



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة القانون العام المقارن

مجلة سداسية محكمة

تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
لجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية



المجلد الأول - السنة 2023
العدد الثاني ر د م د 9979-2830
الإيداع القانوني أكتوبر 2023

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة القانون العام المقارن

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

المجلد الأول - السنة 2023
العدد الثاني ر د م د 9979-2830
الإيداع القانوني أكتوبر 2023

الناشر



كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

قطب ابوداو طريق تيشي بجاية

البريد الإلكتروني : Revue.public.compare@droit-univ-bejaia.dz

الهاتف / فاكس 034 816 83



ISSN : 2830-9979

الإيداع القانوني أكتوبر 2023

مجلة القانون العام المقارن

مجلة علمية سداسية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية

هيئة التحرير

مدير التحرير

الأستاذ الدكتور: بري نور الدين،

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور: أوكل محمد أمين،

جامعة الجزائر 1

مساعد رئيس التحرير

الدكتور: مختاري عبد الكريم،

جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة

- | | |
|---|--|
| الأستاذ الدكتور، زوايمية رشيد،
جامعة بجاية (الجزائر) | الأستاذ الدكتور، بن ناصر أحمد، جامعة
الجزائر (الجزائر) |
| الأستاذ الدكتور، بودريوة عبد الكريم،
جامعة بجاية (الجزائر) | الأستاذ الدكتور، تاجر محمد، جامعة تيزي
وزو (الجزائر) |
| الأستاذ الدكتور، بّري نور الدين، جامعة
بجاية (الجزائر) | الأستاذ الدكتور، إقلولي محمد، جامعة تيزي
وزو (الجزائر) |
| الأستاذ الدكتور، دلييك فيليب، جامعة
باريس 1 (فرنسا) | الأستاذ الدكتور، كايس شريف، جامعة
تيزي وزو (الجزائر) |
| الأستاذ الدكتور، خالد عبد القادر منصور،
مركز الدراسات الاستراتيجية (ليبيا) | الأستاذ الدكتور، المحمدي صدام، جامعة
الفلوجة (العراق) |
| الأستاذة الدكتورة، الغوتي سعاد، جامعة
الجزائر (الجزائر) | الأستاذ الدكتور، عميرش ندير، جامعة
قسنطينة 1 (الجزائر) |
| الأستاذ الدكتور، بوغزالة محمد ناصر، جامعة
الوادي (الجزائر) | الأستاذ الدكتور، عبد القادر عبد العالي،
جامعة سعيدة (الجزائر) |
| الأستاذ الدكتور، العايب علاوة، جامعة
الجزائر (الجزائر) | الأستاذ الدكتور، خلفي عبد الرحمان،
جامعة بجاية (الجزائر) |
| الأستاذ الدكتور، بوشير محمد أمقران،
جامعة تيزي وزو (الجزائر) | الأستاذ الدكتور، أورهون طاهر، جامعة
الجزائر (الجزائر) |

الأستاذة الدكتورة، تواتي نصيرة، جامعة
بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، طباش عز الدين، جامعة
بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، دحماني عبد السلام،
جامعة بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، صايش عبد المالك، جامعة
بجاية (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، قبائلي طيب، جامعة بجاية
(الجزائر)

الأستاذ الدكتور، بوجلال صلاح الدين،
جامعة سطيف (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، حاحة عبد العالي، جامعة
بسكرة (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، كرام محمد الاخضر،
جامعة الوادي (الجزائر)

الأستاذ الدكتور، يعيش تمام شوقي، جامعة
الوادي (الجزائر)

لجنة القراءة والتحكيم

- أ.د. حزيط محمد، جامعة البليدة (الجزائر)
- أ.د. يوسفات مولاي هاشم، جامعة أدرار (الجزائر)
- أ.د. محمد علي، أستاذ، جامعة أدرار (الجزائر)
- أ.د. عبد النبي مصطفى، أستاذ، جامعة غرداية (الجزائر)
- أ.د. بوقرة إسماعيل، أستاذ، جامعة خنشلة (الجزائر)
- أ.د. شوقي سمير، أستاذ، جامعة سطيف (الجزائر)
- أ.د. تياب نادية، أستاذة، جامعة تيزي وزو (الجزائر)
- أ.د. بورزق أحمد، أستاذ، جامعة الجلفة (الجزائر)
- أ.د. أحمد علي، أستاذ، جامعة أدرار (الجزائر)
- د. الداه محمد عبد القادر، أستاذ محاضر، جامعة نواكشوط (موريتانيا)
- د. علي فيصل الصديقي، أستاذ مساعد، جامعة البحرين (البحرين).
- د. حمادة خير محمود، أستاذ مساعد، كلية الإسرائاء (العراق)
- د. الفورقي مصطفى، أستاذ زائر، جامعة الحسن الأول (المغرب)
- د. أنداري أحمد، أستاذ محاضر، جامعة نواكشوط (موريتانيا)
- د. الرباع جواد، أستاذ محاضر، جامعة أيت ملول أغادير (المغرب)
- د. سعيدان لميس، أستاذة مساعدة، جامعة جندوبة (تونس)
- د. يحيى نورة، أستاذة محاضرة أ، جامعة بجاية (الجزائر)
- د. عيساوي عز الدين، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)
- د. تعويلت كريم، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)
- د. بودة محند واعمر، أستاذ محاضر أ، جامعة بجاية (الجزائر)

- د. العيد عبد الحفيظ، أستاذ محاضر أ،
جامعة بجاية (الجزائر)
- د. قادري نسيم، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. هارون نورة، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. موري سفيان، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. عثمان بلال، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. حنفي حدة، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. طباع نجاة، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. يوسف فيزة، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. أسياخ سمير، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. بن هلال ندير، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. مخالفة كريم، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. طاهير راجح، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. بهلولي فاتح، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. العبد عبد الحفيظ، أستاذ محاضر أ،
جامعة بجاية (الجزائر)
- د. تريكي فريد، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. شيتو عبد الوهاب، أستاذ محاضر أ،
جامعة بجاية (الجزائر)
- د. قاسمي يوسف، أستاذ محاضر أ،
جامعة بجاية (الجزائر)
- د. عسالي عبد الكريم، أستاذ محاضر أ،
جامعة بجاية (الجزائر)
- د. معزيز عبد السلام أستاذ محاضر أ،
جامعة بجاية (الجزائر)
- د. ناتوري كريم، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. وكات جوهرة، أستاذ محاضر أ،
جامعة بجاية (الجزائر)
- د. نجوم أسماء، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. وكان عبد الغني، أستاذ محاضر أ،
جامعة بجاية (الجزائر)
- د. جبيري نجمة، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)
- د. برازة وهيب، أستاذ محاضر أ، جامعة
بجاية (الجزائر)

د. زعادي محمد جلول، أستاذ محاضر أ،
جامعة البويرة (الجزائر)

د. كمون حسين، أستاذ محاضر أ، جامعة
البويرة (الجزائر)

د. زياد عادل، أستاذ محاضر أ، جامعة
خنشلة (الجزائر).

د. عليان عدة، أستاذ محاضر أ، جامعة
غليزان (الجزائر)

د. دعاس كمال، أستاذ محاضر أ، جامعة
البويرة (الجزائر)

د. بن فردية محمد، أستاذ محاضر أ، جامعة
غرداية (الجزائر)

د. مقدم فيصل، أستاذ محاضر أ، جامعة
تيزي وزو (الجزائر)

د. بوجانة محمد، أستاذ محاضر أ، جامعة
غليزان (الجزائر)

د. بكاوي أحمد، أستاذ محاضر أ، جامعة
أدرار (الجزائر)

د. زهدور أنجي، أستاذ محاضر أ، جامعة
وهران (الجزائر)

د. وكاوي أحمد، أستاذ محاضر أ، المركز
الجامعي تيموشنت (الجزائر)

د. شوقي ندير، أستاذ محاضر أ، جامعة
غرداية (الجزائر)

د. جرمون طاهر، أستاذ محاضر أ، جامعة
الوادي (الجزائر)

د. محديد حميد، أستاذ محاضر أ، جامعة
الجللفة (الجزائر)

د. أكرور ميريام، أستاذ محاضر أ، جامعة
الجزائر (الجزائر)

د. أوشاعور رشيد، أستاذ محاضر أ، جامعة
بومرداس (الجزائر)

د. كمال محمد الأمين، أستاذ محاضر أ،
جامعة تيارت (الجزائر)

د. وكة عبد الكريم، أستاذ محاضر أ،
جامعة جيجل (الجزائر)

د. سليمان السعيد، أستاذ محاضر أ،
جامعة جيجل (الجزائر)

د. زايدي حميد، أستاذ محاضر أ، جامعة
تيزي وزو (الجزائر)

د. آيت قاسي حورية، أستاذ محاضر أ،
جامعة تيزي وزو (الجزائر)

د. خلدي فتيحة، أستاذ محاضر أ، جامعة
البويرة (الجزائر)

كلمة العدد

يتضمن العدد الثاني من مجلة القانون العام المقارن دراسات وبحوث قيمة في مجالات القانون العام المختلفة، وفي مقدمتها القانون الدستوري، حيث تطرق العدد إلى أبحاث خاصة بالعدالة الدستورية سيما دور المجلس الدستوري (سابقاً، المحكمة الدستورية حالياً)، في مجال الانتخابات التشريعية، وكذا تحليل الأسس الدستورية لقواعد وكيفيات وإجراءات الاخطار والاحالة أمام المحكمة الدستورية، بالإضافة إلى بيان الحقوق والحريات الأساسية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2020.

كما تضمن العدد دراسات في مجال المنازعات سواء الإدارية فيما يتعلق بالقرارات الإدارية ومجلس المنافسة في الجزائر بالإضافة إلى أولوية القانون العام في مجال الضبط الاقتصادي للإعلام الإلكتروني، أو النزاعات الخاصة بالعقود الدولية ومنها العقود النفطية في ضوء التجربة العراقية.

رئيس التحرير:

أهداف المجلة

تهدف مجلة القانون العام المقارن إلى نشر المقالات العلمية التي تعنى بمجالات القانون العام، والدراسات القانونية المقارنة ذات الصلة بتحويلات القانون العام ومقارباته الموضوعاتية المعاصرة في مختلف القوانين والنظم المقارنة، فضلا عن نشر البحوث والدراسات الأكاديمية الرصينة كالتعليق على القرارات القضائية الصادرة عن مختلف جهات القضاء الإداري أو قرارات القضاء الدستوري.

تخصّص مجلة القانون العام المقارن فضاءً معرفياً وأكاديمياً متخصصاً لنشر الأعمال العلمية والتعريف بها وفق الأصول المنهجية والأكاديمية المتعارفة لا سيما أعمال الملتقيات والتظاهرات العلمية الوطنية والدولية، لتكرّس المجلة بذلك نهجاً علمياً يرمي لتوثيق أجود الأعمال ومخرجات النشاطات البحثية والتظاهرات الأكاديمية التي تقيمها كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بجاية أو مخبر البحث في فعالية القاعدة القانونية، وتجعلها في متناول الباحثين لتثمين أثرها العلمي وقيمتها المعرفية.

علاوة عن اهتمامات مجلة القانون العام المقارن بميادين القانون العام الكلاسيكي، تحرص المجلة على نشر الدراسات والبحوث المقارنة ذات الراهنية والجدة لا سيما في مجالات الحوكمة والعدالة الدستورية والديمقراطية التشاركية والقانون العام الاقتصادي، وكذا الأعمال الأكاديمية القانونية المتناولة لمواضيع البيئة والتعمير والتهيئة العمرانية والمدينة، فضلا عن نشر المواضيع ذات البعد الدولي والعالمي كالدراسات المتعلقة بإشكاليات الأمن والتعاون الدولي والهجرة وحقوق الإنسان وحقوق الأجانب ومختلف الميادين القانونية ذات العلاقة ب القانون العام المقارن.

تسعى هيئة تحرير المجلة وهيئة الخبراء المحكّمين إلى نشر البحوث العلمية الأكاديمية التي تتناول مواضيع مستجدة في ميادين القانون العام المقارن المختلفة، فإنها تطمح للتعريف بقيمة البحوث الأكاديمية المحكّمة على المستويين الوطني والدولي، وترصد تقييم البحوث والدراسات الأكاديمية المقارنة التي تطرحها في شكل أعداد عادية أو موضوعاتية، لغرض تطوير البحث العلمي وتشجيع الدراسات المعمّقة في الميادين ذات الصلة بتحويلات وإشكالات القانون العام المقارن، سيما من خلال الانفتاح على التجارب والممارسة القانونية المقارنة ومستجدات البحث العلمي من خلال نشر البحوث والدراسات الأجنبية ذات الصلة.

سياسة النشر في المجلة

تُتاح المساهمة لنشر البحوث العلمية بمجلة القانون العام المقارن للأساتذة الباحثين، والطلبة الباحثين، والباحثين الدائمين في مجالات القانون العام المقارن المتعددة، المنتمين للهيئات والمؤسسات الجامعية الجزائرية والأجنبية، ومراكز البحث العلمي الرسمية أو المعتمدة، بحيث تعد المجلة مساحة علمية وفضاء معرفيا يسعى لتشجيع البحث العلمي الجاد والرصين وإشاعة الثقافة القانونية، وهي ترحب بجميع البحوث والدراسات الأكاديمية في ميادين القانون العام المقارن، وذلك بمختلف لغات البحث التي تعتمدها المجلة كالعربية والفرنسية والانجليزية.

أخلاقيات النشر في المجلة

تدعو هيئة تحرير المجلة الباحثين عند إيداع طلب النشر في المجلة إلى التقيد التام بأخلاقيات نشر البحوث العلمية الأكاديمية المألوفة، وتُخلى المجلة مسؤوليتها عن أي إخلال بها، على غرار الاحترام الصارم لأصول وقواعد الأمانة العلمية، والتعهد بأصالة البحوث المقدمة وعدم سبق نشرها أو عرضها على التحكيم أو المشاركة بها في تظاهرات علمية، فضلا عن الالتزام بقواعد الموضوعية العلمية والتجرد من الدواعي الذاتية والشخصية في الطرح والبحث، وذلك في ظل احترام الحرية الأكاديمية المعترف بها للباحث.

تعرض جميع البحوث الواردة إلى المجلة وجوبا على التحكيم، ويخطر صاحب البحث برأي الهيئة العلمية ويلتزم الباحثون بإدخال ملاحظات وتصويبات الخبراء قبل قرار قبولها النهائي للنشر في المجلة.

فهرس العرد

01	أ.د. محمد ناصر بوغزالة	الانتخابات التشريعية والمجلس الدستوري الجزائري
64	أ.د. بومدين محمد	الأساس الدستوري للقانون العضوي رقم 19-22 المتعلق بإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية: دراسة تحليلية ونقدية
122	أ.د. عيساوي عز الدين	منازعات القرارات الإدارية وقانون المنافسة
162	كوكز أ. د. صدام فيصل المحمدي م.م. إنعام محمد رضا عبد العزیز المنذري	الإشكاليات المرتبطة بالتوصيف القانوني لعقود الخدمة النفطية دراسة قانونية مقارنة في ضوء التجربة العراقية.
215	Pr. GHOUTI Souad	Le traitement constitutionnel des droits et libertés dans la dernière révision de la constitution algérienne en date du 1 ^{er} novembre 2020
227	Pr. NOUREDDINE BERRI	La prévalence du droit public dans la régulation économique des communications électroniques

الانتخابات التشريعية والمجلس الدستوري الجزائري

أ.د. محمد ناصر بوغزالة

أستاذ جامعة الوادي

nacer.boughzala@gmail.com

ملخص

تناولت هذه الدراسة بيان دور الاجتهاد الدستوري للمجلس الدستوري في مجال الانتخابات التشريعية. بحيث يمارس المجلس (المحكمة الدستورية حاليا) صلاحيات دستورية وقانونية مختلفة في مجال الرقابة على صحة العملية الانتخابية لكلا من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وقد توصلت الدراسة إلى نتائج متعددة أهمها ضرورة مراجعة شروط وآجال تقديم الطعون إلى المجلس الدستوري، وتصحيح وضعية السلطة المستقلة لمراقبة الانتخابات، حيث جاء تنظيم مكانة السلطة سابقة لمبدأ ومضمون وشروط ممارسة الانتخابات ضمن قانون الانتخابات الأخير.

الكلمات المفتاحية:

المجلس الدستوري، المحكمة الدستورية، الانتخابات التشريعية، السلطة المستقلة لمراقبة الانتخابات.

مقدمة

اعترف المشرع الدستوري بنوعين من الانتخابات، الانتخابات المحلية (البلدية والولائية) والانتخابات الوطنية (التشريعية، والرئاسية والاستفتاء)، وأخضع الأولى للجان إدارية والقضاء العادي ثم القضاء الإداري، بينما أخضع الثانية لإجراءات إدارية وقضائية وتدخل المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حالياً) والسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات التي استحدثت لأول مرة عام 2019.

على هذا الأساس فإنّ المجلس الدستوري لا علاقة له بالانتخابات المحلية إلاّ إذا تعلق الأمر بانتخابات أعضاء مجلس الأمة.

عليه فإنّ النظام القانوني للنوعين إن كان يعرف بعض الأحكام المشتركة في المواد (169-190) التي هي محل نظر، حيث أنّ بعض المواد يخص فيها الخطاب صورة من الانتخابات فقط كالمواد 176، 186، 184، 185-190 (8 مواد) تخص الانتخابات المحلية، إلاّ أنّ هذا يعدّ استثناء، بحيث يستقل النظام القانوني الانتخابي المحلي عن النظام الانتخابي الوطني، بالنظر لاختلاف طبيعته الانتخابية، وهذا هو السبب الذي جعل المشرع يخصص أحكاماً لكل نوع، إلاّ أنّهما يشتركان كذلك في الأحكام المتعلقة بالشروط المطلوبة في الناخب والقوائم الانتخابية وبطاقة الناخب والعمليات التحضيرية للانتخاب وعمليات التصويت، وبشكل عام فإنّ هناك مجالاً آخر مشتركاً للانتخابات مهما كان نوعها ضمن أحكام المواد (50-190) مع وجود بعض الأحكام الخاصة بكل نوع التي تبدو أحياناً.

بالنظر إلى أنّ الجزائر شهدت أحداثا سياسية كثيرة عام 2019 التي أثرت على الوضع التشريعي والمسار السياسي في البلاد التي عرفت توقيفا للعهد الخامسة للرئيس الراحل نتيجة للاحتجاجات الوطنية التي شهدتها كل الولايات التي استتبعته بتحكيم المادة 102 من التعديل الدستوري لعام 2016 واستدعاء الهيئة الناخبة من جديد للشروع في انتخابات رئاسية التي تمت يوم 2019/12/12 التي كانت نتيجته انتخاب عبد المجيد تبون رئيسا للجمهورية الذي أعلن بمناسبة تنصيبه عن تعديل مرتقب للدستور الذي تم يوم 2020/11/1 عن طريق استفتاء شعبي الذي تبعه وجود قانون جديد للانتخابات الصادر بتاريخ 10 مارس 2021 الذي سبقه حلّ المجلس الشعبي الوطني.

في ظل هذه الظروف المتسارعة فإنّ الإشكال الذي يطرح ويبرز بقوة هو مدى وأبعاد تدخل المجلس الدستوري في كل ما يتعلق بالانتخابات البرلمانية، وما هي الإجراءات القانونية المتبعة في ذلك والقواعد التي تضمنها الدستور وقانون الانتخابات وقواعد عمل المجلس الدستوري، تكمن هي النقاط الجوهرية التي يدور حولها هذا المقال لاسيما إذا أدركنا أنّ الجزائر قد شهدت شكلا ثلاثة دساتير: دستور 1963، دستور 1976 (المعدل ثلاث مرات 79، 80، 88)، دستور 1989 (المعدل 96، 2002، 2008، 2016، 2020)، أما من الناحية الموضوعية فإنّ أعوام 1996، 2016، 2020 تعدّ دساتير جديدة.

يضاف لهذا أنظمة قواعد المجلس الدستوري أعوام 1989 (7 أوت)، 2000 (28 يونيو)، 2012 (16 أفريل)، 2016 (11 مايو)، و2019 (30

يونيو)، فضلا عن تنوع أنظمة الانتخاب 1963، 1980 المعدل 1990 (90-06-06)، و1991 (91-06، 91-17)، 97، 2012، 2019، 2021.

لهذا فإنّ الانتخابات في المراحل الأولى للاستقلال تميّزت بسيطرة الإدارة المركزية المتمثلة في الحزب الواحد وهيمنتها على كل أجهزة الدولة، ثم ظهور الممثلين الشخصيين للمرشحين في قانون 1980 إلى جانب اللجان الإدارية الانتخابية التي أثّرت شكلا على العمليات الانتخابية الذي استتبع بظهور المجلس الدستوري فعليا والمراقبين الدوليين، ثم ظهور لجنة وطنية مستقلة لمراقبة الانتخابات التشريعية 1997/6/5 والتي تبعتها اللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات التشريعية بتاريخ 2002/5/30، والتي عقبها إنشاء لجنة سياسية وطنية لمراقبة الانتخابات بتاريخ 2007/4/17.

أمام هذه الترسانة من النصوص القانونية كيف تعامل المجلس الدستوري مع الانتخابات التشريعية مستبعدين مرحلة (63-88) وآخذين بعين الاعتبار أنّ مجلس الأمة تأسّس بموجب التعديل الدستوري لعام 1996، وظهر السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات عام 2019 ثم عام 2021 في قانون الانتخابات كجزء من القانون نفسه.

عليه فإنّنا نعالج هذا الموضوع في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: ترشيحات أعضاء البرلمان وحالات استخلافهم

المطلب الثاني: المنازعات الانتخابية أمام المجلس الدستوري

المطلب الأول

ترشيحات أعضاء البرلمان وحالات استخلافهم

تنطلق هذه المرحلة ابتداء من المرسوم الرئاسي المتضمن استدعاء الهيئة الناخبة ثلاثة أشهر قبل الموعد الانتخابي الذي يتأكد فيه أنّ المجلس الدستوري من ضمان الآجال القانونية حسب المادة 123 من قانون الانتخابات.

وإذا كان هذا النص عاما ينطبق أو يصدق على كل حالات الانتخاب تقريبا إلاّ أنّه يستثنى منه ترشيحات أعضاء مجلس الأمة، حيث تستدعي الهيئة الناخبة بواسطة مرسوم رئاسي قبل 45 يوما من تاريخ الانتخاب.

وتجدر الإشارة إلى أنّ محتوى هذا المطلب يتعلق بإجراءات قانونية مجردة تطلبها المشرع في المرشحين وكيفية استخلافهم، ومن ثمة فإنّ أغلب الكلام انصب على هذه الإجراءات التي هي مجرد سرد للنصوص واستعراضها.

انطلاقا من هذه الحقيقة فإنّنا نتناول هذا البعد في الفروع التالية:

الفرع الأول: الترشح لعضوية المجلس الشعبي الوطني وحالات استخلافهم

الفرع الثاني: الترشح لعضوية مجلس الأمة وحالات انتخابهم

الفرع الثالث: مراقبة الانتخابات التشريعية

الفرع الأول

الترشح لعضوية المجلس الشعبي الوطني وحالات استخلافهم

كما سبقت الإشارة إلى أنّ هناك أحكاما مشتركة تسري على أغلب حالات الانتخاب خاصة الانتخابات البرلمانية ولكن الذي يهمننا أن نبرز التنظيم المختلف لعضوية المجلس الشعبي الوطني، حيث أنّ المشرع حرص على تحديد شروط الترشح بطريقة متباينة، وكذلك الحال بالنسبة لرفض الترشح وحالات الاستخلاف.

1- شروط الترشح: في البداية نبدي بعض الملاحظات التي على أساسها يتسنى لنا فهم الموضوع:

المثال الأول لأول مرة في الجزائر يحدد المشرع المفاهيم الخاصة بالمصطلحات التي وظفها في قانون الانتخابات التي لم يحسن اختيارها، حيث أنّه لم يميّز بين المرشح والمترشح، حيث عرّف المترشح عكس ما هو عليه الذي يصدق على الشخص الحر، أما المرشح فهو الذي يتم تحت غطاء حزبي.

كما عرّف الاقتراع ولم يلتزم به، ذلك أنّ المشرع من خلال قانون الانتخابات تداخل عليه الوضع، حيث لم يميّز بين الاقتراع والانتخاب والتصويت، فالأقتراع يكون عاما أو مقيدا، أمّا الانتخاب يكون مباشرا أو غير مباشر، وعن طريق القائمة المغلقة أو المفتوحة، أمّا التصويت فإنه يكون سرّيا أو برفع الأيدي، أو إجباريا أو اختياريا، وبذلك يكون المشرع قد استخدم هذه المصطلحات في غيرها ومثالها الفاضح في المادة 13 من قانون الانتخابات التي وردت في الفصل

تحت عنوان عمليات التصويت التي أكد المشرع من خلالها على أنه (تاريخ الاقتراع يحدده المرسوم الرئاسي...) ونفس الخطأ الوارد في المادة 132.

والمثال الثاني حكم المادة 191 (ينتخب المجلس الشعبي الوطني.....بطريقة الاقتراع النسبي....)

حيث لا يعرف الفقه شيئا يسمى الاقتراع النسبي بل يعترف بفكرة التمثيل النسبي.

والمثال الثالث حكم المادة 5 (يتم الانتخاب عن طرق الاقتراع العام السري الحر والمباشر أو غير المباشر)

ذلك أنّ مصطلح السري يرتبط بالتصويت والمباشر أو غير المباشر ترتبط بالانتخاب ولا وجود للحر

والمثال الرابع تحديد مفهوم الاستفتاء الذي هو في الأصل استشارة الشعب حول مسألة ذات أهمية وطنية الذي ليست له علاقة بالديمقراطية مادام أنّ الدول النازية والفاشية قد لجأت إليه لتبرير شرعية حكمها.

ومهما يكن من أمر فإنّ المشرع حدد مجموعة من الشروط التنظيمية التي كفل بها ضوابط الترشيح التي من بينها:

أ- ألا يكون ممنوعا من الترشح، ذلك أنه المشرع حدد طائفة من الأشخاص الذين يحظر عليهم الترشح لمدة عام من انتهاء مهامهم¹ وهم الموظفون الذين سبق لهم تقلد وظائف في أجهزة الدولة، مثل الولاة ورؤساء البلديات والأمناء العامون للولاية ومختلف أسلاك الأمن والقضاة والسفراء والقناصل وأمناء الخزينة العامة وأفراد الجيش....

ب- أن يكون مسجلا في الدائرة الانتخابية محل موضوع الانتخاب

ت- أن يبلغ من العمر 25 عاما على الأقل يوم الانتخاب

ث- أن يكون متمتعا بالجنسية الجزائرية

ج- أن يكون قد سوى وضعيته تجاه الخدمة الوطنية

ح- ألا يكون مدانا بحكم قضائي (جنحة أو جناية سالبة للحرية ولم يرد له الاعتبار مع استثناء الجنح غير العمدية)

خ- بالنسبة للمترشحين الأحرار أن يرفق طلبه بنسخة من البرنامج الانتخابي

د- أن يثبت وضعيته تجاه إدارة الضرائب

ذ- ألا تكون له صلة بالمال الفاسد و/أو وساطة

¹ المادة 199 من أمر رقم 01-21، مؤرخ في 10 مارس 2021، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج. ر. ج. ج عدد 17، صادر في 10 مارس 2021

ر- ألا يكون قد سبق له أن استفاد من عهدتين انتخابيتين

على أن يتضمن التصريح بالترشح الذي يوقعه المعني بالأمر البيانات التالية:

- البيانات الشخصية للمرشح
- تسمية الحزب
- عنوان القائمة بالنسبة للمرشحين الأحرار
- الدائرة الانتخابية المعنية
- البرنامج¹

والترشح يجب أن يخضع للضوابط التي تحددها الإدارة، حيث أن كل قائمة تفرغ في استمارة تسلمها السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات معدة لهذا الغرض، الذي يجب على المرشح أن يملأها ويوقعها، الذي يسلم عقب ذلك وصلا يظهر ويثبت تاريخ وساعة الإيداع، أما المرشحين في الخارج فإن الإيداع يتم أمام مندوبيات السلطة لدى الممثلات الدبلوماسية أو القنصلية المعنية.

وقوائم المرشحين في العادة أن تكون تحت رعاية حزب سياسي أو أحرار حيث إذا كُما أمام الحالة الأولى فلا يمكن قبول تلك القائمة إلا إذا تمت تركيتها من قبل الأحزاب التي تحصلت على 4% من الأصوات المعبر عنها في الدائرة الانتخابية موضوع الانتخاب.

¹ المادة 201 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

أما عن الصيغة الثانية أن تركز القائمة من قبل الأحزاب التي تتوفر على 10 منتخين على الأقل.

والملاحظ أنّ صياغة المادة 202 غير دقيقة في المصطلح المعتمد (...تتوفر...) وربما المصطلح الأسلم (تملك) أو تحوز.

أما إذا كانت القائمة الحزبية لا يتحقق فيها أحد الشرطين السابقين أو أن الحزب يشارك لأول مرة في الانتخابات أو القوائم الحرة، فإنه يجب أن يكون الترشح مدعما ب 250 توقيعاً من ناخبي الدائرة الانتخابية المعنية بصدد كل مقعد¹.

أما بالنسبة للجالية الجزائرية بالخارج فإنّ الترشح بصددها إما أن يكون تحت رعاية حزب سياسي أو قائمة حرة مدعومة ب 200 توقيع على الأقل عن كل مقعد

والملاحظ أنّ قانون الانتخابات استحدث أحكاماً انتقالية على غير العادة التي لم يجر العمل وفقها في القوانين الانتخابية السابقة باعتبارها تمثل مرحلة انتقالية:

أ- إنّ الأحكام المتعلقة بالاستئناف مؤجلة التطبيق إلى غاية تنصيب الجهات الإدارية الخاصة بها².

¹ المادة 202 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

² المادة 314 من المرجع نفسه.

ب- بالنسبة للانتخابات البرلمانية التي جرت يوم 12 جوان 2021 فإنّ المادة 202 في فقراتها الثلاثة الأولى في الاشتراطات التي تطلبها الخاصة بنسبة 4% من الأصوات أو 10% من التوقيعات قد أحدثت بدائل عنها في تلك الانتخابات فقط حيث اكتفى المشرع بحكم انتقالي بالأحكام التالية:

- بالنسبة لمرشحين الأحزاب أن تتم التزكية ب 25 ألف توقيع ضمن 23 ولاية على الأقل بحيث لا يقل في كل منها عن 300 توقيع
- بالنسبة للقوائم الحرة يجب أن تدعم كل قائمة ب 100 توقيع على الأقل عند كل مقعد
- بالنسبة للقوائم أو الأحرار الذين لم يتمكنوا من تحقيق شرط المناصفة المحددة في المادة 191 فإنّ السلطة الوطنية المستقلة تبّت في الأمر عن ترخيص في هذا الشأن

إنّ شرط التزكية في صيغتها الأولى والثانية الواردة في المادة 202 مخالف للأحكام العامة للقوانين، ذلك أنّ أية قائمة حزبية مفترض أنّ تعتمد على نفسها بشكل مستقل عن الأحزاب الأخرى.

وهاتان الصيغتان تجعلان من الأحزاب الحديثة التأسيس تحت رحمة الأحزاب الأخرى، غير أنّ الصيغة الثالثة تبدو مقبولة نسبيا في اشتراطها الحصول على 250 توقيع من ناخبي الدائرة المعنية، ولكن غير المقبول فيها الشرط الخاص بكل مقعد (250 توقيع) وكأنه تعجيز للأحزاب الصغيرة حتى لا تشارك، لذا فإنّ نص المادة 202 معيب من وجهة نظري للأسباب التالية:

-يخّل نص المادة 202 بقاعدة المساواة التي أكد عليها الدستور، وكافة القوانين باعتبار أنّ اعتماد الأحزاب على أحزاب أخرى مناف لهذه القاعدة، ذلك أنّ كل شيء في الوجود قائم على الحرية والذاتية بما في ذلك القوانين، وهذه المادة تتنافى مع هذه الصفة في كونها جعلت الأحزاب التي تريد دخول الانتخابات مقيدة بغيرها وتحت رحمتها، وبذلك أصبحت تابعة لها في قبول الترشح من عدمه، فضلا عن ذلك فإنّ الأحزاب التي تنشط بطريقة عادية تكون أمام مجموعة من الطلبات من مثل هذا النوع فتقبل منها ما تقبل وترفض منها ما ترفض...

في حالة الرفض والبحث عن البديل أو البدائل لا تكون كلها متاحة بطريقة ميسرة، ومهما كان الوضع فإنّ الرفض يقفل الباب أمام الأحزاب التي تنوي الترشح.

-عجيب حكم المادة 202 لأنه ربط أحزابا جديدة أو قديمة بأثر رجعي، ذلك أنّ أغلب القوانين لها أثر مباشر، فكيف يتم تقييد الأحزاب بنصوص ذات أثر رجعي، وبذلك تعتبر المادة مخالفة للمبادئ العامة للقانون.

إضافة لما تقدم ذكره لدى ايداع قائمة الترشيحات يجب أن تكون استمارة الترشح موقعة مع وضع البصمة ومصادق عليها من قبل ضابط عمومي مع فحص الاسم الهوية وبياناتها أو أي وثيقة تثبت ذلك للتأكد من أنّ المرشح مسجل في

القائمة الانتخابية مع ذكر رقم تسجيله التي تقدم لرئيس اللجنة الانتخابية في الدائرة الانتخابية، الذي يتأكد من صحة البيانات بموجب محضر معد لهذا الغرض¹.

ومثل هذه الإجراءات تعبر عن وضع مشدد إداريا التي تنطلق من سوء النية وليس حسنها في التعامل مع المرشحين، فكان يجب على المشرع أن يكتفي بالحد الأدنى من الضمانات القانونية الكفيلة باحترام العملية الانتخابية، فلماذا اذن البصمة والمحضر والضابط العمومي، فكل هذه الإجراءات تزيد قانوني.

مع العلم أنه لا يمكن للقائمة الواحدة أن تتضمن أكثر من مرشحين ينتميان لأسرة واحدة بغية عدم سيطرة بعض الأسر على ترشيحات الأحزاب².

-وفي حالة تقديم التصريح بالترشح لا يجوز الرجوع فيه مهما كانت الأسباب، بالإلغاء أو التغيير بعد ايداعه إلا في حالة مانع شرعي قانوني أو الوفاة، وفي هذه الحالة يمنح أجل إضافي جديد لايداع الترشح لا تتجاوز مدته 30 يوما السابقة عن تاريخ الانتخاب مع بقاء قائمة التوقعات المقدمة صالحة، لأن المدة الزمنية لانتهاه أجل ايداع قوائم المرشحين مرتبطة ب 50 يوما قبل تاريخ الانتخاب.

كما سبقت الإشارة أنه لا يمكن إعادة النظر في قائمة أو تعديلها أو سحبها إلا في حالة الوفاة فقط وبذلك يوجد تعارض بين حكم المادتين 1/180

¹ المادة 202 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

² المادة 182 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

والمادة 204، باعتبار أنّ المادة 180 تؤكد على المانع الشرعي والوفاة، أمّا المادة 204 فتقتصر الحكم على الوفاة فقط.

