيفة العامة الجزائرية"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة العدد: 39، 2010، ص. 10.
4. G. Vedel. Droit administratif, 1973, p.179.
5. A. DE Laubadère , Traité de droit administratif, L.G.D.J., Paris, 1980, p.68.
6. أنور أحمد أرسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص. 453.
7. المادة 98 من الأمر رقم: 03/06، سالف الذكر.
8. نجاة بن ديدة، مرجع سابق، ص. 12.
9. لمزيد من التفاصيل، انظر: أنور أحمد رسلان، تقارير الكفاية، مرجع سابق، ص. 65-67. وأيضاً: J. M. DE FORGES, Droit de la fonction publique, P.U.R.E, Paris, 1992, p.215.
10. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 1991، ص. 55.
11. يوقف الموظف عن عمله بإجراء احترازي وقائي إذا ما ارتكب خطأ جسيماً يمكن أن يؤدي إلى عقوبة من الدرجة الرابعة (المادة 173 من الأمر رقم 03/06)، أو إذا كان محل متابعة جزائية لا تسمح ببقائه في منصبه (المادة 174 من الأمر رقم 03/06).
12. يوضع الموظف المستدعى بالقيام بالخدمة الوطنية في وضعية خاصة تسمى وضعية الخدمة الوطنية (أنظر المادة 154 من الأمر رقم 03/06).
13. حيث يترتب على وضعية الاستداع إيقاف مؤقت لعلاقة العمل (المادة 145 من الأمر رقم 03/06).
14. عرفت المادة 133 من الأمر رقم 03/06 الانتداب بأنه حالة الموظف الذي يوضع خارج سلكه الأصلي و/أو إدارته الأصلية مع مواصلة استفادته في هذا السلك من حقوقه في الأقدمية وفي الترقية في الدرجات وفي التقاعد في المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها.

15. حددت المادة 136 من الأمر رقم 03/06 مدة النذب بـ6 أشهر كمدة دنيا و 5 سنوات كمدة قصوى.
16. حمدي أمين عبد الهادي، "تقويم الأداء"، مجلة العلوم الإدارية، العدد: 03، 1965، ص.147.
17. في ظل المرسوم رقم 149/66 أخذ المشرع بمبدأ سنوية التقييم (المادة 02 منه). وكذلك الحال في المرسوم رقم: 59/85(المادة 84 منه).
18. نجاة بن ديدة، مرجع سابق، ص.21.
19. أقر المشرع المصري مثلا، إنهاء خدمة الموظف الذي يحصل على تقريرين سنويين متتالين بمرتبة ضعيف. أنظر: محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص.406.
20. خلافا للأمر رقم: 03/06، ألزمت المادة 85 من المرسوم رقم: 59/85 والمادة 03 من المرسوم 66 رقم: 149/الإدارة بتبليغ مذكرة التنقيط للموظف الذي يجب عليه توقيعها وألزمت رئيس المصلحة بالقيام بهذه المهمة.
21. محمد إبراهيم الدسوقي علي، حماية الموظف العام إداريا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص.234.
22. نص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
23. سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2007.
24. إن إقرار مبدأ التسبب في النصوص التنظيمية هي مسألة محل نظر، ذلك أن المبدأ هو أن النص التنظيمي لا يملك أي إضافة أو تعديل في النص التشريعي، ومع ذلك لا مانع من إدراج مثل هذا النص ليكون استرشاديا وله على الأقل إلزام أدبي لجهة الإدارة.
25. المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
26. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص.479.

علاقة المستفيد من السكن بالمؤسسة العقارية قبل إبرام العقد التوثيقي*

SRAICHE Zakaria, M A "A"
Département de droit privé,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie

سرايش زكريا أستاذ مساعد قسم "أ"
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

يستهدف موضوع المقال، إيجاد تكييف للعلاقة التي تربط طالب شراء السكن بالمؤسسة العقارية العمومية أو الخاصة، التي تعرض السكنات للبيع، بعد إعلان قبولها البيع، وقبل إفراغ عقد البيع في شكل رسمي.

المرحلة الأولى من الموضوع، تتناول الشروط التي ينبغي توفرها لوصف العلاقة القائمة بين المستفيد والمؤسسة العقارية بالعلاقة العقدية، وتتمثل هذه الشروط في توفر الأركان العامة للعقد، يلي ذلك تناول آثار وصف العلاقة بالعقدية.

المرحلة الثانية من الموضوع، تتناول الشروط التي من خلالها يمكن اعتبار المؤسسة العقارية ملتزمة نحو المستفيد على أساس الإرادة المنفردة، وبعد ذلك يتم التطرق إلى آثار اعتبار العلاقة بين الطرفين قائمة على الإرادة المنفردة.

الكلمات الدالة

المؤسسة العقارية، السكن الترقوي، العقد التوثيقي، المستفيد، الترقية العقارية القواعد العامة، التنفيذ العيني، المطالبة بالتعويض، الفسخ، الإرادة المنفردة، الإيجاب الملزم، المحافظة العقارية، البيع على التصاميم، شكل رسمي، عيوب الرضا، غرامة تهديدية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/09/21 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2014/10/12 وقُبِلَ للنَّشر بتاريخ 2015/11/10.

Beneficiary relationship of the institution housing estate before editing the documentary decade

Abstract

The article deals with the subject of the relationship between the beneficiary of the housing benefited after the announcement and before editing the contract in the official form where the article aims to determine the relationship in sigh calm stage.

The first phase of the article has been allocated to the state in which the state be modal status so that it is addressed to the terms of character and give calmly effects meter.

The second phase of the article has been allocated to the case in which the relationship be based on the will of the individual so that it is addressed to the terms of this topic by the situation and the implication for begotten.

Key words

Enterprise real estate-documentary decade conclusion sale upon the design-atid ways compensation- cram doing.

La relation entre le bénéficière du logement et l'établissement immobilier avant l'établissement du contrat notarié

Résumé

L'objet de l'article aborde la relation entre le bénéficière du logement, et l'établissement immobilier, avant l'établissement du contrat notarié.

La première étape de l'article, comporte les conditions qui considèrent la relation à caractère contractuel, en considérant les effets sur le plan des droits du bénéficière.

La deuxième étape de l'article, englobe les conditions de la source de la relation comme un acte juridique unilatéral, tout en considérant les effets sur le plan des moyens dont dispose le bénéficière.

Mots clés

L'établissement immobilier- contrat notarié-Contrat de vente sur plans-promotion immobilière -l'exécution en nature-l'exécution par équivalent.

مقدمة

تسعى مختلف المؤسسات العارضة لبرامج السكن الترقوي، إلى إثبات استفادة الشخص من السكن عن طريق وثائق إدارية، تتخذ تارة شكل قرارات إدارية، وتارة أخرى شكل أوامر بدفع مبلغ معين خلال أجل معين، ولقد درجت على هذا النمط بالخصوص، المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري.

باعتبار القرارات الإدارية المشار إليها أعلاه، لا ترقى إلى مرتبة المحرر الرسمي المكوّن لعنصر الشكل¹، والذي يختص به الموثق، فإنّ هذه الطريقة في التعاطي مع المستفيدين

من السكن، أصبحت وسيلة للتعسف في بعض الأحيان، حينما تتراجع المؤسسة العقارية عن الاستفادة الممنوحة، بدعوى أنه لا توجد علاقة عقدية تلزمها نحو المستفيد، ما دام ركن الشكل غير متوفر والمتمثل في العقد التوثيقي، وهو الأمر الذي فتح المجال لمنازعات عديدة، تشهد عليها أروقة المحاكم.

نتيجة لما سبق، فإنّ موضوعنا يأتي مستهدفاً للإجابة على السؤال التالي: ما هو التكييف القانوني للعلاقة التي تربط المستفيد من السكن الترقوي بالمؤسسة العقارية بعد إعلان الاستفادة وقبل تحرير العقد التوثيقي؟

للإجابة على هذا السؤال، تقرر تقسيم الموضوع إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: التكييف العقدي لعلاقة المستفيد بالمؤسسة العقارية

المبحث الثاني: التزام المؤسسة العقارية قائم على الإرادة المنفردة.

المبحث الأول/التكييف العقدي لعلاقة المستفيد بالمؤسسة العقارية

يشمل هذا المبحث الإطار القانوني، الذي من خلاله يمكن تكييف العلاقة التي تربط المستفيد من السكن الترقوي بالمؤسسة العقارية بأنها علاقة عقدية، وتكون بداية دراسة هذا المبحث بتناول الشروط الواجب توفرها في العلاقة لاكتسابها الصفة العقدية (المطلب الأول)، يلي ذلك الآثار المترتبة على ثبوت الصفة العقدية للعلاقة (المطلب الثاني).

المطلب الأول/شروط التكييف العقدي لعلاقة المستفيد بالمؤسسة العقارية

يشمل هذا المطلب، الشروط الواجب توفرها، لاعتبار العلاقة القائمة بين المستفيد والمؤسسة العقارية هي علاقة عقدية، وذلك في المرحلة السابقة على تحرير العقد التوثيقي، حيث يتعيّن توفر الأركان العامة للعقد، ونكتفي بدراسة التراضي، لتكون البداية مع وجود التراضي (الفرع الأول)، يلي ذلك تناول صحة التراضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول/وجود التراضي

لم ينص القانون رقم 04.11² المحدّد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية على وصف علاقة المستفيد بالمؤسسة العقارية قبل تحرير العقد التوثيقي، بل حدّد فقط معنى الترقية العقارية واعتبار المتعامل فيها تاجراً، مع وضع قواعد تنظم عقد حفظ

الحق و بيع السكن غير الجاهز، في إطار عقد البيع على التصاميم(المواد 28.27.4 من القانون سابق الذكر).

نحو ما سبق، فإنّه لابد من اللجوء إلى القواعد العامة لتكييف العلاقة القائمة بين المستفيد والمؤسسة العقارية. ولكي توصف هذه العلاقة بالعقدية وجب توفر التراضي، وهذا الأخير هو تطابق إرادتين على إنشاء الالتزام، مع الإشارة إلى أنّ هناك من يفرّق بين التراضي في العقد والتراضي في الاتفاق حيث يكون في هذا الأخير أوسع من إنشاء الالتزام بحيث يتعداه إلى التراضي على إنهاء الالتزام أو تعديله.

لكي تعتبر العلاقة بين المستفيد من السكن الترقوي والمؤسسة العقارية علاقة عقدية، في المرحلة السابقة على تحرير العقد التوثيقي، وجب تحقّق ما يدلّ على وجود إرادتين لا إرادة واحدة التزمت بشكل إنفرادي. ويتحقّق التراضي من الناحية العملية، بعد دعوة إلى التعاقد صادرة من المؤسسة العقارية. وتتخذ الدعوة إلى التعاقد شكل إعلان عن برنامج سكني، يتضمن أجلا لإيداع طلب مع ملف يهدف دراسته من قبل المؤسسة العقارية.

إذا كان الإعلان المشار إليه سابقا، قد حدّد شروط قبول الطلب بدقة، فهنا لا يكون الإعلان مجرد دعوة إلى التعاقد، بل يعتبر عرضا كاملا وجامزا³، وبذلك يعتبر إيجابا صادرا عن المؤسسة العقارية، بحيث تصبح المؤسسة العقارية ملزمة بشكل تلقائي تجاه من أودع الملف وتوفرت فيه الشروط.

إنّ الحالة التي تعيننا، هي تلك التي يكون فيها الإعلان غير محدد لشروط قبول الملف بدقة، بل يتضمّن فقط دعوة إلى إيداع ملفات لغاية دراستها⁴، بحيث يكون الطلب المقدم من قبل الشخص هو الإيجاب، ويتحقّق قبول المؤسسة العقارية، بإعلانها لقائمة الأشخاص المدعويين إلى استكمال إجراءات الدفع والتسوية تمهيدا، لتسليم قرار الاستفادة، ويكون ذلك في شكل إعلان يوضع في لوحة إعلانات المؤسسة العقارية، أو في الجهة التي تحددها المؤسسة العقارية لإعلان الأشخاص المأخوذين بعين الاعتبار، وقد يكون قبول المؤسسة للطلب موجها مباشرة إلى عنوان الشخص المعني، بتحقّق هذا الوضع يتحقّق التراضي، ومن ثم يظهر العقد إلى الوجود.

إنّ العقد الذي يتحقّق بين المستفيد والمؤسسة العقارية، على النحو الذي عرفناه، هو عقد مضمونه التزامات متبادلة بتحرير عقد بيع في شكل رسمي، ونجد أنّ المحكمة العليا قد أكّدت على أنّ العلاقة القائمة بين المستفيد والمؤسسة العقارية هي علاقة عقدية، ترتّب التزامات شخصية رغم أنّها لا تؤدي إلى نقل الملكية⁵.

إذا وقع نزاع بين المستفيد والمؤسسة العقارية، تعيّن على المستفيد إثبات وجود العقد وفقا للقواعد العامة، ويجب في جميع الحالات تقديم دليل كتابي، إذ أنّ محلّ التزام المؤسسة العقارية هو القيام بعمل يصعب من الناحية العملية تقدير قيمته⁶، ومن ثمّ فإنّه في رأي الخاص تصرف غير محدّد القيمة، وجب إثباته بالكتابة، ويتحقّق الإثبات بتقديم المستفيد للأمر بالدفع، أو تقديم نسخة عن قائمة الأشخاص المعلن عن قبول ملفاتهم، إذ تعتبر هذه القائمة ورقة عرفية مادامت مختومة من المؤسسة.

الفرع الثاني / صحة التراضي

تتحقّق صحة التراضي بكون المؤسسة مؤهلة قانونا للقيام بالمشاريع السكنية، ومن ثمّ إذا كان نظامها الأساسي لا يسمح بإنجاز نمط معين من السكن، فإنّ المؤسسة لا تكون أهلا لإنجاز هذه المشاريع⁷، كما يتعيّن أن يكون المستفيد متمتعا بأهلية كاملة باعتبار العقد دائرا بين النفع والضرر.

تطبيقا للقواعد العامة، يتعيّن أيضا خلو إرادة الطرفين من عيوب الرضا، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، ومن ثمّ يكون العقد قابلا للإبطال إذا وقع المستفيد في غلط جوهري دفعه إلى التعاقد⁸، كأن يعتقد بأنّ المنطقة المراد إقامة المشروع عليه آمنة فيتبيّن له عكس ذلك.

باعتبار البطلان المشار إليه سابقا بطلانا نسبيا فإنّ التمسك به يقتصر على من شاب إرادته عيب من الطرفين، ويجب احترام الأجل المحدّد لرفع الدعوى بحسب العيب الموجود، ويجوز التنازل عن الحق في طلب الإبطال بالإجازة سواء كانت الإجازة صريحة أم ضمنية⁹.

لا يلزم لقيام العقد بين المستفيد والمؤسسة العقارية إفراغه في شكل رسمي، لأنّه من جهة لا ينشئ مباشرة حقا عقاريا¹⁰ بل التزام فقط بعمل، ومن جهة أخرى ليس وعدا

بالببيع¹¹، باعتبار أنّ المؤسسة لا تمهل طالب السكن أجلا لإبداء رغبته، فرغبته باتة منذ البداية، ومن ثم لا يعتبر من العقود الشكلية المحددة على سبيل الحصر في القانون، بل هو عقد يرتّب منذ تحقّقه التزاما على عاتق الطرفين بإبرام عقد توثيقي مرتّب لالتزام بنقل الملكية.

المطلب الثاني / أثار التكييف العقدي لعلاقة المستفيد بالمؤسسة العقارية

نعالج في هذا المطلب، النتائج القانونية المترتبة على اعتبار العلاقة القائمة بين المستفيد والمؤسسة العقارية علاقة عقدية، تكون بداية دراسة هذا المطلب بتناول حق المستفيد في المطالبة بالتنفيذ العيني (الفرع الأول)، يلي ذلك حق المستفيد في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول / أحقية المستفيد في المطالبة بالتنفيذ العيني

إذا كان السكن جاهزا، فإنّ المستفيد يحق له المطالبة بالتنفيذ العيني، بإعذار المؤسسة على وجوب تحرير عقد بيع لشيء قائم في شكل رسمي عند الموثق¹²، يتم شهره على مستوى المحافظة العقارية، فإذا امتنعت الإدارة عن ذلك جاز للمستفيد اللجوء إلى القضاء وفرض غرامة تهديدية¹³ على المؤسسة العقارية، كما يمكن للمستفيد أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد، ليتم بعد ذلك شهر الحكم على مستوى المحافظة العقارية وبذلك تنتقل الملكية¹⁴.

أما إذا كان السكن غير جاهز، فإنّه بإمكان المستفيد إتباع نفس الخطوات المشار إليها أعلاه من أجل جبر المؤسسة العقارية على تحرير عقد بيع بناء على التصاميم، وفق ما نص عليه القانون 04.11 المنظم لنشاط الترقية العقارية.

الفرع الثاني / أحقية المستفيد في المطالبة بالتعويض

يشكّل امتناع المؤسسة العقارية عن السعي إلى تحرير العقد التوثيقي خطأ عقديا يستتبع قيام المسؤولية العقدية¹⁵، ومن ثم أمكن للمستفيد أن يطالب بالتعويض لجبر ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب، سواء كان التعويض عن التأخر في التنفيذ أو التعويض عن عدم التنفيذ، ويتم التعويض عن الضرر المتوقع فقط¹⁶، ويمكن للمؤسسة العقارية التخلص من تبعات التعويض بإثبات السبب الأجنبي.

تطبيقاً للقواعد العامة أيضاً، يمكن للمستفيد من السكن أن يطالب بالنسخ مع التعويض¹⁷، وذلك باعتبار أنّ العقد القائم بين الطرفين عقد ملزم للجانبين، إذ يلزم كلا الطرفين بتحرير العقد التوثيقي.

المبحث الثاني / التزام المؤسسة العقارية قائم على الإرادة المنفردة

يشمل هذا المبحث الإطار القانوني الذي من خلاله يتم تكييف علاقة المستفيد بالمؤسسة العقارية، على أساس التزام انفرادي في جانب المؤسسة العقارية، وتكون بداية دراسة هذا المبحث بالتعرض إلى الشروط الواجب توفرها لتحقيق الالتزام بالإرادة المنفردة من جانب المؤسسة العقارية (المطلب الأول)، يلي ذلك الآثار المترتبة على التزام المؤسسة العقارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول / شروط تكييف التزام المؤسسة العقارية على أساس الإرادة المنفردة

يشمل هذا المطلب الشروط الواجب توفرها لاعتبار التزام المؤسسة العقارية نحو المستفيد هو التزام مصدره الإرادة المنفردة، تكون بداية دراسة هذا المطلب بالتعرض إلى الشرط الأول وهو وجود عرض مقترن بمدة (الفرع الأول)، يلي ذلك التعرض إلى الشرط الثاني وهو احترام طالب السكن للشروط المحددة في العرض (الفرع الثاني).

الفرع الأول / وجود عرض من المؤسسة العقارية مقترن بمدة

تلجأ المؤسسات العقارية في بعض الأحيان إلى وضع إعلانات لمشاريع السكن الترقوي، تتضمن شروط بيع المسكن بدقة، بحيث يفهم من الإعلان بأنّ من تتوفر فيه الشروط يصبح صاحب حق في إبرام البيع لصالحه.

يكون الإعلان المشار إليه أعلاه شاملاً لعناصر الملف الواجب تقديمه مع تحديد شروط أخرى تجعل الملف يحظى بالقبول، كما يشمل الإعلان مدة يتعين إيداع الملف خلالها، وتطبيقاً للقواعد العامة يعتبر هذا الإعلان بمثابة إيجاب ملزم، وهو أحد صور الالتزام بإرادة منفردة¹⁸.

إنّ صفة الإيجاب الملزم لا تتحقق في الإعلان، إذا كان هذا الأخير لم يحدّد فيه شروط قبول الملف بدقة وفسح المجال إلى دراسة الملفات من قبل لجنة معينة، حيث يكون قرار القبول من اختصاصها لوحدها، وفي هذه الحالة يكون مضمون الإعلان مجرد دعوة إلى التعاقد لا يمكن من خلالها إلزام المؤسسة العقارية بشيء، غير أنّ مودع

الملف إذا رفض ملفه دون سبب جدي وتضرر من ذلك، جاز له الرجوع بقواعد المسؤولية التقصيرية¹⁹.

الفرع الثاني / احترام طالب السكن للشروط المعلن عنها

يجب على طالب السكن أن يحترم الشروط المعلن عنها من طرف المؤسسة العقارية حتى يكتسب صفة مستفيد، ومن ثم يمكن له إلزامها بتحرير العقد التوثيقي فيما بعد، ونحو ذلك وجب عليه إعداد ملف كما تم تحديده في الإعلان وإيداعه في الأجل المحدد.

في حالة عدم احترام طالب السكن لعناصر الملف المحدد في إعلان المؤسسة العقارية، أو عدم احترامه لأجل إيداع الملف، فلا يمكن له مطالبة المؤسسة بتحرير العقد التوثيقي، إذ أنّ الإيجاب موجه لمن توفرت فيهم الشروط دون غيرهم.

يمكن القول أنّ تقديم طالب السكن لملف فيه مناقضة للشروط المعلن عنها أو فيه وثائق ناقصة، هو بمثابة رد معدل للإيجاب وبالتالي يعتبر إيجابا جديدا لا إعلان قبول، ونحو ذلك يعتبر بمثابة رفض للعرض المعلن عنه من قبل المؤسسة العقارية²⁰.

المطلب الثاني / آثار تكييف التزام المؤسسة العقارية على أساس الإرادة المنفردة

يشمل هذا المطلب دراسة النتائج المترتبة على اعتبار العرض الصادر من المؤسسة العقارية بمثابة إيجاب ملزم، تكون بداية دراسة هذا المطلب بالتطرق الى التزام المؤسسة العقارية بالبقاء على عرضها طيلة المدة المحددة في الإعلان (الفرع الأول)، يلي ذلك التزام المؤسسة العقارية بتحرير العقد التوثيقي الخاص بالسكن (الفرع الثاني).

الفرع الأول / التزام المؤسسة العقارية بالبقاء على عرضها طيلة المدة المحددة

من آثار الإيجاب الملزم بقاء الموجب على إيجابه طيلة المدة المحددة لإعلان القبول²¹، ونحو ذلك لا يجوز للمؤسسة أن تتراجع عن المدة المحددة (المادة 63 من القانون المدني الجزائري)، ومن ثم إذ تقدم شخص توفرت فيه الشروط التزمت المؤسسة نحوه على أساس الإيجاب الملزم، بحيث يكون مصدر التزامها بالسعي إلى تحرير العقد التوثيقي ليس مصدره العقد كما تناولنا في المبحث الأول وإتّما الإرادة المنفردة²².

إنّ المؤسسة العقارية لا تتخلص من آثار الإيجاب الملزم في خلال المدة، إلا إذا كانت إرادتها معيبة بعيب من عيوب الرضا، كأن تصدر إعلان عن غلط أو

تدليس أو إكراه²³، كما يمكن لها أن تتخلص من التزامها نحو الأشخاص الذين رفضوا عرضها صراحة²⁴.

الفرع الثاني / التزام المؤسسة العقارية بتحرير العقد التوثيقي

يتعين على المؤسسة العقارية أن تسعى إلى تحرير العقد التوثيقي مع طالب السكن الذي توفرت فيه الشروط، ويكون العقد التوثيقي إما عقد بيع بناء على التصاميم إذا كان المسكن لم ينجز بعد، وإما عقد بيع لشيء قائم إذا كان المسكن جاهزا.

إذا امتنعت المؤسسة العقارية عن تحرير العقد التوثيقي، أمكن لطالب السكن أن يجبرها على ذلك عن طريق إتباع قواعد التنفيذ العيني الجبري، وذلك باستصدار حكم يلزمها بالسعي إلى تحرير العقد مع فرض غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير²⁵.

يمكن أيضا لطالب السكن المتوفرة فيه الشروط، أن يستصدر حكما قضائيا يقوم مقام العقد حيث يتم شهر الحكم لدى المحافظة العقارية لتنتقل بذلك الملكية²⁶ وذلك بالنسبة للسكن الجاهز، أما بالنسبة للسكن غير الجاهز فيستصدر حكما ليقوم مقام عقد البيع على التصاميم.

خاتمة

يتضح من خلال ما سبق أنّ علاقة المستفيد بالمؤسسة العقارية العارضة لبرامج السكن الترقوي، في مرحلة ما قبل العقد التوثيقي، لا تخرج عن كونها علاقة دائنية تجد مصدرها إما في العقد وإما في الإرادة المنفردة.

إنّ المؤسسة العقارية بعد ثبوت الاستفادة لشخص معين، لا يجوز لها التهرب من التزاماتها بداعي عدم وجود عقد توثيقي، لأنّه وإن كان ركن الشكل غير متوفر، فذلك لا يعني بتاتا خلو ذمة المؤسسة العقارية تجاه المستفيد، بل تعتبر مدينة ومحل التزامها هو القيام بعمل وهو تحديدا السعي نحو تحرير العقد التوثيقي.

ويترب على قيام التزام المؤسسة العقارية، أنّ المستفيد في حالة إخلالها بهذا الالتزام، سواء بشطب اسمه من قائمة المستفيدين، أو بالامتناع عن تحرير العقد التوثيقي، أمكن له إجبارها بواسطة الوسائل المنصوص عليها في قواعد التنفيذ العيني الجبري.

الهوامش

1. ولقد أكدت المحكمة العليا على أنّ قرارات التخصيص لا يمكن أن ترقى إلى مرتبة العقد الرسمي، وقد جاء في قرار المحكمة العليا: "...حيث بالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين أنّ قضاة الموضوع استندوا في قضائهم إلى تأييد الحكم المستأنف الرامي إلى رفض الدعوى، كون العقد الذي تحصلت عليه المطعون ضدها قد تم شهرها وفقا للمادة 793 من ق.م. والمادة 16 من الأمر 74.75 المتعلق بالسجل العقاري غير أنّ قرار التخصيص الممنوح للطاعن وإن كان سابق التاريخ فإنّه لا ينقل الملكية بما يجعل قضاة الموضوع قد استبعدوا قرار التخصيص الممنوح للطاعن على قطعة الأرض رقم 19 كونه لا يرقى إلى العقد الرسمي المشهر وفقا للقانون مما يكون معه القرار المنتقد مسببا بما فيه الكفاية ويضحي هذا الوجه غير مجد" أنظر: (المحكمة العليا)، الغرفة العقارية، قرار رقم 258472، صادر بتاريخ: 2004.01.21، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2004، ص 227.
2. انظر: القانون رقم 04.11 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2011 يحدّد القواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، سنة 2011، ص 04.
3. انظر في التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد: السعدي (محمد صبري)، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر 2009، ص 104.
4. ففي هذه الحالة تتوفر شروط الدعوة إلى التعاقد، حيث لا يكون هناك عرض كامل وجازم، انظر: المكان نفسه.
5. ومما جاء في قرار المحكمة العليا: "...ومن جهة أخرى فإنّ التعهد الذي انتموا إلى اعتباره عقد بيع هو تعهد غير مشهر ومن ثم غير ناقل للملكية وأنّ كل ما يمكن أن يرتبه هو مجرد التزامات شخصية..." انظر: (المحكمة العليا) الغرفة العقارية، قرار رقم 606845، صادر بتاريخ: 2010.05.13، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2011، ص 149.
6. انظر في التصرف غير محدد القيمة بشكل عام: تناغو (سمير عبد السيد)، أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 2005، ص 113-114.
7. أنظر في أهلية المؤسسات: بعلي (محمد الصغير)، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2006، ص 166.
8. أنظر في الغلط: مرقس (سليمان)، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، الطبعة الرابعة، إيريبي للطباعة، مصر 1987، ص 366.
9. انظر: المرجع نفسه، ص 468466.
10. فالعقود التي وجب إفراغها في شكل رسمي بشكل عام، هي تلك التي تؤدي إلى ترتيب التزام بإنشاء حق عيني عقاري مباشرة وهو ما يفهم من نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري.
11. انظر في الوعد بالتعاقد بشكل عام: مرقس (سليمان)، المرجع السابق، ص 219217.
12. ونجد أن المجلس الأعلى (الاسم الذي كان يطلق على محكمة النقض سابقا)، قد ذهب إلى ضرورة تنفيذ الالتزام المشار إليه في ورقة عرفية والذي يلزم أحد الطرفين بالسعي إلى تحرير عقد نهائي في شكل رسمي، ومما جاء في قرار المجلس الأعلى: "...حيث أنّ قضاة الموضوع اعتمدوا في قضائهم على العقد العرفي المؤرخ في... المتضمن التزام الطاعن وقبضه ثمن البيع وعلى تسليم العقار المبيع ويتجلى من ذلك العقد العرفي رضا الطرفين على البيع والشئ المبيع والثمن وقبضه من الطاعن وبالتالي فأركان البيع متوفرة ولم يخالفوا مضمون المادة... لأنهم ألزموا الطرفين بالتوجه إلى مكتب التوثيق ولذا عللّ قضاة الموضوع قرارهم تعليلا سليما كافيا..." انظر: (المجلس الأعلى) الغرفة المدنية، القرار رقم: 46609، الصادر بتاريخ: 1988.10.12.

13. انظر في الغرامة التهديدية: سرور (محمد شكري)، موجز الأحكام العامة للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص 33.27.
14. حيث نصت المادة 171 من القانون المدني الجزائري: "في الالتزام بعمل قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام مع مراعاة المقتضيات القانونية والتنظيمية"
15. انظر في الخطأ العقدي والمسؤولية العقدية: مرقس (سليمان)، المرجع السابق، ص 550.540.
16. انظر في شروط الضرر المتعلق بالمسؤولية العقدية: المرجع نفسه، ص 555.
17. انظر في الفسخ بشكل عام: السعدي (محمد الصبري)، المرجع السابق، ص 357.
18. انظر: المرجع نفسه، ص 105.107.
19. انظر في الدعوة الى التعاقد وأثارها بشكل عام: مرقس (سليمان)، المرجع السابق، ص 174.
20. انظر: السعدي (محمد صبري)، المرجع السابق، ص 110.
21. انظر: مرقس (سليمان)، المرجع السابق، ص 187.
22. انظر في الخلاف الفقهي حول تصنيف الإيجاب الملزم ضمن الإرادة المنفردة: المرجع نفسه، ص 155. وانظر أيضا: السعدي (محمد صبري)، المرجع السابق، ص 107.
23. حيث جاء في نص المادة 123 مكرر فقرة 02 من القانون المدني الجزائري: "ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول"، وانظر في ذلك أيضا قياسا على الوعد بالجائزة باعتباره تطبيقا للإرادة المنفردة: السعدي (محمد صبري)، المرجع السابق، ص 372.
24. انظر في حالات سقوط الإيجاب: مرقس (سليمان)، المرجع السابق، ص 163.162.
25. انظر في الغرامة التهديدية: تناغو (سمير عبد السيد)، المرجع السابق، ص 243.240.
26. انظر: سرور (محمد شكري)، المرجع السابق، ص 22.

نحو مراجعة النصوص القانونية المنظمة لإجراء التصريح بالامتلاكات الواقع والآفاق *

HAROUNE Nora, M A "A"
Département de Droit Privé
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

هارون نورة، أستاذة مساعدة قسم "أ"
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

ألزم المشرع الجزائري- بهدف ضمان الشفافية في الحياة السياسية والإدارية وحماية الامتلاكات العمومية -الموظف العمومي، بضرورة الكشف عن ذمته المالية باعتبارها مؤشرا على نزاهته أو انحرافه، وذلك بموجب القانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، تحت عنوان "التصريح بالامتلاكات"، ولضمان فعالية التصريح بالامتلاكات، فرض القانون رقم 01-06 عقوبات في حالة انتهاك أحكام هذا الإجراء.

الكلمات المفتاحية

التصريح بالامتلاكات، الموظف العمومي، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، الإخلال بالتصريح بالامتلاكات، العقوبة

Vers une révision des textes juridiques régissant la procédure de déclaration du patrimoine

Résumé

Le législateur algérien - afin de garantir la transparence de la vie politique et administrative ainsi que la protection du patrimoine public - a obligé le fonctionnaire public à déclarer son patrimoine et le considérer comme un indicateur de son intégrité ou de sa déviation, en vertu de la loi N ° 06-01 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, sous le titre «déclaration de patrimoine», pour garantir l'efficacité de la déclaration de patrimoine, la loi N° 06-01 prévoit des sanctions en cas de violation des dispositions de cette procédure.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/06/29 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/09/01 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

Mots clés

Déclaration du patrimoine, biens, fonctionnaire public, organe national de prévention et de lutte contre la corruption, violation de déclaration du patrimoine, sanction.

To reviewing the legal texts governing the declaration of assets procedure**Abstract**

The Algerian legislator - in order to ensure transparency in the political and administrative life and protect public property – make a public official to declare his assets, as an indicator of his integrity or his deviation, under Law N° 06-01 concerning the prevention and combating corruption, under the title "declaration of assets", And to ensure the effectiveness of the declaration of assets, the law N° 06-01 predicted sanctions for each breach of this procedure.

Keywords

Declaration of assets, properties, public official, national commission for the prevention and combating of corruption, breached declaration of assets, sanction.

مقدمة

ألزم المشرع الجزائري كل شخص قائم بأعباء السلطة العامة بأن يفصح للسلطات عن كافة ممتلكاته وتقديم إقرار عن ذمته المالية، بهدف الوقوف على أي كسب غير مشروع يدخل على ثرواته لا تتناسب مع موارده المالية¹، هذا ما نص عليه المشرع بموجب المادة 1/4 من القانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته² حيث جاء فيها أنه « قصد ضمان الشفافية في الحياة السياسية والشؤون العمومية، وصون نزاهة الأشخاص المكلفين بخدمة عمومية، يلزم الموظف العمومي بالتصريح بممتلكاته»³.

يعدّ التصريح بالممتلكات من الإجراءات التي تتبّعها أغلب الدول⁴ لمتابعة الموظفين العموميين، ومعرفة تطور النواحي المالية الخاصة بهم من أجل الكشف عن حالات الثراء السريع التي قد تشير إلى تورّطهم في قضايا الفساد.

نظرا لأهمية التصريح بالممتلكات كآلية للوقاية من جرائم الفساد فإننا نتساءل عن مدى توفيق المشرع الجزائري في وضع الإطار القانوني لمكافحة الفساد من خلال إجراء التصريح بالممتلكات؟

تستلزم الإجابة على هذه الإشكالية التطرق إلى الأحكام التي يخضع لها واجب التصريح بالممتلكات من خلال توضيح نطاقه وإجراءاته، والجزاء المترتب عن الإخلال به.

المبحث الأول / نطاق التصريح بالملكيات

يثير واجب التصريح بالملكيات إشكالية ماهية وطبيعة الملكيات التي يشملها واجب التصريح من جهة (المطلب الأول)، وكذا صفة الأشخاص الملزمين به من جهة أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول / الملكيات موضوع التصريح

يشمل الإفصاح عن الذمة المالية للموظفين العموميين جميع ممتلكاتهم بكل أنواعها وأينما وجدت، كما يلي:

الفرع الأول / واجب التصريح بكل أنواع الملكيات

تطبيقاً لنص المادة 1/5 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، فإنّ التصريح بالملكيات يحتوي جرداً لكافة الأملاك العقارية والمنقولة التي يحوزها المكتتب وأولاده القصر، سواء كانت ملكية فردية أو على الشيوع، وهو ما نصّت عليه أيضاً المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06-414 الذي يحدّد نموذج التصريح بالملكيات في الجزائر⁵ كما يلي «يشمل التصريح بالملكيات جرداً لجميع الأملاك العقارية والمنقولة التي يملكها الموظف العمومي وأولاده القصر...».

يقصد بالملكيات وفقاً للمادة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته «الموجودات بكل أنواعها سواء كانت مادية أو غير مادية، منقولة أو غير منقولة ملموسة أو غير ملموسة، والمستندات أو السندات القانونية التي تثبت ملكية تلك الموجودات أو وجود الحقوق المتصلة بها».

الفرع الثاني/ واجب التصريح بالملكيات أينما وجدت

لإضفاء المشروعية على أموال وممتلكات الموظف العمومي فإنّ المشرع ألزم هذا الأخير بواجب التصريح بجميع ممتلكاته وممتلكات أولاده القصر سواء كانت هذه الملكيات موجودة داخل الإقليم الجزائري أو خارجه، وهذا ما جاء صراحة في المادة 1/5 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته و المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06-414 الذي يحدد نموذج التصريح بالملكيات⁶.

لهذه الأسباب ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 61 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الموظفين العموميين الذين لهم مصلحة في حساب مالي في بلد

أجنبي أو حق أو سلطة توقيع أو سلطة أخرى على ذلك الحساب، بأن يبلغوا السلطات المعنية عن تلك العلاقة وأن يحتفظوا بسجلات ملائمة تتعلق بتلك الحسابات، وذلك تحت طائلة الجزاء.

الفرع الثالث/ تقييم موقف المشرع الجزائري

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري اكتفى فقط بالنص على واجب التصريح بمتلكات الموظف المعني بالتصريح إلى جانب ممتلكات أولاده القصر متناسيا في ذلك ممتلكات زوجته، ورغم مبدأ الفصل في الذمة المالية للزوجين المعمول به في القانون الجزائري إلا أنّ عدم التصريح بمتلكات الزوج الآخر حسب رأينا يقف حاجزا أمام المكافحة الفعالة للفساد، حيث أنّ الموظف الفاسد لا يسجلّ الأموال المتحصّل عليها من الصفقات المشبوهة كالرشوة وغيرها باسمه وإنّما يسجلّها باسم الأشخاص المقربين إليه والأكثر ثقة بالنسبة إليه كزوجته.

لهذا حتى يكون التصريح بالمتلكات إجراء وقائيا ورقابيا ذا فعالية كان لابد للمشرع الجزائري أن يشمل التصريح بالمتلكات فضلا عن ممتلكاته وممتلكات أولاده القصر، أيضا ممتلكات زوجته، وقد حثّت التعليمات الرئاسية المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد الصادرة سنة 2009⁷، على التصريح بمتلكات الزوج إلى جانب ممتلكات المعني بالتصريح، لكن للأسف الشديد لم تؤخذ هذه التعليمات بعين الاعتبار.

على عكس المشرع الجزائري نجد المشرع اليمني نص صراحة في المادة 15 من قانون الإقرار بالذمة المالية⁸ أنه " على كل شخص من الفئات المحددة في المادة الرابعة أن يقدم إقراراً بالذمة المالية لما يملكه هو وزوجه وأولاده القصر من أموال ثابتة أو منقولة.....".

المطلب الثاني/ صفة الملزمين بواجب التصريح بالمتلكات

يظهر من مضمون نص المادة 4 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، أنّ المكلف بواجب التصريح بالمتلكات هو الموظف العمومي⁹ وبالرجوع إلى النصوص المنظّمة لواجب التصريح بالمتلكات نجد أنّ المعنيين بهذا الواجب يمكن تقسيمهم إلى فئتين، فئة منصوص عليها في المادة 6 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وفئة أخرى غير منصوص عليها في هذه المادة.

الفرع الأول/ الفئة المنصوص عليها في المادة 6 من القانون رقم 01-06

تشمل هذه الفئة رئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، أعضاء المجلس الدستوري بما فهم السيد رئيس الجمهورية الوزير الأول وأعضاء الحكومة، رئيس مجلس المحاسبة، محافظ بنك الجزائر السفراء، القناصل، الولاة والقضاة وأعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية بمن فهم الرئيس.

الفرع الثاني/ الفئة غير المنصوص عليها في المادة 6 من القانون رقم 01-06

وتشمل هذه الفئة الأعوان العموميون الذين يشغلون وظائف ومناصب عليا في الدولة كما أشارت إليهم المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06 / 415 المحدد لكيفيات التصريح بالممتلكات¹⁰، والأعوان العموميون الذين حدد قائمتهم القرار المؤرخ في 2 أفريل 2007¹¹، الصادر عن المدير العام للتوظيف العمومية، وحسب نص المادة الأولى من هذا القرار فإنّ هذه الفئة تتمثل في الأعوان الذين يشغلون مناصبهم في إحدى المراكز التالية (وزارة المالية، وزارة الطاقة والمناجم، وزارة الثقافة، وزارة السياحة وزارة الشباب والرياضة، وزارة النقل، وزارة العمل والضمان الاجتماعي، وزارة البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وزارة الصحة والسكان،....).

الفرع الثاني/ تقييم موقف المشرع الجزائري

حصر المشرع الجزائري المكلفين بواجب التصريح بالممتلكات في فئات معينة من الموظفين العموميين، وهي الفئة الشاغلة لمناصب ووظائف عليا في الدولة سواء كانوا منتخبين أو معينين، وهي فئات ورد ذكرها في نص المادة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لكن بالمقابل هناك فئات أخرى من الموظفين العموميين الذين شملتهم المادة 2 ولكن تبقى مستبعدة من واجب التصريح بالممتلكات، ومنهم مثلا الموظفين العموميين الذين لا يشغلون مناصب أو وظائف عليا في الدولة وإنما يشغلون مناصب عادية في المؤسسات والإدارات العمومية، وهو موقف غير صائب حيث نجد أنّ هذه الفئة من الموظفين المستبعدة لا تقل خطورة عن الفئة المعنية بالتصريح بالممتلكات فالموظف العادي هو أقدر على ارتكاب مختلف صور الفساد باعتباره الأكثر احتكاكا بالمواطن صاحب الخدمة العمومية.

كما أنّ القرار الصادر عن المدير العام للوظيفة العمومية المحدد لقائمة الأعوان العموميين الملزمين بالتصريح بالامتلاكات، حصر واجب التصريح بالامتلاكات في بعض الوزارات دون الأخرى وذلك دون وجود أي مبرر لاستثنائها ومن قبيل ذلك وزارة التعليم العالي، وزارة التربية الوطنية، وزارة الدفاع الوطني... لهذا يجب إعادة النظر في هذا القرار من خلال توسيع قائمة الموظفين المعنيين بالتصريح بالامتلاكات ليشمل كافة موظفي الدولة بمختلف الوزارات دون تمييز.

المبحث الثاني/ إجراءات التصريح بالامتلاكات

يتم التصريح بالامتلاكات وفق إجراءات محددة أولها اكتتاب التصريح بالامتلاكات في الآجال المحددة قانونا (المطلب الأول) ثم إيداع هذا التصريح أمام الجهة المختصة (المطلب الثاني)، وبعدها يأتي إجراء نشر وتعليق التصريحات بالامتلاكات (المطلب الثالث).

المطلب الأول/ اكتتاب التصريح بالامتلاكات في الآجال القانونية

تطبيقا لأحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجد أنّ التصريح بالامتلاكات يتم على ثلاثة مراحل وهي التصريح الأولي (الفرع الأول)، ثم تجديد التصريح بهدف ضبطه وتعديله (الفرع الثاني)، وأخيرا التصريح النهائي للممتلكات (الفرع الثالث).

الفرع الأول/ التصريح الأولي للممتلكات

يلزم الموظف العمومي طبقا لأحكام المادة 4 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته باكتتاب التصريح الخاص بامتلاكاته خلال الشهر الذي يعقب تاريخ تنصيبه في وظيفته أو بداية عهده الانتخابية.

الفرع الثاني/ التصريح التجديدي - ضبط التصريح وتعديله -

تطبيقا لأحكام المادة 4 من القانون رقم 06_01 أعلاه فإنّ الموظف ملزم بضبط وتعديل التصريح الذي قام به أول مرة وهذا فور كل زيادة معتبرة في ذمته المالية بنفس الكيفية التي تم بها التصريح الأول، وقد استعمل المشرع السوري العبارة ذاتها "زيادة معتبرة" بموجب المادة 1 من قانون الكسب غير المشروع¹² "... ويجدد هذا التصريح فور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف...".

نلاحظ أنّ المشرعين الجزائري والسوري قد استعملا ذات العبارة "زيادة معتبرة" وذلك دون تحديد لمقدار هذه الزيادة، مما قد يجعلنا نفهم أنّ هذه الزيادة لأبد أن تكون ملفتة للأنظار وتثير التساؤل حول مصدرها، ولكن يبقى الأحسن لو تم تحديد مقدار هذه الزيادة بشكل واضح.

أما المشرع اليمني فقد كان أكثر وضوحا حيث ألزم بموجب المادة 16 من قانون الإقرار بالذمة المالية¹³ كل من يخضع لهذا القانون أن يقدم بصفة دورية إقرارا بالذمة المالية بعد عامين من تاريخ تقديم إقراره السابق أو عند الطلب من الهيئة، وهي المدة ذاتها التي أقرها المشرع الأردني بموجب المادة 4/5 من قانون الإشهار بالذمة المالية "... كما يجب تقديم الإقرار المنصوص عليه في الفقرة "أ" بصورة دورية خلال شهر كانون الثاني الذي يلي انقضاء سنتين على تقديم الإقرار السابق...".

الفرع الثالث/ التصريح النهائي للممتلكات

تنص المادة 4 من القانون رقم 01_06 في فقرتها الأخيرة على أنّه "...يجب التصريح بالممتلكات عند نهاية العهدة الانتخابية أو عند انتهاء الخدمة"، وما نلاحظه أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد المدة التي يتم فيها التصريح النهائي للممتلكات، وهذا يعدّ تراجعاً منه مقارنة بما كان منصوصاً عليه سابقاً في ظل الأمر رقم 04_97¹⁴، حيث كان يوجب على الأشخاص الملزمين بالتصريح بممتلكاتهم أن يجدّدوا التصريح خلال الشهر الذي يعقب انتهاء عضويتهم أو مهامهم إلا في حالة الوفاة، مع تمديد هذه الأجل إلى شهر آخر في حالة القوة القاهرة، لهذا ورغبة في سدّ باب تهرب المعنيين من واجب التصريح بالممتلكات كان يستحسن من المشرع الجزائري لوقام بتحديد المدة في ظل القانون رقم 01_06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تماماً كما فعلت بعض التشريعات المقارنة كالتشريع السوري¹⁵ واليمني¹⁶.

يتم اكتتاب التصريح بالممتلكات وفقاً للمادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 06-414 الذي يحدّد نموذج التصريح بالممتلكات، في نسختين يوقّعهما الموظف العمومي وممثل السلطة المودع لديها، ويحتفظ المكتتب بنسخة، وتسلمّ النسخة الثانية للسلطة المودع لديها، ويعتبر توقيع سلطة الإيداع على التصريح بمثابة وصل استلام بالنسبة للموظف المكتتب وضمّانة على أنّه تحرر من التزامه.

المطلب الثاني / إيداع التصريح بالملكيات

تطبيقا لأحكام المادة 6 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإنّ التصريح بالملكيات يتم إيداعه لدى مؤسستين: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والرئيس الأول للمحكمة العليا.

الفرع الأول / إيداع التصريح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

استحدثت الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المادة 17 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وهي تعتبر سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتوضع لدى رئيس الجمهورية¹⁷ وفي سبيل تمكين الهيئة من تنفيذ الإستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، خوّل لها المشرع العديد من الصلاحيات حرص على تحديدها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والمرسوم الرئاسي رقم 06-413¹⁸ الذي حدد بموجب المادة 13 منه جملة من المهام التي تقوم بها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ومن بينها تلقي التصريحات بالملكيات وتفحصها، كما لها أن تحيل الملف إلى وزير العدل بحق من توفرت فيهم وقائع جزائية¹⁹.

لم يمنح المشرع الجزائري للهيئة الاختصاص المانع بتلقي تصريحات جميع المعنيين بواجب التصريح، وإنما يقتصر على تصريحات فئات محددة كما يلي.
أولا / تصريحات رؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة
تم تحديد كفاءات تنفيذ تصريحات هذه الفئة بموجب المنشور الوزاري المؤرخ في 15 ماي 2013²⁰ كما يلي:

1- على مستوى الدائرة الإدارية أو الدائرة: حيث يجمع الوالي المنتدب (ولاية الجزائر) أو رئيس الدائرة التصريحات بالملكيات الخاصة برؤساء وأعضاء المجالس الشعبية البلدية، ويكون إيداع التصريحات بالملكيات مرفقا بقائمة اسمية يوقعها كل مصرّح ويضع بصمته عليها مقابل تسليم وصل إيداع بصفة فردية، وعند انتهاء العملية يجمع الوالي المنتدب (ولاية الجزائر) أو رئيس الدائرة مجموع التصريحات بالملكيات الخاصة بمنتهي المجالس الشعبية البلدية ويقوم بإيداعها لدى الأمين العام للولاية.

2_ على مستوى الولاية: يجمع الأمين العام للولاية التصريحات بالامتلاكات الخاصة برؤساء وأعضاء المجلس الشعبي الولائي، ويكون إيداع التصريحات بالامتلاكات مرفقا بقائمة اسمية يوقعها كل مصرّح ويضع بصمته عليها مقابل تسليم وصل إيداع بصفة فردية، ويكلف الأمين العام للولاية بمركزة مجموع التصريحات (المجالس الشعبية البلدية والولاية) وقوائم التوقيع التي ترفقها.

كما حدّد المنشور الوزاري أعلاه كيفيات إرسال التصريحات بالامتلاكات إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، حيث يجب أن تودع مجموع النسخ الأصلية للتصريحات بالامتلاكات المستلمة في ظرف مختوم على مستوى المديرية العامة للحريات العامة والشؤون القانونية لوزارة الداخلية والجماعات المحلية التي تكلف بإرسالها إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

ثانيا / تصريحات بعض الموظفين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون رقم 06 - 01: تم تحديد كيفية التصريح بالامتلاكات هذه الفئة بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06-415²¹، حيث حدّدت الجهات التي تتلقى التصريح بالامتلاكات كما يلي:

1- سلطة الوصاية: بالنسبة للموظفين العموميين الذين يشغلون وظائف ومناصب عليا في الدولة²².

2- السلطة السلمية المباشرة: بالنسبة للموظفين العموميين الذين حدّدت قائمتهم بالقرار الصادر عن المديرية العامة للوظيفة العمومية في 2 أبريل 2007، على النحو الذي سبقت الإشارة إليه.

كلّفت السلطتين المذكورتين أعلاه بموجب المادة 2 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 06-415²³ بإيداع التصريحات بالامتلاكات التي تلقتها لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وفي هذا الخصوص وضعت الهيئة الوطنية مذكرة تنظيمية رقم 15/04 تتعلق بكيفيات تسليم الهيئة للتصريحات بالامتلاكات المودعة أمام هاتين السلطتين²⁴، حيث تقوم السلطان بعد الانتهاء من عملية تحضير الملف المتضمّن التصريحات بإعلام الهيئة الوطنية عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق الفاكس، ويجب أن تكون التصريحات مصحوبة بجداول إرسال وفقا للنماذج المحددة في المذكرة التنظيمية.

لكن بالرجوع إلى نص المرسوم الرئاسي رقم 06-415²⁵ لا نجد فيه مدة محددة لإيداع هذه التصريحات أمام الهيئة الوطنية، إذ تم الاكتفاء فقط بعبارة " آجال معقولة " فما هي هذه المدة التي يمكن وصفها بالمعقولة؟ ولماذا لم يتم تحديد هذه المدة في المذكرة التنظيمية المذكورة أعلاه؟

حسب رأينا فإنّ عدم تحديد هذه المدة بصفة دقيقة قد يدفع السلطتين إلى التماطل في إيداع التصريحات بالممتلكات، مما قد يتسبّب في تأخر الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من دراسة ومعالجة المعلومات المتعلقة بالتصريح بالممتلكات، لذا كان يجب على المشرع الجزائري أن يتدخل لتحديد المدة التي يجب فيها إيداع التصريح بدلا من الاكتفاء بوصفها بالأجال المعقولة التي تثير الغموض.

الفرع الثاني/ إيداع التصريح بالممتلكات أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا

يخص هذا الأمر الموظفين الذين يشغلون المناصب القيادية والسامية في الدولة وعلى رأسهم السيد رئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان، أعضاء المجلس الدستوري بما فيهم الرئيس، الوزير الأول وأعضاء الحكومة، رئيس مجلس المحاسبة، محافظ بنك الجزائر، السفراء، القناصل، الولاة، والقضاة.

إذا كان المشرع الجزائري بموجب نص القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته قد ألزم هذه الفئة من الموظفين بالتصريح بممتلكاتها أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا، فإنّه قد أغفل تحديد الجهة المخولة بتلقي تصريح الرئيس الأول للمحكمة العليا بممتلكاته، وبالرغم من كون القضاة يصرّحون بممتلكاتهم أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا وهذا الأخير يعدّ من بين هذه الفئة، إلا أنّه كان يستحسن من المشرع الجزائري لو أنّه حدّد هذه الجهة صراحة كما فعل بالنسبة لباقي الموظفين، مع العلم أنّ المشرع الجزائري في ظل الأمر رقم 97_04 المتعلق بالتصريح بالممتلكات الملغى كان يحدّد الجهة التي يصرّح أمامها الرئيس الأول للمحكمة العليا بممتلكاته حيث كان هذا التصريح يودع أمام لجنة تسمى " لجنة التصريح بالممتلكات "²⁶، لهذا كان بإمكان المشرع الجزائري أن يتجنّب هذا الإشكال وذلك بإلزامه الرئيس الأول للمحكمة العليا بالتصريح بممتلكاته أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته إذ لا يعقل أن يقوم بالتصريح لنفسه، حيث في هذا نوع من الشبهة وعدم المصادقية.

نلاحظ أنّ دور الرئيس الأول للمحكمة العليا يقتصر على مجرد تلقي التصريحات بممتلكات هذه الفئة الحساسة من الموظفين دون أن يكون له الحق في تفحص هذه التصريحات ودراستها وإحالة الملف إلى القضاء في حال اكتشافه لوقائع ذات وصف جزائي، كما لا تتمتع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد صلاحية القيام بذلك باعتبار أنّها لم تتلق تصريحات هذه الفئة كما لم تودع أمامها مما يجعل من هذه التصريحات مجرد إجراء شكلي لا جدوى منه.

أمام هذا الفراغ يحدّد لو يتدخل المشرع الجزائري ويمنح للرئيس الأول للمحكمة العليا صلاحية تحويل الملف للسيد وزير العدل حافظ الأختام في حال ثبوت وقائع ذات وصف جزائي، أو يلزمه بإيداع التصريحات أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وبهذا يكون لها الاختصاص المانع بتفحص التصريحات بالممتلكات ودراستها لاسيما إحالة الملفات إلى السيد وزير العدل الذي يحيلها بدوره إلى النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية.

المطلب الثالث / نشر وتعليق التصريح بالممتلكات

تكون التصريحات بالممتلكات محلا للنشر في الجريدة الرسمية (الفرع الأول) أو التعليق في لوحة الإعلانات بمقر البلدية أو الولاية (الفرع الثاني) ويختلف ذلك باختلاف صفة المصريح.

الفرع الأول/ النشر في الجريدة الرسمية

وفقا للمادة 2/6 من قانون رقم 01-06²⁷، فإنّ التصريح بالممتلكات يكون محلا للنشر في الجريدة الرسمية خلال الشهرين المواليين لتاريخ انتخاب المعنيين أو تسلمهم مهامهم، وهذا بالنسبة للفئة التي تصرّح بممتلكاتها أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا كما سبقت الإشارة إليهم.

الفرع الثاني/ التعليق في لوحة الإعلانات بمقر البلدية أو الولاية

وفقا للمادة 2/6 من القانون رقم 01-06، فإنّ محتوى التصريح بممتلكات الموظفين الملزمين بالتصريح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته كما سبقت الإشارة إليهم، تكون محلا للتعليق في لوحة الإعلانات بمقر البلدية أو الولاية حسب الحالة خلال شهر.

نصت المادة 6 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على نشر التصريحات بالممتلكات باعتباره التزام يفرضه القانون، وإذا لم يتم في الآجال القانونية اعتبرت التصريحات غير موجودة²⁸: إلا أنّ المشرع لم يحدّد إن كان النشر يتعلق بالتصريح الأولي أو التجديدي أم أنه يخص التصريح النهائي فقط، ونحن نرى أنّ سكوت المشرع عن هذه المسألة يفهم منه ضمناً أنّ النشر يخص جميع مراحل التصريح، ولكن حبذا لو يتدخل المشرع ويأخذ موقفا صريحا وواضحا بخصوص إجراء النشر حتى لا تبقى الممتلكات التي حصدها الموظف الفاسد من أفعال الفساد مستترة، فعملية النشر من شأنها الكشف عن هذه الممتلكات وتمكين الرأي العام من معرفة ممتلكات الموظف الفاسد وفضحها عن طريق الصحافة التي تتولى استغلال الجريدة الرسمية لهذا الغرض.

المبحث الثالث/ الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات

اعتبر المشرع الجزائري بموجب المادة 36 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات جريمة (المطلب الأول) يعاقب عليها بعقوبات متنوعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ تجريم الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات

تقوم جريمة الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات على ثلاثة أركان وهي الركن المفترض، الركن المادي والركن المعنوي.

الفرع الأول/ الركن المفترض - صفة المصريح بالممتلكات -

تعدّ جريمة الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات من جرائم ذوي الصفة حيث يجب أن يكون مرتكبها موظفا عموميا خاضعا قانونا لواجب التصريح، على النحو الذي سبقت الإشارة إليه.

الفرع الثاني/ الركن المادي

يكون الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات إما كليا (عدم التصريح) (أولا) أو جزئيا (التصريح الكاذب) (ثانيا).

أولا / عدم التصريح بالممتلكات

في هذه الحالة يمتنع الموظف عن اكتتاب التصريح بممتلكاته، وتطبيقا لأحكام المادة 36 أعلاه لا يمكن الحكم بأنّ الموظف قد أخلّ بواجب التصريح بالممتلكات إلاّ بعد تذكيره بهذا الواجب بالطرق القانونية، كالتبليغ بواسطة محضر قضائي وإمهاله مدة شهرين لاكتتاب التصريح.

ما يعاب على هذه المادة أنّها لم تحدّد في أي مرحلة يتم التذكير هل يتم ذلك في التصريح الأولي أو التصريح التجديدي أو النهائي، ولكن سكوت المشرع الجزائري يفهم منه أنّ التذكير يتم في جميع مراحل التصريح بالممتلكات.

ثانيا / التصريح الكاذب بالممتلكات

حيث يقوم الموظف باكتتاب التصريح بممتلكاته ولكنه لا يكون صادقا في ذلك إذ يدلي بتصريح غير كامل أو غير صحيح، كأن يصرّح بممتلكاته داخل الإقليم الجزائري دون تلك الموجودة خارج الإقليم.

الفرع الثالث/ الركن المعنوي

لقيام الجريمة قانونا لا يكفي مجرد توافر الركن المادي وإنّما يجب أن توجد هناك رابطة نفسية بين النشاط الإجرامي ونتائجه وبين الجاني الذي صدر عنه هذا النشاط وهذه الرابطة هي التي يعبر عنها بالركن المعنوي²⁹.

يتخذ الركن المعنوي للجريمة إما صورة القصد الجنائي ومنه تكون الجريمة مقصودة أو صورة الخطأ فتكون بذلك الجريمة غير مقصودة³⁰، وتعدّ جريمة الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات من الجرائم المقصودة حيث تستلزم أن يكون الإخلال متعمدا، ومن ثمّ لا وجود لهذا الإخلال إذا كان نتيجة إهمال.

حسب رأينا فإنّ اشتراط القصد الجنائي يسمح بالإفلات من العقاب لمجرد الإدعاء بعدم توافره، لهذا كان يستحسن من المشرع الجزائري لو نص على العقاب لمجرد عدم التصريح ولو بإهمال دون اشتراط توافر القصد وهو ما كان معمولا به سابقا في ظل الأمر رقم 97-04³¹.

المطلب الثاني/ العقوبات المقررة للإخلال بواجب التصريح بالممتلكات

أقرّ المشرع الجزائري عقوبات متنوعة على كل موظف عمومي أخلّ بواجب التصريح بالممتلكات (الفرع الأول)، إلا أنّه كثيرا ما يتمكّن الجاني من الإفلات من العقاب، حيث نصّطدم بوجود عقبات تحول دون التمكنّ من الوصول إلى توقيع هذه العقوبة، وبالتالي تجريد إجراء التصريح من هدفه الحقيقي وهو مكافحة الفساد بما في ذلك الثراء السريع (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ تنوع العقوبات المقررة للإخلال بواجب التصريح

يعاقب المشرع بموجب المادة 36 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات بعقوبة أصلية وأخرى تكميلية. أولا / العقوبة الأصلية: تتمثل في العقوبة السالبة للحرية وهي الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من 50000 د.ج إلى 500000 د.ج .

حسب المادة 48 من القانون ذاته فإنّه يمكن تشديد العقوبة السالبة للحرية لتصبح الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة متى كان الجاني متمتعاً بإحدى الصفات التالية: قاضيا، موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة، ضابطا عموميا، عضوا في الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ضابطا أو عون شرطة قضائية، من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، موظف أمانة ضبط.

ثانيا / العقوبات التكميلية: طبقا لأحكام المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإنّه يجوز توقيع عقوبات تكميلية إلى جانب العقوبة الأصلية، وأحالتنا في ذلك إلى تطبيق القواعد العامة، ومن بين هذه العقوبات التكميلية حسب المادة 9 من الأمر رقم 156/66 المتعلق بقانون العقوبات³² نجد المنع من الإقامة، تحديد الإقامة الحرمان من مباشرة بعض الحقوق، الإقصاء من الصفقات العمومية....

تلحق هذه العقوبات المختلفة بالموظف الذي يمتنع عن التصريح بممتلكاته أو يصحح بها خطأ، مما يعني أنّ المشرع الجزائري أغفل العقاب على عدم احترام إجراء نشر التصريحات كعدم النشر نهائيا أو النشر خارج الميعاد المحدّد قانونا، لذا ونظرا لأهمية النشر كما سبقت الإشارة، وجب على المشرع أن ينص صراحة على العقاب على مخالفة إجراء النشر، لأنّه لا عقاب دون نص³³.

الفرع الثاني / عقبات تحول دون توقيح العقاب - الإفلات من العقاب -

رغم نص المشرع الجزائري على عقاب كل من يخلّ بإجراء التصريح بالممتلكات إلا أننا نصطدم بعقبات تؤدي إلى الإفلات من العقاب، ومنها نجد الحصانة البرلمانية، حيث لا يمكن متابعة أي نائب أو عضو في البرلمان بسبب جريمة الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات إلا بتنازل صريح منه أو بإذن حسب الحالة من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة، الذي يقرّر رفع الحصانة بأغلبية أعضائه، ما عدا في حالة التلبّس³⁴.

تؤدي هذه الحصانة إلى الإفلات من العقاب خصوصا إذا علمنا أنّ مدة تقادم هذه الجريمة هي ثلاث سنوات فقط مقارنة بمدة الحصانة البرلمانية التي تستمر طيلة خمس سنوات، لذا كان يجب على المشرع أن يتدخل وينص على إيقاف آجال التقادم إلى حين انتهاء العهدة الانتخابية أو إسقاط الحصانة حتى لا تتحول هذه الأخيرة إلى وسيلة للإفلات من العقاب.

كما نجد أنّ المشرع الجزائري نص على جواز مساءلة الوزير الأول عن جنحة الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات من جهة، إلا أنّه من جهة أخرى لم يقيم بتنصيب المحكمة العليا للدولة المختصة نوعيا بمحاكمته، وهذا ما يؤدي إلى عدم مساءلته وبالتالي إفلاته من العقاب، لهذا يجب على المشرع الجزائري أن يتدخل ويسارع نحو تنصيب هذه المحكمة، وإلا بقي تصريح الوزير الأول بممتلكاته مجرد إجراء شكلي لا طائل منه.

خاتمة

رغم أهمية التصريح بالممتلكات وما له من دور فعال في الوقاية من الفساد ومكافحته لاسيما الثراء السريع وغير المشروع، غير أنّه خلصنا إلى تسجيل بعض النقائص والثغرات التي رصدت في النصوص القانونية المنظمة لهذا الإجراء، وهذا ما يفتح المجال أمام استغلال هذه النقائص بما يخدم مصالح الملتزمين بهذا الواجب، لذا حتى يكون إجراء وقائيا ورقابيا ذا فعالية وجب على المشرع الجزائري أن يتدارك الأمر بتعديل هذه النصوص، لاسيما تطبيقها على أرض الواقع حتى لا تبقى مجرد حبر على ورق.

الهوامش

1. يسمح لنا إجراء التصريح بالملكيات، القيام بمقارنة مقدار ثروة الموظف العمومي أثناء بداية وظيفته ومقدار ثروته عند انتهاء وظيفته، كما يسمح لنا هذا الإجراء الإجابة على سؤال " هل استغل الموظف منصبه للحصول على ثروة ؟ " ، CHERIF Ali, au nom de la loi, fait votre déclaration, [http:// www.lematindz.net/news/17416-au-nom-de-la-loi-faites-votre-declaration.html](http://www.lematindz.net/news/17416-au-nom-de-la-loi-faites-votre-declaration.html)
تم الإطلاع عليه بتاريخ 25/06/2015.
2. قانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. ج. د. ش. عدد 14 صادر في 8 مارس 2006، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 11-15، مؤرخ في 2 أوت 2011، ج. ر. ج. د. ش. عدد 44، صادر في 10 أوت 2011.
3. سبق للمشرع الجزائري أن نصّ على واجب التصريح بالملكيات، وذلك بموجب أمر رقم 97-04، مؤرخ في 11 يناير 1997، يتعلق بالتصريح بالملكيات، ج. ر. ج. د. ش. عدد 3، صادر في 12 جانفي 1997 (ملغى).
4. تم النص على واجب التصريح بالملكيات من قبل العديد من التشريعات المقارنة ومنها نجد التشريع اليمني بموجب المادة 15 من قانون رقم 30، صادر بتاريخ 11/ 6/ 2006، يتعلق بالإقرار بالذمة المالية <http://www.pogar.org> ، والتشريع السوري بموجب المادة الأولى من قانون رقم 64، صادر بتاريخ 15/6/1958 يتعلق بالكسب غير المشروع، <http://www.egov.sy/law> ، التشريع المصري بموجب المادة 3 من قانون رقم 62 صادر بتاريخ 31 يولييه 1975، يتعلق بالكسب غير المشروع، ج. ر. عدد 31 <http://www.pogar.org> ، وكذا التشريع الأردني بموجب المادة 5 من قانون رقم 54، يتعلق بالإشهار بالذمة المالية، صادر في 1-11-2006، ج. ر. عدد 4790. www.je.gov.jo
5. مرسوم رئاسي رقم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالملكيات، ج. ر. ج. د. ش. عدد 74، صادر في 22 نوفمبر 2006.
6. مرسوم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالملكيات، مرجع سابق.
7. تعليمية رئاسية رقم 3، متعلقة بتفعيل مكافحة الفساد، حررت بالجزائر يوم 13 ديسمبر 2009 [https://ar-2009](https://ar.facebook.com) ar.facebook.com تم الإطلاع عليه بتاريخ 10/2/2015.
8. قانون رقم 30، صادر بتاريخ 11/ 6/ 2006، يتعلق بالإقرار بالذمة المالية، مرجع سابق.
9. " يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري..."، المادة 4 من أمر رقم 06-03، مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر. ج. د. ش. عدد 46 صادر في 16 يوليو 2006.
10. مرسوم رئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كيفية التصريح بالملكيات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة السادسة من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. ج. د. ش. عدد 74، صادر في 22 نوفمبر 2006.
11. قرار مؤرخ في 2 أبريل 2007، يحدد قائمة الأعوان العموميين الملزمين بالتصريح بالملكيات، ج. ر. ج. د. ش. عدد 25، صادر في 18 أبريل 2007.
12. قانون رقم 64، صادر بتاريخ 15/ 6/ 1958، يتعلق بالكسب غير المشروع، مرجع سابق.
13. قانون رقم 30، صادر بتاريخ 11/ 6/ 2006، يتعلق بالإقرار بالذمة المالية، مرجع سابق.

14. أمر رقم 97-04، مؤرخ في 11 يناير 1997، يتعلق بالتصريح بالملكيات، مرجع سابق.
15. حدّد المشرع السوري هذه المدة بـ 6 يوماً من تاريخ ترك الوظيفة أو الخدمة أو زوال الصفة النيابة وهذا بموجب المادة الأولى من قانون رقم 64، صادر بتاريخ 15/6/1958، يتعلق بالكسب غير المشروع، مرجع سابق.
16. حدّد المشرع اليمني هذه المدة بشهرين من تاريخ ترك العمل لأي سبب وهذا بموجب المادتين 15 و 16 من قانون رقم 30، صادر بتاريخ 206/6/11، يتعلق بالإقرار بالذمة المالية، مرجع سابق.
17. المادة 18 من القانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مرجع سابق.
18. مرسوم رئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 2 نوفمبر 2006 يحدّد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، ج. ر. ج. د. ش عدد 74، صادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006، معدل ومتمم بموجب مرسوم رئاسي رقم 12-64، مؤرخ في 07-02-2012، ج. ر. ج. د. ش عدد 8، صادر في 15 فيفري 2012.
19. المادة 22 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مرجع سابق.
20. منشور وزير الداخلية والجماعات المحلية، مؤرخ في 15 ماي 2013، يحدّد الكيفيات والإجراءات المتعلقة بالتصريح بالملكيات الخاصة برؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية. www.onplc.org.dz
- تم الإطلاع عليه بتاريخ 20 جوان 2014.
21. مرسوم رئاسي رقم 06 / 415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدّد كيفية التصريح بالملكيات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. ج. د. ش عدد 74، صادر في 22 نوفمبر 2006.
22. انظر مرسوم رئاسي رقم 90-225، مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدّد قائمة الوظائف العليا التابعة للدولة بعنوان رئاسة الجمهورية، ج. ر. ج. د. ش عدد 31، صادر في 28 يوليو 1990، ومرسوم تنفيذي رقم 90-227 مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدّد قائمة الوظائف العليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، ج. ر. ج. د. ش عدد 31، صادر في 28 يوليو 1990.
23. مرسوم رئاسي رقم 06 / 415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدّد كيفية التصريح بالملكيات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مرجع سابق.
24. مذكرة تنظيمية رقم 04 / 15، صادرة في 19 / 04 / 2015، تتعلق بكيفيات تسليم الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته التصريحات بالملكيات المكتتبه من طرف الموظفين العموميين المشار إليهم في مرسوم رئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006. www.onplc.org.dz
25. مرسوم رئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدّد كيفية التصريح بالملكيات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة السادسة من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.
26. المادة 8 من أمر رقم 97-04، مؤرخ في 11 يناير 1997، يتعلق بالتصريح بالملكيات، مرجع سابق.
27. قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.
28. NOURI Nesrouche, les mécanismes contre la corruption neutralisés, pp3, 2. <http://rabahnaceri.unblog.fr/corruption/les-mecanismes-contre-la-corruption-neutralises>
- تم الإطلاع عليه بتاريخ 27/6/2015.
29. Gaston Stefani, LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard, Droit pénal général, 16e me édition, Dalloz, Paris, 1997, p. 21.

30. CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, Droit pénal général, 7eme édition, Armand colin, Paris, 2004, par 212-214 p.120, GASTON Stefani LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard, op cit, pp. 231, 232.

31. المادة 17 من أمر رقم 97-04، مؤرخ في 11 يناير 1997، يتعلق بالتصريح بالمتلكات، مرجع سابق.

32. أمر رقم 66/156، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج. د. ش عدد 49 صادر في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 14-01، مؤرخ في 4 فبراير 2014، ج. ر. ج. ج. د. ش عدد 7، صادر في 16 فبراير 2014.

33. " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون " المادة الأولى من أمر رقم 66/156، مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، مرجع نفسه.

34. انظر المادتان 110 و1/111 من دستور 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. ج. ج. د. ش عدد 76 صادر في 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-9، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج. ر. ج. ج. د. ش عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية في غياب البرلمان *

MIMOUNA Souad, Maitre Assistante
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tlemcen.

ميمونة سعاد ، أستاذة مساعدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تلمسان.

ملخص

إن الحياة العملية المرتبطة بنشاطات الدولة أظهرت انه من العسير جدا أن تلتزم السلطة التنفيذية بالتنظيم وان يلتزم البرلمان بالتشريع، الأمر الذي أدى بأغلب دساتير الجزائر إلى السماح لرئيس الجمهورية في حالة الضرورة بالتدخل في المجال التشريعي العائد للسلطة التشريعية وذلك عن طريق الأوامر.
الكلمات الدالة
رئيس الجمهورية، البرلمان، الأوامر.

The orders of the president of the republic in the absence of parliament.

Summary

The professional sector attached to the activities of the state showed that it is disadvantageous that the executive power is restricted with the organization and that the Parliament devotes itself to the legislation, which carried out the majority of the Algerian constitutions has to authorize the president of the republic in the event of need for intervening in the legislative field through orders in Council, thing which returns to the legislative power.

Key words

Orders, president of the republic, Parliament.

Les ordonnances du président de la république en l'absence du parlement.

Résumé

La vie pratique relative aux activités de l'Etat a démontré qu'il est désavantageux que l'exécutif se restreint au pouvoir réglementaires et que le parlement se consacre a légiférer. D'ailleurs, ce qui a mené la plupart des constitutions Algériennes à permettre au président de la république, en cas de nécessité, d'intervenir dans le domaine législatif par le biais des ordonnances présidentielles.

Mots clés

le Président de la République, les ordonnances présidentielle, le Parlement.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 04/01/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 08/03/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 10/11/2015.

مقدمة

إن غالبية دساتير الجزائر قد أخذت أو أقرت بمبدأ الفصل بين السلطات لكن ميزة هذا المبدأ في الجزائر انه قائم على أساس التعاون والتكامل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وهو ما يطلق عليه مصطلح الفصل المرن أو التعاوني، وأفضل مثال يجسد هذا التعاون هو السماح لرئيس الجمهورية ممثل السلطة التنفيذية في ممارسة العملية التشريعية عن طريق الأوامر. والمقصود بأسلوب التشريع بأوامر إصدار رئيس الجمهورية قواعد قانونية عامة ومجردة في المجال المحجوز أصلا للبرلمان وفي حالات معينة اختلفت من دستور لآخر، ومن بينها التشريع بأوامر في حالة غياب البرلمان.

ولقد كان أول اعتماد لهذا النوع من الأوامر وهي الصادرة في غياب البرلمان بموجب المادة 153 من دستور الجزائر لسنة 1976، حيث قضت هذه المادة بأنه: " لرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني عن طريق أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة".

في حين أضاف التعديل الدستوري في 3 نوفمبر 1988، قيادا آخر تمثل في أن اقتراح التشريع بأوامر يكون من طرف رئيس الحكومة ، وذلك طبقا للمادة 153 منه المعدلة والتي تنص على انه : " لرئيس الجمهورية ، فيما بين دورتي المجلس الشعبي الوطني، أن يشرع بأمر، بناء على اقتراح من رئيس الحكومة. وتعرض الحكومة الأوامر الصادرة بهذه الكيفية على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة لاحقة ليوافق عليها"¹.

إلا أن دستور 1996 قد نص مرة أخرى على أسلوب التشريع بأوامر، والاعتبارات التي دفعت المؤسس الدستوري الجزائري إلى العودة إلى هذا الأسلوب. جاءت على ذكرها المذكرة الرئاسية لمشروع تعديل الدستور المعروضة على ندوة الوفاق الوطني والمتعلقة بالقيام بإصلاح دستوري لإزالة الثغرات القانونية والدستورية التي تسببت في أزمة دستورية من خلال إقرار أسلوب التشريع بأوامر، كوسيلة وأداة دستورية احتياطية تستعمل لضمان السير العادي للدولة والمؤسسات الدستورية في حالة وقوع الدولة تحت وطأة الضرورة والظروف الاستثنائية².

وقد نصت المادة 124 منه على: " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني ، أو بين دورتي البرلمان ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعد لأغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان ."

ومنه، فانطلاقا من دستور الجزائر لسنة 1976 ثم دستور 1996 على اعتبار أنهما الدستوران الوحيدان اللذان نصا على هذا النوع من الأوامر، فكيف تم تنظيم الأوامر الصادرة في غياب البرلمان دستوريا؟

وبناء عليه، فان دراسة النظام القانوني للأوامر الصادرة في غياب البرلمان يتطلب منا تقسيم هذه الدراسة إلى فكرتين أساسيتين وهما: شروط الأوامر الصادرة في غياب البرلمان، ثم تحديد الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني لهذا النوع من الأوامر.