ولقد ميّز المشرع بين حالتين من الوفاة:

الحالة الأولى وفاة المرشح قبل انتهاء آجال الترشح فإنّه يمكن استخلافه سواء كان متحزبا أو حرا، وبذلك تبقى قائمة المرشحين صالحة.

أما الحالة الثانية إذا حدثت الوفاة بعد انتهاء الآجال فلا استخلاف حينها، لكون عملية الاستخلاف إن تم اللجوء إليها ستعطل العملية الانتخابية وتعارض مع حكم المادة 203 التي تربط الأجل العام ب 5 يوم¹.

مع العلم أنّه لا يمكن للشخص المرشح أن يترشح في أكثر من قائمة أو أكثر من دائرة انتخابية.

2- رفض القوائم الانتخابية: لدينا نوعان من الرفض، الرفض بقوة القانون وهي الحالة التي ذكرناها وهي الترشح في أكثر من قائمة أو أكثر من دائرة انتخابية، وهذا الرفض عقوبته محددة في المادة 278 من قانون الانتخابات التي تقضي بالحبس من 3 أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 4 آلاف دينار إلى 40 ألف دينار متى كان هذا التسجيل مزيفا أو أخفى حالة من حالات فقدان الأهلية.

¹ المادتان 204، 203 من المرجع نفسه.

أما النوع الثاني من الرفض فهو عدم استيفاء الشروط المطلوبة قانونا

قرار الرفض ينبغي أن يكون صريحا ومعللا من قبل المندوبية الولائية للسلطة المستقلة أو لدى ممثليها بالخارج، الذي يجب أن يتم تبليغ المرشح به خلال 8 أيام من تاريخ الايداع وإلا اعتبر القرار باطلا.

وحسب القواعد العامة فإنّ قرار الرفض يكون قابلا للطعن فيه أمام المحكمة الإدارية المختصة اقليميا خلال 3 أيام من تاريخ التبليغ¹ بالنسبة للمرشح على المستوى الوطني.

أما المرشح على مستوى القنصليات والتمثليات الدبلوماسية فإنّ قرار الطعن يتم ايداعه لدى المحكمة الإدارية للجزائر العاصمة خلال 4 أيام من تاريخ التبليغ، على أن تفصل المحكمة الإدارية في هذا الطعن بالاستئناف خلال 4 أيام الموالية لتاريخ تسجيل الطعن الذي يعد حكما نهائيا، الذي يبلغ بأية وسيلة للأطراف المعنية وإلى منسق المندوبية الولائية للسلطة الوطنية، ومنسقتها لدى الممثلات بالخارج حسب الحالة.

وكما سبقت الإشارة اعترف المشرع بنوعين من رفض الترشيح، الرفض بقوة القانون، والرفض نتيجة لتخلف الشروط التي سلك فيها المشرع نوعا من المرونة، حيث مكّن القوائم المرفوضة من تقديم ترشيحات جديدة في أجل لا يتجاوز 25 يوما من تاريخ الانتخاب. في حين أن القوائم المقبولة تسلم إلى رئيس

¹ المادة 206 وما بعدها من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

السلطة الوطنية فورا من طرف منسق السلطة الوطنية لدى الممثلات الديبلوماسية والقنصلية بالخارج¹.

ويلاحظ في هذا الشأن أنّ هذا الحكم لا يمثل له في داخل الوطن بحيث أنّ المشرع سكت عن الملفات المكتملة وضرورة تسليمها للسلطة واقتصر على تنظيم القوائم المستوفية للشروط بالخارج فقط، ثم إنّ حكم المادة 208 توجه بالخطاب إلى القوائم الانتخابية فقط الذي يشمل المترشحين الأحرار، وما يلاحظ كذلك أنّ المادتين 183 و206 تتناولين نفس الموضوع بشكل مكرر، وكذلك حكم المادة 202 والمادة 178 في جزء منها حيث كان على المشرع أن يحيل المواد على بعضها ويحل الإشكال بدلا من التكرار.

الغريب أنّ المشرع لدى تنظيمه أحكام انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني بدأ بالانتخاب ولم يبدأ بالترشح حيث أنّ المواد من 191-200 تعالج الانتخاب والتصويت ثم رجع من جديد إلى الانتخاب في المواد 209-211، في حين أنّه تناول الترشيح في المواد 201-208 فكان أولى بالمشرع أن يبدأ بأحكام الترشح ثم يختتمها بأحكام الانتخاب فيكون التسلسل منطقيا في تناول الموضوع بدلا من الفوضى التي لجأ إليها، الأمر الذي جعل حكم المادة 209 يأتي بشكل فجائي مادام أنّ الأحكام التي قبلها كلها تعالج الترشيح.

¹ المادة 208 وما بعدها من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

3- قبول الترشح: إنّ الأحكام المتعلقة بالفرض تعد استثنائية، لأنّ الأصل أن يتم قبول الترشح ومع ذلك فإنّ المشرع فصل كثيرا في أحكام الفرض.

وهما كان من أمر فإنّ انتخاب مرشحي المجلس الوطني يتم كل 5 أعوام عن طريق قاعدة التمثيل النسبي في دورين، وفي حالة حل المجلس وإجراء انتخابات مسبقة يتم تنظيم انتخابات جديدة في غضون الثلاثة أشهر الموالية.

وقد اعتمد المشرع على قاعدة جديدة وهي القوائم المفتوحة وبتصويت تفضيلي دون مزج وتخضع نتائج الانتخاب للقاعدة العامة القاضية بأنّ توزيع المقاعد يكون حسب نسبة عدد الأصوات المحصل عليها من كل قائمة مع تطبيق قاعدة الباقي الأقوى، على أن يتم استبعاد جميع القوائم التي لم تحصل على 5 % من الأصوات المعبر عنها¹.

أما بشأن المعامل الانتخابي الذي يحكم النتائج فهو حاصل قسمة عدد الأصوات المعبر عنها منقوصا منه عند الاقتضاء الأصوات التي لم تحصل على 5 % من الأصوات على عدد المقاعد المطلوب شغلها، وفي حالة تساوي الأصوات بالنسبة لقائمتين أو أكثر فإنّ المترشح الأصغر سنا يعتبر فائزا، وفي حالة عدم حصول أية قائمة على نسبة 5 % فإنّ جميع القوائم تأخذ في الحسبان التي يقابلها عددا من المقاعد حسب عدد الأصوات المعبر عنها.

¹ المادة 194 وما بعدها من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

واستنادا إلى نص المادة 191 فإن قائمة الترشيح التي يجري الانتخاب عليها ينبغي أن تتضمن عددا من المرشحين يزيد على عدد المقاعد بثلاثة في الدائرة الانتخابية التي يكون عدد مقاعدها فرديا، واثنين في الدائرة الانتخابية التي يكون عدد مقاعدها زوجيا.

تحت طائلة البطلان يجب مراعاة أحكام المناصفة بين الرجال والنساء وأن يخصص نصف المقاعد للشباب الذين تقل أعمارهم عن 40 عاما وأن يكون 3/1 من هؤلاء على الأقل ذوي مستوى جامعي.

وعموما فإنّ هذه الأحكام تهدف لتحسين مستوى الهيئة التشريعية وترقية التشريع لوصول الكفاءات للمجلس من حيث عدد الشباب ومستواهم العلمي، وهذه الغاية التي توخاها المشرع غاية نبيلة التي لا تطرح في المدن الكبرى، لكنها تطرح بجدية في القرى والأرياف والولايات الصحراوية.

4- حالات استخلاف أعضاء المجلس الشعبي الوطني: تنص المادة 215 من قانون الانتخابات بأنّ شروط استخلاف النائب تحدد بقانون عضوي في حالة شغور مقعد بالمجلس الشعبي الوطني الذي يجب أن يكون بقرار من المجلس الدستوري¹ حيث أنّ رئيس المجلس الشعبي يبلغ رئيس المجلس الدستوري برسالة تتضمن شغور منصب مقعد في المجلس مرفقة بالتصريح بالشغور الصادرة عن مكتب المجلس الذي يجب أن يكون مبررا.

¹ المادتان 66، 67 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لعام 2019، ج.ر عدد 42، صادر في 30 جوان 2019.

وهذه الرسالة يبدو أنّها خالية من أية شكليات قانونية معينة التي هي عبارة عن رسالة عادية التي على إثرها يجتمع المجلس الدستوري ويعين مقررا يتولى دراسة الموضوع الذي يتم عن طريق قرار يتخذه المجلس الدستوري بعد المداولة، الذي يبلغ بشكل سريع إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني وإلى وزير الداخلية (حاليا السلطة الوطنية) الذي ينشر في الجريدة الرسمية¹.

وقد أولى المشرع أهمية خاصة لموضوع الاستخلاف في نظام قواعد المجلس الدستوري وكذلك الحال في قانون الانتخابات الذي خصص قسما (القسم الثاني) المكون من مادتين وهما 215 و 216 الذي حدده المشرع في الوفاة والاستقالة والمانع الشرعي والإقصاء والتجريد من العهدة بسبب قبول وظيفة حكومية أو عضوية المجلس الدستوري (التي لم يذكرها القانون الجديد).

وعليه فإنّه في حالة شغور منصب مقعد في المجلس الشعبي فإنه لا تجرى انتخابات جديدة بل يتم استخلافه بالعضو الذي يليه الحاصل على أكبر عدد من الأصوات ليتم المدة القانونية المتبقية من العهدة.

وللعلم فقد حددت عدة قرارات من المجلس الدستوري تتعلق بالاستخلاف نذكر منها بعض الأمثلة التالية:

أ- الاستخلاف بسبب الوفاة: لقد أصدر المجلس الدستوري عدة قرارات في هذا الشأن منها القرار رقم 10 الصادر بتاريخ 1997/1/30، والقرار رقم

¹ المادة 63 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري، المرجع السابق.

2 الصادر بتاريخ 2000/6/13، والقرار رقم 01 الصادر بتاريخ 25 فبراير 1999، والقرار رقم 01 الصادر بتاريخ 13 أبريل 1998، والقرار رقم 04 الصادر بتاريخ 1999/6/1، والقرار رقم 5 الصادر بتاريخ 1999/6/21، ومن الحالات التي تصدى فيها المجلس الدستوري نذكر القرار رقم 10 الصادر بتاريخ 1997/11/30 الذي ورد فيه المضمون التالي: (واعتباراً أنه بمقتضى أحكام الفقرة الأولى من المادة 119 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المذكور أعلاه يستخلف النائب بعد شغور منصب مقعده بسبب وفاته بالمرشح المرتب مباشرة بعد المترشح الأخير المنتخب في القائمة، الذي يعوضه خلال الفترة النيابية المتبقية) هذه الصيغة صيغة نموذجية موحدة تنطبق على كل حالات الاستخلاف وكل الحالات المماثلة.

ب- الاستخلاف بسبب قبول عضوية في المجلس الدستوري: بت المجلس الدستوري في هذا النوع من الاستخلاف في قرارات عديدة منها القرار رقم 02 الصادر بتاريخ 17 مايو 1998، والقرار رقم 03 الصادر بتاريخ 17 مايو 1998، حيث ورد في القرار الأول الصيغة التالية: (واعتباراً أنه بمقتضى أحكام المادة 119 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، يستخلف النائب بعد شغور مقعده بسبب انتخابه لعضوية المجلس الدستوري بالمترشح المرتب مباشرة بعد المترشح الأخير المنتخب في القائمة، الذي يعوضه خلال الفترة النيابية المتبقية).

ج- الاستخلاف بسبب قبول وظيفة حكومية: فصل المجلس الدستوري في قرارات عديدة في مثل هذا الموضوع منها القرار رقم 05 الصادر بتاريخ 1997/7/9، والقرار رقم 01 الصادر عام 2002، حيث ورد في القرار الأول المضمون الآتي: (واعتباراً أنه بمقتضى أحكام الفقرة الأولى من المادة 119 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المذكور أعلاه، يتخلى النائب الذي يقبل وظيفة حكومية عن مقعده، ويستخلف بالترشح المرتب مباشرة بعد المترشح الأخير المنتخب في القائمة، الذي يعوضه خلال الفترة النيابية المتبقية).

وتجدر الإشارة إلى أن الاستخلاف بسبب الاستقالة صدر بصدده قرار واحد عن الفترة البرلمانية السابقة عن حزب القوى الاشتراكية¹.

وقد رفض المجلس الدستوري استخلاف نائب في المجلس الشعبي الوطني بسبب توليه وظيفة حكومية لأنّ الشغور حدث في السنة الأخيرة من العهدة البرلمانية².

ويكمن سبب الرفض في أنّ قانون الانتخابات يقضي بأنه لا استخلاف خلال هذه المدة، إلاّ إذا كانت المدة أطول من ذلك.

د- رفض الشغور بسبب عدم المطابقة: رفض المجلس الدستوري بعض حالات شغور منصب في المجلس الشعبي الوطني بسبب عدم مطابقة موضوع الشغور

¹ يتعلق بالنائب "مصطفى بوشاشي".

² قرار المجلس الدستوري رقم 03 عام 2001 (2001/12/26).

مع حالة الاستخلاف التي منها القرار رقم 02 عام 2001 المؤرخ في 2001/12/26 الذي ورد في الصيغة التالية: (واعتباراً أنّ المؤسس الدستوري لا يميز بين أعضاء غرفتي البرلمان عند توليهم وظائف حكومية، فإنّه قد حصر هذه الوظيفة في الفقرة الأولى من المادة 79 من الدستور في عضوية حكومية دون سواها، واعتباراً أنّ مهمة سفير لا تدخل ضمن إطار الوظيفة الحكومية التي يتم التعيين فيها طبقاً للمادة 79 من الدستور، وإنما تدخل ضمن المهام المنصوص عليها في المادة 78 من الدستور الفقرة الأخيرة).

مع العلم أنّ الاستخلاف مهما كان شكله فإنّه يخضع لنفس الشكليات والاعتبارات والمنطوق كأية قرارات أخرى متعلقة بالمطابقة أو رقابة الدستورية.

الفرع الثاني

الترشح لعضوية مجلس الأمة وحالات انتخابه

إنّ الترشح لعضوية مجلس الأمة تنطلق من الانتخابات البلدية والولاية التي تعطي سنداً لهؤلاء للترشح لعضوية مجلس الأمة الذي يقتصر على الأعضاء المنتخبين فقط.

وحسب القواعد العامة فإنّ أعضاء مجلس الأمة ينتخبون لمدة 6 أعوام مع تجديد النصف كل 3 أعوام بأغلبية الأصوات في دور واحد على مستوى الولاية.

على أن تستدعى الهيئة الناخبة بمرسوم رئاسي قبل 45 يوما من تاريخ الانتخاب متى توافرت الشروط التالية:

- الترشح حر لكل عضو في أي مجلس بلدي أو ولائي، بالنسبة ل 3/2 الأعضاء، والثالث الباقي يتم تعيينه من قبل رئيس الجمهورية طبقاً لأحكام المادة 3/121 من الدستور
- أن يكون المرشح قد بلغ من العمر 35 عاما كاملة يوم الانتخاب
- ألا يكون مدانا بحكم نهائي سالب للحرية (جنحة أو جناية، ولم يرد له الاعتبار باستثناء الجرح العمدية)¹
- أن يثبت وضعيته تجاه الضرائب
- ألا تكون له صلة بالمال الفاسد وأوساطه
- أن يتم التصريح بالترشح على مستوى المندوبية الولائية للسلطة الوطنية، عن طريق ايداع نسختين من استمارة التصريح بالترشيح المسلمة من إدارة السلطة التي يجب على المترشح أن يملأها ويوقع عليها.
- أمّا المترشح تحت غطاء حزبي فلا بد أن يكون حاصلًا على تزكية يوقعها الأمين العام للحزب.
- ويجري إفراغ التصريح بالترشيح في سجل خاص معد لهذا الغرض الذي يجب أن يسجل فيه البيانات التالية:
- الهوية (الاسم واللقب والعنوان والكنية إن استدعى الأمر ذلك وصفة المترشح)

¹ المادة 221 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

- تاريخ الايداع وساعته
- الملاحظات التي تبدي في تشكيل الملف

ويستلم المرشح وصلا بذلك يثبت تاريخ وساعة الايداع¹.

وإذا كان الدستور وقانون الانتخابات قد أكدوا على أن الترشح محظور على كل عضو يمارس عهدتين مستقلتين أو منفصلتين في أجهزة الدولة فإن حكم المادة 221 قد أجاز لمن مارس عهدة في مجلس بلدي أو ولائي بالاستثناء: (لا يسري هذا الحكم على الانتخابات المتعلقة بالتجديدين الجزئيين لأعضاء مجلس الأمة المنتخبين التاليين لصدور هذا القانون العضوي)

أما عملية ايداع الملف فيجب أن يتم قبل 20 يوما من تاريخ الانتخاب، وبذلك لا يمكن تغيير المترشح أو انسحابه (سحب الملف) بعد ايداعه إلا في حالة الوفاة أو مانع شرعي، وبذلك تبدي نفس الملاحظة السابقة².

وإثر ذلك تفصل المندوبية الولائية للسلطة في مدى صحة الترشيحات، وإذا ترتب عن ذلك رفض الترشح ينبغي أن يكون في شكل قرار معلل الذي يبلغ للمعني خلال يومين من تاريخ الايداع، القابل للطعن وفق أحكام المادة 206 التي سبق التعرض لها عند معالجة المجلس الشعبي الوطني، وبذلك تسري أحكام الطعن على المجلسين على حد السواء.

¹ المادتان 223، 224 من المرجع نفسه.

² المواد 224، 225، 226 من أمر رقم 21-01، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

وتجري الانتخابات في مقر المجلس الشعبي الولائي، غير أنه لمنسق السلطة أن يطلب ترخيصا من رئيس السلطة بتقديم الانتخابات أو تأجيلها على أن ينشر القرار الذي يتضمن هذا المحتوى، الذي يعلق بمقر المندوبية الولائية للسلطة ومقر الولاية ومقرات البلدية خلال 3 أيام قبل تاريخ إجراء الانتخاب¹.

يشرع في عملية الانتخاب أمام مكتب التحديث المشكل من رئيس ونائب له ومساعدين (2) و4 أعضاء كلهم قضاة يعينهم رئيس المجلس القضائي المختص اقليميا، على أن يزود مكتب التصويت بأمانة يشرف عليها أمين ضبط يعينه رئيس المجلس القضائي.

يبلغ منسق السلطة رئيس المجلس القضائي بعدد مكاتب التصويت خلال 20 يوما من تاريخ الانتخاب.

كما يجب على منسق السلطة أن يقوم بإعداد قائمة المترشحين حسب الترتيب الأبجدي لأسمائهم وألقابهم والمجالس التي ينتمون إليها، على أن يتم توزيع الهيئة الناخبة على مكاتب التصويت بحيث لا يتجاوز عدد ناخبي المكتب الواحد 400 ناخب².

¹ المادة 228 من المرجع نفسه.

² المادة 229 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

يشترط أن تكون القوائم جاهزة للتوقيع عليها قبل 4 أيام من تاريخ الانتخاب التي يصادق عليها المنسق الولائي للسلطة التي تظل موجودة طيلة فترة الانتخاب.

وإثر عملية الفرز تدون النتائج في محضر يتكون من 3 نسخ بجبر لا يحصى، الذي بموجبه يعين رئيس مكتب التصويت نتائج الانتخاب التي تعلق داخل مكتب التصويت بعد التصريح بها التي تسلم نسخة منها طبق الأصل لممثل المترشح مقابل وصل استلام¹ وتسلم نسخة أيضا لمنسق السلطة، وفي حالة إنشاء أكثر من مكتب تصويت يتم تجميع النتائج في محضر تركيز من قبل لجنة مشكلة من رؤساء مكاتب التصويت ونوابهم وأمانة يشرف عليها أمين الضبط الأكبر سنا ويسري نفس الحل السابق بالنسبة للمحاضر.

وفي حالة وجود احتجاج على النتائج تدون في نفس المحضر، وعلى إثر ذلك يعين رئيس السلطة النتائج المؤقتة خلال 48 ساعة من استلام السلطة التي ترسل إلى المحكمة الدستورية رفقة محاضر الفرز وتركيز النتائج بدون أجل.

وعبارة (دون أجل) لها معنيان معنى ايجابي وآخر سلبي، لكون الانتخابات مرتبطة بأجال قصير عموما التي ربما تتعارض مع محتوى المادة 240، ذلك أن كل مرشح من حقه الاعتراض على النتائج المعلنة من قبل السلطة خلال

¹ المادة 236 من المرجع نفسه.

24 ساعة بتقديم عريضة لدى كتابة ضبط المحكمة الدستورية ويتعين على المحكمة الفصل في الطعون خلال 3 أيام¹.

ومن قرارات المجلس الدستوري الخاصة بتنظيم انتخابات جزئية للمقاعد الشاغرة لمجلس الأمة القرار رقم 3 المؤرخ في 1998/7/26 الذي ورد فيه الصيغة التالية: (اعتبارا أنه بعد تصحيح الأخطاء المادية وإدخال التعديلات التي يراها ضرورية وبالنتيجة يعلن ما يلي: أولا أنّ نتائج الاقتراع الجزئي لعضو واحد بمجلس الأمة جرى يوم 29 ربيع الأول عام 1419 الموافق 23 يوليو سنة 1998 بالدائرة الانتخابية... تضبط كما يأتي...)، وقد سبقت الإشارة أنّ حالات شغور منصب مقعد مجلس الأمة تنطبق عليها نفس حالات شغور منصب عضو المجلس الوطني الشعبي.

الفرع الثالث

مراقبة الانتخابات التشريعية

كان الإشراف مفقودا على الانتخابات البرلمانية، فالإجراء الوحيد الذي كان موجودا منذ صدور قانون الانتخابات عام 1980 هو إقرار لمراقبين يشلون المترشحين الذي لا يزيد عددهم عن 5 في مكتب التصويت الواحد. وتعزز الأمر بمراقبين دوليين يشلون المنظمات الدولية الاقليمية أو العالمية التي لا وجود في انتخابات الدول الغربية!!

¹ المادتان 240، 241 من المرجع نفسه.

هؤلاء المراقبين دليل على شرعية الانتخابات في الدول النامية، التي هي محل شك الدول المتقدمة لماذا لا ننظر نفس النظرة إلى الانتخابات التي تنظم في هذه الدول؟! هل عرفت الدول الأوروبية والدول الكبرى هذا الإجراء؟!!

ولم يتم إقرار هيئة رقابة على الانتخابات إلاّ خلال عام 2019 بظهور السلطة المستقلة للانتخابات التي تأسست بشكل مستقل بواسطة القانون العضوي رقم 07-19 المؤرخ في 14 محرم عام 1441 الموافق 14 سبتمبر سنة 2019.

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري استخدم مصطلح (العام) بالنسبة للتقويم الهجري، واستخدم مصطلح (السنة) بالنسبة للتقويم الميلادي، الذي هو استخدام خاطئ لأنّ (العام) يدل على الخير ورغد العيش، و(السنة) تدل على الشقاء والقحط والمجاعة والفقر، لذا كان أولى بالمشرع أن يستخدم مصطلح (العام) في الجريدة الرسمية، ويستغني عن (السنة).

وعقب ذلك ضمت السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات لقانون الانتخابات الحالي، التي أصبحت جزء منه التي وردت في مواده الأولى، فيكون المشرع قد ارتكب خطأ كبيرا في تنظيمها باعتبار أنّ كل قانون يعرف بنفسه ومبادئه الأولية في البداية ثم تأتي الأجهزة المشرفة على ذلك، حيث أنّ قانون الانتخابات كان من المفروض أن يعرف كل المبادئ والمفاهيم الخاصة بالانتخابات ليصل إلى أجهزة الرقابة، فكيف بدأ بتنظيم أجهزة الرقابة ونحن لم نعرف بعد الأحكام العامة للقانون، فكيف نتكلم عن السلطة الوطنية وأجهزتها قبل أن نتكلم عن الانتخاب وماهيته والتصويت...؟!!

طبقاً للمادة 7 من قانون الانتخابات فإنّ السلطة الوطنية المستقلة تضمن تحضير وتنظيم وتسيير والإشراف على كل العمليات الانتخابية والاستفتاءية، حيث أنّ الإشراف يتضمن أغلب الصور السابقة، فضلاً على أنّ السلطة حملها قانون الانتخابات ما لم تستطع تحمله بحيث جعل منها (الضامن) لكل العمليات الانتخابية التي لا تملك الدولة القيام بها على الوجه المأمول موضوعياً، حيث أنّ السلطة صلاحياتها محدودة وأجهزتها قليلة الفعالية فكيف يسند لها هذا الدور.

وإذا رجعنا إلى المادة 10 لوجدنا أنّ السلطة تقوم بممارسة مهامها منذ استدعاء الهيئة الناخبة إلى غاية إعلان النتائج المؤقتة، وهذا يتعارض مع حكم المادة 7 السابق الإشارة إليها حيث أنّ كلمة (منذ) في غير محلها مادام أنّ السلطة تقوم بالتحضير لكل عملية انتخابية، الذي يفترض أن يشرع فيه من قبل استدعاء الهيئة الناخبة، حيث أنّ الفقرات التسعة للمادة 10 تتنافى مع (منذ) في المسائل التالية:

- مسك البطاقة الوطنية للهيئة الناخبة وتعيينها بشكل دوري ومستمر.
- توفير الوثائق وطباعتها.
- إعداد بطاقة الناخب وتسليمها لأصحابها.
- التحسيس في مجال الانتخابات ونشر ثقافة الانتخاب.
- تكوين وترقية أداء الأعوان ومؤطري العمليات الانتخابية.
- تنسيق الجهود مع مراكز البحث ترقية للبحث العلمي في مجال الانتخابات...

- كل هذه الصور وغيرها يثبت أنّ السلطة تقوم بممارسة مهامها وصلاحياتها طول العام وليس منذ استدعاء الهيئة الناخبة، لأنّ هذا التاريخ تفرغ فيه السلطة أكثر للعملية الانتخابية المقدمة عليها.

ومن أجل كل عملية انتخابية تسهر السلطة على ضمان صحة وشفافية ومصداقية الانتخاب بالتعامل مع السلطات العمومية لتفادي النقائص والاختلالات التي يمكن أن يطرأ على العملية الانتخابية¹، كما يمكن للسلطة أن تتلق كل عريضة أو احتجاج من قبل الأحزاب أو المرشحين، وتضمن أيضا ممارسة المواطنين لحقوقهم الانتخابية وفق الضمانات المكفولة قانونا.

والملاحظ أنّ قانون الانتخابات الجديد أقر حكما انتقاليا بالنسبة لمجلس السلطة الذي كان مشكلا من 50 عضوا طبقا للمادة 26 من القانون العضوي المنظم للسلطة، الذي أعاد النظر في تشكيلته، حتى تكتيف مع القانون الجديد الذي قلّص من عضوية المجلس من 50 عضوا إلى 20 عضوا يعينهم رئيس الجمهورية من بين الشخصيات المستقلة، شريطة أن يكون من بينهم عضوا واحدا يمثل الجالية الجزائرية المقيمة بالخارج.

هذه المادة تمثل انتكاسة وتراجع عمّا تحقق عام 2019 عندما كان تشكيل السلطة أفضل بكثير مما هو عليه الآن مادام أنّها كانت مشكلة من:

- 20 عضوا من كفاءات المجتمع المدني.

¹ المواد 11، 12، 13 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

- 10 كفاءات جامعية.
- 4 قضاة من المحكمة العليا ومجلس الدولة.
- 2 محاميان.
- 2 موثقان.
- 2 محضران قضائيان.
- 5 كفاءات مهنية.
- 3 شخصيات وطنية.
- 2 ممثلان عن الجالية بالخارج.

كل هؤلاء يتم انتخابهم من طرف نظراءهم، بما في ذلك انتخاب رئيس السلطة ذاتها من مجلسها، أما الآن فقد تقلص العدد، وتم إلغاء الانتخاب الطريقة الأكثر شرعية في وجود الهيئات في الدولة، وحل محله التعيين من قبل رئيس الجمهورية.

في ظل هذا الوضع هل يمكن نعت السلطة بأنها مستقلة انطلاقا من تسميتها وما حكم المادة 8 من قانون الانتخابات التي تعترف للسلطة بالاستقلال المالي والإداري؟ أي استقلال إذا؟ خاصة أنّ رئيس الجمهورية صرح بمناسبة انتخابه عن تعديل دستوري يأمل من خلاله أنّ هيئة الإعداد تقلص صلاحياته في الدستور، وعلى عكس الوضع فإنّ لجنة إعداد الدستور أضافت صلاحيات جديدة للرئيس!!؟

وتجدر الإشارة إلى أنّ المجلس الدستوري قبل إعلان النتائج يحرص على متابعة الحملة الانتخابية ومصدر نفقاتها المالية وطبيعتها، لأنّ الحملة ينبغي أن تجري في ظل احترام النصوص القانونية السارية المفعول، ذلك أنّ القاعدة العامة للحملة تكون مفتوحة 23 يوما قبل إجراء عملية الانتخاب وتنتهي 3 أيام قبله، وفي حالة وجود دور ثان فإنّ الحملة تفتح 12 يوم قبل تاريخ الانتخاب وتنتهي قبله بيومين ولا يمنح أجل آخر مهما كانت الظروف¹.

والحملة الانتخابية حسب قانون الانتخابات الجديد منظمة في المواد (73-122) مما يفيد أنّ المشرع أولى أهمية كبيرة لها التي استبعد من خلالها المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) فاسحا المجال لكل من السلطة والأمين المالي للحملة دورا مميزا بالإضافة إلى وسائل الإعلام.

وما يجب التقييد به في هذه الحملة الضوابط التالية:

- يمنع استعمال اللغات الأجنبية.
- يمنع التمييز وخطاب الكراهية.
- ضرورة التقييد بالبرامج.
- ضرورة احترام الدستور.
- احترام المجال الإعلامي المرخص القائم على مبدأ المساواة عموما، وعلى عدد المرشحين.

¹ المادتان 73، 74 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

- منع الإشهار خارج المساحات المحددة والمخصصة لهذا الغرض¹.
- ولكن مع الأسف هذا الإجراء غير محترم تماما، ذلك أنّ الإعلانات الإشهارية توجد في كل مكان، على الأشجار، على جدران المنازل، على أعمدة الإنارة العمومية، على الحافلات والسيارات ومحطات نقل المسافرين...
- منع استعمال أماكن العبادة والمؤسسات العمومية للدعاية، كالتربية والتعليم والتكوين.
- السهر على حسن سير الحملة، من خلال الامتناع عن أي موقف أو سلوك غير قانوني وغير أخلاقي.
- حظر الاستعمال السيء لرموز الدولة.
- على وسائل الإعلام التي تقوم بالتغطية الإعلامية للأحزاب وفق التوزيع العادل للحيز الزمني.
- تنظيم التجمعات والاجتماعات الانتخابية حسب ما يقضي به القانون.
- منع الأعمال الإشهارية التجارية طيلة الحملة الانتخابية.
- منع سبر الآراء ونشرها حتى لا تكون محل تأثير الرأي العام سلبا أو ايجابا قبل 72 ساعة من تاريخ الانتخاب في الداخل و5 أيام في

¹ المادة 182 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

الخارج، ذلك أنّ نص المادة يوحي بأنّ هذا المحتوى مسموح به قبل هذه المدة¹.

ويكمن حرص المشرع في تقييد الحملة الانتخابية من تخوفه بانحرافها عن المجال التنظيمي لها بضبطها بما يكفل احترام القوانين السارية المفعول، وكذلك حرص المشرع على ألا تكون الحملة الانتخابية سببا في إثراء أو افتقار المرشحين ولا النيل من سمعتهم والحفاظ على رموز الدولة وقوانينها، والحملة الانتخابية في فرنسا متحكم فيها بدقة، حيث أنّ القوانين الفرنسية قيدت الحملة الانتخابية بضرورة مراعاتها الإجراءات التنظيمية لها².

والقاعدة العامة أنّ تسديد نفقات الحملة الانتخابية لا يمكن أن يتم إلاّ بعد إعلان المجلس الدستوري النتائج النهائية حيث أنّ الحد الأقصى المسموح به في التعويض بالنسبة للانتخابات التشريعية هو 2.5 مليون دينار عن كل مترشح. ويمكن لكل القوائم التي تحصلت على نسبة 20% على الأقل من الأصوات أن يتم تعويضها بنسبة 20% من النفقات المدفوعة كحد أقصى.

¹ المواد 80-85 من المرجع نفسه.

² JEAN.P.CAHBY, Le financement des campagnes electorales, in RDP, 2007/1, p.23.

وهذا الإجراء لا يعمل به إلا بعد إعلان المحكمة الدستورية النتائج النهائية واعتماد الحسابات من قبل لجنة مراقبة تمويل الحملة¹.

وفي إطار الحملة الانتخابية دائما أجاز المشرع قبول الهبات الصادرة عن الأشخاص الطبيعية في حدود 400 ألف دينار، وقيد كل هبة تتجاوز ألف دينار لا يتعامل بها ورقيا.

والجديد في قانون الانتخابات الأخير هو أنه ألزم المرشحون للرئاسيات أو البرلمان بضرورة فتح ومسك حساب للحملة الذي يتطلب تعيين أمين مالي للحملة الذي يعينه المرشح بموجب تصريح مكتوب، الذي يودع لدى السلطة أو مندوبها في الخارج.

والأمين المالي للحملة لا يصلح إلا لشخص واحد أو قائمة واحدة فقط، الذي يقوم بفتح حساب بنكي وحيد بغية تمويل الحملة، الذي لا يمكنه تفويض غيره في القيام بأعماله، الذي يعد أمينا عاما لحملة المترشح، الذي يسير الحملة ماليا، الذي يتولى تقديم حساب الحملة لمحافظ الحسابات الذي يقوم بمراقبته².

¹ المادتان 94، 95 من أمر رقم 21-01، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

² المادتان 96-97 من المرجع نفسه.

والشيء الجديد في قانون الانتخابات أنه أسس لجنة مراقبة تمويل الحملة¹ على مستوى السلطة التي لا وجود لها ضمن أجهزة السلطة (مجلس السلطة (المواد 26-21) الرئيس (المواد 27-31) ومندوبيات السلطة (المواد 32-49).

واللجنة المذكورة تتكون من:

- قاض معين من قبل المحكمة العليا رئيسا.
- قاض معين من قبل مجلس الدولة من قضاتها.
- قاض معين من قبل مجلس المحاسبة من بين قضاته.
- ممثل عن السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.
- ممثل عن وزارة المالية².

هذه اللجنة تعد نظامها الداخلي، التي يودع لديها حسابات الحملة في أجل الشهرين بدء من تاريخ إعلان النتائج النهائية، التي لا أجل بعده، وحينئذ تراجع لجنة المراقبة مدى صحة الحسابات المقدمة لها بمناسبة الحملة، على أن تصدر هذه اللجنة قرارها في أجل 6 أيام، الذي يمكنها تعديل الحساب أو رفضه، ولكنها لا يمكنها رفض التعويض إلا إذا كان خارج الآجال ويتجاوز الحد الأقصى المرخص به قانونا (المبلغ).

¹ المواد 98-114 من أمر رقم 21-01، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

² المادة 115 من المرجع نفسه.

وإذا رفضت الحملة الانتخابية فائضا ماليا في الموارد المالية (الهبات) فإنه يحول إلى الخزينة العامة.

مع العلم أنّ قرارات لجنة المراقبة يمكن الطعن فيها أمام المحكمة الدستورية في أجل شهر من التبليغ.

والشيء الجديد أيضا في قانون الانتخابات أنّ الدولة تكفلت بنفقات الحملة بالنسبة للشباب في مجال الطباعة والنشر والإشهار وإيجار القاعات ومصاريف النقل¹.

والمستجد في قانون الانتخابات أنّ عضو البرلمان يمكنه أن يفقد منصبه نتيجة ارتكابه أحد الجرائم الانتخابية، ويحدث ذلك إذا وصل إلى البرلمان بطريقة غير شرعية أو ساهم بأية طريقة في استبعاد غيره أو أي صورة من صور الجرائم التي حددها المشرع في المواد (276-313)².

ومن المعلوم في ظل وجود المجلس الدستوري كانت صلاحياته محدودة في مجال الانتخابات والمنازعات الانتخابية، فقد أجازت المادة 60 من قواعد عمل المجلس الدستوري أن يطلب من الجهات المختصة موافاته بملفات المترشحين بغرض التأكد من استيفاءها للشروط القانونية واتخاذ قرارات بشأنها، ولو لم يكن هذا نتيجة طعن مقدم من أحد المرشحين، وإنما بناء على فحص محاضر الفرز التي إذا بدى له من خلالها بأن شروط الترشح مفقودة، خاصة السن، يحق له أن يتدخل،

¹ المواد 118 - 122 من المرجع نفسه.

² المادة 313 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

وحدثت هذه الواقعة بمناسبة تجديد نصف أعضاء مجلس الأمة عن طريق القرار المؤرخ في 2004/1/4 وكذلك عام 2005، حيث أنّ جبهة القوى الاشتراكية لم تقدم طعنا وحصلت على 6 مقاعد نتيجة الفحص العادي للمجلس للمحاضر.

أمّا ما تعلق بمدى صلاحيات المجلس الدستوري وفحصه للنصوص التنظيمية التي تسير العملية الانتخابية فإنني لم أصادف أن نظر فيها المجلس الدستوري، على خلاف المجلس الدستوري الفرنسي الذي بت فيها عدة مرات¹.

وبموجب قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بتاريخ 1998/10/21 اعتبر المجلس نفسه بأنه قاضي انتخابات².

أمّا بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري فقد منح له اختصاص ما ذكرنا في مجال الانتخابات والرقابة عليها بشكل أدق التي تنحصر أساسا في صحة التصويت الوارد في نص المادة 2/182 من التعديل الدستوري لعام 2016 التي أكدت على أنّه (المجلس) (....) كما يسهر على صحة عمليات الاستفتاء وانتخابات رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية).

هذا المضمون غاب في ظل التعديل الدستوري لعام 2020 الذي في نظري يعد أساسيا مادام أنّ المادة 185 من الدستور قد حصرت دور المحكمة الدستورية في أمرين فقط وهما احترام الدستور وضبط سير المؤسسات ونشاط

¹ هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطغه، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2001، ص. 121.

² المرجع نفسه، ص. 133.

السلطات العمومية، وفي ظل هذا التحديد أصبحت المحكمة الدستورية لا علاقة بالانتخابات مهما كان نوعها، وأصبح قانون الانتخابات متعارضا مع الدستور باعتبار أنه منح المحكمة الدستورية دورا حاسما في العمليات الانتخابية الرئاسية والبرلمانية والاستفتاء، خطأ كبير وقع فيه المشرع الدستوري.

ومع العلم أن نص المادة 182 المشار إليه قد وجد لأول مرة في دستور عام 1989 وغاب في تعديل 2020 مما يعني أنه كان صالحا طول هذه الفترة باعتباره سنداً دستوريا لكل قوانين الانتخابات والاستفتاءات.

ومهما كان من أمر فإنّ مضمون المادة 182 من الصعب على المجلس الدستوري القيام به، المتمثل في صحة الانتخابات والاستفتاءات، لكونه لا يملك كل الأدوات الكفيلة للوصول إلى هذه الغاية التي يصعب تحقيقها، إن لم تكن مستحيلة، خاصة محاربة التزوير الذي تعاني منه كل الدول النامية، فكثيرا ما تم الإعلان عن نتائج غير صحيحة، إما لصعوبة إثبات عدم الصحة، وإما أنّ الإدارة متواطئة في التزوير والتلاعب بالنتائج، وهذا هو الوجه الغالب، وهذا ناجم بالدرجة الأولى عن سيطرة الإدارة على الانتخابات وتحكمها فيها، لأنّ أغلب قوانين الانتخاب قد جعلت الإدارة هي المتحكمة في الانتخابات، وفي تقسيم الدوائر الانتخابية، ورفض الترشيحات أو قبولها والتلاعب بصناديق الانتخاب والمحاضر وإعلان النتائج فتحولت بذلك الانتخابات من سياسية إلى إدارية، فضلا عن دور الإدارة في تضخيم النتائج ونسب التصويت.

يضاف إلى هذا أنّ قاعدة المساواة غير محترمة في تقسيم الدوائر على الأقل بين كل الدوائر المتقاربة أو المتشابهة من حيث المساحة وعدد السكان¹.

يتبين من خلال أحكام الدستور وقانون الانتخابات ونظام قواعد عمل المجلس الدستوري أنّ المجلس محدود الصلاحيات في مجال الرقابة على الانتخابات، ومن ثمة لا يصح أن نعته بقاضي الانتخابات لكون تدخله مقيد من حيث النصوص ولا من حيث الاجتهاد في هذا المجال² على خلاف ما قاله صاحب المقال.

المطلب الثاني

المنازعات الانتخابية أمام المجلس الدستوري

الملاحظة التي يمكن إبدائها أنّ هناك أحكاما حول هذا الموضوع بشأن مجلس الأمة، ولكن لا توجد أحكام ذات الصلة فيما أعلم بشأن ذات الموضوع بصدد المجلس الشعبي الوطني في السابق، غير أنّه تم تدارك هذا الأمر من خلال (المادة 49 عام 2016 التي أصبح مضمونها محتوى في المادة 62 من نظام قواعد المجلس الدستوري 2019)، التي عالجت الموضوع بشكل موحد بالنسبة للمجلسين، حيث هناك انسجام بين المادتين 127 و 128 من قانون الانتخابات بالنسبة لعضو مجلس الأمة، حيث أنّ المادة 127 عالجت حالة الاعتراض على النتائج والمادة 128 تعالج فصل المجلس الدستوري في الموضوع، بينما حق

¹ سعيد بوشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص. 51.

² مسعود شهبوب، "المجلس الدستوري: قاضي انتخابات"، مجلة المجلس الدستوري، العدد 1، 2013، ص. 93.

الاعتراض لم ينظمه المشرع بالنسبة لعضو المجلس الشعبي واكتفى نص المادة 98 بإعلان النتائج النهائية للمجلس الدستوري من خلال قانون الانتخابات لعام 2012 وتكرر نفس الوضع بالنسبة لقانون الانتخابات عام 2016 (المواد 101 بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني والمادتان 130-131 بالنسبة لمجلس الأمة) وأصبح الوضع محكوماً في قانون الانتخابات بالمادتين 209-210 بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني والمادتين 240-241 بالنسبة لمجلس الأمة.

وانطلاقاً من هذه النظرة فإننا سنعالج هذا المطلب في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الطعن في نتائج الانتخابات.

الفرع الثاني: الفصل في النزاع.

الفرع الأول

الطعن في نتائج الانتخابات

تضمنت المادة 62 من نظام قواعد المجلس الدستوري أنه يحق لكل مرشح لعضوية المجلس الشعبي ومجلس الأمة الاعتراض على صحة عمليات التصويت، وذلك من خلال تقديم عريضة يتم ايداعها لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري خلال الآجال المحددة في قانون الانتخابات التي تعترف بوجود أجلين أحدهما خاص بالمجلس الشعبي الوطني ومدته 48 ساعة وأجل خاص بمجلس الأمة ومدته 24 ساعة¹.

¹ المادتان 239، 240 بالنسبة لمجلس الأمة والمادة 209 بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني.

والملاحظ على مضمون حكم المادة 209 أنّ صياغتها جاءت عامة (لكل قائمة مترشحين للانتخابات ولكل مترشح ولكل حزب مشارك في هذه الانتخابات....) التي تشمل حتى مرشحي مجلس الأمة، لكن عنوان الفصل الذي ورد تحت هذه المادة يحول دون ذلك وهو (انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني).

إنّ الأطراف المخاطبة بأحكام القانون العضوي المتعلق بالانتخابات مباشرة وهم المترشحون سواء كانوا في شكل قوائم أو أحرارا ولا ينصرف الكلام إلى الأحزاب إلاّ بطريقة غير مباشرة، عكس مضمون المادة المذكورة عندما أشارت إلى حق الأحزاب في الاعتراض عن النتائج المؤقتة.

والاعتراض حسب حكم المادة 237 يجب تدوينه في محاضر الفرز الذي تسلم نسخة منه مصادق عليها مطابقة للأصل (كأنّها نسخة أصلية) إلى الممثل القانوني لكل مرشح ومنسق السلطة أو ممثله على النحو الذي سبقت الإشارة إليه الذي يصرح به رئيس مكتب التصويت علنا، ويعلق في مكتب التصويت نفسه متضمنا نتائج الفرز، ويتولى رئيس السلطة الإعلان عن النتائج المؤقتة (التي كانت قبل 2019 يتولاها المجلس الدستوري) خلال فترة 48 ساعة من استلام المحاضر التي ترسل إلى المحكمة الدستورية.

ويعد فائزا في الانتخابات المرشح الحاصل على أغلبية الأصوات (أكبر الأصوات) وفي حالة تعادلها يعلن منتخبا المرشح الأكبر سنا.

وبعد إعلان رئيس السلطة عن النتائج المؤقتة يحق لكل مرشح الاعتراض عنها عن طريق تقديم طعن لدى كتابة المحكمة الدستورية خلال 24 ساعة الموالية لإعلان النتائج.

وينبغي على المحكمة أن تفصل في الموضوع خلال 3 أيام¹.

والمحكمة تكون في هذه الحالة أمام وضعين: إما قبول النتائج وهو الوضع العادي المألوف والأكثر عملا، وإما رفض النتائج بتعديل المحاضر وإعادة صياغتها من خلال قرار معلل الذي بموجبه يتم الإعلان عن النتائج النهائية. تابع للفصل في الطعن

وفي جميع الأحوال فإنّ الأجل الممنوح للمحكمة الدستورية كحد أقصى للإعلان عن النتائج النهائية يتم خلال 10 أيام من تاريخ استلام النتائج المؤقتة، وهذا أجل جديد لم يكن معروفا سابقا.

وفي حالة إلغاء الانتخاب تنظم انتخابات جديدة خلال 8 أيام ابتداء من تبليغ المحكمة السلطة حينها نرجع من جديد إلى أحكام المواد المنظمة للانتخابات من جديد وكأننا أمام انتخابات جديدة بمراعاة جميع الآجال القانونية السابق ذكرها باستثناء الآجال الخاصة بالترشح التي لا يمكن مراعاتها وتحكيمها.

¹ المواد 237- 241 من أمر رقم 21-01، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

وتطبق نفس الإجراءات في حالة شغور مقعد لعضو منتخب بسبب الوفاة أو الاستقالة أو تولى وظيفة حكومية أو التجديد من العهدة أو الإقضاء ليتم المدة المتبقية من العهدة.

وكان على المشرع أن يوضع بدقة حالة الشغور إن كانت تطبق عليها الأحكام العامة للانتخابات ابتداء من استدعاء الهيئة الناخبة خلال 45 يوما واستكمال بقية الإجراءات أو الالتزام بفترة 8 أيام، وكل هذه الإجراءات ينبغي أن يسبقها تصريح من مكتب المجلس بالشغور الذي يتم بشكل فوري ويرفع للمحكمة الدستورية التي تعلن حالة الشغور، كل هذا الكلام يخص مجلس الأمة.

أما بالنسبة لأعضاء المجلس الشعبي الوطني فإن الإعلان عن النتائج المؤقتة من قبل رئيس السلطة يحكمها أجل واحد هو 48 ساعة¹.

غير أن هناك أجل إضافي للسلطة في مجال انتخابات المجلس الشعبي الوطني الذي أضيف أجل 24 ساعة عند الضرورة بحكم عدد الترشيحات الكبيرة، بواسطة قرار من رئيس السلطة مادام أنه استنفذ المدة القانونية القصوى، وهذا ما يجعل المدة الزمنية التي تخضع لها انتخابات الغرفة الأولى أطول من الغرفة الثانية (48 ساعة + 24 ساعة + 48 ساعة + 72 ساعة + 3 أيام) بينما الغرفة الثانية (48 ساعة + 24 ساعة + 3 أيام).

¹ المادتان 1/209، 238 من أمر رقم 01-21، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، مرجع سابق.

وبعد طعن المترشح في النتائج المؤقتة الذي يجب أن يتم في شكل عريضة يودعها لدى كتابة ضبط المحكمة (رغم أنّ النص ذكر المحكمة فقط) في فترة 48 ساعة التي تلي إعلان النتائج، وفي هذه الحالة ينبغي على المحكمة أن تشعر المرشحين المعلن عن فوزهم بضرورة تقديم مذكرة كتابية إلى المحكمة في فترة 72 ساعة من تاريخ تقديم الطعن، حينها تكون المحكمة ملزمة بالفصل في الطعن في أجل 3 أيام.

وهنا ينطبق نفس الحكم السابق على المجلس الشعبي الوطني القاضي بأنّه إذا تبين للمحكمة أنّ الطعن مستوفي الشروط يمكنها أن تلجأ إلى:

- إلغاء الانتخاب المتنازع فيه وإعادة صياغة المحضر وإعلان المنتخب الفائز قانونا.
- أما إن كان الطعن غير مؤسس فإنّها تبقى عن النتائج المؤقتة وتعلنها نهائية بقرار معلل.

وفي كل الأحوال فإنّ المدة القصوى للمحكمة 10 أيام للإعلان عن النتائج النهائية من تاريخ استلامها النتائج المؤقتة من قبل السلطة، وهنا يتساوى المجلسان في المدة.

غير أنّ المشرع فاجأنا بوجود أجل جديد يلجأ إليه عند الضرورة وليس (عند الحاجة) كما ذكر النص وقدره ب 48 ساعة شريطة أن يحدد قرار بذلك من رئيس المحكمة الدستورية بشأن التمديد القانوني للمدة.

وعندها تبدى نفس الملاحظة السابقة عن عبارة (في أجل أقصاه) التي تفيد أنه لا أجل بعده فكيف يتم إقرار مدة جديدة؟! وللأسف هذا المضمون تكرر كثيرا في عدة مواد، الذي يجب إلحاقه بالأجل الثاني.

إنّ التنظيم الذي أتينا على ذكره يتعارض جله مع نظام قواعد عمل المجلس الدستوري خاصة من حيث الآجال، ويجري نشر النتائج النهائية في الجريدة الرسمية.

لقد استخدم المجلس الدستوري كثيرا من الأدوات القانونية في إصدار أعماله والإعلان عنها التي منها (القرار، الرأي، الإعلان، البيان الصحفي) التي ليس من السهل التمييز بينها، التي كان من المفروض أن يوضحها نظام قواعد عمل المجلس الدستوري، لتصبح الرؤية واضحة لأي باحث يهيمه الأمر، ولعموم الباحثين في المجال القانوني.

وسبب المشكل في رأي مرده بالدرجة إلى الدستور، الذي حدّد أداتين قانونيتين يصدر من خلالها المجلس الدستوري أعماله (الرأي والقرار) الرأي بالنسبة للرقابة السابقة، والقرار بالنسبة للرقابة اللاحقة، ثم إنّ الدستور في تعديل 2016 اعتمد كإطار عام على الرأي فقط ضمن المادة 1/186، غير أنه وظّف القرار في المادة 2/189 (مرتان) والمادة 191 (3 مرات) التي استخدم فيها الرأي والقرار على حد سواء، مما يفيد عدم دقة المشرع في استعمال المصطلحين.

والإشكال الكبير الذي يطرح من أين جاء المشرع الدستوري بهذه التسميات التي ليس لها مصدر فقهي تنطلق منه يميز بين النوعين، فالقرار والرأي غير معرفان حتى يمكن الفصل بينهما من حيث المفهوم.

أما البيان فعادة ما تعلق بمسألة أو موضوع معين وهو الوجه الغالب له، فقد يحدث أن يتم النظر في الطعون الانتخابية عن طريق بيان صحفي، ذلك أنّ المجلس الدستوري لا يستطيع أن يصدر إعلانا بصدد مسألة واحدة، فيصدر الإعلان الأول متضمنا النتائج والبيان الصحفي مكلا أو مفسرا للنتائج السابقة، فالمجلس يعتمد في معالجة الطعون الانتخابية بواسطة البيان الصحفي.

ونفس الشيء يسري على الإخطارات التي ترد إلى المجلس الدستوري، فالمجلس لا يمكنه إصدار قرار جديد لمسألة عاجلها سابقا إلا في حالة عدم الدستورية والمطابقة الكلية أو الجزئية، لأنّ القرار موجود، فيمكن للمجلس تأكيد هذا الموضوع عن طريق بيان صحفي، الذي يمكن أن يشمل كل الأدوات القانونية التي يستخدمها المجلس في شكلها التوضيحي أو التفسيري أو التأكيدي، لأنّه يتضمن إحالة على القرار الذي سبق اتخاذه.

وقد يكون البيان سببا في إخطار المجلس الدستوري مثل ما حدث عام 1995، وعليه فالبيان يمكن أن يتنوع موضوعه.

ولما كان الموضوع كذلك فإنه لا وجود للبيان الصحفي ولا الإعلان في نظام قواعد المجلس الدستوري فمن أين جاء المجلس بهاتين الأدوات.

وأمام تعدد أدوات إصدار عمل المجلس الدستوري كان أولى بالدستور ألاّ يحدد الأدوات ويتركها لنظام قواعد عمل المجلس ليفصل فيها ويبين أنواعها وما يقابلها من أعمال.

أمّا بالنسبة للأداة القانونية لإعلان نتائج الاستفتاء فيحكمها مصطلح (الإعلان) ومثالها الإعلان رقم 02 المؤرخ في 19/9/1999 المتضمن المسعى العام لرئيس الجمهورية الرامي لتحقيق السلم والوثام المدني.

ويسري نفس المصطلح على انتخابات رئيس الجمهورية التي تعد في شكل إعلان، ومثالها الإعلان رقم 01 المؤرخ بتاريخ 20 أبريل 1999، الذي يتعلق بنتائج انتخابات رئيس الجمهورية، وكذلك الحال بالنسبة للانتخابات الجزئية لأعضاء مجلس الأمة، ومثالها الإعلان رقم 03 الصادر بتاريخ 26 يوليو 1998، وعموما فإنّ الشكل القانوني للنتائج يكون عن طريق الإعلان.

وفي فرنسا يحق لكل ناخبي الدائرة الانتخابية المسجلين والمرشحين حق الاعتراض، التي لا دخل للأحزاب فيه، حتى لو تم الطعن باسم الحزب، الذي يفصل فيه خلال 10 أيام¹.

والبيانات المطلوبة في المادة (50) من قواعد عمل المجلس عام 2016 التي تحولت إلى المادة 62 عام 2019) هي تقريبا نفسها في فرنسا، مع اعتراف

¹ للمزيد من التفصيل راجع نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق الحريات العامة: مجال محدود وحول ممدود، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص. 426 وما بعدها.

المجلس الدستوري الفرنسي فيها بمنح أجل استثنائي للطاعن لاستكمال الوثائق المطلوبة وفق المادة 35، وهذا الإجراء معفى من كل مصاريف الدمغة والتسجيل¹.

وبعد قبول الطعن شكلا وموضوعا يقوم المجلس الدستوري بالتحقيق في الموضوع للوقوف على صحة ادعاءات الطاعن، وفي هذه الحالة يحق للمجلس الاستعانة بقضاة أو خبراء لمراقبة والتأكد من مدى صحة الانتخابات².

كما يحق للمجلس الدستوري أن يطلب ملفات المرشحين الفائزين في الانتخابات بغرض التأكد من أنها مستوفاة الشروط القانونية، ويتخذ قراره في هذا الشأن وفق المادة 79 من قواعد عمل المجلس وللمجلس أن يطلب عند الضرورة والحاجة محاضر نتائج الاستفتاء والانتخابات الرئاسية والتشريعية عند ايداعها بالمجلس³ المرفقة بجميع الوثائق التي لها علاقة بعملية الانتخاب لاسيما:

- محاضر الإحصاء البلدي
- محاضر فرز الأصوات
- قوائم توقيعات الناخبين
- الأوراق الملغاة والأوراق المتنازع فيها

¹ المرجع نفسه، ص. 426.

² المادة 78 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المرجع السابق.

³ المادة 79 من المرجع نفسه.

ومن بين الأمثلة التي نسوقها في هذا الشأن قرار المجلس الدستوري الصادر في 1997/6/17 الذي ورد فيه: (واعتباراً أنّ الطاعن يعترض.....

.....واعتباراً أنّ المطعون ضده يتمسك

.....واعتباراً لطبيعة طلب العارض

واعتباراً أنّه تم فعلاً إحضار صناديق الاقتراع ومحاضر الفرز وقوائم التوقيعات ومحاضر الإحصاء البلدي للتصويت ووسائل إثبات مرتبطة ومنتجة في الخصومة.

واعتباراً أنّه تم فحص نظامية البيانات الواردة بتلك المحاضر ومراقبتها، وتم عد أوراق التصويت الموجودة في الصناديق، وكذلك عدد المصاريف التي كانت متطابقة وعدد التوقيعات، مما يثبت عدم وجود أي تزوير يمس بمصداقية الاقتراع وسلامته في بلديات.....وهذا خلافاً لادعاءات المطعون ضده).

والمستخلص من هنا أنّ المجلس الدستوري يدرس المحاضر ويضبط النتائج، ويمكن للمجلس أيضاً أن يستمع لأي شخص ويطلب كل الوثائق التي يراها لضمان صحة النتائج المدونة.

وفي فرنسا الطاعن والفائز على حد سواء يمكنهما الاستعانة بمحام، الأول يثبت عدم صحة الانتخاب والثاني يثبت صحتها¹.

¹ نبالي فطة، المرجع السابق، ص ص. 430-435.

ويجري الأمر في فرنسا والجزائر على حد سواء بشأن التحقيق الذي يمكن أن يكون تلقائياً أو بطلب من أحد الأطراف، ويمكن توقيف هذه الإجراءات إذا تخلى الطاعن عن موضوع الطعن.

الفرع الثاني: الفصل في الطعن

يبت المجلس الدستوري في الطعون المقدمة له في جلسة مغلقة في فرنسا والجزائر على حد سواء مع التحقق واستيفاء الشروط الشكلية الموضوعية¹ وفي فرنسا يمكن للمترشح أو من يمثله قانوناً أن يطلب سماعه من قبل المجلس الدستوري²، وذات مضمون النص موجود في الجزائر في المادة 800 من قواعد عمل المجلس.

يكتب الكلام المسطر بالأحمر هنا

ومنطوق القرار الذي يصدر عن المجلس الدستوري يكون في شكل مواد بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني، وفي شكل بنود بالنسبة لمجلس الأمة.

وقلنا سابقاً أنّ الإلغاء قد يكون شكلاً، وقد يكون موضوعاً، حيث أنّ الأول عادة ما يكون لعدم استيفاء الشروط المطلوبة قانوناً، أمّا الإلغاء الموضوعي فيكون لعدم التأسيس.

¹ المادة 64 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المرجع السابق.

² GUILLAUME DRAGO, Contentieux constitutionnel Français, 2^{ème} édition, P.U.F, Paris, 2006, p.230-231.

وفي هذا الإطار رفض المجلس الدستوري عام 2002، 182 طعنا من بين 187 طعنا في انتخابات أعضاء المجلس الشعبي الوطني، التي أجريت بتاريخ 2002/5/30 بموجب البيان الصحفي المؤرخ في 2002/6/18.

ورفض المجلس الدستوري شكلا كل الطعون المقدمة من بين 70 طعنا ما عدا طعنا واحدا الذي رفضه من الناحية الموضوعية، وذلك في انتخابات مجلس الأمة عام¹ 2002.

وبمناسبة انتخابات المجلس الشعبي الوطني يوم 2021/6/12 تلقى المجلس الدستوري 361 طعنا، رفض 13 طعنا من الناحية الشكلية، ورفض 300 طعنا من الناحية الموضوعية، وقبل 48 طعنا فقط.

أما الطعون المقدمة بمناسبة انتخابات 1997/6/5 الخاصة بالمجلس الشعبي الوطني فإنها قد بلغت 329 طعنا التي رفض المجلس الدستوري أغلبها شكلا، وهذا ما ورد في البيان الصحفي المؤرخ في 1997/6/17، (ومن بين هذه الطعون تلك التي لم تحترم الشروط الخاصة بالآجال، أي تلك التي وردت إلى المجلس الدستوري قبل الآجال القانونية أو بعدها، ومنها الطعون التي لم تحترم الأشكال الإجرائية الجوهرية الأخرى المنصوص عليها بصفة خاصة في المواد 118 من الأمر 97-07.... والمادتين 34، 35 من النظام الذي يحدد إجراءات عمل المجلس الدستوري).

¹ نبالي فطة، المرجع السابق، ص. 435 وما بعدها.

وغالبا ما كان استناد المجلس الدستوري في الرفض يرجع إلى المواد 60-64 من نظام قواعد عمل المجلس الدستوري لعام 2019 أو للواد ذات نفس المضمون في قواعد عمل المجلس في الفترات السابقة، وذلك ما ورد في البيانات الصحفية الصادرة عن المجلس ذاته، منها البيان الصحفي الصادر بتاريخ 1997/6/17، والبيان الصحفي المؤرخ في 1997/12/30 والبيان الصحفي الصادر بتاريخ 2001/1/4¹.

وبمناسبة انتخابات مجلس الأمة بتاريخ 1997/12/25 تلقى المجلس الدستوري 16 طعنا التي رفضها لعدم احترامها للإجراءات والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس بموجب البيان الصحفي المؤرخ في 1997/12/30 الذي تضمن المحتوى التالي (أمّا الطعون المقدمة والتي بلغ عددها 16 طعنا موزعة كما يأتي.... والملاحظ أنّ هذه الطعون لم تحترم الأشكال والإجراءات الجوهرية المنصوص عليها بصفة خاصة في المواد 148 من الأمر رقم 97-07 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات والمادتين 34، 35 من النظام المحدد لإجراءات عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم)².

علما بأنّ قرارات المجلس نهائية وهذه صياغتها:

(وقد أصدر المجلس الدستوري حول هذه المنازعة الانتخابية قرارات مسببة ونهائية سيتم تبليغها إلى المعنيين وفق الإجراءات الواردة بالفقرة الثالثة

¹ نبالي فطة، المرجع السابق، ص. 435 وما بعدها.

² المرجع نفسه، ص. 436.

من المادة 37 من النظام المحدد لإجراءات عمل المجلس الدستوري المعدل والمتمم).

هذه الصيغة تكاد تكون عامة في أعمال المجلس الدستوري.

أمّا التعديل الجزئي لانتخابات مجلس الأمة عام 2001 فقد تلقى المجلس الدستوري بشأنها 12 طعنا، رفض منها 7 لعدم احترامها الإجراءات الوارد ذكرها في قواعد عمل المجلس بموجب البيان الصحفي المؤرخ في 2001/1/14.

أمّا بصدد الطعون الموضوعية فإنّ أغلبها يرجع لعدم وجود أدلة كافية من الطاعن أو أنّ الطعن غير مؤسس الذي في ورد في بيانات كثيرة منها على وجه الخصوص البيان الصحفي المشار إليه أعلاه المؤرخ في 2001/1/4.

وبشكل عام فإنّ المنازعة الانتخابية يجب أن تنصب على اعتراض انتخاب نائب معين وليس مجرد منازعة انتخابية عامة، لأنّ هذا السند يجعل الطعن غير مؤسس، وهذا ما كان سببا في رفض المجلس الدستوري الفرنسي لحالات مماثلة¹.

وهذا ما ورد في البيان الصحفي المؤرخ في 1997/6/17: (أمّا الطعون التي تم قبولها في الشكل تمثل الفئة الأولى منها تلك التي تم رفضها في الموضوع بسبب غياب أدلة كافية، يمكن من خلالها تأكيد جدية الاحتجاجات المقدمة،

¹ نبالي فطة، المرجع السابق، ص. 437 وما بعدها.

أو بسبب أنّ الوقائع التي تضمنتها هذه الطعون كانت ذات طابع عام من جهة أو مبنية على معطيات غير صحيحة من جهة ثانية).

وتطبق نفس القواعد على الطعون الموجهة ضد منتخبي حزب معين أو دائرة انتخابية معينة من حيث بيانات المترشح والدائرة التي ينتمي إليها.

وحدث عام 1997 أن تدخل المجلس الدستوري مصححا الأخطاء الخاصة بعدد الأصوات المعبر عنها التي شملت 3 طعون التي تمت بتاريخ 1997/6/5، التي أعلن عن الفائز فيها، وبذات الوقت فإنّ المجلس أعاد تصحيح النتائج بعد التحقيق الذي أجراه، كما قام بإلغاء نتائج انتخاب المجلس الشعبي الوطني لأنّ عدد الأطراف تجاوزت عدد الناخبين وهذا ما ورد في الإعلان رقم 1 المؤرخ في 1997/6/9: (واعتبارا أنّه بعد تصحيح الأخطاء المادية وإدخال التعديلات التي يراها ضرورية فإنّ نتائج الاقتراع تضبط وفق الجداول الملحقة لها الإعلان).

وقد قام المجلس الدستوري بإلغاء تلقائي لانتخابات تجديد نصف مقاعد أعضاء مجلس الأمة على إثر رجوعه على محاضر الفرز وملفات المرشحين، لأنّ أحد هؤلاء لا يتوفر فيه شرط السن بمقتضى القرار رقم 01 الصادر بتاريخ 2001/1/4 المشار إليه سابقا¹.

¹ نبالي فطة، المرجع السابق، ص. 418.

وإذا رجعنا لتدخلات المجلس الدستوري لوجدناه قد قام بإلغاء مجموعة من الحالات التي منها:

- عدم توقيع أعضاء مكتب التصويت على القائمة الانتخابية بمقتضى القرار رقم 02 المؤرخ في 2004/1/4.
- عدم استيفاء الوكالات الشروط والإجراءات القانونية بمقتضى القرار رقم 03 المؤرخ في 2004/1/8.
- وجود أوراق تحمل علامات مخالفة للقانون بمقتضى القرار رقم 04 عام 2004.
- وجود أوراق في الصندوق قبل الشروع في عملية الانتخابات بحيث أنّ أوراق التصويت تتجاوز عدد الناخبين بمقتضى القرار رقم 05 المؤرخ في 2004/1/20¹.

كما أنّ المجلس الدستوري رفض بعض المهام التي لم يسندها الدستور ولا القانون له وهي التصريح والإعلان عن نسبة المشاركة الشعبية في العملية الانتخابية لكون هذه الصلاحية موكولة قانونا لوزارة الداخلية حينها.

وفي فرنسا فإنّ المجلس الدستوري يقوم بعملية تكييف الأعمال التي تتطلب تعديلا للنتائج بحيث لا يقبل المخالفات البسيطة، التي يجب أن تتعلق

¹ المرجع نفسه، ص. 439.

بشكل أساسي وجوهري بمصادقية الانتخاب، بحيث يكون لها تأثير على صحة العملية الانتخابية.

وفي فرنسا دائما لا يقوم المجلس الدستوري الفرنسي بإلغاء النتائج إذا كان الفارق كبيرا بين المرشحين رغم وجود مخالفات خطيرة، لكونها لا تؤثر على النتائج بشكل عام¹.

والحقيقة القائمة أنّ المجلس الدستوري الفرنسي لم يقم أبدا بإلغاء أو تصحيح حالات لشخص غير فائز، بمعنى لم يحدث أن أعلن المجلس عن فوز مرشح غير الذي أعلنته الإدارة من خلال محاضر الفرز، وبذلك يبقى وجه تدخل المجلس متعلقا بتصحيح أو إلغاء بعض الإجراءات والقواعد، التي لا تنال من فوز المرشح، وهذا يثبت أنّ الإدارة تحترم إلى حد كبير القواعد القانونية والإجراءات ذات العلاقة، الذي يزيد من مصداقيتها، وهذا ما توصل إليه المجلس الدستوري في قراره المؤرخ 1992/1/29، الذي أكدّ فيه بأنّ المجلس لا يبلغ النتائج إذا كان الفارق بسيط في عدد الأصوات².

وقد صادف المجلس الدستوري الجزائري وضعاً غير مألوف في الانتخابات التشريعية بسبب أعمال عنف شهدتها بعض الدوائر حيث أنّ المجلس لم يبلغ نتائج الانتخابات فيها، رغم أنّ أسباب الإلغاء جوهرية وقائمة لأسباب أكثر من موضوعية، لكون أعمال العنف مخالفة لقانون الانتخابات وجميع

¹ هنري روسيون، المرجع السابق، ص. 122.

² هنري روسيون، المرجع السابق، ص. 122، 123.

القوانين، واكتفى المجلس بالإشارة إلى أحداث العنف تلك في البيان الصحفي الصادر عنه بتاريخ 2002/1/18 الذي ورد في الصيغة التالية: (إنّ الظروف العامة التي وجدت فيها الانتخابات التشريعية يوم 30 مايو 2002 تميزت بالديمقراطية والشفافية على مستوى جميع الدوائر الانتخابية باستثناء ولايتين عرفتا أعمال عنف حالت دون تمكين أغلب الناخبين من ممارسة حقهم الدستوري.

إنّ من بين الحقوق الأساسية للمواطن حق التعبير الحر عن الرأي وحق الاختيار الديمقراطي لمثليه عن طريق الاقتراع، وإنّ عرقلة أو منع ممارستها عن طريق العنف أو الضغط، مهما كان شكلها يعتبر مساسا خطيرا بحقوق المواطن وبحرياته، ويعد تناقضا صارخا مع المبادئ الأساسية لأحكام الدستور)¹.

هذه الفقرة فيها اعتراف واضح بأنّ الانتخابات في ولايتين لم يجر في ظروف عادية وإنّ الناخبين منعوا من ممارستها حقهم المكفول دستوريا، ومع ذلك فإنّ المجلس أبقى على النتائج كما هي التي كانت ضئيلة، مما يعد تناقضا صارخا بين الاعتراف بأعمال العنف وصحة نتائج الانتخاب!!؟

ومن جهة أخرى فإنّ هذا البيان يعتبر بيانا سياسيا وليس قانونيا، ذلك أنّ العمل المألوف للمجلس يكمن في الاعتراف إمّا بصحة النتائج وإمّا إلغائها.

¹ نبالي فطة، المرجع السابق، ص. 441، 442.

وكان قرار المجلس الدستوري قبل عام 2001 يصدر موقعا من طرف رئيسه فقط، ولكن ابتداء من ذلك العام أصبح القرار موقعا عليه من كل أعضاء المجلس، بينما بقيت البيانات الصحفية تصدر باسم المجلس.