المطلب الأول / شروط الأوامر الصادرة في غياب البرلمان

كما سبق وذكرنا بان الدستور الجزائري سواء لسنة 1976 أو لسنة 1996، قد قرر سلطة رئيس الجمهورية بالتشريع في غيبة البرلمان بواسطة الأوامر، مع بعض الاختلافات من حيث أن دستور 1976 لم ينص على حالة حل المجلس الشعبي الوطني وعلى وجوب اتخاذ هذه الأوامر في مجلس الوزراء. كما أضاف تعديل 1988 بان يشرع رئيس الجمهورية بأوامر بناء على اقتراح من رئيس الحكومة. وعليه، فماعداهاته الاختلافات تبقى شروط الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان هي نفسها بالنظر لكلي الدستوريين، لذا قسمنا هذه الشروط إلى موضوعية وأخرى شكلية.

الفرع الأول / الشروط الموضوعية للأوامر الصادرة في غيبة البرلمان

تتمثل الشروط الموضوعية للأوامر الصادرة في غيبة البرلمان فيما يلي:

1- شرط الضرورة أو الظروف الاستثنائية

لقد عبر المؤسس الدستوري الجزائري على هذا الشرط بطريقة ضمنية، ومفاده انه إذا كان تدخل رئيس الجمهورية في المجال المخصص للسلطة التشريعية بواسطة أوامر يعد استثناء وليس قاعدة عامة. فمعنى ذلك أن هذا التدخل سببه فكرة الضرورة التي تستدعي سرعة التدخل بأوامر لاتخاذ التدابير الضرورية لمواجهة الأوضاع غير الطبيعية وغير المتوقعة كانتشار أمراض خطيرة، أو فتنة طائفية ...

وفكرة الضرورة تقتضي أن التشريعات القائمة لم تتمكن من مواجهة الأوضاع غير الطبيعية التي ظهرت، أما إذا كان العكس من ذلك، فإنه لا داعي لتدخل رئيس الجمهورية في مجال السلطة التشريعية بأوامر، طالما أن التشريعات لازالت تؤدي الغرض المطلوب منها.

ومن ثم فإن رئيس الجمهورية يتمتع في هذا الشأن بسلطة تقديرية فهو وحده الذي يقدر وجود الضرورة من عدمها، غير أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة لأن الفقهاء اجمعوا على ضرورة خضوع تقدير حالات الضرورة للرقابة، إلا أنهم اختلفوا في تحديد جهة الرقابة. فمنهم من قال بان الرقابة للبرلمان يمارسها لوحده³. أما البعض الآخر يرى أن الرقابة يتشاركها كل من البرلمان والقضاء⁴. ولا شك أن الرأي الثاني أولى بالإتباع لأنه يؤدي إلى إبعاد الاعتبارات السياسية والحزبية في التأثير على الذين يقومون بالرقابة البرلمانية⁵. ولأن التجربة في الجزائر أثبتت أن البرلمان لا يتردد في الموافقة على تلك الأوامر بمجرد عرضها عليه دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن توافر الضرورة عند إصدار تلك الأوامر. بل إن التطبيق الفعلي لهذه السلطة في الجزائر أثبت أن رئيس الجمهورية لا يراعي أي اهتمام لوجود هذا الشرط. بدليل أن الأوامر الخمسة التي أصدرها سنتي 2000 و2001 لا تتضمن أية إشارة إليه بل إن بعضها صدر قبل يوم أو بضعة أيام من افتتاح دورة البرلمان. وفي هذا الإطار نأخذ على سبيل المثال أول أمر صدر في 01 مارس 2000 (أي قبل يوم من افتتاح دورة البرلمان الربيعية المقررة في يوم العمل الثاني من شهر مارس)⁶، وكذا الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 25 فبراير 2002 (صدر قبل بضعة أيام من افتتاح دورة البرلمان الربيعية)⁷.

2- شغور المجلس الشعبي الوطني أو وجود البرلمان في عطلة

لقد أضاف دستور الجزائر لسنة 1996 في المادة 124 منه حالة شغور المجلس الشعبي الوطني بالإضافة إلى وجود البرلمان في عطلة.

1 - حالة شغور المجلس الشعبي الوطني

ما يمكن ملاحظته بان المادة 124 سالفه الذكر لم تحدد لنا الحالات التي يكون فيها المجلس شاغرا لكن من خلال الإطلاع على أحكام الدستور الجزائري لسنة 1996 يتضح أن حالات الشغور قد تتحقق فيما يلي:

- حالة الانحلال الإجباري للمجلس الشعبي الوطني

ويتحقق هذا الفرض في حالة امتناع المجلس الشعبي الوطني عن الموافقة للمرة الثانية على مخطط عمل الحكومة. فقد بين الدستور الجزائري الكيفية التي تعين بها الحكومة ودور المجلس الشعبي الوطني في هذه العملية في المواد 79، 80، 81، 82. وبمقتضاها يتعين على الوزير الأول بعد تعيينه وحكومته من قبل رئيس الجمهورية أن يقدم مخطط عمله إلى المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه، وفي حالة عدم حصوله على تلك الموافقة، يجب عليه تقديم استقالة حكومته إلى رئيس الجمهورية، وعندئذ يتعين على هذا الأخير تعيين وزير أول وحكومة من جديد.

وفي هذه الحالة إذا ما رفض المجلس الشعبي الوطني الموافقة على برنامج الحكومة، فإنه ينحل وجوبا، ومن ثم يدخل المجلس في حالة شغور إلى غاية تجديده في مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، يكون لرئيس الجمهورية الحق فيها بالتشريع بأوامر.

- حالة حل المجلس الشعبي الوطني بقرار من رئيس الجمهورية

إن من سمات النظام البرلماني الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولعل ابرز وسائل تلك الرقابة ما يملكه البرلمان من حق مساءلة الحكومة وفي إسقاطها عن طريق التصويت على ملتمس الرقابة، إلا انه وفي مقابل ذلك تملك السلطة التنفيذية الحق في حل البرلمان في حال وقوع تصادم وانسداد بينهما.

والدستور الجزائري لسنة 1996 وإن لم يعتمد النظام البرلماني المحض، إلا انه اخذ بالخصوصيات سالفه الذكر. لكن ما يهمننا في هذا المقام، ما جاء في المادة 129 منه التي تعطي الحق لرئيس الجمهورية في تقرير حل المجلس الشعبي الوطني، أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها⁸، بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة والوزير الأول.

وإذا كان تقرير إجراء انتخابات مسبقة لا يؤثر على المجلس القائم لأنه يستمر في ممارسة وظائفه إلى غاية تنصيب المجلس الجديد، فإن قرار حل المجلس ينتج أثره فورا بحيث يصير المجلس الشعبي الوطني شاغرا من يوم صدوره وإلى غاية انتخاب المجلس الجديد في مدة أقصاها ثلاثة أشهر⁹، يقوم خلالها رئيس الجمهورية بالتشريع بأوامر.

- حالة استحالة تجديد المجلس الشعبي الوطني عند انتهاء عهده

إذا كانت عهدة المجلس الشعبي الوطني خمس سنوات، إلا أنه ضمنا لاستمرارية المؤسسات يتم النص على إجراء الانتخابات التجددية للمجلس قبل انتهاء تلك المدة، وهكذا نصت المادة 84 في فقرتها الثالثة من القانون العضوي للانتخابات على إجراء الانتخابات في ظرف الأشهر الثلاثة السابقة لانقضاء المدة النيابية الجارية¹⁰. وحسب رأينا فإن الحكمة من إجراء الانتخابات خلال الثلاثة أشهر السابقة لانقضاء المدة النيابية الجارية هي تجنب انقطاع الوظيفة التشريعية، وما قد يسببه هذا الانقطاع من اثر وخيم على سير شؤون الدولة.

لكن المشكل قد يظهر إذا ما حالت ظروف معينة دون إجراء تلك الانتخابات في موعدها المحدد أي قبل انتهاء عهدة المجلس القائم، فهل يستمر المجلس القديم في مهامه إلى غاية توفر الظروف الملائمة لإجراء تلك الانتخابات؟

الواقع أنه لا يمكن لبرلمان انتهت مدته المحددة دستوريا من تجاوزها إلا إذا وجد حكم في الدستور يرخص بذلك، وفي حال انعدام مثل هذا النص فإن الدولة ستجد نفسها محرومة من برلمانها الذي يصير شاغرا. وتفاديا للوقوع في مثل هذا الوضع، نص الدستور الجزائري الحالي على إمكانية تمديد مهمة البرلمان، وربط اللجوء إلى مثل هذا الحل بوجود ظروف خطيرة جدا لا تسمح بإجراء انتخابات عادية والتي يثبتها البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعيتين معا بقرار بناء على اقتراح رئيس الجمهورية واستشارة المجلس الدستوري¹¹.

وبتبني المؤسس الدستوري هذا الحل، تبقى إمكانية شغور المجلس الشعبي الوطني قائمة في الحالتين الأوليتين أي في حالة الحل الإجباري أو بقرار من رئيس الجمهورية وعند تحقق أحدهما فقط يحق لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر.

ب - حالة وجود البرلمان في عطلة

والمقصود بالعطلة البرلمانية أن البرلمان لا يضل منعقدا طوال أيام السنة، وإنما يجتمع لفترة زمنية معينة. وقد ساد العمل منذ دستور الجزائر لسنة 1976 على أن يعقد البرلمان دورتين في السنة وقد نص هذا الدستور على الحد الأقصى لكل دورة وهو ثلاثة أشهر¹². غير أن دستور 1996 فقد نص على الحد الأدنى لكل دورة وهو أربعة

أشهر¹³. وهذا ما يدل على أن البرلمان لا يمكنه القيام بعطلة قبل انتهاء مدة الأربعة أشهر، كما يمكنه تمديد الدورة لأكثر من تلك المدة إلى خمسة أشهر على الأكثر، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من القانون العضوي رقم 99-02 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة¹⁴ بقولها:

" يجتمع المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة في دورتي الربيع والخريف.

تبتدئ دورة الربيع في يوم العمل الثاني من شهر مارس . تبتدئ دورة الخريف في يوم العمل الثاني من شهر سبتمبر. تدوم كل دورة عادية خمسة أشهر على الأكثر من تاريخ افتتاحها "

وبذلك تكون فترة التشريع بأوامر بين الدورة الأولى والثانية محصورة في فترة زمنية لا تقل عن شهر ولا تزيد عن الشهرين. وهذا على خلاف ما كان عليه الوضع في دستور الجزائر لسنة 1976 حيث كان الرئيس يملك حق التشريع بأوامر لفترة لا تقل عن ثلاثة أشهر بين دورة وأخرى، ما دام أن المؤسس الدستوري كان قد حدد الحد الأقصى للدورة الواحدة بثلاثة أشهر وترك للبرلمان تحديد حدها الأدنى. وهذا ما كانت تنص عليه المادة 95 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني بقولها: " يعقد المجلس الشعبي الوطني دورتين في السنة تدوم كل واحدة منها ثلاثة أشهر على الأكثر، وتسمى هاتان الدورتان:

- دورة الربيع وتبتدئ في افريل - دورة الخريف وتبتدئ في أكتوبر ... "

وعليه فكل من المجلس الشعبي الوطني ورئيس الجمهورية كان يشترط لمدة ستة أشهر، بل إن مدة رئيس الجمهورية كان يمكن أن تزيد عن ذلك إذا ما فضت دورة المجلس قبل انقضاء مدة الثلاثة أشهر.

وما يمكن الإشارة إليه أن عبارة " بين دورتي البرلمان " الواردة في المادة 124 قد تطرح التساؤل حول المقصود منها، لاسيما إذا علمنا أن الدستور في المادة 118 في فقرتها الثانية يسمح للبرلمان بالاجتماع في دورة غير عادية بمبادرة من رئيس الجمهورية، أو باستدعاء منه بناء على طلب الوزير الأول، أو من ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني. فهل ينصرف ذلك التعبير إلى الدورتين العاديتين فقط؟ ومن ثم يبقى

رئيس الجمهورية محتفظاً بحقه في التشريع بأوامر في الفترة الممتدة بين تلكما الدورتين حتى وإن تخللها اجتماع غير عادي للبرلمان ؟ أم أن حقه يزول بمجرد انعقاد البرلمان سواء لدورة عادية أو غير عادية ؟

الواقع انه بالنظر إلى الصيغة التي وردت بها عبارة " بين دورتي البرلمان "، فإننا نستخلص منها أنها تشير بما لا يدع مجالاً للشك إلى الدورتين العاديتين، فكلمة دورتي جاءت في صيغة المثني ومعرفة بإضافة كلمة البرلمان وهما الدورتان اللتان أشارت إليها المادة 118 في فقرتها الأولى بقولها: " يجتمع البرلمان في دورتين عاديتين كل سنة ...". وهذا على خلاف المادة 153 دستور 1976 التي جاءت بصيغة مفردة وغير معرفة فنصت على حق رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر فيما بين دورة وأخرى، وهو ما قد يسمح بالاعتقاد بشمول كلمة (دورة) للدورة العادية وغير العادية.

وتماشياً مع ما سبق أن توصلنا إليه من أن سلطة التشريع بأوامر هي سلطة استثنائية لا يستعملها رئيس الجمهورية إلا إذا واجهت البلاد - وقت غياب البرلمان - ظروف لا يمكن دفعها إلا بنصوص تشريعية. فإننا نرى أن رئيس الجمهورية لا يحق له استعمال تلك السلطة إذا كان بمقدوره دعوة البرلمان إلى دور انعقاد غير عادي. أما إذا وقعت تلك الظروف والبرلمان منعقد في دورة غير عادية، فلا يملك الرئيس في هذه الحالة إلا استعمال سلطة التشريع بأوامر لأنه لا يمكن أن يطلب من الدورة غير العادية دراسة مسألة غير مدرجة مسبقاً في جدول الأعمال المحدد في المرسوم الرئاسي الذي دعا إليها، وذلك طبقاً لنص المادة 118 من دستور 1996 في فقرتها الأخيرة، وكذا المادة 4 من القانون العضوي 99-02 السالف الذكر في فقرتها الأخيرة أيضاً¹⁵.

الإشكال الآخر الذي تثيره نفس العبارة " بين دورتي البرلمان "، هل قطع الدورة المنعقدة يعتبر حالة من حالات بين دورتي انعقاد البرلمان¹⁶ ؟ كما فعل المجلس الشعبي الوطني عندما قرر تجميد جلساته في شهر ديسمبر من سنة 1998 عندما اعترض مجلس الأمة على نظر القانون الأساسي للنائب، والذي سبق للمجلس الوطني أن وافق عليه. إن الفقه في مصر يذهب إلى أن فترة تأجيل انعقاد البرلمان، لا تعد واقعة بين ادوار الانعقاد. ومن ثم لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يتدخل في المجال المخصص للسلطة التشريعية. وتفسير ذلك أن هذه الفترة تقطع دور انعقاد البرلمان، وحينما

يعود البرلمان إلى الانعقاد من جديد فإنه يستكمل الدورة نفسها التي قطعت، ولا يعتبر في حالة انعقاد جديد، بل يطيل دورته مدة مساوية لمدة التأجيل.

3- محل الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان

إن الأوامر الصادرة في غياب البرلمان طبقا لدستور 1996 بإمكانها أن تعدل أو تلغي القوانين العضوية، بالرغم من أن هذه الأخيرة أسى من التشريعات العادية، والسبب في ذلك أن كلا من التشريعات العادية والقوانين العضوية، تدخل في المجال التشريعي العائد للبرلمان، وأن المادة 124 جاءت بصيغة العموم عندما قالت "يشرع بأوامر" ولم تستثن القوانين العضوية من الخضوع لهذا الحكم.

أما عن دستور الجزائر لسنة 1976 فقد عرف القوانين العادية فقط، كما ذكر الدكتور عزاوي عبد الرحمان بان من المستحدثات التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة 1996، إدخال المؤسس مصطلحا جديدا في قاموس القانون الوضعي الدستوري الجزائري، ألا وهو مصطلح القانون العضوي¹⁷.

والنتيجة أن الأوامر الصادرة في غياب البرلمان في تلك الفترة كانت لتعدل أو تلغي القوانين العادية.

4- الأغلبية المشترطة من قبل البرلمان للموافقة على الأوامر

تختلف هذه الأغلبية باختلاف نوع المجال التشريعي الذي تدخل فيه رئيس الجمهورية بأوامر. فإذا تدخل في المجال المنصوص عليه في المادة 122 من دستور 1996 أي التشريعات العادية، فإن الأغلبية المشترطة هي الأغلبية البسيطة بالنسبة لأعضاء المجلس الشعبي الوطني وأغلبية ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة. أما تدخل رئيس الجمهورية في مجال السلطة التشريعية المنصوص عليه في المادة 123 من دستور 1996 أي القوانين العضوية، فإن الأغلبية المشترطة هي الأغلبية المنصوص عليها في تلك المادة أي الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الشعبي الوطني وأغلبية ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة.

أما دستور 1976 بما انه نص على القوانين العادية فقط (المادة 151 منه) دون العضوية فإن الأغلبية المشترطة آنذاك للموافقة عليها هي الأغلبية العادية أو البسيطة

لأعضاء المجلس الشعبي الوطني، وهي نفس الأغلبية الواجب توافرها للموافقة على الأوامر الصادرة في غياب البرلمان.

5- المدة اللازمة لعرض الأوامر على البرلمان

لقد حرص المؤسس الدستوري على تحديد المدة التي يجب أن تعرض فيها الأوامر التي اتخذها رئيس الجمهورية على البرلمان في كل من دستور 1976 و1996، بان يكون ذلك مباشرة في أول دورة للبرلمان من يوم اتخاذ تلك الأوامر. وهذا الشرط من شأنه أن يمنع أي إهمال أو تقصير متعمد من جانب رئيس الجمهورية في عرض ما أصدره من أوامر على الجهة التي تملك أصلاً حق التشريع. غير أن المؤسس الدستوري سكت عن الجزاء المترتب عن عدم إيداع الأوامر في أول دورة للبرلمان، ولذلك، فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية الأوامر على البرلمان في أول دورة ليوافق عليها أو يلغها، فإن هذه الأوامر تبقى أعمالاً إدارية، مادام البرلمان لم يوافق عليها، وبالتالي ستبقى خاضعة للقضاء الإداري وبالأخص مجلس الدولة.

كما أن المؤسس الدستوري لم يحدد بدقة نوع الدورة التي تعرض فيها الأوامر التشريعية هل هي دورة عادية أم غير عادية؟ اننا نعتقد أن تلك الدورة لا يمكن أن تكون سوى الدورة العادية، والذي يدفعنا إلى هذا الاعتقاد سببان: السبب الأول: انه لا يوجد ما يدفع رئيس الجمهورية إلى الإسراع بعرض الأوامر على غرفتي البرلمان، فالدستور لم يرتب أي جزاء في حال التأخر عن عرضها أو حتى في عدم عرضها.

السبب الثاني: إن الذي له حق استدعاء البرلمان لدورة غير عادية هو رئيس الجمهورية ذاته. ومن ثم، لا يتصور أن يبادر من تلقاء نفسه بهذا الإجراء ليستعجل وضع ما اتخذ من أوامر تحت رقابة البرلمان مع ما تتضمنه تلك الرقابة من احتمال إلغاء تلك الأوامر وحتى وإن كان طلب عقد الدورة وارداً إليه من الوزير الأول أو من ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني، فليس ثمة ما يلزم رئيس الجمهورية بالاستجابة إلى طلبهم.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان تحتاج لاتخاذها إلى شروط شكلية بالإضافة إلى الشروط الموضوعية التي تم تحديدها أعلاه.

الفرع الثاني / الشروط الشكلية للأوامر الصادرة في غيبة البرلمان

إن الشروط الشكلية الواجب توافرها لصحة الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان منها ما هو سابق لاتخاذ هذه الأوامر ويتمثل في وجوب اتخاذها في مجلس الوزراء. أما الشرط الآخر وهو شرط لاحق لاتخاذ هذا النوع من الأوامر ألا وهو ضرورة عرضها على البرلمان من اجل الموافقة عليها أوإلغائها.

1- اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء:

كما سبق وتطرقتنا إلى أن الشرط الوحيد الذي كان يقيد رئيس الجمهورية في استعماله لسلطة التشريع بأوامر في دستور 1976 كان يتمثل في غياب البرلمان. بيد أن نص المادة 124 من الدستور الحالي أضاف شرطا آخر يتمثل في وجوب أن تتخذ تلك الأوامر في مجلس الوزراء.

إذن قبل صدور الأمر يعرض كمشروع أمر على مجلس الوزراء، كما هو الشأن بالنسبة لمشاريع القوانين مع استبعاد اخذ رأي مجلس الدولة حول الموضوع. ومنه هل يمكن لرئيس الجمهورية استخدام حق الفيتو ضد أمر يرفضه الوزراء والوزير الأول؟ عمليا مجلس الوزراء لا يمثل إلا جهازا تحت سلطة رئيس الجمهورية، وبما أن النظام الجزائري لا يأخذ بنظام التوقيع المجاور أو المزدوج من رئيس الجمهورية والوزير الأول فرئيس الجمهورية لن يجد أية صعوبة في تحقيق هذا الشرط¹⁸.

2- عرض الأوامر على البرلمان

إن الإقرار لرئيس الجمهورية بممارسة صلاحية تدخل في مجال اختصاص السلطة التشريعية الغرض منه مواجهة أوضاع غير طبيعية وغير متوقعة قد تتعرض لها الدولة في فترة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان. لذا فان عرض هذه الأوامر على البرلمان يعد أمرا منطوقيا لابد منه، وإلزام رئيس الجمهورية (المادة 153 من دستور 1976 و المادة 124 من دستور 1996) بعرض الأوامر التي اتخذها على البرلمان في أول دورة تلي اتخاذها من شأنه منع تهاون رئيس الجمهورية في عرض الأوامر على ممثلي الشعب. وبتساءل إن كان بإمكان البرلمان الموافقة على بعض أحكام الأمر دون الأحكام الأخرى؟ نظريا وبالاستناد للقاعدة الأصولية التي مضمونها " من يملك الكل يملك الجزء"، فانه يجوز للبرلمان أن يوافق على بعض أجزاء الأمر، ويعترض على أجزاء أخرى من

نفس الأمر. لكن بالرجوع إلى النصوص القانونية، فالبرلمان يمكنه إما الموافقة أو الرفض، فالمادة 38 من القانون العضوي 99-02 تنص على عرض الأمر بكامله للتصويت والمصادقة عليه دون مناقشة ولا تعديل، وتعد لاغية الأوامر التي لا تحوز موافقة البرلمان عليها أي وكأنها لم توجد أصلا. وإن كان مستبعدا وقوف البرلمان الحالي أمام إرادة رئيس الجمهورية الذي يحظى بأليات صلبة جدا أهمها حق الحل وحق اللجوء للاستفتاء¹⁹.

أما في دستور 1976، فالأوامر الصادرة في تلك الفترة طبقا للمادة 153 منه كان لابد من عرضها على المجلس الشعبي الوطني من قبل رئيس الجمهورية طالبا الموافقة كليا عليها بدون أي نقاش لا على مستوى اللجان ولا على مستوى الجلسات العامة. حيث نصت المادة 154 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني: " تعرض الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية فيما بين الدورات على المجلس الشعبي الوطني للموافقة طبقا للمادة 153 من الدستور ". أما نص المادة 155 فجاء كما يلي: " يسجل مكتب المجلس الشعبي الوطني في جدول أعماله ... الموافقة على الأوامر بدون إحالتها على اللجان المختصة ". وما دام أن دستور 1976 لم ينص على مصير الأوامر المرفوضة من قبل المجلس الشعبي الوطني، فيمكن القول بان رفضها يؤدي إلى إلغائها ولكن بأثر مباشر وليس رجعي نظرا لما قد تكون رتبته هذه الأوامر من حقوق ومراكز قانونية من تاريخ صدورها.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يواجه فرضية اتخاذ البرلمان لموقف سلبي أي التزامه جانب الصمت، وعدم التعبير عن رأيه اتجاه الأوامر التي عرضت عليه. ولمواجهة هذه الوضعية، فاننا نعتقد أن المادة 124 من دستور 1996²⁰، اشترطت أن تكون موافقة البرلمان على الأوامر التي عرضت عليه صريحة عندما استعمل عبارة " لتوافق عليها " هذا من جهة، و من جهة أخرى مهما طالت مدة سكوت البرلمان اتجاه الأوامر المعروضة عليه، فان ذلك لن يؤدي إلى المساس بحقوق وحرية الأفراد، طالما أن الأوامر المتخذة من طرف رئيس الجمهورية في هذه الحالة ولغاية تعبير البرلمان عن موقفه اتجاهها، تعد قرارات إدارية قابلة للطعن فيها قضائيا أمام القاضي الإداري، بالإضافة إلى إمكانية خضوعها للرقابة على دستورية القوانين.

المطلب الثاني / التكييف القانوني للأوامر الصادرة في غياب البرلمان

كما سبق الذكر فإن الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان عرفها كل من دستور الجزائر لسنة 1976 و 1996. لذا سوف نتطرق في هذا الفرع إلى موقف الفقه الجزائري من الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في غيبة البرلمان طبقا للمادة 153 من دستور 1976، وكذا موقفه من الأوامر الصادرة طبقا للمادة 124 من دستور 1996. أما عن القضاء الجزائري فلم تكن له الفرصة ليقول كلمته بشأنها.

الفرع الأول / موقف الفقه الجزائري اتجاه الأوامر الصادرة في غياب البرلمان طبقا لدستور 1976

لقد ذهب غالبية الفقه الجزائري إلى اعتبار الأوامر الصادرة طبقا للمادة 153 من دستور 1976 عملا تشريعيًا، على أساس أن رئيس الجمهورية كان يتقاسم الوظيفة التشريعية مع المجلس الشعبي الوطني .

وفي هذا الصدد يقول الدكتور سعيد بوشعير: " لما كانت المؤسسة التنفيذية تتمتع بالاختصاص التشريعي، إلى جانب المجلس بواسطة الأوامر التي تعرض على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة للموافقة عليها. فإن هذه الأوامر تكتسب الصفة التشريعية بمجرد إصدارها. وبالتالي فإن المسألة لا تبقى معلقة على موافقة المجلس بعد مناقشتها، ذلك أن الدستور لا يمنح أية سلطة للمجلس في مراقبة أعمال المؤسسة التنفيذية في مجال التشريع بل انه يقيد من سلطته من خلال إلزامه بالموافقة على تلك النصوص بدون مناقشة وفي أول دورة، وهذا ما أكده النظام الداخلي للمجلس والتطبيق العملي. مما يقضي على فكرة الاعتماد على احد المعيارين الشكلي أو المادي للتمييز بين أعمال التشريع وأعمال التنظيم في هذا المجال. ذلك أن موافقة المجلس لا تضي على الأوامر الصفة التشريعية نظرا لاكتسابها تلك الصفة بموجب النص الدستوري، وعليه فإن المعيارين يكملان بعضهما البعض. وهذا معناه تمتع المؤسساتين بسلطة التشريع، وإن كان الاختلاف يبدو في التسمية، حيث يسمى تشريع الرئيس بالأمر، وتشريع المجلس بالقانون إذ أن هذا الأخير لا يمارس سلطة المراقبة بالمصادقة على أوامر الرئيس فينقلها بالتالي من مجال الأعمال الإدارية إلى مجال الأعمال التشريعية. بل إنها أعمال تشريعية بمجرد صدورها من الرئيس مما

يحول الموافقة إلى إجراء شكلي، ذلك أن القاضي يستوحي منها أحكامه ولا يستطيع أن يلغها ولا المجلس أيضا. فالمقصود من عرضها على المجلس هو إخطار النواب فقط ذلك أن هذه الأوامر تكتسب قوة القانون بمجرد صدورها. و منه فالمؤكد أن هذه الأعمال التي تصدر عن رئيس الجمهورية هي أعمال تشريعية وليست إدارية²¹.
وبالنظر لما قيل سابقا، فالأوامر الصادرة تطبيقا لنص المادة 153 من دستور 1976 أعمال تشريعية منذ صدورها.

لكن الواقع وفي اعتقادنا، فالأوامر الصادرة في غيبة البرلمان تطبيقا لنص المادة 153 من دستور 1976 تبقى محتفظة بطبيعتها القانونية والمتمثلة في كونها قرارات إدارية ذلك بالنظر إلى مصدرها وهو رئيس الجمهورية الذي يتخذها في المجال التشريعي بالرغم من انه سلطة تنفيذية، إلى حين الموافقة عليها من قبل البرلمان. فهذه الموافقة البرلمانية هي التي تضي عليها الصفة التشريعية وليس المدة التي كان يملكها كل من رئيس الجمهورية والبرلمان لممارسة الوظيفة التشريعية وهي ستة أشهر. والأكثر من ذلك فإذا وافق البرلمان على الأمر فلن يصدر هذا الأخير في شكل أمر مرة أخرى بل في شكل قانون، ومنه يتحول من قرار إداري إلى قانون ويتحصن من الرقابة القضائية.
الفرع الثاني / موقف الفقه الجزائري اتجاه الأوامر الصادرة في غياب البرلمان طبقا لدستور 1996

إن غالبية الفقه الجزائري يعتبر الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان طبقا لنص المادة 124 من دستور 1996 قرارات إدارية قبل عرضها على البرلمان لتتحول بعد موافقة البرلمان عليها إلى أعمال تشريعية أو تشريعات. وهذا ما ذهب إليه الأستاذ مراد بدران بقوله: " إن تلك الأوامر وإن كانت متمتعة في الفترة السابقة على موافقة البرلمان عليها بالطبيعة الإدارية، وتمتعة بقوة التشريع، فإنها تتحول بعد موافقة البرلمان عليها إلى تشريعات، شأنها شأن التشريعات الصادرة من البرلمان بكل ما يترتب عن ذلك من نتائج. وبما أن الجزائر لا تأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، فمعنى ذلك انه لا يجوز الطعن فيها قضائيا بعد موافقة البرلمان عليها، وبالتالي ستبقى خاضعة لرقابة المجلس الدستوري عليها إذا اخطرت طبيعا"²².

وطبقا لما قاله الأستاذ مراد بدران فالأوامر المتخذة في غيبة البرلمان والتي يجب أن تعرض على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له ليوافق عليها، تعتبر قرارات إدارية عند صدورها، أما إذا وافق عليها البرلمان، فإنها تتحول منذ تلك اللحظة إلى تشريعات. كما أن الموقف سالف الذكر قد سار عليه الدكتور نصر الدين بن طيفور حيث جاء قوله كالآتي: "الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان لا تكتسب تلك الصفة التشريعية إلا بعد موافقة البرلمان عليها، وقبل ذلك تكون مجرد قرارات إدارية مماثلة لسائر القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار اختصاصاته التنظيمية وتخضع بالتالي لرقابة القضاء"²³.

من خلال ما قيل سابقا، نخلص إلى أن الأوامر الصادرة في غياب البرلمان طبقا لنص المادة 124 من الدستور هي قرارات إدارية، تخضع لرقابة القضاء الإداري سواء بالإلغاء أو التعويض. كما تخضع لرقابة المجلس الدستوري طبقا لنص المادة 165 من دستور 1996 إذا تم إخطاره عملا بالمادة 166 من نفس الدستور²⁴. أما بعد موافقة البرلمان فتتصف بالصفة التشريعية ومنه تتملص من رقابة القضاء الإداري لتبقى خاضعة لرقابة المجلس الدستوري.

خاتمة

إن الاعتراف بدور تشريعي أو وظيفة تشريعية لرئيس الجمهورية لا يكون إلا بضوابط معينة، وتحت رقابة جهات معينة أي وفقا لشروط وضوابط قانونية كما ذكرنا أعلاه لا بد من توافرها للقول بصحة الأوامر الصادرة في غياب البرلمان عن ممثل السلطة التنفيذية.

ومنه، إن سلطة التشريع يمتلكها البرلمان، ولتأكيد هذه الحقيقة، اوجب المؤسس الدستوري عرض الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في غيبة البرلمان على هذا الأخير في أول دورة له، وهو ما يمكن اعتباره ضمانا هامة تسمح للبرلمان بمراقبة ما اتخذ في غيابها من تشريعات، لكن الذي افقد تلك الضمانة سببان:

السبب الأول: يتمثل في ذلك الدور الذي حجز للبرلمان في هذا الخصوص، حيث المطلوب منه حسب صياغة المادة 124 من الدستور الموافقة فقط على ما اتخذته رئيس الجمهورية، في حين أن الأصل ينبغي أن لا ينقص من دوره، بل يتعداه

للتعديل، وهذا يعتبر إجحافا في حق البرلمان باعتباره الجهة المنوط بها دستوريا توفير حقوق وحرية الأفراد.

السبب الثاني: يعود إلى إغفال النص على ترتيب جزاء على تلك الأوامر التي لم يتم إيداعها من قبل رئيس الجمهورية لدى البرلمان، وأيضا في حال عدم البث من قبل هذا الأخير في مصيرها بعد عرضها عليه. ولكن بالرغم من ذلك فالشيء الوحيد الذي يخفف من حدة هذا الوضع هو أن هذه الأوامر مادام البرلمان لم يبدي رأيه فيها تبقى قرارات إدارية تخضع للرقابة القضائية وكذا الدستورية.

وبالتالي، فما يمكن اقتراحه في تعديل المادة 124 من الدستور هو على النحو التالي:

- أن يضاف إلى قيد شغور المجلس الشعبي الوطني أو عطلة البرلمان قيد آخر يتمثل في وجود حالة استعجال لا تسمح بالانتظار إلى غاية اجتماع البرلمان في دورة عادية أو استثنائية ليعالجها.

- أن يرتب جزاء في حالة عدم قيام رئيس الجمهورية بعرضها على البرلمان في أول دورة له ليمارس حقه في رقابتها، لأن المنطق يقضي بالسماح لهذا الأخير بتبيان موقفه من الأوامر فالتشريع في الأصل هو من اختصاص البرلمان.

الهوامش

1. صدر تطبيقا للمادة 153، 35 أمرا تشريعا خلال الفترة الممتدة من سنة 1976 إلى غاية إقرار دستور 1989 وذلك بالنظر للجرائد الرسمية التالية: الأعداد الصادرة من 1976/30/5 إلى 1989/11/23.

2. « Le mémorandum propose de profondes réformes tant au plan institutionnel que juridique pour corriger les incohérences au niveau de l'équilibre des pouvoirs etc...consolider les fondements et le cadre institutionnel du pluralisme démocratique.

Huit (8) séries d'amendements à la constitution sont envisagé :

C- La réélection du président de la république ne serait possible qu'une seule fois, par ailleurs, le Président de la République pourrait légiférer par voie d'ordonnances dans certaines situations particulières afin d'assurer, en tout circonstance, la continuité de l'Etat » . CF. Mohamed BOUSSOUMAH, La situation de la constitution de 1989 entre le 11 janvier 1992 et le 16 novembre 1995, idara, Algérie, 2001, pp 99-100.

3. انظؤ، سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، 1976 مصر، ص 514.

4. انظر، محمود حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1985، ص 269.

5. انظر، محمود أبو السعود حبيب، الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية في الظروف الإستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، 1990، ص 148.

6. انظر، الأمر رقم 01-2000 المتعلق بإدارة ولاية الجزائر والبلديات التابعة لها، الجريدة الرسمية رقم 9 لسنة 2000.

7. انظر، الأمر رقم 03-02 المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2002.

8. استعمل رئيس الجمهورية حقه في إجراء انتخابات تشريعية مسبقة مرتين في مايو 1991 وديسمبر من نفس السنة. أوردته إدريس بوكرا، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، القسم الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 340.
9. انظر، المادة 129 في فقرتها الثانية من دستور الجزائر لسنة 1996.
10. انظر، القانون العضوي رقم 01-12 المؤرخ في 14 يناير 2012 المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية رقم 01 لسنة 2012.
11. انظر، المادة 102 من دستور 1996 في فقرتها الرابعة والخامسة.
12. انظر، المادة 146 من دستور 1976: يجتمع المجلس الشعبي الوطني في دورتين عاديتين كل سنة، مدة كل دورة ثلاثة أشهر على الأكثر...
13. انظر، المادة 118 من دستور 1996: يجتمع البرلمان في دورتين عاديتين، و مدة كل دورة أربعة أشهر على الأقل...
14. الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 1999.
15. انظر، الفقرة الأخيرة من المادة 118 من دستور 1996 التي تنص على: "تختتم الدورة غير العادية بمجرد ما يستنفذ البرلمان جدول الأعمال التي استدعي من اجله"، وكذا الفقرة الأخيرة من المادة 4 من القانون العضوي 99-02 والتي نصت على: "يحدد المرسوم الرئاسي المتضمن دعوة البرلمان لعقد دورة غير عادية، جدول أعمال الدورة".
16. انظر، سيد بصري، اللوائح التشريعية، دار النهضة العربية، مصر، 1944، ص 37.
17. انظر، عبد الرحمان عزاوي، فئة القوانين الجديدة: القوانين العضوية أو النظامية وفقا للدستور الجزائري المعدل سنة 1996، المجلة القانونية التونسية، 2002، مركز النشر الجامعي، ص 57.
18. انظر، عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007، ص 55.
19. انظر، عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص 56.
20. وكذا المادة 153 من دستور الجزائر لسنة 1976.
21. انظر، سعيد بوشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري، الجزء الثاني، رسالة دكتوراه دولة في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، ديسمبر 1984، ص 306.
22. انظر، مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2004-2005، ص 25.
23. انظر، نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2002 - 2003، ص 285.
24. قرار رقم 02 / ق.ا / م.د / 2000 المؤرخ في 27 فبراير 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 31 مايو 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، الجريدة الرسمية رقم 07 الصادرة في 28 فبراير 2000.

ظاهرة غياب أعضاء البرلمان في دساتير الدول العربية*
 (الأسباب . المشكلات . الحلول)
 دراسة مقارنة في الجزائر، تونس، مصر

LASLEDJ Nawel, M A "A"
 Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
 Université de Skikda

لصلح نوال أستاذة مساعدة قسم " أ "
 كلية الحقوق والعلوم السياسية،
 جامعة سكيكدة

ملخص

يشكل عضو البرلمان المفتاح الرئيسي لتحريك السلطة التشريعية، وذلك من خلال الأدوار الرئيسية المنوطة به سواء على المستوى الوطني باعتباره ممثلاً للأمة، أو من خلال دوره المحلي باعتباره وليد دائرته الانتخابية التي أوصلته إلى المقعد النيابي، وهذا كله من أجل أداء برلماني يدفع بالمؤسسة التشريعية إلى الأمام لتجسيد استقلالها، كما يشكل في نفس الوقت اعتراف بقيمة النواب على المستوى القانوني.

ولكن على المستوى الواقعي يلاحظ ظاهرة الغياب التي ألفت بظلالها على المؤسسة التشريعية فقد باتت مقاعد البرلمان شاغرة أثناء المناقشات وأثناء التصويت، وهذا كله يرجع إلى سيطرة السلطة التنفيذية، إضافة إلى غياب نصوص قانونية ردية تحمل النواب على الحضور.

الكلمات الدالة

عضو البرلمان، السلطة التشريعية، غياب أعضاء البرلمان، الدساتير

* تمّ استلام المقال بتاريخ 02/02/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 06/04/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 10/11/2015.

**Phenomenon of members parliament absence in the Arab States
Constitutions
(Causes, Problems, Solutions)
A Comparative Study in Algeria, Tunisia, Egypt**

summary

The parliament member constitutes the principal key in order to move the legislative authority and this by the way of the principal functions that are relative at the national extent as it is considered as a representative of the nation, or by his local function because it is appeared for the first time at his electoral sub-prefecture who conduct it to the parliament seat ,all this in order to concretize a parliament duty that pushes forward the legislative enterprise to realize his independence ,besides at the same time it constitutes recognition of parliament value at the juridical extent.

But at the real level we observe the widespread of the absence phenomenon at the legislative enterprise, the parliament seats has became empty during the debates and during absence of the repressive juridical texts that obliged the parliamentarians to be present .

Key words

Parliament members, the legislative power, absence of parliament members constitutions.

**Phénomène d'absence des membres du parlement dans les constitutions
des pays arabes
(Les causes, les problèmes, les solutions)
Etude comparative en Algérie, Tunisie, et L'Egypte**

Résumé

Le membre du parlement constitue la clé principale pour mouvoir l'autorité législative et cela à travers les rôles principales qui y sont relatifs soit au niveau national comme étant considéré un représentant de la nation, ou à travers son rôle local comme étant il a vu le jour dans sa sous –préfecture électorale qui l'a mené au siège parlementaire ,tout cela afin de concrétiser un devoir parlementaire qui pousse l'entreprise législative en avant pour réaliser son indépendance .en outre il constitue en même temps une reconnaissance de la valeur des parlementaires au niveau juridique .

Mais au niveau réel on observe le phénomène de l'absence qui règne au sein de l'entreprise législative, les sièges du parlement sont devenus vides durant les discussions et pendant le l'absence des textes juridiques répressifs qui obligent les parlementaires à être présents.

Mots clés

Le membre du parlement, le pouvoir législative, l'absence des membres du parlement, les constitutions.

مقدمة

يعتبر أعضاء البرلمان المحرك الرئيسي و الأساسي لدواليب السلطة التشريعية من خلال المهام المسندة إليهم من تشريع ورقابة.

فأعضاء البرلمان هم نواب الأمة و ثقل الأمانة الموكلة إليهم تفرض الانضباط في ممارسة عملهم البرلماني احتراماً للدستور و الأنظمة الداخلية و التقيد بأخلاقيات العمل البرلماني، لأن العضوية البرلمانية ليست امتياز شخصي بقدر ما هي أمانة تقتضي العمل الدؤوب على إيجاد حلول واقعية للقضايا الملحة للشعب عن طريق المواظبة لحضور اجتماعات البرلمان ولجانته سعياً لأداء الدور المنوط بهم في النظام السياسي.

صحيح أن طبيعة المناقشات داخل البرلمان تظل العامل الموضوعي الحاسم في أداء العضو داخل البرلمان، لكن يبقى عدد الأعضاء الحاضرين بدايةً أمراً مؤثراً، كما أنه أمر في غاية الأهمية في عملية التصويت على ما يتخذه البرلمان من قرارات أو توصيات في المجالين التشريعي و الرقابي، لكن ومع ذلك فقد باتت ظاهرة الغياب تلقي بضررها على واقع البرلمان، حيث أصبحت معظم القضايا التي تحتاج إلى تصويت البرلمان معطلة بسبب الغياب المتكرر للنواب و بدأت وتيرته في التزايد نتيجة لتنامي العديد من الأسباب و هذه الظاهرة لا نجدها في الجزائر فقط وإنما حتى في أعرق الديمقراطيات مما جعل البعض يشكك في مصداقية و شرعية السلطة التشريعية، فما هي عوامل و أسباب تنامي هذه الظاهرة في الدول العربية ؟ و ماهي الحلول المقترحة لمحاربة هذه الظاهرة ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا هذه المقالة إلى ثلاثة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: سير العمل البرلماني

المبحث الثاني: الانضباط البرلماني

المبحث الثالث: النتائج المترتبة على الإخلال بالانضباط البرلماني

المبحث الأول / سير العمل البرلماني

يقوم أعضاء البرلمان بأعمالهم النيابية المنوطة بهم من خلال نظام الدورات و الجلسات المحددة لأعمالهم، و المضبوطة وفق نظام قانوني يجب عليهم احترامه سواء كان الدستور أو النظام الداخلي .

المطلب الأول / الدورات

من المعلوم أن البرلمانات لا تمارس اختصاصاتها الكاملة إلا أثناء دوراتها، ولكن هذا لا يعني أنها تغلق أبوابها إلى حين افتتاح الدورة¹، فاللجان الدائمة تستمر في عملها لدراسة مشاريع و اقتراحات القوانين خارج الدورة باعتبارها مخابر للتشريع على حد تعبير الفقيه " برتلي"²

و يختلف عدد الدورات من دولة إلى أخرى، فالمشعر الجزائري يأخذ بنظام الدوريتين، وذلك بنص المادة 118 من دستور 1996 المعدل " يجتمع البرلمان في دورتين عاديتين في السنة ومدة كل دورة أربعة أشهر على الأقل.

يمكن أن يجتمع البرلمان في دورة غير عادية بمبادرة من رئيس الجمهورية، ويمكن كذلك أن يجتمع باستدعاء من رئيس الجمهورية، بطلب من الوزير الأول، أو بطلب من 2/3 من أعضاء المجلس الشعبي الوطني.

تختتم الدورة غير العادية بمجرد ما يستنفذ البرلمان جدول الأعمال الذي أستدعي من أجله "

و قد فصل القانون العضوي 02/99 المنظم للعلاقة الوظيفية بين الحكومة و غرفتي البرلمان هاتين الدوريتين، وهما دورتي الربيع و الخريف، تبتدئ دورة الربيع في يوم العمل الثاني من شهر مارس، تبتدئ دورة الخريف في يوم العمل الثاني من شهر سبتمبر، و تدوم كل دورة عادية خمسة أشهر على الأكثر من تاريخ افتتاحها، ويتم تحديد تاريخ اختتام كل دورة بالتنسيق بين مكتي الغرفتين و بالتشاور مع الحكومة³ وهو ما يعني أن دورة البرلمان مقيدة من حيث فترتها، فضلا على أن البرلمان لا يجتمع طيلة الأسبوع نظرا لتوزيع العمل بين اللجان و الجلسات العامة، كما أن كثرة الأعمال تقتضي منح الأعضاء في اللجان والجلسات قدرا من الراحة لاستعادة نشاطهم، أي أن مدة أربعة أشهر على الأقل لا تعني الاجتماع كل يوم، وهذا التحديد يؤثر سلبا على مكانة البرلمان بموجب تقليص مدة الدورة، لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار تشريع رئيس الجمهورية بموجب أوامر فيما بين الدوريتين⁴، على عكس بعض الدول كتونس ومصر فإنها تأخذ بنظام الدورة الواحدة⁵ فقد نص الفصل 57 من الدستور التونسي الجديد 2014 على أن " يعقد مجلس نواب الشعب دورة عادية تبتدئ خلال شهر

أكتوبر من كل سنة وتنتهي خلال شهر جويلية، على أن تكون بداية الدورة الأولى من المدة النيابية لمجلس النواب في أجل أقصاه 15 يوما من الإعلان عن النتائج النهائية للانتخابات بدعوة من رئيس المجلس المتخلى.

وفي صورة تزامن بداية الدورة الأولى من المدة النيابية لمجلس نواب الشعب مع عطلته تعقد دورة استثنائية إلى غاية منح الثقة للحكومة.

و يجتمع مجلس نواب الشعب أثناء عطلته في دورة استثنائية بطلب من رئيس الجمهورية أو من رئيس الحكومة أو من 1/3 أعضائه للنظر في جدول أعمال محدد.⁶

و نصت المادة 115 من دستور 2014 المصري الجديد " يدعو رئيس الجمهورية مجلس النواب للانعقاد الدور السنوي قبل يوم الخميس الأول من شهر أكتوبر، فإذا لم تتم الدعوة، يجتمع المجلس بحكم الدستور في اليوم المذكور .

ويستمر دور الانعقاد العادي لمدة 09 أشهر على الأقل، ويفض رئيس الجمهورية دور الانعقاد بعد موافقة المجلس، ولا يجوز ذلك للمجلس قبل اعتماد الموازنة العامة للدولة.

و يجوز انعقاد مجلس النواب في اجتماع غير عادي لنظر أمر عاجل بناء على دعوة من رئيس الجمهورية، أو بطلب موقع من 1/10 من أعضاء المجلس على الأقل ."

يلاحظ أن هناك سيطرة كبيرة من قبل رئيس الجمهورية في مصر في مجال انعقاد البرلمان فالأصل أن رئيس الجمهورية يدعو مجلس النواب للانعقاد، فإذا لم تتم الدعوة فإن المجلس ينعقد بقوة القانون، وهو ما يمس باستقلالية البرلمان، وهذا الأمر لم يتغير منذ دستور 1971 الملغى⁷ مقارنة بالدستورين الجزائري والتونسي التي تتمتع

فيهما مجالسهما بالاستقلالية في مجال الانعقاد العادي فهو يجتمع بقوة القانون كلما حلّ الأجل المحدد لذلك دون تدخل من جانب السلطة التنفيذية، أما بالنسبة للدورات

الغير عادية (الاستثنائية) فإن الدساتير العربية أعطت الأولوية لرئيس الجمهورية مع في دعوة البرلمان للانعقاد مع مشاركة أطراف أخرى و جهات أخرى مثل الوزير الأول و 2/3

أعضاء المجلس الشعبي الوطني بالنسبة للجزائر مع حرمان أعضاء مجلس الأمة من ذلك ورئيس الحكومة و 3/1 أعضاء مجلس النواب في تونس، و 10/1 على الأقل من

مجلس النواب المصري.

و تقدير الحالة الاستثنائية متروك لرئيس الجمهورية، ما عدا الحالات التي يفرض فيها الدستور دعوة البرلمان للانعقاد غير العادي⁸، و يبقى الهدف من الدورات هو ممارسة العمل التشريعي و الرقابي و هي من الاختصاصات الأساسية لأعضاء البرلمان.⁹

المطلب الثاني / الجلسات

إن المجالس النيابية باعتبارها ممثلة للشعب لا يمكن أن تعمل في الخفاء، ولما كان من المتعذر الرجوع إلى الشعب في كل ما تصدره من قرارات، و جب أن يستعاض عن ذلك بنوع من الإشراف من قبل الشعب على المجالس وقراراتها و يتم هذا الإشراف بجعل الجلسات علانية.

و إقرار مبدأ علانية الجلسات، يرجع في فرنسا إلى سنة 1971 عندما انتدب المجلس 24 نائباً لمقابلة الملك، وطلب منه أن يسمح بعلنية الجلسات، و قد أقر الدستور 1971 ما طلبه النواب و أصبحت الجلسات منذ ذلك الحين علانية، و في إنكلترا أصبحت الجلسات علنية منذ 1845¹⁰ أما في الجزائر فقد نصت المادة 116 من دستور 1996 المعدل على أن " جلسات البرلمان علانية، و تدون مداولاته في محاضر تنشر طبقاً للشروط التي يحددها القانون العضوي.

و يجوز للمجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة أن يعقد جلسات مغلقة بطلب من رئيسهما، أو من أغلبية أعضائهما أو بطلب من الوزير الأول."

و يتولى الإعلام نقل الجلسات و تغطيتها عبر القنوات الإعلامية، بحيث يناقش و يحلل كل ما يدور من مناقشات و آراء و مقترحات، و قرارات و تكتلات نيابية من مؤيد أو معارض و ذلك من أجل تعزيز ثقافة المشاركة السياسية و الشفافة بهدف تدعيم التواصل و الاتصال بينهم و بين أفراد الجمهور و مؤسسات المجتمع المدني و توسيع قاعدة المشاركة الشعبية في صناعة القرار و نشر المعلومات¹¹، و تعتبر الجريدة الرسمية مداولات البرلمان التي تصدر باللغة العربية أحسن مصدر للإطلاع على أعمال البرلمان من خلال ما ينشر من محاضر الجلسات و تقارير اللجان .

أما الجلسات السرية أو المغلقة في الجزائر فإنها تعقد بطلب من رئيسي الغرفتين و من أغلبية أعضائهما الحاضرين أو بطلب من الوزير الأول، و تخصص الجلسات المغلقة عادة لبحث المسائل التي تحتم التكتم و السرية حفاظاً على سلامة الدولة، و

عادة ما يتم تخصيص هذه الجلسات للتداول في قضايا تهم الدفاع الوطني و السياسة الخارجية¹².

و بالرجوع إلى النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني فإن تاريخ الجلسة و جدول أعمالها يبلغ إلى النواب و الحكومة خلال 07 أيام على الأقل قبل الجلسة المعنية، أما بالنسبة لمجلس الأمة فإنه يبلغ خلال 15 يوما على الأقل قبل افتتاح الجلسة¹³، و يلاحظ أن المدة التي يبلغ فيها تاريخ الجلسة و جدول الأعمال إلى المجلس الشعبي الوطني مدة قصيرة جدا بالمقارنة مع المدة الممنوحة لمجلس الأمة فظرف أسبوع لا يكفي أعضاء المجلس الشعبي الوطني للتحضير للمناقشة في الجلسة علما أن انشغالات النواب و اختصاصاتهم ثقيلة وكثيرة و متنوعة و جدول أعمالهم مثل ذلك بالعديد من المسائل التي تهم شؤون الأمة من مسائل اقتصادية اجتماعية ثقافية، سياسية.

و خلافا لما هو معمول به في العديد من البلدان فإن النظام الداخلي للبرلمان التونسي، لم يحدد الأيام التي يجتمع فيها البرلمان التونسي، انطلاقا من حرية المجلس في تحديد جلساته كما يشاء و يعين رئيس المجلس مواعيد الجلسات و هو الذي يفتتحها و يختمها و عند تعذر ذلك من جانب الرئيس يقوم نائبه بهذه المهمة، و في مصر نصت المادة 120 من دستور 2014 على أن " جلسات مجلس النواب علنية، و يجوز انعقاد المجلس في جلسات سرية بناء على طلب من رئيس الجمهورية، أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس المجلس، أو 20 عضوا من أعضائه على الأقل ثم يقرر المجلس بأغلبية أعضائه ما إذا كانت المناقشة في الموضوع المطروح أمامه تجري في جلسة علنية أو سرية ".

ولم يلزم المشرع الجزائري في نظامه الداخلي المجلس الشعبي الوطني نصاب معين لمناقشات اللجان، و مناقشات المجلس الشعبي الوطني و اقتصر على عدد الحاضرين فقط¹⁴ على عكس مجلس الأمة الذي نص المشرع على أن لا تصح مناقشات لجانه الدائمة إلا بحضور أغلبية أعضائه و في حالة عدم توفر النصاب تعقد جلسة ثانية بعد 24 ساعة على الأقل، أما مناقشات مجلس الأمة فقد اكتفى المشرع بمصطلح " مهما كان عدد الحاضرين"¹⁵، أما التصويت داخل اللجان الدائمة فإنه لا بد من حضور أغلبية الأعضاء في كلا الغرفتين¹⁶، و في حالة عدم توافر النصاب تعقد جلسة ثانية في

أجل 06 ساعات ويكون التصويت صحيحا مهما كان عدد الحاضرين بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني، و بالنسبة لمجلس الأمة فإنها تعقد جلسة ثانية بعد 48 ساعة ويكون التصويت صحيحا مهما كان عدد الحاضرين¹⁷ و يلاحظ أن المشرع الجزائري منح لمجلس الأمة مدة أطول كذلك من المجلس الشعبي الوطني في عقد جلسة ثانية مع العلم أن المجلس الشعبي الوطني هو المعني بالعملية التشريعية أكثر من مجلس الأمة، لكن ومع ذلك يلاحظ عدم التكافؤ في المدة الممنوحة مما أدى إلى تضيق الخناق على المجلس الشعبي الوطني.

كذلك من المفروض أن عمل اللجان البرلمانية هو الأصل في العملية التشريعية أو هي كما يقال المخبر الحقيقي للعملية التشريعية، لذلك فإنه من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يضبط عدد الحاضرين حتى تتاح الفرصة لجميع الأعضاء في المناقشة، أما التصويت فهو تحصيل حاصل فما الفائدة من حضور الأغلبية في التصويت إذا لم تشارك في المناقشة؟ لا سيما مناقشات اللجان، وكأن المشرع الجزائري يجعل من تصويت النواب شكلي لا غير وهذا غير مقبول ومنطقي لان فاقد الشيء لا يعطيه .

فالمشرع الجزائري ضبط فقط مناقشات اللجان في مجلس الأمة، أما مناقشات اللجان في المجلس الشعبي الوطني لم يكثر لها، أما بالنسبة للتصويت داخل الغرفتين فإنه لا يصح إلا بحضور أغلبية الاعضاء في كلا الغرفتين، وفي حالة عدم توفر النصاب تعقد جلسة ثانية بعد 06 ساعات على الأقل و 12 ساعة على الأكثر ويكون التصويت صحيحا مهما كان عدد الحاضرين بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني، وأغفل النص الإشارة إلى مدة عقد الجلسة الثانية في حالة عدم توفر النصاب المطلوب وهو أغلبية 3/4 أعضاء مجلس الأمة¹⁸، فالمشرع بعد أن تطلب حضور أغلبية الأعضاء في مجال المناقشة (بالنسبة للجان الدائمة في مجلس الأمة) و أغلبية الأعضاء في مجال التصويت بالغرفتين و فرض التأجيل لجلسة ثانية عند تخلف هذا النصاب، عاد وأبدى مرونة فائقة في صحة نسبة حضور الجلسة المؤجلة و نصاب إصدار القرارات فيها، و يرى الفقه أن هدف المشرع من ذلك ربما هو الحث على سرعة الإنجاز وعدم إعاقة نشاط المجلس بتقاعس اللجان عند الانتهاء من الموضوعات المحالة إليها أو أعضاء البرلمان في حد ذاتهم¹⁹.

وقد أثار البعض الشك حول تفسير تعبير "الحاضرين" فهل يقصد بهم الأعضاء للذين انعقدت بهم جلسة المجلس أي النصف زائد واحد، أم أنه يقصد بهم من تبقى في المجلس بعد أن انعقدت الجلسة صحيحة و تسرب من تسرب، ويرى الفقه أن التفسير الثاني هو المعمول به²⁰.

بالنسبة للمشرع التونسي نص الفصل 13 من النظام الداخلي لمجلس النواب على أن "تجتمع الجلسة العامة بدعوة من رئيس المجلس الذي يفتتحها في الوقت المعين لها إذا اكتمل النصاب بحضور الأغلبية المطلقة من النواب، فإذا لم يكتمل النصاب في ذلك الوقت يمكن للرئيس أن يفتتحها بعد مضي ساعة من الوقت المحدد.....مهما كان عدد الحاضرين ويقع التصويت عليها حسب مقتضيات هذا النظام"، و يقابلها الفصل 12 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

أما اجتماعات اللجان فلا تكون قانونية إلا بحضور أغلبية أعضائها، وتتخذ قراراتها بأغلبية الحاضرين من أعضائها، وفي صورة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس²¹، وعند انتخاب المجلس الوطني التأسيسي في تونس نص الفصل 52 أن اللجان تعقد جلساتها خارج أوقات انعقاد الجلسات العامة، وذلك بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، وفي صورة عدم توفر النصاب القانوني تنعقد صحيحة بعد ساعة من موعدها.

أما الجلسات العامة فهي علنية ويبت إشرهاها بشتى الوسائل ومنها :

- 1 – الإعلان عن مواعيد انعقاد الجلسات العامة و جدول أعمالها .
- 2 – قبول المواطنين ورجال الإعلام في الأماكن المخصصة لهم و حسب الترتيب التي يضبطها المكتب .
- 3 – نشر مداولات المجلس و مقراراته و نتائج عملية التصويت و الاقتراع و غير ذلك بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية في نشرته المتعلقة بمداولات المجلس الوطني التأسيسي .

4 – البث الإذاعي و التلفزيوني لمداولات الجلسات العامة .

5 – النشر على الموقع الإلكتروني للمجلس .

6 – النشر على الموقع الإلكتروني للمجلس .

ويمكن للمجلس أن يعقد جلسة سرية بطلب من رئيسه أو من رئيس كتلة أو من 10 أعضاء على الأقل وبموافقة أغلبية الأعضاء²².

وفي مصر فإن انعقاد للجنة لا يكون صحيح إلا بحضور 3/1 أعضاء ومع ذلك لا يجوز للجنة اتخاذ أي قرار في موضوع معروض عليها إلا بحضور أغلبية أعضائها و تصدر قرارات اللجنة بالأغلبية المطلقة لأصوات الحاضرين، و إذا لم يكتمل أغلبية اللجنة أجل رئيسها التصويت على القرارات إلى جلسة مقبلة يحددها²³، وتحرر لكل جلسة من جلسات اللجان محضر تدون فيه أسماء الحاضرين و الغائبين و ملخص المناقشات و نصوص القرارات²⁴.

أما بالنسبة للجلسات العامة فإنها لا تكون صحيحة إلا بحضور أغلبية الأعضاء، وفي غير الأحوال المشترط فيها أغلبية خاصة، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوي الآراء يعتبر الأمر الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً.²⁵

المبحث الثاني / الانضباط البرلماني

إن ثقل الأمانة الملقاة على عاتق أعضاء البرلمان تفرض عليهم الانضباط في عملهم البرلماني عن طريق احترام نصوص الدستور و الأنظمة الداخلية والتقيد بأخلاقيات العمل البرلماني لذلك حرصت الأحكام الخاصة بعضوية المجالس النيابية في الدول العربية على ضرورة حضور أعضاء البرلمان الجلسات المقررة بموجب نصوص الدستور وتنظيم أحوال الغياب .

المطلب الأول / حضور جلسات البرلمان

لقد أجمعت دساتير الدول العربية و أنظمتها الداخلية على مواظبة حضور النواب اجتماعات البرلمان و لجانه سعياً لأداء الدور المنوط بهم في النظام السياسي، فطبيعة المناقشات داخل البرلمان تظل العامل الموضوعي الحاسم في أداء العضو داخل البرلمان، لكن يبقى عدد الحاضرين بدايةً أمراً مؤثراً و إن كان بشكل غير مباشر في طبيعة المناقشات، لكنه أمر في غاية الأهمية بالنسبة لاجتماعات اللجان وفي عملية التصويت وما يتخذه البرلمان من من قرارات أو توصيات في المجال التشريعي و الرقابي²⁶.

وقد خلت الدساتير العربية للجزائر و تونس و مصر من الإشارة إلى ظاهرة تغيب النواب ولو أن المادة 100 من دستور 1996 المعدل جاءت عامة بالنص على أن "

واجب البرلمان في إطار اختصاصاته الدستورية أن يبقى وفيًا لثقة الشعب، ويظل يتحسس تطلعاته " ولكنه استدرك هذا النقص مؤخرًا في مشروع التعديل الدستوري لسنة 2014 بإضافة فقرة ثانية إلى نص المادة 100 بنصه على " يجب على عضو البرلمان أن يتفرغ كليًا لممارسة عهده من خلال حضوره الفعلي أعمال البرلمان" لا سيما إذا علمنا أن المشرع الجزائري يمنع الجمع بين العضوية البرلمانية و مهام ووظائف أخرى جاءت بمقتضى القانون العضوي المتعلق بحالات التنافي²⁷ حفاظًا على استقلالية العضو من ناحية وتفرغه لأداء مهامه على أحسن وجه من ناحية أخرى وأهمها التشريع والرقابة، أما على مستوى النصوص الأخرى فنجد المادة 12 من القانون الخاص بحقوق وواجبات عضو البرلمان التي نصت على أن " على عضو البرلمان حضور الجلسات العامة، وأشغال اللجان التي هو عضو فيها، والمشاركة في التصويت أو المصادقة، مع أداء المهام المسندة إليه"، وهذا يعني أن المشرع الجزائري استعمل صيغة الإلزام في حضور العضو لكل الأعمال البرلمانية من أشغال اللجان، و جلسات عامة ومناقشة وتصويت مع عدم إهماله المهام الأخرى المسندة إليه خارج هذا المجال، ونفس الشيء على مستوى النظام الداخلي لغرفتي البرلمان إذ نجد المشرع الجزائري ألزم أعضاء البرلمان بحضور جلسات المجلس الشعبي الوطني و أشغال اللجان، في حين اقتصر على مصطلح " يحضر " عضو مجلس الأمة جلسات المجلس²⁸، ومع ذلك فالإطار القانوني لنظام الجلسات و ضوابطها موجود، فالأصل هو حضور الجلسات، لكن قد تكون هناك ظروف تمنع حضور عضو البرلمان أشغال و جلسات المجلس واللجان وهذا يعتبر استثناء من الأصل العام ألا وهو الحضور .

و في تونس نص الفصلين 113 و 14 من النظام الداخلي للغرفتين على أنه " لا يجوز للنائب التغيب عن أشغال المجلس بدون إعلام"²⁹ .

وفي النظام الداخلي للمجلس الوطني التأسيسي نص الفصل 125 على أن " يجب على أعضاء المجلس الحضور بانتظام في الجلسات العامة و جلسات اللجان المنتمين إليها، ويعتبر عضو المجلس معذرا أليا إذا كان عضوا في الحكومة، أو إذا كلفه المجلس بمهام تمنعه من حضور هذه الجلسات "

و كذلك الفصل 126 منه على أنه " لا يجوز للنائب التغيب عن أشغال المجلس دون إعلام
و لرئيس المجلس أن يأذن بتغيب العضو لمدة محدودة ولا يجوز الإذن لمدة غير
معينة إلا في رخصة المرض
للرئيس عند تغيب العضو عن أشغال المجلس دون إذن أن ينهيه و عند التكرار
أن ينذره كتابيا

و إذا تجاوز الغياب دون عذر ثلاث جلسات في نفس الشهر، للمكتب أن يقرر
الإقتراع من المنحة بما يتناسب و مدة الغياب، وعند تغيب العضو دون عذر مدة ثلاثة
أشهر خلال السنة، يمكن للمكتب أن يعرض على المجلس إعتبار العضو متخليا أن يبت
المجلس في ذلك بالإقتراع السري وبالأغلبية المطلقة لأعضائه "
أما في مصر نظمت المادة 369 من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري على
أن " مع مراعاة الأحكام المقررة في المواد 364 وما بعدها من هذه اللائحة، يجب على
العضو الانتظام في حضور اجتماعات المجلس ولجانه، ويجب على العضو أن يراعي
الإحترام الواجب لمؤسسات الدولة الدستورية و أصول اللياقة مع زملائه بالمجلس و
رياسة الجلسة "، و عليه فإن الإطار القانوني لنظام الجلسات و ضوابطها موجود
فالأصل هو حضور الجلسات، لكن قد تكون هناك ظروف تمنع أو تحظر على عضو
البرلمان حضور أشغال و جلسات المجلس و اللجان و هذا يعتبر استثناء من الأصل
العام ألا وهو الحضور .

المطلب الثاني / تنظيم حالات التغيب

إذا كان الأصل هو حضور جلسات البرلمان ولجانه، فإنه استثناء من ذلك يجوز
للنائب أو عضو البرلمان التغيب بموجب عذر مقبول، فقد نصت قوانين النظام الداخلي
لغرفتي البرلمان في الجزائر على أن "...يوجه إشعارا بالغياب عن جلسات المجلس الشعبي
الوطني إلى الرئيس ويكون ذلك مبررا"³⁰.

وفي تونس نص الفصل 14 من النظام الداخلي لمجلس النواب التونسي على أن "
لا يجوز للنائب التغيب عن أشغال المجلس بدون إعلام، و لرئيس المجلس الحق في

الإذن بتغيب النائب لمدة محدودة، ولا يجوز الإذن لمدة غير معينة إلا في رخص المرض " وهو نفس ما نص عليه الفصل 13 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين سابقا . وفي مصر نصت المادة 364 من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري على أن " على العضو الذي يطرأ ما يستوجب غيابه عن إحدى جلسات المجلس أو اجتماعات لجانه أن يخطر رئيس المجلس أو رئيس اللجنة بحسب الأحوال كتابة بذلك، ولا يجوز للعضو أن يتغيب أكثر من جلسة واحدة للمجلس أو اجتماعين متتاليين للجنة إلا إذا حصل على إجازة أو إذن من المجلس لأسباب تبرز ذلك .

ولا يجوز طلب الإجازة لمدة غير معينة، وللرئيس في حالة الضرورة العاجلة أن يرخص بالإجازة للعضو ويخطر المجلس بذلك في أو جلسة " .

وعليه فإن هذا النوع من التغيب الذي نظمته هذه الدول هو التغيب بإذن مسبق وبعذر أو مبرر فهو جائز لكن بشروط و لمدة محددة لا يتعداه، لكن ما العمل إذا حضر العضو أو النائب الجلسة ولكنه يغادر ألا يعتبر هذا غياب ؟

يلاحظ أن المشرعين الجزائري والتونسي لم يتطرقا إلى هذا النوع من الغياب، وإنما عالجا حالة الغياب بصفة عامة، لكن حسنا فعل المشرع المصري الذي نصت المادة 365 من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري على " على العضو الذي يطرأ ما يستوجب مغادرته مبنى المجلس أثناء انعقاد جلساته أو جلسات لجانه أن يستأذن في ذلك كتابة إلى رئيس المجلس أو رئيس اللجنة بحسب الأحوال " .

و عليه فإن المشرع المصري قد ميز بين حالتين فيما يخص الإذن بالتغيب من خلال نصوص اللائحة الداخلية لمجلس نواب الشعب المصري وهما الإذن بالتغيب عن الحضور والإذن بمغادرة اجتماعات المجلس أو لجانه بعد المشاركة في هذا الاجتماع أو ذلك، وبذلك يكون المشرع المصري قد قنن الأشكال المنظمة لتغيب الأعضاء عن حضور اجتماعات المجلس أو لجانه³¹

وقد يكون الغياب نتيجة عدم تفرغ أعضاء البرلمان، وهذه المسألة غير مطروحة في الجزائر وهذا بموجب المادة 105 من دستور 1996 المعدل على أن " مهمة النائب أو عضو مجلس الأمة وطنية قابلة للتجديد، ولا يمكن الجمع بينها وبين مهام ووظائف

أخرى"، وقد صدر القانون العضوي رقم 02/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المحدد لحالات التنافي، ونصت المادة 03 منه على أن: تتنافى العهدة البرلمانية مع:

- وظيفة عضو في الحكومة .
 - العضوية في المجلس الدستوري .
 - عهدة انتخابية أخرى في مجلس شعبي منتخب .
 - وظيفة أو منصب في الهيئات والإدارات العمومية والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية، أو العضوية في أجهزتها و هيكلها الاجتماعية .
 - وظيفة أو منصب في مؤسسة أو شركة أو تجمع تجاري أو مالي أو صناعي أو حرفي أو فلاح.
 - ممارسة نشاط تجاري .
 - مهنة حرة شخصيا أو باسمه.
 - مهنة القضاء .
 - وظيفة أو منصب لدى دولة أجنبية أو منظمة دولية حكومية أو غير حكومية .
 - رئاسة الأندية الرياضية الاحترافية والاتحادات المهنية .
- كما نص القانون العضوي على الإجراءات الواجب إتباعها في حالة ثبوت المانع، والنتائج أو الآثار المترتبة على الجمع بين العضوية البرلمانية و مهام ووظائف أخرى المحددة في هذا القانون العضوي³²
- وفي تونس نص الفصل 90 من الدستور التونسي الجديد 2014 بصريح العبارة على أنه " يمنع الجمع بين عضوية الحكومة و عضوية مجلس نواب الشعب، يضبط القانون الانتخابي كيفية سد الشغور³³، وعدد الفصل 35 من قانون الانتخابات التونسي التي لا يمكن الجمع بينها وبين عضوية مجلس نواب الشعب سواء كان ذلك بصفة دائمة أو وقتية و مقابل أجر أو دونه :
- عضوية الحكومة
 - وظيفة لدى الدولة و المؤسسات و المنشآت العمومية والجماعات المحلية أو لدى الشركات ذات المساهمة العمومية المباشرة أو غير المباشرة .

- خطة تسيير بالمؤسسات و المنشآت العمومية أو الشركات ذات المساهمة العمومية المباشرة أو غير المباشرة .
 - عضوية مجالس الجماعات المحلية المنتخبة .
 - وظيفة لدى دول أخرى .
 - وظيفة لدى المنظمات الدولية الحكومية أو المنظمات غير الحكومية .
- كما نص الفصل 36 من نفس القانون على أنه " لا يمكن تعيين عضو بمجلس نواب الشعب لتمثيل الدولة أو الجماعات المحلية في هياكل المنشآت العمومية، أو الشركات ذات المساهمة العمومية، أو الشركات ذات المساهمة العمومية المباشرة أو غير المباشرة" و يعتبر كل عضو بمجلس نواب الشعب كان عند انتخابه في حالة من حالات عدم الجمع المنصوص عليها بهذا الفرع من القانون معفى وجوبا من وظائفه بعد الإعلان النهائي عن نتائج الانتخابات³⁴
- و هذا ليس بالجديد في تونس فقد سبق و أن نص القانون الأساسي عدد 48 لسنة 2004 المؤرخ في 14 جوان 2004 المتعلق بتنظيم عمل مجلس النواب و مجلس المستشارين و علاقتهما ببعضهما البعض، و أن نص على حالات عدم الجمع³⁵
- أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أقره الآخر حظر الجمع بين العضوية البرلمانية و الوظيفة العامة، فقد نصت المادة 22 من القانون رقم 38 لسنة 1972 المتعلقة بمجلس الشعب على أنه " لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الشعب و عضوية مجلس الشورى أو المجالس الشعبية المحلية، كما لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الشعب و وظائف العمد والمشايخ، أو عضوية اللجان الخاصة بها "
- و أعتبر المشرع المصري السابق أن من ينتخب لعضوية مجلس الشعب من الأشخاص المشار إليهم في المادة السابقة متخليا مؤقتا عن عضويته الأخرى أو وظيفته بمجرد توليه عمله في المجلس و يعتبر العضو متخليا مؤقتا عن عضويته الأخرى أو وظيفته بمجرد توليه عمله في المجلس، و يعتبر العضو متخليا نهائيا عن عضويته الأخرى، أو وظيفته بانقضاء شهر من تاريخ الفصل بصحة عضويته بمجلس الشعب إذا لم يبد رغبته في الاحتفاظ بعضويته الأخرى أو وظيفته .

لكن بموجب صدور دستور 1971 أصبحت القاعدة هو "جواز الجمع بين العضوية و الوظيفة شريطة التفرغ للأعباء النيابية " وذلك بموجب المادة 89 من الدستور " يجوز للعاملين في الحكومة وفي القطاع العام أن يرشحوا أنفسهم لعضوية مجلس الشعب فيما عدا الحالات التي يحددها القانون يتفرغ عضو مجلس الشعب لعضوية المجلس، ويحتفظ له بوظيفته أو عمله وفقا لأحكام القانون"، و تطبيقا لذلك نصت المادة 24 من قانون مجلس الشعب على أنه "إذا كان عضو مجلس الشعب عند انتخابه من العاملين في لدولةيتفرغ لعضوية المجلس و يحتفظ له بوظيفته أو عمله، و تحتسب مدة عضويته في المعاش أو المكافأة"³⁶

و عليه فإنه ليس من اليسير على النائب القيام بأعباء وواجبات الوظيفة في آن واحد، وكيف يتيسر له ذلك، علاوة على عمله عليه الحضور جلسات البرلمان و المشاركة في نشاط لجانها و اجتماعاتها، ودراسة القضايا المطروحة حتى يمكن أن يعبر عن رأيه فيها، أضف إلى ذلك أن بعض الوظائف تباشر في أماكن تبتعد كثيرا عن العاصمة حيث مقر انعقاد جلسات البرلمان، كل هذه الأسباب تحول دون مباشرة العضوية البرلمانية على أكمل وجه كذلك وجود أعضاء من الحكومة في المجلس المنتخب يؤثر على استقلال النائب في مواجهة السلطة التنفيذية.³⁷

و كما يقال حال البرلمان ينصلح كثيرا لو تفرغ أعضاؤه ونوابه للعمل البرلماني فقط³⁸

و تفاديا لهذه الأسباب فقد عدّل المؤسس الدستوري المصري حاليا عن موقفه السابق بموجب المادة 103 من دستور 2014 بنصه على أن " يتفرغ عضو مجلس النواب لمهام العضوية، ويحتفظ له بوظيفته أو عمله وفقا للقانون "، كما أقرت بصريح العبارة في المادة 164 فقرة 02 من نفس الدستور على "لا يجوز الجمع بين عضوية الحكومة وعضوية مجلس الشعب، وإذا عين أحد أعضاء المجلس في الحكومة يخلو مكانه في المجلس من تاريخ هذا التعيين"، ثم تلاه صدور قانون مجلس النواب رقم 46 لسنة 2014 الذي نص في المادة 45 منه على أنه " لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب وعضوية الحكومة أو المجالس المحلية، أو منصب المحافظ أو نائب

المحافظ أو مناصب رؤساء الهيئات المستقلة، والأجهزة الرقابية أو عضويتها أو وظائف العمدة والمشايخ أو عضوية اللجان الخاصة بهما

وإذا عين أحد أعضاء المجلس في الحكومة أو أي منصب آخر مما ذكر يخلو مكانه من تاريخ هذا التعيين، ما لم يتقدم باعتذار مكتوب عن عدم قبول التعيين إلى مكتب المجلس خلال أسبوع على الأكثر من تاريخ علمه بقرار التعيين³⁹

وقد يكون التغيب نتيجة لمهمة قد يكلف بها النائب من قبل المجلس خارج قبة البرلمان، وذلك نتيجة لتنامي العلاقات البرلمانية الدولية، فقد أصبح من اللازم على البرلمان القيام بإيفاد العديد من أعضائه لحضور المؤتمرات البرلمانية التي تشترك العديد من الدول و منظماتها الدولية والإقليمية إذ أشارت إلى ذلك المادة 367 من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري بنصها على "يعتبر عضو المجلس الذي يوفد للخارج في مهمة خاصة للمجلس في إجازة طوال المدة المحددة لهذه المهمة ولا يتوقف إيفاد المجلس لأحد أعضائه على موافقة الجهة الأصلية التي يعمل بها، ولو كان ممن تقرر إستئناؤوهم من التفرغ"، في حين لم تتطرق الأنظمة الداخلية الجزائرية و التونسية لهذا الأمر.