أما في مجال الطعن في نتائج الانتخابات فإنه منذ عام 2004 فإنّ القرارات الخاصة بانتخاب تجديد أعضاء مجلس الأمة تبلغ إلى رئيس مجلس الأمة ووزير الداخلية ووزير العدل والمرشحين بمقتضى القرار رقم 09 عام 2004.

وكما سبقت الإشارة فإنّ نشر قرارات المجلس الدستوري يقتصر على الطعون المقبولة فقط، وبذلك لا تنشر العرائض والنتائج المرفوضة التي يجري التصريح بها فقط دون تفصيل وبشكل عام من خلال البيانات الصحفية التي تشير بشكل مقتضب للرفض الشكلي والموضوعي.

وحبذا لو تم نشر الطعون المرفوضة قصد تعرف الدارسين والمهتمين في المجال القانوني عن أسباب رفضها والأسانيد القانونية المعتمدة في ذلك، التي تمثل اجتهادا يمكن الاستفادة منع علميا¹.

لا شك أنّ هذا العمل يتطلب مجهودات كبيرة للقيام به من حيث الوسائل والإمكانيات والطاقت البشرية.

¹ نبالي فطة، المرجع السابق، ص. 443.

وقرارات المجلس الدستوري كما نعلم نهائية وغير قابلة للطعن، التي يرد عليها استثناء وهو تصحيح الأخطاء المادية، التي يمكن تصويبها من أي طرف بعد 20 يوما من تبليغ القرار¹.

¹ GUILLAUME DRAGO, Op. Cite, p.232.

خاتمة

المستخلص من كل ما سبق أنّ المجلس الدستوري الذي لم يعمر طويلا كانت له اجتهادات منها ما هو في المستوى المطلوب ومنها دون ذلك، لأنّ المؤسسة وإن كانت تتمتع بالاستقلال من الناحية النظرية، إلاّ أنّه من الناحية العملية تسيطر عليها السلطة التنفيذية خاصة من حيث التشكيكة، فضلا عن ذلك فإنّ المجلس مازال بعيدا عن كثير من الأعمال، بحيث تدخل في مجال الأوامر بشكل محدود جدا، لأنّ الدستور لم يكن يخوله هذا الاختصاص صراحة قبل التعديل الدستوري ل2020، إنّما ضمنا باعتباره في النهاية قانونا مع اختلاف أداة الإصدار، وكذلك بقي المجلس بعيدا عن المجال التنظيمي.

أمّا بصدد الانتخابات التشريعية فإنّ هناك تمييزا واضحا بين انتخابات مجلس الأمة وانتخابات المجلس الشعبي الوطني، بحيث أنّ العوامل المشتركة قليلة في التشريعات الانتخابية السابقة على خلاف التشريع الأخير.

ثم إنّ الآجال القانونية وإن كان لها ما يبررها إلاّ أنّ المشرع تمادى في تنظيمها بطريقة غير موضوعية مقارنة بالآجال الممنوحة لمرشحي المجلسين، فأحيانا تبدو المدة طويلة، وأحيانا أخرى تبدو المدة قصيرة جدا، تضيع في ظلها حقوق المرشحين، ومثالها لماذا منح المشرع مرشحي مجلس الأمة حق الطعن مدة 24 ساعة ومنح مرشحي المجلس الشعبي الوطني 48 ساعة؟ فكان أولى بالمشرع توحيد الآجال القانونية المتقاربة، التي يفصل بينها يوم أو يومين.

ويصدق الوضع نفسه على الإجراءات التي تحكم الانتخابات حيث تعد طويلة الأجل بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني وقصيرة بالنسبة لمجلس الأمة، خاصة إذا سلمنا بإعادة الانتخابات التي تنظم في أجل 3 أشهر، بينما إعادة انتخابات مجلس الأمة تتم في مدة 8 أيام.

لقد شدد المشرع كثيرا بصدد شروط الترشح من حيث ايداع الترشيح والإجراءات المصاحبة له، الذي يعبر عن تشدد لا مبرر له.

ومن بين الاقتراحات التي نراها ضرورية وينبغي إدخالها في قانون الانتخابات توضيح الأدوات القانونية التي تصدر بموجبها أعمال المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حاليا. كما اقترح اللجوء للإحالة بين النصوص ذات العلاقة بتحديد الفقرة من المادة وليس كل المادة بدلا من التكرار الذي لجأ إليه المشرع الذي أخذ حيزا كبيرا من النصوص (المواد) والورق وساهم في وجود عدد كبير من المواد التي كان المشرع في غنى عنها.

- استخدم المشرع في عدد من المواد مصطلح (أجل أقصاه) ورغم لك منح أجلا جديدا بعده كما هو الحال بالنسبة للمادة 209 والمادة 211، ذلك أن مصطلح (أقصاه) لا أجل بعده فكيف تضاف مدة زمنية له؟! لذلك نرى ضرورة استبعاد مصطلح (أقصاه) من الأجل الأول وإحاقه بالأجل الثاني الذي لا أجل بعده وبذلك للمصطلح مدلول حقيقي.

- العمل على الاعتراف الحقيقي لاستقلالية المحكمة الدستورية حتى لا تعاني مما عاناه المجلس الدستوري من خلال نظام قواعد عملها حتى تساهم في ترقية العمل القانوني من خلال الاجتهادات التي نتوصل إليها خدمة لتحسين أداؤها.

الأساس الدستوري للقانون العضوي رقم 19-22 المتعلق بإجراءات
وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية:
دراسة تحليلية ونقدية

The constitutional basis of Organic Law No. 22-19 related to
the procedures and modalities of notification and referral
before the Constitutional Court: an analytical and critical study

أ.د. بومدين محمد

رئيس فرقة القانون والمواظن والإدارة -مخبر القانون والمجتمع- كلية الحقوق
والعلوم السياسية- جامعة أحمد دراية- أدرار، الجزائر

bm.boumediene@univ-adrar.edu.dz

ملخص

يهدف هذا المقال إلى دراسة الأساس الدستوري للقانون العضوي 19-22 الذي تم نسخ معظم أحكامه من القانون العضوي السابق 18-16. فبالرغم من خضوع أحكامه لرقابة المطابقة للدستور من قبل المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا فإن بعض مضامينه غير متطابقة مع المادة 196 من الدستور التي تعتبر الأساس الدستوري له ومع الشروط التي حددتها المادة 195 لتطبيق الدفع بعدم الدستورية. مما يستلزم تعديل المادتين 195 و196 من الدستور وإعادة صياغة أحكام القانون العضوي بما يحقق مرونة في رقابة المحكمة الدستورية ويحفظ اختصاصها الحصري في ذلك.

الكلمات المفتاحية: الأساس الدستوري- القانون العضوي - إجراءات الإخطار والإحالة -
المحكمة الدستورية

Abstract

This article aims to study the constitutional basis of Organic Law 19-22, most of whose provisions were copied from the previous Organic Law 16-18. Although its provisions are subject to the supervision of conformity with the constitution by the former Constitutional Council and the Constitutional Court now, some of its contents are inconsistent with Article 196 of the Constitution, which is considered the constitutional basis for it, and with the conditions set by Article 195 for the application of the exception of unconstitutionality. This requires amending Articles 195 and 196 of the Constitution and reformulating the provisions of organic law in order to achieve flexibility in the oversight of the Constitutional Court and preserve its exclusive jurisdiction in that.

Keywords: Constitutional basis-organic law-Notification and referral procedures- the Constitutional Court

مقدمة

لقد أحالت المادة 196 من الدستور الحالي 2020 على قانون عضوي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية. وقد صدر هذا القانون العضوي¹ في 25 يوليو سنة 2022 تطبيقاً للمادة 196. والدستور الحالي في هذا الخصوص كان متناسقاً وممنهجاً في الربط بين الأساس الدستوري والأساس القانوني للمحكمة الدستورية بخصوص إجراءات الإخطار والإحالة بالدفع بعدم الدستورية. فقد نص الدستور على أنواع الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية وأنواع الإخطارات المتعلقة بها طبقاً للمادة 190، كما نص على اختصاصات المحكمة في حسم الخلافات بين السلطات وتفسير أحكام الدستور وعلى الإخطارات المرتبطة بها في المادة 192، وعلى جهات الإخطار في المادة 193، ونص أيضاً على اختصاص المحكمة بشأن الدفع بعدم الدستورية والإخطار بإحالة الدفع طبقاً للمادة 195. ونظراً لأن الإخطارات في كل تلك التخصصات المذكورة تحتاج إلى تفاصيل تبين الإجراءات والكيفيات المتعلقة بها نص الدستور في المادة 196 على قانون عضوي يحدد تلك الإجراءات والكيفيات. وعليه صدر هذا القانون بعد سنة ونصف تقريباً من صدور الدستور.

¹ - قانون عضوي رقم 22-19 مؤرخ في 26 ذي الحجة عام 1443 الموافق 25 يوليو سنة 2022، يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 51 المؤرخة في 31 يوليو سنة 2022.

ويعتبر القانون العضوي رقم 22-19 الأساس القانوني للمحكمة الدستورية في مجال ممارسة المحكمة لاختصاصاتها التي تتطلب إخطارا أو إحالة بالدفع. وقد تمت صياغة هذا القانون في معظمه من القانون العضوي السابق رقم 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية¹. ورغم أن نص المادة الدستورية التي نصت على شروط الدفع بعدم الدستورية في دستور 2020 بقيت كما هي من حيث الشروط الواجبة في الدفع بعدم الدستورية كما في دستور 2016 (أو كما يسمى التعديل الدستوري لعام 2016) الذي أسس للدفع بعدم الدستورية. إذ نصت المادة 188 في دستور 2016: «يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي».

وتقابلها المادة 195 من دستور 2020 «يمكن إخطار المحكمة

الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم

¹ - قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 54 الصادر في 5 سبتمبر سنة 2018.

التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي
يضمنها الدستور».

والفرق بين المادتين أن مادة دستور 2020 أضافت إلى جانب الحكم التشريعي الحكم التنظيمي، وبديل عبارة: ينتهك الحقوق والحرريات في دستور 2016 أصبحت: ينتهك حقوقه وحرياته في دستور 2020، بالإضافة إلى عبارة المحكمة الدستورية بدل المجلس الدستوري.

ورغم أن المجلس الدستوري تحفظ كثيرا على القانون العضوي السابق رقم 18-16 كما سيتضح، إلا أنه لم يتحفظ على الشروط الواردة في المادة 8 (وهي المادة 9 في أصل القانون العضوي قبل رأي المجلس الدستوري) والتي اختلفت عن شروط المادة الدستورية (188). وكان يتوقع على الأقل من وجهة نظري أن المحكمة الدستورية ستتحفظ على القانون العضوي الجديد خاصة على الشروط الواردة في المادة 21 منه والتي اختلفت أيضا عن شروط المادة 195 من الدستور.

وبما أن القانون العضوي السابق يعتبر المصدر التاريخي والأساسي للقانون العضوي الحالي وأن هذا الأخير تم نسخه تقريبا من الأول مع تغيير ظاهر في عنوان القانون العضوي الحالي، ورغم بقاء شروط الدفع بعدم الدستورية سواء في النص الدستوري السابق أو الحالي وبقاء نفس الشروط في القانون العضوي السابق والحالي إلا أن هناك بعض الأحكام استحدثت بموجب القانون العضوي الحالي مما يستلزم المقارنة بينهما.

وتجلى أهمية الموضوع في الوقوف على مدى استفادة المشرع من القانون العضوي السابق رقم 18-16 لصياغة القانون العضوي الحالي رقم 22-19 واستفادة المحكمة الدستورية أيضا من ملاحظات المجلس الدستوري على القانون العضوي السابق، وذلك من خلال المقارنة بين القانونين لمعرفة أيضا مضامين كليهما والفروق بينهما، وذلك قصد الوقوف على مدى انسجام مضامين القانون العضوي الحالي 22-19 مع المادة 196 باعتبارها الأساس الدستوري له، ومع الشروط التي حددتها المادة 195 لتطبيق الدفع بعدم الدستورية.

والإشكالية التي نثار بخصوص هذا الموضوع تتمحور حول مدى انسجام محتويات ومضامين القانون العضوي رقم 22-19 مع المادة 196 من الدستور التي تعتبر الأساس الدستوري له؟ ومع الشروط التي حددتها المادة 195 لتطبيق الدفع بعدم الدستورية؟ وهل اقتضت مضامين هذا القانون العضوي فقط على إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية؟ وهل استفاد المشرع العضوي عند وضعه لهذا القانون من الانتقادات الموجهة للقانون العضوي السابق؟ وتم تلافي النقائص الوارد فيه؟ وما الفروق بين القانونين العضويين السابق والحالي من حيث العناوين والدقة في الصياغة ورقابة الجهة القضائية الدستورية لكليهما؟

ولالإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات المرتبطة بها تم اتباع المنهج التحليلي بتحليل نصوص الدستور الحالي ونصوص الدستور السابق ذات الصلة ونصوص القانون العضوي رقم 22-19 والقانون العضوي السابق رقم 18-16،

كما تمت الاستعانة بالمنهج المقارن للمقارنة بين تلك النصوص المختلفة قصد الوصول إلى نتائج محددة تعقبها توصيات أو اقتراحات قد يستفاد منها عند تعديل تلك النصوص في المستقبل. ولتفصيل ذلك تم تقسيم الموضوع وفق الخطة التالية:

- الفرع الأول: التعليق على استنتاجات المجلس الدستوري في رقابته للقانون العضوي 16-18
- الفرع الثاني: التعليق على استنتاجات المحكمة الدستورية في رقابتها للقانون العضوي 19-22
- الفرع الثالث: الأحكام المستحدثة في القانون العضوي الجديد رقم 19-22
- الفرع الرابع: عدم انسجام مضامين القانون العضوي 19-22 مع عنوانه والمادة الدستورية المؤسسة له

الفرع الأول

التعليق على استنتاجات المجلس الدستوري في رقابته للقانون العضوي 16-18

قبل التعديل الدستوري الجزائري 2016 وكذلك قبل التعديل الدستوري الفرنسي 2008¹ لم يكن للهيئات القضائية أي دور إطلاقا في الرقابة على دستورية القوانين باعتبار هذه المهمة من الاختصاص الحصري والمركز للمجلس الدستوري في كلا البلدين. لكن تغير الأمر بعد ذلك وأصبح لتلك

¹ - وصدور القانون العضوي في 2009 لتطبيق مسألة الأولوية الدستورية:

Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21379, @ n° 1.

الجهات القضائية الدور الأساسي في التحقق من شروط الدفع بعدم الدستورية قبل إحالته على المجلس الدستوري. لقد صدر القانون العضوي الذي أحالت عليه المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 مبينا شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية¹. وعندما أُحيل هذا القانون العضوي على المجلس الدستوري لمراقبة مطابقتة للدستور تحفظ على الكثير من مواد القانون وأعاد صياغة بعضها. ولم يركز المجلس الدستوري على دراسة تلك الشروط التي وردت في القانون العضوي ومدى انسجامها مع النص الدستوري بقدر تركيزه على العلاقة بينه وبين تلك الجهات القضائية حول مسألة الدفع بعدم الدستورية. ففي علاقة الجهات القضائية بالدفع بعدم الدستورية اجتهد المجلس في تفسير نص المادة 14 من النص الأصلي فقرة 2 التي تنص: «وتتم الإحالة إذا تم استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون العضوي» حيث اعتبر أن هذه الفقرة تقتضي أيضا وجوب ارسال نسخة إلى المجلس الدستوري من قرار رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة للدفع بعدم الدستورية ليتولى المجلس رقابة ذلك؟²

¹ - قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 54 الصادر في 5 سبتمبر سنة 2018.

² - رأي رقم 03/رق.ع.م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور. الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في 05 سبتمبر سنة 2018.

ومن خلال الاطلاع على رأي المجلس المتعلق برقابة مطابقة القانون العضوي رقم 18-16 للدستور، يمكن ايراد الملاحظات التالية:

1. تحفظ المجلس الدستوري على الكثير من المواد الواردة في القانون العضوي 18-16 وأعاد صياغة كل المواد غير المطابقة جزئيا للدستور والغي مادة واحدة لعدم تطابقها للدستور وهي المادة 05 من النص الأصلي بسبب نقل المشرع العضوي لجزء منها من المادة الدستورية.

2. لم يعلق المجلس الدستوري على الشروط التي حددها القانون العضوي في المادة 09 رغم عدم تطابق تلك الشروط مع الشروط المنصوص عليها في الدستور في المادة 188 من التعديل الدستوري 2016. فالقانون العضوي أضاف شرط الجدية ولم يتناول شرط انتهاك الحكم التشريعي لحق أو حرية يضمنها الدستور لأحد الخصوم الذي قدم الدفع¹.

3. تحديد المجلس الدستوري للعلاقة بينه وبين الجهات القضائية في الدفع بعدم الدستورية وقارن بين اختصاصاته واختصاصات تلك الجهات مؤكدا أن اختصاصه الحصري في كفالة احترام الدستور يعود له وحده فقط وأن هذا الاختصاص مستمد مباشرة من الدستور عكس اختصاصات تلك

¹ - د. بومدين محمد، عدم إدراج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات ضمن المادة 08 من القانون العضوي 18-16 مقال منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن المركز الجامعي علي كافي بتندوف، الترقيم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2661-7749، المجلد 04، العدد 01، لشهر جوان 2020، الصفحات (65-90).

الجهات القضائية مستمدة من القانون العضوي فهي أقل شأنًا وقيمة. كما أكد المجلس الدستوري أن تقييد تلك الجهات القضائية أو قضاة الموضوع عند ممارسة صلاحية تحقق الشروط من عدمها «بالحدود التي تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، دون أن يمتد ذلك إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي المعارض عليه من قبل أطراف النزاع...»¹

4. وفسر المجلس الدستوري أحكام القانون العضوي على نحو يسمح له برقابة تلك الجهات حتى في حالة رفضها للدفع بعدم الدستورية.

5. إن هذا التفسير من المجلس الدستوري في ارسال نسخة من قرار الرفض من المحكمة العليا ومجلس الدولة ما هو سوى نقل عن القانون العضوي الفرنسي الذي نص صراحة على وجوب ارسال نسخة من قرار الرفض

¹ - رأي رقم 03/رق.ع.م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور. الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في 05 سبتمبر سنة 2018.

الصادر عن محكمة النقض أو مجلس الدولة¹ وأن هذا التفسير المتشدد² يتناقض مع الدستور في المادة المؤسسة للدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ومتناقضة مع القانون العضوي المذكور، والأكثر من ذلك متناقضة مع إجراء التصفية على درجتين والذي يهدف إلى منع إغراق المجلس الدستوري بدفوع كيدية أو غير مؤسسة، كما يرمي إلى مساعدة المجلس الدستوري من قبل تلك الجهات القضائية في بلورة وصياغة الحجج والأدلة على وجود شبهة عدم الدستورية. أما إذا كان المجلس يرى في نفسه القدرة والكفاءة ومن الوقت والجهد ما يمكنه ويغنيه عن تلك الجهات القضائية ليفصل في الدفوع بعدم الدستورية لماذا لا يتم تعديل الدستور وإلغاء إجراءات التصفية أمام تلك الجهات القضائية وتحال الدفوع على المجلس الدستوري مثلما يطالب به الكثير من الفقه الفرنسي

¹ - «Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée 1 par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas - Article 23-7 .le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité» de Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21379, @ n° 1.

² - ولزيد أكثر حول تشدد المجلس الدستوري في حصر اختصاصات الهيئات القضائية ومدى سلطة الجهات القضائية في رفض الدفع وموقف المجلس الدستوري من ذلك يمكن الاطلاع على مقال د. بومدين محمد، طبيعة العلاقة بين الهيئات القضائية والمجلس الدستوري الجزائري في الدفع بعدم الدستورية مقال منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، مجلة أكاديمية محكمة تصدر فصلياً عن المركز الديمقراطي العربي، برلين- ألمانيا، الترقيم الدولي: 7209- 2626- ISSN ، العدد 05 لشهر يناير 2020، الصفحات من (55-71).

وغيره؟ سواء بتقليصه إلى تصفية من درجة واحدة.¹ أو تأسيس حق الطعن ضد قرارات رفض الدفع.² أو إنشاء لجنة على مستوى المجلس الدستوري تتولى فحص تلك الدفوع وتقبل فقط الدفوع المؤسسية.³

6. ومن الأخطاء التي وقع فيها المجلس الدستوري في رأيه المتعلق برقابة مطابقة هذا القانون العضوي رقم 18-16 تحفظه على عنوان الفصل الثاني: شروط واجراءات ممارسة الدفع بعدم الدستورية واقترح صياغته كالتالي: شروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية وهذا خلل منهجي، إذ هذا العنوان المقترح يتطابق مع عنوان القانون العضوي ذاته: شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية؟ أما الخطأ الثاني فقد ورد في ملاحظته المتعلقة بالبند الخامس: حين استعمل مصطلح دستورية بدل مطابقة: «خامسا: يعاد ترقيم مواد القانون العضوي، موضوع الإخطار. المواد 8 و 9 و 14 و 21 و 22 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، المصرح في هذا

¹ - Savonitto, Florian. L'absence de double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Argument pour sa suppression ?, Revue française de droit constitutionnel, vol. 93, no. 1, 2013, pp. 107-123, p. 110.

DOI : 10.3917/rfdc.093.0107. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2013-1-page-107.htm>

² - Barthélemy, Jean; Boré, Louis, Le recours contre les décisions des juridictions du fond refusant de transmettre une QPC, Revue de droit constitutionnel appliqué, janvier-mars 2012, n° 1, p.71-73.

³ - GRIENENBERGER-FASS M., Les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité, préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité ?, Issu de Petites affiches, numéro spécial - n°212, date de parution : 23/10/2009, p. 24.

الرأي بدستوريتها مع مراعاة التحفظات التفسيرية، تقابلها في هذا القانون العضوي المواد 7 و 8 و 13 و 20 و 21».¹ فالقانون العضوي يخضع لرقابة المطابقة وليس لرقابة الدستورية بدليل عنوان الرأي الصادر عن المجلس يؤكد ذلك. وانحطاً الثالث يتعلق بالبند السادس حيث ورد فيه: «سادسا: تعتبر الأحكام غير المطابقة جزئياً أو كلياً للدستور قابلة للفصل عن باقي أحكام القانون العضوي، موضوع الإخطار». على أساس أن المجلس الدستوري في هذا الرأي أعاد صياغة كل المواد وال فقرات التي كانت غير مطابقة جزئياً للدستور بما فيها عنوان الفصل الثاني الذي أعاد صياغته كما سبق بيانه. والنتيجة أنه لم يعد ضمن هذا القانون ما يعد غير مطابق جزئياً للدستور حتى يتم فصله عن باقي أحكام القانون العضوي. فما بقي غير مطابق للدستور كلياً هي مادة وحيدة: «تعد المادة 5 غير مطابقة للدستور»، وهي التي يتم فصلها عن باقي أحكام القانون العضوي. أما الأحكام غير المطابقة جزئياً فقد تمت إعادة صياغتها فكيف يمكن فصلها عن باقي النص؟

¹ - رأي رقم 03/ ر.ق.ع.م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور. الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في 05 سبتمبر سنة 2018.

الفرع الثاني

التعليق على استنتاجات المحكمة الدستورية في رقابتها للقانون العضوي 22-19

جاءت ملاحظات المحكمة الدستورية في رأيها¹ هذا مقتضبة بالمقارنة مع الملاحظات والتحفظات التي أبدتها المجلس الدستوري على القانون العضوي السابق. فقد تم التحفظ من قبل المحكمة على تأشيرتين: الأولى ضمن البنات الدستورية والمتعلقة بالمادة 186 من الدستور المتضمنة تشكيلة المحكمة و اليمين الذي يؤديه أعضاؤها، حيث قررت المحكمة حذفها من البنات لعدم صلتها بمضمون القانون العضوي، والثانية ضمن المقتضيات وتعلق بالقانون العضوي رقم 05-11 المتضمن التنظيم القضائي الملغى بالقانون العضوي الجديد المؤرخ في 9 يونيو 2022. كما تم التحفظ على 03 مواد فقط من القانون العضوي محل الرقابة وهي المواد 2 و3 و15 واعتبارها مطابقة جزئيا مع تقديم صياغة بديلة لها. مع الإشارة إلى خطأ مادي في المادة 9 عند الإحالة منها على المادة 190 من الدستور فبدل الإحالة إلى الفقرة 5 منها تمت الإحالة خطأ إلى الفقرة 6.

سيتم التركيز بخصوص التعليق على ملاحظات المحكمة الدستورية في هذا الشأن، على نقاط ضمن مسألتين:

¹ - قرار المحكمة الدستورية رقم 04/ق.م.م. د/ ر م د/22 مؤرخ في 29 ذي الحجة عام 1443 الموافق 29 يونيو سنة 2022، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، للدستور، الجريدة الرسمية العدد 51 المؤرخة في 31 يوليو 2022.

- 1- مدى مطابقة شروط الدفع بعدم الدستورية الواردة في القانون العضوي (المادة 21) للمادة الدستورية 195
- 2- أن لا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور

أولاً: المسألة الأولى: مدى مطابقة شروط الدفع بعدم الدستورية الواردة في القانون العضوي (المادة 21) للمادة الدستورية 195: لم تحتفظ المحكمة الدستورية، مثلها لم تحتفظ المجلس الدستوري أيضاً في رقابته للقانون السابق، على الشروط التي حددها القانون العضوي الجديد في المادة 21، رغم عدم تطابق تلك الشروط مع الشروط المنصوص عليها في المادة 195 من دستور 2020 على الأقل من الناحية الشكلية ومن حيث الصياغة. فالقانون العضوي الجديد كالقديم تماماً أضاف شرط الجدية ولم يتناول شرط انتهاك الحكم التشريعي أو التنظيمي لحق أو حرية يضمنها الدستور للمعترض على ذلك الحكم الذي يتوقف عليه مآل النزاع.

فالمادة 21 من القانون العضوي 22-19 تنص على أنه: «يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط الآتية:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة،
- ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف،

- أن يتسم الوجه المثار بالجديّة».

وهي نفس المادة الواردة في القانون العضوي السابق 18-16 ماعدا إضافة (التنظيمي). ولم يعلق المجلس الدستوري على تلك الشروط في رأيه¹ عندما أحيل عليه ذلك القانون العضوي كما سبق بيانه.

بالمقارنة بين هذا النص للقانون العضوي ونص المادة 195 من الدستور السابق ذكرها يبدو الاختلاف على الأقل من الناحية الشكلية ومن الصياغة:

فالمادة الدستورية تضمنت شرطا أساسيا أن: «الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور»، وهذا الشرط غير وارد بصياغته في المادة 21 من القانون العضوي. بينما تضمنت المادة 21 من القانون العضوي شرطا أساسيا: «أن يتسم الوجه المثار بالجديّة» وشرطا أساسيا آخر: «ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف» ولم يرد هذان الشرطان في المادة 195 من الدستور؟

في حين أن شرط: أن يتوقف عليه مآل النزاع مشترك بين النصين فلا يثير أي مشكلة من حيث الرقابة.

¹ - رأي رقم 03/ ر.ق.ع.م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور. الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في 05 سبتمبر سنة 2018.

وكان على المجلس الدستوري سابقا وعلى المحكمة الدستورية في رقابة المطابقة للقانون العضوي في المادة المذكورة أن يتوقفا ويتحفظا أو على الأقل يتم التعليق على تلك الشروط من حيث الصياغة لاختلاف نص القانون العضوي عن النص الدستوري خاصة وأن المسألة تتعلق برقابة المطابقة وهي رقابة صارمة كما وصفها المجلس الدستوري كثيرا في آرائه.¹

فالشرط المتعلق بانتهاك الحكم التشريعي أو التنظيمي الوارد في الدستور لم يرد في القانون العضوي وهذه مخالفة صريحة تجعل النص التشريعي غير مطابق للدستور. ورغم أن المشرع الجزائري نقل عن الفرنسي تلك الشروط الواردة في المادة 21 لكنه لم ينقل عنه بأمانة ودقة. فالقانون الفرنسي ذكر ذلك الشرط ليس ضمن شروط المادة ولكن ذكره قبلها في المادة 23-1 فقرة أولى من نفس القانون العضوي.²

¹ - د. بومدين محمد، آليات رقابة المطابقة التي يمارسها المجلس الدستوري طبقا للتعديل الدستوري 2016، مقال منشور في مجلة الحقيقة، مجلة أكاديمية محكمة تصدر فضليا عن جامعة أدرار، التقييم الدولي: 4210- 1112 ISSN، المجلد 18، العدد 04 (العدد 51 حسب التسلسل السابق للمجلة) لشهر ديسمبر 2019، الصفحات من (01-31)، وأيضا د. بومدين محمد، المعايير الموضوعية للتمييز بين رقابة المطابقة ورقابة الدستورية ورقابة الدفع بعدم الدستورية وفقا للتعديل الدستوري 2016، مقال منشور في مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة ابن باديس مستغانم، التقييم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2661-7706 المجلد 04، العدد 01، لشهر أكتوبر 2020، الصفحات (11-54).

² - د. بومدين محمد، عدم إدراج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات ضمن المادة 08 من القانون العضوي 18-16 مقال منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن المركز

وهناك احتمال ولو ضئيل أن يكون المشرع العضوي قد تعمد ذلك حتى يرفع يد الجهات القضائية من التطرق للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، مما يعد انتهاكا مباشرا للاختصاص الحصري للمجلس الدستوري أو تدخلا فيه. وقد يكون المشرع العضوي قد استفاد من الانتقادات الموجهة للتشريع المغربي المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية ومن حجج المحكمة الدستورية المغربية التي حكمت بعدم دستورية هذا القانون وخاصة ما تعلق بالحكم التشريعي الذي ينتهك الحقوق والحريات.¹ حيث اعتبرت المحكمة الدستورية المغربية أن إدراج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ضمن الشروط التي يجب على قضاة الموضوع التأكد من تحققها يعد ماساسا بالاختصاص الحصري للمحكمة في تقدير الدستورية، فقد أوضحت أن «الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني، وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، يعد من الاختصاصات التي تنفرد المحكمة الدستورية بممارستها».² ولكن كان على المجلس الدستوري وعلى المحكمة الدستورية إبداء التحفظ على ذلك. فكيف لا يتم التحفظ على المخالفة الصريحة

الجامعي علي كافي بتدوف، التقييم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2661-7749، المجلد 04، العدد 01، لشهر جوان 2020، الصفحات (65-90) ص 67.

¹ - المرجع نفسه، ص 68.

² - قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18/70 م.د الصادر بالرباط في يوم الثلاثاء 17 من جمادى الثانية 1439 الموافق 06 مارس 2018 يمكن الاطلاع عليه بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية على الرابط التالي:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B17018>

للنص الدستوري ولو من الناحية الشكلية والصيغة، ويتم التحفظ على خلاف ما هو واضح وصريح حينما فسر المجلس نص المادة 14 من النص الأصلي فقرة 2 التي تنص: «وتم الإحالة إذا تم استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون العضوي» حيث اعتبر أن هذه الفقرة تقتضي أيضا وجوب ارسال نسخة إلى المجلس الدستوري من قرار رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة للدفع بعدم الدستورية ليتولى المجلس رقابة ذلك؟¹ وهذا رغم وضوح النص بعبارة صريحة لا تحتمل التأويل فعند عدم استيفاء تلك الشروط لا تتم الإحالة؟

ومن جهة أخرى كان على المحكمة الدستورية أن تتفادى الانتقادات التي وجهت للقانون العضوي السابق ولل قانون الفرنسي الذي قلده المشرع الجزائري في ذلك، بخصوص تلك الشروط وخاصة شرط الجدية الذي اختلف حوله الفقهاء وكذلك الجهات القضائية بما فيها المحكمة العليا أو النقض ومجلس الدولة. فقد تضاربت أقوال الفقهاء حول شرط الجدية بين من رأى أن الجدية في الدفع تتحقق عندما لا يكون الغرض منه إطالة أمد القضية، وعلى قاضي الموضوع استبعاد الدفع غير الجدية التي تستهدف التسوية وإطالة وتعطيل الفصل في الدعوى الموضوعية.² وهناك من فسرها بمعنى الجديد (de caractère

¹ - رأي رقم 03/ ر.ق.ع.م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور. الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في 05 سبتمبر سنة 2018.

² - د. خليفة سالم الجهمي، طرق تحريك الرقابة الدستورية: دراسة تحليلية مقارنة، ص 11 من مقال منشور بتاريخ 2018/07 على موقع المحكمة العليا الليبية وذلك على الرابط التالي:

<https://supremecourt.gov.ly/uploads/2018/07>

(sérieux ou nouveau)¹ وهناك من فسرها بأن الدفع لشبهة عدم الدستورية يكون مؤثرا على الفصل في النزاع وهو ما نص عليه القانون العضوي 19-22 في الشرط الأول أن يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي يتوقف عليه مآل النزاع. وهناك من ربط الجدية أن التشريع المطعون فيه تحوم حوله شبهة عدم الدستورية. بينما ربط البعض الجدية بالمصلحة في الدعوى² فرق البعض بين جدية الدفع وشرط المصلحة.³

تم الاطلاع عليه بتاريخ 22:24 2019/11/14

1 - Le caractère sérieux ou nouveau du moyen de constitutionnalité, publiée au site officiel de la cour de cassation française :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_3879/examen_questions_prioritaires_constitutionnalit_3904/nouveau_moyen_19487.html

Voir plus détaillées Mathieu, Bertrand. « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité (25 avril – 11 juillet 2014) », *La Semaine juridique. Édition générale*, 28 juillet 2014, n° 30-35, p. 1498-1503. Pascale DEUMIER, «Appréciation de l'absence de caractère sérieux d'une QPC», *BACALY* [En ligne], n°10, Publié le : 23/01/2018, URL : <http://publications-prairial.fr/bacaly/index.php?id=438>; voir aussi : [Ariane Vidal-Naquet](#), Le rôle du Conseil constitutionnel français, [Annuaire international de justice constitutionnelle](#) Année 2012 27-2011 pp. 41-53.

² - هزيل جلول وعطار نسيمة ، شرط المصلحة في تحريك رقابة مجلس الدستوري للعملية الدستورية - دراسة مقارنة -، *المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية* (العدد الخامس) يونيو، 2015، ص ص 95-131، ص 125.

³ - عادل الططباطي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، المرجع السابق، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، 1985، ص 34، وعبدالعزیز محمد السمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية: منحه المحكمة

ورغم اختلاف التفسيرات حوله، أخذ شرط الجدية في القضاء الفرنسي حصة الأسد من قرارات عدم إحالة الدفوع إلى المجلس الدستوري من قبل الجهات القضائية الفرنسية، حيث أن 80 في المائة من قرارات رفض الإحالة كانت بسبب انعدام شرط الجدية.¹

وكان على المشرع الجزائري وكذلك المحكمة الدستورية وقبلها المجلس الدستوري أن يأخذوا بالحسبان تلك التفسيرات المختلفة حول شروط الدفع بعدم الدستورية والاكتفاء بشروط شكلية لا تمس بالاختصاص الحصري للمحكمة الدستورية.

الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، سعد سمك للمطبوعات القانونية، 2011، ص 219.

¹ -«A peu près 80 % des décisions de non-renvoi des juridictions suprêmes portent sur le défaut de caractère sérieux ou nouveau de la question posée⁴. La condition relative au caractère sérieux de la demande est celle qui donne le plus lieu à décision de renvoi ou de non-renvoi devant le Conseil constitutionnel, très loin devant la question nouvelle ; c'est aussi, parmi toutes les conditions de recevabilité, celle pour laquelle la marge d'appréciation du juge du filtre est la plus grande». Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, p. 02 article publiée: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01463065/document>

Voir aussi: Stéphanie Hennette Vauchez, « ...les droits et libertés que la constitution garantit » : quiproquo sur la QPC ?, La Revue des droits de l'homme, 10 | 2016,

URL : <http://revdh.revues.org/2481> ; DOI : 10.4000/revdh.2481

كان على المجلس الدستوري بدلا من أن يتشدد في تفسير أحكام القانون العضوي ليتولى رقابة الجهات القضائية، وهو غير محق في ذلك، وليستأثر وحده بالرقابة على الدستورية وهو محق في هذا، أن يحذو حذو المحكمة الدستورية المغربية التي رفضت تلك الشروط ورفضت القانون العضوي (التنظيمي) ليتولى المشرع إعادة صياغته وفق ذلك. وكان على المحكمة الدستورية الجزائرية بعد ذلك أن تتخذ موقفا مغايرا للمجلس الدستوري وتنبوإ إعادة صياغة تلك المواد بما يحقق عدم تدخل الجهات القضائية في مسألة الدستورية وتحيل تلك الجهات الدفع مباشرة على المحكمة الدستورية مثلما فعل المشرع التونسي.¹

ثانيا: المسألة الثانية: أن لا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض

عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور، باستثناء حال تغير الظروف: فهي نثير عدة إشكاليات وملاحظات يمكن إيجازها على النحو التالي:

1. أن هذا الشرط نقل كما هو من القانون العضوي السابق 18-16 وأضيف له فقط عبارة التنظيمي،
2. أن هذه الصياغة جعلت التنظيمات تخضع لرقابة المطابقة؟ فكيف لمن أخضع التنظيمات لرقابة الدستورية اللاحقة ولرقابة التوافق مع المعاهدات خلال شهر من تاريخ نشرها طبقا للمادة 190 فقرة 03 و04 منها، وأخضع التنظيمات أيضا لرقابة الدفع بعدم الدستورية إذا كان

¹ - د بومدين محمد، عدم إدراج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات ضمن المادة 08 من القانون العضوي 18-16، المرجع السابق، ص 81.

الحكم التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقا لرافع الدفع أو
حرية التي يضمنها الدستور، كيف يخضع التنظيمات لرقابة المطابقة؟
فهي ليست قانون عضوي ولا نظام داخلي لإحدى غرفتي البرلمان حتى
تخضع لرقابة المطابقة؟

3. وهل من المعقول والمنطقي أن يخضع الحكم التشريعي وهو القانون العادي
حسب تعريف المجلس الدستوري في موقعه الرسمي على الانترنت¹ أن
يخضع هو أيضا لرقابة المطابقة؟ هذا مع العلم أن تفسير المجلس الدستوري
للحكم التشريعي على هذا النحو تنقصه الدقة وجانبه الصواب من وجهة
نظري، لسبب: أن جل القوانين بل جل التقنيات الأساسية في الجزائر
صدرت بأوامر في المراحل الانتقالية ولم يصادق عليها البرلمان أهمها:
الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل
والمتمم، والأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل
والمتمم، والأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،
والأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.² والثاني

¹ - تحت عنوان: ما المقصود بالنص التشريعي؟ بين المجلس بأنه: «يجب أن يكون النص الذي يمكن
الاحتجاج بعدم دستوريته ذ طبيعة تشريعية، أي نص قانوني صوت عليه البرلمان وأصدره رئيس
الجمهورية وأصبح ساري المفعول». الموقع الرسمي للمجلس الدستوري:

<http://www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/ar/2018-11-04-15-19-53>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020-04-08 19 : 04

² - د بومدين محمد، النصوص القانونية الخاضعة لرقابة الدفع بعدم الدستورية بين التوسيع والتضييق،
مقال منشور في مجلة القانون الدولي والتنمية، (Revue droit international et
développement) دورية أكاديمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد

أن القضايا التي عرضت على المجلس الدستوري تتعلق بالدفع بعدم دستورية أحكام من الأمر رقم 66-155 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية...

4. هذه التساؤلات كان يمكن للمجلس الدستوري أن يطرحها أثناء رقبته للقانون العضوي 18-16، وبعده بمدة كان بإمكان المحكمة الدستورية أن تطرحها وتحفظ على الأقل، أثناء رقبته للقانون العضوي 22-19، على هذا النص أو العبارة الواردة في المادة لغموضها وتناقضها.

5. من خلال ما سبق يتبين أن عبارة بمطابقته للدستور هي الخلل ويجب استبدالها بعبارة دستوريته، لتصبح العبارة كاملة: أن لا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعارض عليه قد سبق التصريح بدستوريته. لأن القوانين العادية والتنظيمات التي من المحتمل أن تنظم الحقوق والحريات تخضع لرقابة الدستورية وليس لرقابة المطابقة.

6. ولكن يبقى الاشكال مطروحا بالنسبة للقوانين العضوية فهي تخضع لرقابة المطابقة. وعليه يجب تعديل العبارة السابقة بحيث تشمل القوانين العضوية فتصبح العبارة كالتالي: أن لا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعارض عليه قد سبق التصريح بدستوريته، أو سبق التصريح بمطابقته للدستور بالنسبة للقانون العضوي. ويمكن الاستغناء عن عبارة القانون العضوي لأن الحكم التشريعي يشمل القانون العضوي والقانون العادي والأوامر

الحמיד ابن باديس- مستغاثم، الترقيم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2602-6848، المجلد 08، العدد 01، لشهر جوان 2020، الصفحات (37-52)، ص 47.

بالنسبة للدستور الجزائري (على خلاف الأوامر في الدستور الفرنسي)

وليس كما فسرهُ المجلس الدستوري في موقعه الرسمي المذكور.¹

7. أن عبارة باستثناء حال تغير الظروف، تُثير إشكالا آخر تتعلق بتفسير تغير الظروف. وقد فسرها المجلس الدستوري بتعديل الدستور باعتبار أن قرارات وآراء المجلس الدستوري وكذلك المحكمة الدستورية تبقى قائمة ما لم يتعدل الدستور. وذلك من خلال قراره رقم 95/01 الصادر في سنة 1995 حيث أكد المجلس أن: «قرارات المجلس الدستوري ترتب، بصفة دائمة، كل آثارها، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها مازالت قائمة».² وهذا يتطلب من قاضي الموضوع الاجتهاد وإعمال رأيه في قرارات وآراء المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية ويحللها ليفهمها فالكثير منها صدر بتحفظات كثيرة تحتاج إلى التخصص. هذا من جهة ومن جهة أخرى

¹ - أنظر مبررات خضوع الأوامر لرقابة الدفع بعدم الدستورية في مقال د. بومدين محمد، تنظيم الأوامر للحقوق والحريات أساس خضوعها لرقابة الدفع بعدم الدستورية في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، دورية أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة ابن خلدون تيارت ، الترقيم الإلكتروني الدولي: Eissn: 2602-6910 المجلد 06، العدد 01، لشهر سبتمبر 2020، الصفحات (01-23) ص 12 وما بعدها.

² - قرار رقم 01-ق.أ.م.د - 95 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1416 الموافق 6 غشت سنة 1995، يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات. ونفس التفسير أكده في رأيه رقم 12/ر.ق / م د / 01 مؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق 13 يناير سنة 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم 2000... مؤرخ في... الموافق... يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان، الجريدة الرسمية العدد 09 المؤرخ في 04 فبراير 2001.

حتى مع التسليم والالتزام بتفسير المجلس لتغير الظروف سيدفع قاضي الموضوع إلى تقصي آراء وقرارات المجلس الدستوري السابقة وقرارات المحكمة الدستورية اللاحقة وتفحصها، والمقارنة بين ما ورد فيها وما ورد في النص الدستوري الجديد الذي ينظم الحق أو الحرية والتأكد من أن هناك ما يستلزم إعادة النظر في تلك القرارات أو الآراء والفحص والتأكد من شبهة عدم الدستورية وهذا كله سيؤدي حتما إلى تدخله في النظر في تقدير الدستورية الذي ليس من اختصاصه.¹

8. كما يجب التنويه إلى أن عبارة باستثناء تغير الظروف نقلها المشرع الجزائري عن نظيره الفرنسي وقد توسع في تفسيرها المجلس الدستوري الفرنسي بحيث لم تعد تقتصر على تعديل الدستور بل تشمل أموراً أخرى كتعديل التشريع المنظم للمسألة وتغير الواقع والظروف وتغير اجتهادات محكمة النقض ومجلس الدولة وغيرها.² وقد لاقى هذا التفسير الموسع لتغير الظروف من قبل المجلس الدستوري انتقادات واسعة أهمها تحول المجلس الدستوري من قاضي قانون إلى قاضي واقع، وتضارب اجتهاداته مع

¹ - د. بومدين محمد، عدم إدراج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات ضمن المادة 08 من القانون العضوي 18-16، المرجع السابق، ص 80.

² - د. بومدين محمد، القوانين العضوية المصرح بمطابقتها للدستور ومسألة تغير الظروف: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، مقال منشور في مجلة القانون العقاري والبيئة، دورية أكاديمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم، الترقيم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2602-6848، المجلد 08، العدد 02، لشهر جوان 2020، الصفحات (11-46)، ص 27 وما بعدها.

تفسيرات الهيئات القضائية بخصوص ذلك، والمساس بمبدأ اليقين القانوني ومبدأ الأمن القانوني، وتقويض شرعية المجلس الدستوري ذاته.¹

9. ولهذا يجب إعادة النظر في النص الدستوري (المادة 195) والقانون العضوي رقم 22-19 بإعادة صياغة ذلك مراعاة لما سبق واستفادة من تجارب الدول الأخرى بعيدا عن تقليد المؤسس الدستوري والمشرع والمجلس الدستوري الفرنسيين.

الفرع الثالث

الأحكام المستحدثة في القانون العضوي الجديد

جاء القانون الجديد في ظل محكمة دستورية بدل مجلس دستوري، وبهذا انتقلت الرقابة على دستورية القوانين من رقابة سياسية كانت حيسة التقليد للنموذج الفرنسي المطبق فقط في فرنسا وبعض الدول المستعمرة سابقا من فرنسا، إلى الرقابة القضائية عن طريق المحكمة الدستورية، والأهم من ذلك توسيع

¹ - Pascal Puig. QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité (A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 relative au régime de la garde à vue). *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010, pp.513-, p.516; VLACHOGIANNIS Apostolos, « Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine », *Jus Politicum, revue de droit politique* (décembre 2013), n°11, pp.01-34, p.17; Pauline GERVIER, « Le changement des circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, N° 1, 2012, pp.89-112.

اختصاصات هذه المحكمة لتشمل أدوارا جديدة في حسم الخلاف بين السلطات الدستورية، وفي تفسير أحكام الدستور وفي رفع الحصانة البرلمانية، إلى جانب الأدوار التقليدية التي كان المجلس الدستوري يمارسها. وزيادة على ذلك هناك مجموعة من الأحكام المستحدثة بموجب القانون العضوي الجديد رقم 19-22 يمكن إجمال أهمها في ما يلي:

1- القانون الجديد أشمل من القديم: فالقانون القديم اقتصر على تحديد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية فقط بينما شمل القانون الجديد بالإضافة إلى ذلك كيفيات وإجراءات الإخطار أمام المحكمة الدستورية سواء في رقابة المطابقة أو رقابة الدستورية أو رقابة توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات، أو في حسم الخلافات بين السلطات أو في تفسير بعض أحكام الدستور أو في رفع الحصانة البرلمانية. ويتضح هذا من خلال تصفح مواد القانون العضوي رقم 19-22 المتكونة من 45 مادة موزعة على 05 أبواب. فالباب الأول خصص لأحكام عامة تضمن مجالات الإخطار والإحالة وجهات الإخطار والإحالة، بينما خصص الباب الثاني لإجراءات وكيفيات الإخطار في مجال رقابة الدستورية والتوافق مع المعاهدات ورقابة المطابقة للدستور، والباب الثالث لإجراءات وكيفيات الإخطار في مجال الخلافات بين السلطات الدستورية وتفسير الأحكام الدستورية. والباب الرابع لإجراءات وكيفيات الإخطار عن طريق الإحالة المتبعة في مجال الدفع بعدم الدستورية. حيث قسم هذا الباب إلى فصول خصص الفصل الأول منه لأحكام عامة والثاني لشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية، والثالث للأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا

ومجلس الدولة، والرابع للأحكام المطبقة أمام المحكمة الدستورية. أما الباب الخامس فتناول أحكام ختامية تضمن النص على إلغاء أحكام القانون العضوي القديم رقم 18-16، والنص على نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية.

2- إخضاع التنظيمات للرقابة: وهذا تطبيقاً لأحكام الدستور الجديد 2020، أما الدساتير السابقة (دستور 1996 ودستور 2016) فقد كانت تنص على خضوع التنظيمات لرقابة الدستورية فقط وهي رقابة سابقة لا يمكن أن تمارس وفق الآليات المحددة في تلك الدساتير، بل كانت تلك الدساتير توفر الحماية الدستورية والقانونية للتنظيمات على حساب القوانين.¹ لكن دستور 2020 يعتبر أول دستور يحسم مسألة خضوع التنظيمات لجل أنواع الرقابة ويحدد الآليات لذلك.²

1 - - د. بومدين محمد، أسباب عدم خضوع التنظيمات لرقابة المجلس الدستوري الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والحريات، مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة محمد خيدير بسكرة، الترقيم الإلكتروني الدولي: ISSN: 2600-6057 المجلد 06، العدد 03، لشهر أكتوبر 2020، الصفحات (28-63)، وأيضاً د. بومدين محمد، الحماية الدستورية والقانونية للتنظيمات (اللوائح) على حساب القانون: دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، دورية أكاديمية محكمة تصدر جامعة زيان عاشور بالجلفة، الترقيم الدولي: ISSN: 2507-1742 EISSN: 2676-7333 المجلد 05، العدد 04، لشهر ديسمبر 2020، الصفحات (272-298).

2 - - د. بومدين محمد، التعديل الدستوري الجزائري المرتقب في نوفمبر 2020 و حسم مسألة إخضاع التنظيمات لرقابة المحكمة الدستورية، مقال منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي، مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الترقيم الإلكتروني الدولي: ISSN: 1620-2588 المجلد 04، العدد 02، لشهر أكتوبر 2020، الصفحات (276-296).

فتخضع التنظيمات لرقابة الدستورية في خلال شهر من نشرها (المادة 3/190)، كما تخضع أيضا لرقابة توافقتها مع المعاهدات خلال شهر أيضا (المادة 4/190)، وتخضع لرقابة الدفع حيث يمكن الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد طرفي الدعوى ضد الحكم التنظيمي الذي ينتهك حقه أو حرته التي يضمنها الدستور مثله مثل الحكم التشريعي طبقا للمادة 195 من الدستور وطبقا للمادة 21 من القانون العضوي رقم 22-19.

3- يمكن إثارة الدفع في كل مراحل الدعوى بما فيها أمام محكمة الجنايات الابتدائية: كان القانون العضوي السابق يمنع إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية طبقا للمادة 03 منه، لكن عند الاستئناف يمكن ذلك. أما القانون العضوي الحالي 22-19 فنص على إمكانية إثارة الدفع في كل مراحل الدعوى بما في ذلك أمام محكمة الجنايات الابتدائية والاستئنافية طبقا للمادة 16.

4- يمكن للمحكمة الدستورية أن تطلب من قضاة النيابة ومحافظي الدولة تقديم ملاحظاتهم: كان القانون القديم يمنع إثارة الدفع تلقائيا من طرف القاضي عموما وهذا ينطبق على قضاة الحكم وقضاة النيابة طبقا للمادة 4 منه، وهذا خلافا لخصوصيات ومتطلبات الطابع القضائي لإجراءات الدفع الممنوح لأطراف الدعوى الجنائية التي تعتبر النيابة العامة طرفا أصيلا فيها.¹ ولكن القانون الجديد

¹ - د. بومدين محمد، مدى التزام المجلس الدستوري الجزائري بمتطلبات الطابع القضائي للدفع بعدم الدستورية من خلال نظامه الصادر في 2019، مقال منشور في مجلة القانون والمجتمع، دورية محكمة

نص أيضا على عدم إثارة الدفع من قبل قضاة الموضوع وقضاة النيابة ومحافظي الدولة لكن بطلب من المحكمة الدستورية يمكنهم تقديم ملاحظات كتابية حول الدفع مثلهم مثل باقي الأطراف.

5- إدخال كل ذي مصلحة كطرف في الدفع بعدم الدستوري من غير المتخصصين: خلافا للقانون القديم فإن القانون العضوي رقم 22-19 نص صراحة على أن أي شخص له مصلحة في الدعوى أن يتدخل بمذكرة منفصلة ومكتوبة ومعللة في إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية، ويخضع لنفس الإجراءات التي تخضع لها الأطراف شريكة قبول تدخله قبل إصدار الجهات القضائية قرارها بإرسال الدفع بعدم الدستورية، وذلك طبقا للمادة 22 منه. وإذا كان القانون القديم لم ينص على ذلك فإن النظام المحدد لتقواعد عمل المجلس الدستوري لعام 2019 نص في المادة 17 على إمكانية دخول أو ادخال شخص آخر لم يكن طرفا في الدفع بعدم الدستورية ليصبح طرفا فيه ويأخذ نفس مركز الأطراف من حيث الوجاهية والوثائق وتقديم الملاحظات والطلبات¹: «يمكن لكل ذي مصلحة أن يتدخل في إجراء الدفع بعدم الدستورية، بتقديم طلب مكتوب لرئيس المجلس الدستوري، وذلك قبل

في الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الترخيم الدولي: ISSN: 2335-1462 والترقيم الإلكتروني: EISSN:2600-609X، المجلد 08، العدد 01، لشهر جوان 2020، الصفحات (30-62)، ص 39.

¹ - بومدين محمد، مدى التزام المجلس الدستوري الجزائري بمتطلبات الطابع القضائي للدفع بعدم الدستورية، المرجع السابق، ص 37.

إدراج الدفع في المداولة. في حالة قبول طلبه، يخضع الطرف المتدخل لنفس الإجراءات التي تخضع لها الأطراف»¹.

6- إلغاء التصدي الذي أسسه المجلس الدستوري في نظامه المحدد لقواعد عمله لعام 2019: رغم أن كل الدساتير الجزائرية لم تنص على التصدي، إلا أن النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري والذي صدر بعد التعديل الدستوري 2016² نص على التصدي في رقابة الدستورية في المادة 7 منه، ولم ينص على التصدي في رقابة الدفع بعدم الدستورية.³ ولما عدل المجلس الدستوري

¹ - - النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 12 مايو 2019، الجريدة الرسمية العدد 42 المؤرخ في 30 يونيو سنة 2019، والمعدل بمداولة صادرة عن المجلس الدستوري مؤرخة في 18 صفر عام 1441 الموافق 17 أكتوبر 2019، تعدل وتتم النظام المؤرخ في 7 رمضان 1440 الموافق 12 مايو 2019 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

² - النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 29 المؤرخ في 11 مايو سنة 2016، ص 06.

³ - كان يتوقع أن يقوم المجلس الدستوري في المستقبل القريب بتعديل النظام المحدد لقواعد عمله قصد إدراج رقابة الدفع ضمن أقسام الرقابة. حيث تضمن هذا النظام في الباب الأول: قواعد عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة ورقابة الدستورية، وقسم إلى فصلين: تناول الفصل الأول: رقابة مطابقة القوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور، بينما تضمن الفصل الثاني: رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات. وبالتالي لم يفرد المجلس الدستوري في هذا النظام الصادر في مايو 2016 فصلا ثالثا لرقابة الدفع بعدم الدستورية لسبب بسيط هو أن التعديل الدستوري الصادر في مارس 2016 أجل تطبيق هذه الرقابة إلى حين توفير الظروف اللازمة لتنفيذها ووضع الآلية لتطبيقها في أجل 03 سنوات من سريان أحكام التعديل الدستوري وهذا طبقا للمادة 215 الواردة في الأحكام الانتقالية.

النظام المحدد لقواعد عمله في 2019 نص على التصدي في رقابة الدفع بعدم الدستورية في مداولته التي عدلت هذا النظام في أكتوبر 2019 في المادة 29 على أنه «يمكن للمجلس الدستوري، عند فصله بعدم دستورية الحكم التشريعي، موضوع الدفع، أن يتصدى لأحكام تشريعية أخرى متى كان لها ارتباط بالحكم التشريعي، موضوع الدفع»¹. ورغم اختلاف الفقه الدستوري والتشريعات في مسألة التصدي² فقد انتقد المجلس الدستوري في تبنيه لمسألة التصدي من وجهة نظري في الدفع بعدم الدستورية، وليس في رقابة الدستورية. لأن التصدي في الدفع بعدم الدستورية يتعارض مع هذا النوع من الرقابة. فالدفع بعدم الدستورية إجراء قضائي عكس رقابة المطابقة ورقابة الدستورية. وإذا كان الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائياً³ فهو بمثابة الدعوى الدستورية يستلزم مجموعة من

¹ - المادة 29 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري والمعدل بمداولة صادرة عن المجلس الدستوري مؤرخة في 18 صفر عام 1441 الموافق 17 أكتوبر 2019، تعدل وتتم النظام المؤرخ في 7 رمضان 1440 الموافق 12 مايو 2019 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

² - د. بومدين محمد، التصدي أو الإخطار الذاتي في الرقابة على دستورية القوانين وإشكالاته بين التعديل الدستوري 2016 والدستور المرتقب نهاية 2020، مقال منشور في مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، دورية أكاديمية محكمة تصدر عن المركز الجامعي لأفلو، الترقيم الدولي: 2602-7572، المجلد 03، العدد 02، لشهر سبتمبر 2020، الصفحات (49-82) ص 57-58.

³ - لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع:

Favoreu Louis. La légitimité du juge constitutionnel. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 557-581; p. 560. Pr. Francis DELPEREE, L'Exception d'inconstitutionnalité: Notion, approche comparée et bonnes pratiques, la revue du conseil constitutionnel, Numéro 8, 2017, pp.23-38.

الخصائص والضوابط والمتطلبات أهمها المساواة بين أطراف الدعوى وعلانية الجلسات وإجراءات الرد والتنحي والحكم في حدود الطلب وانقضاء الدفع لانقضاء الدعوى الموضوعية المرتبط بها وغيرها من الخصائص والشروط.¹ زيادة على أن التشريعات التي تجيز للمحكمة الدستورية التصدي تسمح لقاضي الموضوع إثارة الدفع من تلقاء نفسه وللمتقاضي أيضا، بينما المجلس الدستوري الجزائري وتقليدا للمجلس الدستوري الفرنسي سمح لنفسه بالتصدي دون نص دستوري أو قانوني. وربما لهذه الأسباب والانتقادات تراجع المشرع الجزائري في القانون العضوي الجديد رقم 22-19 عن مسألة التصدي ونص صراحة في المادة 4: «تتقد المحكمة الدستورية أثناء دراستها حكما أو عدة أحكام، بالنص المخطرة به، ولا يمكنها أن تتصدي لأحكام أخرى في أي نص آخر لم تخطر بباله، حتى في حالة وجود ارتباط مباشر بينهما وبين الأحكام موضوع الإخطار».

وباللغة العربية: المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في القانون المقارن، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، مكتب تونس، جمهورية تونس، (دون تاريخ)، ص 09، ود. بومدين محمد، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدور في الرقابة على دستورية القوانين وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلة علمية أكاديمية محكمة سداسية متخصصة، تصدر عن معهد الحقوق بالمركز الجامعي تامنغست، المجلد 08، العدد 04، جوان 2019، ص ص 11-38.

¹ د. بومدين محمد، مدى التزام المجلس الدستوري الجزائري بمتطلبات الطابع القضائي للدفع بعدم الدستورية من خلال نظامه الصادر في 2019، مقال منشور في مجلة القانون والمجتمع، دورية محكمة في الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الترقيم الدولي: ISSN: 2335-1462 المجلد 08، العدد 01، لشهر جوان 2020، ص ص 30-62.

الفرع الرابع

عدم انسجام مضامين القانون العضوي مع عنوانه والمادة الدستورية المؤسسة له

لقد سبق القول أن المجلس الدستوري تحفظ على عنوان الفصل الثاني من القانون العضوي السابق المتعلق بتحديد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية على أساس أن عنوانه لا يعكس مضمون المواد المدرجة ضمنه¹ مثلها سبق بيانه، وتأسيا برأي المجلس الدستوري هذا وتطبيقا له على ما تضمنه القانون العضوي رقم 19-22 فإن أحكامه لا تعكس مضامينها ولا تتطابق مع عنوانه ولا مع المادة 196 من الدستور التي تعتبر المؤسسة له، وذلك من خلال نقطتين:

أولا: تضمن أحكاما أخرى لا تتعلق مباشرة بإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة

ثانيا: لم يقتصر على إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية فقط

¹ - «واعتبارا أن الأحكام الواردة في المواد المدرجة ضمن الفصل الثاني من القانون العضوي، موضوع الإخطار، تتضمن كلا من شروط وكيفيات إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية كما نص عليها الدستور، وأن عنوان هذا الفصل لا يعكس مضمون المواد المدرجة ضمنه، -واعتبارا بالنتيجة، فإن عنوان الفصل الثاني من القانون العضوي موضوع الإخطار، يعد مطابقا جزئيا للدستور»

أولاً: تضمن أحكاماً أخرى لا تتعلق مباشرة بإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة

أن القانون العضوي لم يشمل كما هو وارد في تسميته ومن نص المادة الأولى منه¹، إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة بالدفع المتبعة أمام المحكمة الدستورية فقط، وإن كان هذا هو الغالب، ولم يقتصر على بيان ذلك فحسب، بل شمل أحكاماً أخرى لا تتعلق مباشرة بإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة، وإنما تتضمن أموراً أخرى أهمها ما يلي:

1. إلغاء التصدي، الذي أخذ به المجلس الدستوري في نظامه السابق المحدد لقواعد عمله المشار إليه في ما تقدم، وذلك بالنص في المادة 04 من هذا القانون العضوي 22-19 على عدم تصدي المحكمة الدستورية عند إخطارها برقابة الدستورية إلى أحكام أخرى في نص آخر لم تخطر بباله حتى في حالة وجود ارتباط بين النصين. والتصدي ليس إجراء من إجراءات الإخطار أو الإحالة حتى ولو سماه البعض بالإخطار الذاتي أو الكامل الذي اقترحه البعض ونادى بتطبيقه، والمتمثل في مباشرة المحكمة دراسة المسألة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى إخطار من أية جهة من جهات الإخطار أو الإحالة. وإنما هو مباشرة المحكمة لاختصاص خارج

¹ - المادة الأولى: «يحدد هذا القانون العضوي إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، طبقاً لأحكام المادة 196 من الدستور».

- المطلوب منها، فهو يتعارض مع مبدأ أن المحكمة تثقيد وتلتزم حدود ما طلب منها ولا تتعداه إلى أمور أخرى ومسائل خارج المطلوب.¹
2. تطرق أيضا إلى نتائج أحكام المحكمة الدستورية أو قراراتها في رقابة الدستورية عندما يترتب عن فصل عدم دستورية الأحكام عن بقية النص المساس بينيته بالكامل، فقررت المادة 2/4 إعادة النص إلى الجهة المخطرة.
3. كما نص أيضا على أن تفصل المحكمة في الخلافات بين السلطات الدستورية بموجب قرار في أجل 30 يوما.
4. ونصت المادة 18 منه على أن تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والادارية وقانون الاجراءات الجزائية، مع مراعاة أحكام القانون العضوي 22-19، أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية.
5. كما نص على حالات ارجاء الجهات القضائية الفصل في النزاع إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية، وعلى الحالات التي لا ترجى فيها تلك الجهات الفصل في النزاع حتى مع الدفع بعدم الدستورية خاصة عندما يكون الشخص محروما من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية أو عندما ينص القانون على وجوب الفصل أو ينص على ذلك على سبيل الاستعجال. (المادتان 25

¹ - د. بومدين محمد، مدى التزام المجلس الدستوري الجزائري بمتطلبات الطابع القضائي للدفع بعدم الدستورية من خلال نظامه الصادر في 2019، المرجع السابق، ص 46.

- و26)، ونفس الحكم ينطبق على المحكمة العليا ومجلس الدولة في مسألة الارجاء من عدمه طبقا للمادة 34.
6. كما نص على التشكيلة التي يجب أن يصدر بموجبها قرار الإحالة من قبل المحكمة العليا ومجلس الدولة طبقا للمادة 32 منه.
7. وأخيرا نص على جلسات المحكمة الدستورية في المادة 40 منه بأن تكون علنية، إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام الذي يحدد قواعد عملها، ونص في المادة 43 على أن تفصل المحكمة في الدفع في الآجال والكيفيات المنصوص عليها في المادة 195 من الدستور.

ثانيا: لم يقتصر على إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية فقط:

إن هذا القانون العضوي لم يقتصر على إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية فقط، بل تناول أيضا الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية وكذلك الإجراءات والكيفيات المتبعة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة. فعنوان القانون العضوي القديم أو السابق أوسع من عنوان القانون العضوي الحالي رقم 22-19 بخصوص الاجراءات أمام المحكمة الدستورية. فعنوان القانون العضوي السابق: تحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية فلم يربط ذلك بالمجلس الدستوري في العنوان وبالتالي شمل العنوان الإجراءات والكيفيات المتبعة أمام الجهات القضائية والمحكمة العليا ومجلس الدولة وأيضا المجلس الدستوري. بينما العنوان في القانون العضوي الحالي: يحدد

إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية فهذا العنوان لا يشمل من الناحية المنهجية الإجراءات أمام الجهات القضائية طالما أن العنوان قصرها على تلك المتبعة أمام المحكمة الدستورية فقط؟ والمقارنة بين العنوانين تتم على النحو التالي:

1. الأول كان في ظل دستور 2016 والثاني في ظل دستور 2020
2. الأول منسجم مع مضامينه ومحتواه والثاني ليس كذلك
3. الأول جاء ليحدد إجراءات الدفع بعدم الدستورية باعتباره إجراء جديداً في ذلك الوقت، والثاني جاء ليشمل كل أنواع الإخطار والإحالة والكيفيات والإجراءات المتعلقة بهما، المفروض ليس أمام المحكمة الدستورية فقط بل أمام كل الجهات القضائية أيضاً. ولكن هذا أيضاً لا يستقيم. على أساس أن الإخطار لا علاقة له بالجهات القضائية أما الإحالة فلها علاقة بالجهات القضائية. ومن ثم كان يجب البحث عن عنوان يأخذ بعين الاعتبار هذه المفارقة؟ فكلا العنوانين لا يصلح ليشمل محتويات ومضامين الأحكام الواردة في القانون العضوي الحالي.

فالأحكام المطبقة أمام المحكمة الدستورية قليلة من حيث عدد المواد المخصصة لها بالنظر إلى بقية المواد المخصصة لإجراءات الدفع بعدم الدستورية، فهي من المادة 38 إلى المادة 43، أي 06 مواد مخصصة للإجراءات أمام المحكمة الدستورية في حين أن المواد المخصصة للإجراءات أمام الجهات القضائية (المحاكم والمجالس القضائية والمحاكم الإدارية) والمحكمة العليا ومجلس الدولة من المادة

15 إلى المادة 37، أي أكثر من 22 مادة. زيادة على ذلك فقد خصص الباب الرابع تقريبا لذلك. فالفصل الأول منه المتعلق بأحكام عامة بدأ بالإجراءات أمام الجهات القضائية وذلك بإمكانية إثارة الدفع من قبل أحد أطراف الدعوى أمام الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي العادي أو الجهات التابعة للقضاء الإداري. كما أن الفصل الثاني المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية مواده كلها تتعلق بالإجراءات أمام الجهات القضائية، فقد بدأ بضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومعللة، أمام تلك الجهات، وبعد أن نتأكد تلك الجهات من تحقق الشروط المطلوبة في الدفع والمنصوص عليها في المادة 21، ترسل الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة. أما الفصل الثالث فقد خصص بالكامل إلى الأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة من المادة 29 إلى 37. وعليه فالإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون العضوي لا تخص المحكمة الدستورية فقط كما هو وارد في عنوان القانون العضوي، بل إن أكثر هذه الإجراءات تخص الجهات القضائية.

وبالنتيجة لما سبق، فإن المادة 196 غير منسجمة مع محتويات ومضامين القانون العضوي رقم 22-19. فعنوان القانون العضوي منسجم مع عبارات المادة 196 لكنه لا يعكس محتويات ومضامين ما ورد تفصيله في مواد القانون العضوي. والمنهجية تقتضي التطابق بين العنوان والمحتويات أو المضامين مثلما أكده المجلس الدستوري عند رقبته للقانون السابق 18-16 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

وطالما أن تلك المضامين مهمة ولا يمكن الاستغناء عنها فالأولى تعديل المادة 196 من الدستور لتتضمن النص على قانون عضوي لا يشمل فقط إجراءات الإخطار وكيفياته ولا إجراءات الدفع أمام المحكمة الدستورية، بل يشمل اختصاصات وعمل المحكمة الدستورية بخصوص الإخطارات والدفع بعدم الدستورية، وكذا إجراءات واختصاصات الجهات القضائية العادية والإدارية بخصوص الدفع بعدم الدستورية.

لم تتم الاستفادة من الانتقادات والملاحظات الموجهة لهذا القانون السابق وتم نقلها حرفيا كما هي في القانون الجديد مع بعض التغييرات في صياغة بعض المواد، وبعض الجديد الذي أضافه الدستور الحالي 2020 وخاصة إخضاع التنظيمات لرقابة الدستورية¹ وكذلك إخضاع الحكم التنظيمي لرقابة الدفع بعدم الدستورية؟ ومن هذه الانتقادات تصفية الدفوع على مرحلتين والتي انتقد من أجلها المشرع الفرنسي² وكذلك المشرع الجزائري رغم أن حالات الدفع بعدم الدستورية في الجزائر قليلة جدا بالمقارنة مع ما هو في فرنسا.

¹ - د. بومدين محمد، التعديل الدستوري الجزائري المرتقب في نوفمبر 2020 و حسم مسألة إخضاع التنظيمات لرقابة المحكمة الدستورية، مقال منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي، مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، التقييم الإلكتروني الدولي: EISSN: 1620-2588 المجلد 04، العدد 02، لشهر أكتوبر 2020، الصفحات (276-296).

² - Savonitto, Florian. L'absence de double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Argument pour sa suppression ?, Revue française de droit constitutionnel, vol. 93, no. 1, 2013, pp. 107-123, p. 110.