أما النوع الثاني من التغيب هو التغيب دون إذن و دون عذر سواء كان عن جلسات المجلس بشكل خاص، وعن اجتماعاته و أنشطته المختلفة الأخرى بشكل عام ويعتبر أهم الجوانب السلبية في قضية تغيب النواب، ويعتبر كذلك من أحد أهم جوانب التقصير في أدائها، لأن تلك الظاهرة السلبية تكتسب أبعاد خطيرة عند تواترها⁴⁰، لكن التساؤل الذي يطرح نفسه ما هي أسباب تغيب أعضاء البرلمان عن حضور جلسات البرلمان و لجانه دون عذر مقبول ؟ وللإجابة عن هذا السؤال قسم الفقه المصري أسباب الغياب إلى أربعة أسباب وهي كالآتي :

1 . الأسباب السياسية

ترجع الأسباب السياسية إلى الخلافات التي تقوم بين أعضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهي خلافات غير ظاهرة ولكن النواب ينددون بها، وأبرز مثال على ذلك رغبة قيادة حزب الأغلبية في السيطرة على إدارة المجلس، ولا أدل من ذلك من مناقشة مشروع قانون المالية في الجزائر التي جرت في قاعة شبه فارغة بعد أن هجرها النواب

وعدد منهم من أعضاء الحكومة و على رأسهم وزير المالية، و تأخذ قرابة 180 نائب من تشكيلات سياسية مختلفة رفع عريضة إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني يتضمن امتعاض من طريقة تعامل الجهاز التنفيذي مع الهيئة التشريعية التي يرونها تحمل انتقاصا من قيمتهم كنواب وممثلين عن الشعب، وهو ما أدى إلى عزوفهم عن حضور الجلسات التي يشارك فيها الوزراء تطبيقا لسياسة المعاملة بالمثل، وهو ما يخفي الخلل في توازن السلطات⁴¹

2. أسباب ترجع إلى العضو في حد ذاته

وهي مرتبطة بقضاء مصالح الدوائر الانتخابية و احتياجات المواطنين بالإضافة إلى المصالح الشخصية لدى الوزارات و الهيئات و المصالح الحكومية المختلفة الأمر الذي يؤدي إلى إهدار جزء من الوقت في حضور الجلسات واجتماعات اللجان، كذلك أن عضو البرلمان قد تخونه الثقافة القانونية في مناقشة المشاريع و الاقتراحات لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار أن المشرع الجزائري لم يشترط المؤهل العلمي في الترشح لعضوية البرلمان مما يجعل النائب في حالة حرج أمام مواجهة الحكومة فيكون في موقف مواجهة الهاوي أمام المحترف وهي معدلة غير متكافئة .

3. أسباب ترجع إلى المجلس في حد ذاته

وترجع إلى تسامح المجلس إزاء غياب الأعضاء دون إذن مسبق و توقيع الآخرين بأسمائهم في محاضر الغياب و الحضور حيث أنه بالرجوع إلى النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة في الجزائر فقد أجازت نصوص مواده التصويت عن طريق الوكالة لكن في حدود توكيل واحد⁴² وهو ما يشجع النواب على الغياب، في حين حظرت بعض الدول ذلك كما هو الحال في تونس، إذ نص الفصل 19 من النظام الداخلي لمجلس النواب التونسي السابق "التصويت شخصي و لا يصح بالنيابة أو بالمراسلة، و يكون التصويت بالتصريح بالموافقة أو الرفض أو الإحتفاظ " وتنطبق على أعضاء مجلس المستشارين سابقا كذلك .

و ذهب المشرع المصري إلى أكثر من هذا في نص المادة 368 من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب " يعرض رئيس اللجنة على رئيس المجلس شهريا و كلما رأى رئيس اللجنة ضرورة لذلك تقريراً عن حضور أعضاء اللجنة و غيابهم "

4. أسباب ترجع إلى الدوائر الانتخابية

يرجع السبب كذلك إلى ضعف رقابة الناخبين على ممثلهم بالبرلمان، علما أنه توجد علاقة طردية بين الناخب والناخب لأنه هو من أوصله إلى المقعد النيابي، لذلك لا أن يمارس عليه رقابة الحضور والغياب، لكن المشرع الجزائري يأخذ بنظرية الوكالة العامة⁴³ و يعتبر أن النائب ممثلا للأمة وليس لدائرته الانتخابية، وذلك حفاظا على استقلالية النائب بموجب المادة 105 من دستور 1996 " مهمة النائب وعضو مجلس الأمة وطنية ... " ولكنه لم يهمل فكرة الوكالة الإلزامية بصفة مطلقة فقد أسندت للنائب مهمة متابعة تطورات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية و تقدم الاقتراحات بشأنها⁴⁴.

كذلك لا توجد درجة معينة من الوعي السياسي لدى الناخبين و عزوفهم عن الاهتمام بالشؤون السياسية و الركض وراء سد الاحتياجات الاقتصادية، كما أن النظام الانتخابي له دور فعال ومهم في إعطاء ضمانات كافية لحرية التعبير بالنسبة للناخبين، فإذا كان النظام الانتخابي يحمل في طياته حرية الناخب في التعبير كانت رقابة الناخب على ممثله رقابة واسعة، أما إذا ضيق النظام الانتخابي الخناق على الناخب ضعفت بذلك الرقابة و أنصرف المواطنين عن المشاركة في الحياة السياسية بصفة عامة، اعتقادا منهم بقوة و نفوذ السلطة .

المبحث الثالث / النتائج المترتبة على الإخلال بالانضباط البرلماني

لا شك أن عمل أعضاء البرلمان في غاية الأهمية لذلك فالأصل هو حضور النواب للجلسات العامة و المشاركة في اتخاذ القرارات المهمة عن طريق الاختصاصات الموكلة إليهم و غيابهم دون عذر قانوني يرتب آثارا سيئة على العمل البرلماني .

المطلب الأول / آثار الغياب

إن تغيب أعضاء البرلمان يعطل انعقاد البرلمان، وذلك في حالة عدم اكتمال النصاب القانوني الذي يحدد الحد الأدنى لعدد الأعضاء الحاضرين اجتماعات البرلمان ولجانته و ولا شك أن هذا التعطل يؤدي إلى إرجاء جدول أعمال كل من البرلمان ولجانه إلى يوم تال، وهذا الأمر لا يؤدي فقط إلى إحباط باقي الأعضاء الملتزمين بالحضور و ضياع الموارد المعدة سلفا في إعداد الجلسة و إعداد الطاقم الإداري العامل على

إنجاحها، بل والأهم أيضا إرجاء البت في الأمور الضرورية التي قد تمثل حاجة ماسة و ضرورية للمجتمع، ويحتاج الأمر من الناحية الدستورية والقانونية لموافقة البرلمان عليها بشكل عاجل تحقيقا للصالح العام .

كما أن تغيب أعضاء البرلمان أثناء انعقاد جلسات البرلمان أو لجانه أو ما يعرف بظاهرة " التزويغ " يؤدي إلى تعطل الدور المنوط للبرلمان في المجالين التشريعي والرقابي صحيح أن جلسة البرلمان قد انعقدت بشكل صحيح من حيث اكتمال النصاب إلا أن " تزويغ " الأعضاء أثناء المناقشات يؤدي دون شك إلى التأثير السلبي على المناقشات التي تثرى من خلال زيادة عدد المداخلات التي تتيح وجهات نظر مختلفة أثناء المناقشات، كل ذلك يؤدي إلى القصور الواضح في المعالجة التشريعية للعديد من الأمور، وهو ما يتسبب أحيانا في قصور التشريعات و القرارات و التوصيات التي تعد المخرج الأساسي للبرلمانات في النظم السياسية المختلفة .

إن تغيب النواب أثناء انعقاد البرلمان يؤدي إلى حدوث خلل كبير في طبيعة القرارات التي يتخذها البرلمان، فالتصويت على التشريعات المختلفة يحتاج من الناحية الدستورية والقانونية في أي نظام سياسي إلى اكتمال نصاب قانوني معين من عدد الأعضاء، وإلا تصبح القرارات و التشريعات الصادرة عن البرلمان لا تتمتع بالشرعية الكافية لصدورها من جانب عدد محدود من الممثلين يشكلون في الواقع الأقلية من الناحية العددية و إن كانوا هم الأغلبية من الناحية السياسية، وما لا شك فيه أن العديد من هذه التشريعات تكون عرضة في بعض البلدان للطعن بعدم دستوريتهما لأنها صدرت من غير مخولين و حدهم بعملية التشريع⁴⁵

تكريس السلبية في الأداء البرلماني واهتزاز مصداقية المؤسسة البرلمانية من حيث التخلي عن واجبات النيابة في التشريع والرقابة على الأداء الحكومي، وهو ما يسبب إلى سعة المؤسسة التشريعية و يعد إخلالا بالمسؤولية خاصة و أنهم متفرغون و يتقاضون مقابل ذلك تعويضا و تقاعدا محترمين .

ظاهرة الغياب تنم عن خلل في الحياة السياسية الوطنية، وغياب مشاعر النبيل والمسؤولية و الروح المتشعبة بالقيم الوطنية .

المطلب الثاني / الجزاءات المترتبة على الغياب

اختلفت الدول العربية محل الدراسة في إقرار جزاءات مناسبة لمعالجة مشكل الغياب ففي الجزائر لم نعثر على أي نص ذات طابع جزائي رادع لغياب النواب سواء في الدستور أو النظام الداخلي للغرفتين أو في القانون الخاص بحقوق وواجبات عضو البرلمان .

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد نص الفصل 14 فقرة 03 من النظام الداخلي لمجلس النواب على أنه " للرئيس عند تغيب نائب بدون إذن عن جلسات المجلس و جلسات اللجان أن ينهيه، و أن يندره، وعند التكرار يعاتبه كتابيا مع حرمانه من المنحة مدة لا تتجاوز شهر وعند تغيب النائب مدة 03 أشهر متوالية بدون عذر، فلرئيس أن يحرمه من المنحة طيلة مدة التغيب، وأن يعرض على المجلس اعتبار النائب متخليا، ويبت المجلس في ذلك بالاقتراع السري "

وعليه فإن المشرع التونسي تدرج في العقوبات المطبقة على النائب من أضعفها إلى أقصاها أو أشدها حتى يعطي للنائب فرصة عن التراجع عن الإخلال الذي يقوم به . أما المشرع المصري فقد نص على الجزاء في المادة 366 من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري " مع عدم الإخلال بما ورد بشأنه نص خاص، إذا تغيب العضو عن حضور جلسات المجلس أو لجانه بغير إجازة أو إذن أو لم يحضر بعد مضي المدة المرخص له فيها أعتبر متغيبا دون إذن ويسقط حقه في المكافأة عن مدة الغياب " فحسنا فعلا المشرعين التونسي والمصري في النص على الجزاءات المترتبة عن غياب العضو عن جلسات البرلمان ولجانه دون عذر، وهي جزاءات مشددة تصل إلى حد حرمانه من حقه في المكافأة البرلمانية مقارنة بالمشرع الجزائري الذي سكت عن الأمر و هو ما يعد قصورا من جانبه مما يفتح المجال على التشجيع على ظاهرة الغياب .

وفيه دول أخرى مثل الكويت والعراق ذهبت إلى أبعد من ذلك في مجال الجزاءات التي قد تصل إلى حد الإقالة و التهديد بنشر أسماء المتغيبين بكثرة في الصحف ووسائل الإعلام إشهارا بتغيهم أما الرأي العام .

خاتمة

نستنتج مما سبق أن ظاهرة غياب نواب البرلمان يتحكم فيها أكثر من سبب، ولكن حدتها تكمن في سيطرة السلطة التنفيذية على المجال التشريعي إذ أن جل المبادرات التشريعية في أصلها حكومية فماذا بقي للنواب يناقشونه ويصوتون عليه؟، كما أن ضعف الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة يشكل عائقاً أمام النواب، إضافة إلى غياب نصوص قانونية ردية لمعاقبة النواب على الغياب دون مبرر يؤدي إلى كثرة الغيابات دون رقابة أو محاسبة و حتى الدول التي تبنت عقوبات ردية فإنها لم تحد من ظاهرة الغياب، لذلك فإن المقاربة القانونية وحدها غير كافية للحد من هذه الظاهرة و إنما المسؤولية في هذا المجال هي مسؤولية تشاركية في تحمّل المسؤولية تقع على عاتق الفاعلين في العملية السياسية من بينهم الأحزاب السياسية فهي ملزمة بتقديم مترشحين ذوي كفاءة عالية ومصداقية لها القدرة على أداء مهام برلمانية و الوفاء بتعهداتهم تجاه ناخبهم .

كذلك الهيئة الناخبة مدعوة لحسن الاختيار ومنح أصواتها لمن يستحقها و متابعة الناخبين، و اعتبار أحد درجات التزامهم بالحضور أحد معايير محاسبتهم، أما العضو أو النائب فهو ملتزم التزاما ذاتيا تجاه الهيئة الناخبة وغيابه عن الجلسات هو في حقيقته خيانة للأمة التي وضعت ثقتها فيه، فالشعور بروح المسؤولية التي يتحملها أعضاء البرلمان تجاه ناخبهم ووطنهم و إدراكهم للأوضاع المختلفة بشكل جلي سوف يكون حافزا أدبيا و أخلاقيا

كما أن شعور النائب بأهمية دوره على المستوى الوطني والمحلي و عدم سلبه في مواجهة تغول السلطة التنفيذية، فالنواب مطالبون بخلع قبعتهم السياسية أثناء عملهم و أن يكون لهم انتماء واحد إلى المجلس الذي يشتغلون فيه، ولهذا لا بد للجزائر من إعادة "حكومة برلمانية جديدة" عمادها التشعب بشفافية نيابية ناجحة قائمة على تعزيز حضور الأعضاء و جودة أعمالهم ومستوى إسهامهم في معالجة الانشغالات الحقيقية للشعب و انخراط النائب البرلماني في المسار الإصلاحي للبلاد، ولا سبيل له في ذلك إلا بالحضور فقط و ضمان التوازن المفقود بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

الهوامش

1. أ.د/السعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دراسة تحليلية لطبيعة الحكم في ضوء دستور 1996 (السلطة التشريعية والمراقبة)، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، الجزء الرابع، ص72 .
2. Joseph Barthélemy, Travail Parlementaire et le Système des commissions, librairie de la grave, paris,1934, p77.
3. أنظر المواد 04، 05 من القانون العضوي 02/99 المنظم للعلاقة الوظيفية بين الحكومة و غرفتي البرلمان جريدة رسمية، عدد 15، مؤرخة بتاريخ 09 مارس 1999.
4. أ.د /السعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، مرجع سابق، ص 73، 75 .
5. أنظر الفصل 57 من دستور تونس الجديد 2014، و المادة 115 من الدستور المصري الجديد 2014 .
6. وهي تقريبا نفس المدة المنصوص عليها في الفصل 29 من الدستور التونسي الملغى و المنقح بالقانون الدستوري عدد51 لسنة 2002، المؤرخ في 01 جوان 2002 .
7. أنظر المواد: 101، 108 من دستور 1971، والمواد: 94، 95 من دستور 2012 الملغى .
8. د/فتحي فكري، القانون البرلماني في مصر، دراسة نقدية تحليلية، شركة ناس للطباعة، مصر، 200، ص 384.
9. نفس المصدر الأتف الذكر، ص 364 .
10. د / زهير المظفر، مجلس النواب بتونس، (التجربة البرلمانية 1959 . 1986)، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 1989، ص 140 .
11. محمد حسن الخياط، الإعلام البرلماني و دوره في تعزيز قدرات أداء البرلمانيين العرب، مجلة الفكر البرلماني مجلس الأمة، الجزائر، عدد 11، جانفي 2006، ص 152 .
12. د/ زهير المظفر، مرجع سابق، ص 143 .
13. المواد 55 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، و المادة 53 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.
14. الفصل 13 من النظام الداخلي لمجلس النواب التونسي، و الفصل 12 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين سابقا.
15. أنظر المواد 55 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، و المادة 53 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.
16. أنظر المواد 40، 58 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني .
17. المواد: 34، 54 من النظام الداخلي لمجلس الأمة .
18. المواد : 40 فقرة 02 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، و المادة 34 فقرة 03 من النظام الداخلي لمجلس الأمة .
19. المواد فقرة 03 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، و المادة 34 فقرة 04 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.
20. المادة 120 فقرة 03 من دستور 1996 المعدل .
21. الفصل 39 من النظام الداخلي لمجلس النواب التونسي، و الفصل 33 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين .
22. الفصل 78 من النظام الداخلي للمجلس الوطني التأسيسي التونسي .
23. المادة 60 من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري .
24. المادة 64 من نفس المصدر الأتف الذكر .
25. المادة 121 من دستور 2014 المصري الجديد، أنظر كذلك المادة 107 من دستور 1971 المصري الملغى .

26. عدنان محسن ظاهر، حقوق النائب وواجباته في المجالس التمثيلية العربية (دراسة مقارنة لأنظمة الداخلية للبرلمانات العربية) (UNDP، ص 165).
27. المادة 03 من القانون العضوي رقم 01/12 المتعلق بحالات التنافي، جريدة رسمية، عدد 01، مؤرخة في 14 يناير 2012.
28. المواد: 64 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، و 57 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.
29. الفصل 14 فقرة 01 من النظام الداخلي لمجلس النواب التونسي، الفصل 13 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.
30. المادة 64 فقرة 02 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، والمادة 57 فقرة 02 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.
31. عمرو ربيع هاشم، أداء مجلس الشعب وقضية تغيب الأعضاء، مجلة قضايا برلمانية، العدد 23 فبراير 1999 السنة الثالثة، القاهرة، ص 20.
32. أنظر المواد: 07، 08، 09، 10، 11 من القانون العضوي 01/12 المحدد لحالات التنافي، جريدة رسمية عدد 01، مؤرخ في 14 يناير 2012.
33. نص الفصل 19 فقرة 07 من الدستور التونسي الملغى على أنه " لا يمكن الجمع بين عضوية مجلس النواب و عضوية مجلس المستشارين "
34. الفصل 38 من القانون الأساسي، عدد 16 لسنة 2014، مؤرخ في 26 ماي 2014 المتعلق بالانتخابات و الاستفتاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 42، 27 ماي 2014.
35. أنظر الفصول: من 37 إلى 43 من القانون الأساسي عدد 48 لسنة 2004، مؤرخ في 14 جوان 2004 المتعلق بتنظيم مجلس النواب و مجلس المستشارين وعلاقتهم ببعضهما، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 48 مؤرخ في 15 جوان 2004.
36. تطبق ذات القاعدة على مجلس الشورى سابقا بموجب المادة 24 من قانون 120 لسنة 1980 بشأن مجلس الشورى.
37. د/ فتحي فكري، مرجع سابق، ص 318.
38. إسماعيل عبد الرحمان، إسماعيل الخلفى، ضمانات عضو البرلمان، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1999، ص 140.
39. قانون مجلس نواب الشعب رقم 46 لسنة 2014، جريدة رسمية عدد 23، 05 يونيو 2014.
40. د / عمرو ربيع هاشم، مقالة سابقة، ص 20.
41. الشروق أون لاين، الخميس 16 أكتوبر 2014.
42. المواد: 63 فقرة 03 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، و المادة 58 فقرة 03 من النظام الداخلي لمجلس الأمة.
43. د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 373.
44. أ د / السعيد بوالشعير، مرجع سابق، ص 324.
45. د / عمرو ربيع هاشم، مقالة سابقة، ص 19.

الحق في التنمية: المساهمة الإفريقية في منظومة حقوق الإنسان*

BETATACHE Ahmed, MA "A"
Département de Droit Public
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie

بطاطاش أحمد، أستاذ مساعد قسم "أ"
قسم القانون العام
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على المساهمة الإفريقية في بناء منظومة حقوق الإنسان العالمية من خلال مشاركتها في صياغة وإقرار الحق في التنمية. لقد كان الأفارقة في طليعة من طالب بحق الشعوب في التنمية في المحافل الدولية، وأول من حاول إيجاد صياغة قانونية له، ومن جهة أخرى كانت منظمة الوحدة الإفريقية أول تنظيم دولي يقر بهذا الحق ويضفي له صبغة اتفاقية من خلال الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. وسبب الجزء الأخير من هذه الدراسة أن هنالك تراجعاً كبيراً مسجلاً في تبني الحق في التنمية في إطار الإتحاد الإفريقي.

الكلمات الدالة

الحق في التنمية، حقوق الإنسان، إفريقيا، كيبا مباي، منظمة الوحدة الإفريقية، الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الإتحاد الإفريقي.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/10/27 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/11/08 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

The development right: The contribution of the African human rights system

Abstract

The message his study is to explain the African contribution in building the global system of human rights through its participation in the formulation and adoption of the right to development.

the Africans was the forefront of students the right of peoples to development in international forums, and first to try to find a legal drafting to it, on the other hand was the Organization of African Unity, the first international organization recognizes this right and gives it dye Convention through the African Charter on Human and Peoples Rights. the last part of this study it will show that there is a big drop registered in the adoption of the right to development within the framework of the African Union.

Key words

The right to development, human rights, Africa, Keba Mbaye, the African Unity Organization, the African Charter on Human and Peoples Rights, the African Union.

Le droit au développement: l'apport africain aux règles des droits de l'Homme

Résumé

L'objet de cette étude vise à faire la lumière sur la contribution africaine quant à la construction du système mondial des droits de l'homme à travers sa participation dans l'élaboration et l'adoption du droit au développement.

Les Africains étaient à l'avant garde pour réclamer le droit des peuples au développement dans les forums internationaux, et aussi les premiers à essayer de le trouver une formule juridique, d'autre part l'Organisation de l'unité africaine était la première organisation internationale a reconnaître ce droit et lui donner un aspect conventionnelle par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. La fin de cette étude démontre qu'il y a un grand recul enregistré dans l'adoption du droit au développement dans le cadre de l'Union Africaine.

Mots clés

Le droit au développement, les droits de l'homme, l'Afrique, Kéba Mbaye, l'Organisation de l'unité africaine, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'Union africaine.

مقدمة

عرفت منظومة حقوق الإنسان تطورا كبيرا منذ بداية ظهورها، فكانت البداية مع مدرسة القانون الطبيعي، عند ازدهار فلسفة عصر الأنوار في أوروبا، حيث شهدت ميلاد الحقوق المدنية والسياسية التي تبنتها المواثيق والرسائل الغربية الليبرالية. وجاءت الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لتشكّل الجيل الثاني من حقوق الإنسان

وهذا بفضل نضالات العمال وانتشار الأفكار الاشتراكية. تبنى المجتمع الدولي في أعقاب الحرب العالمية الثانية جيلي حقوق الإنسان وأضفى عليهما صبغة اتفاقية مع العهدين الدوليين لحقوق الإنسان لسنة 1966.

لم تظهر فكرة حقوق التضامن ولم تتبلور إلا في الربع الأخير من القرن الماضي لتشكل الجيل الثالث من أجيال حقوق الإنسان. يشكل الحق في التنمية أحد هذه الحقوق، و أصبح واحدا من أكثر المواضيع الأكثر جدلا و محل مناقشة بين رجال القانون والسياسة الدوليين.

لقد بذلت عدة جهود، دوليا و إفريقيا، للمضي قدما بالحق في التنمية، سواء فكريا، حيث كانت هنالك محاولات حثيثة للبحث في محتوى هذا الحق، أو قانونيا، من خلال جهود المنظمات الدولية وأخص بالذكر منظمة الأمم المتحدة على الصعيد العالمي، ومنظمة الوحدة الإفريقية على الصعيد القاري.

إذا كان الاستعمار الأوروبي قد غيب القارة الإفريقية عن المساهمة في وضع أسس منظومة حقوق الإنسان في جيلها الأول والثاني، إلا أن دور إفريقيا كان حاسما بالنسبة للحق في التنمية الذي يكتسي خصوصية إفريقية، حيث يعود الفضل الأول للأفارقة في ظهوره (المبحث الأول)، وكانت منظمة الوحدة الإفريقية بدورها سباقة لتكريسه في قراراتها و كانت أول تنظيم دولي يضفي على هذا الحق الصبغة الاتفاقية (المبحث الثاني).

المبحث الأول/ السبق الإفريقي في ظهور الحق في التنمية

كان الأفارقة أول من طالب بالحق في التنمية في المحافل السياسية والعلمية الدولية (المطلب الأول)، وكانوا بدورهم أول من بحث في مضمونه وحددوا صياغته (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ الحق في التنمية: مطلب إفريقي

برزت فكرة الحق في التنمية على الساحة الدولية بصورة صريحة سنة 1966 من خلال الكلمة التي ألقاها وزير خارجية السنغال أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن الحاجة إلى إقامة نظام اقتصادي دولي جديد و جاء فيها "يجب أن نؤكد ليس فقط على حقنا في التنمية، ولكن يجب أيضا أن نتخذ الخطوات التي تمكن هذا الحق

ليكون حقيقة، يجب أن نبني نظاما جديدا ليس فقط مؤسسا على تأكيد نظري للحقوق المقدسة للشعوب والأمم ولكن على التمتع الحقيقي لهذه الحقوق". إن هذه المبادرة، التي شرعت فيها إحدى الدول النامية في إفريقيا للتعبير عن التنمية كحق لفتت أنظار المهتمين بتنمية العالم الثالث و ما تواجهه من معاناة لا يحتملها الضمير الإنساني المتحضر. ففي عام 1969 أصدرت "لجنة العدل و السلم" في الجزائر وثيقة بعنوان "حق الشعوب النامية في التنمية"¹. وفي إطار أشغال هذه اللجنة أعلن أسقف الجزائر "ديفال" عن وجود حق الشعوب في التنمية وهذا في خطاب مذاع يوم 01 فيفري 1969².

وبعد ستة سنوات من المبادرة الأولى و في كلمة سنة 1972، تبنى رئيس محكمة النقض السنيغالي "كيبا مباي" رأيا خلص فيه إلى القول بأن التنمية حق، و الحق في التنمية "حق إنساني"، مؤكدا بأن الحقوق الأساسية و الحريات ترتبط بالضرورة بالحق في الوجود و الحق في مستوى أعلى و بدرجة متزايدة للمعيشة و من ثم بالتنمية و التنمية حق إنساني لأن الإنسان لا يمكن أن يكون له وجود بدون تنمية.

و تزامنا مع ما طرحه "مباي" أعلن رئيس المعهد الدولي لحقوق الإنسان "كارل فازاك" عن نظريته القائلة بتطور جيل ثالث من حقوق الإنسان أطلق عليه "حقوق التضامن" و تشمل على :

- الحق في التنمية

- الحق في محيط بيئي و صحي متوازن

- الحق في السلام

- الحق في التراث العام للبشرية

و من خصائص هذه الحقوق أنها تترجم بعض مفاهيم الحياة في المجتمع، ولا يمكن تحقيقها إلا بتضافر جهود كل المشاركين في الحياة الاجتماعية: أفراد، دول مجموعات عامة أو خاصة³.

فالحق في التنمية صنف ضمن حقوق يتضامن المجتمع البشري من أجل أعمالها وضرورة التضامن هو انعكاس لأهمية هذه المواضيع التي تعتبر مطالب ملحة لغالبية سكان العالم على اختلاف مواقعهم الجغرافية و مشارهم السياسية و أوضاعهم

الاقتصادية ومستوياتهم الثقافية والاجتماعية. وهذا التطور بالنسبة للتنمية له أهمية خاصة بالنسبة لفقراء العالم وشعوب الدول النامية.

وقد تطرق الرئيس الجزائري "هواري بومدين"، في رسالته للجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها غير العادية السادسة في أبريل 1974، حول إقامة نظام اقتصادي دولي جديد، لموضوع "حق الشعوب في التنمية".

و نظرا لأهمية الموضوع و ما لاقاه من تأييد سياسي و قانوني على نطاق دولي واسع، فإن الإشارة للحق في التنمية قد أصبح مطلباً أساسياً في الخطب السياسية خلال اجتماعات الشمال و الجنوب، و عمليات ترسيخه أخذت تتبلور بشكل ملفت للنظر، و أصبح الحق في التنمية موضوع الكثير من المحاضرات والندوات و الدراسات والتقارير إضافة لبعض المؤتمرات الدولية المهمة⁴.

المطلب الثاني/ الصياغة الإفريقية للحق في التنمية

يعتبر الحق في التنمية هو المساهمة الإفريقية ذات الخصوصية في خطاب حقوق الإنسان الدولي، كما أن الفضل يرجع للحقوقي السنغالي "كيبا مباي" في اقتراح هذا الحق لأول مرة عام 1972، في مداخلته المعنونة "الحق في التنمية كحق للإنسان" التي ألقاها في المعهد الدولي لحقوق الإنسان بستراسبورغ.

ومنذ ذلك الوقت كتب الكثير من المفكرين الأفارقة العديد من الكتابات في هذا الصدد، اتجه بعضها إلى التوسع و التطوير لمفهوم "مباي" و اتجه بعضها الآخر إلى نقد هذا المفهوم. و لاقى المفهوم اعترافاً رسمياً في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب الذي صادق عليه مؤتمر رؤساء الدول و الحكومات الإفريقية في دورتهم العادية الثامنة عشر بنairobi عاصمة كينيا في جوان 1981.

الفرع الأول/ صياغة "كيبا مباي" لمفهوم الحق في التنمية

يميز الأستاذ "مباي" التنمية عن النمو، و يرى أن التنمية هي التحول الكامل في الأبنية متضمنة درجة من التغيرات في الأنماط العقلية و الفكرية لصالح تنشيط النمو و استمراره في زمن تاريخي، وهي عملية شاملة و متكاملة تتضمن التنمية الاقتصادية ولا تقتصر عليها

يعرف كيبا مباي الحق في التنمية بأنه " الصلاحية المعترفة لكل شعب ولكل فرد من الشعب، لتحقيق احتياجاته بالتوافق مع آماله في الحدود التي يسمح بها التمتع العادل للأموال والخدمات المنتجة من طرف المجتمع"⁵.

يرى الأستاذ مباي أن المدخل لتحديد محتوى الحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان، هو تفاعل جميع العناصر المادية وغير المادية، ويؤكد بأن النمو الاقتصادي يجب أن يكون مصاحبا للتقدم الاجتماعي والثقافي، وهو يعني وجوب أن يكون وفقا للبعد الانساني⁶.

أما بالنسبة لمن يقع عليهم واجب تنفيذ الحق في التنمية فإنه يحدده بوجه خاص في "الدول" و "الجماعة الدولية"، و الحق في التنمية قوة أو امتياز تستطيع الشعوب بموجبه أن تطالب به حكوماتها أو الجماعة الدولية⁷.

يضع الأستاذ "مباي" الذي عرف باسم "أبو الحق في التنمية" تبريرا لهذا الحق على مستويات عدة، "أن شرعية هذا الحق تقوم على اعتبارات اقتصادية وسياسية و تؤسس على أسس أخلاقية وتتفق مع المعايير القانونية".

أ - الأساس الاقتصادي والسياسي للحق في التنمية:

يستعرض "مباي"، من وجهة النظر الاقتصادية، الاستغلال الإستعماري لشعوب العالم الثالث من قبل ما يسمى الآن بالدول المتقدمة، كما يشير إلى عدم المساواة المستمرة حتى الآن في علاقات الشمال- الجنوب، و إلى حالة الفقر الناتجة عن ذلك بين دول العالم الثالث و التي تستفيد منها دول الشمال وحدها طول الوقت مما يفرض على الأقل نوعا من الالتزام على هؤلاء المستفيدين، و هو ما يسميه "مباي" الحق في تنمية هذه الشعوب.

يقول "مباي" أن دول الشمال، من وجهة النظر الاستراتيجية، تحتاج إلى حلفاء في العالم المتخلف حيث يقيمون فيها القواعد العسكرية. وهو يؤكد أن كثيرا من الحروب في هذا الجزء من العالم هي حروب بالوكالة نيابة عن الدول المتقدمة في الشمال. أما من وجهة النظر السياسية فإن دول الشمال قدمت مساعدات محدودة للإبقاء على الولاء السياسي و النفوذ الدبلوماسي في العالم المتخلف في إطار المنافسات القائمة بين القوى الكبرى و في هذا الصدد فإنهم هم الراجحون. وهناك أيضا مسألة السلام والأمن

الدوليين، فحيث يوجد العالم المقسم بهذا الشكل الدرامي بين الأغنياء و الفقراء، فإنه لا يمكن القول بضمان وجود السلام، و من هنا تصبح تنمية الفقراء التزاما على الأغنياء.

ب - مسؤولية الأغنياء كأساس للحق في التنمية:

تقع المسؤولية على الأغنياء لأن الأحداث الدولية، و ما يترتب عليها، هي من صنعهم وحدهم، ذلك أنهم هم الذين تسببوا في هذه الأحداث لمصلحتهم، فإنه من المناسب ما داموا هم المستفيدين من هذا الامتياز أن يشاركوا في المساوئ أيضا. إنهم يتخذون قرار السلام و الحرب و يضعون نظام النقد الدولي و شروط العلاقات التي تحكم المشروعات الاقتصادية، و هم الذين يفرضون الايديولوجيات... إلخ. إنهم يربطون و يحلون عقد السياسات الدولية و الاقتصاد العالمي. فماذا يمكن أن يكون طبيعيا أكثر من أن يتحملوا المسؤولية عن نتائج هذه الوقائع و الظروف التي هي من صنعهم وحدهم؟ أية تبريرات أخرى يمكن أن تكون وراء حق الفيتو الذي يقتصر فقط على خمس دول من بين كل أسرة الأمم المتحدة. إن بعض الأحداث التي اتفقوا على تنسيقها كما يحلوا لهم ترجع إلى فترة ماضية بالفعل و لكن نتائجها مازالت قائمة حتى اليوم. إن المسؤولية عن الأضرار التي وقعت لا بد أن يتحملها هؤلاء الذين سببوها و إن ذلك من أولويات العدالة.

ج - الأساس الأخلاقي و القانوني:

ما يبدو أكثر أهمية من المسؤولية هو التضامن. إن الإنسانية تتحرك تدريجيا نحو علاقات قائمة على التضامن الدولي، و في هذا المجال أيضا فإن هناك تبريرا أخلاقيا للحق في التنمية، إن هؤلاء الذين يملكون يجب أن يعطوا لهؤلاء الذين لا يملكون، و عندئذ فقط فإن مبدأ التضامن يمكن أن يكون له معنى.

أما من الناحية القانونية، يتمثل موقف الأستاذ "مباي" في أن التنمية ليس حقا جديدا لكنه متضمن بالفعل في معظم مواثيق الأمم المتحدة و العهود الدولية لحقوق الإنسان القائمة. و هنا يشير خاصة إلى ميثاق الأمم المتحدة الذي يشير إلى التعاون الدولي و العهود الدولية التي تعترف بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية

المختلفة، و كلها تضمنت بصورة أو بأخرى الحق في التنمية. و من ذلك يستخلص "مباي" بأن الحق في التنمية قد نزل من عالم الأخلاق إلى عالم القانون.⁸

الفرع الثاني/ الرفض الليبرالي للصياغة الإفريقية للحق في التنمية

لقد تصدى الكثير من المفكرين الليبراليين للأسس التي وضعها "مباي" للحق في التنمية، فجاك دونللي يقول أن "مباي" قد فشل تماما في إقامة أسس مفاهيمية لهذا الحق المزعوم، و في تقديره فإن "مباي" قد خلط بين مفهوم الحق كتعهد أو كمطلب من قبل أصحاب الحق لمواجهة ملتزمين معينين بالواجبات و بين الحقوق الأخلاقية حيث أنه ليس ضروريا أن يشكل كل مرغوب فيه من الناحية الأخلاقية أساسا بالضرورة أو بالواقع لحق ما، أخلاقيا كان أو قانونيا.

ويخلص دونللي إلى أن كل هذا الضجيج عن الحق في التنمية إنما هو حيلة جديدة من قبل الدول النامية للضغط بها للحصول على مساعدات ومعونات أكثر من دول الشمال المتقدمة، ولتبرير مطالبها من أجل نظام اقتصاد عالمي جديد، ولجذب الانتباه بعيدا عن انتهاكاتها للحقوق السياسية و المدنية و للهروب من أولوية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية و ذلك من الباب الخلفي.⁹

ويرفض الفكر الليبرالي أصلا وجود فكرة وجود حقوق التضامن¹⁰، فبالنسبة إليهم فالتضامن لا يمكن، بأي حال من الأحوال، أن يكون مصدرا لحقوق الإنسان، لأن حقوق الإنسان تنبع من الكرامة الإنسانية المتأصلة في الشخص البشري، وليس المرء بحاجة إلى أكثر من أن يكون إنسانا أو يولد إنسانا حتى يمتلك تلك الحقوق. ولكن التضامن علاقة بين أشخاص أو جماعات، وتمنح منافع على أساس العضوية في مجتمع معين، وبذلك فإن أية حقوق تنبع من التضامن ليست حقوقا إنسانية¹¹.

ويتجلى هذا الرفض في تأخر تبني الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان الحق في التنمية إلى غاية عام 1986، فقد استمرت المناقشات في الأمم المتحدة بين مختلف الدول لمدة عشر سنوات (1977-1986) قبل الوصول إلى صيغة متوافق عليها لمفهوم الحق في التنمية¹². ففي الوقت الذي كانت دول العالم الثالث تلح على أولوية حقوق الشعوب و الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، محملة المسؤولية عن واقع

حقوق الإنسان للدول الرأسمالية الغنية، كانت هذه الأخيرة تركز على أولوية الحقوق المدنية والسياسية.

المبحث الثاني/ الاقرار الإفريقي بالحق في التنمية

كانت منظمة الوحدة الإفريقية أول تنظيم عالمي يعترف ويقر بالحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان في قراراتها ومواثيقها (المطلب الأول)، لكن بعد أن حل الإتحاد الإفريقي محل عرف هذا الحق نوع من التهميش (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ سبق منظمة الوحدة الإفريقية في إقرار الحق في التنمية

بدأت جهود منظمة الوحدة الإفريقية لإعمال الحق في التنمية في مؤتمر القمة الإفريقي المنعقد في منروفيا عام 1979، عبر إقرار إستراتيجية منروفيا في مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية¹³، وإصدار قرار يدعو فيه لتحضير اتفاقية إفريقية لحقوق الإنسان والشعوب تهيئ لتشكيل أجهزة تقوم بمساندة وحماية حقوق الإنسان والشعوب¹⁴. ومنذ ذلك المؤتمر بدأت المنظمة في بذل عدة جهود ترمي إلى إعمال الحق في التنمية.

نص الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب¹⁵ على حق كل الشعوب في تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مع الاحترام التام لحريةها وذاتيتها، كما جعل من ضمان ممارسة حق التنمية واجبا يقع على الدول بصورة منفردة أو بالتعاون مع الآخرين¹⁶.

الفرع الأول/ مضمون الحق في التنمية في الميثاق الإفريقي

يتضمن الحق في التنمية وفقا للميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ثلاثة عناصر أساسية هي:

أ - إعمال حقوق الإنسان:

ربط الميثاق بين الحق في التنمية وبقية حقوق الإنسان الأخرى سواء الحقوق المدنية والسياسية أو الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، حيث جاء في ديباجة الميثاق الإفريقي ما يلي:

"و إذ تعرب¹⁷ عن اقتناعها بأنه أصبح من الضروري كفالة اهتمام خاص للحق في التنمية وبأن الحقوق المدنية والسياسية لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية و

الاجتماعية و الثقافية، سواء في مفهومها أو في عالميتها و بأن الوفاء بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يضمن التمتع بالحقوق المدنية والسياسية." إذا تظهر لنا، من خلال ديباجة الميثاق الإفريقي، العلاقة الوثيقة بين الحق في التنمية و حقوق الإنسان، و أن هذه الحقوق غير قابلة للتجزئة، و لكي يتم إعمال الحق في التنمية يجب التمتع بالحقوق المدنية و السياسية عبر الوفاء بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية.

إن الميثاق الإفريقي يرسم علاقة سببية بين كل من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية، و الحقوق المدنية و السياسية، و الحق في التنمية، فالأولى شرط لقيام الثانية، و كل من الأولى و الثانية لا غنى عنهما للتمتع بالثالثة أي الحق في التنمية.

ب - حق الشعوب الإفريقية في تقرير مصيرها:

نص الميثاق الإفريقي على الحق المطلق و الثابت لكل شعب في تقرير مصيره¹⁸ و ربطه بكفالة التنمية الاقتصادية و الاجتماعية على النحو الذي يختاره (الشعب) بمحض إرادته، و يتضمن الحق في تقرير المصير كل من حق الشعوب الإفريقية المستعمرة المقهورة في أن تحرر نفسها من أغلال السيطرة و اللجوء إلى كافة الوسائل التي يعترف بها المجتمع¹⁹، و كذا حق الشعوب في التصرف بحرية في الثروات و الموارد الطبيعية، حيث نصت المادة 1/21 من الميثاق الإفريقي على هذا الحق الذي يمارس لمصلحة السكان و حدهم و لا يجوز حرمانهم منه بأي حال من الأحوال. كما نصت الفقرة الثانية من المادة 21 على أنه في حالة الإستيلاء، فللشعب، الذي تم الإستيلاء على ممتلكاته، الحق في استردادها و في التعويض الملائم.

ج - تحقيق تنمية اقتصادية و اجتماعية و ثقافية:

إن التنمية المنشودة لإعمال الحق في التنمية في إطار الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب لا تقتصر فقط على البعد الاقتصادي، بل تشمل أيضا البعدين الاجتماعي و الثقافي، و هذا ما نلمسه جليا في صلب الميثاق الذي ركز على البعاد الأخرى للتنمية و نجد هذا في المادة 22 من الميثاق التي تنص في فقرتها الأولى: "لكل الشعوب الحق في تنميتها الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية..."، كما نجد مثل هذا الوصف

للتنمية في المادة 20 من الميثاق " لكل شعب الحق ... أن يكفل تنميته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على النحو الذي يختاره بمحض إرادته"، كما أن تخصيص الميثاق لأربعة من مواده للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية²⁰ لدليل أن التنمية المستهدفة تتعدى النطاق الاقتصادي السائد في المرحلة الأولى من عمر المنظمة لتصل إلى أهداف الحرية والمساواة والعدالة والكرامة التي نص عليها ميثاق منظمة الوحدة الإفريقية²¹، ولم تستطع المنظمة خلال حوالي عقدين أن تجسدها ولو من خلال قراراتها.

لذا تقع على الدولة التزامات عدة، خاصة في المجال الاجتماعي لتحقيق التنمية. و يعد الإعلان المتعلق بالتقدم والتنمية في الميدان الاجتماعي²² أكثر صراحة في تفصيل هذه الالتزامات مثل ما جاء في مادته العاشرة إذ تنص على ضمان حق الشغل للجميع ضمن شروط عادلة ومع احترام الحقوق المرتبطة به، وتصفية الجوع وسوء التغذية وتصفية الفقر، والتوزيع العادل للدخل، وتصفية الأمية و ضمان الحقوق الثقافية والتعليم في جميع مراحلها. وتعنى المادة 11 بالضمان الاجتماعي وحقوق العائلة والأطفال والعجزة والمعوقين، وتضع المادة 12 على الدولة واجب خلق ظروف التقدم والتنمية بتصفية جميع أشكال الاستغلال داخليا وخارجيا، أي التي تمارسها الاحتكارات على الثروات الوطنية. ويمكن أيضا أن نستنتج التزامات الدولة في هذا المجال من خلال ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول²³ حيث نجد إشارة واضحة على مسؤولية الدولة عن تنمية شعبيها، وهي المادة 7 من الميثاق التي تنص: "كل دولة تعد مسؤولة بالدرجة الأولى عن تشجيع التقدم الاقتصادي والاجتماعي والثقافي لشعبها، ولهذه الغاية فلكل دولة حق ومسؤولية اختيار أهداف و وسائل التنمية، و تعبئة كل مواردها، و القيام بالإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية التدريجية و ضمان المشاركة التامة لشعبها في ثمار التنمية"²⁴.

الفرع الثاني/ صاحب الحق في التنمية

يتميز الميثاق الإفريقي بسمه هامة، تكمن في اعتباره حقوق الأفراد و حقوق الشعوب مترابطة. كما يعكس إعلان الميثاق للحقوق الجماعية القيم و الحضارة الإفريقية، حيث يعتبر المدافعون عن الحقوق الجماعية بصفة خاصة أن حقوق

الشعوب تكمل حقوق الأفراد بدل أن تنافسها، ذلك أنه في ظل الظروف الإفريقية الراهنة "يرتبط التمتع الكامل بحقوق الإنسان الفردية ارتباطا كاملا باحترام حقوق الشعب الذي ينتمي إليه و الإعتراف بها". في حين يعتبر المعارضون لأحكام الحقوق الجماعية والواجبات أن إدراج حقوق جماعية و واجبات فردية في وثيقة حقوق الإنسان يقوض مفهوم حقوق الإنسان، و يعربون عن القلق الذي يساورهم من إمكانية تستر الأنظمة الإفريقية وراء مفهوم "الجماعي" و الواجبات الفردية لإنكارها حقوق الفرد الأساسية²⁵.

وقد أدرج الميثاق الإفريقي الحق في التنمية في طائفة حقوق الشعوب²⁶، إلى جانب حق كل شعب في تقرير مصيره، حقه في التمتع بالتراث المشترك للجنس البشري، حقه في السلام والأمن، وحقه في بيئة مرضية وشاملة.

المطلب الثاني/الاتحاد الإفريقي: تهميش الحق في التنمية

لم يحظ الحق في التنمية في إطار الاتحاد الإفريقي بنفس الأهمية التي أولتها له منظمة الوحدة الإفريقية منذ مؤتمر منروfia سنة 1979. فنجد أن القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي لم يذكر قط هذا الحق، واكتفت مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا "النيباد" بذكره في موضع واحد فقط.

الفرع الأول/تغيب الحق في التنمية في القانون التأسيسي

نجد أن القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي، لم ينص على الحق في التنمية صراحة في أي موضع من مواضع القانون. ويرجع المتتبعون هذا إلى تبني الاتحاد الإفريقي لأفكار المدرسة الليبرالية الجديدة التي لا تعترف، على غرار المدرسة الليبرالية القديمة، بالحق بالتنمية كحق من حقوق الإنسان، وتجعل من التنمية هدفا يسعى المجتمع الدولي والدول لتحقيقه.

يمكن لنا أن نستشف موضعا واحدا في القانون التأسيسي، أين يعترف الاتحاد الإفريقي بالحق بالتنمية كحق من حقوق الإنسان والشعوب بصورة ضمنية، وهذا عندما نص على تعزيز و حماية حقوق الإنسان والشعوب طبقا للميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والمواثيق الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان²⁷.

تناول القانون الأساسي للاتحاد الإفريقي لمسألة التنمية في عدة مواضع. فقد عبر القادة الأفارقة في ديباجة القانون التأسيسي عن اقتناعهم "بالحاجة إلى التعجيل بعملية تنفيذ المؤسسة للجماعة الاقتصادية الإفريقية بغية التنمية الاجتماعية و الاقتصادية في إفريقيا". ومن جهة أخرى عبروا عن إدراكهم "أن ولايات النزاعات في إفريقيا تشكل عائقا رئيسيا أمام التنمية الاجتماعية والاقتصادية" و "أن هناك حاجة إلى تعزيز السلام و الأمن و الاستقرار" كشرط أساسي لتنفيذ برنامج القارة "الخاص بالتنمية و التكامل"²⁸.

خصص القانون الأساسي ثلاثة من أهدافه للتنمية، فالهدف العاشر للإتحاد يتمثل في "تعزيز التنمية المستدامة على المستويات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك تكامل الاقتصادية الإفريقية" بينما يرمي الهدف الموالي إلى "تعزيز التعاون في جميع ميادين النشاط البشري لرفع مستوى معيشة الشعوب الإفريقية" كما دعا الهدف ما قبل الأخير إلى "التعجيل بتنمية القارة عن طريق تعزيز البحث في كافة المجالات وخاصة مجالي العلم والتكنولوجيا"²⁹.

أورد القانون الأساسي مبدأ واحدا، من مبادئه، متعلق مباشرة بالتنمية و هو المبدأ الرابع عشر المتعلق بـ "تعزيز العدالة الاجتماعية لضمان تنمية اقتصادية متوازنة"³⁰.

الفرع الثاني/ الحق في التنمية في مبادرة النيباد

تم ذكر الحق في التنمية في موضع واحد في وثيقة النيباد و هو النقطة 43 على النحو التالي: "تزامنت المرحلة الجديدة من العولمة مع إعادة صياغة العلاقات الدولية في اقباب الحرب الباردة. ويرتبط هذا ببروز مفاهيم جديدة للأمن و الاهتمام الذاتي، تشمل الحق في التنمية والقضاء على الفقر..."، بينما نجده يتجاهل هذا الحق في باقي أنحاء الوثيقة، التي تعتبر إطار التنمية المعتمد من طرف الإتحاد الإفريقي.

نلاحظ أن المبادرة لم تربط بين حقوق الإنسان والتنمية بل ربطت في أغلب نقاطها حقوق الإنسان مع الديمقراطية، و لم تؤكد على عالمية حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة مما يثير عدة تساؤلات حول الحقوق المتبناة في وثيقة النيباد، إذا ما كانت تشمل حقوق الإنسان بكل أجيالها، أم الجيل الأول فقط من حقوق الإنسان المتمثل

في الحقوق المدنية والسياسية، كما يوحي به الربط بين الديمقراطية وحقوق الإنسان. وتجدر الإشارة أيضا أن المبادرة لم تذكر قط الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي تبنى الحق في التنمية وبين بوضوح الموقف الإفريقي من الجدل العالمي حول مسألة حقوق الإنسان.

يبدو أن النيباد قد اختار نهج واحد لحقوق الإنسان ألا وهو الحقوق المدنية والسياسية، من خلال تركيزه على مسائل الديمقراطية والحكم الرشيد، ولم يذكر بأي حل من الأحوال مسائل الصحة والتعليم والتنمية من زاوية كونها حقوق يتمتع بها الفرد والجماعة، وتضمنها الدولة. صحيح أن النيباد عالج المشاكل الاقتصادية والاجتماعية، لكن ليس بوصفها حقوق اقتصادية واجتماعية. كما أن النيباد يحيلنا إلى الأهداف الإنمائية للألفية التي لم تولي العناية اللازمة لأبعاد حقوق الإنسان.

لعبت الإيديولوجية، منذ قيام منظمة الوحدة الإفريقية، دورا كبيرا في النهج التنموي والسياسي الذي اتبعته القارة الإفريقية، و لم تنج النيباد من الصراع الإيديولوجي الحاصل، فكانت تعبيرا عن هيمنة الليبرالية الجديدة، ويظهر هذا جليا في تبني المبادرة الإفريقية للأطروحات النيوليبرالية الداعية للاندماج في العولمة والابتعاد عن الخصوصيات الجهوية، مما خلق أعداء كثر للنيباد.

الفرع الثالث/ الحكم الرشيد: البديل الليبرالي للحق في التنمية

تجاهل النيباد الحق في التنمية، وهو الحق الذي كان للأفارقة، وعلى رأسهم الفقيه كيبا مباي، الدور الرائد في وضع أسسه، وكان الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب أول اتفاقية دولية تعترف به. وقد كان من المفروض أن يكون هذا الحق هو الهدف الأساسي الذي تسعى المبادرة الإفريقية من أجل تحقيقه³¹. لكن مقابل ذلك حل محله مصطلح جديد في القاموس الإفريقي وهو الحكم الرشيد الرائج في أدبيات المؤسسات المالية الدولية المانحة منذ نهاية الثمانينات وبداية التسعينات، ليكون حجر أساس هذه المبادرة.

اعتبر بعض المحللين الأفارقة وبعض المنظمات غير الحكومية الإفريقية أن تضمين هذا المبدأ في الوثيقة ما هو إلا نوع جديد من المشروطة التي الدول الإفريقية على نفسها، فهو مبدأ نقل من أدبيات البنك الدولي وصندوق النقد الدولي و خطاب الدول

الغربية المانحة إلى وثيقة النيباد دون التفكير في خصوصية الواقع الإفريقي، فبدلاً من أن تسعى المبادرة إلى المراجعة النقدية للنماذج والمفاهيم الغربية للتنمية، ووضع صياغة بديلة اكتفت بقبول النموذج الغربي للتنمية بمفرداته، ومنها الحكم الراشد. كذلك فإن مبدأ الحكم الراشد لن يؤدي إلى تحقيق التنمية الإفريقية، إذ أنه يمثل إطاراً يجعل العوامل السياسية عنصراً تابعاً في الإطار الأوسع للسياسات الليبرالية الجديدة، بينما لا بد أن تعتمد التنمية الإفريقية المستدامة على إطار يجعل الأبعاد السياسية جزءاً لا يتجزأ من العملية التنموية³².

خاتمة

رغم الجهود المبذولة إفريقيا وعالمياً لصياغة وإقرار الحق في التنمية والذي توج بنتائج ملموسة في نهاية القرن الماضي، إلا أن نهاية الحرب الباردة أُلقت بظلالها على منظومة حقوق الإنسان العالمية، فتقهقرت الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وحقوق التضامن أمام الحقوق المدنية والسياسية. وقد رأينا هذا جلياً في تعاطي الاتحاد الإفريقي مع الحق في التنمية وذلك تحت تأثير الفكر النيولبرالي والمؤسسات المالية المانحة.

من الضرورة بمكان أن نعيد اليوم الاعتبار، على الصعيد الإفريقي، للحق في التنمية، وأن نجعله في صلب جدول أعمالنا، لأن هذا الحق يعتبر مقاربة أصيلة تستهدف النهوض بحقوق الإنسان من خلال مسلسل التنمية، وإنجاز التنمية من خلال ممارسة فعلية لحقوق الإنسان والشعوب. ومن جهة أخرى فالحق في التنمية يلتقي مع مفهوم التنمية الإنسانية الذي يجعل الإنسان في قلب عملية التنمية، كفاعلها الرئيسي والمستفيد الأساسي منها أيضاً، وإلى جانب كل هذا، فإن الحق في التنمية بإلحاحه على البعد الدولي للمشاركة يجعل حقوق الإنسان مسألة عالمية بامتياز، وكما يلقي على الدولة التزامات إزاء المجموعة الدولية، فإنه في نفس الوقت يضع التزامات على هذه المجموعة للمساعدة على النهوض بها واحترامها.

الهوامش

1. صفاء الدين محمد عبد الحكيم الصافي، حق الإنسان في التنمية الاقتصادية وحمايته دولياً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 181.

2. أنظر:

René-Jean DUPUY, Thème et variations sur le droit au développement, in : Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : Méthodes d'analyse du droit international, Edition A. PEDONE, Paris, 1984, p. 263.

3. أنظر:

Mohammed BEJAOU, Droit de l'Homme à la paix et culture de la paix, in : Revue Africaine des droits de l'Homme n° 7, 1996, p. 83

4. صفاء الدين محمد عبد الحكيم الصافي، المرجع السابق، ص 184.

5. أنظر:

KEBA MBAY, Les droits de l'homme en Afrique, Pedone, Paris, 1992, p 209.

6. صفاء الدين محمد عبد الحكيم الصافي، المرجع السابق، ص 296.

7. عيسى شيفجي، حقوق الإنسان في إفريقيا والعالم العربي، مركز البحوث العربية للدراسات والتوثيق والنشر، القاهرة، 1994، ص 57.

8. عيسى شيفجي، المرجع السابق، ص 58.

9. عيسى شيفجي، المرجع السابق، ص 61.

10. كما رفض من قبل وجود الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

11. جاك دونللي، حقوق الإنسان العالمية بين العالمية والتطبيق، ترجمة مبارك علي عثمان، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2006، ص 178.

12. رغم الصيغة التوافقية لإعلان الحق في التنمية، إلا أن الولايات المتحدة الأمريكية صوتت ضد هذا الإعلان، وامتنعت عدة دول غربية على التصويت عليه.

13. أنظر إعلان رقم 3 عن إستراتيجية منروفا، الصادر عن الدورة 16 لمؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية، المنعقد بمنروفا من 17 إلى 20 جويلية 1979.

14. أنظر قرار رقم 115 بشأن حقوق الإنسان والشعوب، الصادر عن الدورة 16 لمؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية، المنعقد بمنروفا من 17 إلى 20 جويلية 1979.

15. تمت الموافقة على هذا الميثاق في مؤتمر القمة لمنظمة الوحدة الإفريقية في نيروبي عام 1981 ودخل حيز التنفيذ عام 1986.

16. المادة 22 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

17. الدول الأعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية الأطراف في الميثاق الإفريقي.

18. المادة 1/20 من الميثاق الإفريقي.

19. المادة 2/20 من الميثاق الإفريقي.

20. المواد من 15 إلى 18 من الميثاق الإفريقي.

21. جاء في الفقرة الثانية من ديباجة ميثاق منظمة الوحدة الإفريقية ما يلي: "... وتقديرا منا بأن الحرية والمساواة والعدالة والكرامة هي أهداف أساسية لا غنى عنها لتحقيق الآمال المشروعة لشعوب إفريقيا."

22. أنظر قرار رقم 2542 المتضمن الإعلان المتعلق بالتقدم والتنمية في الميدان الاجتماعي، المصادق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 25 بتاريخ 11 ديسمبر 1969.

23. أنظر قرار رقم 3231 المتضمن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، المصادق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 32 بتاريخ 12 ديسمبر 1974.

24. عبد العزيز النويضي، مسؤولية الدولة عن ضمان الحق في التنمية، حقوق الإنسان المجلد الثالث، ط 2، دار العلم للملايين، بيروت، 1998، ص 388. وانظر في هذا الشأن:
Nicolas JACOBS, La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels, in: RBDI, VOL XXXII 1999-1, Bruxelles, p. 32
25. إفلين أنكوما، اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، تر: contact sarl، الشركة الإفريقية للقانون الدولي والمعاصر، لندن، د.ذ.س.ن، ص 217.
26. أنظر المواد من 20 إلى 24 من الميثاق الإفريقي.
27. أنظر المادة الثالثة الفقرة ح من القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي.
28. أنظر ديباجة القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي.
29. أنظر المادة الثالثة من القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي.
30. أنظر المادة الرابعة من القانون الأساسي للاتحاد الإفريقي.
31. أنظر:
- NKUBITO Eugene, Le NEPAD, Seminaire-Atelier sur l'accord Coutonou et le NEPAD, Kigali du 17 au 18 fevrier 2004 sur le site : wwwldgl.org.
32. راوية توفيق، الحكم الرشيد والتنمية في إفريقيا، مشروع دعم التكامل الأفريقي، معهد البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة، ص 15.

إثبات الضرر من العيب الإجرائي

الموجب للحكم ببطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري *

دراسة تحليلية نقدية لنص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

AGHLIS Bouzid, M.A."A"
Département Droit des Affaires
Faculté de Droit et des Sciences politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia, Algérie

أغليس بوزيد أستاذ مساعد قسم "أ"
قسم قانون الأعمال
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

يعتبر جزاء البطلان أهم ما يميّز القاعدة الإجرائية لما يفرضه من كفالة احترامها وبلوغ فاعليتها، ذلك أنّ هذا الجزاء يضيف عليها طابع الإلزامية، وتجريد القاعدة الإجرائية من الجزاء الإجرائي يفقد قيمتها في النظام الإجرائي للخصومة. يخضع تطبيق جزاء البطلان لأسس جمعتها المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من بينها معيار "لا بطلان بغير ضرر"، الذي اعتمده المشرع الجزائري للتوفيق بين اعتبارات المصلحة في تفعيل القاعدة الإجرائية واعتبارات المصلحة في الحماية من إهدار الحق الموضوعي، ومثل هذا المعيار يخضع بطلان تنفيذ تدابير التحقيق أمام القضاء الإداري في جوانبها المشوبة بعدم الصحة.

الكلمات الدالة

التحقيق- منازعات القضاء الإداري- القاضي المقرر- البطلان- الضرر ضابط لجزاء البطلان.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/09/22 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2015/10/15 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

Proof of damage from the procedural defect necessity for the invalidity rule of the investigation proceedings in the administrative court conflicts.

Analytical and critical study for the provisions of article 60 from the code of civil and administrative procedures.

Summary

The penalty of nullity is considered as the most important characteristic of the procedure rule to ensure respect of imposed and the attainment of its effectiveness, so that this gives it the penalty of mandatory character, and stripping the rule of procedure from the penal procedural which loses its value in the procedural system of dispute.

The application of a penalty is subject to nullification of the foundation compiled by article 60 of the code of civil and administrative proceedings, including the standard "no nullity without damage" which was adopted by the Algerian legislature to reconcile between the interest considerations in the activation of the rule of procedure and the interest considerations in the protection from the waste of the substantive right, and such a standard is subject to the invalidity of implementation investigation measures in front of the administrative court in non-health aspects vestiges.

Key words

Investigation, Administrative justice conflicts, The scheduled judge, Nullity, Damage to a penalty of nullity officer.

La Preuve du préjudice du vice procédural nécessitant le prononcé de la nullité des procédures d'instruction en matière du contentieux administratif.

Etude analytique et critique de l'article 60 du code de procédure civile et administrative.

Résumé

La sanction de la nullité est l'une des plus importante, caractéristique de la règle procédurale dans la mesure où elle impose le respect de celle-ci et garantie son efficacité et son caractère obligatoire.

Quant aux conditions qui doivent être réunies pour l'application de la sanction de nullité, on retient, en sus de son fondement juridique, celle de l'existence d'un préjudice qui vise à concilier entre les exigences de l'efficacité de la règle procédurale et celle de la protection du droit objectif. C'est la condition de laquelle est tributaire la nullité des mesures d'instruction en matière de contentieux administratif.

Mots clés

Instruction, contentieux administratif, juge rapporteur, nullité, le préjudice.

مقدمة

نظّم المشرع الجزائري قواعد بطلان إجراءات التنفيذ المتعلقة بتدابير التحقيق القضائي الإداري بكيفية جعل بها توقيع جزاء البطلان مجرداً من الإستلهاً الشخصي للقاضي، لِمَا كان هذا الجزاء مقترناً بضوابط ومعايير يلتزم بها القاضي في الحكم بهذا

الجزاء، حدّدها المشرع ضمن القواعد العامة لتنظيم بطلان الأعمال الإجرائية ونجد لها تطبيقات على تدابير التحقيق في المنازعة الإدارية حسب ما ورد عليه النص في المادة 95 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

يتّضح من استقراء عبارات المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² أنّ القاضي لا يحكم بالبطلان لمجرد النص عليه في القانون، وإنّما قيّد هذا الحكم بمعيار الضرر الذي يثبت من الخصومة أنّه لحق بالخصم الذي أثار الدفع بالبطلان، وهو ما يؤكّد موقف المشرع الجزائري من أنظمة البطلان التي تباينت واختلّفت عليها التشريعات في القانون المقارن³، بحيث أخذ بنظام البطلان الذي يستلزم إثبات الضرر من العيب الإجرائي، وقد راعى المشرع في تبني هذا النظام تجنّب عيوب نظريات البطلان الأخرى التي كثيرا ما يؤدي تطبيقها إلى تغليب الشكل على الموضوع وضياع الحق لمجرد خطأ بسيط ولو كان ماديا في اتخاذ الإجراءات، فضلا عن أنها نظريات تشجع الخصم سيء النية على التمسك بالبطلان لأتفه مخالفة شكلية، لذلك فإنّ معيار إثبات الضرر من العيب الإجرائي يتجنّب كثيرا من الإنزلاقات التي تعرقل الجهاز القضائي في أداء عمله خلال سير إجراءات الخصومة، بحيث يكون القاضي بهذا المعيار متمكّنا من التقدير في كل حالة مدى ملاءمة الحكم بالبطلان على أساس مراقبة مدى تحقق الضرر، إذ لا يكفي للحكم بجزاء البطلان مجرد النص عليه في القانون وترتيب آثاره لورود عيب إجرائي ناجم عن مخالفة قاعدة قانونية إجرائية، بل لابدّ من إثبات الضرر الحاصل من تلك المخالفة من طرف الخصم الذي يتمسك بجزاء البطلان.

يتّضح من دراسة معيار الضرر كضابط أوجبه المشرع لتوقيع جزاء البطلان، أنّه إذا كان اشتراط هذا المعيار حكرا على السلطة التشريعية يقيّد القاضي في الحكم بالبطلان، إلّا أنّ إعمال هذا الجزاء ينتهي إلى ضرورة اقتناع القاضي بتحقيق الضرر من العيب الإجرائي المشوب بالبطلان، بحيث لا يقضي بالبطلان إذا لم تكن جسامته الضرر من الأهمية التي تتناسب مع توقيع البطلان، وبذلك يكون المشرع قد تجنّب الأخذ بنظرية البطلان الإجباري الذي يجعل القاضي مجرد وسيلة لإظهار النصوص القانونية في حيّز الممارسة الإجرائية، وذلك حينما قرر له سلطة التحقق من ثبوت الضرر عند التمسك بالبطلان.

لم يبيّن المشرع الجزائري على غرار بعض تشريعات الدول الأخرى⁴ تعريف الضرر المراد في تطبيق نظرية البطلان على الأعمال الإجرائية، ولذلك تباينت الدراسات الفقهية واتجاهات القضاء في تحديد مقتضيات شرط الضرر في الحكم بالبطلان، تحديداً يبيّن ضوابط إثبات الضرر ونطاق تطبيق معيار الضرر في تقرير جزاء البطلان، وهو التحديد الذي يستوقفنا في هذا البحث للنظر فيما إذا كانت قواعد إثبات الضرر التي نجد لها تطبيقات على بطلان إجراءات التحقيق أمام القضاء الإداري، لا تؤدي إلى تقرير البطلان الإجباري ويتماشي مع اعتبارات التوازن بين حماية شكلية الإجراء وأصل الحق المطالب به في الدعوى. وبذلك يكون جديراً في البحث التساؤل حول: مدى فعالية التنظيم القانوني لشرط الضرر الموجب للحكم ببطلان تدابير التحقيق القضائي الإداري، في ترشيد جزاء البطلان بين اعتبارات المصلحة في تفعيل القاعدة الإجرائية لحماية الشكل واعتبارات المصلحة في الحماية من إهدار الحق الموضوعي بسبب المغالاة في احترام الشكل؟

المبحث الأول / ضوابط إثبات الضرر من العيب الإجرائي

تقتضي إثارة الدفع ببطلان إجراءات التحقيق القضائي الإداري إلزامية إظهار الأسس التي يقوم عليها جزاء البطلان ومن بين تلك الأسس إثبات الضرر الحاصل بسبب العيب الإجرائي الذي تآكّدت به مخالفة النموذج القانوني لإتخاذ تدابير التحقيق، بحيث لا يستجيب القاضي للدفع بالبطلان من دون هذا الإثبات.

ليس المراد بالضرر كشرط للحكم بالبطلان الإجرائي⁵ خلال سير تدابير التحقيق القضائي الإداري، نفس الضرر المقصود في عناصر المسؤولية المدنية⁶، "فالضرر أيا كان"، المشار إليه في نص المادة 124 من القانون المدني لا يكفي للحكم بالبطلان الإجرائي محل البحث، وإلا كان المشرع قد أفقد البطلان من قيمة وأهمية الأسس التي بنى عليها نظامه القانوني، بحيث أنّ جعل الضرر في البطلان الإجرائي بنفس مفهوم الضرر في المسؤولية المدنية يؤدي إلى تغليب الشكل على الموضوع وضياع الحق لمجرد حدوث أقل نسبة من الضرر أياً كان؛ لذلك تستدعي الدراسة ضرورة الوقوف بقدراً من التحليل على إظهار الضوابط التي يقتضها شرط الضرر المقصود في التمسك بالبطلان الإجرائي حتى يتضح للخصم المتمسك به مجال الإثبات الذي يراقبه القاضي الإداري عند إثارة العيوب الإجرائية اللاحقة بتنفيذ تدابير التحقيق في المنازعة الإدارية.

يمكن استدراج الضوابط التي يقوم عليها اثبات الضرر كشرط لتقرير جزاء البطلان من فلسفة المشرع في تنظيم هذا الجزاء، بحيث أنّ إرادة المشرع المتجهة نحو الحرص على التقليل من دواعي البطلان حتى لا يظهر أثناء سير الخصومة تغليب الشكل على الموضوع⁷، تؤكد إلزامية حدوث ضرر فعلي وحال يبلغ من الجسامة حدا يتنافى مع الغاية المقصودة من الشكل الذي شرعه المشرع في اتخاذ إجراءات التحقيق القضائي (المطلب الأول)، مع إلزامية إثبات الرابطة السببية بين مخالفة النموذج القانوني للقاعدة التي تنظم إجراءات التحقيق والضرر الحاصل (المطلب الثاني).

المطلب الأول / إثبات الضرر الفعلي والحال للحكم ببطلان التحقيق

يهدف المشرع الجزائي من تشريع إلزامية إثبات الضرر عند التمسك بجزاء البطلان في نص المادة 60 والمادة 95 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التقليل من دواعي وأسباب تقرير هذا الجزاء، وتحليلاً لهذا القصد التشريعي يكون بديهياً أن يتجنّب القاضي تقرير جزاء البطلان من غير اقتناعه بحصول ضرر يتناسب مع الإرادة التشريعية وفلسفتها في تنظيم هذا الجزاء، بحيث أنه لا يليق الحكم بالبطلان إذا كانت الغاية من الشكل في اتخاذ إجراء التحقيق محققة رغم مخالفة هذا الشكل، لأنّ تحقيق الغاية والهدف الذي قصده المشرع في الشكل الإجرائي يُبعد تصوّر حصول أيّ ضرر يهدد مصالح أحد الخصوم أو يعرقل السير الحسن لتدابير التحقيق القضائي في المنازعة الإدارية، وبهذا المقتضى فإنّ الضرر الذي يحقق الإرادة التشريعية في توقيع جزاء البطلان يتطلب أن يبلغ حداً معتبراً من الجسامة يعدم الهدف الذي شرعه المشرع في الشكل المحدد لإجراء التحقيق لدرجة قد يظهر عملياً أنه يمس بحقوق الخصم الذي تمسك بالبطلان وسبب له ضياع فرصه في تقديم أوجه دفاعه، أو أن تبلغ جسامة هذا الضرر نسبة يظهر بها فوات مصالح الخصم في الدعوى⁸.

الفرع الأول / تقدير جسامة الضرر للحكم ببطلان تدابير التحقيق

تتوقّف مبررات اشتراط بلوغ نسبة الضرر حداً معتبراً من الجسامة على النحو المتقدم، على تحقيق غاية المشرع في تنظيم جزاء البطلان، فهي غاية تقوم على اعتبارات مختلفة عن تنظيم عنصر الضرر في تقرير المسؤولية المدنية التي لا يراقب فيها القضاء شرط الحدة والجسامة في وقوع الضرر من المخالفة، بل يكفي لتقريرها مجرد اثبات وقوع

الضرر أيًا كانت جسامته، فإذا كان من المقرر بموجب المادة 6/86 من قانون الإجراءات الجبائية⁹ ضرورة تبليغ الخصوم من طرف الخبير لإخطارهم بتاريخ وساعة تنفيذ مأمورية الخبرة، فإنّ المطلوب في ذلك أن يكون التبليغ رسمياً بموجب محضر يتضمن جميع البيانات الشكلية المقررة في نص المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا تخلف في محضر التبليغ ذكر نوع الشركة المكلفة بدفع الضرائب وطبيعتها أو مقرها الإجتماعي وصفة ممثلها القانوني أو الإتفاقي مثلاً؛ فإنّ توقيع جزاء البطلان على نتائج الخبرة القضائية من طرف القاضي الإداري إعمالاً بما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مستبعد، لأنّ عدم ذكر تلك البيانات لا يؤثر على سلامة الخبرة ما لم يثبت من آثار الدفع بالبطلان الضرر الجدي الذي لحق الخصم من جراء هذا السهو¹⁰، ذلك لأنّ تقرير جزاء البطلان لا يكون بتحقيق العيب الشكلي في اتخاذ الإجراء وحده، لأنّ آثار هذا العيب يمكن تداركها إذا ثبت تحقق الهدف التشريعي المراد من الشكل المحدد للإجراء، وهو هدف يتأكد بلوغه عندما يتضح عدم تحقق الضرر أو عندما يتأكد أنّ الضرر الحاصل لم يبلغ درجة معتبرة من الجسامة.

الفرع الثاني / تقدير الضرر الحال والفعلي للحكم ببطلان تدابير التحقيق

يشترط تأسيس الدفع بالبطلان الإجرائي بعد إظهار جسامة الضرر الحاصل من العيب الشكلي¹¹ في تنفيذ تدابير التحقيق القضائي الإداري أن يكون هذا الضرر حالاً و واقعاً فعلاً، وليس ضرراً محتملاً¹²، فلا يكفي أن يظهر العيب الإجرائي صالح لترتيب الضرر، بل يجب التحقق من وقوع ضرر نتيجة ذلك العيب بصفة فعلية، فإذا لم يحصل تبليغ أحد الخصوم بتاريخ إجراء التحقيق القضائي ومع ذلك ثبت حضور هذا الخصم لتنفيذ تدابير ذلك التحقيق فإنّ ذلك يعدم وجود ضرر فعلي وبالنتيجة لا يتقرر أيّ حق لإثارة الدفع بالبطلان¹³.

يستفاد من نص المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اتجاه إرادة المشرع نحو اشتراط وقوع ضرر فعلي وحال عند إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، وهو نفس الحكم القانوني يترتب عند إعمال هذا الشرط على بطلان تدابير التحقيق القضائي في المنازعة الإدارية حسب ما أشارت إليه المادة 95 من نفس القانون، بحيث يسقط الدفع بالبطلان إذا لم يتمسك به الخصم الذي تقرر لصالحه البطلان حال اكتشاف العيب

الإجرائي، وهو اكتشاف يظهر لا محال أثناء القيام بالإجراءات، وإذا قدّم من تمسكّ بالبطلان دفاعا في الموضوع لاحقا للإجراء المعيب دون إثارته اعتبر الضرر ليس حالا حتى ولو كان قد مسّ بمصالحه أو بحقه في الدفاع بصفة فعلية¹⁴، وذلك فضلا عن سقوط الدفع بالبطلان إذا ثبت أنّ الضرر ليس فعليا بل أنّ الخصم الذي تمسكّ بالدفع توهم فقط احتمال وقوع الضرر¹⁵.