DOI : 10.3917/rfdc.093.0107. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2013-1-page-107.htm>.

خاتمة

من خلال ما سبق تحليله لنصوص الدستور ذات الصلة بالموضوع ومضامين القانون العضوي رقم 16-18 والقانون العضوي الجديد رقم 19-22 وآراء المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية برقابة مطابقتها للدستور، ومن خلال المقارنة بين كل ذلك، يمكن إبراز أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً- النتائج:

1. لقد تحفظ المجلس الدستوري على الكثير من المواد الواردة في القانون العضوي 16-18 وأعاد صياغة كل المواد غير المطابقة جزئياً للدستور والغى مادة واحدة لعدم تطابقها للدستور، إلا أنه لم يتحفظ على الشروط التي حددها القانون العضوي في المادة 09 رغم عدم تطابق تلك الشروط مع الشروط المنصوص عليها في الدستور في المادة 188 من التعديل الدستوري 2016.

2. شدد المجلس الدستوري في تفسيره للقانون العضوي 16-18 بخصوص العلاقة بينه وبين الجهات القضائية على نحو يمكنه من رقابة تلك الجهات، وهذا يتعارض مع الدستور في المادة المؤسسة للدفع بعدم الدستورية بناء

Barthélemy, Jean; Boré, Louis Le recours contre les décisions des juridictions du fond refusant de transmettre une QPC, Revue de droit constitutionnel appliqué, janvier-mars 2012, n° 1, p.71-73.

على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ومتناقضة مع القانون العضوي المذكور، ومع إجراء التصفية على درجتين والذي يهدف إلى منع إغراق المجلس الدستوري بدفوع كيدية أو غير مؤسسة، كما يرمي إلى مساعدة المجلس الدستوري من قبل تلك الجهات القضائية في بلورة وصياغة الحجج والأدلة على وجود شبهة عدم الدستورية.

3. وقوع المجلس الدستوري في بعض الأخطاء في رأيه المتعلق برقابة مطابقة هذا القانون العضوي رقم 18-16، في إعادة صياغة عنوان الفصل الثاني وفي استعمال مصطلح دستورية بدل مطابقة، وبإقراره فصل الأحكام غير المطابقة جزئياً عن النص رغم إعادته صياغتها.

4. أما بخصوص ملاحظات المحكمة الدستورية في رأياها المتعلق بمطابقة القانون العضوي رقم 22-19 فقد جاءت مقتضبة، فلم تحتفظ إلا على تأشيرتين و03 مواد أعادت صياغتها جزئياً.

5. لم تحتفظ المحكمة الدستورية، مثلها لم تحتفظ المجلس الدستوري، على الشروط التي حددها القانون العضوي الجديد في المادة 21، رغم عدم تطابق تلك الشروط مع الشروط المنصوص عليها في المادة 195 من دستور 2020.

6. فالشرط المتعلق بانتهاك الحكم التشريعي أو التنظيمي الوارد في الدستور لم يرد في القانون العضوي وهذه مخالفة صريحة تجعل النص التشريعي غير مطابق للدستور.

7. كان على المحكمة الدستورية أن تنفاد الانتقادات التي وجهت للقانون العضوي السابق وللنصوص التي قلده المشرع الجزائري في ذلك،

بخصوص تلك الشروط وخاصة شرط الجدية الذي اختلف حوله الفقهاء وكذلك الجهات القضائية.

8. وكان على المشرع الجزائري وكذلك المحكمة الدستورية وقبلها المجلس الدستوري أن يأخذوا بالحسبان تلك التفسيرات المختلفة حول شروط الدفع بعدم الدستورية والاكتفاء بشروط شكلية لا تمس بالاختصاص الحصري للمحكمة الدستورية

9. إن شرط أن لا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور، باستثناء حال تغير الظروف يثير عدة إشكاليات وبه أخطاء في الصياغة ولم تحفظ عليه المحكمة الدستورية. فعبارة قد سبق التصريح بمطابقته للدستور تتعارض مع رقابة الحكم التشريعي والحكم التنظيمي. وأن تعريف وتحديد المجلس الدستوري للحكم التشريعي في موقعه الرسمي يجانبه الصواب وغير دقيق. فالحكم التشريعي طبقا للدستور الجزائري يشمل القوانين العضوية والقوانين العادية والأوامر.

10. إن عبارة باستثناء تغير الظروف نقلها المشرع الجزائري عن نظيره الفرنسي وهي تثير إشكالا في تحديد تغير الظروف وتفسيرها. كما أن تفسير المجلس الدستوري الجزائري لها بتعديل الدستور سيجعل من قاضي الموضوع تقصي آراء وقرارات المجلس الدستوري السابقة وقرارات المحكمة الدستورية اللاحقة وتفحصها، والمقارنة بين ما ورد فيها وما ورد في النص الدستوري الجديد الذي ينظم الحق أو الحرية والتأكد من أن هناك ما يستلزم إعادة النظر في تلك القرارات أو الآراء والفحص والتأكد من شبهة عدم

الدستورية وهذا كله سيؤدي حتما إلى تدخله في النظر في تقدير الدستورية الذي ليس من اختصاصه، بل من اختصاص المحكمة الدستورية.

11. بالمقارنة بين القانون العضوي السابق رقم 18-16 والقانون العضوي الجديد فإن الأحكام المستحدثة بموجب القانون العضوي الجديد رقم 22-19 تتمثل في: إخضاع التنظيمات لرقابة الدستورية ورقابة الدفع ورقابة التوافق مع المعاهدات. بينما لم تكن تخضع من قبل لأية رقابة قبل دستور 2020، وإثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية، وإدخال كل ذي مصلحة كطرف في الدفع بعدم الدستورية، من غير المتخصصين، وأخيرا إلغاء التصدي الذي أسسه المجلس الدستوري في نظامه المحدد لقواعد عمله عام 2019.

12. من خلال تحليل أحكام القانون العضوي 22-19 تبين أنه لم يشمل كما هو وارد في نص المادة 196 إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة بالدفع المتبعة أمام المحكمة الدستورية فقط، بل شمل أحكاما أخرى لا تتعلق مباشرة بإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة، ولم يقتصر على إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية فقط، بل شمل الإجراءات أمام الجهات القضائية وهي أكثر بكثير من تلك المخصصة للمحكمة الدستورية.

13. ومن خلال المقارنة بين القانون العضوي السابق 18-16 والحالي 22-19 فإن الأول جاء ليحدد إجراءات الدفع بعدم الدستورية باعتباره إجراء جديدا في ذلك الوقت، والثاني جاء ليشمل كل أنواع الإخطار والإحالة

والكيفيات والاجراءات المتعلقة بهما، ليس أمام المحكمة الدستورية فقط كما هو وارد بل أمام كل الجهات القضائية أيضا كما ينبغي أن يكون. ولكن هذا أيضا لا يستقيم. على أساس أن الإخطار لا علاقة له بالجهات القضائية أما الإحالة فلها علاقة بالجهات القضائية. ومن ثم كان يجب البحث عن عنوان يأخذ بعين الاعتبار هذه المفارقة؟ فكلا العنوانين لا يصلح ليشمل محتويات ومضامين الأحكام الواردة في القانون العضوي الحالي.

14. وبالنتيجة لما سبق، فإن المادة 196 غير منسجمة مع محتويات ومضامين القانون العضوي رقم 22-19. فعنوان القانون العضوي منسجم مع عبارات المادة 196 لكنه لا يعكس محتويات ومضامين ما ورد تفصيله في مواد القانون العضوي. والمنهجية تقتضي التطابق بين العنوان والمحتويات أو المضامين.

ثانيا- التوصيات أو الاقتراحات:

1. ضرورة إعادة النظر في نص المادة 195 من الدستور والقانون العضوي رقم 22-19 بإعادة صياغة ذلك مراعاة لما سبق، واستفادة من تجارب الدول الأخرى بعيدا عن تقليد المؤسس الدستوري والمشرع والمجلس الدستوري الفرنسيين.
2. ضرورة إعادة صياغة الشرط الثاني من المادة 21 من القانون العضوي 22-19 بتصحيحه على النحو التالي: أن لا يكون الحكم التشريعي أو

التنظيمي المعارض عليه قد سبق التصريح بدستوريته، أو سبق التصريح بمطابقته للدستور.

3. وإذا كان لا بد من الإبقاء على الدفع بعدم الدستورية كما هو في المادة 195 من الدستور فإن المضامين الواردة في القانون العضوي 22-19 مهمة ولا يمكن الاستغناء عنها، فالأولى تعديل المادة 196 من الدستور وإعادة صياغتها لتتضمن النص على قانون عضوي لا يشمل فقط إجراءات الإخطار وكيفياته ولا إجراءات الدفع أمام المحكمة الدستورية، بل يشمل اختصاصات وعمل المحكمة الدستورية بخصوص الإخطارات والدفع بعدم الدستورية، وكذا إجراءات واختصاصات الجهات القضائية العادية والإدارية بخصوص الدفع بعدم الدستورية.

المصادر والمراجع

أولاً: نصوص قانونية

- دستور 1996 الصادر باستفتاء شعبي في 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996. والمعدل ب:
القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
- والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.
- الدستور الجزائري الحالي 2020 الصادر باستفتاء شعبي في الفاتح من نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.
- قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 54 الصادرة في 5 سبتمبر سنة 2018. (ملغى)

- قانون عضوي رقم 22-19 مؤرخ في 26 ذي الحجة عام 1443 الموافق 25 يوليو سنة 2022، يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 51 المؤرخة في 31 يوليو سنة 2022.

- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 29 المؤرخ في 11 مايو سنة 2016.

- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 12 مايو 2019، الجريدة الرسمية العدد 42 المؤرخ في 30 يونيو سنة 2019، والمعدل بمداولة صادرة عن المجلس الدستوري مؤرخة في 18 صفر عام 1441 الموافق 17 أكتوبر 2019، تعدل وتتم النظام المؤرخ في 7 رمضان 1440 الموافق 12 مايو 2019 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

ثانيا: قرارات المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية

- قرار رقم 01-ق.أ - م.د - 95 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1416 الموافق 6 غشت سنة 1995، يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات.

- رأي رقم 12/ر.ق / م د / 01 مؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق 13 يناير سنة 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم

2000 ... مؤرخ في... الموافق... يتضمن القانون الأساسي لعضو
البرلمان، الجريدة الرسمية العدد 09 المؤرخ في 04 فبراير 2001.

- رأي رقم 03/رق.ع/م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439
الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي
الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور.
الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في 05 سبتمبر سنة 2018.

- قرار المحكمة الدستورية رقم 04/ق.م.م.د/رم د/22 مؤرخ في 29
ذي الحجة عام 1443 الموافق 29 يونيو سنة 2022، يتعلق بمراقبة مطابقة
القانون العضوي الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإحطار والإحالة
المتبعة أمام المحكمة الدستورية، للدستور، الجريدة الرسمية العدد 51
المؤرخة في 31 يوليو 2022.

- قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18/70 م.د الصادر بالرباط في
يوم الثلاثاء 17 من جمادى الثانية 1439 الموافق 06 مارس 2018
يمكن الاطلاع عليه بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية على الرابط التالي:

<https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9D8%B17018>

ثالثا: كتب ومقالات علمية

- المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في القانون المقارن، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، مكتب تونس، جمهورية تونس، (دون تاريخ).
- عبدالعزيز محمد السمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية: منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، سعد سمك للمطبوعات القانونية، 2011.
- د. الأمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، العدد 01، 2013، ص 11-38.
- هزيل جلول وعطار نسيمة، شرط المصلحة في تحريك رقابة مجلس الدستوري للعملية الدستورية - دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، (العدد الخامس) يونيو، 2015، ص ص 95-131.
- د. بومدين محمد، التعديل الدستوري الجزائري المرتقب في نوفمبر 2020 وحسم مسألة إخضاع التنظيمات لرقابة المحكمة الدستورية، مقال منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي، مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الترقيم الإلكتروني الدولي: EISSN: 1620-2588 المجلد 04، العدد 02، لشهر أكتوبر 2020، الصفحات (276-296).

- د. بومدين محمد، عدم إدراج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات ضمن المادة 08 من القانون العضوي 18-16 مقال منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن المركز الجامعي علي كافي بتندوف، التقييم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2661-7749، المجلد 04، العدد 01، لشهر جوان 2020، الصفحات (65-90).
- د. بومدين محمد، طبيعة العلاقة بين الهيئات القضائية والمجلس الدستوري الجزائري في الدفع بعدم الدستورية مقال منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، مجلة أكاديمية محكمة تصدر فصلياً عن المركز الديمقراطي العربي، برلين- ألمانيا، التقييم الدولي: ISSN 2626-7209، العدد 05 لشهر يناير 2020، الصفحات من (55-71).
- د. بومدين محمد، آليات رقابة المطابقة التي يمارسها المجلس الدستوري طبقاً للتعديل الدستوري 2016، مقال منشور في مجلة الحقيقة، مجلة أكاديمية محكمة تصدر فصلياً عن جامعة أدرار، التقييم الدولي: ISSN 4210-1112، المجلد 18، العدد 04 (العدد 51 حسب التسلسل السابق للمجلة) لشهر ديسمبر 2019، الصفحات من (01-31).
- د. بومدين محمد، المعايير الموضوعية للتمييز بين رقابة المطابقة ورقابة الدستورية ورقابة الدفع بعدم الدستورية وفقاً للتعديل الدستوري 2016، مقال منشور في مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية،

مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة ابن باديس مستغانم، الترقيم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2661-7706 المجلد 04، العدد 01، لشهر أكتوبر 2020، الصفحات (11-54).

- د بومدين محمد، النصوص القانونية الخاضعة لرقابة الدفع بعدم الدستورية بين التوسيع والتضييق، مقال منشور في مجلة القانون الدولي والتنمية، دورية أكاديمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم، الترقيم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2602-6848، المجلد 08، العدد 01، لشهر جوان 2020، الصفحات (37-52).

- د. بومدين محمد، تنظيم الأوامر للحقوق والحريات أساس خضوعها لرقابة الدفع بعدم الدستورية في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، دورية أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة ابن خلدون تيارت، الترقيم الإلكتروني الدولي: EISSN: 2602-6910 المجلد 06، العدد 01، لشهر سبتمبر 2020، الصفحات (23-01).

- د. بومدين محمد، القوانين العضوية المصرح بمطابقتها للدستور ومسألة تغير الظروف: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، مقال منشور في مجلة القانون العقاري والبيئة، دورية أكاديمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس -

- EISSN: 2602-6848 الترقيم الإلكتروني الدولي: مستغانم،
المجلد 08، العدد 02، لشهر جوان 2020، الصفحات (11-46).
- د. بومدين محمد، أسباب عدم خضوع التنظيمات لرقابة المجلس
الدستوري الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والحريات، مجلة
أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة محمد خيدر بسكرة، الترقيم الإلكتروني
الدولي: EISSN: 2600-6057 المجلد 06، العدد 03، لشهر أكتوبر
2020، الصفحات (28-63).
- د. بومدين محمد، الحماية الدستورية والقانونية للتنظيمات (اللائح) على
حساب القانون: دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مقال
منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، دورية أكاديمية محكمة
تصدر جامعة زيان عاشور بالجلفة، الترقيم الدولي: Issn:2507-
EISSN: 2676-1742 المجلد 05، العدد 04، لشهر ديسمبر
2020، الصفحات (272-298).
- د. بومدين محمد، مدى التزام المجلس الدستوري الجزائري بمتطلبات
الطابع القضائي للدفع بعدم الدستورية من خلال نظامه الصادر في
2019، مقال منشور في مجلة القانون والمجتمع، دورية محكمة في
الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق
والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الترقيم الدولي: ISSN:
2335-1462 والترقيم الإلكتروني: EISSN:2600-609X، المجلد 08،
العدد 01، لشهر جوان 2020، الصفحات (30-62)، ص 39.

- د. بومدين محمد، التصدي أو الإخطار الذاتي في الرقابة على دستورية القوانين وإشكالاته بين التعديل الدستوري 2016 والدستور المرتقب نهاية 2020، مقال منشور في مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، دورية أكاديمية محكمة تصدر عن المركز الجامعي لأفلو، الترميم الدولي: 2602-7572، المجلد 03، العدد 02، لشهر سبتمبر 2020، الصفحات (49-82).

- د. بومدين محمد، مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدور في الرقابة على دستورية القوانين وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلة علمية أكاديمية محكمة سداسية متخصصة، تصدر عن معهد الحقوق بالمركز الجامعي تامنغست، المجلد 08،

- د. خليفة سالم الجهمي، طرق تحريك الرقابة الدستورية: دراسة تحليلية مقارنة، ص 11 من مقال منشور بتاريخ 2018/07 على موقع المحكمة العليا الليبية وذلك على الرابط التالي:

[https://supremecourt.gov.ly > uploads > 2018/07](https://supremecourt.gov.ly/uploads/2018/07)

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/11/14 22:24

رابعاً: مراجع باللغة الأجنبية

- Savonitto, Florian. L'absence de double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Argument pour sa suppression ? , Revue française de droit constitutionnel, vol. 93, no. 1, 2013, pp. 107-123.
- DOI : 10.3917/rfdc.093.0107. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2013-1-page-107.htm>
- Barthélemy, Jean; Boré, Louis, Le recours contre les décisions des juridictions du fond refusant de transmettre une QPC, Revue de droit constitutionnel appliqué, janvier-mars 2012, n° 1, p.71-73.
- GRIENENBERGER-FASS M., Les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité, préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité ?, Issu de Petites affiches, numéro spécial - n°212, date de parution : 23/10/2009, p. 24.
- Mathieu, Bertrand. « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité (25 avril – 11 juillet 2014) », *La Semaine juridique. Édition générale*, 28 juillet 2014, n° 30-35, p. 1498-1503.
- -Pascale DEUMIER, «Appréciation de l'absence de caractère sérieux d'une QPC», *BACALy* [En ligne], n°10, Publié le:23/01/2018,URL: <http://publications-prairial.fr/bacaly/index.php?id=438>.
- -Marthe Fatim-Rouge Stéfanini, L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, p. 02 article publié: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01463065/document>

- -Stéphanie Hennette Vauchez, « ...les droits et libertés que la constitution garantit » : quiproquo sur la QPC ?, La Revue des droits de l'homme, 10 | 2016,
- URL : <http://revdh.revues.org/2481> ; DOI : 10.4000/revdh.2481
- -Pascal Puig. QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité (A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 relative au régime de la garde à vue). *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010,3, pp.513-516 .
- -VLACHOGIANNIS Apostolos, « Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine », *Jus Politicum, revue dedroit politique* (décembre 2013), n°11, pp.01-34.
- Pauline GERVIER, « Le changement des circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, N° 1, 2012, pp.89-112.
- Favoreu Louis. La légitimité du juge constitutionnel. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 557-581.
- -Pr. Francis DELPEREE, L'Exception d'inconstitutionnalité: Notion, approche comparée et bonnes pratiques, la revue du conseil constitutionnel, Numéro 8, 2017, pp.23-38.

خامسا: مواقع الكترونية رسمية

- الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية الجزائرية :

<https://courconstitutionnelle.dz/ar/>الرئيسية/

- الموقع الرسمي للمجلس الدستوري سابقا:

<http://www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/ar/2018-11-04-15-19-53>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020-04-08 19 : 04

منازعات القرارات الإدارية وقانون المنافسة

عيساوي عز الدين

أستاذ، جامعة بجاية- مخبر فعلية القاعدة القانونية

azeddine.aissaoui@univ-bejaia.dz

ملخص

يشمل اختصاص القاضي الإداري في تطبيقه لقانون المنافسة القرارات الإدارية التي تتخذها السلطة العامة في إطار نشاط غير اقتصادي بغض النظر عن الممارسة المقيدة التي تم ارتكابها في إطار هذا النوع من النشاطات، سواء انجر عن هذا النشاط ارتكاب اتفاق مقيد للمنافسة أو تقويته، أو أنه أدى إلى تقوية هذا الأخير، أو أنه أدى إلى إتيان سلوك التعسف في وضعية الهيمنة أو التبعية الاقتصادية أو ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفيا، على نحو يبرز في مثل هذه الوضعية ذلك التعايش بين قواعد قانون المنافسة وقواعد القانون الإداري.

إضافة إلى ذلك، يختص القاضي الإداري بتطبيق قواعد المنافسة حينما يتعلق الأمر كذلك بالقرارات الإدارية التي تأتي بها السلطة العامة في إطار نشاط اقتصادي، وهو الذي يجد مبرره في الطابع الواقعي لقواعد قانون المنافسة والذي يفرض إخضاع كل نشاط اقتصادي لأحكام هذا القانون بغض النظر عن مصدره، غير أن تطبيق القاضي الإداري لقواعد المنافسة في مثل هذه الظروف يشكل عملية مركبة تفرض على القاضي الإداري التأكد من الطابع الإداري للعمل من جهة وأن هذا الأخير ينصهر في مفهوم النشاط الاقتصادي من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري، قانون المنافسة، القرار الإداري، النشاط الاقتصادي.

مقدمة

في إطار التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص؛ فإنّ المعيار المعتمد يتمثل في صفة الأطراف؛ فتعتبر القاعدة من القانون الخاص إذا كان أطرافها من الأفراد العاديين، في حين إذا كان أحد أطرافها شخصاً عاماً فإنّه يتعلق الأمر بالقانون العام.

غير أنّ قانون المنافسة لا تهمه التفرقة بين صفة الأطراف¹؛ فهو يتحدد بالنظر إلى النشاط الممارس؛ فيطبق على النشاطات الاقتصادية التي تمارسها الأشخاص العمومية، بل إنّ قانون المنافسة يُطبَق على النشاطات غير الاقتصادية لهذه الأشخاص².

¹- يعرف الأمر المتعلق بالمؤسسة بكل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته، يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، المادة 3 من الأمر 03-03، مؤرخ في 20 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة معدل ومتمم، مرجع سابق.

²- تنص المادة 2 من الأمر 03-03 يتعلق بالمنافسة، بعد تعديل 2008 على: « تطبق أحكام هذا الأمر على :

-نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها الاستيراد وتلك التي يقوم بها الأشخاص المعنويون العموميون والجمعيات والاتحاديات المهنية، أيا كان قانونها الأساسي وشكلها أو موضوعها،

-الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو بممارسة صلاحيات السلطة العمومية « ، مرجع سابق، في حين كانت الصياغة السابقة على الشكل التالي:« يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام «، والصياغة مشابهة في ظل الأمر 95-09 ، وكان

لا يثار المشكل لما تمارس الأشخاص العمومية نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، كونها نشاطات اقتصادية بحتة¹، وفي هذه الحالة يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي، أو المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، إنما يثار الاشكال بمناسبة ممارسة الأشخاص العمومية لنشاطات غير اقتصادية؛ فتطبيق قانون المنافسة على هذه النشاطات يُمكن أن يُعرّف ب" أن يجعلنا نحس بآثاره بالنسبة للغير... ليس بإخضاعهم لالتزامات

اتجاه مجلس المنافسة هو رفض مراقبة منح الصفقات العمومية لأنها تندرج ضمن أعمال السلطة العامة في العديد من القرارات: فقرر ب«حيث أنّ قرار ممثل الإدارة بعد إجراء فتح الأظرفة يمثل تطبيق لأحكام قانون الصفقات العمومية وبهذا القرار تم منح الصفقة لأحد المتعاملين فإنه يمثل قرارا إداريا ... قرار منح صفقة لمؤسسة لا يمثل نشاط إنتاج أو توزيع أو تقديم خدمات بمفهوم المادة الثانية من قانون المنافسة. حيث أن حرية الهيئة الإدارية في اختيار المتعامل يمثل دورا هاما في السوق كونه يوجه الموارد المالية لأحسن استغلال لها لتحقيق النجاعة الاقتصادية. حيث أنه لا يمكن لمجلس المنافسة أن ينتقد الشروط التي يتم فيها التعبير عن هذه الإرادة»، انظر: انظر قرار مجلس المنافسة رقم 99 ق 02، مؤرخ في 17 أكتوبر 1999، بشأن الإخطار المتعلق بمنح صفقة عمومية لإنجاز مراكز التكوين المهني فنوغيلوتاسبيت؛ كذلك قرار رقم 99 ق 03، مؤرخ في 17 أكتوبر 1999، يتعلق بمنح صفقة عمومية لإنجاز مركز مديرية البريد والمواصلات لولاية أدرار؛ كذلك قرار رقم 99 ق 06، مؤرخ في 05 ديسمبر 1999، متعلق بإخطار شركة SOTHYOB ضد مديرية المياه لولاية أم البواقي، المنشورة في التقرير السنوي لمجلس المنافسة، 1999.

¹ - القضاء في فرنسا يستعمل كلتا العبارتين، أنظر:

نتيجة بصفة مباشرة عن هذا القانون، لكن بإرغامهم بالاعتراف بالقانون الذي يسري عليهم واحترامه كعنصر في النظام القانوني وتحمّل نتائج¹.

يجب الاعتراف بأنّ سريان قانون المنافسة على الهيئات العمومية التي تتدخل بهذه الصفة لم تظهر إلا حديثاً، حيث أقرّ مجلس الدولة الفرنسي في 3 نوفمبر 1997 في قضية *Sté Million et Marais*² بأنّ أحكام قانون المنافسة يمكن أن تطبق على النشاطات غير الاقتصادية لهذه الأشخاص، وأكدّ المجلس أنّ حظر التعسف في وضعية الهيمنة يمكن أن يطبق على عقد تفويض المرفق العام.

فرغم أنّ الأصل هو تدخل الهيئة الإدارية المستقلة في مجال مراقبة الممارسات المقيدة للمنافسة، إلاّ إنّ هذا لا يقضي تدخل هيئة القضاء الإداري في مراقبة ما إذا مارست الهيئات الإدارية وظائفها في ظل احترام قانون المنافسة.

أمام القاضي الإداري، فإنّ منازعات الممارسات المقيدة للمنافسة³ يمكن أن تولّد لما يُثير المتقاضي قاعدة من قواعد المنافسة بمناسبة عمل إداري

1- (O.) GUEZOU, note sous CE., 3 novembre 1997, *Sté., Million et Marais*, AJDA, 1998, p. 247.

2- (M.) LONG et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 774.

3- أي نستثني من الدراسة مراقبة رفض التجميعات وهي اختصاص صريح للقضاء الإداري، وهنا القاضي الإداري يراقب قرار إداري تقليدي، صادر عن سلطة إدارية (مجلس المنافسة)، ويستبعد فيه أن يكون متضمناً ممارسة مقيدة للمنافسة.

صادر عن شخص عام ويدّعي أنّ هذا العمل مخالف للسير الحسن للمنافسة، في هذه الحالة فإنّ الهيئة القضائية مدعوة لتطبيق قانون المنافسة للفصل في النزاع.

إنّ اختصاص القاضي الإداري هنا ناتج عن القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولأنّ قانون المنافسة لم يرخص مجلس المنافسة بالنظر في قرارات السّطات الإدارية، إلّا أنّ القانون يلزم هذه السلطات بالخضوع إلى قواعد المنافسة، وبالتالي يتمّ الرجوع إلى قواعد الاختصاص؛ أي رقابة القضاء الإداري لأعمال الهيئات الإدارية (المعيار العضوي)؛ فالقضاء الإداري قد يُخطر بشأن منازعة إدارية في إطار نشاط غير اقتصادي (المبحث الأول)، أو بشأن منازعة إدارية في إطار نشاط اقتصادي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

منازعات القرارات الإدارية في إطار نشاط غير اقتصادي

في الحقيقة، إنّ من الصّعب القول أنّ القاضي الإداري يُراقب الممارسات المقيدة للمنافسة، بالنظر إلى الدور التقليدي لهذا القضاء؛ فالممارسات المقيدة للمنافسة تعتبر تصرفات في حين القضاء الإداري يعرف

القرارات وليس التصرفات¹؛ لكن هذا المشكل يجب إبعاده؛ فعادة ما يستنتج القاضي الإداري التصرفات المحظورة ابتداء من القرارات الإدارية.

في غالب الأحيان فإنّ القاضي الإداري ينظر في قرارات إدارية تُتخذ ضمن ممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة، أو في إطار تنظيم المرفق العام. هذه الأنشطة التي تمارسها الإدارة ليس لها طابع اقتصادي بالنظر إلى قانون المنافسة، والأمثلة كثيرة: إجراءات الضبط الإداري، عقود تفويض المرفق العام، ويصعب جداً تقبل مثل هذه الفكرة، وتطبيقها في القانون الجزائري، خصوصاً أنّ المشرع يدقق في المادة 2 من الأمر المتعلق بالمنافسة بأنّ خضوع الأشخاص العامة لقانون المنافسة لا يجب أن يكون على حساب ممارسة السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام؛ فقد يجد القاضي الإداري نفسه في حرج في تطبيق قواعد المنافسة على مثل هذه القرارات.

رغم ذلك، بإمكان القاضي الإداري تطبيق قواعد المنافسة على القرارات الإدارية رغم أنّها ليست ضمن النشاط الاقتصادي؛ هذا المنطق الخصوصي يجعلنا نشكّ في طبيعة القواعد التي يطبقها القضاء الإداري هنا²؛ قد يستعملها بواسطة المبادئ العامة للقانون. كما أنّ تطبيق قانون المنافسة على

¹ - (Ch.) BRECHON-MOULENES, «La place du juge administratif dans le contentieux économique public», *AJDA*, 2000, p. 681.

² - قاعدة المنافسة تخص مباشرة المؤسسات و فقط عن طريق التفكير فان السلطات العمومية؛ ويستتبع

انه من المستحيل أن يطبق كما هو في القانون العام؛ أنظر

(M.) BAZEX, (note CE, 26 mars, 1999, *Sté, EDA*, et CE, Sec., 26 mars 1999, *Sté Hertz France & autres*, *AJDA*, 1999, p. 436 et 437.

النشاط غير الاقتصادي للإدارة يجعلنا نتساءل عن الأساس القانوني لهذا الخضوع (المطلب الأول)، ومجالات تطبيق هذه القاعدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أساس خضوع النشاط غير الاقتصادي للإدارة لقواعد قانون المنافسة

لا تُطبق قواعد القانون العام للمنافسة بصفة آلية على الممارسات المقيدة للمنافسة الناتجة عن قانون المنافسة؛ فالاجتهاد القضائي يسعى نحو تكريس استقلالية مصادر القانون العام للمنافسة، من خلال اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الإداري¹، ومن هنا تُثار مسألة تفوق قواعد المنافسة أم قواعد القانون الإداري التقليدي؟

من أجل معرفة أساس إخضاع النشاط غير الاقتصادي للإدارة لقانون المنافسة يجب الرجوع إلى استنتاجات محافظ الحكومة في قرار *Sté Million et Marais*؛ فالسيد "ستال" يقترح على مجلس الدولة قبول خضوع مراقبة القرار الإداري لأحكام قانون المنافسة بتأييد أن هذه الأحكام² "تُخَيء في الحقيقة قاعدة أخرى" تُخاطب الإدارة. وباستعمال منهجية التفسير بالأثر النافع التي استعملها من قَبْلُ القاضي الإداري في مجال تطبيق قانون

1- (J.-Ph.) COLSON et (P.) IDOUX, *Droit public économique*, 5^e éd., LGDJ, Paris, 2010, p. 598 et 599.

2- (J.-H.) STAHL, concl., sur CE Ass., 6 décembre 1996, *Sté Million et Marais*, RFDA, 1997, p. 1228.

العقوبات"¹ على الإدارة، طالبَ محافظ الحكومة مجلس الدولة بتطبيق قواعد المنافسة على الإدارة باستعمال المنهج نفسه.

التفسير نفسه يُطبق على قانون المنافسة² من أجل إقناع مجلس الدولة بتطبيق أحكام قانون المنافسة على قرار إداري؛ فأشار محافظ الحكومة إلى وجود قاعدة مخرّبة وفي الوقت نفسه "متفرعة ومتعايشة" مع المادة 8 من قانون المنافسة، وحسب محافظ الحكومة فإنّ هذا الحكم ينطوي على قاعدة مؤداها " يمنع على الهيئة العمومية بوضع مؤسسة في وضعية التعسف في وضعية الهيمنة"³، ومن هنا يجب على القاضي الإداري مراقبة ما إذا انتهكت الإدارة هذه القاعدة.

إمكانية الاحتجاج بقانون المنافسة التي أشار إليها المحافظ "ستال" تستحق نوع من التوضيح لكي لا يقع أي خلط بين التكريس عن طريق القاضي الإداري للاحتجاج بقانون المنافسة أمام الهيئة العمومية، واستعمال

1- CE Ass, 6 dec 1996, *Sté Lambda*, concl. (V.-D.) PIVETEAU, *RFDA*, 1997, p. 1234 ; *AJDA*, 1997, p. 205, chron. (D.) CHAUVAUX et (Th.-X.) GIRARDOT, p. 152 ; aussi (J.) DUFAU, Le « pantouflage et le droit », *Gaz. Pal.* 30 novembre 1997, p. 7.

في هذه الاستنتاجات فإن الكّتاب يستعملون نفس التفكير من أجل الإجابة على سؤال مشابه للذي يهمننا هنا، بالبحث حول: "هل يمكن لك أن تلغي قرارا إداريا على أساس قانون العقوبات؟"

2- (D.) KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, (Thèse) PUAM, Marseille, 2004, p. 235.

3- (J.-H.) STAHL, concl.sur CE Ass., 6 décembre 1996, *Sté Million et Marais*, op.cit, p. 1234.

تقنية المبادئ العامة للقانون¹؛ فإذا قبلنا أنّ قواعد قانون المنافسة هي قواعد متسترة تخاطب الهيئات العمومية يمكن أن يقود هذا إلى الاعتقاد أنّ تطبيق أحكام المنافسة يكون بواسطة مبدأ عام للقانون، والذي يشكل الأساس القانوني القوي لهذا التطبيق.

لكن هذه الفكرة خاطئة، ومن أجل الاقتناع، يكفي العودة إلى القرار المبدئي *Sté Million et Marais*، الذي نلاحظ من خلاله أنّ مجلس الدولة الفرنسي يتصور تطبيق أحكام المنافسة على الإدارة دون الإشارة إلى كلمة "مبدأ"؛ في حين أنّ مجلس الدولة كلّها استنتج مبدأً عاماً للقانون يشير إليه بصفة صريحة وبتعبير سهل، وفي بعض الأحيان يكتفي باستعمال مصطلح "مبدأ"²؛ فعبارات مجلس الدولة لا تشير إلى هذا، ولو أنّه سبق له وأن اعترف بوجود مبدأ عام في القانون وهو حرية المنافسة، إلاّ أنّه لم يوظفه في قضايا وجوب خضوع الإدارة لأحكام المنافسة، أضف إلى ذلك أنّ قانون المنافسة يعاقب على تصرفات قد يسمح بها القانون الإداري التقليدي، سواءً

1- (J.-J). ISRAËL, « L'activité juridique est une activité économique », *AJDA*, 2008, p.914 et 915.

2- (R.) CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, 15^e éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 94 et s ; (R.) CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit administratif et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », in *L'administration et son juge*, PUF, Paris, 1999, pp. 112-130.