المطلب الثاني / إثبات علاقة السببية بين العيب الإجرائي والضرر الحاصل للحكم ببطلان التحقيق

يقتضي الضرر باعتباره تخلف الغاية التي قصدها المشرع في الأوضاع الشكلية لاتخاذ إجراءات التحقيق القضائي الإداري تخلفا تظهر جسامته في الإخلال بحق الدفاع أو في إهدار مصلحة الخصم في الدعوى بما يسيء السير الحسن للعدالة؛ أن يكون منشؤه العيب الذي لحق بالعمل الإجرائي شكلا، فإذا كان الضرر الذي أثبتته الخصم المتمسك بالبطلان ليس نتيجة مباشرة للعيب الذي شاب إجراء التحقيق من حيث مقتضياته الشكلية، فإنّ القاضي لا يستجيب للدفع بالبطلان¹⁶، وذلك لعدم ثبوت قيام رابطة السببية مباشرة بين العيب والضرر.

يكون من المنطق القول بأنّ إثبات الضرر يحمل في طياته شرط السببية، ذلك أنّ القضاء يصح له رفض الدفع بالبطلان لمجرد عدم إثبات تحقق الضرر، فلو أنّ موظفا ما رفع دعوى إلغاء أمام المحكمة الإدارية لطلب إلغاء قرار العزل من منصبه الوظيفي لسبب عدم مراعاة إجراءات المساءلة التأديبية أمام اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء¹⁷ قبل إصدار القرار المطعون فيه بالإلغاء، وبعد طرح هذه القضية في التحقيق وفقا لأحكام المادة 838 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تجرأ نفس المدعي على رفع دعوى استعجالية لطلب وقف تنفيذ قرار العزل طبقا لأحكام المادة 833 وما يليها من نفس القانون، فإنّ العيب الشكلي الذي يشوب إجراء تبليغ العريضة الإفتتاحية للدعوى الإستعجالية لا يرتب بطلان التحقيق في دعوى الموضوع وإن كان ذلك العيب يرتب البطلان في الدعوى الإستعجالية لما كان يُلحقه من ضرر بالخصم الذي يحق له التمسك بالبطلان، وذلك لأنه لا توجد علاقة سببية مباشرة بين العيب الإجرائي والضرر الحاصل. كذلك فإنه في حالة بطلان شهادة أحد أعوان الإدارة من طرف القاضي المقرر على مستوى

المحكمة الإدارية بموجب المادة 860 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسبب عدم تأدية اليمين القانونية التي توجبها المادة 2/152 من نفس القانون، فإنّ هذا البطلان لا يمتد إلى باقي وسائل التحقيق الأخرى كوسيلة الخبرة المنجزة في الدعوى، لأنّ الضرر المترتب عن بطلان الشهادة لا تربطه أية علاقة سببية بوسائل التحقيق الأخرى¹⁸.

هكذا يستفاد مما تقدّم أنّ الإعتماد على الضرر كأساس لتقرير جزاء البطلان على إجراءات التحقيق القضائي الإداري ينطوي على مقومات تشكّل الضابط الذي يتحدد به أعمال هذا الجزاء من عدمه، بحيث يشترط في الضرر الذي يبلغ درجة الجسامة التي يقدرها إهدار حق الدفاع أو تفويت فرص الخصم في طلب حماية مصالحه أمام القضاء، أن يكون حالا و واقعا فعلا ويكون نتيجة مباشرة للعيب الإجرائي الذي كان سببا للتمسك بالبطلان، وكما يشترط في الضرر اجتماع ضوابطه لإثارة الدفع بالبطلان.

المبحث الثاني / نطاق إثبات الضرر في تقرير جزاء البطلان

يستفاد من نص المادة 60 والمادة 95 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّ المشرع الجزائري جعل شرط الضرر ينطوي على مفهوم شامل يمتد إلى كل ما من شأنه أن يمس بحق الخصم في دفاعه أو يفوّت عليه فرص طلب الحماية القضائية لمصالحه وكما جعل أيضا هذا الشرط عاما يسري على جميع المقتضيات الشكلية التي يقوم عليها تنفيذ تدابير التحقيق القضائي الإداري بغير تفرقة بينها، بحيث يفهم من صياغة عبارات النصين القانونيين السابقين لزوم إثبات الضرر في التمسك ببطلان جميع الأعمال الإجرائية شكلا سواء كانت المقتضيات الشكلية متعلقة بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة للخصوم، في حين أنّ الفقه والقضاء الجزائري وحتى في القانون المقارن يبيّن ضرورة استثناء الأشكال المتعلقة بالنظام العام وحتى الأشكال الجوهرية من إلزامية إثبات الضرر الحاصل نتيجة العيب الناتج عن مخالفة النموذج الشكلي الذي اقتضاه القانون لإجراء التحقيق، بحيث يحكم القاضي بالبطلان دون البحث عن مدى وجود ضرر عندما يتعلق الأمر بتلك الأشكال.

هكذا؛ يتطلّب معرفة نطاق إلزامية إثبات شرط الضرر في أعمال جزاء بطلان إجراءات التحقيق القضائي الإداري ضرورة البحث عن تعليل استثناء الفقه والقضاء للأشكال المتعلقة بالنظام العام (المطلب الأول)، وتلك المتعلقة بالأشكال الجوهرية

(المطلب الثاني) من إثبات هذا الشرط بشأنها دون سواها من الأشكال المقررة لحماية المصلحة الخاصة.

المطلب الأول / استثناء المقتضيات الشكلية المتعلقة بالنظام العام من إثبات الضرر
 إنَّ تعميم قاعدة "لا بطلان بغير ضرر" التي جاء بها المشرع الجزائري في نص المادة 60 والمادة 95 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليُخضع لها جميع الأعمال الإجرائية التحقيقية في المنازعة الإدارية من حيث مقتضياتها الشكلية، يتناقض مع منطق الدراسات التي رصدها الفقه والإجتهادات التي توصلَ إليها القضاء سواءً في الجزائر أو في القانون المقارن، بحيث تبيّن من خلالها أنّ المقتضيات الشكلية المتعلقة بالنظام العام تُستثنى من شرط إثبات الضرر عند التمسك ببطلان إجراء التحقيق المقترن بها في اتخاذه، لأنّ البطلان المتعلق بالنظام العام لا يخضع لشرط الضرر¹⁹ فبشأن هذه المقتضيات يحكم القضاء بالبطلان ولو لم يتوافر شرط الضرر.

الفرع الأول / موقف القضاء الإداري من إثبات الضرر في تقرير بطلان المقتضيات الشكلية المرتبطة بالنظام العام

اعتبر مجلس الدولة في الجزائر أنّ عدم اطلاع الخبير على الملف الجبائي لتنفيذ مأمورية الخبرة التي أُنيطت إليه؛ إخلالا بالمقتضيات الشكلية المتطلبية للتحقيق في المنازعة الضريبية، ف قضى المجلس ببطلان الخبرة دون تبيانٍ لشرط الضرر الذي لحق بالخصم في الدعوى، وذلك ليس إلا لأنّ المقتضيات الشكلية المفروضة في تنفيذ تلك الخبرة هي مقتضيات مرتبطة بالنظام العام لا يتوقف فيها البطلان على إلزامية إثبات الضرر²⁰.

كما تصدى مجلس الدولة للقضاء ببطلان إجراءات التحقيق القضائي الإداري التي باشرتها الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران بخصوص النظر في خلافات تتعلق بالتسوية الجبائية، وذلك لسبب عدم تبليغ المكلف بدفع الضريبة بنتائج التحقيق، وقد اعتبر مجلس الدولة ذلك بمثابة إخلال بممارسة حق الدفاع أو إهدار بالضمانات المخولة قانونا للمكلف بالضريبة، لكن من دون أن يتوقف المجلس في تسبب قراره على تحديد عنصر الضرر للحكم بالبطلان، وذلك لإعتبار أنّ هذا البطلان متعلق بالنظام العام الذي يستثنى من شرط الضرر من العيب الحاصل²¹.

وقد أيدَ مجلس الدولة ما قضت به الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البليدة التي تصدّت في قرارها الصادر بتاريخ 1999/02/22 ببطلان إجراءات التحقيق المتخذة في القضية لسبب مخالفة الأشكال المحددة قانوناً للتبليغ، وذلك بتفويت ميعاد الرد على ما توصلت إليه نتائج التحقيق من طرف المكلف بالضريبة، بحيث اعتبر مجلس الدولة فعلاً أنّ عدم الإحتراس لمراعاة هذا الميعاد ينطوي على إخلال بمقتضيات شكلية مرتبطة بالنظام العام نظراً لما لهذه المقتضيات من ارتباطات بالقواعد الأساسية للتنظيم القضائي، وتصدي المجلس لتأييد القضاء بالبطلان في هذه الحالة لم يظهر فيه أيّ بحث عن ثبوت الضرر من العيب الإجرائي²².

الفرع الثاني / موقف الفقه من إثبات الضرر في تقرير بطلان المقتضيات الشكلية المرتبطة بالنظام العام

ساند غالبية الفقه اتجاه القضاء نحو استثناء المقتضيات الشكلية المتعلقة بالنظام العام من إلزامية الضرر عند التمسك بالبطلان²³، وقد حاول الفقه توضيح بعض أهم النماذج عن الأشكال المتعلقة بالنظام العام مثل توقيع المحضر القضائي على محاضره المتضمنة تبليغ نتائج التحقيق أو مختلف الإعلانات المتعلقة بسير إجراءات التحقيق، وتوقيع القاضي المقرر على محاضر التحقيق، وكذلك تلاوة تقرير اختتام التحقيق في الجلسة قبل المداولة لإصدار الحكم، وغيرها من المقتضيات الأخرى التي تحقق المصلحة العامة وتضمن سلامة التنظيم القضائي.

يرى هذا الفقه في تعليقه لهذا الإستثناء من نطاق إلزامية إثبات الضرر أنّه إذا كان من المنطق أن يقترن تقرير جزاء البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة على ضرورة إثبات الضرر الذي لحق بهذه المصلحة له ما يبرره؛ لأنّ تخلف الضرر في هذه الحالة يجعل المصلحة الخاصة لا تحتاج إلى حماية، فإنّ اشتراط الضرر للحكم بالبطلان المقرر لحماية المصلحة العامة ليس له أيّ معنى، لأنّه ليس من المعقول أن تقيّد حماية المصلحة العامة بشرط الضرر، فكل إخلال بمقتضيات النظام العام ينطوي على عدم تحقق الحماية القانونية التي أرادها القانون للمصلحة العامة، وذلك هو بعينه الضرر الذي يتحقق دوماً وبصفة طبيعية، دون حاجة للتكليف بزيادة التعقيدات في البحث عن شرط الضرر

بشأنها²⁴، وبالتالي فالقضاء يتصدى للحكم بالبطلان مباشرة بعد إظهار وجه المخالفة التي مست مقتضيات النظام العام دون حاجة لطب إثبات الضرر الحاصل من هذه المخالفة.

المطلب الثاني / استثناء الأشكال الجوهرية من إثبات الضرر

ذهب بعض الفقه والقضاء لاسيما في فرنسا ومصر²⁵ إلى القول بأن الشكل الجوهرية هو الشكل الذي يترتب على تخلفه بطلان العمل الإجرائي دون حاجة لإثبات الضرر الناجم عن ذلك، والشكل غير الجوهرية هو الشكل الذي تؤدي عدم مراعاته في اتخاذ الإجراء إلى تقرير جزاء البطلان بعد اثبات الضرر الحاصل من ذلك، بحيث يستلزم اثبات الضرر في بطلان اجراء التحقيق الذي تطلب المشرع في اتخاذه شكلا غير جوهرية دون بطلان الإجراء المقترن بالشكل الجوهرية، وتوضيحا للتمييز بين النوعين ذهب الفقه إلى التأكيد على أنه إذا تخلف الشكل المادي المطلوب في اتخاذ الإجراء ومع ذلك تحققت الغاية التي أرادها القانون من هذا الإجراء، إعتبر الشكل غير جوهرية، أما إذا لم تتحقق هذه الغاية من الإجراء بتخلف الشكل اعتبر جوهرية²⁶.

لا يظهر من موقف الفقه والقضاء الذي يأخذ بفكرة استثناء الشكل الجوهرية من إلزامية إثبات الضرر عند تقرير جزاء البطلان على تدابير التحقيق القضائي الإداري، أنه يفرق بين الأشكال المتعلقة بالنظام العام والأشكال الجوهرية، فنفس أمثلة المقتضيات الشكلية التي قدمها الفقه ونفس الأسباب التي تضمنتها الأحكام القضائية الصادرة لتقرير البطلان بدون شرط الضرر نتيجة مخالفة شكلية مرتبطة بالنظام العام، ظهرت في الأحكام الصادرة لتقرير البطلان بدون شرط الضرر نتيجة مخالفة مست بما يسمى بالأشكال الجوهرية²⁷، بل وأن القضاء كثيرا ما يستعمل مصطلحات في أحكامه لتسبب تقرير جزاء البطلان دون أن تكون هذه المصطلحات مؤدية لمعناها أو مداها، فقد سبق للقضاء الفرنسي أن استعمل في حكم واحد تعبير "الأشكال الجوهرية" و"الأشكال من النظام العام" و"الشروط الموضوعية"، وهو قاصد بهذه المصطلحات التعبير عن معنى واحد²⁸!!

يكمن تعقيد موقف الفقه والقضاء إلى جانب خلطه بين مقتضيات الشكل المتعلق بالنظام العام في الإجراء ومقتضيات الشكل الجوهرية وكذلك عدم توضيحهما بدقة لما يسمى بالأشكال الجوهرية، في عدم إظهار علّة استثناء الشكل الجوهرية من قاعدة إثبات

الضرر عند التمسك بجزاء البطلان، فمن وجهة نظرنا الشخصية لا نجد أيّ أساس قانوني ولا حتى منطقي لإستثناء ما يسمى "بالأشكال الجوهرية" من شرط الضرر، بحيث تقتضي حماية المصلحة العامة وحتى المصلحة الخاصة للخصوم خلال سير إجراءات التحقيق القضائي الإداري التقيد بشرط الضرر ما عدا ما يتعلق بالعيب الموضوعي أو ما يتعلق بالعيب الشكلي المرتبط بالنظام العام، لأنه بالرجوع إلى أصل الحاجة في فرض شرط الضرر لتقرير جزاء البطلان هو مواجهة سوء نية الخصوم الذين يتمسكون بالبطلان لمجرد كسب الوقت وتأخير الفصل في القضية، لذلك قيّد القانون البطلان بشرط إثبات الضرر اللاحق بمصلحة الخصم الذي يدفع به، فالشكل المقرر لسير إجراء التحقيق في المنازعة الإدارية أو غيرها ما دام القانون قد نص عليه فهو بمثابة ما يسمى "بالشكل الجوهري"، وإذا أخذنا بفكرة استثناء الأشكال الجوهرية من شرط الضرر عند توقيع جزاء البطلان فإنّ ذلك يمتد بنا إلى الخروج عن أساس ضروري جعله المشرع في المادة 60 والمادة 95 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتطبيق هذا الجزاء على تدابير التحقيق أمام القضاء الإداري، وكما يعدّ ذلك خروجاً عن الإطار القانوني الذي وضعه المشرع لتنظيم جزاء البطلان إن لم نقل أنّه يعدّ إضافة وتزييداً للقانون، لأنّ المنطق الذي يقوم عليه استثناء الأشكال الجوهرية من إثبات الضرر يؤدي إلى استثناء جميع الأشكال القانونية في العمل الإجرائي من شرط الضرر حتى يظهر هذا الشرط وكأنه منعدم الوجود في القانون.

خاتمة

يستفاد من البحث في أساس من أسس التمسك بجزاء بطلان تدابير التحقيق أمام القضاء الإداري، أنّ القضاء الجزائري تبني موقفاً سليماً لا يظهر منه تحايلاً للخروج عن إرادة المشرع الصريحة التي تبرزها كل من المادة 60 والمادة 95 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يراعي القضاء في توقيع الجزاء مبدأ "لا بطلان بغير نص" الذي لا يبتعد تطبيقه عن مبدأ "لا بطلان بغير إثبات الضرر"، وتقتضي الممارسة العملية لإعمال المبدأ الأول ضرورة إثبات الضرر الفعلي والمباشر من المخالفة الإجرائية ولا يستثنى من هذا الإثبات سوى البطلان المتعلق بالنظام العام أو البطلان المترتب لسبب عيب موضوعي والذي لا محال أنه بطلان تنطوي حقيقته على مقتضى من مقتضيات النظام العام.

هذا وقد أحسن القضاء الإداري الجزائري الذي تجنّب فكرة الأشكال الجوهرية في استثناء شرط الضرر من التمسك بجزء بطلان إجراءات التحقيق وغيرها من إجراءات سير الخصومة، بحيث يظهر من اتجاه قضاء مجلس الدولة الجزائري عدم إعارته لأيّ اهتمام بهذا الجانب في توقيع جزاء البطلان، وقد اعتبره في مقام عرقلة تطوير نظرية البطلان لما يترتب عنه تجريد هذه النظرية من القيود التي وضعها القانون، الأمر الذي يؤدي إلى تهاطل الأحكام القضائية التي تقضي بالبطلان، وهو ما ينمّ عن تعطيل الفصل في القضايا والمساس بقواعد التنظيم القضائي، فضلا عن أن ذلك يعكس عدم توازن تنظيم نظرية البطلان بين اعتبارات تفعيل القاعدة الإجرائية لحماية الشكل واعتبارات الحماية من اهدار الحق الموضوعي بسبب المغالاة في الشكل، لكن لما ظهر القضاء الإداري الجزائري صارما في تطبيق قواعد إثبات الضرر الموجب للبطلان، يكون قد تفادى الخروج عن اعتبارات السياسة التشريعية المقصودة في تنظيم نظرية البطلان

الهوامش

1. نصت المادة 95 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يخضع بطلان اجراءات التنفيذ المتعلقة بتدابير التحقيق للقواعد المقررة لبطلان الأعمال الإجرائية".
2. نصت المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".
3. تتعدد وتختلف النظريات الفقهية التي تناولت تنظيم جزاء البطلان، منها ما يسمى بنظرية "البطلان القانوني" التي يترتب فيها البطلان بسبب كل مخالفة للشكل القانوني بغير تفرقة بين شكل جوهري وشكل ثانوي، ودون نظر لمدى ترتيب ضرر للخصم نتيجة للمخالفة من عدمه، ودون حاجة للنص التشريعي في تقرير البطلان. ومنها أيضا نظرية "لا بطلان بغير نص"، وفيها لا يجوز الحكم بالبطلان إلا إذا وجد نص يقضي به صراحة، فلا يكون البطلان في هذه النظرية جزاء على كل مخالفة، كما أنه لا يترك للقاضي حرية تقدير حالات البطلان. ومنها كذلك نظرية "البطلان الإجباري" التي مقتضاها أنه إذا نص القانون على البطلان فإنه يجب على القاضي الحكم به دون أن يكون له في ذلك أي سلطة تقديرية للبحث عن الباعث التشريعي للنص على البطلان، فهو يلتزم بتطبيق النص ولو بدا له أنّ الجزاء خطير أو أنه لا فائدة منه. كذلك نجد ما يسمى بنظرية "البطلان الإختياري" التي تتلخّص في إعطاء القاضي سلطة إبطال العمل الإجرائي المتخذ بخلاف نموذج القانوني الصحيح أو دم إبطاله، ولا يقيد في ذلك سوى استلزام ما تقضي به قواعد العدالة والقانون الطبيعي. ومنها كذلك نجد نظرية "لا بطلان بغير ضرر" التي تقتضي ألا يكون القاضي فيها ملزما بالحكم بالبطلان لمجرد النص عليه، وكما لا تكون له سلطة تقديرية كاملة في الحكم به من عدمه وإنما يكون الأساس المعتمد في الحكم بالبطلان هو تحقق الضرر من المخالفة الإجرائية. وهناك أيضا ما يسمى بنظرية "الشك القانوني" التي يتقرر فيها البطلان عندما تتم مخالفة القاعدة الإجرائية من طرف الخصم بسوء نية منه، أما إذا وقعت المخالفة دون قصد أو علم من الفاعل فإنّ العمل الإجرائي يبقى صحيحا ولا يلحقه البطلان. كما توجد نظرية "الأستاذ بوردو"

Bourdeaux، التي تجمع بين نظرية الشك القانوني ونظرية لا بطلان بغير ضرر، فهو يرى في نظريته وجوب توفر معيارين لترتيب جزاء البطلان على الإجراءات أولهما يتمثل في وجوب أن يكون العيب الإجرائي ناتجا عن خطأ جسيم ممن قام بالعمل الإجرائي إذ لا يكفي مجرد الخطأ البسيط، وثانها يتمثل في وجوب حدوث ضرر عن العيب يلحق بالخصم الذي اتخذ في مواجهته العمل الإجرائي المعيب. وأخيرا نجد نظرية "الأستاذ بسكاتور" Pescatore، الذي يحاول في نظريته التخفيف من أثر بطلان العمل الإجرائي في سقوط الحق، وحسبه فإنّ البطلان يكون نتيجة خطأ إجرائي لا يغتفر، لكن الخطأ الإجرائي المغتفر وإن كان يمكن أن يؤدي إلى البطلان فإنه يجب ألا يؤدي إلى سقوط الحق.

أنظر في تفاصيل الإعتبارات التي تستند إليها النظريات المذكورة وأوجه الإنتقادات الموجبة إليها:

- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة ثانية، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1997، ص ص 214-223.

- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1959، ص 47 وما يليها.

- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص ص 340-341.

- زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار الإتصال للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، دون تاريخ النشر، ص ص 356-361.

- فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008 ص 11.

- أحمد محمد الحفناوي، البطلان الإجرائي وأثره على الدعوى التأديبية: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص ص 152-158.

4. تعريف الضرر كشرط في الحكم بالبطلان مختلف فيه، فباستثناء مجموعة المرافعات الفرنسية القديمة التي عرفته بموجب المادة 70 باعتباره المساس بمصالح الدفاع، والمادة 173 باعتباره الإضرار بمصالح الخصم. وكذلك المادة 2/114 من قانون المرافعات الفرنسية الجديدة التي ذهبت في تحديده إلى اعتباره الضرر الذي يلحق الخصم أيا كان؛ فإنّ التشريعات الأخرى لم تعرف الضرر في الحكم بالبطلان كما في القانون المصري والكويتي والمغربي والليبي والإيطالي، وهو ما أدى إلى اختلاف التعريفات التي تداولها الفقهاء، ويمكن الإطلاع على أهم التعاريف المتداولة بالرجوع إلى:

- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص ص 347-356.

- حمد سليمان الرشيد، النظرية العامة للجزاء الإجرائي في قانون المرافعات: دراسة مقارنة بين القانونية الكويتي والمصري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص 186.

- ابراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 244.

- أحمد محمد الحفناوي، مرجع سابق، ص 155.

- مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006، ص 437.

- محمد الصاوي مصطفى ابراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1992، ص 264.

5. الضرر كشرط للحكم بالبطان الإجرائي فكرة غير محددة، فبينما ورد عن المشرع الفرنسي أنه يربطه بحقوق الدفاع وبالمساس بمصالح الخصم الذي تمسك بالبطان، ذهب الفقه في مصر إلى القول بارتباط الضرر بتخلف الغاية من الشكل عند اتخاذ العمل الإجرائي. راجع في ذلك: والي فتحي، نظرية البطان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 347.
- محمد الصاوي مصطفى ابراهيم، مرجع سابق، ص 265.
- THOUROUDE Jean-Jacques, Pratique du contentieux administratif, Gualino lextenso éditions, Issy-les Moulineaux, Paris, 2014, P 28.
6. الضرر الموجب للمسؤولية المدنية يلزم المتسبب فيه بإصلاحه مهما كان سيرا، وفقا لتطبيقات المادة 124 من القانون المدني. أنظر في ذلك: قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا رقم 87411، صادر بتاريخ 1993/01/06، نشرة القضاة، عدد 50، لسنة 1997، ص 55. - قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا رقم 56493، صادر بتاريخ 1989/11/15، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1990، ص 14. - قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا رقم 29009، صادر بتاريخ 1983/01/05، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1989، ص 32.
7. تستخلص إرادة المشرع في الحرص من تقليل دواعي البطان من عبارات المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جمعت بين مبدأ "لا بطان بغير نص في القانون"، ومبدأ "لا بطان بغير ضرر"، بحيث يظهر من هذين المبدأين تقييد المشرع للخصوم في التمسك بالبطان الإجرائي من حيث الشكل، وتقييد لسلطة القاضي في الحكم به، ونفس الموقف أيضا يستخلص من تنظيم البطان لسبب عيب موضوعي إذ أقر المشرع صراحة في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إيراد حالات هذا البطان على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، حتى لا يؤدي بهذا الجزء إلى إهدار الحق الموضوعي بسبب المغالاة في حماية الشكل.
8. ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، طبعة ثالثة، موفم للنشر، الجزائر، دون سنة النشر، ص 81.
- دلاندة يوسف، قانون الإجراءات المدنية والإدارية مذيل بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة دار هومة، الجزائر، 2014، ص 31.
- والي فتحي، نظرية البطان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 302.
9. استحدث المشرع قانون الإجراءات الجبائية بموجب المادة 40 من القانون رقم 21/01، المؤرخ في 2001/12/22 المتضمن قانون المالية لسنة 2002، جريدة رسمية عدد 79، صادر بتاريخ 2001/12/23.
10. ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص 82.
11. البطان الذي يتقرر لسبب عيب فب الموضوع أو البطان المترتب عن مخالفة مرتبطة بالنظام العام، غير معني بشرط إثبات الضرر، وما يستفاد من نص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي قيدت إثبات الضرر في البطان الإجرائي بسبب عيوب شكلية باستثناء الأشكال المتعلقة بالنظام العام، وما نصت عليه المادة 64 من نفس القانون التي عدت حالات بطان الإجراءات من حيث موضوعها دون ذكر ارتباط هذه الحالات بشرط الضرر.
- للإستفاضة في خصائص البطان الشكلي والموضوعي، راجع: والي فتحي، نظرية البطان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 361. - ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص 83.
- DOUCHY-OU DOT Méline, Procédure Civile, 4^{ème} édition, Gualino lextenso éditions, Paris, 2010, P 123.
12. والي فتحي، نظرية البطان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 357.
13. ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص 82-83.

14. يستفاد ضمناً شرط وجوب أن يكون الضرر حالاً من نص المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقتضي عدم جواز الحكم بالبطلان إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة، فإذا لم يتمسك الخصم بالبطلان فور وقوع الضرر من العيب الإجرائي وتوالت بعده إجراءات أخرى لاحقة للإجراء المعيب جعلت الضرر ليس حالاً، وسقط بالنتيجة الدفع بالبطلان.

- DOUCHY-OU DOT Méline, Op. Cit., P 122.

15. والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 358.

16. والي فتحي، مرجع سابق، ص 358.

17. تنشأ في إطار مشاركة الموظفين في تسيير حياتهم المهنية لجان إدارية متساوية الأعضاء، تستشار في المسائل الفردية التي تخص الحياة المهنية للموظفين وتجتمع زيادة على ذلك كمجلس تأديبي تبت في المسائل المذكورة، والتي لا تقبل الطعن أمام القضاء من دون إحالتها على هذه اللجان، وذلك بحسب ما نصت عليه المواد من 62 إلى 64 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 03/07/2006، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية.

18. والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 360.

- ابراهيم أمين النفيواوي، مرجع سابق، ص ص 244-246.

- حمدي باشا عمر، مبادئ الإجتهد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص ص 65-68.

- دلاندة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2004، ص ص 74-76.

- PIERRE-OLIVIER Caille, Le contentieux administratif: La Procédure, Imprimerie de la l'information légale et administrative, Paris, 2014, P. 22.

19. ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص ص 82-83.

- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 266.

- LAMARQUE Jean, Contentieux Fiscal: Généralité, Répertoire de contentieux Administratif, Encyclopédie DALLOZ, Paris, 2003, P 28.

- DOUCHY-OU DOT Méline, Op. Cit., P 123.

20. قرار مجلس الدولة رقم 5722، صادر بتاريخ 15/10/2002، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص، 2003، ص 102.

- قرار مجلس الدولة رقم 407258، صادر بتاريخ 05/12/2007، غير منشور. (أشار إليه ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص 82).

21. قرار مجلس الدولة رقم 3975، صادر بتاريخ 12/11/2001، مجلة مجلس الدولة، عدد 02 لسنة 2002، ص 191.

22. قرار مجلس الدولة رقم 1987، صادر بتاريخ 30/07/2001، مجلة مجلس الدولة عدد خاص، لسنة 2003، ص 65.

- وقد سلك القضاء الإداري الجزائري في ذلك مسلك القضاء الإداري في فرنسا، الذي لا يشترط إثبات الضرر لتقرير البطلان المتعلق بالنظام العام. للإطلاع على قرارات مجلس الدولة الفرنسي، راجع: والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، هامش رقم 1، 2، 3، 4 و 5، ص 267.

23. حسن علي حسين علي، الجزء الإجرائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 253.

- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 268.

- أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 49.

- أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية: النظام القضائي والإختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1995، ص ص 686-687.

- ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص ص 82-85.

24. والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 362.
- DOUCHY-OU DOT Méline, Op. Cit., P 123.
25. أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 85.
- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص ص 340-344.
- حمد سليمان الرشيدى،، مرجع سابق، ص 186.
26. والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، مرجع سابق، ص 300.
27. والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص ص 270-269.
28. والي فتحي، مرجع سابق، ص 276.

الاستثمار الجزائري في الخارج *

BENCHALLAL Mahfoud, Doctorant
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou

بن شعلال محفوظ، طالب دكتوراه
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو

ملخص

تلعب رؤوس الأموال واحتياطي الدولة من العملة الصعبة دوراً هاماً في تحديد مؤشر قوة الاقتصاد الوطني، لذلك لم يقتصر تنظيم سياسة الاستثمار في الجزائر على الاستثمارات الأجنبية وإنما امتد الاهتمام إلى الاستثمارات الجزائرية في الخارج من خلال وضع بنك الجزائر للنظام رقم 04-14 الذي يحدّد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، أين حمل العديد من الإجراءات والتدابير الجديدة التي يلتزم المتعامل الاقتصادي الجزائري استيفائها حتى يسمح له بالاستثمار في الخارج.

الكلمات المفتاحية

المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري، النظام رقم 04-14، الاستثمار في الخارج.

The Algerian investment abroad

Abstract

Money market funds the reserve currency of the state play a very important role in the growth of the national economy, as the governors organize the foreign investment policy in Algeria and the organization of Algerian investment abroad thanks the foundation of the Bank of Algeria of this organization n 14-04 witch carry several new procedures and measures that force the Algeria economic cooperator to respect it to allow it to be invested abroad, and who has done much of discussions about its effectiveness.

Keyword

Investment, Algerian economic operators, The Algerian investment abroad.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/04/14 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/04/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

L'investissement Algérien à l'étranger

Résumé

Les capitaux et la réserve de l'Etat en devise jouent un rôle très important dans la croissance de l'économie nationale. Le régime des investissements concerne également les investissements algériens à l'étranger, c'est ce qui découle du règlement de la banque d'Algérie n° 14-04 fixant les conditions du transfert de capitaux vers l'étranger par les opérateurs privés de droit algériens. Ce règlement édicte un certain nombre de conditions que l'investisseur doit remplir pour réaliser son projet à l'étranger. Toutefois, ce règlement pose un certain nombre de problèmes qu'il faut aborder.

Mots clés

Agent économique de droit algérien, règlement 14-04, investissement étranger

مقدمة

اتجهت أغلب الاصلاحات التي باشر بها المشرع الجزائري في مجال الاستثمار، إلى الاهتمام بالاستثمارات الأجنبية في الجزائر والعمل من أجل استقطابها بتكريس الضمانات وتوفير المناخ الاستثماري الذي يسعى إليه المتعامل الاقتصادي.

لكن أمام الحاجة إلى رفع احتياطي الدولة من العملة الصعبة، وانخفاض مؤشر الاستثمارات الأجنبية في الجزائر¹ - خاصة بعد الاجراءات الرقابية المستحدثة في قانون المالية التكميلي لسنة 2009- تمّت إعادة النظر في فتح المجال أمام استثمار المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري في الخارج، بعد أن ارتفع عدد طلبات الاستثمار ببلوغها 43 طلب حسب إقرار محافظ بنك الجزائر²، وذلك بإلغاء العمل بالنظام رقم 01-02 الذي يحدّد شروط تكوين ملف خاص بطلب الترخيص بالاستثمار و/أو إقامة مكتب تمثيل في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري³، وتعويضه بالنظام رقم 04-14 المتعلق بتحديد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري⁴، الذي حمل العديد من الشروط الإجرائية والموضوعية الملزمة للمتعامل الاقتصادي الراغب بالاستثمار في الخارج.

واضح أنّه من الناحية القانونية تمّ فتح المجال للإستثمار في الخارج وهو ما تنص عليه المادة 126 من القانون رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض⁵، أين تم السماح للمقيمين بالجزائر القيام بعمليات التحويل للخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج

مكملة لنشاطاتهم في الجزائر، تلتها وضع أنظمة خاصة بذلك، لكن المشكلة تكمن من الناحية العملية أين تقابل كل الطلبات - باستثناء شركة سوناطراك العمومية- بسكوت الجهة المخول لها قبول الطلبات، مما يطرح استفهام عن حقيقة وجود رغبة فعلية للسماح بتجسد استثمارات جزائرية في الخارج، خاصة بعد وضع نظام قانوني جديد؟

أولاً / مجال الاستثمار الجزائري في الخارج

أسهب المشرع الجزائري وبنك الجزائر في ضبط وتنظيم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر بجملة من القوانين وبتعديلات متتالية⁶، بعكس الاستثمارات الجزائرية في الخارج أين تمّ تناولها سابقا في النظام رقم 01-02⁷، قبل أن يتم إلغاؤه بالنظام رقم 04-14 السالف الذكر، والذي كرّس لمجال جديد للإستثمار في الخارج من حيث المستثمرين (1)، ومن حيث الإستثمار(2).

1-تحديد المجال من حيث الأشخاص

حدّد النظام رقم 04-14 السالف الذكر من خلال المادة الأولى منه الأشخاص المسموح لهم بالإستثمار في الخارج؛ بالمعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، وبذلك يكون بنك الجزائر قد تفادى الإعتماد على معيار الجنسية أو معيار الإقامة اللذان اعتمدهما المشرع وبنك الجزائر في قبول وإنشاء الاستثمارات الأجنبية في الجزائر وفي تحويل وإعادة التحويل إلى الخارج⁸.

يتبين أنّ النظام القانوني الخاص بالإستثمار في الجزائر يغيّر نظرتة إلى المستثمرين باختلاف العمليات التي يقومون بها، فإذا كان عبارة عن إنشاء المشروع الاستثماري يعتمد على معيار الجنسية، وإذا كان عبارة عن عملية التحويل أو إعادة تحويل يتم الاعتماد على معيار الإقامة لرؤوس الأموال، حيث أنه لا يستفيد من التحويل إلا إذا كان الاستثمار قد أنشئ عن طريق مساهمات خارجية غير مقيمة⁹، قبل أن يتم الاعتماد على معيار جديد من بنك الجزائر وهو المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري فيما يخص الاستثمار الجزائري في الخارج.

لكن الملاحظ أنّ المشرع من خلال المادة 126 من قانون النقد والقرض التي أحالت إلى التنظيم فيما يخص بالنشاطات الاستثمارية في الخارج قد اعتمدت على معيار

الإقامة، عكس النظام رقم 04-14 الذي كرّس لمعيار المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري، إذ أنه يوجد فرق بينهما:

فمعيار الإقامة في الجزائر؛ يقصد به حسب المادة 125 من الأمر رقم 03-11 كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر، وغير المقيم عكس ذلك أي لما يكون المركز الرئيسي للنشاط الاقتصادي خارج الجزائر. أما معيار المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري يقصد به المشاريع الاستثمارية التي تم إنشاؤها وفق القانون الجزائري، واحترامه لكل الشروط الواردة في الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار ومختلف النصوص التنظيمية، وبغض النظر عن جنسية الشخص وعن إقامة رأس ماله.

أمام التناقض الموجود بين المعيارين يجب العودة إلى المبادئ العامة، والتي تعمل بقاعدة الخاص يقيد العام، وبالتالي المعيار الذي يجب اعتماده هو معيار المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري.

وباعتماد بنك الجزائر على معيار المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري يترتب عن ذلك نتائج عدّة:

- تكريس ضمانات المساواة حسب المادة 14 من الأمر رقم 03-01، إذ أنه تخضع الاستثمارات الجزائرية في الخارج لنظام قانوني واحد دون معاملة تمييزية¹⁰.

- إثارة إشكال في حال ما إذا كان المستثمر أجنبي الجنسية، وقام بالاستثمار في الجزائر وفق القواعد القانونية، ثم قرّر الاستثمار في الدولة التي يحمل جنسيتها عن طريق إنشاء فرع أو مكتب تمثيلي لاستثماره الموجود في الجزائر، مما يطرح الاستفهام عن إخضاعه للنظام رقم 04-14 الذي يحمل شروط مرهقة، في الوقت الذي أصل رأس ماله من الدولة التي يحمل جنسيتها، وبالتالي نرى أنه لا بد من إضافة فقرة خاصة بالاستثمارات التي تمّ إنشاؤها في الجزائر، ثم توسيع النشاط إلى دولة جنسية المستثمر بتخفيف الإجراءات الرقابية عليه.

- إضافة إلى ذلك؛ قد يلجأ المستثمر أمام الشروط المرهقة الواردة في النظام رقم 04-14 إلى طلب تحويل عوائد الاستثمار إلى بلده الأصلي وفق النظام رقم 03-05¹¹ بدل تقديم طلب للاستثمار خارج الجزائر، خاصة وأنّ الموافقة على التحويل تكون من بنك

أو مؤسسة مالية، ورقابة بنك الجزائر رقابة بعدية¹²، عكس طلب الاستثمار في الخارج الذي يستدعي الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض.

لكن إنشاء استثمار في الخارج بهذه الطريقة لا يخدم الاقتصاد الوطني، لكونه يؤثر بالسلب على ميزان المدفوعات، واحتياطي الدولة من العملة الصعبة، لأنّ المستثمر يكون غير ملزم بتحويل الفوائد وناتج عملية التصفية إلى الجزائر.

2- تحديد المجال من حيث النشاط

يتحدّد النشاط المسموح به للمتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري كاستثمار في الخارج من خلال المادتين 01 و02 من النظام رقم 04-14، وذلك باشتراط أن يكون النشاط من انتاج السلع والخدمات في الجزائر (أ)، وأن يكون مكتملاً وفق الأشكال المحدد في المادة الثانية من النظام نفسه (ب).

أ- نشاط انتاج السلع والخدمات

النشاطات المنتجة للسلع هي تلك المتعلقة بتحويل المواد الأولية لإنتاج وصناعة منتجات محلية، كصناعة المعدات وتركيبها، الآلات الإلكترونية، صناعة المواد الغذائية... إلخ¹³، أما النشاطات المنتجة للخدمات فهي جملة الحقوق المتصلة بالملكية والتي لها قيمة اقتصادية ذات طبيعة غير مادية¹⁴.

يتضح أنّه لا يسمح للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري الاستثمار في الخارج حالة الخصخصة، إلا إذا كانت الشركة محل الخصخصة يتقاطع نشاطها مع موضوع نشاط الشركة الاستثمارية، ويكون بهدف تكملة نشاط المشروع الاستثماري في الجزائر.

ب- أشكال الاستثمار في الخارج

حدّدت المادة 02 من النظام رقم 04-14 الأشكال التي يمكن أن يتخذها استثمار المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري في الخارج:

- إنشاء شركة أو فرع

يقصد بذلك انشاء شركة جديدة في الخارج، لكن في نفس النشاط الموجود في الجزائر، مع احترام كل من القانون الجزائري وقانون الدولة الأجنبية.

أما فرع للاستثمار القائم في الجزائر، يتم بإنشاء فرع في دولة أجنبية وتنشط في نفس المجال، وتكون في علاقة مباشرة بشركة الأم الجزائرية.

- أخذ مشاركات في شركات موجودة في شكل مساهمات نقدية أو عينية

أضاف النظام رقم 04-14 من خلال المادة 02 الفقرة 03 طريقة جديدة للاستثمار في الخارج عن طريق امتلاك حصص عن طريق مساهمات نقدية وذلك بامتلاك حصة مالية في رأس مال الشركة الأجنبية والاككتاب فيها، أو عن طريق مساهمات عينية عن طريق حصص كالمقول المادي أو المعنوي، وذلك لا يكون إلا إذا كان رأس مال الشركة الأجنبية عبارة عن أسهم.

- فتح مكتب تمثيلي

سبق وأن كرس النظام رقم 01-02 الملغى الاستثمار عن طريق مكتب تمثيلي وذلك في المادة 03 منه، وهو ما أبقى عليه النظام رقم 04-14 من خلال المادة 02 الفقرة 04.

يهدف المكتب التمثيلي للاستثمارات الجزائرية في الخارج إلى الترويج للسلع والخدمات الجزائرية في الخارج، خاصة وأن الاقتصاد الجزائري في أمس الحاجة إلى تقليص الواردات ورفع الصادرات للحفاظ على توازن ميزان المدفوعات.

ثانيا/ الشروط السابقة لقبول الاستثمار خارج الجزائر

بالتدقيق في النظام السالف الذكر نجد أنّ هناك شروط خاصة بالاستثمار (1) وأخرى بالدولة المستقبلة للاستثمار الجزائري (2).

1- شروط خاصة بالمشروع الاستثماري في الخارج

على عكس عملية تحويل رؤوس الأموال من الخارج إلى الجزائر، أين تم رفع مظاهر الرقابة المشددة وتخفيف الإجراءات بالاككتفاء بشرط التوظيف المصرفي أمام بنك أو مؤسسة مالية¹⁵، أقرّ النظام رقم 04-14 شرط إلزام المتعاملين الاقتصاديين الراغبين بالاستثمار في الخارج بضرورة إلتماس طلب عن طريق المسئول المخول له قانونا ذلك للحصول على ترخيص من طرف مجلس النقد والقرض كرقابة إجرائية (أ)، بالإضافة إلى شروط موضوعية (ب).

أ- الشروط الاجرائية

أ-1 إلزامية الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض

يجب على المتعامل الاقتصادي تقديم طلب للحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض مشفوعاً بالوثائق التالية¹⁶:

- القانون الأساسي للاستثمار الذي تم انشاؤه وفق القانون الجزائري والمراد انشاء نشاط مكمل له في الخارج.

- بطاقة معلومات تم إلحاقها بالنظام رقم 04-14، والتي تشمل على معلومات عامة عن المتعامل الاقتصادي، إلى جانب معلومات دقيقة كرقم الأعمال السنوية للسنوات الثلاث الأخيرة، ورقم الأعمال السنوية المتعلقة بالتصميم والتي تؤدي دور كبير في قرار مجلس النقد والقرض.

- تفصيل وضعية العمليات المتعلقة بتصدير السلع و/أو الخدمات ومقدار الإيرادات المتأتية منها فعليا خلال السنوات الثلاث الأخيرة السابقة لتاريخ تقديم الطلب، والذي على أساسه يتم تقرير قبول مبدئي لدراسة الطلب من عدمه، مما يوضح جليا أنّ الاستثمار الجزائري الذي يحقق أرباحا وعوائد ضخمة في الجزائر فقط، دون القيام بعمليات التصدير لا يمكن له قبول حتى طلب الترخيص لعرضه على مجلس النقد والقرض¹⁷. لكن هذا الشرط يفتح الباب أمام المصدرين والمستوردين الوهميين الذين يقدمون فواتير مزورة بهدف تحويل أموال للتصدير إلى الخارج، مما يعني إمكانية تقديمهم طلب للاستثمار في الخارج.

- كما يجب إرفاق الملف ببطاقة وصفية للاستثمار المقرر انجازه في الخارج، وذلك بتحديد شكل الاستثمار، قطاع النشاط، مبلغ رأسمال الشركة، مبلغ الاستثمار.

- ما يؤكّد فرض إجراءات صارمة للاستثمارات الجزائرية في الخارج هو إلزام المتعاملين الاقتصاديين تقديم تعهد باسترداد عوائد الاستثمار في الخارج، مع احترام الآجال المنصوص عليها في الأنظمة الخاصة بالصرف، وكذلك محصلات بيع أو تصفية الاستثمار في الخارج، إلى جانب رفع تقارير دورية إلى بنك الجزائر، مما يعني أنّ مجلس النقد والقرض يمارس رقابة سابقة، وبنك الجزائر رقابة لاحقة.

فيما يخص شرط استرداد عوائد الاستثمار، يصعب تطبيقه خاصة إذا كان النظام القانوني للدولة المستقبلية يشدّد الرقابة مثل النظام القانوني الجزائري الذي يلزم المستثمرين الأجانب بإجراءات صارمة فيما يخص التحويل من الجزائر إلى الخارج كإجراء تقديم ميزان فائض بالعملية الصعبة، الأمر الذي يجعل المستثمر تائها بين مختلف الاجراءات والشروط المشدّدة.

- إلى جانب محضر مداوات الجمعية العامة غير العادية أو أي هيئة أخرى مخوّلة لاتخاذ قرار الاستثمار في الخارج بمختلف أشكاله، وكذلك وثائق أخرى كدراسة تقنية اقتصادية تبرّر مطابقة الاستثمار في الخارج للأحكام التشريعية وأثارها على ميزانية العملة الصعبة.

- شهادة من المصالح الجبائية تبرّر وضعية المتعامل تجاه الإدارة الجبائية، أي أنّه يكفي أن يكون المستثمر في وضعية قانونية حتى ولو كانت عليه التزامات جبائية، ولم يكتفِ النظام رقم 04-14 بذلك، واشترط أن يكون النظام الجبائي للدولة المستضيفة للاستثمار شفافا، ولا يمنع تشريعه تبادل المعلومات في المجالين القضائي والجبائي.

أ-2 التوطين المصرفي

شرط التوطين المصرفي أمام بنك أو مؤسسة مالية لم يرد في النظام رقم 04-14 السالف الذكر، ولكن بنك الجزائر من خلال النظام رقم 01-07 يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملية الصعبة، المعدل والمتمم أكد من خلال المادة 03 منه على أنّه " بدون الإخلال بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، تعد التسديدات والتحويلات الخاصة بالمعاملات الدولية الجارية وتتم عبر الوسطاء المعتمدين"، مما يعني أنّه لا يمكن قانونا القيام بالتسديدات والتحويلات ولاقتناء وسائل الدفع، ولا تداولها أو ايداعها إلا عن طريق الوسطاء المعتمدين.

كما أنّ المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري والذي يريد تحويل رؤوس الأموال للاستثمار في الخارج ملزم بصرف الدينار الجزائري إلى العملة الأجنبية، وذلك لن يتم إلا لدى الوسطاء المعتمدين أو بنك الجزائر.

التحويل والصرف لرؤوس الأموال يستدعي امتلاك المتعامل الاقتصادي الجزائري لحساب بنك في الجزائر، آخر في الدولة المستضيفة، وهو الحق الذي كرّسه النظام رقم

01-09 بالسماح بفتح حسابات بالعملية الصعبة¹⁸، بشرط أن يكون بعملة أجنبية قابلة للتحويل بكل حرية لدى بنك أو وسيط معتمد، وأحيط الحق في فتح حساب بنك بضمانات بموجب تعليمة بنك الجزائر رقم 03-12¹⁹.

ب- الشروط الموضوعية

يتضح من خلال نص المادة 06 من النظام رقم 04-14 أنه لا يمكن لمجلس النقد والقرض النظر في الطلب إلا إذا توفر على جملة من الشروط الموضوعية:

ب-1 شرط النشاط التكاملي

ركّز النظام رقم 04-14 على أن يكون النشاط المزمع انشاؤه في الخارج مكتملاً للنشاط الموجود في الجزائر مهما كان شكله، وذلك عن طريق تصريح المستثمر في البطاقة الوصفية للاستثمار المقرر انجازه في الخارج عند تقديم الملف لالتماس الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض.

ورد الشرط في النظام رقم 04-14 في أكثر من مرة، منها المادة الأولى " ... المكمل لنشاطاتهم في إنتاج السلع والخدمات"، المادة 02 "إنشاء شركة أو فرع..."، والمادة 04 " ... يكون ذات الصلة بالنشاط..."، والمادة 06 " ... كان النشاط المزمع مكتملاً للنشاط الممارس في الجزائر..." مما يبيّن الأهمية التي منحها النظام السالف الذكر لشرط النشاط التكاملي.

استعمل بنك الجزائر في المادة 04 شرط أن يكون الاستثمار المرغوب انجازه في الخارج "... إذا صلة بالنشاط الذي يمارسه المتعامل الاقتصادي المعني الخاضع للقانون الجزائري"، في حين اشترط في مقامات أخرى أن يكون النشاط مكتملاً، إذ أنّ أي مستثمر يقوم بنشاط جديد يمكن أن يدعي أنّه ذا صلة، حيث أنّه يوجد فرق بين نشاط ذا صلة ونشاط مكتمل، فالنشاط المكتمل يجب أن يكون في نفس الموضوع، في حين النشاط ذا الصلة يكون في موضوع مختلف، فقط يرتبط بالنشاط الأصلي، ممّا يعني فتح سلطة واسعة أمام مجلس النقد والقرض في منح الترخيص من عدمه.

ب-2 تجاوز نسبة المساهمة في الخارج 10% من الأسهم مع حق التصويت

وضع النظام رقم 04-14 شرطا جوهريا أمام المتعامل الاقتصادي الراغب بالاستثمار خارج الجزائر، وهو شرط جديد لم يرد في النظام رقم 01-02 الملغى، ومفاد

الشرط أنه في حالة الشراكة بين المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري وطرف أجنبي، يجب أن لا تقل نسبة مساهمة الأول عن 10 % من الأسهم، إلى جانب حق التصويت، مما يعني مشاركة الطرف الجزائري في اتخاذ القرارات أثناء التصويت في الجمعية العامة للشركة²⁰.

لكنه من الناحية العملية يصعب تحديد نسبة 10 % من الأسهم إذا كانت المساهمات عينية وليست نقدية، إذ أنه يمكن اللجوء إلى تضخيم الفواتير من المتعامل الاقتصادي حتى يبلغ النسبة المئوية المحددة قانوناً، كما أن نسبة 10% نسبة كبيرة إذا كانت الشركة ضخمة أو متعدّدة الجنسيات، مما يُصعّب على المتعاملين بلوغها، الأمر الذي يدفعهم إلى امتلاك أسهم في شركات مجهرية، وذلك ما لا يخدم الاقتصاد الوطني الذي يحتاج إلى الاحتكاك بكبريات الشركات لاكتساب الخبرة والتكنولوجيا المتطورة.

ب-3 نزاهة المتعامل الاقتصادي

يشترط النظام السالف الذكر شرط نزاهة المتعامل الاقتصادي²¹، وذلك بتوفره على شهادة سلبية بعدم تسجيله في كل من:

- السجل الوطني لمرتكي الغش بمختلف أشكاله، والذي يسجل فيه مرتكبو الغش كالتهرب الضريبي، أو التصريحات الجبائية والجمركية والتجارية المزوّرة، العمليات البنكية والمالية...إلخ، قبل أن يضيف المرسوم التنفيذي رقم 13-84 في مادته الرابعة عبارة "المساس بالاقتصاد الوطني"²² مما يعني أنّ أي عملية مالية تضر بالاقتصاد الوطني مخالفة للقانون تقيّد في السجل، مما يحرم المتعامل الاقتصادي من الاستثمار خارج الجزائر.

- السجل الوطني لمخالفي التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، والذي أشار إليه المشرّع الجزائري في نص المادة 09 مكرر من الأمر رقم 10-03 المعدل والمتمم للأمر رقم 96-22 السالف الذكر، على أنه "تنشأ لدى الوزارة المكلفة بالمالية وبنك الجزائر بطاقة وطنية للمخالفين.

تحدد كيفية تنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم"

بعد مرور سنتين أصدرت السلطة التنظيمية مرسوم تنفيذي رقم 12-279 الذي يحدّد كفاءات تنظيم وسير البطاقية الوطنية للمخالفين في مجال مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج²³.

حسب المادة 02 منه تنشأ البطاقية لدى الوزارة المكلفة بالمالية وبنك الجزائر مما يسمح بسهولة الاطلاع عليها من طرف مجلس النقد والقروض الذي يتلقى الطلبات للترخيص، مما يوضح الدور الفعال الذي تؤديه البطاقية في الحصول على معطيات حول المتعاملين الاقتصاديين وتقدير نزاهتهم.

ب- 4 تحقيق إيرادات منتظمة من الصادرات واستمرارية ميزان المدفوعات

أكد النظام رقم 14-04 على الشرط من خلال المادة 06 الفقرة 03 و08 بإلزام المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري القيام بعمليات تصدير للمنتوجات السلعية أو الخدماتية التي يريد إنشاء في الخارج مشروع مكمل لها، وتحقيق إيرادات منتظمة من العملية، مما يعني بمفهوم المخالفة أنّ المتعامل الاقتصادي الذي يحقق عوائد معتبرة من نشاطه في الجزائر ممنوع من توسيع نشاطه إلى الخارج لغياب شرط التصدير.

كما أنّ الفقرة 08 من النظام السابق ذكره تشترط أن تكون موارد تمويل المشروع في الخارج ذاتية للمتعامل الاقتصادي، مما يستبعد فرضية الحصول على قروض بنكية في انجاز مشروع استثماري في الخارج.

يفهم مما سبق الرغبة في تمويل المشروع الاستثماري في الخارج من الإيرادات التي يحققها المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري من عملية التصدير للسلع والخدمات، وذلك بهدف الحفاظ على احتياطي الدولة من العملة الصعبة.

كما أنّه لا بد أن يكون ميزان المدفوعات للمتعامل الاقتصادي متوازن ومستمر، أي أنّه دائن وليس مدين²⁴، فلا يمكن تصور متعامل اقتصادي يعاني من اختلال في ميزان مدفوعاته، ويرخص له بالاستثمار خارج الجزائر.

2- شروط خاصة بالدولة المستضيفة للاستثمار الجزائري

لم يكتفِ النظام رقم 04-14 السالف الذكر بوضع شروط خاصة بشخص المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري، بل امتد إلى وضع شروط لا بد أن تتوفر عليها الدولة المستقبلة للاستثمار الجزائري.

أ- شفافية النظام الجبائي للدولة المستضيفة

غياب الشفافية في النظام الجبائي للدولة المستضيفة للإستثمار قد يؤدي إلى الازدواج الضريبي²⁵ ممّا يرهق المتعامل الاقتصادي، أو يسمح بالتهرب الضريبي²⁶ من المستثمر مستغلاً بذلك ضبابية النظام الجبائي.

كما أنّ المتعامل الاقتصادي الجزائري لا بد أن يكون على دراية مسبقة بالنظام الجبائي للدولة التي ينوي الاستثمار فيها، وذلك لن يتحقق إلاّ ما إذا كان النظام الجبائي شفافاً.

ب- التعاون الدولي في المجالين القضائي والجبائي وإمكانية تبادل المعلومات:

كما يجب أن يكون تشريع الدولة المستضيفة للاستثمار الجزائري لا يمنع تبادل المعلومات مع الدولة الجزائرية في المجالين القضائي والجبائي²⁷، مما يسمح بالتنسيق الدولي في مكافحة مختلف الجرائم الاقتصادية؛ كالتحويل غير المشروع لرؤوس الأموال وتبييضها.

يسمح هذا الشرط للدولة الجزائرية إمكانية مطالبة الدولة المستضيفة تقديم معلومات حول المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري وعن مشروعه الاستثماري، لإجراء مقارنة بين المعلومات المتحصل عليها وتلك المصرّح بها من المتعامل الاقتصادي.

إضافة إلى ذلك، في حال ثبوت ممارسات منافية للقانون من المتعامل الاقتصادي يمكن للدولة الجزائرية المطالبة بتسليم المشتبه به، خاصة في حال وجود اتفاقية بين الدولة الجزائرية والدولة المستضيفة للمشروع الاستثماري.

ويجب كذلك في حالة الاستثمار في شكل شراكة، أن يكون الشريك "أصله" من بلد لا تخضع العلاقات الاقتصادية والتجارية لأي مانع، والمقصود من ذلك تفادي تطبيع

الجزائر للعلاقات مع الكيان الإسرائيلي لأنه الكيان الوحيد الذي تتمتع الجزائر عن إقامة مختلف العلاقات معه.

لكن اللبس يكمن هنا حول مصطلح "أصله" الذي نعتبره غير قانوني، فكيف يمكن لمعامل اقتصادي جزائري أن يعرف أصل شريكه، فكان من الأجدر اعتماد الدولة التي يحمل الشريك جنسيتها أو أحد جنسياتها في حال تعددها.

ج- السماح بعمليات الترحيل لرؤوس الأموال

وُفق النظام رقم 04-14 في وضع الشرط لمنع استمرار نزيف رؤوس الأموال الذي ينخر الاقتصاد الوطني، بسماع النظام القانوني للدولة المستضيفة التحويل لفوائد الاستثمار، ومحصلات البيع أو تصفية الاستثمار.

استعمل النظام المذكور أعلاه في المادة 06 عبارة "يسمح تشريعه المتعلق بالصرف والوضعية الاقتصادية والاجتماعية بترحيل العوائد المترتبة..."، حيث أنه يثار الغموض عن العلاقة الموجودة بين التحويل والظروف الاجتماعية للدولة المضيفة للاستثمار وصعوبة معرفتها خاصة وأنها في غالب الأحيان غير مستقرة.

ثالثا / الشروط اللاحقة للترخيص بالاستثمار خارج الجزائر:

لم يكتف النظام الخاص بالاستثمار في خارج الجزائر بشروط منح الترخيص من طرف مجلس النقد والقرض وإنما تمتد إلى مرحلتى الاستغلال (1) والتصفية (2).

1- الشروط الواجب احترامها خلال فترة الاستغلال

حسب المادة 11 من النظام رقم 04-14 تتمثل الشروط الواجب احترامها من المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري في هذه المرحلة:

أ- ترحيل عوائد الاستثمار

وهو ما نصت عليه المادة 11 الفقرة 02 بصراحة "يجب ترحيل عوائد الاستثمار المحققة في الخارج إلى الجزائر دون أي تأخير".

لكنه يثير الشرط الإشكالي في حال ما إذا أراد المتعامل الاقتصادي توسيع نشاطه كالرفع من حصته في الأسهم انطلاقا من عائدات الاستثمار، فهل يعفى من ترحيل عوائد الاستثمار بقدر توسيع المشروع، أم أنه ملزم بترحيلها إلى الجزائر ثم تقديم طلب جديد للحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض؟ يتضح من المادة 11 الفقرة

02 التي أتت بصيغة مطلقة، أنّ المتعامل الاقتصادي ملزم بترحيل العوائد إلى الجزائر، وتقديم طلب جديد لمجلس النقد والقرض لتوسع النشاط في الخارج، مما يعمق من الاجراءات التقييدية للمستثمر الجزائري في الخارج.

كما أنّ عبارة "دون أي تأخير" أتت بصفة فضفاضة مما يثير الغموض نتيجة إمكانية التفسير الواسع لها.

ب- رفع تقرير سنوي إلى بنك الجزائر

تنص المادة 11 الفقرة الأولى من النظام السابق على إلزام المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري رفع تقرير سنوي إلى المديرية العامة للصرف ببنك الجزائر يضم تفاصيل عن النشاط خلال تلك السنة، ويكون مصحوبا ببيانات تفصيلية عن الوضعية المالية للاستثمار مصادق عليه من طرف محافظ الحسابات أو الهيئة المختصة بذلك وفق قانون الدولة المضيفة.

ويجب أن يبرز التقرير المرفوع العائد الناجم عن الاستثمار ومختلف الوثائق التي تثبت ترحيله الفعلي إلى الجزائر، وبذلك يكون بنك الجزائر قد بسّط إجراءات الرقابة حتى على قيمة الأرباح المحققة من المتعامل الاقتصادي.

يتضح من خلال ما سبق أنّ مجلس النقد والقرض يمارس رقابة سابقة على الاستثمار الجزائري في الخارج، وبنك الجزائر ممثلة في المديرية العامة للصرف رقابة لاحقة، وهو ما يضي على هذه الرقابة الشمولية خاصة وأنّ تشكيلة مجلس النقد والقرض وبنك الجزائر تشكيلتين متداخلتين.²⁸

2- الشروط الواجب احترامها في حال التخلي عن الاستثمار

تنص المادة 12 من النظام رقم 04-14 على أنّه "في حالة التخلي عن الاستثمار في الخارج، يجب على المتعامل الاقتصادي المعني بترحيل ناتج العملية دون أيّ تأخير".

أول ما نستنتجه من نص المادة أنّه تم وضع فرضية التخلي الارادي من المتعامل الاقتصادي عن الاستثمار، دون التطرق إلى فرضية سحب الترخيص من طرف محافظ بنك الجزائر بعد استشارة مجلس النقد والقرض، أو من المجلس بحد ذاته، والذي سبق وأن نصت عليه المادة 06 من النظام رقم 01-02 الملغى. كما نفهم من نص

المادة أنّ دور مجلس النقد والقرض يقتصر على منح الترخيص، دون إمكانية سحبه في حال ما إذا لم يحترم المتعامل الاقتصادي الشروط الواجبة طيلة مراحل الاستثمار.

خاتمة

لم يحظَ النظام القانوني للاستثمار الجزائري في الخارج باهتمام كبير منذ أن تمّ فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين، وما يؤكّد ذلك تنظيمها بموجب أنظمة صادرة من بنك الجزائر، وليس بموجب نصوص تشريعية كما هو الحال بالنسبة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، التي تم تنظيمها بموجب الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم بصفة دورية، مما يعكس الاهتمام الكبير الذي حظي به.

الاطلاع كذلك على النظام رقم 04-14 يبيّن أنّ جلّ موادّه تكرّس لإجراءات رقابية على المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري، دون أن تحمل أي مزايا أو ضمانات بقصد تشجيع الاستثمارات الجزائرية في الخارج، وهو ما يعكس عدم وجود رغبة جدية وفعلية في هذا الاتجاه المعاكس للاستثمارات.

بإعادة النظر في خلفيات وضع النظام السالف الذكر، يتبين أنّه أتى استجابة لشروط تحرير التجارة الخارجية²⁹، بهدف انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة وليس وليد رغبة فعلية، كما أنّ الوقت الذي تم فيه اصدار النظام، كانت تعاني فيه الجزائر من ظاهرة تهريب رؤوس الأموال إلى الخارج، حيث بلغ التهريب في السداسي الأول فقط من سنة 2013 حوالي 30 مليار دولار³⁰، مما جعل أصحاب القرار يلجأون إلى تشديد الرقابة على كل المعاملات المالية مع الخارج.

الهوامش

1. بلغ عدد الاستثمارات الأجنبية المنجزة في الجزائر من سنة 2002 إلى 2012: حوالي 410 مشروع استثماري بقيمة 803 مليار دينار، www.ANDI.dz، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2015-04-07.
2. إيمان كموش، "استثمارات 43 رجل أعمال جزائري في الخارج على مكتب اكساسي"، جريدة البلاد، 17-11-2014، www.elbilad.net/article/detail?id=24536 تم الاطلاع عليه بتاريخ 2015-04-07.
3. نظام رقم 01-02 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2002، يحدد شروط تكوين ملف خاص بطلب الترخيص بالاستثمار و/أو إقامة مكتب تمثيل في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، ج.رج.ج. عدد 30، صادر بتاريخ 28 أفريل سنة 2002. (ملغى).

4. نظام رقم 04-14 مؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2014، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، ج.ر.ج.ج.، عدد 63، صادر بتاريخ 22 أكتوبر سنة 2014.
5. أمر رقم 11-03، مؤرخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج.، عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت 2003، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-09 مؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.، عدد 44، صادر في 26 جويلية سنة 2009، و معدل ومتمم بالأمر رقم 04-10 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، ج.ر.ج.ج.، عدد 50، صادر بتاريخ أول سبتمبر سنة 2010، متمم بموجب قانون رقم 08-13، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68 صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2013.
6. تم تعديل الأمر رقم 03-01 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج.، عدد 47، صادر في 22 أوت سنة 2001، عدة مرات وذلك بالأمر رقم 08-06 مؤرخ في 15 جويلية سنة 2006، ج.ر.ج.ج.، عدد 47، صادر في 19 جويلية سنة 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-09، مؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.، عدد 44، صادر في 26 جويلية سنة 2009 (استدراك في ج.ر.ج.ج.، عدد 53، صادر في 13 سبتمبر 2009)، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-10 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج.، عدد 49، صادر في 29 أوت سنة 2010، وبالقانون رقم 16-11 مؤرخ في 28 ديسمبر 2011 يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر.ج.ج.، عدد 72 صادر في 29 ديسمبر 2011، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 12-12، مؤرخ في 26 ديسمبر 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر.ج.ج.، عدد 72، صادر بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2013، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-13، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68 صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2013، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 14-10، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2014.
7. لتفاصيل أكثر حول الشروط والإجراءات الواردة في النظام رقم 01-02، راجع: بن أوديع نعيمة، النظام القانوني لحركة رؤوس الأموال من وإلى الجزائر في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010.
8. للمزيد من التفاصيل حول الاستثمار الأجنبي في الجزائر، انظر: - ZOUAIMIA Rachid, « Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie », R.A.R.J., Faculté de droit, Université Abderrahmane MIRA, Bejaia, N° 01, 2010.
9. بن شعلال محفوظ، الرقابة على الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص الهيئات العمومية والحوكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 2014، ص 28 وما يليها.
10. تنص المادة 14 من الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم على "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار".
11. نظام رقم 03-05، مؤرخ في 06 يوليو سنة 2005، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج.ر.ج.ج.، عدد 53، صادر بتاريخ 31 يوليو سنة 2005.
12. المادة 06 من النظام رقم 03-05، المرجع نفسه.

13. معيفي لعزيز، " دور المعاملة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي وتوجهه في قانون الاستثمار الأجنبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 02/2011 ص،، 59.
14. HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes, LITEC, Paris, 2000, P., 140.
15. المادة 03 من النظام رقم 01-07، مؤرخ في 03 فبراير سنة 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر.ج.ج.، عدد 31، صادر بتاريخ 13 مايو سنة 2007، معدّل متمم بالنظام رقم 06-11، مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2007، ج.ر.ج.ج.، عدد 08. صادر بتاريخ 15 فبراير سنة 2012.
16. المادة 09 من النظام رقم 04-14، مرجع سابق.
17. المادة 06 فقرة 03 من النظام نفسه.
18. نظام رقم 01-09، مؤرخ في 17 فبراير سنة 2009، يتعلق بحسابات العملة الصعبة الخاصة بالأشخاص الطبيعية من جنسية أجنبية، المقيمين وغير المقيمين، والأشخاص المعنويين غير المقيمين، ج.ر.ج.ج.، عدد 25 صادر بتاريخ 29 أفريل سنة 2009.
19. Instruction N° 2012-03 du 26 décembre 2012, Fixant la procédure relative au droit au compte. www.bank-of-algeria.dz
20. المادة 06 الفقرة 06 من النظام رقم 04-14، مرجع سابق.
21. يقصد بالزاهة عدم ارتكاب المتعامل الاقتصادي للجرائم الواردة في أمر رقم 22-96، مؤرخ في 09 جويلية سنة 1996، يتعلق بقمع مخالفات التشريع والتنظيم الخاصين بالصراف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج ج.ر.ج.ج.، عدد 43، صادر بتاريخ 10 جويلية سنة 1996، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 01-03، مؤرخ في 19 فيفري سنة 2003، ج.ر.ج.ج.، عدد 12، صادر بتاريخ 23 فيفري سنة 2003، معدل متمم بموجب قانون رقم 06-06-24، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر.ج.ج.، عدد 85، صادر بتاريخ 27 ديسمبر سنة 2006، معدل متمم بموجب الأمر رقم 03-10، مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، ج.ر.ج.ج.، عدد 50، صادر بتاريخ 01 سبتمبر سنة 2010.
- للمزيد حول الموضوع، انظر:
- بن شعلال محفوظ، "تجريم القانون الجزائري للمستثمر الأجنبي المخل بقواعد الصرف وحركة رؤوس الأموال" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، عدد 03 لسنة 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، ص ص 270-290.
22. مرسوم تنفيذي رقم 89-13 مؤرخ في 06 فبراير سنة 2013، يحدد كفاءات تنظيم وسير البطاقية الوطنية لمركبي أعمال الغش ومركبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا عدم القيام بالإيداع القانوني لحسابات الشركة، ج.ر.ج.ج.، عدد 09، صادر بتاريخ 10 فبراير سنة 2013.
23. مرسوم تنفيذي رقم 12-279 مؤرخ في 09 يوليو سنة 2012، يحدد كفاءات تنظيم وسير البطاقية الوطنية للمخالفين في مجال مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصراف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج.ر.ج.ج.، عدد 41، صادر بتاريخ 15 يوليو سنة 2012.
24. للتفصيل حول المقصود بميزان المدفوعات، انظر:

- L'HUILLIER Jacques, Le système monétaire international aspects économiques, Libraire Armand Colin, Paris, 1971, P., 49.

25. BERNARD Castagneds, Précis de fiscalité internationale, presse universitaire de France, 1er édition, Paris, 2002, P12.

26. تقدر قيمة الهرب الضريبي في الجزائر ما بين 3,4 و 6,9 مليار دولار. مختاري فضيلة، الشروق اليومي

www.echouroukonligne.dz 2015/03/22

27. المادة 06 الفقرة 04 من النظام رقم 04-14، مرجع سابق.

28. تحدد المادة 58 من الأمر رقم 11-03، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم، تشكيلة مجلس النقد والقرض "

يتكون مجلس النقد والقرض الذي يدعى في صلب النص 'المجلس' من:

- أعضاء مجلس إدارة بنك الجزائر،

- شخصيتين تختاران بحكم كفاءتهما في المسائل الاقتصادية والنقدية".

وبالعودة إلى نص المادة 18 من نفس الأمر، نجد التشكيلة تتمثل في: المحافظ رئيسا، نواب المحافظ، ثلاث موظفين

ذوي أعلى درجة في المجالين الإقتصادي والنقدي، شخصيتين تختاران بحكم كفاءتهما في المسائل الاقتصادية.

29. وأتى كذلك وضع النظام رقم 04-14 استجابة للمبدأ الدستوري: حرية الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في

إطار القانون"، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ 28 نوفمبر سنة 1996، المنشور بموجب المرسوم

الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر سنة 1996

معدل بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل سنة 2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل سنة 2002

معدل ومتمم بالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 63، صادر بتاريخ 16/11/2008.

30. علام أمين، "جودي يسلم بوتفليقة وسلال تقريرا أسود عن تهريب رؤوس الأموال"، وقت الجزائر، يوم 20 أوت

سنة 2013، www.letempsd'algerie.dz

مظاهر تعدي المشرع الجزائري على مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب *

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

بن هلال ندير، طالب دكتوراه
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

عرف نظام الاستثمارات في الجزائر منذ تكريس مبدأ المساواة في المعاملة بين
المستثمر الوطني والأجنبي تطورا ملحوظا .

لكن بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، وجد المستثمر الأجنبي نفسه أمام
نظام تمييزي، ألزمه بقبول شروط تمييزية ومعقدة من بينها نذكر على سبيل المثال :
التصريح بالاستثمار أمام الوكالة، إخضاع الاستثمار الأجنبي للدراسة المسبقة أمام
المجلس الوطني للاستثمار، إلزامية إنجازها في إطار شراكة تمثل فيها حصة المستثمر
الوطني المقيم 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي... الخ .

الكلمات المفتاحية

المستثمر الأجنبي، النظام التمييزي، التصريح بالاستثمار، الدراسة المسبقة، حق
الشفعة، حق إعادة شراء الأسهم أو الحصص الاجتماعي.

Manifestations infect Algerian legislator on the principle of equal treatment between national and foreign investors

Summary

Since the adoption of the principle of equality between national and foreign
investors foreign investment in Algeria diet HAS Undergone a remarkable Evolution.

My device after the supplementary budget law for 2009, Have compelled to
accept discriminatory conditions and complex Recall for example: statement
investment before the agency, Subjecting foreign investment prior to the study by the
National Council for Investment, Mandatory accomplished within the framework of
partnership in which the national resident investor's share representing at least 51% of
the social capital ... etc.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/04/23 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/07/03 وقُبل للنشر بتاريخ 2014/11/10.

Keywords

Foreign Investor, discriminatory regime, the investment statement, Prior study, the right of first refusal, The right to buy back shares or social Share .

Manifestations de la transgression du principe de l'égalité du traitement entre investisseurs nationaux et étrangers par le législateur algérien

Résumé

Depuis la consécration du principe de légalité de traitement entre l'investisseur national et étranger, le régime des investissements en algérie a connu une évolution remarquable.

Toutefois, après l'édiction de la loi de finances complémentaire pour l'année 2009, l'investisseur étranger s'est trouvé devant un régime discriminatoire qui lui impose d'accepter des conditions discriminatoires et compliquées. Parmi celles-ci, on cite à titre d'exemple, la déclaration de l'investissement auprès de l'agence, l'investissement étranger est soumis a l'examen préalable du conseil national de l'investissement, son projet doit se faire dans le cadre d'un partenariat dans lequel la part de l'investisseur national résident représente 51% au moins du capital social... etc.

Mots clés

L'investisseur étranger, le régime discriminatoire, la déclaration de l'investissement, l'examen préalable, le droit de préemption, le droit de racheter les actions ou parts sociales.

مقدمة

يقصد "بمبدأ المساواة في المعاملة" عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي، وقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في قانون الاستثمار الجزائري بموجب نص المادة 14 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار¹، التي تنص على أنه: "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار...".

بالتالي من خلال المادة 14 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، نجد أنّ المشرع الجزائري قد تخلّى عن النظام الثنائي في معاملة الاستثمار الأجنبي والوطني وذلك بإخضاعهما "لمبدأ المساواة"، وهو ما جعل الجزائر محلّ إشادة من طرف العديد من الهيئات والمنظمات الدولية ومن بينها نجد: مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "CUNUCED"²، أين أصدر تقريراً إيجابياً عن الوضع الاقتصادي في الجزائر³.

لكن بصدور قانوني المالية التكميليين لسنتي 2009⁴ و 2010⁵ تغير موقف المشرع الجزائري جذريا اتجاه الاستثمار الأجنبي وذلك بإخضاعه لنظام تمييزي بالمقارنة مع المستثمر الوطني.⁶

كلّ هذا دفع بنا للتساؤل والبحث عن أهم مظاهر التمييز التي يخضع لها المستثمر الأجنبي بالمقارنة مع المستثمر الوطني؟

للإجابة على هذه الإشكالية، سنتطرق إلى تبيان مظاهر المعاملة التمييزية للاستثمار الأجنبي من خلال إلزامه بمجموعة من الإجراءات الإدارية التمييزية والمعقدة (المبحث الأول)، وكذلك بتقييده بمجموعة من الشروط التمييزية (المبحث الثاني).
المبحث الأول / إلزام المستثمر الأجنبي بمجموعة من الإجراءات الإدارية التمييزية والمعقدة

بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، أصبح المستثمر الأجنبي يخضع لإجراءات إدارية جدّ معقدة، تتمثل أساسا في إلزام المستثمر الأجنبي بالتصريح بمشروعه الاستثماري أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI)⁷ (المطلب الأول) إضافة إلى استحداث إجراء ثاني يتمثل في ضرورة خضوع الاستثمار الأجنبي للدراسة المسبقة من طرف المجلس الوطني للاستثمار (CNI)⁸، إذ رغم تخلي المشرع الجزائري عن هذا الإجراء بموجب نص المادة 56 من القانون 08-13 المتضمن قانون المالية لسنة 2014⁹، إلا أنّ هذا لا يمنعنا من التطرق إليه بما أنّه يعدّ مظهرا من مظاهر التعدي على مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب المكرّس بموجب نص المادة 14 من الأمر 01-03 (المطلب الثاني).

المطلب الأول / إلزام المستثمر الأجنبي بالتصريح بمشروعه الاستثماري أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار

سنتطرق في هذا العنصر إلى تبيان المقصود بإجراء التصريح بالاستثمار (الفرع الأول)، ثم تبيان القيمة القانونية له (الفرع الثاني).

الفرع الأول / المقصود بإجراء التصريح بالاستثمار

يعرّف إجراء التصريح بالاستثمار بأنه: "شكلية غالبا ما تكون معلقة أو محدّدة المدّة، تمثّل بالنسبة للقائم بها الإدلاء للسلطة بوقائع يعترف بها شخصيا، عادة ما تفرض لغرض إخضاع المصريح لمجموعة من الالتزامات أو رقابة السلطة أحيانا".¹⁰

أما قانونا فقد عرّفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-98 المتعلّق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب مقرّر منح المزايا وكيفيات ذلك¹¹ على أنه: "... الإجراء الشكلي الذي يبدي من خلاله المستثمر رغبته في انجاز استثمار في نشاط اقتصادي لإنتاج السلع والخدمات، في مجال تطبيق الأمر 01-03 المؤرّخ في 20 غشت 2001 والمذكور أعلاه..."، و هو نفس التعريف الذي جاءت به المادة الثانية من القرار المؤرّخ في 18 مارس 2009، الذي يحدّد ملف التصريح بالاستثمار وإجراء تقديمه.¹²

بتحليل أحكام المادتين السالفتي الذكر يتبيّن لنا أنّ إجراء التصريح بالاستثمار عبارة عن إجراء شكلي واختياري، يبيّن من خلاله المستثمر نيته في إنجاز المشروع الاستثماري . بالتالي فالتصريح بالاستثمار لا يصل إلى درجة الترخيص بالاستثمار¹³، إذ يقول الأستاذ "العقون وليد" بأنّ التصريح بالاستثمار:

"c'est une simple déclaration- enregistrement, le fait quelle soit préalable ne lui conforme pas le caractère d'une autorisation."¹⁴

وحسب المادة 04 من القرار المؤرّخ في 18 مارس 2009 فإنّ التصريح بالاستثمار يلعب دور وثيقة إحصائية عندما لا يرغب المستثمر في الاستفادة من المزايا¹⁵، وهذا حتى يتمّ المقارنة بين المشاريع المصرّح بها وتلك التي تمّ إنجازها على أرض الواقع.¹⁶

الفرع الثاني / القيمة القانونية لإجراء التصريح بالاستثمار

في ظلّ المرسوم التشريعي رقم 93-12 كان هناك اختلاف وجدل كبير حول القيمة القانونية لإجراء التصريح بالاستثمار، إذ هناك فريق من الكُتاب والباحثين يرون بأنّه إجراء ملزم¹⁷، وفي المقابل هناك فريق آخر كيف إجراء التصريح بالاستثمار بأنّه إجراء غير ملزم¹⁸.

بصدور الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار تفتنّ المشرع الجزائري لهذا الجد، وجعله إجراء اختياريًا بالنسبة للمستثمرين سواء الوطنيين أو الأجانب، ولا يصبح إلزاميًا إلا في حالة طلب المزايا، وهو ما يفهم من خلال نص المادة الرابعة في فقرتها الثانية والتي جاءت على النحو التالي: "... تخضع الاستثمارات التي استفادت من مزايا هذا الأمر، قبل إنجازها، إلى تصريح بالاستثمار لدى الوكالة المذكورة في المادة 06 أدناه".

لكن بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 تغير موقف المشرع الجزائري جذريا اتجاه القيمة القانونية لإجراء التصريح بالاستثمار، إذ جعله إجراء اختياريًا بالنسبة للمستثمر الوطني إلا في حالة طلب الحصول على المزايا، وجعله إجراء إلزاميًا بالنسبة للمستثمر الأجنبي سواء أراد الاستفادة من المزايا أم لا، وهو ما يفهم من خلال نص المادة 04 مكرر في فقرتها الأولى، التي نصّت على أنّه: " تخضع الاستثمارات الأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات قبل إنجازها إلى تصريح بالاستثمارات لدى الوكالة المذكورة في المادة 06 أدناه..."¹⁹.

في الأخير نقول بأنّ المشرع الجزائري بتكريسه لنص المادة 04 مكرر وجد نفسه في تناقض مع نص المادة 14 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار والتي تنص على مبدأ المساواة بين الاستثمار الوطني والأجنبي، وكذا المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 98-08 المتعلق بشكل التصريح بالاستثمار، ومقرّر منح المزايا وكيفيات ذلك بالإضافة إلى نص المادة 02 من القرار المؤرخ في 18 مارس 2009، الذي يحدّد ملف التصريح بالاستثمار وإجراءات تقديمه التي كيّفت التصريح بالاستثمار بأنّه مجرد إجراء شكلي غير ملزم، وهذا دون نسيان تناقض الجزائر مع التزاماتها الدولية.²⁰

المطلب الثاني / إلزام خضوع الاستثمار الأجنبي للدراسة المسبّقة من طرف المجلس الوطني للاستثمار

بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، استحدث المشرع الجزائري إجراء إداريا جديدا موجّها لمعاملة الاستثمار الأجنبي، وهو ذو طابع تمييزي يتمثل في إلزام خضوع الاستثمار الأجنبي للدراسة المسبّقة من طرف المجلس الوطني للاستثمار.

لقد استحدث المشرع الجزائري هذا الإجراء بموجب المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009²¹، والتي جاءت بالمادة 04 مكرّر من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار والتي تنصّ على ما يلي: " يجب أن يخضع كلّ مشروع استثمار أجنبي مباشر أو استثمار بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية إلى الدّراسة المسبّقة من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه".

لدراسة إجراء الدراسة المسبّقة للاستثمار الأجنبي ارتأينا التطرّق إلى المجلس الوطني للاستثمار باعتباره الجهة المختصّة لإجراء الدراسة المسبّقة للاستثمار الأجنبي (الفرع الأوّل)، ثم نتطرّق إلى القيمة القانونية لإجراء الدراسة المسبّقة (الفرع الثّاني).
الفرع الأوّل / المجلس الوطني للاستثمار كجهة مختصّة بإجراء الدراسة المسبّقة على الاستثمار الأجنبي

بالعودة إلى الفقرة الرّابعة من المادة 04 مكرّر من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدّل والمتّم، نجد بأنّ الجهة المختصّة لإجراء الدراسة المسبّقة هو المجلس الوطني للاستثمار²².

لذا سنحاول في هذا العنصر التطرّق إلى الاطار القانوني للمجلس الوطني للاستثمار(1)، ثم نتطرّق إلى صلاحياته(2).

1- الاطار القانوني للمجلس الوطني للاستثمار

يعتبر إنشاء المجلس الوطني للاستثمار خلاصة ونتيجة لتفكير عميق وطويل من طرف السلطتين التشريعية والتنفيذية، حول إيجاد طريقة لتوحيد مركز اتخاذ القرارات المتعلقة بمجال الاستثمار²³.

لذا تمّ استحداث جهاز جديد، وذلك بموجب نص المادة 18 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدّل و المتّم، والتي تنصّ على أنّه: " ينشأ مجلس وطني للاستثمار يدعى في طلب النّص "المجلس" يرأسه رئيس الحكومة"، إذ كان في السابق يوضع تحت وصاية وسلطة رئيس الحكومة الذي يقوم كذلك برئاسته.

أما فيما يخص تشكيلته وتنظيمه وسيره، فقد أحالنا المشرع إلى التنظيم، الذي صدر في نفس السنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-281 المتعلق بتشكيله المجلس الوطني وتنظيمه وسيره²⁴.

بتعديل قانون الاستثمار بموجب الأمر 06-08 قام المشرع بتغيير الجهة التي ينشأ لديها المجلس الوطني للاستثمار، إذ أصبح ينشأ لدى الوزير المكلف بالصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار، وهذا منح المجلس مصداقية أكثر، إذ جاءت المادة 18 بعد التعديل على النحو التالي: "ينشأ لدى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، مجلس وطني للاستثمار يدعى في طلب النص "المجلس"، ويوضع تحت سلطة و رئاسة رئيس الحكومة... تحدّد تشكيلة المجلس الوطني للاستثمار وسيره وصلاحياته عن طريق التّنينيم"²⁵.

بتفحص هذه المادة نجد بأنّ المجلس الوطني للاستثمار ينشأ لدى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، أمّا الرئاسة فتكون لرئيس الحكومة، أي الوزير الأوّل حاليا²⁶، وفيما يخص التشكيلة وسير المجلس فقد أحالتها المادة 18 إلى التّنينيم، وبالفعل صدر التنظيم المرتقب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره²⁷.

نظرا لاعتبار المجلس الوطني للاستثمار أعلى هيئة في مجال الاستثمار، جعله المشرع يحظى بتشكيلة موسّعة تشمل العديد من الوزارات²⁸، ممّا جعله كمجلس حكومة مصغّر²⁹، وذلك تفعيلاً للدور الذي يلعبه وتفادياً لتعدّد مراكز اتّخاذ القرار ولتجنب سوء التّنينيق وتنازع الاختصاص بين مختلف الجهات³⁰.

لقد تمّ عرض تشكيلة المجلس الوطني للاستثمار بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتنظيمه وسيره، و التي تتضمن الشخصيات التالية: الوزير المكلف بالجماعات المحليّة - الوزير المكلف بالمالية - الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الوزير المكلف بتهيئة الإقليم والبيئة.

إضافة لما سبق يضاف لهذه التشكيلة أعضاء يشاركون كملاحظين وهم:
- وزير أو وزراء القطاع المعني- رئيس مجلس الإدارة و المدير العام للوكالة الوطنية لتطوير
الاستثمار- كما يمكن الاستعانة عند الحاجة بكل شخص له كفاءة في مجال الاستثمار .

2- صلاحيات المجلس الوطني للاستثمار

يتمتع المجلس الوطني للاستثمار بعدة صلاحيات تمّ تحديدها بموجب نص المادة 03 من
المرسوم التنفيذي رقم 06-355، المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته
وتنظيمه وسيره، وتتمثل هذه الصلاحيات فيما يلي :

- اقتراح إستراتيجية تطوير الاستثمار وأوليواته.

- دراسة البرنامج الوطني لترقية الاستثمار.

- القيام بدراسة قائمة النشاطات والسّلع المستثناة من المزايا والموافقة عليها وتعيينها .

- الفصل على ضوء تهيئة الإقليم، فيما يخصّ المناطق التي يمكن لها الاستفادة من النظام
الاستثنائي³¹.

وهذا إضافة إلى إجراء الدّراسة المسبّقة الذي كرّسته المادة 58 من قانون المالية

التكميلي لسنة³² 2009، لكن تمّ إلغاؤه بموجب المادة 56 من قانون المالية لسنة 2014.

الفرع الثّاني / القيمة القانونية للدّراسة المسبقة المنجزة من طرف المجلس الوطني
للاستثمار

تنصّ المادة 04 مكرّر فقرة 4 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار
والمستحدثة بموجب المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على أنّه " يجب أن
يخضع كل مشروع استثماري أجنبي مباشر أو استثمار بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية
إلى دراسة مسبّقة من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه "

بتفحص هذه المادة نجد أنّها جاءت صريحة، إذ لا يمكن إنجاز الاستثمار الأجنبي إلاّ
بعد خضوعه لدراسة مسبّقة من طرف المجلس الوطني للاستثمار وفي سبيل أداء مهامه
منح المشرع للمجلس الوطني للاستثمار اختصاصا واسعا وغير مقيد في إصدار قرارات
فردية تأخذ شكل الاعتماد أو الترخيص، فعدم الرد الصّريح أو الإيجابي من المجلس
الوطني للاستثمار يجعل الاستثمار غير قابل للانجاز، وهو ما أشار إليه الأستاذ
"زوايمية رشيد"³³.

وما يؤكد هذا التحليل كذلك، هو اشتراط المركز الوطني للسجل التجاري ابتداء من دخول قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيز التنفيذ، بأن يتضمن ملف التسجيل نسخة من الترخيص الذي يمنحه المجلس الوطني للاستثمار.³⁴

من خلال ما سبق نقول بأن المشرع الجزائري عاد إلى تطبيق سياسة جديدة فيما يخص الاستثمار الأجنبي كالتى كانت مكرسة أثناء مرحلة الدولة المتدخلة³⁵، وهو ما جعلها في تناقض مع المادة 14 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، والاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع العديد من الدول سواء قبل صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 أو بعده. وهو ما صححه المشرع الجزائري بإلغاء هذه المادة بموجب المادة 56 من قانون المالية لسنة 2014.³⁶

المبحث الثاني / تقييد الاستثمار الأجنبي بمجموعة من الشروط التمييزية

بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، و2010، بالإضافة إلى بعض النصوص القانونية الأخرى، وجد المستثمر الأجنبي نفسه ملزماً باحترام مجموعة من الشروط التمييزية، وهذا سواء في مرحلة الإنجاز و الاستغلال (المطلب الأول)، وكذا في مرحلة التصفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول / إلزام المستثمر الأجنبي بمجموعة من الشروط التمييزية خلال مرحلة الانجاز و الاستغلال

ألزم المشرع الجزائري المستثمر الأجنبي أثناء مرحلة إنجاز و استغلال مشروعه الاستثماري بمجموعة من الشروط التعسفية التي تتمثل فيما يلي: إلزام المستثمر الأجنبي بتبني أسلوب الشراكة الدنيا لإنجاز مشروعه الاستثماري (الفرع الأول)، إلزام المستثمر الأجنبي الاستعانة بالتمويل المحلي لإنجاز مشروعه الاستثماري (الفرع الثاني) إلزام المستثمر الأجنبي بتقديم فائض بالعملية الصعبة خلال مدة قيام المشروع (الفرع الثالث)، منع المستثمر الأجنبي الاستثمار في بعض النشاطات (الفرع الرابع).

الفرع الأول/ إلزام المستثمر الأجنبي بتبني أسلوب الشراكة الدنيا لانجاز مشروعه الاستثماري

على عكس المستثمر الوطني الذي يمكن له الحصول على كل أسهم المؤسسة، أي الحصول على الملكية المطلقة للمشروع الاستثماري فإنّ المستثمر الأجنبي ملزم بتبني أسلوب الشراكة الدنيا مع المستثمر الوطني، و الخضوع لقاعدة 49% - 51%.

و هو ما نصّت عليه المادة 58 فقرة 3 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 والتي تقابلها المادة 4 مكرّر فقرة 2 من الأمر رقم 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار³⁷، إضافة إلى هذا فقد قيّد المشرع الجزائري نسبة مساهمة المستثمر الأجنبي في المؤسسة محلّ الخوصصة، فبالرجوع إلى الأمر رقم 04-01 المتعلّق بتنظيم المؤسسات العمومية و سيرها³⁸، نجد بأنّ المشرع الجزائري لم يقيم بتحديد نسبة مساهمة المستثمر الأجنبي في رأس مال المؤسسة العمومية محلّ الخوصصة و هذا على عكس القانون الفرنسي الذي قام بتحديد النسبة ب 20% كحدّ أقصى وفق المادة 6 من قانون الخوصصة لسنة 1986³⁹، لكن بالعودة إلى قانون الاستثمار نجد بأنّ المشرع الجزائري قد قام بتقييد نسبة مساهمة المستثمر الأجنبي ب 49% كحدّ أقصى و هو ما يفهم من خلال الفقرة الثانية من المادة 4 مكرّر التي نصّت على أنّه: " لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلاّ في إطار شراكة تمثّل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي. و يقصد بالمساهمة الوطنية جميع عدد الشركاء"، بتفحص المادة 4 مكرّر نجد بأنّ من بين الشّروط التي تتضمنها تقييد نسبة مشاركة المستثمر الأجنبي حدّ أقصى و هو 49% كحدّ أقصى، و هذا على عكس المستثمر الوطني الذي يمكن له الاستفادة من 66% كحدّ أقصى من الأسهم⁴⁰، مع إمكانية الشراء الكلي للأسهم بعد توقّف مجموعة من الشّروط⁴¹.

نلاحظ من خلال ما سبق إخضاع المستثمر الأجنبي لمعاملة تمييزية سواء في ما يخصّ إنشاء الاستثمار أو استعادة النّشاطات الاقتصادية في إطار الخوصصة، و السّبب في تقييد هذه النّسبة يعود إلى عدم اهتمام الجزائر خلال هذه المرحلة بالمستثمر الأجنبي، و ذلك راجع لامتلاك احتياطي صرف كبير من عائدات النفط، و كذلك لبعض التجارب السّلبية فيما يخص عملية الخوصصة⁴² و أحسن مثال: "مجمع أرسيلوميتال" الذي يعرف تراجعاً من سنة إلى أخرى سواء من حيث الإنتاج أو من حيث الجانب الاجتماعي للعمال.

الفرع الثاني/ إلزام المستثمر الأجنبي بتقديم فائض بالعملة الصّعبة

من بين الشروط التمييزية التي فرضت كذلك على المستثمر الأجنبي نجد إلزامه بتقديم فائض بالعملة الصّعبة لفائدة الجزائر، و هو ما استحدثته المادة 58 فقرة 6 التي تقابلها المادة 4 مكرّر فقرة 5 من الأمر رقم 03-01 التي تنصّ على أنّه: "يتعيّن على

الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة تقديم فائض بالعملية الصعبة لفائدة الجزائر خلال كل مدة قيام المشروع. و يحدّد نص من السّلطة النقدية كيفية تطبيق هذه الفقرة".

نلاحظ بأنّ المشرع قد أحالنا إلى التّنظيم فيما يخص تطبيق الفقرة السّالفة الذكر، إذ صدر النّظام رقم 06-09 المؤرّخ في 26 أكتوبر 2009 المتضمّن ميزان العملة الصّعبة المتعلّق بالاستثمارات الأجنبية أو عن طريق الشراكة⁴³، و الذي نصّ في المادة 02 منه أنّ رصيد ميزان العملة الصّعبة: "يتمثّل في الفرق بين مجموع عناصر الجانب الدائن ومجموع عناصر الجانب المدين"، تتمثّل عناصر الجانب المدين في: واردات السلع والخدمات، الأرباح وعائدات أسهم التّنازل الجزئي عن الاستثمارات... أمّا عناصر الجانب الدائن في: نتائج صادرات السلع والخدمات، كل مساهمة بعنوان الاستثمارات بما في ذلك رأس مال الشركة... الخ⁴⁴....

لعلّ السبب الذي جعل الجزائر تتبنى هذا الشّروط هو العمل على حماية عائدات الاستثمار الأجنبي، من أجل الاستفادة منها للنهوض بالاقتصاد الوطني، لكن في الواقع هذا يعتبر تعسّفا وتعديا على حق المستثمر الأجنبي⁴⁵ وكذا تعديا على نص المدة 14 من قانون الاستثمار والالتزامات الدولية للجزائر.

الفرع الثّالث / إلزام المستثمر الأجنبي بالاستعانة بالتمويل المحلي لإنجاز مشروعه الاستثماري

تنصّ الفقرة 04 من المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على أنّه: "توضع، ما عدا في حالة خاصة، التمويلات الضّرورية لإنجاز الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة، باللّجوء إلى التمويل المحلي باستثناء تشكيل رأس المال، و يحدّد نص تنظيمي، عند الحاجة، كيفية تطبيق هذه الأحكام".

من خلال هذه المادة نجد أنّ المشرع ألزم المستثمر الأجنبي بالاعتماد على التمويلات المحلية، و منعه من الاقتراض من الخارج⁴⁶، و هو ما قد يعرقل تمويل المشاريع الاستثمارية الأجنبية في الجزائر، لأنّ البنوك الجزائرية لا تتمتع بالسيولة المالية الكافية لضمان تمويل كلّ الاستثمارات سواء الوطنية أو الأجنبية.

الفرع الرابع / النص في بعض النصوص القانونية الخاصة بمنع المستثمر الأجنبي من الاستثمار في قطاعات معينة

من بين مظاهر التمييز كذلك بين المستثمر الأجنبي و الوطني نجد منعه من الاستثمار في بعض القطاعات كقطاع الاعلام (أولا)، الطيران المدني (ثانيا).

أولا/ في قطاع الاعلام

صدر أول قانون للإعلام في سنة 1990 بموجب القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام، الذي ألغي بموجب المادة 132 من القانون العضوي 12-05 المتعلق بالاعلام.⁴⁸

بتحليل أحكام هذا القانون نجد بأن المشرع الجزائري قد استبعد المستثمر الأجنبي من الاستثمار في هذا النشاط، وهو ما يظهر بصريح العبارة من خلال المادتين 4⁴⁹ و61⁵⁰ من القانون السالف الذكر، إضافة إلى القانون العضوي 12-05 المتعلق بالاعلام أصدر المشرع مؤخرا قانون له علاقة بقطاع الاعلام و هو القانون رقم 14-04 المتعلق بنشاط السّمي البصري⁵¹، أين اشترط المشرع توفر الجنسية الجزائرية في جميع المساهمين و هو ما أشارت إليه صراحة المادة 19 من القانون رقم 14-04 السابق الذكر.⁵²

لهذه المعاملة التمييزية عدّة أسباب، إلا أنّ أهمّها يتمثل في العمل على تقييد حرية المستثمر الأجنبي، وهو ما ينعكس سلبيا على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية.⁵³

ثانيا/ في قطاع الطيران المدني

تنصّ المادة 43 من القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 جوان 1998⁵⁴، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني على أنّه : "فيما عدا الدولة، فإنّ الأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائرية أو الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الجزائري و الذين يملكون أغلبية رأس مالهم، أشخاص طبيعيون من جنسية جزائرية، وحدهم يستطيعون إنشاء و /أو استغلال محطة جوية أو مطار أو محطة طوافات مفتوحة للملاحة الجوية العمومية".

من خلال هذه المادة نلاحظ بأنّ المشرع استثنى المستثمر الأجنبي من مجال تطبيق هذه المادة، و هو ما يبين المعاملة التمييزية ضدّ المستثمر الأجنبي، غير أنّه في الواقع العملي فإنّه بعد قضية الخليفة قامت الدولة الجزائرية باحتكار قطاع الطيران المدني، و ذلك من

خلال عدم ردّها على طلبات الخواص⁵⁵، حيث أنّه منذ قضية الخليفة لم يتم اعتماد أيّ مستثمر خاص في مجال الطيران المدني.

المطلب الثاني/ مظاهر المعاملة التمييزية للاستثمار الأجنبي أثناء مرحلة التّصفية

تبرز مظاهر المعاملة التمييزية للاستثمار الأجنبي أثناء مرحلة التّصفية في عودة الدور التدخلي للدولة في الحقل الاقتصادي، والذي يظهر على وجه الخصوص في تقرير حق الشفعة للدولة و المؤسسات العمومية على الاستثمارات المتنازل عليها في الجزائر (الفرع الأول)، حق الدولة و المؤسسات العمومية في إعادة شراء الأسهم المتنازل عنها في الخارج (الفرع الثاني).

الفرع الأول / تقرير حقّ الشفعة للدولة و المؤسسات العمومية على الاستثمارات المتنازل عليها في الجزائر

بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، أقرّ المشرع الجزائري في المادة 62 منه، التي استحدثت المادة 4 مكرّر 3 من الأمر رقم 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار، بحقّ الدولة و المؤسسات العمومية في ممارسة حقّ الشفعة على كلّ التنازلات التي يقوم بها المستثمرون الأجانب⁵⁶، فإذا أرادت الدولة التنازل عن حقّها في ممارسة حقّ الشفعة، سيقدّم للمعني شهادة التّخلي عن ممارسة حقّ الشفعة من طرف مصالح مختصّة، تكون تابعة للوزير المكلف بترقية الاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة⁵⁷، وهذا في عقد موثّق يحرره الموثّق، إذ يحدّد شروط التنازل و سعره⁵⁸، الذي يحدّد على أساس الخبرة⁵⁹.

رغم تسليم شهادة التّخلي عن ممارسة حقّ الشفعة، إلّا أنّ للدولة و المؤسسات العمومية الحقّ في التراجع عن الشهادة و ممارسة حقّ الشفعة خلال أجل أقصاه سنة⁶⁰.

في الأخير يجدر بنا أن نشير أنّ سكوت المصالح المختصة و عدم ردّها على الطّلب خلال مدّة شهر، يعتبر بمثابة قبول ضمني على التخلي عن ممارسة حقّ الشفعة، لكن هناك استثناءات مثلا إذا بلغت المعاملة المقدار المحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالاستثمار⁶¹.

من خلال ما سبق نرى بأنّ حقّ الشفعة يعتبر معاملة تمييزية في حقّ المستثمر الأجنبي، إضافة إلى هذا نجد بأنّ الدولة تعدّت الحدود بتطبيقه بأثر رجعي و هو ما يتعارض مع نص المادة 15 من الأمر رقم 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار، و من الأمثلة على ذلك نجد قضية "أوراس كوم تيليكوم" التي تحجّجت فيها الجزائر بحماية الاقتصاد الوطني⁶²، حيث أنّه رغم بيعها لشركة "فمبيلكوم" الروسية إلاّ أنّه بعد جذب و مدّ تمكّنت الجزائر من استرجاعها.

الفرع الثاني / حقّ الدولة و المؤسّسات العمومية في إعادة شراء الأسهم المتنازل عنها في الخارج

إضافة إلى حقّ الشفعة، حوّل المشرع للدولة و المؤسّسات العمومية الحقّ في إعادة شراء الأسهم و الحصص المتنازل عنها في الخارج، وهو ما تمّ استحداثه بموجب المادة 27 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010، و التي تقابلها المادة 04 مكرّر 04 من الأمر رقم 01-03، إذ أصبحت استشارة الحكومة ملزمة لكلّ تنازل كليّ أو جزئيّ عن حصص أو أسهم شركات خاضعة للقانون الجزائري في الخارج، و استفادت عند إنجازها من التسهيلات المنصوص عليها في قانون الاستثمار، في هذه الحالة أقرّت المادة 4 مكرّر 04 من الأمر رقم 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار حقّ الدولة و المؤسّسات العمومية بإعادة شراء الحصص و الأسهم المتنازل عنها، و يتمّ تحديد سعر التنازل باللّجوء إلى الخبرة⁶³.

في الأخير نشير إلى أنّ هناك تشابه كبير بين حقّ الشفعة، وحقّ إعادة شراء الأسهم و الحصص المتنازل عنها في الخارج، لكن يختلفان في عدّة نقاط و من أهمّها نجد ما يلي:
- حقّ الشفعة يرد على الاستثمارات المتنازل عنها في الجزائر، أمّا حقّ إعادة شراء الأسهم المتنازل عنها في الخارج فيرد على الاستثمارات المتنازل عنها في الخارج، و هو ما يفهم من خلال نص المادتين 4 مكرّر 03 و 04 مكرّر 04.

- في حقّ الشفعة لا يستلزم ضرورة الاستفادة من التسهيلات و الحوافز التي يتضمّنها الأمر رقم 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار، أمّا حقّ إعادة شراء الأسهم و الحصص المتنازل عنها في الخارج، يجب أن يكون الاستثمار المتنازل عليه في الخارج، قد استفاد من مجموعة من الحوافز⁶⁴.

خاتمة

من خلال ما سبق نتوصّل إلى نتيجة مهمّة، تتمثّل في اعتداء المشرع الجزائري على نص المادة 14 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، التي كرّست مبدأ المساواة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب .

يظهر هذا التعدي على وجه الخصوص في التعديلات التي جاء بها قانونا المالية التكميليين لسنتي 2009 و 2010، وذلك بتطبيق سياسة مشابهة للتي كانت أثناء مرحلة تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي⁶⁵، من أهم مظاهر التعدي نجد ما يلي :

-إلزام المستثمر الأجنبي التصريح بالاستثمار، على عكس المستثمر الوطني الذي لا يلزم بالتصريح إلا في حالة طلب المزايا.

-إلزام إخضاع الاستثمار الأجنبي للدراسة المسبقة أمام المجلس الوطني للاستثمار، وهو إجراء لا يخضع له المستثمر الوطني، وقد استدرك المشرع هذا الأمر بإلغاء إجراء الدراسة المسبقة بموجب قانون المالية لسنة 2014 .

- إلزام المستثمر الأجنبي بتبني أسلوب الشراكة الدنيا 49 % - 51%، إذ منع من الحصول على الملكية المطلقة للمشروع، وهذا عكس المستثمر الوطني الذي يمكن له الحصول على الملكية المطلقة.

-إلزام المستثمر الأجنبي بالاستعانة بالتمويل المحلي لانجاز مشروعه، وهو ما قد يعيق مشروعه لعدم قدرة البنوك الجزائرية على تمويل المشاريع الكبرى .

-إلزام المستثمر الأجنبي بتقديم فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر خلال كلّ مدة قيام المشروع.

-منع المستثمر الأجنبي من الاستثمار في بعض القطاعات كالطيران المدني، قطاع الإعلام .
-حقّ الدولة و المؤسسات العمومية في تطبيق حقّ الشفاعة على الاستثمارات الأجنبية المتنازل عنها في الداخل، و كذا حقّ إعادة الشراء بالنسبة للاستثمارات المتنازل عنها في الخارج، و التي استفادت من عدّة مزايا و تسهيلات .

كلّ هذا دفع بالهيئات الدولية إلى تصنيف الجزائر في المراتب الأخيرة في ما يخصّ الأمن القانوني للاستثمار و بيئة الأعمال⁶⁶ .

في الأخير نرى بأنّه على المشرع الجزائري إلغاء كلّ المواد المتناقضة مع مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والوطني، المكرّس بموجب نص المادة 14 من الأمر رقم 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار، و الذي التزمت به الجزائر في العديد من الاتفاقات ذات الصّلة بالاستثمار.

الهوامش

1. أمر رقم 03-01 مؤرّخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، معدّل و متمّم بالأمر رقم 08-06 المؤرّخ في 15 جويلية 2006، ج ر ج ج، عدد 47، صادر في 19 جويلية 2006، و الأمر رقم 01-09 المؤرّخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009 (استدرارك في ج ر ج ج، عدد 53، صادر في 13 سبتمبر 2009)، و الأمر رقم 01-10 المؤرّخ في 26 أوت 2010، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010، و القانون رقم 16-11 المؤرّخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمّن قانون المالية لسنة 2012، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 29 ديسمبر 2011، و القانون رقم 12-12 المؤرّخ في 26 ديسمبر 2012، يتضمّن قانون المالية لسنة 2012، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 30 ديسمبر 2012 و القانون رقم 08-13 المؤرّخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمّن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 48، صادر في 31 ديسمبر 2013، و القانون رقم 14 - 10 المؤرّخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمّن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014.
2. تعني كلمة "CNUCED" :
- Conférence des Nations Unis sur le Commerce Et le Développement.

3. للتفصيل أكثر انظر:

- CNUCED,Examen de la politique de l'investissement Algérie, Nations unis,New York et Genève,2004,p60.
4. أمر رقم 01-09 مؤرّخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.
5. أمر رقم 01-10 مؤرّخ في 20 أوت 2010، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010.
6. بن يحي رزيقة، سياسة الاستثمار في الجزائر من نظام التصريح إلى نظام الاعتماد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصّص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص100.
7. ANDI : هي مختصر لكلمة، و تعني باللغة العربية:الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار
Agence Nationale de Développement des Investissements.
- للتفصيل حولها انظر كلّ من - مرسوم تنفيذي رقم 06-356 مؤرّخ في 03 أكتوبر سنة 2006، يتضمّن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و تنظيمها و سيرها، ج ر ج ج، عدد 24، صادر في 11 أكتوبر 2006.
- معيفي لعزیز، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كألية جديدة لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص ص 12-105.
- بن يحي رزيقة، مرجع سابق، ص ص 32-42.

-أنظر الموقع الرسمي للوكالة WWW.ANDI-dz

8. Conseil National de l'Investissement.CNI و التي تعني باللغة العربية المجلس الوطني للاستثمار،

للتفصيل أكثر حول الموضوع انظر كل من :

- مرسوم تنفيذي رقم 06 - 355، مؤرخ في 09 أكتوبر 2006، يتعلّق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، ج.ر.ج. عدد 64، صادر بتاريخ 11 أكتوبر 2006.

- عسالي نفيسة، المجلس الوطني الاستثمار كآلية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013..

9. أنظر المادة 56 من القانون رقم 13-08 المؤرخ في 30/12/2013، يتضمّن قانون المالية لسنة 2014. مرجع سابق.

10. كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 1998، ص 220.

11. مرسوم تنفيذي رقم 08-08 مؤرخ في 24 مارس 2008، يتعلّق بشكل التصريح بالاستثمار و مقرر منح المزايا و كيفيات ذلك، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 26 مارس 2008.

12. انظر المادة 02 من القرار المؤرخ في 18 مارس 2009، يحدّد مكونات ملف التصريح بالاستثمار و إجراءات تقديمه، ج ر ج ج، عدد 31، صادر في 24 ماي سنة 2009.

13. بن شعلال محفوظ، الرقابة على الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، تخصص الهيئات العمومية و الحكومة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 59.

14. انظر في ذلك:

LAGGOUNE Walid, questions autour de code des investissements, *Revue Idara*, vol 04, n° 01, p.4

15. انظر المادة 04 من قرار مؤرخ في 18 مارس 2009، يحدّد مكونات ملف التصريح بالاستثمار و إجراءات تقديمه، مرجع سابق.

16. انظر بن شعلال محفوظ، مرجع سابق.

17. من الكتاب و الباحثين الذين يرون أنّ التصريح بالاستثمار إجراء ملزم نجد كل من : يوسف محمد، عليوش قربوع كمال، للتفصيل حول موقفهم أنظر:

- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، د.م. ج، الجزائر، 1999، ص 42.

- يوسف محمد، " مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلّق بترقية الاستثمار، مجلة الإدارة، عدد 02، 1999، ص 109.

18. من الكتاب و الباحثين الذين يرون أنّ التصريح بالاستثمار إجراء غير ملزم نجد كل من :

LAGGOUNE Walid, op,cit,p.43.

HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie :(A la lumière des conventions Franco-Algériennes), Litec, Paris, 2000.

19. تقابلها المادة 58 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق.

20. نقصد بالالتزامات الدولية تلك الاتفاقات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع العديد من الدول في سبيل تعزيز التعاون في مجال الاستثمار.

21. انظر المادة 58 فقرة 05 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق.
22. حيث تنصّ على أنّه: "يجب أن يخضع كلّ مشروع استثمار أجنبي مباشر أو استثمار بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية إلى الدراسة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه".
23. عجة الجلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار: (الأنشطة العادية وقطاع المحروقات)، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص 682.
24. مرسوم تنفيذي رقم 01 - 281 مؤرخ في 24 سبتمبر 2001، يتعلّق بتشكيلة المجلس الوطني للاستثمار وتنظيمه وسييره، ج ر ج عدد 55، صادر في 26 سبتمبر 2001، معدّل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-185 المؤرخ في 31 ماي ج ر ج، عدد 2006، عدد 36، صادر في 31 ماي 2006. (ملغى).
25. معدّلة بموجب نص المادة 18 من الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن تعديل الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، مرجع سابق.
26. أصبح رئيس الحكومة يسمّى بالوزير الأوّل بموجب صدور القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، يعدّل و يتمّ دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996.
27. مرسوم تنفيذي رقم 06 - 355، مؤرخ في 09 أكتوبر 2006، يتعلّق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسييره، مرجع سابق.
28. بن عميروش ريمة، مرجع سابق، ص 100.
29. عجة الجلالي، مرجع سابق، ص 683.
30. صيبات كريمة، مدى المستجدات في قانون الاستثمار لسنة 2001، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 42.
31. انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 355، مؤرخ في 09 أكتوبر 2006، يتعلّق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسييره، مرجع سابق.
32. هو إجراء جديد لم يعرفه القانون الجزائري إلا بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، و هو شبيه بنظام الاعتماد و الترخيص المكرّس أثناء مراعاة الدولة الاشتراكية.
33. انظر في الموضوع:
34. ZOUAIMIA Rachid, Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie , R.A.S.J.E.P, N° 02, 2011, p.14.
34. للتفصيل حول الموضوع أنظر:
35. KPMG,guide des banques et des établissements financiers en Algérie, 2012 www.kpmg.dz.p.40.
35. انظر في الموضوع:
36. انظر المادة 56 من القانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمنّ قانون المالية لسنة 2014 مرجع سابق.
37. انظر المادة 04 مكررا 1 فقرة 02 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار مرجع سابق.

38. أمر رقم 04-01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، ج ر ج ، عدد47، صادر في 22 أوت 2001، معدّل و متمّم بموجب الأمر رقم 01-08 المؤرّخ في 28 فيفري 2008، ج ر ج ، عدد11، صادر في 02 مارس 2008 .
39. أيت منصور كمال، الاستثمار في عمليات حوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري، المجلّة الأكاديمية للبحّث القانوني، عدد02 - 2013، ص14.
40. تنصّ المادة 04 مكرّر 02 في فقرتها الأولى من الأمر رقم 03-01 المؤرّخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق . على أنّه:"لا يمكن تحقيق الاستثمارات المنجزة من طرف الجزائريين المقيمين بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلا في إطار مساهمة دنيا في هذه المؤسسات، تعادل أو تفوق 34% من رأس المال الاجتماعي".
41. انظر 04 مكرّر 02 فقرة 03، المرجع نفسه.
42. أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص 20.
43. نظام رقم 06-09 مؤرخ في 26 أكتوبر 2009، يتضمّن ميزان العملة الصعبة المتعلق بالاستثمارات الأجنبية أو عن طريق الشراكة، ج ر ج ، عدد76، صادر في 29 ديسمبر 2009 .
44. انظر المادة 02، المرجع نفسه.
45. بن يحي رزيقة، مرجع سابق، ص 131.
46. المرجع نفسه، ص 131.
47. قانون رقم 07-90 مؤرخ في 03/04/1990، يتعلّق بالإعلام، ج ر ج ، عدد14، صادر في 04 أفريل 1990. (ملغى)
48. أظّر المادة 132 من القانون العضوي رقم 05-12 المؤرّخ في 12 جانفي 2012، يتعلّق بالإعلام، ج ر ج عدد 02، صادر في 15 جانفي 2012 .
49. انظر المادة 04، المرجع نفسه.
50. انظر المادة 61، المرجع نفسه .
51. قانون رقم 14-04 مؤرّخ في 24 فيفري 2014، يتعلّق بالنشاط السّمي البصري، ج ر ج ، عدد16 صادر في 24 مارس 2014 .
52. انظر المادة 19، المرجع نفسه .
53. بن شعلال محفوظ، مرجع سابق، ص 151.
54. قانون رقم 06-98 مؤرّخ في 27 جوان 1998، ج ر ج ، عدد 48، صادر في 18 جوان 1998، معدّل و متمّم بالقانون رقم 05-2000، مؤرّخ في 06 ديسمبر 2000 .
55. بن شعلال محفوظ، مرجع سابق، ص 151.
56. انظر المادة 04 مكرّر 03 فقرة 03 من الأمر رقم 03-01 المؤرّخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق .
57. انظر المادة 04 مكرّر 03 فقرة 04، المرجع نفسه .
58. انظر المادة 04 مكرّر 03 فقرة 05، المرجع نفسه .
59. انظر المادة 04 مكرّر 03 فقرة 06، المرجع نفسه .
60. انظر المادة 04 مكرّر 03 فقرة 07، المرجع نفسه .
61. انظر المادة 04 مكرّر 03 فقرة 08، المرجع نفسه .

62. ت.راضية/و إ ج ، موسى بن حمادي يؤكد حقّ الحكومة في تطبيق حقّ الشفاعة و يشرح : الجزائر لا تضغط على مالكي أوراس كوم تيليكوم لشراء جازي ، مقال منشور في موقع:
<http://ar.algerie360.com/3741/> consulté le 15 / 11 / 2014 .
63. انظر المادة 04 مكرّر 04 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق .
64. بن يحي رزيقة، مرجع سابق، ص 12.
65. للتفصيل انظر في الموضوع:
- ZOUAIMIA Rachid,op.cit,p.06.
66. زوبيري صفيان، القيود الواردة على الاستثمار الأجنبي في ظلّ التّشريعات الحالية:ضبط للنشاط الاقتصادي أم عودة إلى الدولة المتدخلة ، ص121.

الطعن في قراررخصة البناء آلية لحماية النظام العام العمراني*

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

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

ملخص

تطرقنا في هذا المقال إلى مفهوم النظام العام العمراني وكذا إلى آليات مواجهة القرارات غير المشروعة في مادة رخصة البناء، وقد بينّا أنّ مثل هذه القرارات يمكن التصدي لها بطريقتين: الطريقة الأولى ودّية، عن طريق طعن إداري (تظلم إداري) والطريقة الثانية: قضائية عن طريق دعوى الإلغاء، كما بينا شروط ووسائل أعمال هذه الطعون، بالإضافة إلى تبيان مواطن النقص التي يمكن أن تحدّ من فعاليتها.

الكلمات مفتاحية

رخصة البناء، النظام العام العمراني، طعن إداري، طعن قضائي.

Appeal the decision on building permit to protect urban public order

Summary

This article points out the notion of urban public order and mechanisms facing illegal decisions on building permits.

This, facing such decisions involves two ways: first, friendly way, it consists to lodge an administrative appeal; the second, judicial way, consists to lodge an application for annulment.

The focus was not only on the conditions and means of making these appeals, but also the identification of the la these appeals, but also the identification of the lacks that may limit their effectiveness.

Keywords

Building permit, urban public order, Administrative appeal, Judicial appeal.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015 /02/22 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/04/19 وقُبل للنشر بتاريخ 2015 /11/10.

Le recours contre la décision attribuant le permis de construire comme moyen de protection de l'ordre public urbain

Résumé

Cet article a pour objet l'étude de la notion de l'ordre public urbain et les mécanismes faisant face aux décisions illégales en matière de permis de construire.

De ce fait, faire face à de telles décisions suppose deux solutions : la première, amiable, qui consiste en un recours administratif ; la deuxième, judiciaire, qui consiste en un recours en annulation devant la juridiction compétente.

L'accent est mis non seulement sur les conditions et les moyens de réalisation de ces recours, mais également sur l'identification des lacunes qui pourraient limiter leur efficacité.

Mots clés

Permis de construire, l'ordre public urbain, recours administratif, recours contentieux.

مقدمة

يبدو جلياً من خلال أول إطلاع على قانون التعمير¹ أنّ قواعده ذات طبيعة إدارية ضبّطية تهدف إلى تحقيق النظام العام في مجال التهيئة والتعمير، ومن هذه القواعد ما تضمنته المادة 52 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير التي تمنع مباشرة أشغال البناء قبل الحصول المسبّق على رخصة إدارية تعرف برخصة البناء²، ولما كانت رخصة البناء آلية من آليات الحفاظ على النظام العام العمراني، حرص المشرع الجزائري على تنظيم كيفية الحصول عليها بقواعد قانونية من النظام العام³ تلتزم الإدارة قبل الأفراد باتّباعها، فقد يحدث أن تتخذ الإدارة قرارات تعسّفية برفض منح رخص البناء الأمر الذي يُؤدّي وقد أدّى إلى تشييد بنايات بصفة غير مشروعة تمس بالنظام العام العمراني وتشوّه المظهر الجمالي للإطار المبني، كما أنّ منح رخص بناء دون التقيّد بما هو مقرّر قانوناً يمس كذلك بالنظام العام العمراني.

وتكريساً لمبدأ المشروعية وحماية للنظام العام العمراني فإنّ المشرع الجزائري قد أتاح لصاحب الصفة والمصلحة حق الطعن في هذه القرارات غير المشروعة والماسّة بالنظام العام العمراني، إذ من هذه المعطيات يستمد موضوع المقال أهميته من خلال التساؤل والبحث وتبسيط الضوء على الآليات التي بموجبها يمكن التصدي للقرارات غير المشروعة في مادة رخصة البناء وذلك بالإجابة على الإشكالية التالية: ما هي وسائل

وآليات الطعن في القرارات المتعلقة برخصة البناء ؟ وما مدى فعاليتها في حماية النظام العام العمراني؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية، التطرق إلى مفهوم النظام العام العمراني (أولاً)، وإلى الطعن الإداري (ثانياً) والقضائي (ثالثاً) في القرار المتعلق برخصة البناء.

أولاً / مفهوم النظام العام العمراني

يُمثل النظام العام العمراني مجموعة القواعد والنظم القانونية العامة والأمرّة التي تهدف إلى ضبط النشاط العمراني عن طريق التوفيق بين إرادة الأفراد ورغباتهم وبين المصلحة العامة، فبعد النضال من أجل حماية الصحة، الأمن والسكينة العامة برزت إلى الوجود فكرة المطالبة بحماية قانونية لجمال الرونق في الشارع، ولم يتردّد الفقه في وضع جماليات الأماكن في نطاق مفهوم النظام العام الذي يجب على السلطات الإدارية والقضائية صيانتها⁴، وهي المقتضيات المكرّسة أساساً في القانون رقم 29-90 وكذا المراسيم التنفيذية المتعلقة به، بالإضافة إلى القوانين الأخرى التي لها علاقة بالتهيئة والتعمير، وقد رسمت معالمه بقواعد قانونية أمرّة يعبر عنها بالنظام العام العمراني الذي تجاوز العناصر التقليدية للنظام العام (أ) ليشمل عناصر أخرى جديدة (ب) بهدف ضبط النشاط العمراني (ج).

أ- مجالات تكريس العناصر التقليدية للنظام العام في قانون التعمير

يشكّل الأمن العام، الصحة والسكينة العامة العناصر التقليدية لفكرة النظام العام⁵ وهي عناصر حرص المشرع الجزائري على حفظها من خلال قواعد قانون التعمير

1- القواعد المتعلقة بحفظ الأمن العام

تضمّن القانون رقم 29-90 العديد من القواعد التي تهدف إلى حفظ الأمن العام فعلى سبيل المثال إلزامية إعداد مشاريع البناء من طرف مهندس معماري ومهندس في الهندسة المدنية ذلك لتشييد بناية مقاومة ولا تهدّد سلامة مستعملها⁶، كما نجد أنّ المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المحدّد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير قد تضمّن ترسانة من القواعد في هذا المجال، نذكر منها ضرورة رفض منح رخصة البناء إذا كانت البناية من جراء موقعها أو حجمها تمس بالسلامة والأمن العمومي أو لأنّ موقع البناء معرض للأخطار الطبيعية، كذلك يمكن رفض رخصة بناء عمارة أو مجموعة عمارات لا

يمكن النفوذ إليها بوسائل مكافحة الحرائق، أو إذا كانت منافذ العمارات تشكل خطراً على أمن مستعملي الطرق العمومية، دائماً واستجابة لمقتضيات الأمن، لا يمكن منح رخصة بناء إذا كان بعدها يقل عن 50 متر من جانب الطريق السريع.⁷

كذلك القانون رقم 02/04 المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث قد تدخل للحفاظ على الأمن العام العمراني من خلال منع عملية البناء أو تقييدها في المناطق ذات الطابع الزلزالي النشط أو في المناطق ذات الخطر الجيولوجي والمعرضة للفيضانات.⁸

2- القواعد المتعلقة بحفظ الصحة العامة

أبرز هذه القواعد ما تضمنته المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 التي تلزم إرفاق طلب رخصة البناء بمذكرة تتضمن نوع المواد السائلة والصلبة و الغازية وكمياتها المضرة بالصحة العمومية وبالزراعة وبالمحيط، ذلك على شكل دراسة مدى التأثير المنصوص عليها في أحكام المرسوم رقم 07-145، وهو الشيء المؤكد بموجب المادة 15 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة¹⁰ ومن هذه القواعد كذلك إلزامية ربط البنايات بمصدر للمياه الصالحة للشرب وأن تتضمن هذه البنايات على جهاز لصرف المياه المستعملة، وإلزامية تصميم البنايات ذات الاستعمال السكني والمبني بكيفية تمكّن من تفادي رمي النفايات والعناصر الضارة والملوثة¹¹، كما أنه لا يمكن إنشاء أي مشروع على إقليم البلدية يحتمل أن يضر بالصحة العمومية إلا بعد موافقة المجلس الشعبي البلدي.¹²

3- القواعد المتعلقة بحفظ السكنية العامة

يقصد بحفظ السكنية العامة منع مظاهر الإزعاج والمضايقات غير العادية التي تمس بهدوء وراحة المواطن¹³ ومن القواعد المجسّدة لمقتضيات السكنية العامة كعنصر من عناصر النظام العام العمراني؛ إلزامية إرفاق ملف رخصة البناء بمذكرة تتضمن مستوى الضجيج المنبعث بالنسبة للبنايات ذات الاستعمال الصناعي والتجاري والمؤسسات المخصصة لاستقبال الجمهور¹⁴، لذلك يجب تصميم البنايات وإنجازها بطريقة تكتم الأصوات، وعدم منح رخص بناء محل مبني لتصليح السيارات ذات المحرك والدراجات النارية في الأماكن المخصصة للسكن.¹⁵

ب- مجالات تكريس العناصر الحديثة للنظام العام

يستغرق النظام العام العمراني العناصر التقليدية المتعلقة بإقامة الأمن، الصحة والسكينة العامة ليشمل على قواعد تكفل حماية المظهر الجمالي للإطار المبني، وكذا المحافظة على المعالم الأثرية والحضارية.

1- القواعد المتعلقة بالمظهر الجمالي للبنىات

تتمحور هذه القواعد حول فكرة جمال الرونق والرواء أو ما يعرف بجمال المدن وتهيئتها الإقليمية والعمرانية وتنظيم المباني، والذي اعتبره مجلس الدولة الفرنسي من النظام العام يحق للسلطات الإدارية التدخل بوسائل الضبط الإداري للمحافظة عليه¹⁶، وقد عرّفته المادة 02 من القانون رقم 15-08 الذي يحدّد قواعد مطابقة البنىات بـ:"...المظهر الجمالي : انسجام الأشكال ونوعية واجهات البناية بما فيها تلك المتعلقة بالمساحات الخارجية..."¹⁷، كما أنّ المادة 12 من القانون نفسه تؤكّد أنّ المظهر الجمالي للإطار المبني من الصالح العام يستلزم المحافظة عليه وترقيته، وفي هذا الصدد تضمّن القانون رقم 29-90 وكذا المراسيم التنفيذية المتعلقة به العديد من القواعد الضابطة للمظهر الجمالي للبنىات على غرار قاعدة منع منح رخصة البناء إذا كانت البناية تمسّ بموقعها وبحجمها أو مظهرها الخارجي بطابع وبأهمية الأماكن المجاورة والمناظر الطبيعية، كما يجب أن تُبدي البنىات وحدة في المظهر وأن تكون البنىات الملحقة منسجمة مع كافة الهندسة المعمارية والمنظر العام، كما أنّ مقتضيات المظهر الجمالي تفرض أن لا يفوق علوّ البنىات علوّ البنىات المجاورة وأن يكون علوّها منسجما مع المحيط في المناطق الواقعة خارج المناطق المعمرّة¹⁸.

2- القواعد المتعلقة بالحفاظ على المعالم الثقافية والحضارية

تستلزم المادة 47 من القانون رقم 29-90 ضبط الالتزامات الخاصة التي تطبّق على المناطق ذات الميزات الطبيعية الخلّابة والتاريخية والثقافية فيما يخص استخدام الأرض لاسيما فيما يخص هندسة البنىات وطريقة التسييج وتهيئة محيط التراث الطبيعي والثقافي والتاريخي وحمايته، كما أنّ المادة 69 تستلزم عدم الترخيص بالبناء إذا كان من شأنه أن يمسّ بالتراث الطبيعي والتاريخي والثقافي إلاّ بعد موافقة المصالح

المختصة في هذا المجال¹⁹ وتسهر البلدية بمساهمة المصالح التقنية المؤهلة على حماية الأملاك العقارية الثقافية²⁰.

ج- أهداف النظام العام العمراني

يخوّل للسلطات العامة تنظيم نشاط الأفراد في المجتمع بما يسمح للجميع بممارسة حقوقهم وحرّياتهم من خلال تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة ووقاية المحيط والأوساط والمناظر الطبيعية والتراث الثقافي والتاريخي فضلاً عن تحقيق الأمن، الصحة والسكينة العامة، كما يهدف إلى ترقية إطار مبني ذي مظهر جمالي ومهياً بانسجام.

ثانياً / الطعن الإداري في القرار المتعلق برخصة البناء: آلية غير مباشرة لحفظ النظام العام العمراني

غالباً ما يتم الإجابة عن طلب رخصة البناء بالرفض، وبغض النظر إن كان رفض الإدارة مبرّر أو غير مبرر فإنّه يُؤلّد لدى طالب الرخصة شعور بكونه ضحية تعسّف الإدارة، الأمر الذي يدفع به إلى إتّباع أسهل حل هو مباشرة البناء بدون رخصة وفي ذلك مساس بالنّظام العام العمراني، من هذه المعطيات يستمد الطعن الإداري أساسه ودوره في حفظ النظام العام العمراني وقد تم تكريس الطعن الإداري²¹ ضد القرار المتعلق برفض منح رخصة البناء في القانون رقم 90-29 المتعلّق بالتهيئة والتعمير²² وقبل التطرق إلى إجراءات وشروط إعماله (ب) لا بد من دراسة طبيعته (أ).

أ- طبيعة الطعن الإداري المكرس في القانون 90-29

تنص المادة 63 من القانون رقم 90-29 على أنّه: " يمكن لطالب رخصة البناء أو التجزئة أو الهدم غير المقتنع برفض طلبه أن يُقدّم طعناً سلمياً أو يرفع القضية أمام الجهة القضائية المختصة في حالة سكوت السلطة السلمية أو رفضها له"، من هذه المادة يُستخلص أنّ الطعن في مادة رخصة البناء جوازي وأنّه إجراء من إجراءات الطعن المكرّسة قانوناً وليس كشرط من شروط قبول دعوى الإلغاء، كما خصّته المادة السالفة الذكر بالطعن السلمي؛ أي أنّه يُوجّه إلى السلطة التي تلو السلطة مصدره القرار²³.

يبدو في الوهلة الأولى أنّ أعمال المادة السالفة الذكر جدّ بسيط، لكن الحقيقة عكس ذلك، كون أنّ الاختصاص في منح رخصة البناء يتوزّع بين ثلاثة جهات يختلف مركزها في هرم السلطة الإدارية، هي هيئات لا مركزية وممثلة بالبلدية والولاية وهيئة مركزية هي الوزارة المكلفة بالتعمير ممثلة بوزير التعمير، فقرار رئيس المجلس الشعبي البلدي برفض منح رخصة البناء يكون محلاً للطعن أمام الوالي²⁴، لكن يُثار تساؤل عن الحالة التي يعود الاختصاص في منح رخصة البناء إلى الوالي وأنّ هذا الأخير أصدر قراراً برفض منح الرخصة، هل الطعن السلمي ضد قرار الوالي يكون أمام وزير الداخلية، أم أمام الوزير المكلف بالتعمير؟؟ أكثر من ذلك فكما سبق وأن بيّنا أعلاه أنّ لوزير التعمير صلاحيات منح رخصة البناء²⁵، وهنا يُطرح إشكال الجهة المختصة التي يرفع أمامها الطعن السلمي في حالة رفض الوزير تعسّفاً منح رخصة البناء؟؟ إذ أنّه لا يوجد رئيس تدريجي بالمفهوم القانوني للوزير المكلف بالتعمير (وزير السكن والعمران لانتمائه إلى جهاز إداري حكومي يترأسه الوزير الأول وأنّ هذا الأخير يتمتع بمهام سياسية أساساً لا إدارية²⁶).

إنّ الطعن السلمي الذي تضمّنته المادة 63 من القانون رقم 90-29 جاء بصفة مهمة ممّا جرّده من إيجابياته، الأمر الذي تمّ التفتّظ له والسعي إلى توضيح وتفعيل إجراءاته عن طريق تعليمة وزارية ومؤخراً عن طريق مرسوم تنفيذي .

ب- تفعيل إجراءات الطعن السلمي

بعد مضي 23 سنة من صدور القانون رقم 90-29، ظهر مسعى لتوضيح الطعن المكرس في المادة 63 عن طريق تعليمة وزارية تُبيّن إجراءات الطعن السلمي ضد القرارات المتعلقة برخصة البناء لحماية الأشخاص من الممارسات البيروقراطية التي من الممكن أن تعيق عملية تسليم رخصة البناء ومؤخراً تم إعادة تنظيم إجراءات هذا الطعن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-19 الذي يحدّد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها²⁷، وبحكم أنّ رخصة البناء تُسلّم حسب كل حالة إمّا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي أو وزير السكن والعمران بالتّالي فالطعن السلمي المُوجّه ضدّ قرار رئيس البلدية(1) يختلف عن الطعن المُوجّه ضد القرار المُتخذ من طرف الوالي أو وزير السكن والعمران(2).

1- إجراءات الطعن السلمي الموجه ضد القرار المتخذ من طرف رئيس البلدية

يطعن²⁸ المعني²⁹ بالأمر في القرار المتضمن رفض منح رخصة البناء -السكوت يعتبر رفضاً- أو في قرار تأجيل النظر في طلب رخصة البناء أمام مصالح التعمير والبناء التابعة للولاية وذلك مقابل وصل استلام، ولهذه الأخيرة مدّة خمسة عشر (15) يوماً للنظر فيه. وإذا لم يتلق الطاعن إجابة من طرف الوالي في الأجل المشار إليه أعلاه أو في حالة الإجابة بالرفض، يمكن للطاعن إيداع طعن سلمي ثاني لدى المتفشية العامة للتعمير والبناء على مستوى الوزارة³⁰، وفي هذه الحالة يأمر وزير السكن والعمران مصالح التعمير الخاصة بالولاية بمنح الطاعن رخصة البناء، أو إبلاغه الرفض المبّرر في مدة 15 يوماً من تاريخ إيداع الطعن³¹.

2- إجراءات الطعن السلمي الموجه ضد قرار الوالي والوزير المكلف بالتعمير

تهدف التعلّيمية الوزارية رقم 13-85 المشار إليها أعلاه -حسب ديباقتها- إلى تحديد كفاءات وشروط الطعن السلمي ضد القرارات المتعلقة برخصة البناء من أجل حماية طالب رخصة البناء من الممارسات البيروقراطية التي يمكن أن تُعيق تسليم هذه الرخصة في الأجل المحددة وهي الاعتبارات التي تم تكريسها في المرسوم التنفيذي رقم 15-19، وبالعودة إلى مضمون هذا المرسوم التنفيذي لا يوجد ما يفيد بصفة صريحة إمكانية الطعن الإداري في القرار السلبي الذي يمكن أن يتّخذه الوالي أو وزير السكن والعمران عند ثبوت اختصاصهما في تسليم رخصة البناء؟

يتطابق هذا المرسوم التنفيذي وكذا التعلّيمية الوزارية التي كانت قبله مع أحكام المادة 63 من القانون رقم 90-29 من حيث جعل الطعن الإداري سلمياً في مادة رخصة البناء، إلا أنّ كل إجراءات وكفاءات الطعن الواردة فيه متعلّقة بالطعن الإداري ضد القرار الذي يصدر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، إذ لا يُعقل أن يطعن ضد قرار رفض منح رخصة البناء المتخذ من طرف وزير السكن والعمران أمام مديرية التعمير والبناء لدى الولاية، فالطعن السلمي يقتضي أن يشكّل أمام هيئة أعلى درجة في السلم الإداري من الهيئة التي اتخذت القرار المطعون فيه، هذا بالنسبة للطعن في القرار الذي يتّخذه وزير السكن والعمران.

أما بالنسبة للطعن الموجه ضد القرار السلبي المتخذ من طرف الوالي فنقول أنه يطعن فيه سلميا أمام المفتشية العامة للتعمير والبناء الموجودة بمقر وزارة السكن والعمران، وهذا الإجراء لم تتم الإشارة إليه بصفة صريحة في المرسوم التنفيذي السالف الذكر، إلا أنه يستفاد من ربط محتواه مع مقتضيات المادة 63 من القانون رقم 90-29 التي تنص على إمكانية الطعن سلميا ضد القرارات السلبية في مواجهة طلب رخصة البناء، بغض النظر عن مصدر القرار سواء كان رئيس البلدية، الوالي، أو الوزير المكلف بالتعمير.

يُستخلص في هذا الجزء من الدراسة أنّ القرار السلبي المتخذ من قبل الإدارة في مواجهة طلب رخصة البناء يمكن أن يكون محلاً لطعن إداري سلمي قصد مراجعته إلا أنّ إجراءات هذا الطعن بقيت مجهولة إلى غاية 17 جانفي 2013 تاريخ اتخاذ التعليمات الوزارية رقم 13-85 و بعد ذلك تاريخ 12 فيفري 2015 تاريخ صدور المرسوم التنفيذي رقم 15-19 في الجريدة الرسمية والذي ألغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-176 الذي يحدّد كفاءات تحضير شهادات ورخص التعمير بحيث جاء بغرض تسهيل وتوضيح إجراءات منح رخص التعمير والطعون المتعلقة بها، وقد فصل هذا المرسوم في طرق الطعن في القرارات السلبية التي يتخذها رئيس المجلس الشعبي البلدي دون الوالي ووزير السكن والعمران، إذ بعد أكثر من 25 سنة من سيرورة القانون رقم 90-29 ظهرت محاولة لتوضيح إجراءات الطعن السلمي لكن بطريقة ناقصة وغير فعّالة إذ في بداية الأمر كان بمجرد تعليمات وزارية غير منشورة و بعد إعادة تنظيمه بنص تنفيذي تم تنظيم طرق الطعن في القرارات السلبية التي يتخذها رئيس المجلس الشعبي البلدي دون الوالي ووزير السكن والعمران، مما يستلزم سد هذا الفراغ بتعديل لاحق.

ثالثا/ الطعن القضائي في القرار المتعلق برخصة البناء؛ طعن فعّال بإجراءات غير مناسبة

كما بيّنّا في الجزء الأول من الدراسة أنّ للشخص غير المقتنع برفض طلب رخصة البناء الحق في أن يتقدّم بطعن إداري سلمي ضد هذا القرار³²، إلا أنه قد تكون نتيجة الطعن الإداري تأييداً للقرار السلبي الأول، كما يحدث أن تقوم الإدارة بمنح رخصة بناء خرقا لمقتضيات النظام العام العمراني وعدم التقيّد بأحكام القانون 90-

29، مما ينشأ لصاحب الصفة والمصلحة الحق في الطعن قضائياً ضد القرار المتخذ من قبل الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء إذا ما توفّرت شروط قبولها (أ) وكانت مؤسّسة قانوناً على وجه من أوجه الطعن بالإلغاء (ب).

أ- شروط قبول دعوى إلغاء القرار المتعلّق بطلب رخصة البناء

تعرف دعوى الإلغاء بأنّها تلك الدعوى التي يرفعها ذو الصفة والمصلحة إلى جهة قضائية إدارية لإبطال قرار إداري غير قانوني ومحو آثاره³³ ولقبولها شكلاً، يجب أن ترفع من طرف أشخاص مؤهلين خلال ميعاد أربعة أشهر بعريضة صحيحة تقدّم أمام المحكمة الإدارية كدرجة أولى في التقاضي بالنسبة للطعون ضد القرارات الصادرة عن البلدية والولاية، وأمام مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة في التقاضي بالنسبة للقرارات الصادرة عن وزارة التعمير³⁴ بحيث أنّ هذه الشروط لا تختلف عن الشروط العامة لرفع دعوى الإلغاء، إلا أنّ صفة ومصلحة الأشخاص الذين يمكن لهم الطعن بإلغاء القرار المتعلق برخصة البناء وكذا ميعاد رفع الدعوى في هذا المجال يتسم بنوع من الخصوصية من حيث علاقته بالنظام العام العمراني مما يستدعي الدراسة.

1- الأشخاص الذين يمكن لهم الطعن بالإلغاء

تُثبت الصفة والمصلحة في رفع دعوى إلغاء القرار المتعلق برخصة البناء لطالب الرخصة وللغير³⁵، ولا بد أن تكون مؤكّدة مباشرة وشخصية³⁶.

1.1- بالنسبة لطالب الرخصة

لطالب رخصة البناء الصفة والمصلحة في طلب إلغاء قرار رفض منحه الرخصة أو في قرار تأجيل منحها، كما يمكن لورثته وخلفه إذا كانت لهم مصلحة مباشرة وشخصية أن يطعنوا في هذه القرارات على أساس أنّ الطلب يخص مشروع البناء وأنّ رخصة البناء لا تمنح أخذاً بشخص طالها بعين الاعتبار، بل أنّها تنتقل مع انتقال مسؤولية البناء³⁷.

2.1- بالنسبة للغير

الغير إما أن يكون: الجار ولا تقبل دعواه إلا إذا كانت مصلحته مؤكّدة شخصية ومباشرة³⁸ أو الشريك في الشيوخ وهو ما قضى به مجلس الدولة في قراره رقم 5999 المؤرخ في 06 جانفي 2004³⁹، واستجابة لمقتضيات النظام العام العمراني فإنّ الصفة

في رفع دعوى إلغاء رخصة البناء ثابتة للهيئات المحلية على غرار رئيس البلدية الذي يمكن له رفع دعوى إلغاء رخص بناء داخل الحيز الجغرافي لبلديته والتي منحها الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير خرقا لقواعد النظام العام العمراني كما يمكن للوالي أن يرفع دعوى باسم الدولة أمام المحكمة الإدارية لإلغاء رخصة البناء التي سلّمها رئيس البلدية خرقا لقانون التعمير⁴⁰ وهو ما قضى به مجلس الدولة في القرار رقم 38284، المؤرخ في 30/04/2008، كما أنّه دائماً وللسهر على حماية النظام العام العمراني فإنّ المادة 17 من القانون رقم 06-12 المتعلق بالجمعيات⁴² تمنح للجمعيات صفة التقاضي لتحقيق أهدافها وهو الشيء المعزز بالمواد 36، 37، 38، من القانون رقم 03-10 ونظرا لأهميّة النشاط الجمعي في المجال العمراني والبيئي فإنّ هذه الصفة منمّمة بنص خاص هو المادة 74 من القانون رقم 29-90 التي تنص على: "يمكن كل جمعية تشكلت بصفة قانونية تنوي بموجب قانونها الأساسي أن تعمل من أجل تهيئة إطار الحياة وحماية المحيط أن تطالب بالحقوق المعترف بها لطرف مدني فيما يتعلق بالمخالفات لأحكام التشريع الساري المفعول في مجال التهيئة والتعمير"

يتّضح مما تقدّم أنّ صفة الجمعيات في التقاضي لا تكون إلاّ بمناسبة دعوى جزائية قائمة على أساس مخالفة أحكام التشريع المتعلّق بالتهيئة والتعمير، بالتالي لا يمكن للجمعيات أن ترفع دعاوى إلغاء رخص البناء التي تمنح بطريقة تمس وتُخالف القواعد القانونية السارية المفعول في مجال التهيئة والتعمير، وأمام ضعف النشاط الجمعي وغياب الحس المدني وعدم إدراك أهمية قواعد التنظيم العمراني لدى المجتمع الجزائري، نكاد لا نعرّ على أي سابقة قضائية في هذا المجال، إلاّ أنّه نجد أنّ الحكم الصادر عن محكمة الحجار بتاريخ 12-05-1996 قضى برفض دعوى المدعية جمعية حماية البيئة والمحيط بعنابة ضد مجمع "أصميدال" لانعدام الصفة في التقاضي وأنّ صفة الجمعيات في التقاضي مرتبطة بوجود دعوى سابقة⁴³.

إنّ تجريد الجمعيات الناشطة في مجال حماية المحيط والبيئة والتي تعمل من أجل تهيئة إطار الحياة من الصفة في رفع دعاوى إلغاء رخص البناء غير المشروعة والماسة بالنظام العام العمراني والبيئي، لا يتناسب والتطوّر الذي طرأ في قانون التعمير الجزائري الذي ينص صراحة على أنّ المظهر الجمالي للإطار المبني يكتسي طابع الصالح

العام ويحظى بحماية القانون⁴⁴، ولذلك استلزم الأمر توسيع دائرة الأشخاص الذين يمكن لهم المساهمة في الحفاظ على النظام العام العمراني والبيئي ولا يتحقق ذلك إلا بإضفاء الصفة على الجمعيات الناشطة في هذا المجال، وفي ذلك نقترح تعديل المادة 74 من القانون رقم 90-29 وجعلها كالتالي: "لكل جمعية تشكلت بصفة قانونية تنوي بموجب قانونها الأساسي أن تعمل من أجل تهيئة إطار الحياة وحماية المحيط، صفة التقاضي والقيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة، فيما يتعلق بمخالفة أحكام التشريع الساري المفعول في مجال التهيئة والتعمير"، أو كحلّ ثاني هو إلغاء المادة 74 من القانون رقم 90-29 على أساس أنّ هذا النص يحدّد من دور الجمعيات وأنّ صفة الجمعيات في التقاضي في المجال العمراني مكفول بنص المادة 17 من القانون رقم 12-06 المتعلّق بالجمعيات.

2- أن ترفع دعوى الإلغاء في الميعاد القانوني

يحدّد أجل رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية بأربعة أشهر من تاريخ التبليغ الشخصي للقرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الجماعي أو التنظيمي وهو ما تنص عليه المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حالة اختيار المخاطب بالقرار الإداري إتباع إجراء الطعن الإداري عليه التقيّد بالمواعيد المحدّدة بموجب المادة 830 من القانون نفسه⁴⁵.

حسب نص المادة 829 السالفة الذكر، فإنّه لا يبدأ سريان ميعاد الأربعة أشهر المقرّرة لرفع دعوى الإلغاء إلاّ بعد تبليغ القرار الإداري الفردي أو نشر القرار الجماعي والتنظيمي، والملاحظ أنّ هذا النص لا يستجيب لخصوصية القرار المتعلق برخصة البناء، إذ سبق أن بيّنّا أعلاه أنّ للغير صاحب الصفة والمصلحة حق رفع دعوى إلغاء رخصة البناء غير المشروعة ولما كان الحال كذلك نتساءل عن ميعاد سريان الأربعة أشهر، هل من تاريخ التبليغ الشخصي؟ نجيب بـ لا لأنّ قرار رخصة البناء لا يبلّغ شخصيا للغير بل يبلّغ فقط لطالب الرخصة، إذ أنّ من تاريخ نشر الرخصة، نجيب أيضا بـ لا لأنّ قرار رخصة البناء قرار فردي ونصّ المادة 829 يشير إلى النشر فيما يخص القرار الجماعي. وعليه يتولّد عن تطبيق نص المادة 829 بالحالة التي هي عليه عدم إخضاع

دعوى إلغاء القرارات المتعلقة برخصة البناء لميعاد الأربعة أشهر وهو ما يؤدي إلى زعزعة وعدم استقرار المركز القانوني للبنانية المشيدة برخصة البناء.

كل هذه المعطيات تستلزم إدراج مادة جديدة في قانون التعمير الجزائري تحدّد كيفية سريان آجال رفع دعوى إلغاء القرار المتعلق برخصة البناء، على غرار ما هو موجود في التشريع الفرنسي إذ بموجب المادة (R 600.2) من قانون التعمير، يحدد أجل الطعن في القرار المتعلق برخصة البناء بشهرين يبدأ سريانه من يوم إعلان الرخصة في الورشة على أن يكون الإعلان مستمرا ودون انقطاع لمدة شهرين متتاليين.⁴⁶

ب- تأسيس دعوى إلغاء القرار المتعلق برخصة البناء على مقتضيات حفظ النظام العام العمراني

تتطلب دعوى إلغاء القرار المتعلق برخصة البناء، أن تكون مؤسّسة على أسس وأسباب مرتبطة بالمشروعية الخارجية للقرار (1) الإداري أو أن تكون متصلة بعدم المشروعية الداخلية لذات القرار (2).⁴⁷

1- عدم المشروعية الخارجية كأساس لإلغاء القرار المتعلق برخصة البناء ترتبط هذه الأسس أو أوجه الطعن بالإلغاء بالجانب الشكلي للقرار المتخذ من طرف الإدارة⁴⁸، والمتمثلة في عيب عدم الاختصاص، عيب الشكل والإجراءات.⁴⁹

1.1- عيب عدم الاختصاص

يُعرف الاختصاص بأنه القدرة القانونية على القيام بتصرف معين وفي المجال الإداري هو قدرة الموظف قانونا على اتخاذ القرارات التي تدخل في نطاق صلاحياته⁵⁰ ويترجم اختصاص الهيئات الإدارية في أبعاد ثلاثة هي؛ بعد إقليمي، موضوعي، وزمني والاختصاص من النظام العام⁵¹، بالتالي يكون القرار المتعلق برخصة البناء معيبا من حيث ركن الاختصاص، إذا صدر خرقا لقواعد الاختصاص الموضوعي الزمني والمكاني.

1.1.1- عدم الاختصاص الموضوعي

يعود الاختصاص في منح رخصة البناء إلى كل من رئيس البلدية، الوالي أو الوزير المكلف بالسكن والعمران⁵²، بالتالي يكون القرار المتعلق برخصة البناء معيبا من هذه الناحية إذا تمّ اتّخاذه من طرف هيئة غير الهيئات السالفة الذكر، وفي هذا الصدد صدر قرار عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/01/07 تحت فهرس رقم 55، يُؤيد قرار

قضائي قضى بإلغاء قرار صادر عن مديرية تهيئة الإقليم -مفاده إلغاء رخصة بناء- على أساس عيب عدم الاختصاص⁵³، وهو ما جسده كذلك في قراره رقم 5594 الصادر بتاريخ 2003/01/07 لما قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي حكم بإلغاء رخصة بناء صادرة عن ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتبار أنّ هذا الأخير غير مختص في إصدار رخصة البناء⁵⁴.

2.1.1- عيب عدم الاختصاص المكاني

يتجسّد هذا العيب عندما تبادر هيئة إدارية إلى إصدار قرار متعلّق برخصة البناء خارج الإقليم الذي يخضع لسلطتها⁵⁵، كأن يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سطيف بمنح رخصة بناء مجمع سكني في بلدية عين رنات، أو الحالة العكسية أي التدخل بقرار رفض منح رخصة البناء وعلى هذا الأساس يُثار عيب عدم الاختصاص المكاني.

3.1.1- عيب عدم الاختصاص الزماني

يتقيّد ممثل الهيئة الإدارية بالفترة التي عيِّن أو أنتخب فيها لممارسة مهامه، بالتالي فأي إجراء يتّخذ خارج هذه الفترة يُعدّ معيبا بعيب عدم الاختصاص الزماني⁵⁶.

يعتبر عيب عدم الاختصاص دفع من النظام العام يثيره القاضي الإداري من تلقاء نفسه، وللطاعن أن يثيره في أية مرحلة من مراحل الدعوى⁵⁷.

2.1 - عيب الشكل والإجراءات

يُشترط لصحة القرار الإداري المتعلّق برخصة البناء أن يصدر وفقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونا، فيُقصد بالشكل المظهر الخارجي أو القالب الذي يفرغ فيه هذا القرار، أما الإجراءات فهي المراحل التي تتبّعها الإدارة قبل اتخاذه⁵⁸ بالتالي يُقصد بعيب الشكل والإجراءات عدم احترام المقتضيات السالفة الذكر، وفيما يلي تجسيد لبعض من العيوب التي يمكن أن تلحق بالقرار الإداري المتعلق برخصة البناء.

1.2.1- عيب الشكل

يتضمّن القانون رقم 90-29 شكليات جوهرية يتعيّن على الإدارة مراعاتها بمناسبة اتخاذ قراراتها، فعلى سبيل المثال يجب تسبب وتعليل القرارات المتعلّقة برفض منح رخصة البناء أو القاضية بتأجيل البت في الطلب ويجب أن يكون التعليل مستخلصا

ومستمدًا من القانون نفسه⁵⁹، بالتالي متى جاء قرار الإدارة برفض رخصة البناء دون ذكر أسباب الرفض في متن هذا القرار يكون هذا الأخير مشوبًا بعيب الشكل، وهو أساس للطعن بإلغائه قضائياً، ومن التجسيديات القضائية لهذا العيب في مادة رخصة البناء ما قضى به مجلس الدولة في القرار رقم 3594 المؤرخ في 14 جانفي 2001 لما أُلغى قرار رخصة البناء لعيب في الشكل والمتمثل في توقيع رخصة البناء من النائب الثاني لرئيس المجلس الشعبي البلدي⁶⁰.

2.2.1- عيب مخالفة الإجراءات

يُعبّر عن عدم إتباع الإجراءات المقررة قانوناً لإصدار رخصة البناء بعيب مخالفة الإجراءات، ونظراً لتعدد إجراءات إصدار رخصة البناء فإنّ هذا العيب من أهم وسائل إلغاء القرارات المتعلقة برخصة البناء⁶¹.