تعلق الأمر بمبدأ حرية التجارة والصناعة¹، أو بمبدأ المساواة². في هاتين الحالتين يظهر أن قواعد قانون المنافسة أكثر أهمية، لأنها تستند على فلسفة مختلفة.

لكن، أحياناً يظهر تفوق قواعد القانون الإداري التقليدية في مواجهة قواعد المنافسة؛ ففي الرأي الصادر عن مجلس الدولة في قضية *L&P Publicité* تمت الإشارة إلى قواعد المنافسة، غير أن قضاة الموضوع لم يستعملوا إلا مبدأ حرية التجارة والصناعة من أجل معاقبة تنظيم النشر في بلدية "بايون"³، والتفكير نفسه اتبعه مجلس الدولة في قضية تتعلق بمنع توقف سيارات الأجرة غير تابعة لبلدية موقع المحطة، فاستبعد القضاة فكرة السوق المرجعية، وراقب القاضي الإداري هذا العمل على أساس مبدأ المساواة⁴.

لكن، في الحقيقة نجد أن القضاء الإداري يستند على قواعد قانون المنافسة في العديد من القرارات، وعلى قواعد القانون الإداري التقليدي؛ فقد أشار محافظ الحكومة في قرار *Sté Million et Marais* إلى إمكانية

1- CE, 30 juin 2004, « Département de la Vendée », (J.-Y.) CHEROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, p. 690.

2- (M.-Ch.) ROULAULT, note sous CE, avis, 22-11-2000, *L&P Publicité*, *AJDA*, 2001, p. 198. 1234.

3- CAA. Bourdeau, 18 février 2003, *Commune de Bayonne*, *AJDA*, 2003, p. 1232, note (P.) QUILINCHINI.

4- CE, 6 juin 2001, *Commune de Vannes*, cité par, (S.) Bernard, « La puissance publique et le droit de la concurrence », in (B.) LUKASZEWICZ et (H.) OBERDORFF(s/dir.) *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, PUG, Grenoble, 2004, p.187.

معارضة مدّة تفويض المرفق العام بالنظر إلى قواعد المنافسة، ومثال آخر: أمام تنوع المؤسسات العامة بإمكان الاعتراض على عمل إداري بالنظر إلى مبدأ تخصص المؤسسات العامة، أو بالنظر إلى الاتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة أو الأسعار الاحتياالية أو العدوانية ¹Prix prédateurs.

أخيراً، يمكن القول أنّ القاضي الإداري حرّ في اختيار الوسائل الملائمة في إلغاء العمل الإداري فلا شيء يسمح لنا بالتأكيد بتفوق قاعدة على أخرى ².

المطلب الثاني

تطبيقات إخضاع المنازعات الإدارية المتعلقة بنشاط غير اقتصادي لقانون المنافسة

الاجتهاد القضائي الإداري في مجال إخضاع القرارات الإدارية لقانون المنافسة حديث في هذه المادة؛ ففي إطار منازعات الإدارة المرتبطة

¹ - حسب محكمة الاستئناف الإدارية لباريس فإن رفض الإدارة منح مكان في مطار لعون من أجل ممارسة نشاط الصرف فهذا الفعل تنتهك الإدارة مبدأ التخصص، وقواعد المنافسة.

CAA Paris, 04/12/2003, SETIL, cité par (S.) NICINSKI, *Droit public des affaires*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 2010, p.179.

² - لأكثر تفصيل حول العلاقة بين مبدأي حرية الصناعة والتجارة ومبدأ المساواة مع قواعد المنافسة، أنظر:

(S.) NICINSKI, *Droit public des affaires*, op.cit., p.179 ;(A.) AURELIEN, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, (Thèse Grenoble II), LGDJ, Paris, 2009, p. 275 et s.

بنشاط غير اقتصادي؛ فإنّ شروط تطبيق قانون المنافسة فيما يخصّ الاتفاقات المحظورة (1)، والأحكام التي تمنع التعسف في وضعية المهيمنة صعبة (2).

1- إخضاع المنازعة الإدارية للأحكام المتعلقة بالاتفاقيات

شروط تطبيق أحكام قانون المنافسة المتعلقة بالاتفاقات المحظورة لنشاط هيئة إدارية غير معروفة جداً؛ فلا يوجد قرار مبدئي في هذا المجال؛ رغم ذلك، إلّا أنّ الاجتهاد القضائي الإداري الفرنسي حول هذه النقطة وفي بعض القرارات¹ يجمع ليؤكد تطبيق المادة (ت. 1-420 ت.ت. ف.)، والتي تقابلها المادة 6 من قانون المنافسة الجزائري) على قرار هيئة إدارية فقط إذا كان هذا الأخير مرتبط بهذه الاتفاقية سواء بفرضها أو بتسهيل إجراءاتها (أ)، أو إذا كان هذا القرار يقوّي آثارها (ب).

أ- حالة تشجيع الاتفاقيات

فبالنسبة للعمل الإداري الذي يُشجع الاتفاقات: فالمنع المفروض على الإدارة بتشجيع أو رعاية اتفاقية منافية للمنافسة يمكن أن يستتبط من قرار *Syndicat de la presse périodique culturelles et scientifiques* أين مجلس الدولة الفرنسي بين أنّ الأحكام المثارة أمامه: "لا تهدف لا إلى تشكيل

1- CE, 29 Section, 30 avril 2003, « Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement », Rec., p.189 ; CJEG 2003, p. 410, concl. (J.-H.) STAHL.

أو تشجيع اتفاقية أو اتفاق بمفهوم المادة 7 من أمر 1 ديسمبر 1986 (المادة ت.420-1 ت. ت. ف.)¹.

وقد سبق وأن أشار مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر في 19 مارس 1997 في قضية *Sté Autocars Blanc et autres* إلى: "لم يظهر أنّ التوسيع المقرّر بواسطة القرار المطعون فيه يشجع الممارسات المنافية للمنافسة المحظورة بمقتضى المواد 7 و8 من أمر 1 ديسمبر 1986 (المواد ت. 420-1 وت. 420-2 ت. ت. ف.)، وفي كل الأحوال الطعون لم تؤسس لإثارة إهمال هذه الأحكام"².

ترمي هذه القرارات إلى إظهار أنّ أحكام المواد المادة (ت. 420-1 ت. ت. ف.) تمنع الهيئة الإدارية من إبرام اتفاقات منافية للمنافسة.

من هذا المنع يمكن استنتاج منع فرض تشكيل اتفاقية، لأنّ هذا الأخير فرض الفعل أكثر شدة من التشجيع³. كما يمكن للقاضي الإداري تطبيق أحكام المادة (ت. 420-1 ت. ت. ف.) على قرار إداري اتخذ في إطار نشاط غير اقتصادي، إذا كان هذا القرار هو السبب الرئيسي لاتفاقية منافية للمنافسة سواء بفرضها أو بتشجيعها.

1- CE, 29 septembre 1999, *Syndicat de la presse périodique culturelle et scientifique et autre*, Req, n° 186227.

2- CE, 19 mars 1997, *Soc Autocars Blanc et autres*, Req, n° 146619, Req. Leb. P. 642.

3- (D.) KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, op.cit. p. 254.

ب- القرار الذي يُقوي من آثار الاتفاقية

القضاء الإداري الفرنسي في هذه النقطة غامض، فإذا سلّمنا بأنّ المادة (ت. 1-420 ت. ت. ف) تطبق على الإدارة العمومية لما تقوي من آثار الاتفاقات، لكنّ يمكن استنتاج من القرارات المذكورة أعلاه المتعلقة بتشجيع إبرام الاتفاقات منع تقوية آثارها.

غير أنّه تمّ فتح باباً آخر لتطبيق مثل هذه الممارسة، وهذه المرّة من طرف هيئات القضاء الإداري من الدرجة الأولى، بشأن أعمال الهيئات العمومية التي تدخل في إجراءات منح الصفقات العمومية¹، فإذا أخذنا مثال

¹ - يعتبر مجال الصفقات العمومية مجالاً خصباً لإعمال قانون المنافسة، لأنّ هذا المجال يشبه كثيراً المجال الاقتصادي ويمكن أن تمارس فيه العديد من صور الانتهاكات لقانون المنافسة، وحسب تعبير الأستاذ "ستارن": «إذا أردنا كتابة تاريخ قانون المنافسة، فإنّ الفصول الأولى ستخصص للمناقصة».

(B.) STIRN, « Droit public et droit de la concurrence », in Mél. (Cl.) CHAMPAUD, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX e siècle*, Dalloz, Paris, 1997, p. 557.

وقد عدّل المشرع الجزائري قانون المنافسة في 2008، حيث أشار إلى تطبيق أحكام المنافسة على جميع مراحل منح الصفقات العمومية، فنص المادة 2 من الأمر 03-03: بعد تعديل 2008 على: «تطبق أحكام هذا الأمر على: ...، - الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة»، كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يلزم الهيئات الإدارية باحترام أحكام قانون المنافسة، فنص المادة 946 منه على: «يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية..»، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، كما تنص المادة 9 من الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، المتمم للقانون 06-01، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق

القرار الذي يسمح بالتوقيع على صفقة عامة أو اتفاقية تفويض المرفق العام، فالسلطة المسؤولة يمكن أن تعطي آثار لاتفاقية منافية للمنافسة، التي تم تشكيلها من طرف مُقدمي العروض قبل الإعلان عن المناقصة.

من أجل توضيح هذه الحالة نعود إلى أمر صادر عن المحكمة الإدارية لـ "روون" في قضية *Entreprise Jean Lefebvre Normandie*: « إذا كان فعل الإجابة بصفة جماعية للعرض لا يُشكّل في حدّ ذاته اتفاقية محظورة، لكن بالعكس، تشكيل هذا النوع من الاتفاقية لتجمع المؤسسات له هدف أو أثر الحد من المنافسة»¹.

بالوقاية من الفساد، ج.ر عدد 50، صادر في 01 سبتمبر 210 على: « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

- إعلان المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء،
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية،
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية «.

1- TA Rouen, 28 avril 2000, *Entreprise Jean Lefebvre Normandie*, note, (Ch.) BRECHON-MOULENES, *AJDA*, 2000, p. 842.

لقد اعتبر القاضي أنّ لجنة الإعلان لم تقترف أيّ خطأ ظاهر يستحق التقدير، لما أعلنت عن عدم قبول الترشح لتجمع من المؤسسات لسبب أنّه من طبيعته أن يحد من المنافسة¹؛ في هذه القضية ليس فعل الإدارة من كان السبب في وجود الاتفاقية المنافية للمنافسة التي يقصدها القاضي، إنّما إبرام الاتفاقية لم تأمر به الإدارة ولم تشجعه فقط، القاضي يصرّح بتعبير المخالفة أنّه لو أن الإدارة قبلت عرض تجمع المؤسسات التي أبرمت الاتفاقية لأعطت لهذه الممارسة المنافية للمنافسة أثرها الكامل، وهذا محظور بمقتضى المادة (ت. 1-420 ت. ت. ف.)².

إذن، يمكن اعتبار أنّ المادة (ت. 1-420 ت. ت. ف) تمنع الهيئات الإدارية من إبرام صفقة مع شخص متهم باتفاقية منافية للمنافسة، ما دام أنّ الهيئة العامة على علم بهذه الممارسة؛ ففي هذه الحالة يمكن اعتبار أنّ الهيئة العامة تُقوي آثار الاتفاقية³؛ أي على الهيئة المتعاقدة الاعتداد

¹ - ينتقد الفقه في فرنسا هذا الحكم كون أن القاضي الإداري يفترض وجود اتفاقية بين المؤسسات دون أن يثبت وجودها، أنظر:

Ibid, p. 843.

² - (V.) SELINSKY, « La participation à des marchés publics par des entreprises groupées », *ACCP*, n° 20/2003, p. 47 et s ; (S.) NICINSKI, « Comment éviter la qualification d'entente anticoncurrentielle ? », *CP*, n°29/2004, p. 52.

³ - (L.) Gravier et (R.) Roux, « Juge administratif et droit de la concurrence dans les marchés publics », *ACCP*, n° 20, mars, 2003, p. 36 ; (O.) GUEZOU, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *ACCP*, n° 20, Mars 2003, p. 45 ;

بالممارسات الخاصة للعارضين، أثناء إعداد قائمة المترشحين المقبولين لمواصلة المفاوضات¹، وبالعكس، ليس من الممكن اعتبار قرار إداري يسمح بإبرام صفقة مع الطرف الآخر مرتكبي الاتفاقيات المنافية للمنافسة مخالفاً لأحكام المادة (ت. 1-420 ت. ت. ف)، إذا كانت الاتفاقية مستترة كلياً، ورغم أنّ هذا القرار يُقوي من آثار الاتفاقية².

في الحقيقة، إنّ معيار التفرقة يكمن في حسن نية الهيئة العامة المُكلّفة بإبرام الاتفاقية، ويفرض مجلس الدولة الفرنسي على الهيئة العامة أن تتأكد من احترام قواعد المنافسة أثناء إبرام الصفقات العمومية³.

2- إخضاع المنازعة الإدارية لأحكام التعسف في وضعية الهيمنة

اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي المتعلق بتطبيق المواد (ت 420-2 و 5-420 ت. ت. ف.)، والتي يقابلها المادة 8 من قانون المنافسة الجزائري) على أعمال الهيئات الإدارية، ظهر أكثر تطوراً مقارنةً بالاتفاقات المحظورة؛ فهناك العديد من القرارات الصادرة بشأن تطبيق

حيث تمكّن المنازعة الاستعجالية لما قبل إبرام العقد بإخطار تصرف المتعامل العمومي الذي يشجع ويرعى *favorise ou avalise* أعمال ممارسة منافية للمنافسة للمؤسسات، حيث يمكن معاقبة المؤسسات في مرحلة العروض، إذ يجب إبعاد مؤسسة معاقبة من طرف مجلس المنافسة.

1- CE, 24/10/2001, *Collectivité Territoriales de Corse, Office de transport de la Corse*, BJCP, n° 21, P. 39& s cité par : (L.) GRAVIER et (R.) ROUX, « Juge administratif et droit de la concurrence dans les marchés publics », op.cit., p. 36.

2- (D.)KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, op.cit. p. 257.

3- CE, 28 avril 2003, *Fédération nationale des géomètres-experts*.Lebon T. 623

أحكام قانون المنافسة المتعلقة بالتعسف في وضعية الهيمنة على القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية في إطار نشاط غير اقتصادي، والتي تضع مؤسسة ما في وضعية التعسف في وضعية الهيمنة.

فيما كان القاضي الإداري تطبيق أحكام الفقرة 1 من المادة (ت.420-2 ت. ت. ف.) على قرار هيئة إدارية والذي من نتائج وضع مؤسسة ما في وضعية التعسف في الهيمنة، ويعتبر التعسف الآلي أول صورة اعترف القاضي الإداري بها للساس بالمنافسة، ومثال ذلك: القرار الذي تتخذه السلطة العامة في تفويض المرفق العام والذي تمنح فيه حقاً حصرياً للمتعاقد يتجاوز مدة إهلاك الاستثمار المتضمن استغلال المرفق¹؛ فيمكن تصور أن مؤسسة في وضعية هيمنة على سوق الامتياز، وتستغل هذه الوضعية لفرض على البلديات شروط تحد من المنافسة في هذه السوق؛ فهذه الممارسة ترمي إلى فرض مدة طويلة في عقود التفويض، والتي يمكن أن تُحلل كتعسف في وضعية الهيمنة في سوق الامتياز².

¹ - يذكر محافظ الحكومة في قضية *Sté Million et Marais* العديد من الشروط التي قد تؤدي الى التعسف في وضعية الهيمنة منها: امتياز شغل بعض المنشآت لصالح المتعاقد، الشروط المتعلقة بامتياز إعلام المتعاقد من طرف الإدارة، الشروط المتعلقة بالأسعار، امتياز استعمال علامة الإدارة باستعمال محلاتها، إلزام الإدارة بحماية المتعاقد من المنافسة، شرط الاستفادة من خدمة إضافية حسب المواسم... (J.-H.) STAHL, conclusions sur CE Ass., 6 décembre 1996, *Sté Million et Marais*, op.cit, p. 1237 ;(S.) NICINSKI, *Droit public des affaires*, op.cit., p. 268.

² - (Th.-X.)GIRARDOT et (F.) RAYNAUD, « Contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres. - Application de l'ordonnance

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية "منظمة محامي باريس" بشأن مرسوم 31 ماي 1997¹، المتعلق بمرفق قاعدة المعلومات القانونية: « اللجوء إلى مُفَوَّضٍ يَمْنَحُ لهذا الأخير وضعية هيمنة، ولا يوجد في المرسوم محلّ الطعن أيّ حكم يضعه في وضعية التعسف في وضعية الهيمنة بمفهوم أحكام المواد 8 و9 من أمر 1 ديسمبر 1986... » ، بعد ذلك ظهر أول إلغاء على أساس التعسف في وضعية الهيمنة في قرار صادر من مجلس الدولة الفرنسي في 29 جويلية 2002² في قضية "Sté Cegedim" متعلق بقرار وزاري يحدد تعريفات بيع وثائق يملكها "INSEE" والذي يضع هذه المؤسسة في حالة التعسف الأوتوماتيكي في وضعية الهيمنة؛ فشرط المدّة أو الزمن قد يكون عنصراً أساسياً في تقدير شروط المنافسة في السوق؛ فمقتضيات المنافسة الحرة من طبيعتها التقوية المعتبرة لمدة الاتفاقيات.

du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ».
AJDA, 1997 p. 950.

1- CE, 17 déc. 1997, « *Ordre des avocats de la Cour de Paris* », Rec .p.491 ; AJDA, 1998, p. 362, concl. (J.-D.) COMBREXELLE.

2- CE, 29 juil. 2002, « *Sté Cegedim* », Rec. p. 280 ; AJDA, 2002, p. 1072, note (S.) NICINSKI.

3- إخضاع المنازعة الإدارية لأحكام التعسف في استغلال وضعية التبعية

يمكن إثارة مثال يتعلق بتطبيق الفقرة الثانية من المادة (ت.420-2 من التقنين التجاري الفرنسي ت. ت. ف.، والتي تقابلها المادة 11 قانون منافسة جزائري) من قبل القضاء الإداري؛ حيث يمكن لقرار صادر من هيئة إدارية أن يضع مؤسسة في وضعية التعسف في استغلال التبعية الاقتصادية، خصوصا في مجال المنشآت الأساسية¹.

العديد من نشاطات المرفق العام تُخصّص قطاعات يسود فيها طابع التقنية، والتي غالباً ما تستوجب احتكار أو تجميع، ك مجال المرافق العامة الشبكية² كقطاع الاتصالات والكهرباء والغاز والمياه، وتحرير هذه

1- (M.) BAZEX, « Entre concurrence et régulation : la théorie des facilités essentielles », RCC, n° 119, 2001, p.37 ;(M.) GLAIS, « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence », in Rapport du Conseil d'Etat, *Collectivités publique et concurrence*, 2002, p. 403 ;(M.) DESCAHAMPS, et (F.) MARTY, « Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft ? », RRJ, n° spé. 2008, p.2585 ; (s.) NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », JCP/Administration et Collectivités territoriales, n° 44, 2007, 228 ;(F.) MARTY et (J.) PILLOT, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Revue Reflets et perspectives économiques*, n°, 4/2011, p. 197 ;(G.) DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles : Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, (Thèse) LGDJ, 2009, p. 1 et s.

2- تُنظّم هذه القطاعات حول شبكة واحدة للنقل، والتي يجب على الأعوان استعمالها. هذه الشبكة تمثل منشأة أساسية، وهي محتكرة لصالح المتعامل العمومي التاريخي، ولا يمكن للأعوان

القطاعات الشبكية خلق انفجاراً وتوزعاً في المهام والأنشطة، حيث أن بعض النشاطات تم عرضها على المنافسة¹.

يتطلب الانضمام إلى الشبكة إبرام عقد الربط، والذي قد يكون مع الهيئة الإدارية كجمال المياه²، حيث كان هذا القطاع مسيراً من الهيئات المحلية. وعقود الربط ليست عقوداً عادية؛ فقيام نظام الربط على مبدأ الحرية التعاقدية سوف يؤدي إلى مشاكل وصعوبات؛ فبإمكان عقد الربط أن يؤسس حالة تعسف في استغلال وضعية طرف على آخر، ولما كانت هذه العقود من هذه الطبيعة وجب مراقبتها، ويقع على القاضي الإداري عبء في التأكيد من عدم وجود وضعية التعسف في استغلال وضعية التبعية.

الاقتصاديين في هذا النوع من القطاعات إنشاء شبكة خاصة بهم وبإمكاناتهم الخاصة، لأنها تحتاج إلى استثمار ثقيل، أي مكلفة، أو بالنظر إلى حماية البيئة، وأخيراً بالنظر إلى تهيئة الإقليم.

1- La régulation dans les activités de réseaux consistera à « organiser la liberté d'entrée au marché, traditionnellement protégé par un monopole, par la levée de toutes les barrières à l'entrée et garantir l'accès équitable des nouveaux entrants aux réseaux d'infrastructures et aux ressources rares maintenues sous le régime du monopole naturel...cette mission intégrera les phénomènes d'interconnexions et de tarification des droits de l'accès aux réseaux. », (M.-Ch.)BELMIHOUB, « nouvelles régulations économiques dans les services publics de réseaux : fonctions et institutions », *Revue Idara*, 2005, n° spécial, p. 13.

² - عز الدين عيسوي، " ضبط المرافق العامة: نموذج مرفق المياه " المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق، عدد 2/2010، ص. 102.

لكن السؤال الذي يُطرح هنا، هل مجرد أي فعل يجعل مؤسسة ما في وضعية التعسف، يكفي لتطبيق قانون المنافسة على الإدارة، أم أنه من اللازم أن يكون القرار الإداري المتنازع فيه سبباً مباشراً في التعسف في استغلال وضعية الهيمنة؟

بالرجوع إلى القرار السابق *Sté Million et Marais* نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يرى أن: «شروط قرار إداري لا يمكن وبصفة مشروعة أن يكون لها أثر في وضع مؤسسة في وضعية خرق المادة 8 من أمر 1 ديسمبر 1986 (ت. 420-2. ت. ف.)».

نستنتج من هذا القرار أن مجلس الدولة يشترط وجود علاقة مباشرة بين القرار الإداري والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة، ويرى محافظ الدولة نفسه أن منح حقوق حصرية لا يمكن انتقاده في حد ذاته¹؛ إذ يجب البحث هل منح الحقوق يمكن أن يكون نتيجة حتمية لوضع مؤسسة في وضعية التعسف في الهيمنة؟

وقد أكد المجلس مرةً أخرى، وبعد مدة، وبصيغة لم يترك مجالاً للشك حول العلاقة الواجب توفرها بين القرار الإداري والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة؛ فرأى ما يلي: «إنشاء وضعية الهيمنة نتيجة كأثر لتنظيم البوليس ليس

1- (J.H.) STAHL, conclusions sur CE Ass., 6 décembre 1996, *Sté Million et Marais*, op.cit., p. 1234.

متوافقاً مع احترام أحكام قانون المنافسة إلاّ إذا كان التنظيم يؤدي حتماً إلى استغلال وضعيّة الهيمنة بصورة تعسفيّة»¹.

4- إخضاع المنازعة الإدارية لأحكام قانون المنافسة في مجال البيع بأسعار منخفضة

1- CE L'avis Sté L&P Publicité, 22 novembre 2000.

يتعلق الأمر برفض رئيس بلدية بايون Bayonne في إلغاء abrogation قرار بلدي يؤسس منطقة محدودة للإشهار، حيث قامت المحكمة الإدارية ل"بو" Pau بإخطار مجلس الدولة، وهذا الأخير أصدر رأياً والذي اعتبر فيه أن "لما كانت إجراءات الضبط الإداري من شأنها أن تمس بنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات. وفي هذه الحالة فإن إجراءات الضبط ترمي إلى حماية النظام العام، وفي بعض الأحيان الحفاظ على بعض المصالح الخصوصية أين من مهام الإدارة حمايتها، وضمانها. وهذا لا يعني كذلك الهيئة المخول لها سلطات الضبط من واجب الأخذ بعين الاعتبار حرية التجارة والصناعة" وصدر قرار من محكمة الإدارية ل"بو" Pau في 16 أكتوبر 2001، ومن محكمة الاستئناف الإدارية ل"بورديو" في 18 فيفري 2003 يقضيان بإلغاء annulation قرار رفض الإلغاء abrogation، حول هذا الرأي، أنظر:

(A.) MARCEAU, « Police administrative et droit public de la concurrence », *AJDA*, 2002, p. 193 ; (J.) MICHEL, « Police administrative et droit de la concurrence », *AJDA*, 2005 p. 79 ; (S.) NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2005, p. 78 et 79.

وحدثاً صدر قرار آخر لمجلس الدولة، يعيد فيه نفس حيثيات قرار EDA، أنظر:

CE 15 mai 2009, Société Compagnie des bateaux-mouches, n° 311082, cité par (S.) NICINSKI, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2009 p. 1812.

يمكن للقاضي الإداري تطبيق أحكام قانون المنافسة على منازعة إدارية لما يتعلق الأمر بممارسة تنتهك أحكام المادة (ت.420-5 ت.ت.ف.، والتي تقابلها المادة 12 قانون المنافسة الجزائري) والمتعلقة بممارسة البيع بأسعار منخفضة مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق¹، ويتعلق الأمر هنا بالقرارات الإدارية التي تتضمن الاعتماد أو المصادقة على الأسعار.

كما يستعمل القاضي الإداري الرقابة على الأسعار المحفّضة في مجال الصفقات العمومية، لمراقبة ما إذا كانت العروض هدفها إقصاء المترشحين الآخرين من خلال الأسعار المقترحة².

المبحث الثاني

منازعة القرارات الإدارية المتخذة في إطار نشاط اقتصادي

رأينا أعلاه أن القاضي الإداري يطبق قانون المنافسة على القرارات الإدارية في إطار نشاط غير اقتصادي، إذن، تطبيقه لقانون المنافسة على القرارات الإدارية في إطار نشاط اقتصادي³ أولى؛ فتساءل أولاً عن أساس

¹- CE, 30/04/2003, *Unicem, Dr.adm.* 2003, n° 164, note (M.) BAZEX et (S.) BLAZY ; *AJDA*, 2003, p. 1508, note (P.-L.) FRIER.

²- TA Rouen du 23 juin 2001, *Sté Jean Béhotas, Req.*, n° 99-2309, 99-2310, et 99-311 : *BJCP*, n°15, p. 164.

³- (S.) PIGNON, « Le Conseil d'Etat au service du droit de la concurrence : Les enseignements du rapport annuel (1^{re} partie) », *LPA*, 21 juin 2002, n° 124, p. 7 ; (A.)MARCEAU, « Police administrative et droit public de la concurrence », *AJDA*, 2002, p. 193 ; (J.)

تطبيق قانون المنافسة في هذا المجال (المطلب الأول)، ثم نبث عن مجالات تطبيق إخضاع المنازعة الإدارية في إطار نشاط اقتصادي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التبريرات النظرية لتطبيق القضاء الإداري لقانون المنافسة في عمل إداري متعلق بنشاط اقتصادي.

تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري في مجال الأعمال الإدارية المرتبطة بنشاط اقتصادي تجد تفسيرها في الطابع الواقعي لقانون المنافسة (1) وضرورة إشراك عمليتين ذهنتين: التكييف المزدوج للعمل القانوني ليسمح بإرساء اختصاص القاضي الإداري، وتطبيق قانون المنافسة (2).

1- الطابع الواقعي لقانون المنافسة

تستوجب دراسة تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري على القرارات الإدارية في إطار نشاط اقتصادي تذكير سريع بخصائص قانون المنافسة؛ فقانون المنافسة يُعرَّفُ فقط بالنظر إلى المعايير ذات الطابع الاقتصادي، ويطبق على كل نشاط ذو طابع اقتصادي؛ أي كل نشاط

MICHEL, « Police administrative et droit de la concurrence », AJDA, 2005 p. 79.

يلتقي فيها العرض والطلب في سوق ما؛ فقواعد المنافسة تهتم بطبيعة النشاط التنافسي؛ فالطابع الواقعي لقانون المنافسة أمر مؤكد¹، وهذا يعني أن تعريف مجال تطبيق قانون المنافسة يعرف بعيدا عن طبيعة الأشخاص المعنيين.

تقضي المادة الثانية من الأمر المتعلق بالمنافسة 03- 03: بعد تعديل 2010 على: «بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

- نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعوا اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري تلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها،
- الصفقات العمومية، بدءًا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

1- (G.) CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Thèse Université Montpellier I, 2004, Dalloz, 2006, Paris, p. 136 et s ;

تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 43.

غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية .

في بعض الأحيان فإنّ الطابع الواقعي لقانون المنافسة يفرض قبول أنّ شخص واحد يمكن أن يمارس نشاطات أو أعمال مختلفة، وفي هذا الإطار فإنّ الفقه يثير فكرة: " مبدأ الفصل"¹ من أجل تحديد مجال تطبيق قانون المنافسة، وفي هذا الإطار يجب التفرقة بين نشاطات الشخص أو الهيئة: تلك المتعلقة بنشاط اقتصادي، وتلك المرتبطة بممارسة نشاط السلطة العامة.

ويعرف القضاء الإداري الفرنسي تطبيق هذه الفكرة، حيث أقر مجلس الدولة في 8 أبريل 1998: «حيث من الممكن افتراض أنّ فيدرالية التعاضديات يمكن أن تُماثل في كل أو جزء من نشاطاتها الممارسة من طرف أعضائها مع المؤسسة»².

وبالنتيجة، يجب على الأجهزة المكلفة بتطبيق قانون المنافسة ومن بينها القضاء الإداري، تحديد مجال تطبيق هذا القانون بصفة واقعية؛ أي بتفضيل تحليل حقيقي وموضوعي لطبيعة النشاط موضوع المنازعة.

لكن، قد يقود هذا إلى النتيجة التالية: الأعمال الإدارية بمفهوم القانون الإداري هي في الحقيقة أعمال ذات طبيعة اقتصادية بمفهوم قانون

1- (N.) CHARBIT, « L'application de droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publique ? », *RTD.Com*, 2004, p. 53.

2- CE, 8 avril 1998, *Fédération nationale interprofessionnelle des mutuelles*, *Req.*, n° 189314.

المنافسة، وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى هذا التحليل في قرارها الصادر في 16 ماي 2000: «القرارات التي على أساسها تمارس الهيئات العمومية والهيئات الخاصة المَحْوَل لها مهام المرفق العام باستعمال امتيازات السلطة العامة، يمكن أن تُشكّل أعمال الإنتاج والتوزيع والخدمات بمفهوم المادة 53 من الأمر 1 ديسمبر 1986 (المادة ت. 1-420 ت.ت.ف.»¹.

حسب قانون المنافسة، لا شيء يمنع من مراقبة هذه الأعمال الإدارية المتخذة في إطار نشاط اقتصادي من طرف القاضي الإداري.

2- التكييف المزدوج للعمل القانوني: الفصل بين تحديد الاختصاص القضائي وتطبيق قانون المنافسة

لما يُخَطَر القاضي الإداري بعمل إداري منافي للمنافسة يجب أن يعالجه في مرحلتين؛ بصيغة أخرى؛ فإن القاضي الإداري يعمد إلى إجراء التكييف المزدوج².

في المرحلة الأولى: يحدد في هذا العمل الإداري (القرار الإداري أو العقد الإداري) العناصر ذات الطبيعة الإدارية، وذلك من أجل الاحتفاظ بالاختصاص القضائي لصالح القاضي الإداري³.

1- Cass. Com., 16 mai 2000, *Chambre syndicale nationale de vente et services automatiques*, BOCCRF, n° 7, 22 juin 2000, p. 331.

2-(J.-J.) ISRAËL, « L'activité juridique est une activité économique », *AJDA*, 2008, p.918 et 919.

3- (D.) KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, op.cit. p.266.

في المرحلة الثانية: يحدد القاضي الإداري هل العمل التنازعي يدخل أو لا ضمن مجال قانون المنافسة؟، وفي هذه المرحلة يقوم بتحليل حقيقي وموضوعي، يرميان إلى تحديد الطبيعة الحقيقية للعمل المطروح عليه؛ فإذا اعتبر القاضي الإداري أنّ العمل المعني هو عمل ذو طبيعة غير اقتصادية، فإنّ الفرضية تنطبق على التحليل المذكور أعلاه؛ أي أن العمل لا يدخل ضمن مجال قانون المنافسة، لكن رغم ذلك فإنّ هذا الأخير يفرض تطبيقه عليه.

وفي الحالة العكسية، إذا رأى القاضي الإداري أنّ العمل يدخل ضمن النشاط الاقتصادي؛ أي أنّه يدخل ضمن مجال قانون المنافسة، وفي هذه الحالة، فإنّ العمل الإداري المنافي للمنافسة سوف يُنظرُ إليه كنشاط مؤسسة بغض النظر عن العناصر المستنبطة والمتعلقة بالاختصاص القضائي، وذلك بالفصل بين العمليتين¹؛ فالقاضي الإداري يصل إلى تكييفين للعمل التنازعي، ويمكن للقاضي الإداري تطبيق قانون المنافسة على النشاطات الاقتصادية.

1- Ibid, p. 267.

المطلب الثاني

مجالات تطبيق إخضاع المنازعة الإدارية في إطار نشاط اقتصادي: منازعات أعمال تسيير الدومين العام

فرضية تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري على النشاطات الاقتصادية مُحفوفة بالصعوبات؛ فيجب البحث عن التكييف المزدوج للأعمال، وهذا أمر غريب من وجهة القانون الإداري التقليدي؛ أي تبني موقفين متضادين.

تظهر دراسة اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي تطبيق لفكرة التكييف المزدوج في مجال تسيير الدومين العام؛ فالقرارات المتخذة في هذا المجال تخضع لازدواجية التكييف، فن جهة: تعتبر قرارات إدارية، ومن جهة أخرى: أعمال ذات طبيعة اقتصادية يمكن أن تمس بالمنافسة.

فبمفهوم أحكام القانون الإداري الجزائري؛ فإن الأعمال المتصلة بتسيير المرفق العام هي أعمال إدارية ولو أنها صادرة من شخص غير إداري؛ أي أنّ المعيار العضوي لا يعمل هنا، وبالرجوع إلى قانون 88-101¹، والذي تنص المادة 55 منه على: «عندما المؤسسات الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير

¹ - قانون 88-01، مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 2، صادر في 13 جانفي 1988؛ (أحكام غير ملغاة بموجب الأمر 95-25، مؤرخ في 25 سبتمبر 1995 يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر عدد 55، صادر في 27-09-1995).

مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المنوطة بها. يضمن تسيير الأملاك العامة طبقاً للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة.

وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقاً لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة، وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية.»

وتضيف المادة 56 من القانون نفسه: «عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانوناً لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة وحسابه ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإنّ كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقاً موضوع نظام مصلحة يعد طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

تخضع المنازعات المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة.» .