يجب على رئيس البلدية عندما يصدر رخصة البناء بصفته ممثلاً للدولة الإطلاع المسبق للوالي وأن يكون قراره مطابقاً لرأي الوالي⁶²، بالتالي يكون القرار المتخذ بشأن رخصة البناء معيباً بعيب مخالفة الإجراءات إذا تمّ اتخاذه مبتوراً من الإجراءات السالفة الذكر.

كما أنّ القانون رقم 90-29 وكذا المراسيم التنفيذية المتعلقة به وحفاظاً للنظام العام العمراني، يُلزم الهيئات المختصة في منح رخصة البناء إتباع إجراءات استشارية قبل الإجابة على طلب رخصة البناء⁶³ على غرار ما هو مكرس لحفظ المعالم الأثرية والتاريخية، إذ لا بد من الحصول على الموافقة المسبقة من الوزير المكلف بالثقافة لمنح رخصة البناء في المحمية الأثرية المصنّفة أو في قيد التصنيف⁶⁴، وفي هذا الصدد صدر عن مجلس الدولة بتاريخ 16-07-2011 قرار يقضي بأنّ عدم استشارة المصالح التقنية المختصة يُعدّ إغفالاً لإجراء جوهري ويعيب القرار الإداري إجرائياً ممّا يتعيّن إلغاء رخصة البناء⁶⁵.

2- عدم المشروعية الداخلية للقرار المتعلق برخصة البناء: مجال واسع لتأسيس دعوى الإلغاء

يتفحص القاضي الإداري القرار المتعلق برخصة البناء من حيث سلامته من عيب مخالفة القانون، عيب السبب، ومن عيب الانحراف بالسلطة⁶⁶.

1.2- عيب مخالفة القانون

يُعبّر عن عيب مخالفة القانون بأنه عيب يمسّ القرار الإداري الذي يخالف القانون مخالفة لا تندرج ضمن عيب الاختصاص، ولا عيب الشكل والإجراءات ولا في عيب الانحراف بالسلطة⁶⁷، وتنصب رقابة القاضي الإداري حول مدى احترام ومطابقة القرار المطعون فيه لقانون التعمير والمخططات المحلية⁶⁸، ويتحقّق هذا العيب في حالة المخالفة المباشرة للقانون وهو ما جسّدته المحكمة العليا في قرارها القاضي بإلغاء قرار رفض منح رخصة البناء على أساس أنّ الإدارة مقيّدة بمدة أربعة أشهر للإجابة على طلب رخصة البناء⁶⁹، كما يتحقّق كذلك في حالة تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع، إذ تهدف رقابة القاضي الإداري في هذه الحالة إلى التحقّق من مدى مطابقة القرار المطعون فيه للوقائع إلاّ أنّ هذه الرقابة جدّ ضيّقة عندما تتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية⁷⁰.

لتأسيس دعوى إلغاء القرار المتعلّق برخصة البناء على عيب مخالفة القانون، على الطاعن أن يثبت أنّ هذا القرار يخرق قاعدة من قواعد قانون التعمير سارية المفعول وقت التوقيع على قرار منح أو رفض منح رخصة البناء⁷¹، ولا يعتدّ في دعوى إلغاء القرار الإداري المتعلّق برخصة البناء على خرق قاعدة من قواعد القانون المدني⁷²، ذلك استناداً على المبدأ الذي يقضي بأنّ رخصة البناء تمنح بحفظ حقوق الغير ومفاد هذا المبدأ أنّ أي شخص تضرّر من بناية مشيّدة برخصة بناء الحق في رفع دعوى مدنية لجبر الضرر، ولا يمكن للمدعي عليه في هذه الحالة أن يتحجّج برخصة البناء للإضرار بالغير وهو ما جسّدته المحكمة العليا بتاريخ 13-06-2007، عندما رفضت الطعن بالنقض لعدم التأسيس ضد قرار قضائي قضى بهدم جدار مشيد برخصة بناء على أساس أنّه يسبّب حجاً للنور والهواء⁷³، ويستثنى من هذه القاعدة منح رخصة بناء تمسّ حق الارتفاق لقطعة أرضية محصورة وليس لها مخرج إلى الطريق العمومي، إذ في هذه الحالة وبالرغم من أنّ حق الارتفاق مكرّس في القانون المدني إلاّ أنّه استثناء يمكن أن يكون الاعتداء عليه سبباً لإلغاء رخصة البناء وهو ما كرّسه مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 17-12-2008⁷⁴.

2.2- عيب السبب

يُعرّف السبب بأنه الحالة الواقعية أو الواقعة القانونية التي تؤدي إلى إصدار القرار الإداري بعيدا عن قصد الإدارة⁷⁵، والعيب الذي يلحق ركن السبب هو انعدام هذه الحالة الواقعية أو القانونية الباعثة على اتخاذه أو عدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي صدر على إثرها القرار المتعلق برخصة البناء⁷⁶، خاصة أنّ القانون رقم 90-29 يلزم الإدارة المختصة في إصدار رخصة البناء أن تُعلّل أسباب رفضها أو تحفظها عن منح رخصة البناء بأسباب مستخلصة من نفس القانون⁷⁷.

يتمتع القاضي الإداري بصلاحيات واسعة في فحص ورقابة مدى مشروعية السبب، إلا أنّ هذه الصلاحيات تنقلص عندما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في منح رخصة البناء⁷⁸.

3.2- عيب الانحراف بالسلطة

يُعرّف هذا العيب بأنه استعمال رجل الإدارة لسلطته بهدف تحقيق غرض غير معترف به وهو عيب يمسّ ركن الهدف ويعبر عنه بعدّة تسميات؛ التعسّف في استعمال السلطة، إساءة استعمال السلطة، تجاوز السلطة⁷⁹، ويتجسّد هذا العيب في إحدى الحالات التالية:

- حالة تصرف الإدارة لمصلحة خاصة بعيدة عن المصلحة العامة: تتحقّق هذه الصورة عندما تستخدم الإدارة صلاحياتها وامتيازاتها لتحقيق هدف أجنبي عن المصلحة العامة حين الإجابة على طلب رخصة البناء⁸⁰، أي أنّ الإدارة تتخذ قرار منح رخصة البناء أو رفض منحها خرقا لأهداف النظام العمراني ولتحقيق مصلحة شخصية، كأن يرفض رئيس المجلس الشعبي البلدي منح رخصة البناء انتقاما من طالبها، أو أن يقوم بمنح الرخصة لأحد أقاربه دون مراعاة الشروط القانونية⁸¹.

- حالة مخالفة الأهداف المنصوص عليها في قانون التعمير: لحفظ النظام العام العمراني خصّص قانون التعمير أهدافا خاصة ينبغي الحرص على تحقيقها كالمحافظة على المواقع الأثرية والترصيفات، والمظهر الجمالي للإطار المبني، فكل تجاوز وخرق لهذه الأهداف يعدّ عيبا وأساسا لطلب إلغاء رخصة البناء ولا يمكن في هذه الحالة الدفع بأنّ القرار الإداري يهدف إلى تحقيق منفعة عامة، وهو ما قضى به مجلس

الدولة في القرار رقم 311 المؤرخ في 12-03-2001⁸² وكذلك من التجسيديات القضائية لهذا العيب هو ما قضى به مجلس الدولة في القرار رقم 38284 المؤرخ في 30 أبريل 2008 لما أُلغى رخصة البناء التي منحتها البلدية لطالها، مقابل تنازله عن الدين الداخل في ذمة البلدية خرقاً لمقتضيات النظام العام العمراني المكرسة في قانون التهيئة والتعمير⁸³.

- حالة الانحراف في الإجراءات: يحدث أن تتبّع الإدارة إجراءات غير الإجراءات المقررة قانوناً للوصول إلى أهداف غير تلك المحددة قانوناً، ويكون القرار المتخذ على هذا المنوال معيباً بعيب الانحراف بالسلطة أساسه الانحراف في استعمال الإجراءات، ويختلف هذا العيب عن عيب الشكل والإجراءات من حيث أن الأمر في هذا العيب لا يتعلّق بمدى صحة الإجراءات المتبعة، وإنّما يتعلّق بمدى تناسب الإجراءات بالنسبة للغاية المرجوة⁸⁴، وتأسيساً على هذا العيب أُلغى مجلس الدولة قرار سحب رخصة بناء سليمة⁸⁵.

للقول بوجود عيب الانحراف بالسلطة على القاضي الإداري أن يمدّ رقابته إلى العوامل الخفية التي كانت وراء اتخاذ القرار المتعلق برخصة البناء وهو عيب يصعب إثباته.

إذا ثبت للقاضي الإداري أنّ القرار المطعون فيه مشوب بأحد العيوب السالفة الذكر، فإنّه يقضي إمّا؛ بإلغاء الرخصة مما يتعيّن إعادة طلب رخصة جديدة وإذا تزامن ذلك مع التقدّم في أشغال البناء فإنّ تلك الأشغال تُعدّ بمثابة بناء بدون رخصة⁸⁶ على صاحبها السعي للحصول على رخصة صحيحة إذا كان الإلغاء لأسباب لا تمس بالنظام العم العمراني وبسلامة شاغلي البناية أو يفتح المجال لتدخل القاضي المدني والجزائي للأمر بهدم البناية وإعادة الأمكنة إلى الحالة التي كانت عليه⁸⁷، وإمّا بإلغاء قرار رفض منح رخصة البناء ممّا يتيح للعارض حق الحصول على رخصة البناء بعد طلب جديد يتقدّم به، وفي هذه الحالة لا يمكن للإدارة أن ترفض منح الرخصة للأسباب الأولى التي فصل فيها القضاء⁸⁸.

والحكم الصادر عن المحكمة الإدارية هو حكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة⁸⁹، إلا أنّ الاستئناف في المواد الإدارية لا يوقف تنفيذ الحكم المستأنف

مما يتعين على المتضرر من الحكم المستأنف أن يرفع دعوى وقف تنفيذ الحكم أمام مجلس الدولة⁹⁰.

يستنتج من الشطر الثاني من الدراسة، أنّ دعوى إلغاء القرارات غير المشروعة في مجال رخصة البناء تخضع لنفس الإجراءات العامة في دعوى الإلغاء، وهو ما ينسحب أيضا على سلطات القاضي الإداري حين الفصل فيها وهو أمر يحدّد من فعالية هذه الدعوى وعدم مساهمتها في الحفاظ على النظام العام العمراني.

خاتمة

يمكن اختتام هذه الدراسة بتقدير شامل للآليات التي كرّسها المشرع الجزائري للتصدّي للقرارات غير المشروعة في مادة رخصة البناء والماسة بالنظام العام العمراني فالشيء الإيجابي هو إخضاع هذه القرارات للرقابة القضائية عن طريق دعوى الإلغاء فلما ينطق القاضي الإداري بإلغاء القرار التعسفي الذي يمنع منح رخصة البناء، يكون قد ساهم في حماية النظام العام العمراني على أساس من أنّ هذه الأحكام تُشجّع وتؤلّد رغبة لدى الأفراد بعدم اللجوء إلى البناء بدون رخصة، والأمر هنا ينسحب أيضا إلى إلغاء رخص البناء غير المشروعة، كما أنّ الطعن الإداري المكترس في هذا المجال من شأنه أن يُساهم في الحفاظ على النظام العام في مجال التهيئة والتعمير إذ ببساطته قد يُؤدّي إلى نتائج إيجابية في وقت وجيز ويخفف الضغط على العدالة.

رغم ذلك تبقى هذه الآليات غير مؤدية للغرض الذي وجدت من أجله، فبالنسبة للطعن الإداري، تمّ تنظيمه بموجب القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير وذلك بإجراءات مقتضبة وبالرغم من بروز مسعى لتدارك الأمر بتعليمات وزارية وبالمرسوم التنفيذي رقم 15-19 إلا أنّ هذا المرسوم لم يبين سوى إجراءات الطعن ضد القرارات السلبية التي يتخذها رئيس المجلس الشعبي البلدي دون الوالي ووزير العمران مما يتعين استدراك هذا النقص لاحقا.

أما بالنسبة لدعوى الإلغاء فهي كذلك منظّمة بكيفية تحدّد من دور القضاء في حماية النظام العام العمراني حيث أنّ القواعد القانونية المنظّمة لإجراءات هذه الدعوى لا تصلح لأن تكون مرجعا في منازعات التعمير، إذ بموجب المادة 74 من القانون رقم 90-29 تمّ تجريد الجمعيات الناشطة في المجال البيئي والعمراني من صفة

التقاضي في دعوى إلغاء رخص البناء غير المشروعة والماسة بالنظام العام العمراني يفترض أن تكون هذه الجمعيات درعاً واقياً وطرفاً لا يُستهان به في التجسيد الميداني لقانون التعمير وهو ما استوعبته وكرّسته التشريعات الغربية، وتنظيم دعوى إلغاء رخصة البناء بهذا الشكل يجعلها وسيلة من وسائل حماية المصلحة الخاصة أكثر منها وسيلة لحماية النظام العام العمراني، كذلك نص المواد 829 و830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحدّد تاريخ سريان آجال رفع دعوى الإلغاء، لا تصلح أن تطبق على دعوى إلغاء رخصة البناء التي تتميز بالخصوصية، وإنّما يستلزم الأمر إدراج نص خاص في قانون التعمير يحدّد هذه الآجال، كل هذه المعطيات تستلزم إيجاد قواعد قانونية خاصة تتماشى وتستجيب لخصوصية مجال التهيئة والتعمير.

الهوامش

1. قانون رقم 90-29، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالهيئة والتعمير، ج ر عدد 52 صادر في 02 ديسمبر 1990، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 04-05، مؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر عدد 51 صادر في 15 أوت 2004، مستدرک ج ر عدد 71 صادر في 10 نوفمبر 2004.
2. رخصة البناء هي القرار الإداري المسبق الصادر من سلطة مختصة قانوناً تمنح بمقتضاه للشخص الحق في إقامة بناء جديد، أو تغيير بناء قائم، راجع: بوسته إيمان، النظام القانوني للتربية العقارية، دار الهدى الجزائر، 2011، ص 77.
3. راجع المرسوم التنفيذي رقم 15-19، مؤرخ في 25 جانفي 2015، يحدّد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها ج ر عدد 07 صادر في 22 فيفري 2015.
4. محمد الأمين كمال، "الترخيص الإداري ودوره في المحافظة على النظام العام البيئي"، مجلة الفقه والقانون العدد الثاني 2012، مجلة متاحة على الموقع التالي: www.majalah.new.ma
5. فيصل نسيغة، رياض دنش، "النظام العام"، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 172-174.
6. راجع المادة 55 من القانون رقم 90-29، مرجع سابق.
7. قواعد تضمنتها المواد 2، 3، 8، 10، من المرسوم التنفيذي رقم 91-175، مرجع سابق.
8. راجع المواد 19، 21، 22، 23 من القانون رقم 04/20، مؤرخ في 25 ديسمبر، يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى ج ر عدد 84، صادر في 29 ديسمبر 2004.
9. مرسوم تنفيذي رقم 07-145 مؤرخ في 19 مايو 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكفاءات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج ر عدد 37 صادر في 22 ماي 2007.
10. قانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43 صادر في 20 جويلية 2003، ملغى جزئياً بموجب القانون رقم 07-06 مؤرخ في 13 ماي 2007، يتعلق بتسيير

- المساحات الخضراء وحمايتها وتثمينها، ج ر عدد 31 صادر في 13 ماي 2007، والقانون رقم 02-11 مؤرخ في 17 فيفري 2001، يتعلق بحماية المجالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 13 صادر في 28 فيفري 2011.
11. قواعد تضمنتها المواد 07، 08، من القانون رقم 90-29 مرجع سابق، وكذا المواد من 13 إلى 18 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175، مرجع سابق.
12. المادة 114 من القانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 03 جويلية 2011.
13. حسني درويش عبد الحق، "الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة وفي الشريعة الإسلامية"، مجلة المحاماة، العدد الثاني، القاهرة، 1985، ص 142.
14. المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، مرجع سابق.
15. راجع المادة 08، 10، من المرسوم التنفيذي رقم 93-184 مؤرخ في 27 جويلية، ينظم إثارة الضجيج، ج ر عدد 50، صادر في 28 جويلية 1993.
16. قراوي مجدوب، "النظام العام الجمالي التنظيم العمراني"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، العدد 01، ص 204.
17. قانون رقم 08-15 مؤرخ في 20 جويلية 2008، يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، ج ر عدد 44 صادر في 03 أوت 2008.
18. راجع المواد من 27 إلى 29 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175، مرجع سابق.
19. للتفصيل أكثر في آليات تدخل قانون التعمير، ورخصة البناء بصفة خاصة، في حماية المعالم التاريخية والثقافية راجع: بزغيش بوبكر، رخصة البناء آلية رقابة في مجال التعمير، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2007، ص 67-82.
20. راجع المادة 116 من القانون رقم 11-10، مرجع سابق.
21. يُعرّف الطعن الإداري بأنه التماس أو شكوى يُقدّمها صاحب الصفة والمصلحة إلى السلطات الإدارية الولائية أو الرئاسية أو الوصائية أو إلى لجان إدارية، يطعن في قرارات وأعمال إدارية بعدم المشروعية، طالبا إلغاء أو سحب أو تعديل هذه الأعمال الإدارية غير المشروعة لجعلها أكثر اتفقا مع مبدأ المشروعية والملاءمة والعدالة، راجع: عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام الجزائري، الجزء الثاني: نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 365.
22. مكرس بموجب المادة 63 من قانون رقم 90-29، مرجع سابق.
23. يتقاسم الاختصاص في منح رخصة البناء رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي والوزير المكلف بالتعمير كل حسب اختصاصه، راجع المواد 65، 66، و67، المرجع نفسه.
24. لا يوجد نص قانوني صريح يُفيد أنّ التظلم ضد قرارات رئيس المجلس الشعبي البلدي المتعلقة برخصة البناء يكون أمام الوالي، وإنّما يستفاد ذلك من أحكام القانون رقم 11-10، مرجع سابق.
25. يختص الوزير المكلف بالتعمير في منح رخصة البناء بالنسبة للمشاريع المهيكلّة ذات المصلحة الوطنية أو الجهوية، راجع المادة 67 من القانون رقم 90-29، مرجع سابق.
26. عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007، ص 627.

27. تم تنظيم إجراءاته بموجب المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، مرجع سابق، وقبل ذلك بموجب التعليمات الوزارية رقم 13-85، صادرة عن وزارة السكن والعمران، متعلقة بتسهيل تسليم عقود التعمير، 17 جانفي 2013 (غير منشورة).
28. جاءت التعليمات الوزارية رقم 13-85 السالفة الذكر، بعبارة إيداع ملف الطعن، مما يعني أنه على الطاعن أن يرفق بطعنه كل الملف المتعلق بطلب رخصة البناء، وهذا أمر إيجابي خاصة أنه في حالة سكوت الإدارة وعدم ردها عن الطلب يفيد الرفض وأنّ السكوت لا يظهر سبب الرفض، وإرفاق الملف بالطعن يُمكن من دراسته من جديد.
29. هو الشخص الذي قدم طلب الحصول على رخصة البناء سواء كان مالك العقار أو موكله أو أي شخص محدد في المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، مرجع سابق.
30. مُنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-152 مؤرخ في 15 أبريل 2013، يحدد مهام المفتشية العامة في وزارة السكن والعمران وتنظيمها وعملها. ج رعد 22 صادر في 25 أبريل 2013.
31. في حالة رفض الطعن يكون لطالب رخصة البناء خيارين، الأول أن يعيد تشكيل ملف طلب رخصة البناء وتكملة ما ينقصه، وهي نقائص تستفاد من تسبب قرارات الرفض، والخيار الثاني هو اللجوء إلى القضاء برفع دعوى إلغاء قرار الرفض في الآجال المحددة في المواد 829 و830 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 28 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رعد 21 صادر في 23 أبريل 2008.
32. إنّ الطعن الإداري اختياري، للمعني بالأمر أن يختار بين إتباعه أو اللجوء مباشرة إلى عرض القضية على الجهة القضائية المختصة وهو ما يُستخلص من نص المادة 63 من القانون رقم 90-29، مرجع سابق.
33. بعلي محمد الصغير، القضاء الإداري: دعوى الإلغاء، دار العلوم والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 30.
34. للتفصيل أكثر في الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء راجع: قاسي الطاهر، الشروط الشكلية لدعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012، ص ص 20-149.
35. GERARD Patrick, *Pratique du droit de l'urbanisme*, Eyrolles, 5eme Édition, Paris, 2012, p. 180.
36. لا يوجد نصّ في التشريع الجزائري يُشير إلى تاريخ تقدير المصلحة، على خلاف قانون التعمير الفرنسي الذي ينص في المادة 600.1.3 المستحدثة أنه ينظر في مدى توقّر شرط المصلحة إلى تاريخ إعلان طلب رخصة البناء في البلدية، إلّا أنّ القضاء الإداري الجزائري استقر على أنّ تاريخ تقدير المصلحة هو التاريخ الذي رفعت فيه دعوى الإلغاء: خلوفي رشيد، مرجع سابق، 2013، ص 46.
37. بن لطرش منى، رخصة البناء، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية جامعة قسنطينة، 1998، ص 132.
38. GERARD Patrick, op.cit, p. 180.
39. بوضياف عمار، "منازعات التعمير في القانون الجزائري: رخصة البناء والهدم"، *مجلة الفقه والقانون*، العدد الثالث، 2013، مجلة متوفرة على الموقع التالي: www.majalah.new.ma
40. زروقي ليلى، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 380.
41. للإطلاع على حيثيات القرار راجع: مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص 91.
42. قانون رقم 12-06 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج رعد 02، صادر في 15 جانفي 2012.
43. نقلا عن: عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، مرجع سابق، ص 87.
44. "يعتبر المظهر الجمالي للإطار المبني من الصالح العام ولهذا الغرض، يستلزم المحافظة عليه وترقيته" المادة 12 من القانون 08-15، مرجع سابق.

45. للتفصيل أكثر في آجال رفع دعوى الإلغاء، راجع: بودريوه عبد الكريم، "آجال رفع دعوى الإلغاء وفق القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، العدد 01 كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، ص ص 23-27.
46. Article R.600-2 du code de l'urbanisme français, disponible sur le site : www.légifrance.fr
47. BERNARD François-Charles, *Guide des contentieux de l'urbanisme*, LexisNexis, Paris, 2013, p.8.
48. BOULISSET Philippe, *Permis de construire*, 2éme édition, Delmas, Paris, 2013, p. 822.
49. عزري الزين، دور القاضي الإداري في منازعات تراخيص البناء والهدم، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص: المنازعات المتعلقة بالعمران، 2008، ص 27.
50. لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، لباد للنشر، الجزائر، 2007، ص 259.
51. BERNARD François-Charles, op.cit, p. 81.
52. راجع المواد 65، 66، 67، من القانون رقم 90-29، مرجع سابق.
53. سايس جمال، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، منشورات كليك، الجزائر 2013، ص 205.
54. نقلا عن: عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، مرجع سابق، ص 97.
55. عزري الزين، دور القاضي الإداري في منازعات تراخيص البناء، مرجع سابق ص 29.
56. المرجع نفسه، ص 30.
57. BOULISSET Philippe, op.cit, p.822.
58. بعلي محمد الصغير، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 ص ص 189-193.
59. راجع المادة 62 من القانون رقم 90-29، مرجع سابق.
60. نقلا عن: بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 06.
61. BERNARD François-Charles, op.cit, p. 103.
62. راجع المادة 65 من القانون رقم 90-29، مرجع سابق.
63. على سبيل المثال راجع المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19، مرجع سابق.
64. راجع المادة 34 من القانون رقم 98-04، مؤرخ في 15 جويلية 1998، يتعلق بحماية التراث الثقافي، ج ر عدد 44، لسنة 1998.
65. قرار رقم 417 مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، صادر بتاريخ 16-07-2011، قضية (م م) ضد (أب)، نقلا عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، منشورات كليك، 2013 ص 1665.
66. BOULISSET Philippe, op.cit, p. 825.
67. بن لطرش منى، مرجع سابق، ص 131.
68. BERNARD François-Charles, op.cit, p 117.
69. قرار رقم 68040، صادر بتاريخ 28-07-1990، عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، قضية (ن ح) ضد والي ولاية البويرة، *المجلة القضائية*، العدد 01، 1992.
70. BERNARD François-Charles, op.cit, p.199.
71. GERARD Patrick, *Pratique du droit de l'urbanisme*, Eyrolles ,5em Édition, paris 2007, p 159.
72. BERNARD François-Charles, op.cit, p. 199.

73. قرار رقم 404069، الغرفة العقارية، المحكمة العليا، صادر بتاريخ 13-06-2007، المجلة القضائية، العدد الأول، 2008.
74. BERNARD François-Charles, op.cit, p. 199.
75. الطماوي سليمان محمد، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي مصر، 1997، ص 792.
76. غواس حسينة، الآليات القانونية لتسيير العمران، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص 132.
77. راجع المادة 62 من القانون رقم 90-29، مرجع سابق.
78. BOULISSET Philippe, op.cit, p. 825-826.
79. عزري الزين، دور القضاء الإداري في منازعات تراخيص البناء، مرجع سابق، ص 37.
80. Philippe, op.cit, p. 826. BOULISSET
81. بعلي محمد الصغير، تسليم رخصة البناء في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية العدد 01 المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، الجزائر، 2007، ص 35، 34.
82. نقلا عن: خضراوي أمال، منازعات رخصة البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2010، ص 43.
83. للإطلاع على حيثيات القرار راجع: مجلة مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 91.
84. عزري الزين، "دور القاضي الإداري في منازعات تراخيص البناء والهدم"، مجلة مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 47.
85. للإطلاع على حيثيات القرار، انظر: المرجع نفسه، ص 48.
86. GERARD Patrick, op.cit, p 191.
87. SOLER-COUTEAUX Pierre, GILLIG David, STREBLER Jean-Philippe, *Les autorisations d'urbanisme*, Édition du moniteur, Paris, 2008, p.285- 286.
88. صدر في هذا الصدد قرار عن مجلس الدولة مفاده أنه متى صدر قرار قضائي فاصل في طعن من أجل تجاوز السلطة بطلان قرار إداري واكتسب حجية الشيء المقضي فيه فإنه يتعين على الإدارة تجنب اتخاذ بعده قرار سلبي آخر يتناول نفس الأطراف وينصب على نفس المحل والسبب، قرار رقم 43308، مجلس الدولة، مؤرخ في 21-12-1985، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 205.
89. راجع المادة 902 من القانون رقم 08-09، مرجع سابق.
90. راجع المادة 908، المرجع نفسه.

العمل الإنساني في منظور القانون الدولي*

Kassa Abderrahmane, Doctorant
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tizi Ouzou.

قاسه عبد الرحمان، طالب دكتوراه
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة مولود معمري تيزي وزو.

ملخص

تجد أعمال الإغاثة الإنسانية ما يبرّرها في كل من القانون الدولي لحقوق الإنسان من خلال صون حق الضحايا في الحياة والصحة، وكذا القانون الدولي الإنساني بموجب اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977 التي تفرض على الأطراف السامية المتعاقدة ضرورة منح حرية مرور رسالات الأدوية والمهمات الطبية و الأغذية الضرورية و الملابس الموجهة حصرا للسكان المتضررين من الأزمة الإنسانية، بغض النظر عن الالتزامات المترتبة على الدول بموجب ميثاق هيئة الأمم المتحدة الذي يفرض ضرورة تعاون وتضافر جهود المجتمع الدولي في حلّ المسائل الدولية ذات الصبغة الإنسانية.

الكلمات المفتاحية

العمل الإنساني، المساعدة، ظرف الاستعجال، الضحايا، القانون الدولي الإنساني، القانون الدولي لحقوق الإنسان، اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 البروتوكولين الإضافيين لعام 1977.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/03/12 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/05/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

L'action humanitaire dans l'optique du droit international

Résumé

Les actes de secours humanitaire trouvent leurs fondement dans le droit international des droits de l'homme à travers la préservation du droit des victimes à la vie et à la santé, ainsi le droit international humanitaire selon les quatre conventions de Genève de 1949 et les deux protocole additionnel de 1977 qui imposent aux haute partie contractante l'obligation d'attribuer le libre passage de tout envoi de médicaments et de matériel sanitaire, de vivre indispensable et de vêtements destinés exclusivement a la population vulnérable de la crise humanitaire, cela s'ajoute aux engagements pris par les états vis-à-vis la Charte des Nations Unies qui impose à la communauté internationale de proposer l'aide et de déployer les efforts nécessaires pour résoudre les problèmes internationaux d'ordre humanitaires.

Mots clés

L'action humanitaire, l'aide, l'état d'urgence, les victimes, droit international humanitaire, droit international des droit de l'homme, les quatre conventions de Genève de 1949, les deux protocoles additionnels aux conventions de Genève de 1977.

Humanitarian action under the optic of international law

Sammary

The action for humanitarian aid and support find their foundations in the international human rights through the protection of the rights of the victims for life and health, as well as the International Humanitarian law according to The *Geneva Conventions of 1949* and their *Additional Protocols of 1977* that impose to the contracted parts the obligations for the freedom of medicine exchange and mouvements as well as for sanitarian means, also for clothing exclusively meant for dasadvantaged populations from humanitarian crisis.

This accompanies the commitment of the states vis-a-vis The *Charter of the United Nations* which imposes the international community to suggest their help and deploy the necessary efforts to salve international coming from humanitarian basis.

Keywords

Humanitarian action, help (support, aid), emergency, victims , international humanitarian law, International *human rights law*, the *Geneva Conventions of 1949*, *the tow additional protocols to the Geneva conventions of 1977*.

مقدمة

تعتبر المساعدة الإنسانية من بين أهم المواضيع التي لها أبعاد عالمية في الآونة الأخيرة، خاصة مع تنامي ظاهرة النزاعات المسلحة والكوارث الطبيعية، التي أصبحت تشكل مصدر قلق للضمير الإنساني والرأي العام الذي أخذ يطالب باتخاذ تدابير فعالة

للتخفيف من حدة الكوارث الإنسانية بالقدر الممكن، وكذا ضبط قواعد السلوك التي ينبغي أن تلتزم بها الهيئات الإنسانية وفقاً لمبادئ العمل الإنساني¹.

وعلى هذا الأساس تسارع التاريخ منذ منتصف القرن العشرين بشكل ملحوظ وازداد إحساس الإنسان في هذا العصر بأنه جزء من عالم أعم وأشمل من عالمه الخاص، وبلغ تطور الوعي بأولوية تدرّج المصالح الإنسانية المشتركة²، القائمة على التضامن الدولي الذي يفرض واجب تعاون الدول والشعوب خاصة في قضايا حقوق الإنسان وتقديم الدعم المعنوي لكل من هو في حاجة إلى المساعدة، كما يفرض التزامات على الدول بصون حق الأفراد في تلقي إمدادات الإغاثة وكذا حصولهم على السلع والخدمات الضرورية لضمان بقائهم، خاصة أثناء النزاعات المسلحة التي تعدّ من بين أهم الأسباب الرئيسية لتدهور الوضع الإنساني في العصر الحديث، ما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى فعالية نصوص القانون الدولي المكرّسة للعمل الإنساني أثناء الكوارث الطبيعية وحالات الطوارئ المماثلة؟

من أجل أن تكون الصورة أشدّ وضوحاً، والبحث في مجال العمل الإنساني أكثر تفصيلاً، لابد من تحديد الأساس القانوني الذي يبرّر اللجوء إليه في حالة الضرورة الملحة.

أولاً / إرساء قواعد العمل الإنساني في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان
إنّ إقرار حق الضحايا في تلقي المساعدات الإنسانية لم يأت من العدم وإنّما كان نتيجة لتطور القانون الدولي الذي يسعى إلى تلبية الحاجيات الأساسية لضمان البقاء على قيد الحياة، والتمتع بأعلى مستويات الصحة الممكنة.

1- ارتباط العمل الإنساني بالحق في الحياة

تكمن الخلفية الأساسية لأعمال الإغاثة الإنسانية في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان في الحق في الحياة، والذي بموجبه ينبغي على الدول كفالتة واحترامه واتخاذ كافة التدابير اللازمة لضمان عدم انتهاكه³، باعتبار أنّ الحق في المساعدة الإنسانية يمثل الامتداد الطبيعي للحق في الحياة أو هو الوجه الآخر لهذا الحق، فهو لا يأخذ معناه كاملاً إلا في مواجهة رفضه أو إنكاره أو المساس به في صورة تقتيل فعلي أو تهديد السلامة الجسدية جراء بعض الظواهر الطبيعية أو نقص في التغذية أو انعدام وسائل

العناية الصحيّة، وفي مواجهة مثل هذا التهديد، فإنّ المساعدة الإنسانية هي الحدّ الأدنى لضمان التمتع بالحق في الحياة⁴.

فالحق في الحياة إذن هو أساس الحق في تلقي المساعدات وإغاثة الأشخاص المتأثرين بالكوارث والأزمات الإنسانية، باعتباره الحق الأساسي الذي قامت وأكدت عليه جميع المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان⁵، فلقد أقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي ينصّ على أنّ " لكل فرد الحق في الحياة (...) "⁶، كما أنّ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أقرّ هذا الحق بنصّه على أنّ " الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسّفاً "⁷ وينصّ العهد كذلك على أنّه لا يجوز المخالفة أو الخروج عنه حتى في أوقات الطوارئ المماثلة⁸، ومن جهته يؤكّد قرار معهد القانون الدولي بشأن المساعدة الإنسانية الصادر في 02 سبتمبر 2003 على أنّ " ترك ضحايا الكوارث بدون مساعدة إنسانية يشكّل تهديداً لحياة البشر، وماساً بكرامة الإنسان وبالتالي يعدّ انتهاكاً لحقوق الإنسان الأساسية، ويحق لضحايا الكوارث أن يطلبوا المساعدة وأن يتلقوها "⁹، وبالتالي فإنّ كفالة هذا الحق وتقديم المساعدات الإنسانية في أوقات الأزمات والكوارث، يعدّ أحد أهمّ الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة المعنية بالأزمة والمجتمع الدولي ككلّ، وفي حالة التقصير أو التعمّد في انتهاكه سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية تتحمّل الدولة المسؤولية عن ذلك¹⁰، حول هذا الموضوع كذلك اعتبرت لجنة حقوق الإنسان أنّ الحق في الحياة المنصوص عليه في المادة (6) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بأنّه الحقّ الأسّي والأساسي الذي تقوم عليه جميع حقوق الإنسان الأخرى والذي لا يجوز الخروج عليه حتى في أوقات الطوارئ العامة التي تهدّد حياة الأمتة، كما دعت إلى عدم تقييد هذا الحق من خلال حثّ الدّول على توسيع تفسير مضمون الحق في الحياة ليشمل التدابير اللاّزمة التي ينبغي أن تتخذها خاصة تلك المتعلقة بالقضاء على سوء التغذية والأوبئة¹¹.

2- ارتباط العمل الإنساني بالحق في الصحة

إذ كانت المساعدات الإنسانية من أهمّ وسائل الحفاظ على حق الإنسان في الحياة في أوقات الأزمات والكوارث، فإنّ تقديم المعونة بما تشمله من أدوية وطعام وكساء

يدعم حق آخر من حقوق الإنسان ألا وهو الحق في الصحة، باعتباره مكون جوهري من مكونات الحق في الحياة¹². على هذا الأساس، وبالاستناد إلى الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، ونظرا للعلاقة الموجودة بين الحق في الصحة والمساعدة الإنسانية فإنّ إغاثة وتلقي الضحايا لموارد الغوث تعدّ ضرورة حتمية لاغنى عنها، ولهذا نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكّد على الحق في الصحة بنصّه " لكل شخص الحق في مستوى معيشة، يكفي لضمان الصحة له ولأسرته، وتشمل المأكل والملبس والسكن والرعاية الصحية والخدمات الاجتماعية الضرورية"¹³. وفي نفس السياق ينصّ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنّه "يحق لكل شخص التمتع بمستوى معيشي (...) يوفر ما يفي بحاجته من الغذاء والكساء والمأوى"¹⁴ "والحق في التحرر من الجوع"¹⁵، كما أنّ الدول الأطراف في هذا العهد "تقرّ بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه"¹⁶.

الجدير بالذكر وعن الحق في الغذاء، تشير اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليق نشرته إلى أنّ الحق في الغذاء الكافي مثل أي حق آخر يفرض على الدول الأطراف الالتزام باحترام السبل المتوفرة للحصول على الغذاء الكافي وتخويل وصول الناس إلى الموارد ووسائل ضمان مقومات عيشهم، كما يتعيّن كذلك على الدول الأطراف في حالة عجز ضحايا الكوارث الطبيعية وغيرها من الكوارث في التمتع بالحق في الغذاء، التدخل للوفاء بذلك الحق مباشرة¹⁷، وتنصّ كذلك الفقرة (6) من التعليق نفسه على أنّ " (...) الدول ملزمة أساسا باتخاذ التدابير اللازمة للتخفيف من أثر الجوع على النحو المنصوص عليه في الفقرة (2) من المادة (11) حتى في أوقات الكوارث الطبيعية"¹⁸.

يقرّ في هذا الصدد المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة على أنّ الحق في الصحة يتضمّن الالتزامات الأساسية بتأمين الرعاية الصحية الدولية الأساسية والحدّ الأدنى من المواد الغذائية وتوفير المأوى والسكن وخدمات الصرف الصحي، والتزويد بما يكفي من المياه النظيفة والصالحة للشرب، فضلا عن توفير الأدوية الأساسية، ولا يمكن الإنقاص من هذه الالتزامات الأساسية التي تفرض على الدول أن تحترم وتحمي وتضمن الحق في الصحة¹⁹.

وعن التزام الدول بكفالة الحق في الصحة، يقرّ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنّه "تتخذ الدول بمفردها وعن طريق المساعدة والتعاون الدوليين، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة بذلك جميع السبل المناسبة (...)"²⁰.

أما عن التعاون الدولي في حلّ المشاكل الدولية ذات الصبغة الإنسانية تقرّ اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنّه "تتحملّ الدول الأطراف في العهد مسؤولية مشتركة وفردية وفقا لميثاق هيئة الأمم المتحدة والقرارات ذات الصلة التي تتخذها الجمعية العامة وجمعية الصحة العالمية، للتعاون في تقديم الإغاثة في حالات الكوارث والمعونة الإنسانية في أوقات الطوارئ، بما في ذلك تقديم المساعدة للاجئين والمشردين داخليا، وينبغي لكل دولة أن تسهم في هذه المهمة بأقصى قدراتها وينبغي إعطاء الأولوية لأكثر الفئات ضعفا أو تهميشا من السكان لدى تقديم المساعدة الطبية الدولية، وتوزيع الموارد وإدارتها، مثل المياه الآمنة الصالحة للشرب والأغذية واللوازم الطبية والمعونات المالية، وعلاوة على ذلك (...) فإنّ المجتمع الدولي مسؤول بشكل جماعي في معالجة هذه المشكلة (...)"²¹.

وفي نفس السياق، تقرّ نفس اللجنة بالتمتع الفعلي والتدريجي بالحقوق المعترف بها في العهد، كما أنّ الدول الأطراف لديها التزام فوري بكفالة المستويات الأساسية الدنيا لكل فرد من الحقوق المنصوص عليها، معناه أنّ الدولة إذا لم توفر الرعاية الصحية الأولية والأساسية، أو تقاعست عن استخدام مواردها المتاحة لإعمال الحق في الصحة، تعتبر متخلفة عن الوفاء بالتزاماتها، ما لم تثبت أنّها بذلت كل جهودها لاستعمال الموارد المتاحة قصد الوفاء بتلك الالتزامات²².

وعليه، يعتبر مبدأ التعاون الدولي حسب المادة (56) من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، التي تضمّنت العبارة "يتعهد جميع الأعضاء"²³، كأساس قانوني ملزم يترتب المسؤولية الدولية للدول، التي تمتنع بصفة تعسّفية عن تنفيذ التزاماتها وفقا لمقاصد الأمم المتحدة بما في ذلك تقديم المساعدة الإنسانية أو عرقلة مهام المنظمات الإنسانية.

يتبين لنا من خلال دراسة أهم نصوص القانون الدولي لحقوق الإنسان المشار إليها سابقا، أنّ معظمها لم يشر لأعمال الإغاثة الإنسانية بموجبها صراحة، إلا أنّ هذا لا يمنع إمكانية الاستناد على هذه النصوص كأساس لتبرير المساعدات الإنسانية التي تقدّم خاصة أثناء الكوارث الطبيعية، والحالات التي استثناها القانون الدولي الإنساني صراحة من التطبيق، كون أنّ إغاثة ضحايا النزاعات المسلحة يجد ما يبرره في كل من اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولين الملحقين لها.

ثانيا / تكريس العمل الإنساني في نصوص القانون الدولي الإنساني

يرتكز التنظيم القانوني للمساعدات الإنسانية في ظل القانون الدولي الإنساني²⁴ على جملة من المبادئ²⁵ أهمها، مبدأ ضمان احترام وحماية الأشخاص غير المشاركين في العمليات العدائية والذين توقفوا أو عجزوا عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الأسر أو لأي سبب آخر، ومساعدتهم ورعايتهم دون تمييز.

وانطلاقا من هذا المبدأ الذي أقرّه القانون الدولي الإنساني، تم التوسيع من مفهوم الحماية ليشمل جميع الأشخاص المتضررين من النزاع المسلح، حتى أصبح من تقديم المساعدة الإنسانية وإغاثة ضحايا النزاعات المسلحة²⁶ ضرورة حتمية تفرضها اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، والبروتوكولين الملحقين لها لعام 1977. وعلى هذا الأساس، يعتبر (J_Pictet) أنّ هذه الاتفاقيات والبروتوكولين المصاغين في قرابة ستمئة مادة ذات أثر قانوني فعّال لتقنين المعايير التي تحمي الأشخاص في حالة حدوث نزاع مسلح، كما أنّها تؤسس مبدأ المساعدة الإنسانية لضحايا النزاعات المسلحة²⁷.

يتخذ العمل الإنساني في الظروف الاستثنائية والإستعجالية عدة صور وأشكال تنحصر أساسا في تقديم المساعدات الطبية للجرحى والمرضى دون أي تمييز بينهم، و تزويد الأسرى والسكان المدنيين بالطعام والشراب والسماح بمرور إمدادات الإغاثة الإنسانية²⁸.

1- المساعدة المقررة للجرحى والمرضى

تفرض اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولين الإضافيين جملة من الالتزامات على الدول عامة و أطراف النزاع خاصة، يتعيّن بموجبها حماية جميع المرضى والجرحى والغرقى ومعاملتهم بإنسانية، كما يجب أن يتلقوا إلى أقصى حدّ ممكن وعلى وجه

الاستعجال الرعاية الطبية التي تتطلبها حالتهم، وألا يتعرضوا لأي تمييز بينهم لأي اعتبار غير الاعتبارات الطبية²⁹، وتبين المادة (15) من اتفاقية جنيف الأولى عنصر الاستعجال في تنفيذ العمل الإنساني وضرورة عدم ترك الضحايا دون إغاثة بنصها على أن " في جميع الأوقات، يتخذ أطراف النزاع دون إبطاء جميع التدابير الممكنة للبحث عن الجرحى والمرضى، وجمعهم، و حمايتهم من السلب و سوء المعاملة، و تأمين الرعاية اللازمة لهم (...)"³⁰.

يرجع تركيز المادة (15) السالفة الذكر، على ضرورة تقديم الإسعافات الأولية الطارئة للجرحى و المرضى بغض النظر عن الطرف الذي ينتمون إليه، إلى كون التطورات الطبية الحديثة كشفت بشكل واضح أن الإسعافات العاجلة إذا ما قدمت في أقرب وقت ممكن من طرف موظف مختص و كفاء من شأنها أن تساعد على الشفاء، كما تم تطوير تقنيات تجعل المصاب في حالة فسيولوجية تسمح له بتحمل الآلام أثناء عملية الإجلاء، وكذا زيادة فرصه في البقاء على قيد الحياة³¹. أما بالنسبة للغرقى، فتتقرر معاملتهم الإنسانية بموجب نص المادة (12) من اتفاقية جنيف الثانية خاصة فقرتها الثالثة التي جعلت من المساعدة الطبية أولوية، و أن تقدم دون أي تمييز بينهم، بنصها على أن " و تقرر الأولوية في نظام العلاج على أساس الدواعي الطبية العاجلة وحدها"³²، كما أنه و لتجسيد الرعاية الطبية بصفة فعلية على أرض الواقع و مراعاة لمصلحة الضحايا، ينبغي توفير الحماية الضرورية لأفراد و وحدات الخدمات الطبية العسكرية أو المدنية و المهمات و المركبات الطبية التي يخصصها طرف من أطراف النزاع للأغراض الطبية، ولا يجوز بأي حال من الأحوال استهدافها من الهجمات العسكرية³³.

2- المساعدة المقررة لأسرى الحرب

لقد وسّع القانون الدولي الإنساني من نطاق الحماية التي تشمل أسرى الحرب³⁴، بموجب اتفاقية جنيف الثالثة، التي حرصت على مساعدة هذه الفئة التي غالبا ما تشوب وضعيتها عدّة خروقات في الحروب الحديثة، وعلى هذا الأساس و من أجل صون كرامة الأسرى، ألزمت الاتفاقية الثالثة الدول أو الأطراف المتنازعة التي تحتجز أسرى حرب بضرورة تزويدهم بكميات كافية من الغذاء و الملابس، مع تهيئة

مأوى ملائم في ظروف ملائمة لما توقّره لقوّاتها المسلحة، وتقديم الرعاية الطبية التي تتطلبها حالتهم الصحية³⁵، حيث تنصّ المادة (15) من الاتفاقية على أنّ "تتكفّل الدولة التي تحتجز أسرى حرب بإعاشتهم دون مقابل، وبتقديم الرعاية الطبية التي تتطلبها حالتهم الصحية مجاناً"³⁶، فمسؤولية الدولة الحاجزة تجاه الأسرى بموجب هذه المادة مطلقة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال التنصّل منها حتى وإن تحصّل الأسير على المساعدة من بلده الأصل أو من أية منظمة إنسانية، وبالتالي إن لم تتمكّن من توفير الحدّ الأدنى من العناية التي أقرتها الاتفاقية، فما عليها سوى إخلاء سبيل الأسرى و إعادتهم إلى أوطانهم³⁷.

تلتزم الدولة الحاجزة باللجوء إلى أطباء مختصين لتفحص حالة الأسرى مرة واحدة على الأقل في الشهر، خاصة ما تعلق بتغذيتهم ونظافتهم³⁸، ما يفسح المجال أمام الهيئات الإنسانية بالتدخل لزيارة مراكز الاحتجاز.

تجدر الإشارة إلى أنّ اللّجنة الدولية للصليب الأحمر تضطلع بدور فعّال في هذا المجال³⁹، حيث أنّها وللتأكّد من مدى التزام أطراف النزاع بأحكام الاتفاقية، لها أن تقترح إنشاء وكالة مركزية للاستعجالات بشأن أسرى الحرب، تنحصر مهمّتها في تجميع المعلومات المتعلقة بالأسرى ونقلها إلى ذويهم أو الدولة التي يتبعونها⁴⁰، كما يتعيّن على الدول الحاجزة أن تتعاون مع الهيئات الإنسانية على النحو الذي يسمح لها بأداء مهامها على أحسن وجه، وذلك بتقديم جميع التسهيلات اللازمة للقيام بزيارة الأسرى، وتوزيع إمدادات الإغاثة⁴¹، وكمثال عن عمل اللّجنة الدولية للصليب الأحمر بشأن مساعدة أسرى الحرب، وعلى خلفية هجمات "حركة نيجريون من أجل العدالة" موقعا تابعا للقوات النيجيرية في جوان 2007 مخلفة بذلك 15 قتيل و 72 أسير، وبعد موافقة الحركة، استطاعت اللّجنة الدولية زيارة المحتجزين في غضون أسبوع و قدّمت لهم الرعاية الصحية العاجلة، و عملت على تسهيل الإفراج عن 34 شخص من المصابين بجروح خطيرة، كما قامت بزيارة بقية المحتجزين و قدّمت لهم مساعدات مادية تمثلت أساسا في البطانيات، الملابس، أدوات النظافة و المواد الغذائية فضلا عن المساعدة الطبية⁴².

3- المساعدة المقررة للمدنيين

عن إغاثة المدنيين في النزاعات المسلحة، تستطيع الجهات الفاعلة في المجال الإنساني مباشرة مهامها الإنسانية انطلاقاً من كون أنّ المساعدة الإنسانية تجد ما يبررها في كل من اتفاقية جنيف الرابعة التي أولت اهتماماً كبيراً بوضع المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، وكذا البروتوكولين الإضافيين الملحقين لاتفاقيات جنيف .

وعلى هذا الأساس تفرض الاتفاقية الرابعة على كل طرف من الأطراف السامية المتعاقدة أن يضمن حرية مرور جميع رسالات الأدوية والمهمات الطبية ومستلزمات العيادة الموجهة حصراً للسكان المدنيين⁴³، كما جعلت من تزويد السكان بالمؤن الغذائية والإمدادات الطبية واجبا على دولة الاحتلال، كما فرضت استيراد ما يلزم من الأغذية والمهمات الطبية إذا كانت موارد الأراضي المحتلة غير كافية⁴⁴، ومن جهته يقرّ البروتوكول الأول بضرورة القيام بأعمال الغوث ذات الصبغة المدنية المحايدة وبدون تمييز مجحف للسكان المدنيين، كما أعطى الأولوية لدى توزيع إمدادات الإغاثة للأطفال وأولات الأحمال الذين يحظون بحماية خاصة بموجب هذا الملحق⁴⁵.

أما عن المساعدات الإنسانية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية، فإنّ المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع، تحدّد معايير الحد الأدنى من الإنسانية فهي تلزم أطراف النزاع بمعاملة الأشخاص الذين لا يشتركون في العمليات العدائية معاملة إنسانية، كما تحظر الاعتداء على الحياة وعلى الكرامة الشخصية، وتقرّ بضرورة الاعتناء بالجرحى والمرضى، ومن هذا المنطلق يتعيّن على أطراف النزاع قبول المساعدة الإنسانية، كون أنّ عدم القيام بذلك يهدّد بقاء السكان المدنيين بموجب الاعتداء على حق الإنسان في الحياة⁴⁶ بغض النظر عن إمكانية تدخل هيئة إنسانية غير متحيزة لعرض خدماتها على أطراف النزاع⁴⁷.

وفي نفس السياق وتكريساً لحق المدنيين في حصولهم على موارد الغوث، تنصّ المادة (18) من البروتوكول الإضافي الثاني على أنّ "يجوز لجمعيات الغوث الكائنة في إقليم الطرف السامي المتعاقد مثل جمعيات الصليب الأحمر، والهلال الأحمر والأسد و الشمس الأحمرين، أن تعرض خدماتها لأداء مهامها المتعارف عليها فيما يتعلق بضحايا النزاع المسلح.

تبذل أعمال الغوث ذات الطابع الإنساني والحيادي البحث وغير القائمة على أي تمييز مجحف، لصالح السكان المدنيين (...) وذلك حين يعاني السكان المدنيون من الحرمان الشديد بسبب نقص المدد الجوهري لبقائهم كالأغذية والمواد الطبية"⁴⁸.

خاتمة

من خلال ما تقدم، تظهر أهمية العمل الإنساني من خلال السعي إلى إنقاذ حياة السكان المتضررين من الكوارث الإنسانية، و التخفيف من معاناتهم، و تعزيز كرامتهم بموجب مختلف نصوص القانون الدولي السالفة الذكر، و التي يتعين بمقتضاها على الضحايا إثارة حقهم في الحصول على المساعدة و إغاثتهم في حالات الاستعجال التي تتطلب تدخل هيئات الإغاثة الإنسانية و المجتمع الدولي ككل بغرض عرض إمدادات الإغاثة و منح الضحايا الضروريات الأساسية من السلع و الخدمات لضمان بقائهم. يعترض تنفيذ العمل الإنساني من الناحية العملية بعض العراقيل التي تحول دون فعاليته، خاصة ما تعلق بسيادة الدول المعنية بالمساعدة، و التي عادة ما تتعسف في منح الترخيص المسبق للهيئات الإنسانية، الأمر الذي قد يؤدي إلى إهدار حق الضحايا في حصولهم على إمدادات الغوث، ما يستدعي ضرورة وضع قيد على مبدأ السيادة في ظروف الاستعجال حتى لا تصبح حاجزا أمام تقديم المساعدة الإنسانية. ما يعرقل كذلك من فعالية العمل الإنساني، نقص الضمانات المقررة للقائمين بالمهام الإنسانية و زيادة تعرض حياتهم للخطر، خاصة في مناطق النزاع التي يسيطر عليها الثوار و الجماعات المسلحة، ما يجعل من حصول فرق الإغاثة الإنسانية على موافقة هذه الجماعات المسلحة ليس بالأمر الهين، خاصة مع تصاعد أعمال العنف التي شهدتها و مازال تشهدها النزاعات الداخلية مما يعرقل حسن سير عمليات الإغاثة، و هو الأمر الذي يفرض على الدول المنكوبة ضرورة زيادة التنسيق مع الجهات الفاعلة في المجال الإنساني و توفير بيئة آمنة للقائمين بالعمل الإنساني.

الهوامش

1. مصلوح نسيمة، "المساعدة الإنسانية والمنظمات غير الحكومية"، رسالة مقدّمة لنبل شهادة الدراسات العليا المعمّقة، شعبة القانون العام، وحدة التكوين و البحث: العلاقات الدولية، كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية و القانونية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، 1999، ص.3.
2. ماهر جميل أبوخوات، "المساعدات الإنسانية الدولية: دراسة تحليلية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص.5.
3. يرتّب هذا الحق على الدول واجب توفير السلع والخدمات الضرورية بالصورة الملائمة للمجتمعات المنكوبة حتى تتمكن من البقاء على قيد الحياة. للتفصيل أكثر حول هذا الموضوع، راجع :
- أحمد سي علي، "التدخل الإنساني بين القانون الدولي الإنساني والممارسة"، الطبعة الأولى، دار الأكاديمية الجزائرية، 2011، ص.152.
4. بوجلال صلاح الدين، "الحق في المساعدة الإنسانية"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص.40.
5. وائل أحمد علام، "التنظيم القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية في النزاعات المسلحة"، مجلة الشريعة والقانون كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 52، 2012، ص.27.
6. انظر المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/12/1948.
7. انظر الفقرة (1) من المادة (6) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمدهت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 2255 ألف (د . 21)، مؤرخ في 16 ديسمبر 1966، دخل حيز التنفيذ في 23 مارس 1986، انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89. مؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر عدد 20، الصادر بتاريخ 17 ماي 1989.
8. انظر الفقرة (3) من المادة الرابعة من العهد الدولي نفسه.
9. راجع في هذا الخصوص:
KOLB Robert, De l'assistance humanitaire : La resolution sur l'assistance humanitaire adopté par l'Istitut de Droit International, session de Bruges, Revue Internationale de la Croix Rouge, N^o 856, vol 86, p.856.
10. ماهر جميل أبوخوات، مرجع سابق، ص.29.
11. راجع: الفقرة (1) و(5) من التعليق العام رقم (6) المتعلق بالحق في الحياة الصادر عن لجنة حقوق الإنسان في دورتها السادسة عشرة لسنة 1982: وثيقة متوفرة على الموقع الإلكتروني :
<https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/hrc-gc6.html>
12. ماهر جميل أبوخوات، مرجع سابق، ص.30.
13. راجع المادة (25) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .
14. الفقرة (1) من المادة (11) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمدهت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 2255 ألف (د . 21)، مؤرخ في 16 ديسمبر 1966 دخل حيز النفاذ في 03 جانفي 1986، الذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89. مؤرخ في 16 ماي 1989 ج.ر. عدد 20، الصادرة بتاريخ 17 ماي 1989.
15. انظر الفقرة (2) من المادة(11) من العهد الدولي نفسه.

16. انظر الفقرة (1) من المادة (12) من العهد الدولي نفسه .
17. راجع : الفقرة (15) من التعليق العام رقم (12) المتعلق بالحق في الغذاء الكافي، الصادر عن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة العشرون 1999. متوفر على الموقع الإلكتروني :
<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/cescr-gc12.html>
18. ارجع الفقرة (6) من التعليق نفسه .
19. راجع : تقرير اللجنة الدولية للصليب الأحمر حول الرعاية الصحية في النزاعات المسلحة وفي الحالات التي لا يشملها القانون الدولي الإنساني، الخدمات الاستشارية في مجال القانون الدولي الإنساني. متوفر على الموقع الإلكتروني :
<https://www.icrc.org/ara/ass/ets/fils/health-care-lam-factsheet-icrc-ara.pdf>
20. ارجع الفقرة (1) من المادة (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
21. راجع الفقرة 40 من التعليق العام رقم (14) المتعلق بالحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه الصادر عن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة الثانية والعشرون لسنة 2000. متوفر على الموقع الإلكتروني :
<http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/cescr-gc14.html>
- راجع كذلك :
- الفقرات (38)، (39)، و (40)، من التعليق العام رقم (12)، المتعلق بالحق في الغذاء الكافي، الصادر عن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، السالف الذكر.
- المادة (11) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .
22. راجع: الفقرة (47) من التعليق العام رقم (14) المتعلق بالحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه الصادر عن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، السالف الذكر.
23. راجع: المادتين (55) و (56) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة، المصادق عليه في مؤتمر سان فرانسيسكو بتاريخ 26/06/1945، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 24/10/1945.
24. لقد تعددت تعاريف القانون الدولي الإنساني، غير أنها لا تختلف في مضمونها، لذا نكتفي بتعريف اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي عرفته على النحو التالي " القانون الدولي الإنساني هو القانون الواجب التطبيق أثناء النزاعات المسلحة، وهو مجموعة القواعد الدولية الاتفاقية أو العرفية التي يقصد بها خصيصا تسوية المشكلات الإنسانية الناجمة مباشرة عن النزاعات المسلحة دولية كانت أو غير دولية، تحدّد لأسباب إنسانية من حق أطراف النزاع في استخدام ما يحلو لها من وسائل القتال وطرقه، وتحمي الأشخاص والأعيان التي يلحق بها الضرر، أو تتعرض له من جراء هذا النزاع ". انظر : ناصري مريم، " فعاليات العقاب على الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص. 27.
25. عن مبادئ القانون الدولي الإنساني راجع :
- روشو خالد، *الضرورة العسكرية في إطار القانون الدولي الإنساني*، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص ص. 60 - 71.

26. Selon BRAUMAN Rony, L'action humanitaire s'adresse aux populations vulnérables et reste donc pour une grande part, liée aux conflits armés. Son aspect majeur consiste dans le secours aux victimes sur le théâtre même de la guerre. Il s'agit de fournir aux blessés et aux malades les soins auxquels ils n'ont plus accès. Voir, BRAUMAN Rony, Action Humanitaire, Centre de réflexion sur l'action et les savoirs humanitaire, Paris, 1994, p.5.

27. حسام حسن حسان، " التدخل الإنساني في القانون الدولي المعاصر"، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص.686.
28. موساوي أمال، *التدخل الإنساني في القانون الدولي المعاصر*، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، شعبة القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص. 118.
29. راجع المواد: (12) من اتفاقية جنيف الأولى، لتحسن حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان المؤرخة في 12 أوت 1949. (12) و (18) من اتفاقية جنيف الثانية، لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار المؤرخة في 12 أوت 1949. (10) من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 أوت 1949 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة، المؤرخة في 10 جوان 1977. (7) من البروتوكول الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 أوت 1949 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، المؤرخة في 10 جوان 1977.
30. راجع الفقرة (1) من المادة (15) من اتفاقية جنيف الأولى.
31. راجع في هذا الخصوص :
- Commentaire sur la convention (1) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 Aout 1949. Disponible sur le site : <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=B4CB33496716090AC12563BD002BE3B4>
32. راجع الفقرة (2) من المادة (12) من اتفاقية جنيف الثانية.
33. راجع المواد: (19) والفقرة (1) من المادة (35) و الفقرة (1) من المادة (36) من اتفاقية جنيف الأولى. (22) و الفقرة (1) من المادة (39) من اتفاقية جنيف الثانية. الفقرة (1) من المادة (9) و الفقرة (1) من المادة (11) من البروتوكول الإضافي الثاني. و عما تشمله الوحدات الطبية تنصّ الفقرة (هـ) من المادة (8) من البروتوكول الإضافي الأول على أنّ " الوحدات الطبية هي المنشآت وغيرها من الوحدات عسكرية كانت أم مدنية التي تم تنظيمها لأغراض الطبية أي البحث عن الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار وإجلانهم ونقلهم وتشخيص حالاتهم أو علاجهم، بما في ذلك الإسعافات الأولية، والوقاية من الأمراض. ويشمل التعيير، على سبيل المثال المستشفيات وغيرها من الوحدات المماثلة ومراكز نقل الدم ومراكز ومعاهد الطب الوقائي والمستودعات الطبية والمخازن الطبية والصيدلية لهذه الوحدات، ويمكن أن تكون الوحدات الطبية ثابتة أو متحركة دائمة أو مؤقتة".
34. عن تعريف أسرى الحرب، انظر المادة (4) من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 12 أوت 1949.
35. انظر المواد (25)، (26)، (27) و(30)، من اتفاقية جنيف الثالثة.
36. راجع المادة (15) من اتفاقية جنيف الثالثة.
37. راجع في هذا الخصوص :
- Commentaire sur la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949. Disponible sur le site : <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=D8DC9AB6A1C43356AC12563BD002BF0CC>
38. راجع المادة (31) من اتفاقية جنيف الثالثة.

39. تنص المادة (9) من اتفاقية جنيف الثالثة على أن " لا تكون أحكام هذه الاتفاقية عقبة في سبيل الأنشطة الإنسانية التي يمكن أن تقوم بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أو أية هيئة إنسانية غير متحيزة أخرى بقصد حماية وإغاثة أسرى الحرب(...)".
40. انظر المادة (123) من اتفاقية جنيف الثالثة.
41. انظر المادة (125) من اتفاقية جنيف الثالثة.
42. راجع في هذا الموضوع :
- TUCK David, La détention par les groupes armés : surmonter les obstacles de l'action humanitaire, Revue Internationale de la Croix Rouge, N°883, p. 1 et 2. Disponible sur le site : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/review-2011/irrc-883-tuck.htm>
43. انظر الفقرة (1) من المادة (23) من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 أوت 1949.
44. انظر الفقرة (1) من المادة (55) من اتفاقية جنيف الرابعة.
- . تبين عبارة: " بأقصى ما تسمح به وسائلها "Dans toute la mesure de ses moyens" الواردة في المادة (55) من الاتفاقية الرابعة، أنّ واضعي هذه الاتفاقية، قد أخذوا بعين الاعتبار الصعوبات المادية التي يمكن أن تواجهها دولة الاحتلال من صعوبة في التمويل والنقل ... الخ. هذا ما يعني أنّ الالتزام الذي يقع على عاتقها يتمثل في إغاثة المدنيين في الحدود التي تسمح بها مواردها. حول الموضوع، راجع :
- UHLER Oscar et al., Commentaire sur la quatrième convention de Genève du 12 aout 1949, In/ PICTET Jean (S./dir.), CICR , Genève, 1956, p. 333.
45. انظر المادة (70) من البروتوكول الإضافي الأول.
46. باربر ريبكا، " تيسير المساعدة الإنسانية في القانون الدولي الإنساني و قانون حقوق الإنسان"، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 874، 2009، ص. 106.
47. انظر الفقرة (2) من المادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة.
48. راجع المدة (18) من البروتوكول الإضافي الثاني .

حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري: آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي اتجاه المستثمر الأجنبي*

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

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

ملخص

تعرّضت المنظومة القانونية المتعلقة بالاستثمار الأجنبي لتعديلات جدّ مهمة مؤخرًا حيث تكاد تكون جذريّة نظرا لمساسها الواضح والحساس بالمبادئ والضمانات الأساسية التي كرّسها قانون الاستثمار المرجعي.

تجسّدت هذه التعديلات بموجب قوانين المالية وهذا ابتداءً من 2009، نذكر من أهمّها إجراء حق الشفعة المقرّر لصالح الدولة وكذا للمؤسسات العموميّة الاقتصاديّة. يهدف هذا المقال إلى إبراز معالم حق الشفعة كإجراء يحكم الاستثمار الأجنبي في مرحلة التصفية، وكذا تبيان النتائج التي يحملها في طيّاته.

الكلمات المفتاحية

قانون الاستثمار، حق الشفعة، الاستثمار الأجنبي، الاقتصاد الوطني، قوانين المالية، مبدأ عدم التمييز.

Preemption right in Algerian law of investments: protection mechanism of the national economy or the discriminatory limitation towards the foreign investor

Summary

Recently, the legal status of foreign investments has experienced radical changes which clearly affect the principles and fundamental guarantees dedicated on the subject.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/05/24 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/09/01 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/11/10.

Such changes are made under the finance law and this, from 2009. Among the latter, we hold in particular and especially the right of preemption, recognized by the State and by the economic public companies.

This article is designed to focus on the right of preemption, which is exercised in the liquidation phase of the foreign investment and the resulting consequences.

Key words

Investment law, right of preemption, foreign investment, national economy, finance laws, the principle of non-discrimination

Doit de préemption en droit algérien des investissements : mécanisme de protection de l'économie nationale ou restriction discriminatoire à l'égard de l'investisseur étranger

Résumé

Le régime juridique des investissements étrangers a connu, dernièrement, des modifications radicales qui portent manifestement atteinte aux principes et aux garanties fondamentales consacrés en la matière.

De telles modifications sont apportées en vertu des lois de finances et ce, à partir de l'année 2009. Parmi ces dernières, on retient notamment et surtout le droit de préemption, reconnu à l'Etat et aux entreprises publiques économiques.

Le présent article a pour objet de mettre l'accent sur le droit de préemption qui s'exerce en phase de liquidation de l'investissement étranger et les effets qui en découlent.

Mots clés

Droit des investissements, droit de préemption, investissement étranger, économie nationale, lois de finances, principe de non-discrimination

مقدمة

على إثر فشل النموذج الاشتراكي في تسيير الاقتصاد، تبنت الجزائر حزمة من الإصلاحات الاقتصادية أبدت من خلالها إرادة قوية على الانفتاح الاقتصادي ورغبة واضحة في تكريس مبادئ اقتصاد السوق¹. وتماشيا مع هذا التوجه الجديد بذل المشرع الجزائري جهودا معتبرة في سبيل تنظيم مجال الاستثمار.

فقد كانت الانطلاقة بإصدار المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار² الذي أبرز نية المشرع في تشجيع الاستثمار الوطني الخاص والأجنبي وتفعيلهما من خلال تكريسه لأسس ومبادئ تتناسب مع الحرية الاقتصادية من أهمها "مبدأ حرية الاستثمار" و"مبدأ عدم التمييز"، ليتم التأكيد عليها لاحقا بموجب الأمر 03-01 المتعلق

بتطوير الاستثمار³، حيث بصدور هذا الأخير أضحت معالم قانون الاستثمار في الجزائر أكثر وضوحا سعيا لتوفير البيئة الملائمة للاستثمارات، بالتالي أثر الاستقرار النوعي لقانون الاستثمار خلال هذه المرحلة بشكل إيجابي على جذب الاستثمارات الأجنبية وكذا على تنمية الاقتصاد الوطني في آن واحد.

لكن رغم هذا التطور الملحوظ، إلا أنه في الآونة الأخيرة نشهد تراجع المشرع الجزائري عن موقفه، في اتجاه تطبيق سياسة تصب في إطار تلك التي كانت سائدة أثناء مرحلة الدولة التّدخلية⁴ وذلك على حساب الاستثمارات الأجنبية، حيث يظهر ذلك جليا من خلال الأحكام الجديدة المنظمة للاستثمار وذلك منذ سنة 2009⁵، خاصة فيما يتعلق بمرحلة تصفية الاستثمار الأجنبي أين تمّ فرض إجراء حق الشفعة على كافة الاستثمارات الأجنبية في الجزائر ما يجعلنا نطرح الإشكالية التالية: هل تطبيق إجراء حق الشفعة بصورة حصرية على الاستثمار الأجنبي يستجيب فعلاً لخدمة مصالح الاقتصاد الوطني؟

على أساس المعطيات السابقة، فإن الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي إتباع منهج قانوني أساسه التحليل والنقد حيث تنصب دراستنا على توضيح المقصود بحق الشفعة والتكريس القانوني لهذا الأخير (المبحث الأول)، وكذا مبررات وتوابع تقرير حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول/الإطار القانوني لحق الشفعة

بعدها كان كلّ من المستثمر الوطني والأجنبي يخضعان لمعاملة مماثلة في مجال الاستثمار ابتداءً من إنشائه إلى غاية تصفيته، أصبح الأمر حالياً مغايراً تماما وأصدق برهان هنا إجراء حق الشفعة المقرّر اتجاه المستثمر الأجنبي دون الوطني. ونظرا لأهمية هذا الإجراء ارتأينا في مقام أول للتفصيل في معنى حق الشفعة (المطلب الأول)، ثمّ في مقام ثانٍ للتفصيل في النصوص القانونية التي أقرّت حق الشفعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ المقصود بحق الشفعة

إنّ الإلمام بالمقصود بحق الشفعة يستوجب تعريفه من الناحية اللغوية (الفرع الأول)، وكذا تعريفه من الناحية الاصطلاحية (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ تعريف حق الشفعة لغة

الشفعة إسم مصاغ من اللاتينية Prae أي قَبْلَ، Empotio أي شراء، ومن كلمة Emere التي تعني إشتري⁶.

كما يشتق لفظ الشفعة من عدّة مصادر في اللّغة العربية، أهمها الضّمّ والزيادة والإضافة فيقال شفع الشيء شفعاً.

من هنا نلاحظ أنّ هذه المعاني اللّغوية هي أصل معنى الشفعة في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية، وهو ضم ملكية العقار المشفوع فيه إلى أملاك الشفيع جبراً على مشتريه ومالكه معاً⁷.

الفرع الثاني/ تعريف حق الشفعة اصطلاحاً

إذا تطرقنا إلى الاصطلاح القانوني لحق الشفعة فنجد مصدره في الشريعة العامة وذلك من خلال المادة 749 من القانون المدني الجزائري حيث نصّت على ما يلي: «الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محلّ المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية»⁸.

ويستخلص من هذا التعريف أنّ الشفعة تعد سبباً من أسباب كسب الملكية إذا ما استعملها الشفيع لتملّك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع الذي يحل محلّ هذا المشتري.

كما يُعرّف حق الشفعة على أنّه: "إسم معطى تقليدياً للإمكانية التي يمنحها القانون أو الاتفاقية لشخص (مستفيد من الخيار) في أن يتملّك بالأفضلية على أي شخص آخر، مالا ينوي المالك التفرّغ عنه، بترشيح نفسه لتملّك هذا المال ضمن مهلة معيّنة على وجه العموم والضمن والشروط المعروضة للتفرّغ (المبلغه إليه مسبقاً)"⁹.

أو بمعنى أدق فحق الشفعة هو: "حق قانوني أو تعاقدية يمنح لبعض الأشخاص الخاصّة أو العامّة لغرض اكتساب ملكيّة بصفة أولويّة عن أيّ شخص آخر، في الحالة التي يعلن فيها المالك عن رغبته في البيع"¹⁰.

إذن بصفة عامّة، فإنّ حق الشفعة نعني به إمكانية السّماح لشركة أو شخص ما بشراء شيء قبل أن يعرض على الآخرين أي بأفضليّة عنهم، بشرط أن يبدي المالك استعداداً للبيع.

المطلب الثاني/ التكريس القانوني لحق الشفعة

إن مصطلح الشفعة ليس بغريب على القانون الجزائري، فقد كرّسه المشرع سابقا في القانون المدني وهذا ما أشرنا إليه أعلاه، لكن في إطار دراستنا سوف نركّز على تكريس حق الشفعة كآلية رقابية تمّ استحداثها مؤخرا في مجال الاستثمار الأجنبي سواء تعلّق الأمر بإقراره بموجب التعديلات التي طرأت مؤخرا على قانون الاستثمار المرجعي (الفرع الأول)، أو بالتصّ عليه في قانون التّقد والقرض (الفرع الثاني).

الفرع الأول / تكريس حق الشفعة في قانون الاستثمار

كُرِّس حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري لأول مرة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009¹¹، حيث استحدث المشرع المادة 4 مكرّر 3 من قانون الاستثمار وتمّ التّفصيل في هذه المادة أكثر في قانون المالية التكميلي لسنة 2010¹²، كما قام المشرع أيضا بتعديل نفس المادة بموجب قانون المالية لسنة 2014¹³ ليصبح نص المادة كالتالي:

« تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب. يخضع كل تنازل تحت طائلة البطلان إلى تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة. يقدّم الموقّ المكلف بتحرير عقد التنازل طلب الشهادة إلى المصالح المختصة ويحدد سعر التنازل وشروطه.

يحدّد السعر في حالة ممارسة حق الشفعة على أساس الخبرة.

تسلّم شهادة التخلي للموقّ المكلف بتحرير عقد التنازل في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر، ابتداءً من تاريخ إيداع الطلب.

في حالة تسليم الشهادة تحتفظ الدولة لمدة سنة واحدة (1) بحق ممارسة الشفعة كما هو منصوص عليه بموجب قانون التسجيل، وذلك في حالة تدّي السعر.

يعتبر عدم الرد من المصالح المختصة خلال أجل ثلاثة (3) أشهر بمثابة التخلي عن ممارسة حق الشفعة ماعدا في حالة ما إذا تعدّى مبلغ المعاملة المقدار المحدد بموجب

قرار من الوزير المكلف بالاستثمار وعندما يتعلّق موضوع هذه المعاملة بالأسهم أو الحصص الاجتماعية لشركة تمارس أحد الأنشطة المحدّدة في نفس القرار. كما يحدّد نفس القرار طرق اللّجوء إلى الخبرة وكذا نموذج الشهادة المذكورة أعلاه. تحدّد كميّات تطبيق هذه المادّة عن طريق التنظيم».

في هذا المقام تجدر الإشارة إلى أنّ محتوى نص المادّة السّالف ذكره يتعارض مع نص المادة 30 من الأمر 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار التي منح القانون بموجبها للمستثمر إمكانية نقل ملكية استثماره أو التنازل عنها للغير، وتطبيقا لمفاد هذا النّص تمّ إبرام العديد من الاتفاقيات بين الوكالة الوطنيّة لتطوير الاستثمار ومستثمرين أجنب¹⁴، الأمر الذي يجعل استحداث المادة 4 مكرّر 3 بمثابة خرق لمضمون هذه الاتفاقيات. مع وجوب التنويه إلى أنّ الفقرة الأخيرة من نفس المادّة أحالتنا إلى التّنظيم الذي لم نشهد أيّ صدور له بالرغم من مرور 6 سنوات تقريبا عن استحداثها.

نشير أيضا أنّ المشرّع في إطار التعديلات الأخيرة قد أردف حق الشفعة بإجراء يماثله، وهو حق الدّولة في إعادة شراء الأسهم والحصص المتنازل عنها في الخارج المستحدث بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010 حيث تمّ إضافة المادّة 4 مكرّر 4¹⁵، غير أنّ هذا الإجراء يختلف عن حق الشفعة؛ كونه يرد على التنازلات التي تتمّ خارج الإقليم الجزائري من طرف شركات تملك أسهما أو حصصا اجتماعيّة في شركات خاضعة للقانون الجزائري، عكس حق الشفعة الذي يرد على الاستثمارات المتنازل عنها في الجزائر، إضافة إلى أنّ إعادة الشراء يكون في الحالة التي يستفيد فيها المشروع من مزايا وتسهيلات فقط، أمّا حق الشفعة فيمارس في كافّة الحالات¹⁶.

الفرع الثاني / تكريس حق الشفعة في قانون النّقد والقرض

لم يكتف المشرّع الجزائري بتكريس حق الشفعة في قانون الاستثمار فقط بل تبناه كذلك في إطار قانون النّقد والقرض 03-11 وهو بصدد تعديله في 2010¹⁷، حيث نصّت المادّة 94 فقرة 5 منه على ما يلي: «تملك الدولة الحق في الشفعة على كل تنازل عن أسهم أو سندات مماثلة لكلّ بنك أو مؤسّسة مالية»، وتبعا لذلك يمنع كل تنازل عن أسهم أو سندات يتم في الخارج، ويعتبره لاغيا وعديم الأثر وهذا وفقا للمادّة 94 فقرة 3 من نفس القانون إذ ورد فيها ما يلي: «يعتبر كل تنازل عن أسهم أو سندات

مشابهة، لم يتم على مستوى التراب الوطني وطبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما لأغيا وعديم الأثر».

المبحث الثاني / مبررات وأثار استحداث حق الشفعة

تَبَلُورَ إجراء حق الشفعة نتيجة لجملة من التّعدّلات التي طرأت على المنظومة القانونيّة المتعلقة بالاستثمار في الآونة الأخيرة، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن الهدف أو بالأحرى عن المغزى وراء تقرير حق الشفعة على الاستثمارات الأجنبية، فهناك من يرى أنّ تطبيق هذا الأخير من شأنه خدمة الاقتصاد الوطني كأولويّة في الوقت الرّاهن (المطلب الأوّل)، لكن من جهة معاكسة هناك من يرى أنّ تكريس مثل هكذا إجراء ينمّ عن سياسة مزدوجة في مجال الاستثمار، من شأنها التّمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي ما يحمل في طيّاته عواقب خطيرة (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل / مبررات تقرير حق الشفعة على الاستثمار الأجنبي

سعت الجزائر بموجب قانون الاستثمار المرجعي إلى استقطاب أكبر عدد ممكن من الاستثمارات الأجنبية، ذلك بمنحها عدّة ضمانات وامتيازات من شأنها تسهيل إنجاز مشاريعها الاستثمارية بالإضافة إلى تبسيط كافة الإجراءات المتعلقة بمعاملتها.

لكن بدل المضي في نفس السبيل نجد إجراءات مستحدثة بموجب قوانين المالية وقوانين المالية التّكميليّة، تتناقض مع المسعى السابق الذّكر بل تصبّ أكثر في إطار سياسة الحمائيّة الاقتصادية بهدف الاستجابة لمصالح الاقتصاد الوطني، سواء من خلال الاستفادة الكليّة من الاستثمارات الأجنبية (الفرع الأوّل)، أو من خلال تشجيع الاستثمارات المحليّة قصد التّقليل من فاتورة الواردات (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل / المحافظة على رؤوس الأموال

نظرا لغياب تفسير صريح بخصوص تقرير حق الشفعة اتّجاه المستثمرين الأجانب أو تبريره من طرف المشرّع الجزائري، سنحاول الارتكاز على مضمون التعليمات الأربعة لسنة 2008 المتخذة من طرف الوزير الأوّل "أحمد أويحي" أنذاك¹⁸، أين نجد عرضا للأهداف والتفسيرات حول الإجراءات الجديدة التّقييدية في مجال الاستثمار الأجنبي بصفة عامّة.

فباستقراء مضمون هذه التعليمات خاصة تلك المؤرخة في 21 ديسمبر 2008 والمتعلقة بالقواعد المطبقة على الاستثمارات الأجنبية وعلى تحويل العملة الصعبة الناتجة عنها إلى الخارج، نجد أنّ ممارسة الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية لحق الشفعة على الاستثمار الأجنبي، يفرض على هذا الأخير التزام يتمثل في إخطار السلطات بنية التنازل عن أسهمه¹⁹، مما يسمح للدولة بتفادي الآثار السلبية التي يمكن أن تنجر عن تصفية الاستثمار، خاصة الخروج المفرط لرؤوس الأموال المستثمرة من الجزائر إلى الخارج. وبالتالي فإن حق الشفعة يعدّ بمثابة إجراء رقابي من شأنه التقليل من نزيف العملة الصعبة والمحافظة على رؤوس الأموال قصد حماية مصالح الاقتصاد الوطني.

حيث أكد وزير المالية الجزائري "كريم جودي" بصدور قانون المالية لسنة 2010 أنّ الهدف الأسمى لهذا الأخير هو إعادة هيكلة الاقتصاد الجزائري، مضيفا بكثير من الأسف أنّ بعض الشركاء الأجانب كانوا يتعاملون مع الجزائر على أساس أنّها محفظة للعملة الصعبة يجب امتصاصها بأسرع الطرق، وليس على أساس كونها شريكا اقتصاديا يجب احترامه²⁰. وفي نفس السياق نذكر قضية "جيزي Djizzy" أين اكتشفت الإدارة الجزائرية أنّ الشركة المصرية لم تدفع ما عليها من ضرائب، فاضطرت أوراسكوم إلى دفع 580 مليون دولار في ظرف زمني قصير جدا²¹، حيث أنّه مقابل الحصول على مختلف التّحفيزات والامتيازات يجب أن يلتزم المستثمر الأجنبي باحترام وتطبيق القوانين الجزائرية.

الفرع الثاني / دعم الاقتصاد الوطني

مما لا شكّ فيه أنّ أهمية الاستثمار تزايد يوما بعد يوم، نظرا لكونه عامل يساهم في النمو الاقتصادي للدول ودوره في توفير رؤوس الأموال، خاصة لدولة مثل الجزائر يعاني اقتصادها من التبعية المطلقة لقطاع المحروقات. لكن تجربة الجزائر في مجال الاستثمارات الأجنبية لم تحقّق الأهداف المرجوة منها، حسب تصريح رئيس الجمهورية في جويلية 2008 فقد أكدّ ضعف أثر الاستثمار الأجنبي المباشر على الاقتصاد الوطني²².

الأمر الذي دفع الحكومة إلى تبني موقفا حذرا اتّجاه الاستثمارات الأجنبية يقوم على أساس حماية المصالح الاقتصادية الوطنية، وذلك من خلال تكريس حق الشفعة

الذي تُدعمه قاعدة الشراكة الدّنيا مع المستثمر الوطني، حيث أنّ كلا الإجراءين يساهمان في تعزيز مكانة الاستثمار الوطني سواء كان عموميا أو خاصا ممّا يساهم في تطوير الاقتصاد المحلي.

وفي نفس المقام أشار وزير المالية، إلى أنّه كان من الضروري اتّخاذ تدابير تحدّد من الواردات وتشجيع الاستثمار محليًا لتقنين عمليات التّجارة الخارجية وضمان تحديد مسارها، مؤكّدا أنّ الجزائر بصدد التّحول من الاقتصاد استهلاكي إلى الاقتصاد الإنتاجي، موضحا أنّ تراجع أسعار النفط في الأسواق الدولية والأزمة المالية العالمية سرعتنا من لجوء الجزائر إلى اتّخاذ هذه السّلسلة من الإجراءات²³، أي أنّه كان من الضروري التّعامل مع المستجدات الراهنة بتغيير سياستها الاقتصادية عن طريق فرض الرقابة على الاستثمار الأجنبي من جهة، وتشجيع الاستثمار والانتاج المحلي من جهة أخرى.

المطلب الثاني / آثار تطبيق حق الشفعة على الاستثمار الأجنبي

يحقّ لكلّ دولة إدخال تعديلات على قوانينها الداخليّة كما هو الشّأن لقانون الاستثمار في الجزائر، بشرط أن يتم ذلك في إطار قانوني منظم تراعى فيه المبادئ والضمانات المكرّسة في وقت سابق، لكن أوّل أمر نلاحظه في التعديلات التي طرأت على الأمر 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار هو طبيعتها الغير مألوفة إذ يتمّ تعديل النّص الأصلي بموجب قوانين المالية وقوانين المالية التّكميلية، إضافة إلى طابعها التقييدي الذي يتعارض تماما مع حرية الاستثمار، فتدبير حق الشفعة من شأنه وضع عقبات أمام المستثمر الأجنبي الذي يرغب في تصفية استثماره هذا من جهة (الفرع الأوّل) مع الإشارة من جهة أخرى إلى أنّ حق الشفعة موجّه بصورة حصريّة للاستثمار الأجنبي، ما يشكّل خروجًا عن الضّمانات الأساسيّة المقررة في قانون الاستثمار المرجعي (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل / تعقيد إجراءات عملية تصفية الاستثمار الأجنبي

كما أشرنا آنفا، فإنّ حق الشفعة إجراء يسمح للدّولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية باستعادة المشاريع التي يرغب مستثمر أجنبي بتحويلها إلى طرف آخر، لذا يبدو هذا التّدبير للوهلة الأولى دون آثار سلبية بل مجرد إجراء بسيط إلّا أنّ تطبيقه من

الناحية الواقعية يثير عدّة عقبات في مرحلة تصفية الاستثمار الأجنبي خاصة ما يتعلّق بمدّة نقل الملكية (أولا)، وكذا الإفراط في مركزية اتّخاذ القرار (ثانيا).

أولا / تأخير عملية تحويل الملكية

إنّ ممارسة حق الشفعة يؤدّي إلى التّأخير في عملية تحويل ملكية المؤسسة مقارنة بتنازل تجاري عادي، نظرا لثقل الإجراء الذي يمكن أن يستغرق شهورا إن لم يكن سنوات²⁴ وهذا ما تؤكّده الشّروط الواردة في المادة 4 مكرّر 3؛ حيث أنّ شهادة التّخلي عن ممارسة حق الشّفعة تُقدّم إلى الموثّق المكلف بتحرير عقد التّنازل في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر ابتداءً من تاريخ إيداع الطّلب - ومن الملاحظ هنا أنّ هذه المدّة ارتفعت مقارنة بما احتواه قانون المالية التكميلي لسنة 2010 أين كانت محدّدة بشهر واحد- وبالتالي يعتبر عدم الرّد من المصالح المختصّة خلال أجل 3 أشهر بمثابة التّخلي عن ممارسة حق الشفعة إلّا إذا تعدّى مبلغ المعاملة المقدّر المحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالاستثمار وعندما يتعلّق موضوع هذه المعاملة بأنشطة محدّدة، إضافة إلى ذلك فرغم تسليم شهادة التّخلي فإنّ الدّولة تحتفظ دون المؤسسات العمومية الاقتصادية²⁵ بحق ممارسة الشّفعة لمدة سنة واحدة في حالة تدبّي السعر كما هو منصوص عليه في قانون التّسجيل. كلّ هذه التّدابير تشكّل تمديدا لا بل تماطلا في عملية تحويل الملكية هذا من جانب.

أمّا من جانب آخر فتدبير حق الشفعة يؤثّر على ممارسة المالك للحقوق المرتبطة بملكية الاستثمار ما يساهم في التّقليل من قيمة المؤسسة المراد التنازل عنها، كما يعيق المالك من الحصول على العرض المالي الأنسب. مع الإشارة إلى إمكانية اللّجوء إلى التّحكيم الدّولي في حالة نشوء خلافات بخصوص تطبيق حق الشفعة²⁶.

ثانيا / تركيز سلطة اتّخاذ القرار

في إطار تحفيز الاستثمار الأجنبي عن طريق تبسيط الإجراءات الإدارية المتعلقة بالعملية الاستثمارية، جعل المشرّع الجزائري سلطة اتّخاذ القرارات الخاصة بالاستثمار لامركزية في يد الشّبابيك الوحيدة، إلّا أنّه مؤخرا نشهد عدولا عن هذا الموقف على مستوى تصفية الاستثمارات الأجنبية، حيث يخضع كل تنازل تحت طائلة البطلان إلى

تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلّمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة²⁷.

الأمر الذي يجعل مسألة تصفية الاستثمار في يد السلطات العليا في الدولة، ونفس الحال ينطبق على عمليات التنازل التي تتم في الخارج أين يشترط فيها استشارة الحكومة الجزائرية مسبقا، وهذا ما أورده المادة 4 مكرّر 4 من قانون الاستثمار.

كلّ هذه التدابير من شأنها تعقيد وتمديد مدة تصفية المشاريع الاستثمارية الأجنبية نظرا للتدخل المفرط والمستمر للدولة، ما يؤدي حتما إلى التأثير السلبي على مناخ الأعمال في الجزائر.

الفرع الثاني / إفراغ مبدأ عدم التمييز من محتواه

إنّ التبريرات المقدّمة من طرف السلطة العامّة بخصوص تقرير حق الشفعة تعد غير كافية وغير مقنعة، نظرا لغموضها وكذا تعارضها مع النصوص القانونية المكرّسة في قانون الاستثمار، فمثل هذا الإجراء يعتبر خرقا مباشرا لمبدأ عدم التمييز الذي يقضي بالمساواة في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني المنصوص عليه في المادة 14 من الأمر 03-01²⁸.

كما أنّه نظرا لتعارض إجراء حق الشفعة مع مبدأ عدم التمييز، فيمكن تصنيفه ضمن فئة المصادرات المقنّعة أم التأميمات الرّاحفة، فهي ليست بتدابير تحويل إجباري للملكية لفائدة الدولة، ولكن أعمال لها آثار مماثلة كونها تتداخل مع حقوق الملكية نظرا لطابعها الرّجعي والتمييزي في الوقت ذاته²⁹. إضافة إلى أنّ حق الشفعة يطبّق على الاستثمار الأجنبي دون الوطني، فإنّ أحكام المادة 4 مكرر 3 تسري بأثر رجعي على كافة الاستثمارات الأجنبية بما فيها تلك التي أنشأت قبل دخول قانون المالية التكميلي لسنة 2009³⁰، ما يشكّل كذلك خرقا صارخا لمضمون المادة 15 من قانون الاستثمار المرجعي³¹، مع وجوب الإشارة إلى أنّ حق الشفعة لا يطبّق فقط على المؤسسات الأجنبية التي استفادت من المزايا والتسهيلات، بل يطبّق أيضا على الغير مؤهلة منها للاستفادة من المزايا ما يعدّ إجحافا في حقها.

وفي سياق غير منفصل، فإنّ إجراء حق الشفعة يعتبر انتهاكا واضحا لمحتوى الاتفاقيات التي تمّ التوقيع عليها من طرف الجزائر، والتي تحظر أيّ شكل من

أشكال التمييز في مجال التنازل أو تصفية الاستثمار³²، رامية بذلك التزاماتها الدولية عرض الحائط.

خاتمة:

نستخلص في الأخير أنه رغم التبريرات المقدمة حول تكريس إجراء حق الشفعة، فإن ممارسته على أرض الواقع برهنت انعكاساته السلبية والوخيمة على مناخ الأعمال في الجزائر.

فتقرير حق الشفعة يعبر بصورة واضحة عن موقف المشرع بالتخلي عن النظام الأحادي في مجال الاستثمار وتبني نظام ثنائي قوامه التمييز بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني وكذا منح الأفضلية لهذا الأخير، كما يعد تقييدا للعلاقات المالية مع الخارج، ما يؤدي إلى تخوف المستثمرين الأجانب من المغامرة بمشاريعهم في السوق الجزائرية نظرا لغياب قواعد الشفافية.

بالنتيجة قانون الاستثمار الجزائري يعاني حاليا من عدم الاستقرار التشريعي الأمر الذي ينقص من قيمة الضمانات المكرسة في قانون تطوير الاستثمار، بالتالي حق الشفعة إجراء يجب التضييق من نطاقه بدل الأخذ به في كل المجالات، فحقل الاستثمار يستلزم توقّر أمن قانوني وبيئة تشريعية تحفيزية من شأنها جذب الاستثمار الأجنبي مع الحرص في الوقت ذاته على خدمة مصالح الاقتصاد الوطني، ما يضمن بقاء البلاد على ساحة النشاط الاقتصادي المنتج.

الهوامش:

1. حيث يعتبر المرسوم 201-88 المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرّد بأي نشاط اقتصادي او احتكار للتجارة، خطوة أولى للانتقال من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي فيمكن أن نقول أنه قد وجّه دعوة صريحة للمستثمرين الخواص الوطنيين والأجانب بضخ استثماراتهم في الجزائر.

2. مرسوم تشريعي رقم 93-12، مؤرّخ في 5 أكتوبر سنة 1993، يتعلّق بترقية الاستثمار، ج ر ج، عدد 64 صادر في 10 أكتوبر 1993، معدّل ومتّم بالقانون رقم 98-12 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1998 يتضمّن قانون المالية لسنة 1998 ج ر ج، عدد 98، صادر في 31 ديسمبر 1998. (ملغى).

3. أمر رقم 03-01، مؤرّخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر ج، عدد 47، صادر في 22 أوت 2001 معدّل ومتّم بالأمر 06-08 المؤرّخ في 15 جويلية سنة 2006، ج ر ج، عدد 47 الصادر في 19 جويلية 2006، والأمر

- رقم 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009، والأمر رقم 01-10 المؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010، والقانون رقم 16-11 المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 29 ديسمبر 2011، والقانون رقم 12-12 المؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013 ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 30 ديسمبر 2012، والقانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013، والقانون رقم 10-14 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014، والأمر رقم 01-15 المؤرخ في 23 جويلية سنة 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 40، صادر بتاريخ 23 جويلية 2015.
4. ZOUAIMIA Rachid, « Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie », RASJEP, faculté de droit, université d'Alger, N° 02, 2011, p 6.
5. أمر رقم 01-09، مؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.
6. كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1998، ص 968.
7. دغيش أحمد، "نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 01، 2009، ص ص 169-170.
8. أمر رقم 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمّم، الأمانة العامة للحكومة www.joradp.dz
9. لمزيد من التفصيل راجع: كورنو جيرار، مرجع سابق، ص ص 968-969.
10. التعريف كما ورد في الموقع:

http://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_de_préemption

« Le droit de préemption est un droit légal ou contractuel, accordé à certaines personnes privées ou publiques d'acquérir un bien par priorité à toute autre personne, lorsque le propriétaire manifeste sa volonté de le vendre ».

11. حيث نصت المادة 62 من الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سابق، على مايلي: « تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب. ويمارس حق الشفعة طبقا لأحكام قانون التسجيل. تحددت كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة، عن طريق التنظيم.»
12. راجع المادة 46 من الأمر رقم 01-10 المؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010.
13. المادة 57 من القانون رقم 08-13 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013.
14. على سبيل المثال انظر المادة 03 من: اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واتر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination) شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

15. المادة 47 من الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 مرجع سابق.
16. بن يحي رزيقة، سياسة الاستثمار في الجزائر: من نظام التصريح إلى نظام الاعتماد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 124.
17. أمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج، عدد 50، صادر في أول سبتمبر 2010.
18. يتمحور مضمون هذه التعليمات المؤرخة في 20، 21، و22 ديسمبر 2008 حول: الاستثمار الأجنبي، نظام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، تقليل الواردات وتشجيع الإنتاج ذو أصل جزائري، وأخيرا ضبط التجارة الخارجية.
19. نشير في هذا الصدد إلى أنّ شركة أوراسكوم لم تقم بإخطار السلطات الجزائرية عن نيّتها بالقيام بعملية الدمج والحياسة بينها وبين شركة "لافراج" التابعة للمستثمر الفرنسي، كما أنّها لم تعلمها كذلك بنّيّتها عن بيع شركة "جيزي" وسرعان ما سمعت السلطات بذلك بادرت بالإعلان عن رغبتها في ممارسة حق الشفعة، وبذلك يكون المتعامل أوراسكوم لم يتقيد بالتزاماته التعاقدية سواء في قضية مصانع الإسمنت "لافراج" أو في إطار بيع "جيزي"، هذه الالتزامات كان يتوجب عليه احترامها عندما وقّع على اتفاقية الاستثمار، أنظر في ذلك:
- _عسالي نفيسة، المجلس الوطني للاستثمار: آلية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 116.
20. بوكروح عبد الوهاب، "الجزائر تعيد هيكلة اقتصادها لتعزيز الاستثمار المحلي والأجنبي"، 18 أوت 2009، منشور على الموقع: <http://www.alroya.com/node/29689>
21. عابد شارف، "الاستثمار الأجنبي غير مرغوب فيه في الجزائر"، 18 أكتوبر 2010، منشور في الموقع: <http://abedcharef.spaces.live.com/>
22. GUESMI Amelle et GUESMI Ammar, « Patriotisme économique, investissements étrangers et sécurité juridique », in l'exigence et le droit, mélanges d'études en l'honneur du professeur Mohand ISSAD, AJED Ed, Alger, 2011, p 276.
23. لمزيد من التفصيل راجع: بوكروح عبد الوهاب، مرجع سابق.
24. ZOUAIMIA Rachid, « Le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de la régression », revue académique de la recherche juridique, faculté de droit et des sciences politiques, université de Bejaia, volume 08, N° 02, 2013, p 16.
25. أيت منصور كمال، « الاستثمار في عمليات خوصصة ملكية المؤسسات العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، مجلد 08، عدد 02 2013، ص 19.
26. كما هو الحال بالنسبة لفرع "جيزي" "Djezy" التابع ل ORASCOM TELECOM المصرية، أين أعلنت الجزائر عن تمسكها بحق الشفعة عليه، وعارضت بيع "جيزي" إلى متعامل آخر إذا لم يتم الترخيص بذلك، ما أدى إلى تعطيل عملية تحويل الشركة بالتالي وقعت خلافات بين كلا الطرفين على إثرها تمّ اللجوء مؤخرا إلى إجراء التحكيم الدولي. للمزيد من التفصيل أنظر:
- ROUMADI Melissa, « La procédure d'arbitrage lancée par Naguib Sawiris contre l'Algérie vient de commencer », El watan, 21 avril 2013, www.elwatan.com/economic/
27. مجلس مساهمات الدولة يرأسه الوزير الأول، ولمزيد من التفصيل حول تشكيلته أنظر: المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 01-253 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2001، يتعلّق بتشكيل مجلس مساهمات الدولة وسيره، ج ر ج

- عدد 51. صادر في 12 سبتمبر 2001، معدّل بالمرسوم الرئاسي رقم 184-06 المؤرّخ في 31 ماي سنة 2006، ج ر ج ج، عدد 36، صادر في 31 ماي 2006.
28. تنص المادة 14 فقرة 1 من الأمر 03-01 المؤرّخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، معدل ومتمم، مرجع سابق، على أنه: « يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار».
29. ZOUAIMIA Rachid, « Le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de la régression », op.cit, p 16.
30. لعلّ أحسن مثال هنا إعلان الحكومة عن ممارستها لحق الشفعة على فرع "جيزي" للمتعامل المصري "أوراسكوم تيليكوم"، مع الإشارة إلى أنّ الحكومة الجزائرية تمكنت من شراء 51 بالمئة من أسهم هذه الأخيرة بسعر 2.6 مليار دولار، بالتالي وضع حد لخمس سنوات من المفاوضات. للمزيد من التفصيل أنظر:
- ROUMADI Melissa , « L'état prend le contrôle de Djezzy », El watan, 19 avril 2014 . www.elwatan.com/economic/
31. تنص المادة 15 من الأمر 03-01 المؤرّخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، معدل ومتمم، مرجع سابق، على أنه: « لا تطبّق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة».
32. على سبيل المثال الاتفاق الجزائري – الألماني الذي تنص المادة 2 فقرة 2 منه على ما يلي: « لا يمكن لأي طرف متعاقد أن يعرقل بواسطة إجراءات تعسفية أو تمييزية، مواطن أو شركات الطرف المتعاقد الآخر، في إدارة واستعمال أو الاستمتاع باستثماراتهم على إقليمه». أنظر في ذلك:
- الاتفاق والبروتوكول الإضافي المتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية ألمانيا الاتحادية، الموقعين في الجزائر بتاريخ 11 مارس 1996، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 280-2000، المؤرّخ في 07 أكتوبر سنة 2000. ج ر ج ج، عدد 58، صادر في 08 أكتوبر سنة 2000.

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



Revue Académique de la Recherche Juridique

RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/ sixième Année/ Volume 12/ N° 02/2015

ISSN : 2170 - 0087
Dépôt légal n° 2010-57

Revue Académique de la Recherche Juridique

**Revue Semestrielle éditée par la Faculté Droit de et des Sciences Politiques,
Université Abderrahmane Mira de Bejaia**

Directeur de la Publication

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

Rédacteur en Chef

KHELFI Abderrahmane, Maître de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques - Université Abderrahmane Mira - Bejaia

Secrétariat technique

- Mr. Benkhelifa Samir
- Mr. Aouf Saadi
- Mr. Assiakh Samir
- Mlle. Yousfi Faiza

Révision linguistique

- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi (Anglais)
- Dr. TRIKI Farid (Arabe)
- Dr. BERRI Nouredine (Français)

Comité scientifique :

- Pr. ZOUAÏMIA Rachid, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. TAYEB Essaid, Université d'Alger,
- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Alanbar, Irak,
- Pr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Pr. DJAFOUR Mohamed Saïd, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou,
- Pr. KACHER Abdelkader, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Institut d'Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. RAZGUINE Ramdhan, Université de Batna,
- Pr. KAHLOULA Mohamed, Université de Tlemcene,
- Pr. BAZI Mohamed, Univers
- ité El-kadhi Ayadh, Marrakech, Maroc,
- Pr. MOHAMED Hacen Elkacimi, Université des Emirats Arabes-Unies,
- Pr. MOHAMED Khallil Youcef Aboubaker, Université El-Zaytouna, Jordanie
- Pr. KHALED Hamad Ahmed Mustapha, Université Adjmane, Emirats Arabes-Unies,
- Pr. GILES Mathieu, Université Paule Sézame, Marseille III, France,
- Pr. LOÏC Cadiet, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. DELEBECQUE Philippe, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. REVET THIERRY, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,

- Dr. BOUDRIOUA Abdelkrim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AIT MANSOUR Kamal, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. KHELFI Abderrahmane, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. IGROUFA Zoubida, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. DAHMANI Abdeslam, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. KEBÄÏLI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabi Saoudite,

Université Abderrahmane Mira-Bejaia
FACULE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
Campus Aboudaou
Tel/Fax : 034229357 – Courriel : revue.academique@yahoo.fr

Protocole de rédaction

Les articles adressés à la rédaction de la revue peuvent être rédigés soit en arabe, en français, ou en anglais, accompagnés d'un résumé, les mots clés et du titre en trois langues. Ils sont soumis à l'appréciation du comité de rédaction pour une sélection technique préalable, puis à l'expertise d'au moins deux experts, membres du comité scientifique qui se prononcent sur leur publication.

Les contributions, doivent respecter les normes suivantes :

Indications relatives à l'auteur

Nom et Prénom 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 à la fin de l'article sans utiliser l'Insertion Automatique.

Références

Les auteurs indiqueront :

- Ouvrages : Auteur, Titre, Editeur, Lieu d'édition, Année d'édition, pages.
- Articles : Auteur, Titre, Revue, Volume, Numéro, Année, Pages.
- Communication : Auteur, Titre, Nature de la rencontre scientifique, Lieu, Période, Pages.

Présentation

Les articles soumis à la Revue ne doivent pas dépasser 20 pages.

- Pour les articles rédigés en langue arabe, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police **Sakkal Majalla** taille 20 pour développements et taille 16 pour les notes.
- Pour les articles rédigés en français 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 2 exemplaires formats papier accompagné d'un CD, à l'adresse suivante :

**Faculté de droit et des sciences politiques, Université Abderrahmane-Mira, Bejaia
Campus Aboudaou. Tel/Fax : 034229357. Courriel : revue.academique@yahoo.fr**

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

But de la revue

La revue académique de recherche juridique, revue semestrielle spécialisée dans le domaine juridique, est créée en vertu du PV du Conseil scientifique de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université Abderrahmane Mira- Béjaia (n° 07/CSF/FD/08 de l'année 2008).

La revue dispose d'un comité de rédaction composé du directeur de la publication, rédacteur en chef, d'un comité scientifique et d'un comité de lecture regroupant un certain nombre de Professeurs algériens et étrangers spécialistes des études juridiques.

La publication d'articles est soumise à un certain nombre de conditions fixées selon les critères nationaux et internationaux admis dans les travaux scientifiques et académiques.

Les articles adressés à la rédaction de la Revue font l'objet d'une expertise du comité scientifique (2 experts) et, éventuellement d'une contre-expertise.

La revue a pour objectif d'éclairer le lecteur sur l'actualité juridique nationale et internationale, de développer la culture juridique et de contribuer à la richesse de la bibliothèque nationale en matière d'études juridiques.

En outre, la possibilité offerte aux chercheurs de publier en trois langues différentes permet de diffuser la culture juridique à grande échelle.

Elle a pour objectif de venir en aide aux enseignants chercheurs désireux grimper aux grades supérieurs de leur carrière, de les habilités au rang magistral ou de leur permettre de soutenir leurs Thèses de Doctorat.

Sommaire

YAHIAOUI Nora

Les conflits armés internes en mutation : Qualification et internationalisation.....07

FERCHA Kamel

La cyber justice en Algérie: état des lieux et perspectives22

BARCAT Djohra

Les fonctions contentieuses des autorités de régulation indépendantes :

Les nouvelles mutations du principe de la séparation des pouvoirs.....31

ATMANI Bilal

Harmonisation du droit européen des contrats: enjeux et défis.....45

Les Conflits armés internes en mutation : Qualification et Internationalisation*

Dr. YAHIAOUI Nora
Département Droit Public
Faculté de Droit et des Sciences politiques,
Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia,
Algérie.

د. يحيى نورة
قسم القانون العام
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
عبد الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية،
الجزائر.

Résumé

Les conventions de Genève de 1949 ne connaissent que deux catégories de conflits armés : les conflits internationaux et les conflits armés que l'article 3 commun aux conventions désigne sous le nom de conflits armés « ne présentant pas un caractère international » ou internes

Or, depuis une troisième catégorie de conflits émerge; il s'agit des conflits armés internes internationalisés notamment par l'intervention d'un ou de plusieurs Etats ou une organisation internationale.

Mots clés

Conflit armé international, conflits armé interne, conflits armés internes internationalisés, intervention.

Internal armed conflicts changing: Qualification and internationalization

Summary

The Geneva Conventions of 1949 know only two categories of armed conflict: international armed conflict and conflict that Article 3 common referred to as armed conflicts "not of an international character" or internal conflict.

But since then, a third category of conflict emerges; it is internationalized internal armed conflicts, with the intervention of one or more State or international organization.

Keywords

international armed conflict, internal armed conflict, internal armed conflicts internationalized, interference.

تحول النزاعات المسلحة الداخلية: التكييف والتدويل

ملخص

تعرف اتفاقيات جنيف لعام 1949 نوعين فقط من النزاعات المسلحة : النزاعات

المسلحة الدولية و النزاع الذي تشير إل تسميته المادة 3 المشتركة لاتفاقيات جنيف باسم

النزاعات المسلحة التي ليس لها طابع دولي " أو ما يعرف بالنزاعات الداخلية.

* Article reçu le 18/02/ 2015, expertisé le 04/10/2015, rendu publiable le 10/11/2015

ولكن ظهرت فيما بعد، فئة ثالثة من النزاعات المسلحة و تتمثل في النزاعات المسلحة الداخلية المدولة. بتدخل دولة واحدة أو أكثر أو بتدخل منظمة دولية.

الكلمات الدالة

النزاع المسلح الدولي، النزاع المسلح الداخلي، والنزاع المسلح الداخلي المدول، التدخل.

Introduction

La guerre ou le conflit armé peut être international ou non en raison de la nature des belligérants présents. Lorsqu'il oppose des entités étatiques, il s'agit d'un conflit armé international ou d'une guerre interétatique.

Quand au conflit armé non international (CANI) ou conflit armé interne, il désigne des conflits opposant, sur le territoire d'un Etat donné, les forces armées régulières à des groupes armés identifiables ou à des groupes armés entre eux¹.

Les conflits armés internationaux sont, en vertu de l'article 2 commun aux conventions de Genève de 1949, ceux qui s'appliquent "*en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles*"².

Les situations évoquées ici opposent des États, et Les "Hautes Parties contractantes" mentionnées dans ce texte sont en effet des entités souveraines, en d'autres termes, les Etats.

Alors que les conflits armés non internationaux sont régis par les dispositions du droit international en l'occurrence l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 et l'article 01 du deuxième protocole additionnel de 1977, suivi de certaines règles d'origine coutumières.

Ils sont déterminés comme étant des conflits internes qui se déroulent sur le territoire d'un même Etat, et se caractérisent par l'affrontement entre deux frictions et (ou) les forces armées d'un Etat³.

La complexité à pouvoir trouver une définition claire à la notion de conflit armé se trouve renforcée par la complexité de la nature même des conflits armés envisagés dans le champ d'application du droit international humanitaire.

En effet, l'interprétation de l'article 02 commun des conventions de Genève sus citées laisse à dire que selon les cas, ces conflits armés peuvent prendre la forme soit d'une confrontation directe entre États soit d'une intervention dans un conflit interne préexistant. Dans cette seconde hypothèse, il y a "internationalisation" du conflit.

Aussi cette étude s'inscrit comme une tentative de cerner le concept du conflit armé non international par le baie de ses critères (I) tout en prenant en compte l'internationalisation du conflit armé interne notamment par l'intervention d'un Etat ou d'une organisation internationale(II).

Section I / Critères de qualification du conflit armé non international

Une tentative de définition de la notion de conflit armé a été envisagée par le TPIY dans l'affaire Dusko Tadic dans son arrêt du 15 juillet 1999 rendu par la Chambre d'appel, lorsque celle-ci parle de la situation de conflit armé «chaque fois qu'il y a un recours à la force armée entre États ou un conflit prolongé entre les

*autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État*⁴. Les critères ressortent de l'article 3 commun des conventions de Genève (I) et de l'article 01 du protocole additionnel II du protocole additionnel (II).

I /Les critères de qualification résultants de l'article 3 commun aux conventions de Genève

Même si l'article 3 commun aux conventions de Genève représente un minimum humanitaire est considéré comme une mini convention, auquel il est reconnu un principe général de droit et de règle coutumière, il ne donne pas une définition des conflits armés. L'article 3 commun aux conventions de Genève s'applique en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, à contrario, ce sont donc les conflits dans lesquels l'une au moins des parties impliquées n'est pas gouvernementales et les hostilités se déroulent soit entre un ou des groupes armés et des forces étatiques soit uniquement entre des groupes armés⁵.

Ainsi, les efforts se sont multipliés depuis 1949, date de conclusion des conventions de Genève et ce afin d'établir des critères objectifs du conflit armé non international, c'est le rôle que s'est donné la commission d'experts de 1955 et notamment celle constituée d'experts du CICR de 1962 qui a proposé le caractère collectif et minimum d'organisation⁶.

Les critères retenus sont le critère de l'intensité(A), et le critère de l'organisation (B).

A/ Le critère de l'intensité

Pour distinguer un conflit armé, au sens de l'art 3 commun, d'autres formes de violences moins graves telles les troubles intérieurs et les tensions internes, des émeutes ou des actes de banditismes sont exclus de cette qualification. La situation doit atteindre un certain niveau d'affrontement⁷.

Pour qualifier une situation de conflit armé non international, il faut non seulement que les affrontements armés atteignent une intensité telle que le gouvernement soit contraint de recourir à ses troupes militaires, plutôt qu'à ses seules forces de police⁸.

Ces forces de police n'étant plus en mesure de faire face seules à la situation.

S'ajoute à ces cas de figure, la durée du conflit, la fréquence des actes de violence et des opérations militaires, la nature des armes utilisées, le déplacement des populations civiles et le contrôle territorial exercé par les forces d'opposition et le nombre de victimes (morts, blessés, déplacés, etc...), sont aussi des éléments qui peuvent être pris en compte. Il s'agit toutefois ici de facteurs d'appréciation, qui permettent de dire si le seuil d'intensité est atteint de cas en cas, et non de conditions qui devraient être réunies cumulativement⁹.

L'on déduit que l'intensité de la violence est en effet un critère factuel, qui requiert un examen de la situation sur le terrain.

D'après la jurisprudence internationale, les facteurs permettant de l'évaluer incluent le nombre, la durée et l'intensité des affrontements, les types d'armes et autres équipements militaires utilisés, le nombre et le calibre des munitions tirées, le nombre de personnes et les différents types de forces participant aux affrontements, le nombre de victimes, l'étendue des destructions matérielles, ainsi que le nombre de civils fuyant les zones de combats. La participation du Conseil de sécurité de l'ONU peut aussi refléter l'intensité d'un conflit.

Vient s'ajouter au critère de l'intensité, le critère de la durée. Dans ce contexte le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a considéré que chaque fois qu'une situation de violence armée prolongée opposait des autorités gouvernementales à des groupes armés organisés ou de tels groupes entre eux, elle pouvait être qualifiée de conflit armé non international au sens de l'article 3 commun. Les décisions qui ont été prises par le Tribunal se sont fondées sur cette définition, le critère de durée « prolongée » étant considéré comme inclus dans le critère d'intensité¹⁰.

De ce fait, les situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues sont exclus du champ du droit des conflits armés non internationaux, c'est ce que prévoit le protocole additionnel II aux Conventions de Genève.

Les situations de tensions internes ou de troubles intérieurs sont définies comme étant des situations d'affrontements violents impliquant des groupes plus ou moins organisés. Ces violences peuvent aller jusqu'à nécessiter le déploiement de nombreuses forces policières ou même militaires pour rétablir l'ordre interne et entraîner un nombre important d'arrestations et de détentions. Un certain nombre d'indicateurs ont été avancés par la jurisprudence du tribunal international pénal pour l'Ex-Yougoslavie afin de distinguer un conflit armé non international des troubles internes.

Toutefois, le prolongement et l'augmentation de l'intensité de ces affrontements peut déboucher sur un conflit armé non international. Si les affrontements ne durent pas ou n'impliquent pas des groupes ayant une organisation et une capacité suffisante, les événements restent de simples troubles intérieurs et le droit des conflits armés ne s'applique alors pas¹¹.

B/ Le critère de l'organisation

Les groupes armés impliqués dans le conflit doivent répondre à un degré d'organisation. En effet les forces qui luttent contre le gouvernement établi doivent apparaître comme une force armée, et non comme des émeutiers inorganisés¹².

Ces groupes doivent être considérés comme étant « des parties au conflit », c'est-à-dire qu'ils doivent disposer de forces armées organisées, ce qui signifie que ces forces doivent être soumises à une certaine structure de commandement et qu'elles doivent avoir la capacité de mener des opérations militaires durables¹³.

En ce qui concerne les forces gouvernementales, elles sont présumées satisfaire cette exigence sans qu'il soit nécessaire de procéder à une évaluation dans chaque cas. Quant aux groupes armés non gouvernementaux, les éléments indicatifs entrant en ligne de compte comprennent par exemple l'existence d'un organigramme exprimant une structure de commandement, le pouvoir de lancer des opérations coordonnant différentes unités, la capacité de recruter et de former de nouveaux combattants ou l'existence d'un règlement interne.

La jurisprudence internationale confirme le critère d'organisation, elle a même établi des critères indicatifs qui permettent d'évaluer ce niveau d'« organisation ». Il s'agit notamment de l'existence d'une structure de commandement et de règles et mécanismes disciplinaires au sein du groupe armé, de l'existence d'un quartier général, de sa capacité à se procurer, à transporter et à distribuer des armes, de la

capacité du groupe à planifier, coordonner et effectuer des opérations militaires, y compris des mouvements de troupes et des opérations logistiques, de sa capacité à négocier et à conclure des accords de cessez-le-feu, de paix, etc.

Autrement dit, même si le niveau de violence dans une situation donnée est très élevé (dans le cadre d'une rébellion de masse par exemple), on ne peut parler de conflit armé non international s'il n'y a pas de l'autre côté un groupe armé organisé¹⁴.

Certains observateurs suggèrent d'ajouter une condition supplémentaire à la notion de conflit armé non international, il s'agit de la motivation des groupes non gouvernementaux impliqués, celle-ci doit être prise en compte¹⁵.

à atteindre un objectif politique ; Les organisations "purement criminelles" comme les mafias ou les gangs territoriaux, seraient ainsi écartées de cette catégorie et ne pourraient dès lors être considérées en aucun cas comme des parties à un conflit armé non international¹⁶.

Toutefois cette condition a été écartée par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en estimant que cette condition ne repose pas sur un fondement juridique en affirmant que "seuls deux critères doivent être pris en compte pour déterminer l'existence d'un conflit armé, à savoir l'intensité du conflit et l'organisation des parties"¹⁷.

Au champ d'application de l'article 03 des conventions de Genève, vient s'ajouter celui du protocole additionnel II qui énonce explicitement des critères objectifs pour préciser et déterminer le conflit armé non international.

II/ Les critères Objectifs de qualification de l'article 01 du protocole additionnel II

Les innombrables conflits internes survenus depuis 1949 ont pleinement mis en lumière les faiblesses de l'article 3 commun. En tant que règlement minimal, l'article 3 n'offrait aux victimes des conflits armés qu'une protection rudimentaire; s'est alors imposé la nécessité de renforcer cette protection par l'adoption de nouvelles règles devant compléter cet article 3.

Ainsi, L'article 1 prévoit que « *le protocole additionnel II s'applique au conflit armé qui se déroule sur le territoire d'une haute partie contractante entre ses forces et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent protocole* ».le protocole établit à son tour trois critères objectifs pour identifier un conflit armé non international :le conflit doit opposer un Etat et des insurgés (A), les insurgés doivent contrôler une parties du territoire (B) et ils doivent avoir la capacité d'appliquer le droit international humanitaire (C).

En revanche, l'article premier dans son deuxième paragraphe, exclu du champ d'application du protocole additionnel II :

- Expressément, les tensions et les troubles intérieurs comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et d'autres actes analogues.
- Implicitement, les conflits armés internes imposant des groupes armés organisés entre eux dont aucun ne représente le gouvernement en place.

A/ Un conflit oppose (les forces étatiques (un Etat) aux groupes d'insurgés

Si l'identification des premières forces ne pose pas a priori de problèmes (ce sont les forces régulières de l'État), les secondes doivent remplir plusieurs critères afin d'être reconnues. Ainsi, elles doivent être soumises à un « commandement responsable » selon les termes de l'article 1 § 1 du Protocole II aux conventions de Genève. Cela implique un certain niveau d'organisation. Celui-ci ne peut évidemment être comparé au système d'organisation militaire hiérarchique d'une force régulière. Selon les commentaires du Protocole II, « *il s'agit d'une organisation suffisante, d'une part, pour concevoir et mener des opérations militaires continues et concertées, de l'autre, pour imposer une discipline au nom d'une autorité de fait* ». Cette discipline doit notamment permettre l'application du droit international humanitaire auquel le groupe est soumis.

En ce sens, le protocole additionnel II limite son champ d'application aux conflits armés qui opposent des forces gouvernementales à des forces armées dissidentes ou des groupes armés. Cela signifie que, contrairement à l'article 3 commun qui ne prévoit pas cette restriction, il ne s'étend pas aux conflits qui se déroulent uniquement entre des groupes non gouvernementaux¹⁸.

De ce fait, la définition du conflit armé non international par le protocole est très restrictive par rapport à l'article 3 des conventions de Genève .

Dans ce contexte, il faut rappeler que le protocole additionnel II «développe et complète l'article 3 commun ...sans modifier ses conditions d'application actuelles». Cela signifie que cette définition restrictive ne concerne que l'application du Protocole II, mais ne s'étend pas au droit des CANI en général. Le Statut de la Cour pénale internationale, dans son art. 8, par. 2 f), confirme l'existence d'une définition du conflit armé non international qui ne remplit pas les critères du Protocole II¹⁹.

B/ Le contrôle d'une partie du territoire par des insurgés

Le Protocole exige que les insurgés aient sous la main une partie du territoire «les parties non gouvernementales doivent exercer un contrôle qui leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent protocole, le contrôle territorial est un critère exigé par le protocole II.

De ce contrôle dépend la capacité à mener des opérations militaires continues et concertées et à appliquer les dispositions du Protocole. C'est parce que le groupe dispose d'un territoire qu'il pourra soigner les blessés ou détenir des prisonniers afin de les traiter décentement.

Le contrôle territorial est aussi un indice important de l'organisation des parties puisque seul un groupe armé bien organisé aura la capacité d'exercer son autorité sur une partie du territoire donné. Le degré de contrôle requis est toute fois sujet à interprétation puisque le protocole II ne le précise pas.

Le protocole ne détermine ni le degré de control territorial ni l'étendu de ce territoire, d'autre part, et en pratique il est souvent difficile d'identifier les situations correspondant aux critères d'application fixé par le protocole additionnel II.

Selon le Comité international de la croix rouge (CICR), ce qui importe c'est qu'il doit exister un certain degré de stabilité dans le control du territoire pour que le groupe armé soit capable d'y mettre en œuvre les obligation du droit international humanitaire, ce qui est conforme au texte de l'article 1 puisque le contrôle qui est

exigé l'est seulement dans le but de mener des opérations militaires continues et concentrées et d'appliquer le protocole.

Le degré de contrôle territorial exigible peut notamment faire l'objet d'appréciation différente selon les cas. Si l'on adopte une interprétation large, la notion de conflit armé non international au sens de cet instrument se rapproche de celle de l'article 3 commun. Même un contrôle temporaire et limité géographiquement suffirait dans ce cas à justifier l'application du Protocole. Inversement, si l'on interprète strictement l'article 1, les situations couvertes se limitent au cas où la partie non gouvernementale exerce un contrôle similaire à celui d'un État et où la nature des affrontements est semblable à celle d'un conflit armé international.

Le CICR semble adopter quant à lui une position intermédiaire sur ce point, en admettant que la maîtrise territoriale puisse revêtir parfois un "caractère relatif, par exemple quand les centres urbains restent en mains gouvernementales tandis que les zones rurales échappent à leur autorité". Il ajoute toutefois que la nature même des obligations formulées dans le Protocole II suppose "une certaine stabilité dans le contrôle d'une portion, même modeste, du territoire"²⁰.

Lors du conflit armé non international qui se déroulait au Nicaragua les Etats-Unis ont intervenu aux cotés des insurgés appelés communément « *contras* » la question s'est posé alors sur le fait de tenir cet Etat comme responsable des actes commis en violation du droit international humanitaire par ces derniers.

Pour la cour internationale de justice saisie de l'affaire, les Etat- Unies n'ayant pas exercé « un contrôle effectif » sur les opérations militaires, aux cours des quelles les actes incriminés avaient été commis, ne pouvaient en endosser la responsabilité.

La cour conclue que pour que la responsabilité des Etats-Unis puisse être engagée, « il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle des opérations militaires aux cours des quelles les violations en question se seraient produites »²¹.

On déduit que le contrôle d'une partie du territoire par les insurgés demeure selon le protocole additionnel II, et la jurisprudence internationale, un critère *Sine qua non* pour la qualification d'un conflit armé interne.

C/ La capacité des insurgés d'appliquer le droit international humanitaire

Plus de la moitié des belligérants actifs dans les conflits les plus courants et les plus meurtris sont, aujourd'hui, des groupes armés non-étatiques.

Le droit international humanitaire qui est largement codifié par les quatre Conventions de Genève, ainsi que ses deux Protocoles additionnels, consacrent dans ces textes, et plus précisément dans la partie qui s'applique aux conflits non-internationaux, qu'il ne pourrait y avoir aucun doute que les groupes armés non étatiques sont tenus de respecter le droit international humanitaire, étant donné que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève s'adresse à « chacune des Parties au conflit ».

Ainsi, les Conventions elles-mêmes imposent des droits et des obligations aux individus et aux groupes armés non-étatiques.

Toutes les parties à un conflit, qu'elles soient étatiques ou non, ont l'obligation de mettre en œuvre les règles du droit international humanitaire autant que les Etats.

Toutefois, on doit souligner que cette obligation qu'incombe le droit international aux groupes armés s'avère très rude; on doit se demander de manière urgente comment engager le respect des groupes armés envers le droit international humanitaire de façon à ce que ces groupes se sentent aussi responsables, en tant que partie à un conflit armé alors bien même que ces parties ne jouissent d'aucune considération en droit international. Les groupes armés affirment eux-mêmes qu'il est contre-productif de labelliser les acteurs armés non-étatiques comme « organisations terroristes » et en même temps d'attendre d'eux qu'ils respectent le droit international Humanitaire²².

Mais, il est bien établi que toutes les parties à un conflit armé, qu'il s'agisse des Etats ou des acteurs non étatiques sont liés par le droit international humanitaire, même si seuls les Etats peuvent devenir parties aux traités internationaux²³.

Mr. Ban ki-moon de sa part a confirmé que « *Les pays doivent pouvoir parler à toutes les parties en guerre, y compris les groupes armés. Ne pas y parvenir signifiera toujours davantage, et non pas moins, de civils tués et blessés* ». Il rajoute : « *Je demande avec force aux États d'accepter cette nécessité. Nous devons également attacher davantage d'attention au respect du droit international humanitaire par les groupes armés non-étatiques* »²⁴.

Il faut souligner que le discours de Mr Ben Ki-moon devrait être rappelé à chaque conflit armé afin de réduire le nombre de victimes que les conflits armés contemporains engendrent au fil du temps.

Dans ce contexte, il importe de faire la différence entre le conflit et les termes de tension interne et de trouble intérieure. Ce sont des situations de basse intensité n'ayant pas encore atteint le stade de conflit armé.

Ces situations ne présentent pas l'intensité et l'organisation militaire nécessaire caractéristique du conflit armé, en conséquence elles ne sont pas régies par le droit international humanitaire. Toutefois, l'Etat est tenu par l'obligation de faire respecter les droits de l'homme notamment les droits fondamentaux ; il s'agit notamment du droit à la vie, le droit à l'intégrité physique, et le droit à la liberté, en somme ce que qualifie les grands internationalistes de noyaux des droits de l'homme que chaque gouvernement est tenu de respecter et de faire respecter tant en temps de paix qu'en temps de conflit armé ou même de trouble ou de tension.

Section II/ Internationalisation du conflit armé non international

C'est le constat actuel qui se dégage des conflits contemporains, certains conflits non internationaux prennent la forme des conflits internationaux .On assiste dans ces dernières décennies à une forme d'internationalisation des conflits armés internes du moment où un certain nombre d'Etat tiers, se rangent du coté de l'un ou de l'autre coté des parties en conflit. Cependant, pour qu'on puisse parler de l'internationalisation d'un conflit interne, il ne suffit pas pour un Etat d'apporter juste un soutien logistique à une des parties en conflit mais, cela doit passer par la participation de cet Etat tiers à l'organisation et la coordination des actions militaires en passant par le financement de l'une de ces parties au conflit²⁵.

Diverses circonstances peuvent faire qu'un conflit armé non international s'internationalise cela peut se produire par l'intervention d'un ou de plusieurs Etats comme déjà sus cité, (I) Ou par l'intervention d'une organisation internationale (II).

I/ L'internationalisation des conflits armés par l'intervention d'un ou de plusieurs Etats tiers

Toute intervention extérieure introduit nécessairement un facteur international dans un conflit interne²⁶.

Ce cas qui est qualifié parfois de « conflit mixte », combine des caractéristiques pouvant relever à la fois des conflits armés internationaux et des conflits armés non internationaux.

En fonction de la configuration des parties impliquées, les affrontements sur le terrain peuvent se dérouler :

- entre les forces de l'Etat territorial et celle d'un Etat intervenant,
- entre les Etats intervenants de part et d'autre de la ligne de front,
- entre les forces gouvernementales de l'Etat territorial et ou d'un Etat tiers et des groupes armés non gouvernementaux.
- Ou entre des groupes armés uniquement²⁷.

Ces situations ne correspondent pas aux catégories uniformes de conflits établies par le droit international humanitaire. Dans la pratique, le CICR estime que le droit applicable dans les conflits mixtes varie en fonction des parties qui s'affrontent de cas en cas, les relations d'Etat à Etat sont couvertes par le droit des conflits armés internationaux, alors que les autres cas de figure sont soumis au droit des conflits armés non international ce qui nous emmène à analyser les critères de qualification des conflits armés interne internationalisé (A)²⁸.

Certaines de ces situations mettent en doute la légitimité de l'ingérence de l'Etat dans les conflits internes et nous impose l'analyse de la licéité de l'intervention des Etats tiers dans un conflit armé non international (B)

A/ Des critères de qualification des conflits armés internes internationalisés par l'ingérence d'un Etat

On parle de l'intervention d'un Etat-tiers quand un Etat intervient aux cotés d'une partie au conflit durant un conflit armé non international ; l'internationalisation peut se produire dans les cas suivants :

- Un Etat-tiers intervient dans un conflit en envoyant des forces armées aux cotés d'une partie ou par l'envoi des conseillers militaires ou d'experts techniques aux cotés de l'une des parties au conflit.

Cependant Pour qu'il y ait internationalisation ; deux conditions doivent être réunies :

- La participation des conseillers ou experts doit être directe, ils doivent prendre part directement aux hostilités. D'autre part, ils doivent agir en cette qualité et au nom de l'Etat étranger qui les a envoyés.

-L'Etat tiers envoi des volontaires ou mercenaires aux cotés d'une partie.

Cette question reste encore en suspens et le CICR ne s'est pas réellement prononcé sur le sujet. Par contre, si ces volontaires ou mercenaires apparaissent comme directement engagés par l'Etat duquel ils proviennent, et qu'ils prennent part directement aux hostilités, on pourra alors parler de l'internationalisation comme pour le cas des conseillers.

L'Etat-tiers peut envoyer également une aide substantielle à l'une des parties sous forme d'envoi d'équipements militaires.

Toutefois la jurisprudence internationale, exige deux critères ; le contrôle effectif et le contrôle globale.

Il s'agit de chercher l'effectivité de l'internationalisation du conflit, en d'autres termes le conflit armé interne s'internationalise si l'Etat tiers détient un control effectif, autrement dit il intervient directement auprès d'une des parties du fait de ses organe, ou si l'Etat utilise un control global ou intervient indirectement auprès d'une des parties au conflit.

- **L'intervention de l'Etat par un contrôle effectif**

Le contrôle effectif a été retenu par la jurisprudence internationale, soit par la cour internationale de justice, ou par le tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie.

La Cour internationale, a pu dégager le caractère du contrôle effectif à l'occasion du différent qui opposait le Nicaragua aux États-Unis d'Amérique; la cour avait considéré que les violations du droit international humanitaires commises par les contras n'étaient pas imputables aux États -Unis.

D'après la Cour, pour que la responsabilité des États-Unis puisse être engagée, « il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle des opérations militaires et paramilitaires aux cours desquelles les violations en question se seraient produites »²⁹.

De même, le tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie, a retenu le caractère du control effectif pour décider que la République fédérale Yougoslave n'est pas responsable des actes commis par les forces armées de la République serbe de Bosnie (Srpska). Où le tribunal exclu la responsabilité de la République fédérale de Yougoslavie pour absence de contrôle effectif des opérations militaires³⁰.

-**L'intervention de l'Etat par un contrôle global**

C'est lors de la distinction entre les actes exécuté par un groupe d'individus plus au moins organisé et ceux commis par des individus agissant d'une façon isolée que la chambre d'appel du tribunal pour l'ex Yougoslavie a exigé que les actes perpétrés par un groupe d'individus agissant d'une façon isolée constitue un conflit armé non international internationalisé, à la condition que le contrôle de l'Etat soit établi.

En d'autre termes, les actes commis par le dit groupe doivent être attribué à un Etat, il suffirait que ce dernier exerce sur le groupe un control global en prêtant son concours à la planification d'ensemble de ses activités militaires³¹.

La chambre d'appel du tribunal sus cité, rajoute que « *Les actes commis par ces groupes ou par ses membres peuvent dès lors être assimilés à des actes d'organes de fait de l'Etat, que ce dernier ait ou non donné des instructions particulières pour la perpétration de chacun d'eux* »³².

B/ De la licéité de l'intervention dans un conflit armé non international

L'existence d'un droit d'intervention de l'ONU est un sujet de controverse, la résolution 2625 de l'assemblée générale des Nations-Unies relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entres les Etats conformément à la charte des Nations-Unies interdit formellement toutes intervention directe ou indirecte d'un Etat ou d'un groupe d'Etats dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un autre Etat³³.

C'est plutôt le principe de non-intervention qui est reconnu en droit international. Il comporte l'obligation fondamentale des États de ne pas intervenir dans les affaires intérieures et extérieures d'un autre État.

L'on déduit que les principes de non emploi de la force et de non-intervention stipulés par la Déclaration 2625 ont un caractère coutumier.

Ainsi, la CIJ a qualifié l'appui sous forme de soutien financier, d'entraînement militaire ou encor la fourniture d'arme fourni par les Etats Unis aux contras, force révolutionnaire au Nicaragua constituait une violation du principe coutumier de non- intervention ³⁴.

De même la Cour internationale de justice a qualifié le soutien de l'Ouganda à l'armée de libération du Congo qui tentait de renverser le président KABILA d'intervention dans les relations internationales ³⁵.

De sa part, le paragraphe 1 de l'article 29 du projet de la commission du droit international (CDI) énonce le principe d'une exception à l'interdiction du recours à la force, si l'Etat sur le territoire duquel a eu lieu l'opération y a consenti ³⁶.

Si l'intervention d'un Etat étranger fondée sur la demande émanant des autorités légales est considérée comme une intervention tolérée, voir licite, celle qui est sollicité par les insurgés est prohibée est considérée illicite, ³⁷.

De plus, on assiste ces dernières années à de nouvelles formes de l'ingérence en recourant à des moyens et des méthodes aussi variées que subtiles, permettant à leurs promoteurs de masquer ou de justifier leurs contraventions aux règles du droit international public par la référence à des principes de ce même droit tels ceux de la légitime défense ou de protection des ressortissants de l'Etat intervenant ³⁸.

L'exception ne doit donc pas constituer une règle, il faut plutôt veiller aux principes de la charte que se soit par l'organisation des Nations Unies et donc par la baie du Conseil de sécurité ou par les Etats.

II/ L'internationalisation des conflits armés par l'intervention d'une organisation internationale

Tout en interdisant l'ingérence dans les affaires internes, la Charte des Nations Unies prévoit d'intervenir là où il y a menace pour «la paix et la sécurité internationales», c'est ce que stipule la charte dans son chapitre IIV, dénommé "Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression", ³⁹.

En effet, l'Organisation des Nations-Unies peut intervenir dans un conflit armé en se fondant sur l'article 42 et suivant de la charte qui dispose que : «Si le Conseil de Sécurité estime que les mesures prévues à l'Article 41 seraient inadéquates ou qu'elles se sont révélées telles, il peut entreprendre, au moyen de forces aériennes navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Cette action peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de membres des Nations Unies»

Dans son action, Le Conseil de sécurité, peut également faire appel aux Etats membres pour l'aider dans son action de maintien de la paix et de la sécurité internationale suivant l'article 43 de la charte qui dispose que : « Tous les membres

des Nations Unies, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités, y compris le droit de passage, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales... »⁴⁰.

Or la présence des forces multinationales dans ce contexte ne les transforme pas forcément en parties au conflit ; en principe ces troupes ne sont pas appelées à prendre part aux combats, mais sont déployées dans un but de maintien de la paix classique. Leur mandat ne les autorise pas dans ce cas à soutenir l'un ou l'autre des adversaires.

En revanche, les forces multinationales sont considérées comme parties au conflit dans deux hypothèses, lorsqu'elles prennent part directement aux hostilités en cours en soutenant l'une des entités qui s'affrontent.

Il est par exemple arrivé que la (MONUC), la Mission des Nations Unies en République démocratique du Congo a appuyé militairement le gouvernement de la République pour repousser les offensives lancées par les oppositions armées.

La deuxième hypothèse ; est le cas où les troupes internationales sont déployées sans pour autant soutenir l'un des camps opposés, ces troupes sont considérées comme parties aux conflits armés si leur niveau d'implication atteint le niveau d'intensité requis⁴¹.

La doctrine confirme l'internalisation d'un conflit armé interne lors de l'intervention d'une organisation internationale, ainsi, pour le professeur Eric DAVID, le conflit opposant les Nations-Unies à un groupe rebelle ou à une faction dissidente ne devrait pas être considéré comme international : seul le conflit entre les Nations Unies et une autorité étatique aurait cette qualité puisque la thèse suppose que l'Etat n'existe qu'à travers son gouvernement⁴².

L'on déduit alors que l'auteur estime que le conflit s'internationalise uniquement en cas d'affrontement entre les troupes de maintien de la paix dépendant d'une organisation internationale telle l'ONU et l'une des parties au conflit.

Ainsi, le conflit armé en Libye était tout au début interne et devenu ensuite international avec l'intervention des Nations-Unies. C'est cette intervention qui a transformé le conflit interne en un conflit international.

Toutefois, si l'intervention des Nations-Unies est fondée sur l'article 43 de la charte, l'intervention d'autres organisations notamment celle de l'OTAN a suscité beaucoup de réflexions sur la licéité de l'utilisation de la force.

Même si les Etats membres de l'OTAN invoquent le non respect de la Yougoslavie aux résolutions du Conseil de sécurité, notamment les résolutions ; (1160)1998, (1199)1998 et (1203)1998 qui qualifiaient la situation au Kosovo de menace contre la paix et la sécurité, et bien d'autres arguments encor⁴³.

Pourtant, il n'appartient qu'au Conseil de sécurité de prendre une décision concernant l'emploi de la force, l'article 53 renforce catégoriquement cette idée lorsqu'il prévoit qu'aucune mesure coercitive ne sera prise par les organismes et accords régionaux sans l'accord du conseil de sécurité⁴⁴.

A partir de cette thèse, le conflit Libyen peut être qualifié d'international du fait de l'intervention directe de l'organisation des Nations Unies pour détruire l'arsenal

militaire du régime de Kadhafi et mettre fin aux violences menés contre les civils. et ce par le Baie de la résolution 1973 (2010) du conseil de sécurité de l'organisation des nations unies qui a autorisé le 17 mars 2011, le recours à la force en interdisant tous vols dans l'espace aérien du territoire de la Libye pour protéger la population civile et cesser les hostilités⁴⁵.

Conclusion

Dans sa pratique, le CCIR estime que le droit applicable aux conflits armés varie en fonction de la configuration des parties impliquées,

Autrement dit, nous sommes face à un conflit armé international, lorsque les affrontements opposent un Etat à un autre Etat et face à un conflit armé interne lorsque les affrontements opposent des forces gouvernementales de l'Etat territorial ou d'un autre Etat tiers à des groupes armés non gouvernementaux, ou encore entre des groupes armés uniquement, comme le démontre l'article trois commun aux conventions de Genève. Cette qualification, détermine l'application du droit international humanitaire.

Toutes-fois, cette qualification reste bien limitée, l'article démontre à quel point la qualification du conflit armé soulève des difficultés d'interprétation et des difficultés opérationnelles quand à l'application des règles adéquates du droit international humanitaire, notamment lorsque le conflit armé interne s'internationalise par l'intervention d'un Etat tiers ou d'une organisation internationale ou sous d'autres formes qui s'avère impossible d'aborder dans le cadre limité de cet article. Le cas de la Syrie a bien démontré les difficultés de qualification. D'ailleurs, CICERON dans son dicton « *silent enim leges inter arma* » Les lois se taisent en temps de guerre, affirme la difficulté de régir les situations de conflits armés.

Toutefois si ce dicton était juste autrefois, désormais cette sentence ne l'est plus juridiquement. Ainsi, la pensée de Mer Jean Pictet dans ce contexte est plus que pertinente, il affirme que « Le droit de la guerre est le produit à la fois de la raison et des sentiments profonds d'humanité; il doit être respecté par tous les hommes en tout temps ».

Autrement dit, quoique que l'on qualifie la situation de conflit armé, international, non international ou d'un conflit interne internationalisé, il se doit d'appliquer et de respecter les droits de l'homme pendant ces conflits, en somme l'application des règles minimales du droit internationale humanitaire est plus qu'indispensable.

Notes

1- Innocent Ehueni Manzan, Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique, Thèse de doctorat, université de La Rochelle-Université d'Abidjan (Cote d'Ivoire), 2011, p.38.

2- Article 2 commun des conventions de Genève de 1949.

3- Soumaoro Souleymane, La qualification des conflits armés, Académie de droit international de la Haye, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, p.183.

4- Dusko Tadic né en Octobre 1955, dans les Républiques socialistes de Bosnie-Herzégovine Yougoslavie est un Serbe de Bosnie qui a été reconnu coupable de crimes contre l'humanité infractions graves aux Conventions de Genève et violations des coutumes de la guerre par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Il sera arrêté en Allemagne en 1994 par

- la Police de Munich. Il a été reconnu coupable pour 12 chefs d'accusation pour crimes contre l'humanité, et condamné à 20 ans de réclusion, peine qu'il a purgée en Allemagne ».
- 5- Voir, Sylvain Vité, Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : Concept juridique et réalités, Revue internationale de la croix rouge, volume 91, 2009, p. 42.
- 6- Soumaoro Souleymane, op.cit., p.185.
- 7- Comment le terme « conflit armé » est –il défini en droit international humanitaire ? Comité international de la croix rouge(CICR), prise de position, mars 2008, p.3.
- 8- Jean Pictet, La convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, commentaire, vol IV, p 40, cité par soumaoro Souleymane, op.cit., p.186
- 9- Sylvain Vité, typologie des conflits, op.cit., p.43.
- 10- Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains Rapport du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, octobre 2011, p.10.
- 11- Article. 1/2 du protocole II, additionnel aux conventions de Genève de 1949.
- 12- Soumaoro Souleymane, op. cit., p.187.
- 13- Comment le terme « conflit » est-il défini en droit international humanitaire ?, op.cit., p.3.
- 14- Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains op.cit., p.10.
- 15- Sylvain Vité, typologie des conflits, op.cit., p.44.
- 16- Ibid.
- 17- Ibid.
- 18- Sylvain Vité, typologie des conflits, op.cit., p.46.
- 19- Comment le terme « conflit armé » est –il défini en droit international humanitaire ?op.cit., p.3.
- 20- sylvain Vité, op.cit, p.45.
- 21- Djamchid Momtaz, Les défis des Conflits armés asymétriques et identitaires au droit international humanitaire, académie de droit internationale de La Haye ; 2010, pp12-13
- 22- Jeanie KELLY, Respecter et faire respecter: La mise en œuvre des obligations du droit international humanitaire par des groupes armés non étatiques, Mémoire de Master II, Droit international public, Faculté de droit et des sciences politiques, Université AIX-MARSEIL 2012-2013, p.12.
- 23- Ibid., p. 21.
- 24- Mr. Ban ki Moon, Secrétaire Général des Nations Unis, Discours prononcé à l'occasion du 60ème anniversaire des Conventions de Genève, New York, 26 septembre 2009.
- 25- Eric KAMBALE BWAHASA, Crimes de guerre et crimes contre l'humanité: quels enjeux pour le droit international humanitaire? Université Cadi Ayyad: Faculté de droit Marrakech - Licence Droit public 2009 file:///C:/Users/user/Desktop/Memoire Online
- 26- Katia BOUSTANY, La qualification des conflits en droit international public et le maintien de la paix, Revue québécoise de droit international, Vol n°1,1989-1990-, p44
- 27- Sylvain Vité, op. cit., p.50.
- 28- Sylvain Vité, op. cit., p. 51.
- 29- Yve Sandoz bilan de recherches, cité in Jamchid Montez, op. cit., p.13.
- 30- TPIY, Tadic, chambre de première instance, arrêt du 07 mai 1997.
- 31- Jamchid Montez, op. cit., p.14.
- 32- Arrêt du 15 juillet 1999 de la chambre d'appel, le procureur /c/ c.DuskoTadic, IT-94-1-A par131.
- 33- Lider BAL, Le mythe de la souveraineté en droit international, la souveraineté à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international, Thèse de doctorat, école doctorale de droit sciences politiques histoire, centre d'études internationales et européennes université de Strasbourg, 2012 p.255.
- 34- Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Arrêt de la CIJ Recueil 1986, par 242.
- 35- Affaire de l'activité armée sur le territoire du Congo République Démocratique du Congo/C/ Ouganda, Arrêt du 19 décembre 2005, Par 161.

- 36- M. TSAGARIS Konstantinos, Le droit d'ingérence humanitaire, mémoire de DEA, droit international, Université de Lille II, 2001, p.51.
- 37- Soumaoro, Souleymane, op.cit., p.205.
- Voir également Arrêt de la CIJ, Recueil 1986, op. cit., par 246.
- 38- Katia BOUSTANI, op.cit., p 44.
- Voir également Maria M. Gabrielsen¹, la sécurité humaine et l'internationalisation des conflits intra Etatiques : le cas du conflit au sud Soudan, Revue de la Sécurité Humaine/ Human Security Journal – Issue 3 – February 2007, p. 29.
- 39- Voir notamment les articles : 39, 41 et 42 de la charte des Nations Unies.
- 40- Art 43 de la charte des Nations Unies.
- 41- Voir Silvain Vité, op.cit. , pp.51-52.
- 42- DAVID, Eric ; Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Paris, 4ème édition, 2008, p.p. 176-180.
- 43- M. TSAGARIS Konstantinos, op.cit., p.82.
- 44- Ibid.
- 45- S/RES/1973 (2011) du 17 mars 2011.

La cyber justice en Algérie *

Dr. FERCHA Kamel
Faculté de Droit et des Sciences politiques,
Université Bordj Bou Arréridj

د. فرشة كمال
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة برج بوعريريج

Résumé

L'époque moderne connaît un important mouvement international prônant la résolution des conflits par le biais de l'internet visant en premier lieu, les litiges du cyber espace. Cette nouvelle forme de justice administrée au moyen de l'internet ou cyber justice est une alternative à la justice étatique algérienne et constitue une solution aux multiples problèmes qui entravent sa bonne marche. La cyber justice en Algérie n'est pas une simple fiction, elle peut devenir une réalité si les obstacles juridiques de la mise en place de la justice du futur sont levés.

Mots clés

Justice. Informatique .Internet.

The cyber justice in Algeria

Summary

In recent years, the Algerian judiciary has undergone significant changes due to the introduction of IT in the management of justice: the public online access, data networking business, hospitality and terminals Information for litigants ... The use of computer technology in the administration of justice is not new but is increasingly common in the world because it provides solutions to the problems impeding the march Justice: reducing the time and quality of work, resource economics ...

The modern era knows a major international movement advocating conflict resolution through the Internet to first, disputes the cyber space. This new form of justice administered through the internet or cyber justice is an alternative to the Algerian state justice and a solution to the many problems that hinder its smooth running. Cyber justice in Algeria is not a mere fiction, it can become a reality if the legal obstacles to the establishment of justice of the future are raised.

Keywords

Justice, Informatique, Internet.

العدالة عبر الانترنت في الجزائر

ملخص

شهد القضاء الجزائري في السنوات الأخيرة تغيرات هامة، نتيجة إدخال نظاما لمعلوماتية على إدارة العدالة: التحاق عام بالانترنت، بمعطيات القضايا في شبكاته، محطات الاستقبال والمعلومات بالنسبة للمتقاضين...

* Article reçu le 09/09/ 2015, expertisé le 04/10/2015, rendu publiable le 10/11/2015

إن استعمال تكنولوجيا نظاما لمعلوماتية في إدارة العدالة ليس بالشيء الجديد بل واسع الانتشار في العالم بسبب الحلول التي يوفرها للمشاكل التي تعيق سير العدالة : توفر الوقت والجودة في العمل وكذا الاقتصاد في الموارد.

عرف العصر الحديث حركة دولية هامة تدعو إلى حل النزاعات عن طريق الانترنت وبالدرجة الأولى نزاعات الفضاء الإلكتروني.

إن الشكل الجديد للعدالة الذي يسير عن طريق الانترنت أو العدالة الإلكترونية هو بديل للعدالة الجزائرية ويشكل حلا لمشاكل عديدة التي تعيق سيره الحسن.

العدالة الإلكترونية بالجزائر ليست مجرد خيال، بل بإمكانها أن تصبح واقعا إذا أزيلت العقبات القانونية لإنشاء عدالة الغد.

الكلمات الدالة

نظام المعلوماتية، العدالة، الانترنت

Introduction

Nous assistons depuis quelques années, en Algérie, à la multiplication du nombre des affaires en justice. Ce phénomène s'explique entre autres par l'augmentation de la population, le développement des échanges commerciaux du à l'ouverture économique du pays et l'accroissement de la criminalité. Ceci s'est traduit par des délais de plus en plus longs dans la durée des procès et une augmentation du cout de la justice.

Face à l'engorgement des tribunaux et aux couts croissants de la justice d'une part et à "l'inefficacité du règlement des litiges survenant dans l'environnement électronique par les institutions judiciaires traditionnelles " d'autre part, deux solutions sont envisageables.

La première passe par le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits. La deuxième solution, pour les conflits pour lesquels le recours aux tribunaux est inévitable¹, passe par l'automatisation des différentes étapes du processus judiciaire à travers un cyber tribunal, ce qui engendrera un accroissement de l'efficacité du processus, une participation du citoyen et des garanties procédurales². Il convient donc de rechercher dans quelle mesure une Cyber justice qui réglerait les conflits par les voies de l'internet, et ou des juges et des avocats travailleraient en ligne, peut être mise en place, en Algérie.

Il est utile de se demander aussi dans quelle mesure la justice, d'une manière générale et la justice pénale en particulier peuvent être mises en œuvre en maintenant à distance les acteurs et en faisant seulement intervenir leur voix et leur image au procès.

Pour ce faire, il y'a lieu d'abord, d'établir dans un premier temps un état des lieux des NTIC dans l'administration de la justice algérienne (I) puis de traiter dans un second temps les perspectives de la cyber justice en Algérie (II).

I/ Etat des lieux des NTIC dans l'administration de la justice algérienne

Pour la mise en place d'une cyber justice, il faut deux pré requis :

- 1/ Les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) et en particulier l'internet,
- 2/ Les règles de régulation ou d'encadrement des pratiques de e-commerce.

L'Algérie dispose-t-elle d'infrastructures de base adéquates (A) et de cadre réglementaire (B) pour la résolution des conflits par les voies de l'Internet et partant la cyber justice ?

A/ Les infrastructures de base

Depuis quelques années, les nouvelles technologies sont entrées en force dans le quotidien de la société algérienne d'une manière générale et dans celui de la justice d'une manière particulière.

L'introduction de l'informatique dans la gestion de la justice y a apporté de profonds changements, il en a résulté un fonctionnement optimisé et une amélioration de la qualité des services rendus aux citoyens : l'accès public en ligne, aux données des affaires en réseau, bornes d'accueil et d'information pour les justiciables. En effet, des efforts ont été déployés et se sont concrétisés notamment par :

- la réalisation d'une plate forme ISP fournisseur d'accès internet à haut débit, propre au secteur de la justice
- la conception de sites WEB à travers les cours d'appels
- l'utilisation de l'intranet qui abrite aujourd'hui les bases de données. de la justice.
- l'implantation de réseaux locaux sur les sites des juridictions et leur interconnexion avec les juridictions et institutions du ministère de la justice.
- l'implantation d'un guichet électronique au niveau de chaque juridiction, relié aux différents services à l'administration centrale qui permet d'obtenir une information en temps réel sur le cours des affaires mais aussi d'enregistrer les requêtes, de retirer les jugements, arrêts, casier judiciaire, certificat de nationalité etc...

Ainsi, l'emploi des technologies informatiques dans l'administration de la justice algérienne est de plus en plus répondu en raison des solutions qu'il apporte aux problèmes qui entravent la marche de la justice : réduction du temps et amélioration de la qualité du travail, économie de ressources etc.

En effet ,plusieurs exemples significatifs de l'apport des nouvelles technologies à la justice peuvent être cités :

- la possibilité de formaliser une plainte par internet,
- La visioconférence dans les juridictions pénales consacrée par le législateur³, permet de faciliter l'audition des parties, des témoins et des experts .Elle permet aussi au juge d'instruction de procéder aux interrogatoires et aux auditions ou confrontations entre plusieurs personnes⁴,
- La modernisation du casier judiciaire.

On peut donc affirmer que l'Algérie, dispose, aujourd'hui d'un cadre régulateur et d'infrastructures de base adéquates.

Mais en dépit de cette avancée informatique qu'a connu l'appareil judiciaire algérien, la justice continue de s'attacher aux registres, à la présence physique des parties ,ce qui n'est pas sans conséquences sur son cout, sur les délais du procès ...Il subsiste aussi, malgré les efforts entrepris au cours de ces dernières années, pour

améliorer les infrastructures nécessaires au déploiement des techniques de l'information et de la communication, une fracture numérique dans la manière d'exploitation des TIC pour instaurer la compétitivité et la prospérité.

Pour atteindre l'objectif de la "modernisation de la justice"⁵ que s'est assigné le ministère de la justice, ce qui constitue une étape importante vers la cyber justice Les pouvoirs publics algériens se doivent de mettre en place une vaste stratégie nationale pour la réduction de la fracture numérique⁶ car si l'utilisation des TIC offre de nombreux avantages aux justiciables en terme de gain de temps, d'amélioration de l'accès au droit, c'est à la condition que ceux-ci aient les moyens matériels et intellectuels, d'accéder à ces TIC et qu'ils conservent un réel accès au juge.

Le deuxième pré requis nécessaire à la mise en place d'une cyber justice est le cadre juridique.

B/ La nécessité d'un cadre juridique

« La nécessité d'un cadre juridique de régulation qui supporterait et conduirait le commerce électronique a été identifiée comme un pré-requis pour la croissance du commerce électronique en général et la cyber justice en particulier »⁷.

L'Algérie dispose-t-elle d'un cadre législatif technique qui prend en compte les modes de communication dématérialisés, le commerce électronique, la protection des données confidentielles ou à caractère privé, la signature électronique, la preuve électronique...?

Il est utile à ce propos de signaler que le pays a opéré une avancée notable en matière d'infrastructure juridique destinée à préparer l'introduction de procès en ligne. L'Algérie a adapté ses législations, notamment en ce qui concerne la valeur de l'écrit et la signature électronique, en suivant la tendance internationale⁸ en faveur de l'adoption de normes au regard desquelles la valeur juridique des messages électroniques joue un rôle important dans la promotion de l'utilisation de la communication sans papier.

Dans ce contexte, on peut citer deux lois principales qui ont bouleversé la culture papier comme unique support des relations entre l'utilisateur et les professionnels civils du droit. D'une part, la loi n°05/10 du 20 Avril 2005 qui a modifié le code civil algérien et récemment encore la loi n°15-04 du 1/2/2015 relative à la signature et à la certification électronique. Ces deux instruments législatifs ont ouvert la voie vers la dématérialisation des procédures civiles.

Ainsi la loi n°05/10 du 20 Avril 2005 qui a modifié le code civil algérien⁹ accepte la preuve électronique¹⁰ et lui attribue la même valeur probante que l'écrit sur support papier opérant ainsi « une petite révolution » car « conférant à l'écrit électronique la qualité de preuve légale »¹¹. L'écrit sous forme électronique est, en effet, admis en tant que preuve au même titre que l'écrit sur support papier, à la condition que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité¹².

Quand à la loi récemment promulguée¹³, elle fixe les règles générales relatives à la signature et à la certification électroniques.¹⁴ Quel que soit le document sur lequel elle est apposée, la signature a donc pour fonction première d'identifier son auteur et d'établir son consentement à ce qu'il a signé.

Ainsi, "l'authentification"¹⁵ consiste à prouver, une fois l'identification de la personne accomplie, que les informations ainsi obtenues sont véritablement de l'auteur ou de l'origine qu'on leur attribue¹⁶.

La loi n°15-03 du 1/2/2015 vise la modernisation de la justice à travers la mise en place d'un système informatique centralisé. Elle énonce les dispositions relatives à la dématérialisation des actes de procédure devant les juridictions (communication des documents judiciaires et des actes de procédures par voie électronique) ainsi que l'utilisation de la visioconférence dans les procédures judiciaires soit par le juge d'instruction pour l'interrogatoire, l'audition ou la confrontation entre plusieurs personnes ou par les juridictions de jugements qui peuvent eux aussi recourir à cette technique pour l'audition des témoins, des parties civiles et des experts¹⁷. Perçue comme un moyen de modernisation de l'administration de la justice, elle constitue une mesure de bonne gestion de la justice pénale. Le recours à cette technologie est susceptible d'améliorer l'efficacité de la justice en réduisant les délais et les coûts¹⁸. L'un des moteurs de la mise en place de la visioconférence est précisément la limitation des déplacements de personnes détenues et des escortes nécessaires à ceux-ci¹⁹.

Cependant si le cadre juridique actuel milite en faveur de la cyber justice, il n'en demeure pas moins qu'il reste insuffisant. Aussi, l'Algérie doit adapter sa législation afin de rendre possible la justice du futur.

II/ Perspectives de la cyber justice en Algérie

Dans quelle mesure le règlement des conflits en ligne peut servir à instaurer une justice dans le contexte algérien, marqué par des institutions de la justice étatique héritée de la tradition coloniale ?

A/ Les règlements alternatifs des conflits en ligne

Aux côtés des méthodes traditionnelles de résolution des conflits, des mécanismes alternatifs qui prennent en compte les spécificités de l'internet sont-ils envisageables en Algérie ?

Signalons, d'abord, que les ODR (Online Dispute Resolution) constituent le prolongement technologique des modes alternatifs des règlements de conflits (MARC) ou Alternative dispute resolution (ADR), s'appuyant sur la médiation, l'arbitrage ou la conciliation. Notons, aussi que ces deux mécanismes de règlements de litiges, constituent des modes alternatifs de règlement des conflits en droit algérien.

De nos jours, un peu partout dans le monde, dans tous les secteurs de la vie économique le recours aux modes alternatifs de règlements des conflits en ligne ou modes électroniques de règlement des litiges (MERL) ou encore Online Dispute Resolution (ODR) comme la médiation et l'arbitrage²⁰, est en hausse constante, ils ont été adaptés au monde électronique et ils tirent particulièrement partie de l'ubiquité de l'espace numérique: "les litiges sont résolus en ligne comme y sont conclus les contrats"²¹. Le monopole apparent des tribunaux étatiques est aujourd'hui chose du passé²².

Les avantages de ces mécanismes ne sont plus à démontrer, on citera entre autres, le désengorgement des tribunaux, la réduction du coût de la justice ...

Encouragés par les législateurs nationaux qui voient en ces modes un moyen efficace de régulation des litiges issus du cyberspace, ils constituent pour le justiciable une importante économie de temps et d'argent.

L'Algérie pourrait recourir à ces modes de règlements de conflits pour les litiges liés au commerce électronique dans la mesure où l'essor des affaires requiert "la présence de règles claires et d'un cadre juridique précis et prévisible" qui relèvent de la sécurité juridique" et que l'accès aux mécanismes de règlements des litiges "s'inscrit dans cette poursuite de la sécurité juridique".

Mais le développement des techniques ODR (Online Dispute Résolution) suppose tout d'abord que la population ait un accès suffisant à la technologie. Mais qu'en est-il de l'accès à l'Internet en Algérie ?

En 2013, Internet était utilisé en Algérie par environ 28 % de la population²³ (contre 56 % au Maroc et 44 % en Tunisie). Il y a 72 % d'internautes en Algérie âgés entre 15 et 19 ans. 40 % des algériens se connectent tous les jours ou presque²⁴.

Le nombre d'abonnés Internet est passé de 2.339.338 en 2013 à 9.816.143 au 30 novembre 2014 grâce à la 3G et 4G²⁵. Pour ce qui est du marché internet, le bilan fait état d'une nette progression du taux de pénétration, passé de 6,04% en 2013 à 24,85% en novembre 2014²⁶.

Selon le rapport du World Economic Forum²⁷, l'Algérie se classe respectivement à la 100^{ème} place sur la base du critère de l'usage individuel des TIC, à la 144^{ème} place dans leur usage dans le domaine des affaires, et à la 139^{ème} place dans leur utilisation dans la sphère institutionnelle et gouvernementale.

À l'échelle arabe, l'Algérie se classe à l'avant dernière place suivie de la Lybie²⁸.

Le Global Information Technology Report, publié en 2013²⁹, constate que la plupart des pays en développement n'ont pas encore réussi à créer les conditions requises pour surmonter le fossé les séparant des économies avancées dans la compétitivité résultant des TIC.

Ce rapport démontre que l'Algérie tarde et qu'elle risque d'accuser un déficit de compétitivité mondiale et ne pourra pas récolter les avantages sociaux des TIC.

B/un cyber tribunal en Algérie

La mise en place en Algérie d'un cyber tribunal devant permettre de résoudre des conflits via un juge et des avocats travaillant uniquement en ligne est- il une fiction ?

Le développement des nouvelles technologies de l'information a engendré de nouveaux litiges et malgré l'avancée technologique dont a bénéficié l'appareil judiciaire algérien, le recours à l'informatique et à la réseautique pour faciliter la gestion des conflits et l'exploitation de l'information juridique est à notre connaissance inexistant. La justice algérienne est toujours attaché au papier et à la présence physique des personnes et ce, à toutes les étapes des procédures.

L'avènement d'internet et sa vulgarisation en Algérie, au cours de ces dernières années a donné naissance au commerce électronique ou commerce en ligne et le développement de ce commerce est une réalité aujourd'hui en Algérie, et il n'y a qu'à voir sur la toile, tous ces commerçants, ces entreprises nationales ou ces firmes internationales qui utilisent internet pour promouvoir leur image et vendre leurs produits.

Une justice administrée au moyen de l'internet permettrait à ses utilisateurs, un règlement rapide et discret de leurs différends dans des domaines tels que le commerce électronique, la concurrence déloyale, le droit d'auteur, les noms de domaines, la diffamation, la fraude, la vie privée, etc.

Les cyber litiges ne pouvant être tranchés pas les tribunaux traditionnels , d'où la nécessité de la mise en place d'un «cyber tribunal » .Cette institution destinée à régler ces nouveaux conflits permettra, en outre, l'évaluation de l'utilisation des mécanismes alternatifs de résolution des litiges «lesquels ne peuvent être pris adéquatement en charge par les moyens traditionnels du droit»³⁰.

Les cyber tribunaux ont déjà vu le jour un peu partout dans le monde et leur efficacité n'est plus à démontrer. On citera à titre d'exemple, " l'Online Ombuds Office " né aux Etats-Unis en 1996 à l'initiative de l'Université du Massachusetts ,le " Virtual Magistrate qui a débuté en 1996 à Pittsburgh ainsi que le Centre d'arbitrage et de Médiation, de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (O.M.P.I.) .

L'Algérie peut s'inspirer de l'expérience de ces cybers tribunaux pour régler les problèmes qui entravent la marche de sa justice.

Conclusion

Au terme de cette étude, si on ne peut manifestement pas dénier l'intérêt de la cyber justice pour l'Algérie, il est évident qu'un long chemin reste à parcourir. Pour que ce rêve devienne réalité, les infrastructures doivent être d'abord aménagées, le cadre juridique adapté et la formation des acteurs de la justice à ces techniques assurée.

Aussi, il est impératif pour l'Algérie si elle veut atteindre un niveau de compétitivité mondiale et par la même accéder à la cyber justice, d'adapter sa législation et de lever tous les obstacles juridiques à la mise en place de la justice du futur chose qui nécessite la fiabilisation des processus juridiques ainsi que le financement pour permettre l'acquisition et le déploiement de matériels .

Ce n'est qu'aux termes de ses évolutions que le rêve deviendra réalité .

Par ailleurs, si dans le procès civil la cyber justice n'apparaît pas comme une simple fiction, il en va tout autrement pour le procès pénal ou le risque qui est souvent mis en exergue a trait, de manière générale, à la déshumanisation de la justice que peut entraîner l'utilisation des TIC induites par la cyber justice. Il va de soi que la culture de "la justice charnelle" cédera sans nul doute la place à "une justice virtuelle"³¹.

En effet, la justice n'est pas un service public comme les autres et la procédure ne doit pas être perçue comme une simple technique d'organisation du procès. Les objectifs de performance, de rentabilité, d'efficacité, s'ils ne doivent pas être extérieurs à la gestion du service public de la justice, ne doivent pas nuire à la qualité de la justice, à sa dimension éminemment humaine³². Sans nier les progrès et les avantages indéniables qu'apporte la cyber justice, il revient à l'Etat algérien d'accompagner cette évolution de tous les moyens et garanties nécessaires. En définitive, il devra veiller à ce que la justice reste humaine et de qualité.

Mais parce qu'il ne s'agit pas que d'une simple réforme technique, la réussite de la cyber justice s'inscrira dans le temps au terme d'une dynamique assez longue à conduire, mais qui doit être anticipée dès à présent.

Notes

- 1- « Some types of dispute are less likely to be solved by online proceedings than others . E-commerce, for instance ,seems better adapted to ODR than family law disputes or criminal cases. Small claims benefit more from the low costs of ODR than large claims » .Thomas SCHULTZ Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, Dirk LANGER, Vincent BONNET, «Online Dispute Resolution : The State of the Art and the Issues », E-Com Research Project of the University of Geneva,Geneva,2001,source:<http://www.online-adr.org/reports/The Blue Book-2001.pdf>_(dernière visite le 1er janvier 2003).
- 2- H.PERRIT Jr.," the electronic agency and the traditional paradigms of administration law" Review,70-105.
- 3- Loi n° 15/03 du 1/2/2015 ,J.O n° 6 du 12/02/2015 .
- 4- Techniquement ,il s'agit d'un système de communication interactif qui retransmet simultanément l'image, la voix des personnes se trouvant en deux ou plusieurs endroits et ce, en temps réel » M. Legras, La justice et les technologies de l'information et de la communication, in *L'administration électronique au service des citoyens*, G. Chatillon et B. Du Marais (dir.), Bruylant, 2003, p. 208.
- 5- Loi n° 15-03 du 01/02/2015 relative à la modernisation de la justice .J.O n°06 du 10/02/2015.
- 6- Source: Banque Mondiale: les indicateurs du développement africain, Mars 2010, disponible au <http://databank.worldbank.org/ddp/home.do>
- 7- <http://www.algerie360.com/algerie/internet-72-d%E2%80%99internauts-en-algerie-ages-entre-15-et-19-ans-etude-2013/>
www.unctad.org/en/docs/ecdr2003-en.pdf
- 8- La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international CNUDCI a adopté le 5 juillet 2001 une loi type sur la signature électronique qui vise a rendre l'utilisation des signatures électroniques plus sûre juridiquement. Partant du principe souple énoncé a l'article 7 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, elle établit une présomption selon laquelle les signatures électroniques qui satisfont a certaines exigences de fiabilité technique sont considérées comme équivalant a des signatures manuscrites. La loi est disponible sur le site de la CNUDCI http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html).
- 9- L'Algérie a procédé, en avril 2005, par voie de modification de son Code civil notamment ses articles 323 bis ; 323 ter et 327 pour autoriser la preuve électronique et accorder aux documents électroniques et signatures électroniques la même force probante qu'aux documents papiers dès lors que les conditions d'authenticité sont réunies.
(Voir aussi la Loi n° 2000/03 du 5/08/2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications et la Loi n° 2010/12 du 21 déc. 2010 relative à la cyber sécurité et la cybercriminalité) .
- 10- Article 327 dernier alinéa du code civil algérien.
- 11- ADIJ, ANR, *La preuve informatique - Quelles nouveautés techniques pour quelles évolutions juridiques ?*, débats animés par I. de Lamberterie, Bibliothèque de l'Ordre, Paris, 8 déc. 2011.
- 12- Article 323 Ter du code civil algérien.
- 13- Loi n°15-04 du 1/2/2015 relative à la signature et à la certification électronique. J.O n°06 du 10/02/2015.
- 14- L'article 2 de ce texte a permis de donner une définition de la signature électronique . Celui-ci dispose : "Il est entendu par signature électronique : les "données sous formes électroniques, jointes ou liées logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification". L'article 6 de ce même texte ajoute : " la signature électronique a pour fonction d'authentifier l'identité du signataire et de manifester l'adhésion de ce dernier au contenu de l'écrit sous forme électronique " .
- 15- I. Renard, *Vive La signature électronique !*, Delmas, coll. Delmas Express, 2002, p. 18.
- 16- G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd., 2011, p. 957 v. signature.

- 17- Cependant, cette loi exige, pour recueillir les déclarations par le tribunal correctionnel du prévenu détenu, par le biais de la visioconférence, le consentement de celui-ci et de celui du ministère public. L'article 16 de ce texte ajoute que l'interrogatoire, l'audition ou la confrontation par visio conférence a lieu dans le tribunal le plus proche du lieu de résidence de la personne dont les déclarations sont requises en présence du procureur de la République et d'un greffier .Cet article ne fait malheureusement pas référence aux droits de la défense et à la présence de l'avocat au cours de cette procédure .
- 18- J.Bossand ,La visio conférence dans le procès pénal :un outil à préserver in www.dalloz-fr.biblium.u-paris2.fr
- 19- L'Angleterre développe l'utilisation de la visioconférence dans le cadre de la première comparution, le prévenu et son avocat se trouvant au commissariat alors que les autres acteurs sont au palais de justice. Le projet répond au nom de *Virtual court*. Voir l'évaluation de ce projet évoquant les gains possibles, M. Terry, S. Johnson et P. Thompson, Virtual Court Pilot. Outcome Evaluation, Ministry of Justice Research Series 21/10, déc. 2010
<http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/moj-research/virtualcourts.pdf>.
- 20- Ph.Fouchard.E.Gaillard et B.Goldman ,Traité de l'arbitrage commercial international Litec,1996,pp.14-15.
- 21- La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international_CNUDCI a adopté le 5 juillet 2001 une loi type sur la signature électronique qui vise a rendre l'utilisation des signatures électroniques plus sûre juridiquement. Partant du principe souple énoncé a l'article 7 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, elle établit une présomption selon laquelle les signatures électroniques qui satisfont à certaines exigences de fiabilité technique sont considérées comme équivalent à des signatures manuscrites. La loi est disponible sur le site de la CNUDCI http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html
- 22- N.Antaki "Perspectives nord- américaines en médiation", dans Service de la formation permanente .Barreau du Québec .Développements récents en médiation .Cowansville. Edition Y 1995, p.171.van Blais
- 23- <http://www.algerie-focus.com/blog/2014/06/quel-pourcentage-de-la-population-algerienne-a-acces-a-internet-en-2013/> [archive]
- 24- <http://www.algerie360.com/algerie/internet-72-d%E2%80%99internautes-en-algerie-ages-entre-15-et-19-ans-etude-2013/> [archive]
- 25- <http://www.algerie-focus.com/blog/2014/12/1a-3g-fait-grimper-le-taux-de-penetration-dinternet-en-algerie/#sthash.BuPXWITZ.dpuf> [archive]
- 26- http://www.elwatan.com/economie/1a-3g-porte-a-24-le-taux-de-penetration-d-internet-en-algerie-29-12-2014-283375_111.php [archive]
- 27- http://www3.weforum.org/docs/WEF_GITR_Report_2013.pdf
- 28- Le Qatar se trouve à la 23ème place, les Émiraties arabes Unis à la 25ème place et le Bahreïn à la 29ème place. Mondialement, les 10 premiers pays sont: la Finlande ,Singapour ,la suède ,les Pays Bas, la Norvège, La Suisse, le Royaume Uni ,le Danemark ,les Etats Unis et Taiwan . A l'échelle africaine l'Ile Maurice, l'Afrique du Sud et les Seychelles sont les trois meilleurs classés .
- 29- <http://elabweb.dzportail.net/>
- 30- Source : le communiqué de presse du Cyber Tribunal.
- 31- M.-L. Simoni, M. Valdès-Boulouque, D. Luciani, C. Diaz et H. Simon, Rapport sur l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires, juin 2006, Mission d'audit de modernisation : http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib_res/v3_200606_rapport_rapport-v3-justice-visioconference.pdf.
- 32- Laure Milano, « Visioconférence et droit à un procès équitable », RDLF 2011, chron. n°8 (www.revuedlf.com)

Les fonctions contentieuses des autorités de régulation indépendantes : Les nouvelles mutations du principe de la séparation des pouvoirs*

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

بركات جوهرة أستاذة مساعدة قسم "أ"
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية،
الجزائر.

Résumé

Dotées de plusieurs attributions selon le champ sectoriel de leur intervention, les autorités administratives indépendantes partagent entre elles une mission de régulation, cela à travers l'exercice des fonctions contentieuses qui se traduit par le pouvoir de sanction et celui de règlement des différends.

Cependant, l'émergence d'un pouvoir de sanction qui empiète sur la compétence du juge pénal et de règlement de différends, qui s'apparente à celui du juge civil, a soulevé un débat sur les limites d'une telle fonction contentieuse et son impact sur l'office du juge.

L'autorité de régulation ne peut se passer du juge car elle n'a pas reçu naturellement dans sa corbeille toutes les attributions d'un juge. Il s'agit simplement d'une sorte de coopération entre le régulateur et le juge afin d'accomplir la mission de régulation.

Mots clés

Autorité de régulation indépendante (ARI), pouvoir de sanction, règlement de différends, juridictions, séparation des pouvoirs.

Contentious functions of independent regulatory authorities:

The new mutation of the principle of separation of powers

Summary

With multiple functions depending on the sectoral scope of their intervention independents administrative authorities share between them a regulatory mission, that through the exercise of judicial functions resulting in the sanctioning authority and the dispute settlement.

However, the emergence of a sanctioning power encroaching on the jurisdiction of the criminal courts and dispute resolution, which is similar to that of the civil court, has raised a debate on the limits of such contentious function and impact on the office of judge.

The regulator can't do without the judge because she did not receive naturally in his basket all the powers of a judge. It is simply a kind of cooperation between the regulator and the judge in order to accomplish the mission of regulation.

* Article reçu le 18/02/ 2015, expertisé le 13/04/2015, rendu publiable le 10/11/2015

Keywords

Independent regulatory authority (ARI), sanctioning power, dispute resolution courts, separation of powers.

الوظائف التنازعية لسلطات الضبط المستقلة:**التحولات الجديدة لمبدأ الفصل بين السلطات****ملخص**

تمتع السلطات الإدارية المستقلة بالعديد من الاختصاصات حسب مجال تدخلها وتتناسم هذه الهيئات فيما بينها مهمة الضبط الاقتصادية، و ذلك عن طريق ممارسة صلاحيات تنازعية تتجسد أساسا في سلطة توقيع العقاب و كذا تسوية النزاعات. غير أن امتداد سلطة العقاب لسلطات الضبط المستقلة على حساب القاضي الجزائي، وسلطة حل النزاعات الشبيهة بسلطة القاضي المدني، أثار جدلا حول حدود هذه الوظيفة التنازعية و آثارها على اختصاص القاضي.

لا يمكن لهيئة الضبط المستقلة أن تتحول إلى قاضي، كون هذه الأخيرة لم تتلق كل الاختصاصات القضائية، لكن هناك نوع من التعاون بين السلطة الضابطة والقضاء لأداء مهمة الضبط.

الكلمات الدالة

سلطة الضبط المستقلة، سلطة العقاب، تسوية النزاعات، القضاء، مبدأ الفصل بين السلطات.

Introduction

Le phénomène du retrait de la puissance publique de la sphère économique qu'a connu l'Algérie à la fin des années 1980, a été accompagné d'une remise en cause de l'ancien modèle institutionnel. La critique de ce modèle a conduit à une évolution du droit public économique traditionnel¹; évolution que l'on peut désigner par le terme de "régulation"². En effet, cette dernière est assurée par des organes dénommés autorités de régulation indépendantes ou autorités administratives indépendantes, qui exercent une fonction contentieuse entre opérateurs économiques.

En principe, la fonction contentieuse est attribuée à l'organe juridictionnel. Cette notion est utilisée pour désigner normalement l'activité juridictionnelle. Cependant, la construction de l'Etat de droit s'est ainsi traduite par une captation de la fonction contentieuse de l'administration en général et des A.A.I. en particulier³. L'émergence d'un pouvoir de sanction et de règlement des différends propre à l'administration active, a entraîné une crise et une remise en question de ce modèle.

L'exercice de la fonction contentieuse par les autorités de régulation pose la question de l'étendue de cette fonction et son impact sur l'office du juge.

L'interrogation touche les deux types de fonctions, celle du règlement des différends (I) et celle de la sanction (II).

I / La fonction de règlement des différends

Le caractère le plus évident de la fonction de règlement des différends, tant en droit français qu'en droit algérien, se traduit par la fonction purement arbitrale (A) mais cette fonction peut avoir un caractère facultatif par rapport à d'autres modes de règlement des différends (B).

A / La fonction arbitrale

La mise en œuvre de la fonction de règlement des différends est conditionnée par l'existence d'un différend, il convient à l'autorité de régulation de vérifier lorsqu'elle est saisie par un acteur du secteur, qu'il existe bien un différend : Il ne s'agit pas d'un recours administratif préalable obligatoire⁴.

Cette condition doit cependant être précisée : d'abord par le caractère subsidiaire de la fonction de règlement des différends (1). Ensuite, par le champ (l'étendue) de cette fonction (2).

1 / Une fonction subsidiaire par rapport au processus contractuel

La raison du caractère subsidiaire de la fonction arbitrale est la priorité accordée aux relations commerciales. Le droit algérien affirme en effet la primauté de la liberté contractuelle⁵. En droit français, les textes de la régulation économique affirment nettement la priorité qu'ils accordent aux processus contractuels et à la liberté des opérateurs de négocier librement un accord. Cette liberté obéit à une logique juridique qui répond à une exigence économique⁶. La liberté des opérateurs de négocier est soumise au contrôle de l'autorité de régulation.

En droit algérien, les textes de la régulation consacrent une telle liberté, mais pas au même niveau qu'en droit français où la liberté contractuelle semble plus sacrée. Le respect de la liberté contractuelle dans le cadre législatif s'appuie sur les différents textes. A titre d'exemple, l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence dispose en son article premier 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 et de contrôler les concentrations économiques afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien être des consommateurs* ».

En matière boursière, le décret de 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières exige à ce que les intermédiaires en opération de bourse exercent leur mission de négociation sous le contrôle de la COSOB⁷.

On comprend donc que le principe de la liberté contractuelle est appliqué dans un cadre législatif que les parties sont tenues de respecter. Cette liberté est suprême par rapport à l'intervention de l'autorité de régulation dans la mesure où celle-ci n'intervient que dans le cas de l'échec du processus contractuel établi par les parties. Par ailleurs, la compétence de l'autorité de régulation en matière de règlement des différends se limite dans le règlement des litiges à l'exception des obligations contractuelles et suite à la demande de l'une des parties⁸.

2/ L'étendue de la fonction arbitrale

L'examen des textes de régulation économique nous a permis de constater que le pouvoir arbitral n'est pas attribué à toutes les autorités de régulation indépendantes. Il y'a parmi elles, celles qui ne bénéficient d'aucun pouvoir arbitral, tel est le cas de la

Commission bancaire et le Conseil de la monnaie et du crédit. En contre partie, il y a celles qui bénéficient d'un large pouvoir arbitral, telle que l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications, la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse et l'autorité de régulation de l'électricité et du gaz.

En matière de la poste et des télécommunications, l'article 13 alinéa 7 et 8 de la loi n° 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, donne pouvoir à l'ARPT de se prononcer sur les litiges en matière d'interconnexion⁹, de sorte que l'autorité connaît les contentieux entre opérateurs dans les domaines de refus d'interconnexion et des conditions d'accès à un réseau de télécommunications¹⁰. Conformément à ce texte, d'ARPT a rendu en 2002 une décision relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage¹¹. Cette nouvelle fonction se différencie nettement de l'arbitrage prévu dans les dispositions du CPCA¹², l'arbitrage devant l'autorité de régulation est d'un type inédit par rapport à l'arbitrage classique.

En application de la décision de 2002 précitée, relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, l'ARPT a rendu plusieurs décisions tranchant les litiges entre les opérateurs économiques¹³. Elle a même rendu une décision dans laquelle elle a infligé une sanction pécuniaire à titre de réparation du préjudice subi par Algérie Télécom suite aux pratiques frauduleuses d'OTA¹⁴. Un tel dépassement sur la compétence du juge civil a été qualifié nettement en droit français d'illégal, à l'occasion de l'annulation d'une décision de la commission de régulation de l'énergie française par la Cour d'appel de Paris¹⁵.

Le pouvoir arbitral reconnu à la COSOB dans le domaine boursier est exercé par la chambre disciplinaire et arbitrale instituée au sein de la commission. Les compétences reconnues à la chambre consistent à régler par voie d'arbitrage des litiges techniques résultant de l'interprétation des lois et règlements régissant le fonctionnement de la bourse intervenant : entre intermédiaires en opérations de bourse, entre intermédiaires en opérations de bourse et sociétés émettrices, et entre intermédiaires en opérations de bourse et les donneurs d'ordre de bourse¹⁶.

Il convient de signaler la négligence du législateur en ce qui concerne l'aspect procédural et les voies de recours contre les sentences prononcées par la chambre contrairement aux décisions rendues en matière disciplinaire¹⁷.

Le législateur, en organisant le pouvoir arbitral de la COSOB, a bien délimité le champ de ce pouvoir, tant en ce qui concerne l'objet du litige que les parties en litige.

Une autre autorité de régulation bénéficie d'un tel pouvoir ; il s'agit de la commission de régulation de l'électricité et du gaz qui exerce ses compétences arbitrales à travers une chambre d'arbitrage instituée au sein de l'autorité¹⁸.

La chambre d'arbitrage statue sur les affaires dont elle est saisie après avoir entendu les parties en cause. Elle peut procéder ou faire procéder à toutes investigations utiles et peut, au besoin, désigner des experts et entendre des témoins comme, elle peut ordonner des mesures conservatoires en cas d'urgence¹⁹.

En conclusion, le choix d'une autorité administrative indépendante pour résoudre des litiges de droit privé, repose sur un présupposé selon lequel le recours au juge risque : d'une part, d'aggraver les litiges et d'autre part, de ne pas déboucher sur une solution adéquate²⁰. Le recours au juge est présumé un facteur d'aggravation du

litige parce que le déclenchement d'une procédure supprime les chances de discussion, et le « Juridisme » fait obstacle à la conciliation²¹.

Le règlement par le juge risque de ne pas déboucher sur une solution adéquate parce qu'il est trop long, il ignore la technique, il ne peut répondre qu'aux questions qu'on lui pose. L'ensemble de ces considérations favorise le développement contemporain de la fonction contentieuse d'organismes non juridictionnels²².

B/ Autres modes de règlement des différends

La fonction arbitrale ne supprime la possibilité du recours aux autres modes de règlement des différends et, particulièrement aux modes informels tels que la médiation (1) et la conciliation (2).

1/ La Médiation

En droit européen, le recours à d'autres modes de règlement des différends apparaît plus clair. A titre d'exemple la directive de 2002 relative aux télécommunications, affirme que : « *Les Etats membres peuvent prévoir la possibilité pour les autorités réglementaires nationales de refuser de résoudre un litige par une décision contraignante lorsque d'autres mécanismes notamment la médiation existent et conviendraient mieux à la résolution du litige en temps utile conformément aux dispositions de l'article 8* »²³.

Cette possibilité est prévue en France dans plusieurs domaines tels que l'audiovisuel, par exemple où la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle manifeste bien que la première étape obligatoire menant à l'injonction est la procédure de médiation²⁴. De même, l'ARTP en Algérie dispose d'un pouvoir disant arbitral, qui se rapproche de la médiation dont le président de cette dernière affirme dans ses propos que : « De nombreux problèmes ont trouvé leurs solutions par simple « médiation » conduit par l'ARPT qui a porté particulièrement sur : La conciliation des comptes, la congestion entre les réseaux et le traitement quasi-discriminatoire entre les opérateurs internet »²⁵. C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé le président de cette autorité en affirmant que même les parties au litige devant l'ARPT, peuvent, à tout moment de la procédure, s'entendre pour proposer un règlement amiable du litige qui les oppose²⁶.

2 / La Conciliation

En matière de la régulation économique, le législateur a, explicitement confié aux autorités de régulation un tâche de conciliation²⁷. Elles peuvent donc être saisies d'une demande de conciliation pour tout litige et ce, afin de désamorcer avec rapidité et équité les différends. Mais le législateur, en confiant cette tâche aux autorités de régulation, semble plus général et méconnu, soit de la catégorie des litiges qui relèvent de cette procédure, soit du côté procédural de cette solution. On constate aussi que cette procédure est rarement utilisée. Les opérateurs préfèrent porter une affaire au contentieux afin que le droit soit fixé clairement et le plus rapidement possible, et que la procédure de conciliation apparaît souvent comme une perte de temps et manque d'efficacité dans des matières mettant en jeu des investissements considérables et à long terme²⁸.

En somme, la fonction de règlement des différends s'inscrit dans un paysage juridique qui lui impose de se faire une place afin de laisser autant que possible une place à l'autorégulation. Mais le caractère facultatif de cette fonction rend la saisine

de l'autorité par l'une ou l'autre des parties, facultative. Les litiges seront portés, soit devant l'autorité de régulation, soit devant le juge des contrats. Aussi, la compétence des autorités de régulation se limite en règlement de litiges, mais elles ne sont pas habilitées à trancher sur l'indemnisation. Seuls les tribunaux ont la compétence exclusive pour connaître des demandes en réparation. L'opérateur opte pour la saisine de l'autorité de régulation pour sanctionner les pratiques frauduleuses et le juge pour l'indemnisation du préjudice²⁹.

II/ La fonction répressive

Le terme "répression" signifie action de réprimer, qui veut dire en droit public "coercition"³⁰, Cette notion nécessite l'usage de la force, de la contrainte matérielle ou physique. Il s'agit d'une « Technique extrême et extérieure de la réalisation juridique »³¹.

La fonction répressive des autorités de régulation peut être définie comme l'ensemble des actes d'exécution visant à vaincre les obstacles à la réalisation de l'ensemble des obligations juridiques édictés dans les secteurs étudiés³². Pour cela, les autorités sectorielles disposent de deux types d'actes : des actes purement répressifs, qui infligent une peine pour sanctionner un manquement (A), et des actes correctifs dont l'objet est d'assurer la conformité des comportements aux règles (injonctions) (B).

A/ Les sanctions

Le pouvoir répressif attribué aux autorités de régulation indépendantes est considéré comme un refus net de l'intervention du juge dans les litiges économiques. On assiste en effet à la "dépénalisation" définie par la substitution des autorités de régulation à la place du juge, pour édicter des sanctions administratives au lieu des peines pénales³³. Cependant, l'attribution d'un tel pouvoir aux autorités administratives dont le législateur reconnaît lui-même le caractère administratif semble contradictoire au principe de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où la constitution fixe d'une manière précise la répartition des compétences entre les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire³⁴.

En droit français, le Conseil constitutionnel reconnaît la légitimité des sanctions administratives, notamment lorsqu'elles relèvent des attributions de ces nouvelles figures de la régulation. Dans sa décision du 28 juillet 1989 rendue à propos des pouvoirs reconnus à la commission des opérations de bourse (COB), le Conseil estime que le principe de la séparation des pouvoirs ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative agisse dans le cadre de prérogatives de puissance publique³⁵. Le fondement d'un tel pouvoir répressif reconnu au profit de l'administration d'une manière générale et des autorités administratives indépendantes en particulier, réside ainsi dans la notion de prérogatives de puissance publique, "élément nécessaire et normal d'une activité du service public"³⁶.

La sanction administrative se caractérise par sa finalité répressive : elle punit un manquement à une obligation³⁷, elle peut être restrictive ou privative de droit (1) ou patrimoniale (2), comme elle peut avoir un caractère moral : c'est le cas de l'avertissement ou du blâme (3).

1 / Les sanctions restrictives ou privatives de droit

Les autorités de régulation peuvent prononcer des sanctions restrictives ou privatives de droit qui touchent : soit l'activité des agents économiques, soit les dirigeants d'une entreprise ou d'un établissement économique. A titre d'exemple, en matière bancaire, la commission bancaire peut prononcer la suspension temporaire ou la cessation des fonctions de l'un ou de plusieurs dirigeants des établissements ou d'une banque avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire. Elle peut aussi interdire aux établissements en cause, d'effectuer certaines opérations et limiter l'exercice de l'activité ainsi que le retrait d'agrément³⁸. En effet, la commission bancaire a déjà eu l'occasion d'infliger de telles sanctions à des banques privées auxquelles ont été suspendues les opérations de transfert de fonds en direction de l'étranger³⁹, par la suite la commission a prononcé l'extrême sanction qui est le retrait d'agrément et la mise en liquidation des banques en cause⁴⁰.

Le même pouvoir de sanction à caractère privatif de droit est reconnu à l'autorité de régulation en matière d'électricité et du gaz⁴¹, à l'autorité de supervision des assurances⁴², à la COSOB⁴³ et à l'ARPT⁴⁴.

La durée de la sanction peut aussi être un paramètre important. Les sanctions peuvent être définitives ou provisoires. Les sanctions pécuniaires ou celles de retrait d'agréments, sont des sanctions définitives. En revanche, il faut ranger au titre des sanctions provisoires, l'ensemble des sanctions visant la suspension de l'autorisation⁴⁵.

2 / Les sanctions patrimoniales ou pécuniaires

Les sanctions patrimoniales sont essentiellement pécuniaires et définitives parmi lesquelles on peut citer, en matière bancaire, la faculté qu'attribue l'article 114 de l'ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit à la commission bancaire de prononcer : « *...une sanction pécuniaire au plus égale au capital minimal auquel est astreint la banque ou l'établissement financier* ».

En matière boursière, le décret législatif de 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, dispose en son article 55 que : « *...les sanctions infligées par la chambre sont :...des amendes dont le montant maximum est fixé à 10 millions de dinars ou égal au profit éventuellement réalisé du fait de la faute commise...* ».

La loi n° 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation prévoit dans son article 148 que les manquements aux obligations légales sont passible d'une amende dans la limite de trois pour cent (3%) du chiffre d'affaires du dernier exercice de l'opérateur en faute sans pouvoir excéder cinq millions de dinars (5 000 000 DA), porté à cinq pour cent (5 %) en cas de récidive sans pouvoir excéder dix millions de dinars (10 000 000 DA).

Dans le domaine des assurances, la loi qui régit l'activité, dispose que : « *...les sociétés d'assurance et les succursales d'assurance étrangères qui contreviennent aux dispositions légales relatives à la concurrence, sont passibles d'une amende dont le montant ne peut être supérieur à 10 % du montant de la transaction* »⁴⁶. Aussi, le défaut de communication à la commission des bilans, rapports d'activités et états comptables, statistiques et tout autres documents connexes nécessaires, est puni par la loi⁴⁷.

Enfin, le Conseil de la concurrence peut prononcer des amendes au profit des agents économiques lorsque les faits imputés à l'entreprise en cause sont qualifiés d'entente illicite, d'abus de position dominante, d'exploitation abusive de l'état de dépendance ou de concentration illicite : il s'agit du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise⁴⁸. En prononçant la sanction, le conseil de la concurrence tient en compte un ensemble de paramètres, soit la gravité de la pratique incriminée, le préjudice causé à l'économie, les bénéfices cumulés par les contrevenants, le niveau de collaboration des entreprises incriminées avec le conseil de la concurrence pendant l'instruction de l'affaire, et enfin, l'importance de la position sur le marché⁴⁹.

A cela il faut ajouter que les autorités de régulation, lorsqu'elles disposent d'un pouvoir de sanction pécuniaire, le montant de la sanction est en général plafonné par le législateur à un certain pourcentage du chiffre d'affaires. Ces instances peuvent aussi prononcer des astreintes.

3/ Les sanctions complémentaires et les astreintes

La classification des sanctions retient comme critère, le caractère principal accessoire ou complémentaire des mesures. A coté des sanctions principales décrites précédemment, il existe des sanctions complémentaires. Il s'agit essentiellement de la publication de la décision de la mise en demeure. En droit de la concurrence, l'article 45 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence dispose que le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci.

La publication visée dans cet article ne doit être confondue avec la mesure de publication des décisions du Conseil de la concurrence dans le bulletin officiel de la concurrence⁵⁰. Dans ce cas de figure, c'est le Conseil de la concurrence qui assure la publicité de ses décisions. Lorsqu'il ordonne la publication, la diffusion ou l'affichage d'une décision à titre de sanction, les frais afférents à une telle mesure sont à la charge de l'entreprise condamnée⁵¹.

Quant à l'intérêt d'une telle sanction complémentaire, elle vise d'abord la réputation de l'entreprise : La réputation de l'entreprise et ses dirigeants a, en effet, une valeur patrimoniale qui, du fait de la mesure de publication de la décision, risque d'être entachée. L'entreprise sera montrée en conséquence sous son vrai visage, ce qui constitue pour elle une "mauvaise publicité"⁵².

S'agissant des astreintes, le Conseil de la concurrence peut prononcer des astreintes lorsque les entreprises en cause n'auront pas respecté les mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques présumées restrictives dans les délais fixés et ce, à raison d'un montant de cent cinquante mille (150 000) dinars par jour de retard⁵³.

En conclusion, la sanction peut être qualifiée par l'existence d'une intention répressive et l'existence d'un manquement, mais elle peut aussi être remplacée par le prononcé des mesures alternatives⁵⁴, tel que la procédure de non contestation des griefs ou de transaction, la procédure de clémence et la procédure d'engagement⁵⁵.

B/ Les injonctions et les mesure provisoires

Les autorités de régulation indépendantes ne disposent que d'un pouvoir de sanction. Elles ont aussi la possibilité reconnue par les textes, de prononcer des

injonctions (1) et des mesures provisoires (2), seconde grande catégorie des décisions manifestant l'exercice de la fonction répressive de ces instances.

1/ Les injonctions

Le pouvoir d'injonction dont sont dotées les autorités de régulation est de deux types : il s'agit de l'injonction de ne pas faire ou d'abstention et l'injonction de faire. Par exemple, l'article 45 de l'ordonnance relative à la concurrence dispose que : *« Dans le cas où les requêtes dont il saisi ou dont il se saisi relèvent de sa compétence, le conseil de la concurrence fait des injonctions motivées visant à mettre fin aux pratiques restrictives de concurrence constatées »*. L'injonction contrairement à une mesure provisoire, résulte de l'examen au fond de l'affaire. Cela signifie que la pratique soumise à l'appréciation du Conseil de la concurrence a été qualifiée de restrictive et l'organe a tranché dans l'affaire qui lui est soumise⁵⁶.

On peut distinguer entre deux types d'injonctions :

- Injonction de ne pas faire ou d'abstention : Le Conseil peut obliger les entreprises intéressées à mettre fin aux pratiques pour lesquelles elles sont poursuivies. Dans ce sens on peut citer à titre illustratif, la décision de l'autorité de la concurrence française relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre, a enjoint aux sociétés Perrigault et TPO de cesser de mettre en œuvre, dès le prononcé de la décision, l'entente de partage de clientèle qui leur été reprochée⁵⁷.

- Injonction de faire : Le conseil de la concurrence peut enjoindre aux entreprises concernées de modifier, de compléter ou de réaliser dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui a permis les abus relevés⁵⁸. Dans la pratique du Conseil de la concurrence, on peut se référer à plusieurs décisions : l'une concerne la société nationale des tabacs et allumettes (unité de Tiaré) de mettre fin immédiatement aux pratiques abusives qui lui ont été imputées et qualifiées de pratiques de ventes conditionnées et discriminatoires selon l'ordonnance de 1995⁵⁹. Dans une autre décision, le conseil de la concurrence fait injonction à l'entreprise publique ENIE de mettre fin aux pratiques auxquelles elle s'est livrée en violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance n° 95-06⁶⁰. On retrouve le même type d'injonction dans une autre décision rendue par le Conseil de la concurrence⁶¹.

Il est notable que le pouvoir d'injonction n'est pas une faculté exclusive du conseil de la concurrence dans la mesure où même les autres autorités sectorielles ont cette faculté dans le cadre de leurs missions régulatrices. Par ailleurs, la commission bancaire peut enjoindre à une banque ou à un établissement financier de prendre dans un délai déterminé, toutes mesures de nature à rétablir ou à renforcer son équilibre financier ou à corriger ses méthodes de gestion⁶².

2 / Les mesures provisoires

La plupart des autorités de régulation disposent d'un pouvoir propre de prononcer des mesures provisoire. Ces mesures se présentent comme des mesures conservatoires ou des mesures correctrices. L'acte conservatoire est justifié par le besoin de protéger certains intérêts supérieurs dans des circonstances urgentes⁶³. Il se caractérise par quatre éléments : il s'agit d'une faculté dont disposent les autorités de

régulation, pour remédier à l'atteinte à un intérêt protégé. Cette action nécessite en outre la présence d'une urgence et enfin, la décision à un effet provisoire⁶⁴.

Le prononcé d'une mesure conservatoire est laissé à l'appréciation des autorités de régulation. Les textes institutifs précisent en général que l'autorité peut prendre ces mesures. A titre d'exemple, l'article 46 de l'ordonnance de 2003 relative à la concurrence dispose que : « *Le conseil de la concurrence peut, sur demande du plaignant ou du ministre chargé du commerce, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques présumées restrictives faisant l'objet d'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques, ou de nuire à l'intérêt économique général* ».

La commission bancaire partage aussi avec le Conseil de la concurrence cette mission de prévention. Elle dispose d'un pouvoir de prévenir l'établissement qu'il est entrain de commettre des manquements aux obligations que lui impose la législation et la réglementation en vigueur ou que les méthodes de gestion adoptées sont susceptibles de porter atteinte à sa santé financière. Ce moyen de prévention se traduit par une gamme de mesures que la commission bancaire est habilitée à prendre⁶⁵ : il s'agit des mises en garde⁶⁶, des injonctions⁶⁷ et de la désignation d'un administrateur provisoire⁶⁸.

En matière des assurances, la commission de supervision des assurances peut désigner un administrateur provisoire chargé de se substituer aux organes dirigeants de la société en vue de la prévention du patrimoine de la société et du redressement de sa situation. Cela lorsque la gestion d'une société d'assurance met en péril les intérêts des assurés et des bénéficiaires de contrats d'assurance⁶⁹.

Dans les cas précédemment cités, l'objectif de l'autorité de régulation est de prévenir le désordre que véhiculent les atteintes aux règles de bonne conduite de la profession. En d'autres termes, l'autorité de régulation a une fonction d'assurer l'exécution des obligations légales qui pèsent sur les opérateurs du secteur, de permettre la concrétisation de ces obligations, de corriger, de rétablir une situation, et de remettre en quelque sorte les intéressés dans le droit chemin juridique et économique⁷⁰.

On constate aussi que les autorités de régulation sont dotées de deux catégories de mesures qui constituent toutes les deux, des injonctions sans posséder entièrement les mêmes caractères (d'une part, des mesures provisoires et d'autre part, des injonctions correctrices). Elles se présentent souvent comme des mesures accessoires à une demande au fond, soit lors de la procédure de règlement des différends, soit à l'occasion d'une enquête répressive.

Conclusion

En conclusion, les fonctions contentieuses manifestent toute l'étendue des pouvoirs dont bénéficient les autorités de régulation. Elles disposent d'un arsenal de pouvoirs : un pouvoir de règlement des différends qui s'apparente à celui d'un juge civil, un pouvoir répressif empiété sur les compétences du juge pénal, ce qui permet d'établir plus clairement la spécificité de cette fonction contentieuse. Mais d'autre part, cette participation, met en relief l'existence d'une forme spécifique de coopération entre ces entités et les juridictions. En raison de la concurrence de ces

deux types d'organes dans les fonctions contentieuses relatives à des législations particulières, les autorités de régulation et les juridictions, s'influencent mutuellement⁷¹. Les décisions de ces dernières constituent pour les juridictions, une "Jurisprudence" de leur part, les autorités de régulation sont tenues de respecter les arrêts des juridictions.

Notes

1- Celui-ci peut se définir comme le droit de l'intervention économique de la puissance publique dans l'exercice de ses prérogatives spécifique. DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, presse des sciences Po et DALLOZ, Paris, 2004, p.04.

2- Pour la définition du concept de régulation, Voir à titre d'exemple, FRISON ROCHE, (M.-A.) *Les 100 mots de la régulation*, 1ère édition, PUF, Paris 2011, du même auteur "définition du droit de la régulation économique", D. 2004, P. 126, JOBERT (J.-CH.), "Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit", Droit Prospectif, n° 01, 2004, p.54 cf. également GAUDEMET (Y.), "La concurrence des modes et des niveaux de régulation" RFAP n° 109-1, 2004, pp.13-16.

3- PERROUD (T.), La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2011, p.05.

4- Le Conseil d'Etat français a affirmé cette condition dans ces expressions : « Il convient au CSA de vérifier que les conditions de mise en œuvre de la procédure sont réunies. Il n'y a pas d'exigence de liaison du contentieux ou de décision préalable, mais il convient de vérifier si les prétentions de l'auteur de la saisine ont été satisfaites ou sont sur le point de l'être », voir CE, 09 juillet 2010 société Canal + Distribution, n° 335 336, www.légifrance.gouv.fr

5- Voir l'art. 106 du code civil, Edition BERTI, 2014.

6- Voir par exemple considérant 5 de la directive 97/33/CE du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications, www.légifrance.gouv.fr

7- Voir l'art. 05 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, JO-RA n° 34 du 23-05-1993, modifié et complété par l'ordonnance n° 96-10 du 10 janvier 1996, JORA n° 03 du 14-01-1996 et loi n° 03-04 du 17 février 2003, JORA n° 11 du 19-02-2003 (rectificatif in JORA N° 32 du 07-05-2003).

8- Voir art. 133 de la loi n° 02-01 du 05 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, JORA n° 08 du 06-02-2002.

9- L'art. 8 al. 4 de la loi n° 2000-03 du 05 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, JORA n° 48 du 06-08-2000 (modifié et complété), définit l'interconnexion comme suit : « *Les prestations réciproques offertes par un opérateur de réseau public ou les prestations offertes par un opérateur de réseau public à un prestataire de service de téléphonie au public qui permettent à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux, quels que soient les réseaux auxquels ils ont raccordé ou les services qu'ils utilisent* ».

10- Voir les conditions d'interconnexion des réseaux et services de télécommunication fixés par le décret législatif n° 02-256 du 06 mai 2002, www.arpt.dz/

11- Décision n° 03/SP/PC/2002, du 08 juillet 2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, www.arpt.dz/

12- Voir les arts. 1007 et 1011, du code de procédure civile et administrative, Edition BERTI 2014.

13- Voir à titre d'exemple, la décision n° 41/SP/PC/ARPT/06 du 12 septembre 2006 et la décision n° 01/SP/PC/ARPT/ du 09 janvier 2007, www.arpt.dz/

14- Voir la décision n° 43/SP/PC/ARPT, du 06 décembre 2005, relative aux allégations d'Algérie Télécom quant aux cas de fraude présumée d'ORASCOM TELECOM ALGERIE, www.arpt.dz/

Par ailleurs, l'ARPT n'est pas investie d'un pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires à l'encontre d'un opérateur ; Le projet de loi sur les Télécoms et les TIC présenté par le Gouvernement en 2013 « Projet retiré après débat à l'Assemblée Nationale », confère à l'autorité un véritable pouvoir de sanction en maintenant le pouvoir de règlement des différends entre opérateurs. Cité par BERRI

- (N.), Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications, thèse pour le doctorat en droit, Université de Tizi Ouzou, 2014.
- 15- La Cour d'appel de Paris a jugé que « la commission de régulation de l'énergie a formulé une injonction illégale en décidant que la société "Versera à RTE" les arriérés et elle annule la décision de la CRE sur ce point au motif qu' "une telle décision, qui ressortit au juge du contrat, est étrangère de sa mission de régulation" », cité par PERROUD (T.), op.cit., p.384.
- 16- Voir arts. 5 et 52 du décret législatif n° 93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilières (modifié et complété), op.cit.
- 17- Selon un auteur, la raison de la négligence revient principalement au caractère technique du litige dont son objet se concentre sur l'interprétation des lois et des règlements, contrairement au pouvoir de sanction résultant de tout manquement aux obligations professionnelles et déontologiques, ainsi que toute infraction aux dispositions législatives et réglementaires applicables. (V.) AISSAOUI (A.) "De la relation entre les autorités de régulation indépendantes et la justice : entre concurrence et complémentarité" (en arabe), RARJ n° 01, 2013, p.275.
- 18- Voir art. 133 de la loi 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations op.cit.
- 19- Voir art. 135 de la loi 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations op.cit.
- 20- Voir RICHER (L.), "Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie" in mouvement du droit public – du droit administratif au droit constitutionnel du droit français aux autres droits, mélange en l'honneur de Franck Moderne, DALLOZ, Paris, 2004, pp.393-6406.
- 21- Voir, RICHER (L.), Ibidem.
- 22- BERRI (N.), "Le règlement des différends devant l'autorité de régulation de la poste et des télécommunication", communication au colloque national sur les autorités de régulation indépendantes en matière économique et financière, Faculté de droit et des sciences économiques Université de Bejaïa, les 23 et 24 mai 2007, Recueil des actes, p.75.
- 23- Voir l'art. 20 § 2 de la directive dite « Cadre » n° 2002/21/CE, la directive 2009/140/CE modifiant la directive dite « Cadre », www.eur-lex.eurpa.eu
- 24- Voir l'art. 92 de la loi 82-652 du 29 juillet 1982, sur la communication audiovisuelle, JORF du 30-07-1982, www.légifrance.gouv.fr et l'art.5/7 de la loi des postes et des télécommunications électroniques, www.légifrance.gouv.fr
- 25- Voir les propos de Mr. BELFOUDIL Mohamed, président du Conseil de l'ARPT, au forum d'El Moudjahid du 04 mars 2006 sur le bilan d'activité de l'ARPT, www.arpt.dz/
- 26- Voir l'art. 6 de la décision n° 03/SP/PC/2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, op.cit.
- 27- Voir à titre d'exemple l'art. 39 de la loi n° 14-05 du 24 février 2014 portant loi minière (abroge la loi n° 01-10 du 03 juillet 2001 portant loi minière, modifiée et complétée), JORA n° 18 du 30-03-2014, aussi l'art. 132 de la loi n° 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, op.cit. Il s'agit d'une procédure de conciliation et non pas de transaction, cette procédure est soumise aux dispositions du C.P.C.A notamment les articles 990, 991, 992 et 993 relatifs à la conciliation. Tandis que la transaction est définie par la doctrine comme : « Une convention par laquelle les parties, au moyen de concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître », V. GOBIN (O.), *Contentieux administratif*, 6ème édition, Lexis Nexis Litec, Paris, 2009, p.18.
- 28- LAGET – ANNAMYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux Télécommunication et électricité*, Paris, 2002, p. 362.
- 29- Voir ZOUAÏMIA (R.), "De l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit algérien", Revue IDARA n° 01-2007, pp 31-53.
- 30- Voir la définition du mot "répression", Le ROBERT, dictionnaire de Français, EDIF, 2014.
- 31- FERREIRA (V.N.), *La coercition en droit public français, Thèse de doctorat*, Paris I, 2000, p. 9.
- 32- PERROUD (T.), op.cit, p.468.
- 33- DECOCQ (E.), "La dépénalisation du droit de la concurrence ", RJC, n° 11, Novembre 2001, p. 89.

34- Voir successivement :

- Avis n° 1-A-L-CC-89 du 28 aout 1989 relatif au règlement intérieur l'assemblée populaire nationale, in le conseil constitutionnel, fascicule 1, Alger 1990, p. 50.

- Décision n° 2D-L-CC-89 du 30 aout 1989 relative au statut du député, JORA n° 37 du 04-09-1989 (rectificatif in JORA n° 45 du 25-10-1989).

- Avis n° 04-AO-CC du 17 février 1997 relatif à la constitutionalité de l'article 2 de l'ordonnance portant découpage judiciaire adopté par le conseil national de transition, 6 janvier 1997, JORA n° 15 du 19-03-1997

- Avis n° 10/A.R.I./C.C./2000 du 13 mai 2000 relatif à la conformité du règlement intérieur de l'assemblée populaire nationale à la constitution, JORA n° 46 du 30-07-2000.

35- TEITGEN COLLY (C.). "Les instances de régulation de la constitution", RDP, 1990, p. 197.

36- ZOUAÏMIA (R.), *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, maison d'édition Belkeise 2012, p.160 et 161.

37- DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN COLLY (C.), *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit pénal administratif*, Economica, Paris, 1992, p.18.

38- Voir art. 114 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 aout 2003 relative à la monnaie et au crédit JORA n° 52 du 27-08-2003, modifiée et complétée par ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, JORA n° 44 du 26-07-2009, modifiée et complétée par ordonnance n° 10-04 du 26 aout 2010, JORA n° 50 du 01-09-2010.

39- ZOUAÏMIA (R.), " Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique ", Revue IDARA, n° 02, 2004, p. 141.

40- Voir les extraits de la note de la commission bancaire sur la supervision bancaire en Algérie, in EL Watan du Vendredi 4 – Samedi 5 avril 2003, cité par ZOUAÏMIA (R.), *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, op.cit, p. 167.

41- Art. 149 de la loi n° 2002-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations op.cit.

42- Art. 241 de la loi n° 06-04 du 20 février 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995 relative aux assurances, JORA n° 15 du 12-03-2006 (rectificatif JORA n° 27 du 26-04-2006).

43- Voir art. 55 du décret législatif n° 93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilières (modifié et complété), op.cit.

44- Art. 35 de la loi n° 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, op.cit.

45- A titre d'exemple : La durée de la suspension en matière bancaire est comprise entre 03 mois et 03 ans (voir l'art. 10 du règlement n° 95-05 du 22 mars 1992 relatif aux conditions que doivent remplir les fondateurs, dirigeants et représentants des banques et établissements financiers, JORA n° 08 du 7 février 1993, en matière des postes et télécommunications, l'art. 127 prévoit une durée de 01 an à 05 ans.

46- Voir art. 248 ter de l'ordonnance n° 95-07 relative aux assurances (modifiée et complétée) op.cit.

47- Voir les articles 243, 246, 247 bis, 248, 248 bis et 249 de l'ordonnance n° 95-07 relative aux assurances (modifiée et complétée), op.cit.

48- Voir successivement les articles 56, 59, 61 et 62 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORA n° 43 du 20-07-2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, JORA n° 36 du 02-07-2008, modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 aout 2010 JORA n° 46 du 18-08-2010.

49- Art. 62 bis 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée) op.cit., pour plus de détails, voir ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, Edition Belkeise 2012, p. 212 et 213.

50- L'art. 49 de l'ordonnance n° 03-03 dispose que : « *Les décisions rendues par le conseil de la concurrence, la cour d'Alger, la cour suprême et le conseil d'Etat en matière de la concurrence sont publiées par le conseil de la concurrence dans le bulletin officiel de la concurrence* ».

51- ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit., p. 215.

- 52- Ibid.
- 53- Art. 58 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), op.cit.
- 54- Voir à titre d'exemple, l'art. 60 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), op.cit.
- 55- Voir ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit., p. 216, 217 et 218.
- 56- ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit., p. 209.
- 57- Autorité de la concurrence, Décision n° 10-D-13 du 15 avril 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 58- ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit., p. 209.
- 59- Cons.Conc. , Décision n° 98-D-03 du 13 décembre 1998 relative aux pratiques mises en œuvre par la société nationale du tabac et allumettes (inéдите), cité par ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit., p. 210.
- 60- Cons.Conc. , Décision n° 99-D-01 du 23 juin 1999 relative aux pratiques mises en œuvre par l'entreprise nationale des industries électroniques (ENIE), unité de Sidi Bel Abbès (inéдите), cité par ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit., p. 210.
- 61- Cons.Conc. , Décision n° 2000-D-03 du 19 novembre 2000 relative à la saisine de la société SOMEX internationale contre la société SAFEX (inéдите), cité par ZOUAÏMIA (R.), *Le droit de la concurrence*, op.cit., p. 210.
- 62- Art. 112 de l'ordonnance 03-11 relative à la monnaie et au crédit (modifiée et complétée) op.cit.
- 63- TERCINET (M.-R.), *l'acte conservatoire en droit administratif*, LGDJ, 1979, p. 11.
- 64- PERROUD (T.), op.cit, p.517.
- 65- ZOUAÏMIA (R.), "Le pouvoir de la commission bancaire en matière de la supervision bancaire", Revue IDARA n° 02, 2010, p. 54.
- 66- L'art. 111 de l'ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit dispose que : « *Lorsqu'une entreprise soumise à son contrôle a manqué aux règles de bonne conduite de la profession, la commission après avoir mis les dirigeants de cette entreprise en mesure de présenter leur explication, peut leur adresser une mise en garde* ».
- 67- Voir l'art. 112 de l'ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit (modifiée et complétée), op.cit.
- 68- L'art. 113 de l'ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit, dispose que : « *La commission peut désigner un administrateur provisoire auquel sont transférés tous les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la gestion de l'entreprise concernée ou de ses succursales en Algérie qui peut déclarer la cessation des paiements. Cette désignation est faite soit à l'initiative des dirigeants lorsqu'ils estiment ne plus être en mesure d'exercer normalement leurs fonctions, soit à l'initiative de la commission lorsque, de son avis, la gestion de l'entreprise ne peut plus être assurée dans des conditions normales, ou lorsqu' a été prise l'une des sanction visées à l'article 114 ci-dessous, 4ème et 5ème paragraphe* ».
- En application de cet article, Union Bank a été mise sous administrateur provisoire du 03 avril 1997 au 1er mars 1998. Voir également la position du conseil d'Etat vis-à-vis la nomination d'un administrateur provisoire, CE 01 – 04 – 2003, Algerian International Bank C/ Gouverneur de la banque d'Algérie, Revue du conseil d'Etat n° 03, 2003, p. 135.
- 69- Art. 213 de l'ordonnance 95-07 relative aux assurances (modifiée et complétée), op.cit.
- 70- DECOOPMAN (N.), "Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes" JCP 1987 n° 13, p. 3303.
- 71- GODET (R.), "La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun: L'exemple des autorités de marché", RFDA Septembre-Octobre 2002, p.967.

Harmonisation du droit européen des contrats: enjeux et défis*

ATMANI Bilal, M.A."A"
Département Droit Privé
Faculté de Droit et des Sciences politiques
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia,
Algérie

عثماني بلال أستاذ مساعد قسم "أ"
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé

L'harmonisation du droit des contrats demeure un objectif à atteindre pour la Commission Européenne qui a multiplié les appels au rapprochement des règles du droit des contrats au niveau interne tout en respectant la souveraineté des Etats membres de l'Union.

La Commission Européenne a réaffirmé, à l'occasion de l'adoption de deux résolutions adoptées en date des 23 mars 2006 et 06 septembre 2006, sa conviction qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil.

Ma contribution vise à étudier la politique européenne en matière d'harmonisation du droit des contrats et mettre en lumière le constat de cette politique.

Mots clés

Droit européen des contrats, harmonisation, sécurité juridique du contrat, principes fondamentaux du droit des contrats.

Harmonization of European contract law: issues and challenges.

Summary

The harmonization of contract law remains a goal for the European Commission, which has multiplied the calls to bring the rules of contract law at domestic level while respecting the sovereignty of member states of the union.

The European Commission reaffirms in two resolutions dated March 23, 2006 and September 6, 2006, his conviction that a uniform internal market can't be fully functional without further steps towards the harmonization of civil law.

My contribution is studied European policy on the harmonization of contract law, and to highlight the finding of this policy.

Key words

European contract law, harmonization, legal certainty of the contract, the basic principles of contract law.

* Article reçu le 06/09/ 2015, expertisé le 08/11/2015, rendu publiable le 10/11/2015

تجانس القانون الاوروبي للعقود: الرهانات والتحديات

ملخص

يبقى توحيد قانون العقود على المستوى الاوروبي هدف يرجى الوصول اليه، ولقد نادى اللجنة الاوروبية الى تقريب القواعد المتعلقة بالعقد على مستوى المحلي للدول الاعضاء مع احترام سيادة هذه الدول.

أكدت اللجنة الاوروبية من خلال قرارين بتاريخ 23 مارس 2006 و 06 سبتمبر 2006 ان توحيد السوق الاوروبية لن يمر إلا عبر توحيد قواعد القانون المدني للدول الاعضاء. من خلال هذا المقال، سأحاول دراسة السياسة المنتهجة من طرف الاتحاد الاوروبي من أجل توحيد القواعد المتعلقة بالعقد، مع محاولة تسليط الضوء على نتائج هذه السياسة.

الكلمات الدالة

القانون الاوروبي، توحيد قواعد العقد على المستوى الاوروبي، الأمن القانوني للعقد، القواعد الاساسية لنظرية العقد.

Introduction

La signature du traité de Rome le 25 mars 1957 fut le point de départ de la plus grande union d'Etats du 20^{ème} siècle, ayant réuni initialement la France, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg. L'Union Européenne compte actuellement 28 pays, ayant pour but principal l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et la mise en œuvre des politiques ou des actions communes en vue de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement, un haut degré de convergence des performances économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres.¹

Quelques mots attirent l'attention dans l'article suscité, tel « harmonieux » « commun », « cohésion », tous sont synonymes d'unité et d'homogénéité, ce qui met l'accent sur la nécessité d'harmonisation de la norme juridique au sein de l'Union.

Si il y a un domaine où l'harmonisation des textes est essentielle, c'est bien celui des contrats, la libre circulation des bien voulue par le titre I de la partie 3 du traité l'impose fortement.

L'importance d'une harmonisation du droit européen des contrats est multiple, elle instaurera un climat de confiance entre les contractants et limitera le nombre de

litiges devant les juridictions compétentes, elle dessinera aussi des contours clairs au droit européen des contrats.

L'objet de ma contribution est de faire en premier lieu une évaluation de la politique d'harmonisation européenne en matière de droit des contrats, suite à quoi seront développés les résultats d'une telle évaluation.

§1/ Harmonisation du droit européen des contrats : état des lieux

Si la réglementation sectorielle du domaine du droit des contrats et de mise actuellement au niveau européen, cette méthode ne demeure pas sans failles au vu des différents chevauchements (pour ne pas dire contradictions), dus à la juxtaposition de plusieurs directives européennes dans le domaine des contrats.

A/ Harmonisation sectorielle du domaine des contrats

Au vu des différents textes communautaires relatifs aux règles spécifiques de conclusion de quelques contrats, il est souligné l'existence de situations identiques qui font objet d'un traitement différent², les directives n° 97/7 CE du parlement européen concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance³ et n° 2002/65 CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs⁴ en sont le parfait exemple⁵.

Si la directive n° 97/7 prévoit en matière de délai de rétractation un délai « d'au moins sept jours ouvrables »⁶, la directive n° 2002/65 octroie quant à elle au consommateur « Quatorze jours calendrier »⁷ pour le faire. Constatant au passage que l'article 06 de la directive n° 97/7 est applicable à tout type de contrat indépendamment de son objet, du moment qu'il est conclu à distance, la contradiction entre les deux directives suscitées semble inévitable à notre sens.

B / Multiplication des directives en matière contractuelle

Nul ne doute que des efforts ont été fournis dans le but de rapprocher les règles relatives au droit des contrats, mais le constat des spécialistes du droit européen des contrats fait état de nombreuses lacunes, ayant pour résultat final des divergences notables dans la construction d'un modèle cohérent de contrat⁸.

Il n'est pas à prouver que ces divergences entraînent des rapports contractuels instables qui ne donnent pas aux contractants la confiance nécessaire à la conclusion de contrats à caractère international au sein même de l'Union européenne.

L'usage de directives qui n'engagent les pays membres qu'aux résultats de cette dernière, peu importe la manière d'agir, fait le bonheur des législateurs nationaux au détriment d'une harmonisation tant recherchée au niveau communautaire⁹.

Le Conseil de l'Union européenne constate en la matière que « *ce phénomène est accentué par l'absence de définitions uniformes de termes et concepts généraux dans le droit communautaire* »¹⁰.

En outre, la Commission Européenne souligne que « *l'articulation du droit communautaire dérivé avec les droits des Etats membres était rendue souvent délicate par la diversité de ceux-ci, en outre, l'adoption de règles au niveau de l'Union européenne est parfois la source de graves incohérences dans la réglementation d'ensemble des questions visées* »¹¹

D'autres auteurs ont mis en exergue le problème de la langue des pays membres de l'Union car le traité de Rome n'exclut aucune langue : une directive de 1958 instaure l'égalité des langues officielles de tout les Etats membres.¹²

Si la diversité linguistique est une richesse culturelle, elle peut très vite être à l'origine d'une cacophonie faisant suite à une traduction de termes quelquefois dépourvus de précision¹³.

§ 2 / Constat et essais d'harmonisation

Suite à une étude sur l'épineuse question de l'harmonisation du droit communautaire des contrats, le constat est qu'on est loin des résultats escomptés, ce qui a conduit à une réflexion des chercheurs afin de trouver le meilleur moyen pour l'harmonisation du droit européen des contrats.

A / Un constat et des interrogations

Le premier constat à faire sur la réglementation du droit des contrats est l'absence de textes relatifs au droit commun des contrats. Hormis quelques directives comme celle relative aux clauses abusives¹⁴, on constate une multiplication de textes énumérant des règles applicable à des types de technique contractuelle ou à des contrats conclus de manière non traditionnelle.

Il résulte du constat invoqué au paragraphe précédent, comme l'a bien identifié Pr Eve TRUILHE, un affaiblissement de la notion de droit communautaire des contrats en faisant remarquer que « *c'est l'inexistence de règles générales relatives à la formation, à la validité et aux effets des contrats qui importe. Le constat forcément négatif qui doit être fait concernant l'idée d'un droit commun des contrats au plan communautaire contribue activement à mettre en doute l'existence du droit communautaire des contrats* »¹⁵.

Le moins que l'on puisse dire du cadre juridique du domaine des contrats au niveau communautaire est que ses contours sont assez flous, les contractants n'arrivent même plus – à notre sens – à déterminer quelle loi applicable sur un tel ou tel autre contrat. Le cas d'espèce est celui du litige *Travel-Vac S.L. contre Manuel José Antelm Sanchis* dont les faits tournent autour d'un contrat conclu entre les deux parties et aux termes duquel M. Antelm Sanchis se portait acquéreur d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier (« time-share »), assorti du droit de bénéficier d'un certain nombre de services ; ce dernier a toutefois renoncé verbalement à son achat trois jours après la date de conclusion du contrat.

Dès lors, deux directives européennes pouvaient être appliquées : la Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et la Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers.

M. Antelm Sanchis ayant exercé son droit de renonciation de manière verbale s'appuie sur l'article 5/1 de la directive 85/577/CEE¹⁶ tandis que la société Travel-Vac S.L. invoque l'article 5/2 de la directive 94/47/CE¹⁷.

La CJCE par un arrêt du 22/4/1999 « considère que la directive 85/577 s'applique au contrat en cause au principal étant donné que l'utilisation partagée de l'immeuble n'est que l'un des éléments du contrat dont l'objet consiste en un ensemble de prestations de services touristiques »¹⁸.

Il n'est pas difficile de considérer dans le cas d'espèce que la CJCE a voulu protéger les intérêts de l'acquéreur aux dépens de ceux de la société vendeuse¹⁹.

B/ A la recherche d'une méthode d'harmonisation

Le constat est sévère et la solution n'est pas facile à trouver considérant l'autonomie dont bénéficient les Etats membres de l'Union européenne.

Une partie de la doctrine européenne préconise la codification du droit européen des contrats²⁰, ce qui à notre sens, constitue actuellement une utopie tant les divergences sont profondes, c'est d'ailleurs ce que la commission européenne a proposé dans un travail de consultation, cette solution a été rejetée par la plupart des spécialistes consultés²¹.

Une commission non gouvernementale dite la commission Lando a essayé de mettre en place des principes du droit européen des contrats²² dont le trait caractéristique réside, notamment, dans la place de choix conférée à la bonne foi et la confiance faite au juge, dont le pouvoir d'intervention sur le contenu même du contrat est important. Cette initiative est restée vaine vu le caractère non impératif des principes à l'égard des Etats membres.

Le travail réalisé par la commission Lando pouvait aboutir à l'instauration d'un Cadre commun de référence qui, même non obligatoire pour les pays membres, aurait servi de fonds commun de règles, mais la Commission Européenne à travers le livre vert publié le 01/07/2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises²³ a remis au devant de la scène l'idée Instrument optionnel de droit des contrats. Le présent livre vert a pour objet de lancer une consultation publique afin de recueillir des orientations et les avis des acteurs concernés quant aux mesures envisageables dans le domaine du droit européen des contrats.

Le 11/10/2011, une proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente a été publiée²⁴, les obligations précontractuelles ont eu largement leur place au sein du projet, une Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 a été arrêtée en première lecture sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente.

Conclusion

Si l'harmonisation du droit européen de manière générale s'avère compliquée, celle du droit des contrats à mon sens l'est un peu plus.

Les initiatives d'harmonisation du droit des contrats furent nombreuses, l'Institut International pour l'Unification du Droit privé (UNIDROIT) a élaboré les principes relatifs aux contrats du commerce international qui constituent des règles

types concernant la vente de marchandises et la prestation de services, ce qui donne l'espoir de voir un règlement européen adopté sur le droit des contrats.

A travers la présente étude, on pense que la politique d'une réglementation sectorielle du domaine du droit des contrats reste une solution inadéquate dans l'optique d'une harmonisation du domaine du contrat.

L'insécurité juridique née de ce manque de cohésion est une vraie menace pour la pérennité des transactions entre particuliers au sein de la communauté européenne.

on pense que l'aboutissement à un texte relatif au droit européen des contrats _quelle que soit sa nature et son ampleur_, sera conditionné au contenu du texte.

un accord sur des principes généraux du droit des contrats, sans élargir la discussion à des types de contrat spéciaux, peut voir le jour, si les egots de quelques Etats membres de l'Union sont mis à coté.

Notes

1- Article 2 du traité de Rome (modifié)

2- Maud CLERMONT, *Le rapprochement du droit européen des contrats - enjeux et perspectives*-Mémoire de DEA, Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion université de Lille 2, 2003, p 18.

3- Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, 04/06/1997.

4- Directive 2002/65/Ce du Parlement Européen et Du Conseil du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JOCE n°L271/16, du 09/10/2002.

5- Eve TRUILHE, *Vers un droit communautaire des contrats*, thèse pour le doctorat en droit, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2002, p 477

6- L'Article 06 de la directive dispose : « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. »

7- L'article 6 de la directive stipule que : « Les États membres veillent à ce que le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter, sans pénalité et sans indication de motif. Toutefois, ce délai est porté à trente jours calendrier pour les contrats à distance ayant pour objet les assurances sur la vie couvertes par la directive 90/619/CEE et les opérations portant sur les retraites individuelles. ».

8- Voir en ce sens Eve TRUILHE, op. cit. p. 474.

9- Maud CLERMONT, op. cit. p. 22.

10- Idem. p. 22.

11- Idem.

12- Règl. 1/58 du 15 avril 1958 portant fixation du régime linguistique de la Communauté Économique Européenne, JOCE n°17 du 6 octobre 1958, 385.

13- Hélène CLARET, *Le défi du langage (Déterminabilité d'un droit européen des contrats et pluralisme linguistique)*, in *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, ouvrage collectif S/D Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, HAL université de Savoie, 2012, P54/ Maud CLERMONT, Op.Cit. p. 22.

14- Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, L 95, 36^e année, 21 avril 1993.

15- Eve TRUILHE, op.cit., p. 483.

16- Article 5 de la directive 85/577/CCE : « 1. *Le consommateur a le droit de renoncer aux effets de son engagement en adressant une notification dans un délai d'au moins sept jours à compter du*

moment où le consommateur a reçu l'information visée à l'article 4 et conformément aux modalités et conditions prescrites par la législation nationale. En ce qui concerne le respect du délai, il suffit que la notification soit expédiée avant l'expiration de celui-ci. »

17- Article 5/2 de la directive 94/47/CE dispose que « *si l'acquéreur entend exercer les droits prévus au point 1, il le notifie, avant l'expiration du délai et d'une manière pouvant être prouvée conformément aux législations nationales, à la personne dont le nom et l'adresse figurent, à cet effet, dans le contrat, selon les modalités stipulées dans celui-ci en application du point l) de l'annexe; le délai est réputé respecté si la notification, à condition d'avoir été faite par écrit, a été envoyée avant l'expiration du délai; »*

18- Arrêt de la CJCE (troisième chambre), AFFAIRE C-423/97, 22. 4. 1999, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=C-423/97&td=ALL>

19- Maud CLERMONT, op. cit. P. 22.

20- Innocent Fetze KAMDEM, Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique, Revue Juridique Thémis, N° 43, 2009, p.630.

21- Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Regards sur le processus de formation d'un droit européen des contrats, XVe journées franco-roumaines de droit comparé, le droit comparé face à l'harmonisation des droits, *Strasbourg, 16-18 juin 2011*, p.10.

22- Voir http://www.lexinter.net/JF/principes_europeens_des_contrats.htm

23- Voir <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0348&rid=10>

24- Voir <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:fr:PDF>.