فحسب المشرع الجزائري، لما تمارس الدولة بصفة مباشرة استغلال الأملاك العمومية، فإنها تخضع إلى القانون الإداري، بمقتضى المعيار العضوي؛ أما فيما يخص المؤسسة العمومية الاقتصادية، فرغم خضوعها للقانون الخاص في مجمل نشاطها، ولا تخضع لرقابة القضاء الإداري، بل تخضع لرقابة القاضي العادي؛ إلا أنّ الأمر غير ذلك لما يتعلق الأمر بتسيير الأملاك الوطنية؛ فهي تخضع لقواعد القانون الإداري (ممارسة صلاحيات السلطة العامة، إصدار قرارات إدارية، قد تتضمن منح رخصة، أو منع

ممارسة نشاط، أو إبرام عقود إدارية)، وتخضع، مثلها مثل الدولة لرقابة القضاء الإداري.

لا يتعلق الأمر هنا بالعمل بالمعيار المادي¹، لكن يمكن تفسير هذا الاستثناء بإعمال "نظرية الوكالة"²؛ فالمرشح يوظف كلمات "باسم الدولة ولحسابها" "عقد امتياز"؛ فهذه العبارات لا توحى باستعانة المرشح بالمعيار المادي؛ أي أن المؤسسة العامة الاقتصادية تتصرف كوكيل عن الدولة³.

¹ - وهذا ما يقول به المستشار نويلاي عبد العزيز، " المنازعة الإدارية في الجزائر: تطورها وخصائصه"، الجزء الأول، مجلة مجلس الدولة، عدد 2006/08، ص.ص. 50-51.

² - أنظر رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، د م ج، الجزائر، 2008، ص، 362 و363؛

(Ch.) BENNADJI, *L'évolution de la réglementation des marchés en Algérie*, Thèse, université d'Alger 1991, T1, pp.29-42.

³ - يعرف القضاء الجزائري هذه النظرية، فبمناسبة قضية تتعلق بصفقة أبرمتها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري بتمويل من الدولة، طرح السؤال حول القاضي المختص، هل القاضي العادي بالنظر إلى طبيعة المؤسسة، أم بالنظر إلى القانون الواجب التطبيق أي قان الصفقات العمومية وهو قانون إداري، إجابة القاضي كانت بعيدة عن كلتا الفرضيتين، الاختصاص هو اختصاص إداري بالنظر إلى أن الصفقة أبرمت بتمويل من الدولة، أي وكأن المؤسسة تصرفت كوكيل عن الدولة، مجلس الدولة، 11 ماي 2001، الديوان العمومي للتسيير العقاري لوهران ض/ مؤسسة الأشغال العمومية لعين تموشنت (غير منشور)، الصفقات محل نفقات : -المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً مساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة؛ ومحكمة التنازع لها نفس الموقف بهذا الشأن حيث قضت في قضية الشركة الجزائرية للتأمينات SAA بما يلي: «... فإن الشركة الجزائرية للتأمينات ليست شخصا من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري EPIC وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز

بالرجوع إلى النشاطات المرتبطة بالدومين العام، فإنّ النشاط الذي يتعلق بوضع المحلات والمنشآت مقابل إتاوات كقابل، هو في حد ذاته نشاط اقتصادي،¹ بمقتضى المادة 2 قانون المنافسة، ولو أن هذه التجهيزات ملك للدومين العام²، والهيئة المكلفة بالخدمة هي مؤسسة عمومية اقتصادية.

وكمثال عن منازعة الأعمال الإدارية المنافية للمنافسة المتخذة في إطار نشاط اقتصادي، القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية Sté EDA في 26 مارس 1999. في هذا القرار كان المجلس أمام منازعة

مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة (المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250، المعدل والمتمم، والمتضمن الصفقات العمومية...

وأنة بناءً على هذا لا يمكن تطبيق مقتضيات قرار محكمة النزاع المؤرخ في 08-05-2000 كلية في قضية الحال، ذلك لأن الشركة الجزائرية للتأمينات ليست شخصاً من أشخاص القانون العام وإنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، كما هو واضح من قانونها الأساسي «، محكمة النزاع قرار رقم 42 بتاريخ 13/11/2007، مجلة مجلس الدولة، عدد 09، 2009، ص 147-150. (قضاة محكمة النزاع لا يفرقون بين المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجارية والمؤسسات الاقتصادية، فالشركة الجزائرية للتأمينات مؤسسة اقتصادية كما هو واضح من قانونها الأساسي.

1- (J.-B.) AUBY et (R.) NOGUELLOU, « Droit de l'urbanisme et droit de la concurrence », in Mél. (M.) BAZEX, *Droit et économie : interférences et interaction*, Litec, Paris, 2009, p. 1 et s.

2- أمثلة ذلك كثيرة: كالدومين العام الصناعي، المطارات الجوية، والموانئ البحرية وتوابعها، المنشآت الفنية الكبرى، الطرق العادية والطرق السريعة، فيمكن أن تعتمد الدولة على التنازل عن تسيير هذا النوع من الدومين إلى مؤسسات تعمل باسم الدولة، حيث تمارس امتيازات السلطة العامة، لكن النشاط في حد ذاته هو نشاط تجاري. كالنشاط الذي تمارسه شركة تسيير مصالح ومنشآت مطارات الجزائر.

تتعلق بتجديد رخص شغل الدومين العام "مطار"، موجه للسماح للشركات بممارسة نشاط إيجار السيارات؛ ففضى المجلس أنه يفرض على الهيئة المانحة للملحقات الدومين العام: «لما يتم منح هذه الملحقات، وهذه الأخيرة مكانا لنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، يجب الأخذ بعين الاعتبار مختلف القواعد: كبدأ حرية التجارة والصناعة، أو قانون المنافسة الذي في ظله تمارس هذه النشاطات، ويعود لقاضي تجاوز السلطة، سلطة تقدير مشروعية الأعمال القانونية لتسيير الدومين العام، والتأكد أنّ هذه الأعمال اتخذت في ظل احترام مجمل المبادئ والقواعد المشار إليها، بتهيئتها مع التطبيق الدقيق»¹.

فقانون المنافسة سوف يطبق على تسيير الدومين العام، غير أنّ هذا الحل يستوجب بعض التدقيق؛ فمحافظ الحكومة في استنتاجاته قام ببعض الالتواء، فاستنتاجاته تُعبّر عن بعض الصعوبات التي سوف يواجهها القاضي الإداري في عملة المتعلق بالتكييف القانوني المزدوج للأعمال الإدارية.

في المرحلة الأولى: قام محافظ الحكومة "ستال" بإظهار الطابع الإداري للأعمال محل النزاع: «العمل الصادر عن مُسير الدومين العام في إطار الصلاحيات الدومانيالية، وفي إطار حسن سير الدومين، لا تشكّل طابع ممارسة أو تدخل، لكنّ تشكّل قرار إداري اتخذ في ظل ممارسة امتيازات السلطة العامة»².

1- CE, sect., 26 mars 1999, *Sté EDA, D.* 2000, p. 204, note, (J.-P.) MARKUS.

2- (J.-H.) STAHL, conclusions sur CE, sect., 26 mars 1999. *Sté EDA, AJDA*, 1999, p. 427.

في المرحلة الثانية: قام محافظ الحكومة، بإظهار خصوصية المجال مقارنة للوضعية التي درس فيها مجلس الدولة قضية *Sté Million et Marais*، حيث نتذكر في هذه القضية أنّ القاضي الإداري اعتبر أنّ العمل الإداري ذو طابع غير اقتصادي، مخالف لقانون المنافسة، إذا كان من آثاره وضع متعامل اقتصادي في وضعية التعسف في وضعية الهيمنة، في قضية *EDASTé* اعتبر محافظ الحكومة أنّ: «عدم مشروعية قرار تنازعي لا يمكن أن يأتي نتيجة أنّ هذا الأخير يضع مؤسسة في وضعية التعسف في الهيمنة» وبالعكس، يشير السيد "ستال" إلى أنّ العمل التنازعي «يترجم من جهة مسير الدومين العام تعسف في وضعية الهيمنة»¹.

يحرص مفوض الحكومة "ستال" طوال تحليله على أنّ العمل التنازعي المتعلق بتسيير الدومين العام «المتخذ في إطار امتيازات واضحة للسلطة العامة»، لا يجب أن يعتبر تصرف مؤسسة، وحسب مفوض الحكومة؛ فإنّ الهيئة المسيرة للدومين العام، لها صفة لا يمكن أن يُنظر إليها بأنّها تمارس نشاطاً اقتصادياً².

لكن، ولا في أية لحظة في تحليله قبل أنّ تسيير الدومين العام محل الدراسة يُمكن أن يُكيّف مرتين، ومجلس الدولة نفسه لم يكن واضحاً في تسببه للقرار، ولم يعترف بوضوح أنّ قرارات تسيير الدومين العام هي قرارات اتخذت في إطار نشاط اقتصادي بمفهوم قواعد المنافسة.

1- Ibid, p. 431.

2- Ibid, p. 432.

على الأقل، من الممكن التأكيد أنّ التبريرات المطوّرة من طرف السيد "ستال" في قضية *Sté EDA* تعترف ضمناً بأنّ القرارات المتعلقة بتسيير الدومين العام هي قرارات اقتصادية بمفهوم قانون المنافسة. حيث اعتبر محافظ الحكومة بأنّ العمل التنازعي يمكن أن "يترجم" تعسف في وضعية الهيمنة من طرف مسير الدومين العام؛ في حين أنّ مثل هذا التكييف يؤدي إلى اعتبار أنّ المسير يمارس نشاطا المؤسسة، وفي قانون المنافسة، فإنّ التعسف في وضعية الهيمنة لا يمكن أن يُقدّر إلاّ بالنظر إلى فكرة السوق، وهذه الأخيرة هي فكرة زوج مع النشاط الاقتصادي، وبالنتيجة، إذا كان عمل تسيير الدومين العام "يترجم بالنسبة للطرف المسير إلى تعسف في وضعية الهيمنة"، فلا يمكن أن يكون كذلك إلاّ إذا كان نشاطا اقتصاديا.

من وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي، فإنّ قانون المنافسة يفرض على مسيري الدومين العام، إذا كان مكاناً لنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، وهنا فإنّ المجلس لا يعني سوق إيجار السيارات الممارس في الدومين العام، لأنّ المجلس هنا لا يفكر في سوق إيجار السيارات، إنما السوق الذي يشير إليه المجلس، هو ذلك المتعلق بوضع تحت التصرف أمكنة تقع في الدومين العام، الشيء الذي يؤكّد أنّ المجلس يعترف ضمناً بالطابع الاقتصادي لنشاط تسيير الدومين العام.

في الحقيقة، فإنّ الغموض الذي يكتنف قرار *Sté EDA* وخلاصات "ستال" يجد أصله في أنّهما يريدان الدفاع عن الطابع الإداري للأعمال المتعلقة بتسيير الدومين العام، وذلك من أجل المحافظة على

اختصاص القاضي الإداري، بالنظر إلى أنّ مجلس المنافسة، وبالنتيجة القضاء العادي، حاولا في وقت سابق ممارسة رقابة أعمال تسيير الدومين العام¹، ثم إنّ عدم الاعتراف بالطابع الاقتصادي لتسيير الدومين العام قد يعود إلى تفضيل الأفكار الكلاسيكية للدومين العام.

إذا تجاوزنا هذا الغموض، يمكن القول أنّ مجلس الدولة في قرار *Sté EDA* قبل تطبيق قانون المنافسة على الأعمال الإدارية الممارسة في إطار نشاط اقتصادي².

1- Cons. conc., Déc. n °98-D-34 du 2 juin 1998, relative à la situation de la concurrence sur le marché des services d'assistance en escale à l'aéroport d'Orly et sur les marchés locaux et espaces nécessaires des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroport de Paris sur l'aéroport d'Orly. *BOCCRF*, n ° 2 du 2 juin 2000, p. 75.

لكن مجلس المنافسة قد غير فيما بعد من رأيه؛ وسأير اجتهاد محكمة التنازع ومحكمة النقض. وأصبح يصرح بعدم اختصاصه النظر في الأعمال المتعلقة بتسيير الدومين العام، أنظر:

Cons. conc., Déc., n ° 00-D-41 du 20 septembre 2000, relative à la saisine de la société Au Lys de France, *BOCCRF*, n ° 13, du 5 décembre 2000, p. 739.

2- (S.) NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence », in *Mél.*, (E.) FATOME, *Bien public, bien commun*, Dalloz, 2001, Paris, p. 373 et s ; (Ch.) VAUTROT-SCHWARTZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA*, 2009, p. 568 ; (G.) BERTON, « Le régime des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA*, 2009, p. 483 ; CE, sect., 26 mars 1999, *Sté EDA*, D. 2000, p. 204, note, (J.-P.) Markus.

أخيراً، يمكن القول أنّ إدخال قواعد المنافسة ضمن القانون الإداري للأموال، يُسجل ضمن حركة التثمين الاقتصادي للدومين العام¹، حيث تبحث الإدارة عن جني أموال من خلال الدومين العام، وتتصرف مثل باقي المتعاملين الاقتصاديين، وإخضاع امتيازات السلطة العامة لمقتضيات المنافسة يُقوي حقوق المتعاملين الاقتصاديين مستغلي الدومين العام، ومن هنا تنقلص فكرة الدومين العام إلى منشآت تحمل نشاطات اقتصادية².

1- (A.) LAGET-ANNAMAYER, « Occupation du domaine public et intérêt général », *AJDA*, 2003, p.1201.

2- (S.) NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, op.cit., p. 78.

خاتمة

من خلال ما ذكرناه يتضح لنا جلياً، أن مسألة تطبيق القاضي الإداري لقواعد المنافسة بات أمراً لا شك فيه والذي فرضه إمكانية مساس السلطة العامة بالمنافسة في السوق من خلال ما تأتي به من نشاطات من جهة، وعدم اختصاص مجلس المنافسة ببسط رقابته على هذا النوع من هذه القرارات لانتفاء الطابع القضائي فيه من جهة أخرى، ما استدعى تدخل القاضي الإداري لتتمة الغاية من وضع قواعد المنافسة والتي تبرز في حماية النظام العام التنافسي. غير أن طريقة تدخل القاضي في تطبيقه لأحكام القانون المنافسة تختلف بين ما إذا كان المساس بالمنافسة قد حدث من خلال اتخاذ السلطة العامة لقرارات إدارية في إطار نشاط غير اقتصادي، أو ما إذا كان هذا المساس قد انجر من خلال إتيان السلطة العامة لقرارات إدارية في إطار نشاط اقتصادي.

في ظل الوضعية الأولى، قد يحدث أن تمس الهيئة الإدارية بالمنافسة من خلال ممارسة نشاط غير اقتصادي قد ينجر عنه ارتكاب ممارسة مقيدة للمنافسة بغض النظر عن نوعها سواء كانت ممارسة جماعية على غرار الاتفاق المقيد للمنافسة، وسواء كانت ممارسة انفرادية على غرار التعسف في وضعية الهيمنة أو التبعية الاقتصادية أو البيع بأسعار منخفضة تعسفاً، غير أن الذي يميز تطبيق قانون المنافسة من طرف القاضي الإداري في مثل هذه الحالة تلك الحرية التي يملكها في الاختيار بين قواعد القانون الإداري وقواعد قانون المنافسة للفصل في النزاع دون أن يكون ملزماً بتغليب طائفة من القواعد على حساب الطائفة الأخرى، حيث يتحدد طبيعة القواعد التي يتم تغليبها بخصوصية كل نزاع، كما أن

مثل هذه الوضعية تشير إلى ذلك التعايش الذي يمكن خلقه بين أحكام القانون الإداري وأحكام قانون المنافسة.

أما في إطار الوضعية الثانية، والتي ترتبط بمساس السلطة العامة بالمنافسة من خلال ممارسة نشاط اقتصادي، فهي تخضع وجوبا لقواعد قانون المنافسة وهذا بالنظر للطابع الواقعي لمثل هذه الأحكام والتي تقضي بإخضاع كل نشاط اقتصادي بغض النظر عن مصدره لقانون المنافسة. إن تطبيق القاضي الإداري لقانون المنافسة في مثل هذه الظروف والمعطيات هي عملية مركبة ومعقدة تفرض على القاضي الإداري القيام بتحليل على مستويين يخضعان لترتيب زمني وجوبي على نحو لا يمكن للقضاء الإداري الانتقال إلى المرحلة الثانية قبل التأكد من تحقق المرحلة الأولى. حيث يتأكد القاضي الإداري في البداية من أنه المختص نوعا في المنازعة المعروضة عليه من خلال فحص مدى تظافر عناصر المنازعة الإدارية في القضية، ثم التأكد بعد ذلك من الطابع الاقتصادي للنشاط، وإذا ما كان الأمر كذلك، وجب القاضي الإداري النظر في العمل الإداري باعتباره نشاط مؤسسة، وهو ما يشهد على تغليب أحكام قواعد المنافسة على أحكام القانون الإداري في مثل هذه الظروف، حيث يتم الفصل في النزاع باعتباره نشاط اقتصادي خاضع لأحكام قانون المنافسة لا باعتباره عمل إداري خاضع للقانون الإداري، وهو التأثير أدى إلى ظهور ما يُسمى بالقانون العام للمنافسة. إن فصل القاضي الإداري في المنازعات الإدارية المرتبطة بالمنافسة، يفرض إخضاع هذا الأخير وجوبا لتكوين متخصص يسمح له بالفصل المرن والفعال في مثل هكذا منازعات إدارية.

الإشكاليات المرتبطة بالتوصيف القانوني لعقود الخدمة النّفطية دراسة قانونية مقارنة في ضوء التجربة العراقية.

The Problems Related to the Legal Description of the Oil
Service Contracts, A Comparative Legal Study in the Light of
the Iraqi Experience.

م.م. إنعام محمد رضا عبد العزيز المنذري
باحثة دكتوراه
كلية القانون - جامعة الفلوجة

أ.د. صدام فيصل كوكر المحمدي
أستاذ القانون الخاص
كلية القانون - جامعة الفلوجة

ملخص

مثّل تحديد الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النّفطية المبرمة في جولات التراخيص الإستثمارية في العراق، محور لجدال كبير حول طبيعة هذه العقود سواء من حيث التوصيف القانوني الذي ينسجم مع النظام القانوني الذي تخضع له، أو من حيث إنتمائها إلى عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، لأنّ تلك الطبيعة ستعني الوقوف على الإطار القانوني العام الذي يحكم هذه العقود، سواء كانت من عقود القانون العام أو من عقود القانون الخاص، كون هذه العقود مركبة ذات طبيعة خاصة، تحمل صفات أكثر من نظام قانوني قائم.

تأنيدي ضرورة الوقوف على الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النّفطية، سواء من حيث كونها من عقود القانون العام، من جهة، أو من حيث كونها من عقود القانون الخاص.

الكلمات المفتاحية: عقود الخدمة النّفطية، جولات التراخيص، التوصيف القانوني، الطبيعة القانونية.

Abstract

The determining the legal nature of the oil service contracts concluded in the investment licensing rounds in Iraq, represented as the focus of a great debate about the nature of these contracts, whether in terms of the legal description that is consistent with the legal system to which they are subject, whether in terms of their belonging to public law contracts or private law contracts, because That nature will mean standing on the general legal framework that governs these contracts, whether they are from public law contracts or from private law contract, in fact that these contracts have a complex and special nature bears the hallmarks of more than one existing legal system.

Which means the need to stand on the legal nature of oil service contracts, whether in terms of being a public law contract, on the one hand, or in terms of being a private law contract.

Keywords: Oil service contracts, licensing rounds, legal description, legal nature.

مُقَدِّمَةٌ

يقصد بالطبيعة القانونية لأي عقد، رده لنظام قانوني معين يحدد المركز القانوني للمتعاقدين، ويكشف عن الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وكيفية إدراجها تحت النظام القانوني الذي ينتمي إليه.⁽¹⁾

ومن أبرز الإشكاليات التي واجهت أهل الاختصاص القانوني في العراق، هي تحديد الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النَفْطِيَّة المبرمة في جولات التراخيص الإستثمارية، حيث يثور جدال كبير حول طبيعة هذه العقود سواء من حيث التوصيف القانوني الذي ينسجم مع النظام القانوني الذي تخضع له، من حيث إتمائها إلى عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنّ الوقوف على الإطار القانوني العام الذي يحكم هذه العقود لا يحل المشكلة أيضاً، إذ يجب أن نقف على إتماء هذا العقد إلى الفئات العقدية التي يحكمها القانون ذاته، وذلك لأنّ توصيفها بأنّها من عقود القانون العام يستوجب تركيز هذا التوصيف نحو فئة محدّدة من هذه العقود، سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الداخلي والوطني.

والسبب في نشوء هذه الإشكالية يرجع إلى تعدد الجهات التي ترتبط بالعملية التعاقدية، سواء بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر. وكذلك النص على

1. د. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 9.

تطبيق أحكام مقررة في إطار العقود المنظمة في القوانين الوطنية، سواء بالنسبة للقانون الخاص المطبق على العقود ضمن فئة القانون العام أو العقود ضمن فئة القانون الخاص، فعقد الخدمة النَّفْطِيَّة هو عقد غير مسمّى في إطار القانون العراقي، ومن ثمّ فإنّه يمكن أن يخضع للأحكام القانونية الخاصة بأقرب عقد مسمّى في القانون العراقي.

وعلى ذلك، فإنّ البحث في طبيعة هذه العقود بحسب التوصيف القانوني الخاص بها يمكن أن يوضح الإشكالية المرتبطة بهذه العقود من ناحية تحديد الطبيعة القانونية لها، وفق منهج تحليلي يستهدف التعمق في بنود العقد المبرم وبيان مدى فاعليّة نصوصه في عكس الطبيعة القانونية للعقد على الوجه الدقيق ضمن أسلوب بحثي مقارن.

وعلى ذلك فإنّنا سنقسم البحث في هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين، نبيّن في الأول منهما، الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النَّفْطِيَّة من حيث كونها من عقود القانون العام، أمّا المبحث الثاني، الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النَّفْطِيَّة من حيث كونها من عقود القانون الخاص.

وسنختم البحث بخاتمة نضمّنها أبرز النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث، وأهم المقترحات التي نرى في تبنيها فائدة علمية وعملية.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النَّفْطِيَّة من حيث كونها من عقود القانون العام

إنَّ تحديد الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النَّفْطِيَّة، من حيث كونها من عقود القانون العام، يمكن أن نبينه في إتجاهين متميزين، أولهما هو الاتجاه الذي يرى أنصاره إلى تدويل هذه العقود، أمَّا الإِتْجَاهُ الثَّانِي فيمكن إعتبارها في ظلّه من العُقُود الإداريّة التي تكون الحكومة طرفاً فيها. وعلى ذلك فإننا سنبين هذين الإتجاهين في مطلبين مستقلين، كالآتي:

المطلب الأول

إِتْجَاهُ تَدْوِيلِ عَقُودِ الْخِدْمَةِ النَّفْطِيَّةِ

في ظل هذا الإِتْجَاهِ، يمكن أن يبرز أمامنا رأيان في توصيف عقود الخدمة النَّفْطِيَّة بوصفها من عقود القانون العام، سواء بإعتبارها عقداً دولياً أو إعتبارها معاهدة دولية، ويمكن إستعراض مضمون هذين الرأيين مفصلاً وبيان مبررات كل منهما وانتقادات التي يمكن أن توجه لهما في فرعين مستقلين، كالآتي:

الفرع الأول

إعتبار عقود الخدمة النَّفْطِيَّة عقوداً دولية:

تعدّ عقود الخدمة النَّفْطِيَّة بحسب هذا الرأي، عقوداً دولية، وهو رأي تدعمه الشَّرِكَاتُ المُسْتَثْمِرَةُ فِي الْقَطَاعِ النَّفْطِيِّ، إذ أنه يخدم المصالح التي تكتسبها

من خلال هذه العقود، وتبعدها عن شبح الإنتهاك من قبل الدول المضيفة، وعلى وجه الخصوص الدول التي لها تاريخ سيء في مواجهة الإمتيازات النَّفْطِيَّة، مثل العراق، حيث أقدمت الدولة العراقية على تأميم حقول النَّفْط التي كانت للشركات النَّفْطِيَّة عليها إمتيازات إستثمارية لعقود طويلة، فمصالح تلك الشَّرِكات يصطدم بها التأميم⁽¹⁾، لذلك أدت ظاهرة تأميم النَّفْط من قبل عدد من الدول المُنتِجة للنفط إلى تبني الشَّرِكات الأجنبيَّة المُستثمرة للنفط، والدول التي تدعمها فكرة تدويل عقود النَّفْط، وبهذا التوصيف لا تخضع هذه العقود إلى سلطة الدولة التنظيمية والإدارية كطرف في العقد.⁽²⁾

ويندرج هذا الرأي لنفس محاولات الشَّرِكات الأجنبيَّة المُستثمرة للنفط والدول الداعمة لها لمحاولة إدراج عقود النَّفْط تحت العقود الدولية لنقل التزامات الدولة المضيفة التي تنشأ عن تلك العقود إلى الالتزامات الدولية، وبذلك تترتب المسؤولية الدولية على عاتق الدولة التي تعتمد حالة الإخلال بها. ووجه أنصار هذا الرأي، هو أن اتصال الصفة الأجنبيَّة بأحد العناصر القانونية للعقد يجعل له طابعاً دولياً، ومن ثمَّ يكون مؤهلاً لإكتساب الصفة الدولية، فيكون عقداً دولياً، فإذا كان واحداً أو أكثر من عناصر العقد وجوانبه الموضوعية أو الإجرائية أجنبيّاً، ومن ضمنها طريقة إبرامه، ومكان إبرامه، وسبب

1. د. إقبال ناجي سعيد، الطبيعة القانونية لعقود جولات التراخيص في ميدان الاستثمار النَّفْطِي وأثارها على الاقتصاد العراقي، مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد، العدد الأول، 2019، ص 488.

2. د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 193.

توقيعه، وجنسيات أطرافه، ومحل تنفيذه، واللغة التي كتب بها وغيرها، فيمكن أن تنسحب عليه الصفة الأجنبيّة.⁽¹⁾

ولكن هل يؤدي ذلك إلى اكتساب العقد الصفة الدّولية؟ وهل يؤدي وصف أحد عناصره بالصفة الأجنبيّة أنه عقد دولي؟ الأمر الذي يتطلب التطرق إلى فكرة تدويل العقد لأن اكتساب العقد الصفة الدّولية بمنحه العديد من الخصائص فلا بد من تحديد كون العقد دولياً من عدمه مسألة أولية حتى يستطيع الأطراف إزاءها اكتساب الخصائص والمميزات المكفولة لكون عقدهم دولياً والتي من أبرزها على الإطلاق اختيارهم لقانون العقد وبالتالي فإن العقد عندما يكتسب الصفة الدّولية لا بد أن يكون هذا الوصف متفقاً مع الخصائص الذاتية للرابطة العقدية، فإذا ما قامت الدّولة بإبرام عقد نفطي مع شركة أجنبية خاصة فهنا يثار التساؤل عن مدى اتصاف هذا العقد بصفة الطابع الدّولي وما هو المعيار الذي يتعين الاعتداد به لأسباب الصفة الدّولية عليه؟

إن الإجابة على هذا التساؤل ستساعد في تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذه العقود إلا أن ذلك ليس بالأمر السهل إذ يمكن القول إن من المسائل التي كثر فيها الجدل واختلفت فيها وجهات النظر هو وضع معيار للعقد الدّولي أو تحديد الشروط التي يجب توافرها في العقد حتى يمكن وصفه بالصفة الدّولية، ومن الناحية القانونية يعدّ العقد دولياً، إذا ما اتصلت عناصره القانونية بأكثر من

¹. فاطمة عبد الرحيم علي، النظام القانوني لعقود التراخيص النّظية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة بابل، 2012، ص25.

نظام قانوني واحد، وهذه العناصر هي جنسية الأطراف لا محل إقامتهم، مكان إبرام العقد، مكان تنفيذه، لغة العقد، والعملة التي تستخدم في الوفاء.⁽¹⁾

وعلى الرغم من القول بكون عقد الخدمة التفصيلي من العقود الدولية، إلا أنه يوجد إختلاف في الفقه الدولي حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية، وأثر كل منها في اتصاف العقد بالصفة الدولية، حيث يرى بعض الفقه أنه يكفي لاعتبار العقد دولياً، أن يتعلّق العنصر الأجنبي بواحد من الأطراف، كأن يكونوا منتمين إلى جنسيات مختلفة، أو عنصر الموضوع كأن يكون مكان التنفيذ مختلف عن دولة أحد الأطراف، ومن ثمّ فإنّه إذا تداخلت الصفة الأجنبية وظهرت على أي عنصر من العناصر الذاتية المكونة منها العملية التعاقدية، أصبحت تلك العملية التعاقدية عقداً دولياً، دونما النظر إلى قيمة العنصر الذي اُسم بالصفة الأجنبية، ومن ذلك العنصر في العملية التعاقدية برمتها.⁽²⁾

ووفقاً لهذا المعيار يعتبر العقد دولياً إذا كانت جنسية أحد أطرافه أجنبية، حتى لو كان العقد بجميع عناصره الأخرى ينتمي إلى نظام قانوني واحد، بما في ذلك مكان إقامة وتوطن الطرف صاحب الجنسية الأجنبية،⁽³⁾ فلا مجال

¹. د. عبد الفتاح بيومي مجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص128.

². د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون الدولي الخاص الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 184.

³. د. محمد أحمد حسن الشرييني، النظام القانوني للعقد الدولي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، بدون ذكر سنة النشر، ص 139.

للتفرقة بين عنصر وآخر، أو القول بأن بعض العناصر أكثر قدرة على إسباغ الصفة الدولية على العقد المدني في مقابلة عناصر أخرى أقل قدرة على ذلك، ولكن هذا المعيار منتقد، كونه يتصف بالجمود.⁽¹⁾

لأنّ القول بأنّ إنسام أي عنصر من عناصر الرابطة العقدية بالصفة الأجنبية، يؤدي إلى التقرير بأنّ العقد يكون دولياً، ما دام قد احتوى على عنصر أجنبي، بغض النظر عن أهمية ذلك العنصر أو الرابطة العقدية، وهذا أمر غير مقبول.⁽²⁾

ونتيجة لهذا فقد طرح بعض الفقه معيار قانوني آخر، يتلاءم وحقيقة العقد الدولي، ألا وهو المعيار القانوني الحديث أو المرن، وبموجبه تجري التفرقة بخصوص العناصر القانونية للعقد التي تنطبق إليها الصفة الأجنبية، ما بين العناصر الفاعلة والمؤثرة في العلاقة التعاقدية والعناصر غير الفاعلة بها، فيرون وجوب النظر إلى العناصر المختلفة للعقد المعني، لمعرفة العناصر الحاملة فيه والعناصر الفاعلة، إذ يتم الاعتماد على الأخيرة في تحديد دولية العقد من عدمه.⁽³⁾

¹. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2001، ص74، د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 42.

². د. محمود أحمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص44.

³. د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007، ص100.

وعلى ذلك لا يمكن اعتبار مجرد توافر العنصر الدولي كافياً لإضفاء الطابع الدولي على العقد، وإنما يتعين أن تكون الصفة الأجنبيَّة قد تعلَّقت بعنصر فاعل من عناصر العقد.⁽¹⁾

ووفقاً لهذا المعيار فإنَّ الصفة الأجنبيَّة للعقد، يجب أن تكون فاعلة ومؤثرة بجذب العلاقة القانونية لتتصل بنظام قانوني آخر، لكي تكون العبرة بفاعليَّة وقيمة هذا العنصر، ومن ثَمَّ تأثيره على العملية التعاقدية ككل، وتأثير هذا العنصر الأجنبي بطبيعة العقد النَّفْطِي يمكن أن يكون كبيراً، فيؤثر في توصيف العقد كعقد دولي، وقد يكون معدوماً أو محايداً، ومن ثَمَّ لا يؤثر في توصيف العقد من هذه الناحية.

وهذا المعيار هو بالضبط ما تريد تبنيه العديد من المؤسسات الدولية، والتي تتعامل مع العقود الدولية مثل غرفة التجارة الدولية في باريس، إذ إنها تشترط إبتداءً للاعتراف والتقرير بدولية العقد، أن يكون العنصر الذي اعتمدت عليه الصفة الدولية للعقد قد اتم بالصفة الايجابية، فيكون مؤثراً وفعالاً في نطاق العملية العقدية، على الرغم من أنها تعتنق مدلول واسع لمفهوم العقود الدولية، إلا أن ذلك يعتبر من المآخذ التي شابت هذا المعيار. كونه ربط هذا المدلول بأن يكون العنصر الذي اكتسب الصفة الأجنبيَّة، له تأثير في داخل نطاق العقد، فلا يعتمد مفهوم الدولية لديها على اختلاف جنسية الأطراف مثلاً، بقدر اعتماده على طبيعة التعاقد ومكان التنفيذ.

1. د. محمد أحمد ياقوت، المرجع السابق، ص 61.

فضلاً عن أنّ ظاهر هذا المعيار يخاز بصورة واضحة للشركات الأجنبية الإستثمارية، فهي التي تمتلك الخبرة والكفاءة والإمكانيات التعاقدية والمالية الإقتصادية والتكنولوجيا المتقدّمة، والتي تكون كلها مركزة عندها، ومن ثمّ كلها تكتسب الصفة الأجنبية، والتي تلحق بها الصفة الدّولية، فيكون العقد الذي تدخل فيه هذا الشّركات، عقداً دولياً لا محالة، لا سيما الشّركات التي تحتاجها الدّولة المُضَيِّفَة بقوة للإستثمار فيها، وإستغلال الثروة النّفْطِيَّة التي تملكها، في حين أنّ رأس المال والخبرة التقنية التي هي محل إعتبار كبير في التعاقدات النّفْطِيَّة، هو المؤثرة وفي توصيف عقد الخدمة النّفْطِي ليكون عقداً دولياً.

ونتيجة لمرونة الاتجاه القانوني السابق الذكر، فقد طرح معيار آخر ذا طبيعة إقتصادية، حيث يرى أنصاره بأنّ العقد يعتبر دولياً، إذا تضمّن انتقالاً للأموال والسلع والخدمات من دولة إلى أخرى، أو إذا تعلق بمصالح التجارة الدّولية، فهو في هذه الحالة قد أنطوى على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة.⁽¹⁾

ولكنّ هذا المعيار الاقتصادي لا ينجو من النقد كسابقه أيضاً، بسبب أنّه جاء غامضاً وغير محدد المعالم، فبموجبه يعدّ العقد دولياً بمجرد ان يتصل بطريقة أو بأخرى بالتجارة الدّولية، وهو بالمقارنة فضفاض جداً، على خلاف

1. يتخذ المعيار الاقتصادي صورتان، الأولى (معيار المد والجزر) التي تتطلب ان يكون الانتقال متبادلاً، والثانية (معيار المصالح التجارة الدولية) والتي تكفي بأن يكون الانتقال باتجاه واحد، لمزيد من التفصيل ينظر، سعدية عزيز دافار، الحق في تعديل عقود التراخيص النّفْطِيَّة في العراق، أطروحة دكتوراه- كلية الحقوق - جامعة النهرين 2017، ص 122-124.

المعيار القانوني الذي جاء أقل مرونة وأكثر وضوحاً، ورغم ذلك كان متقدماً أيضاً. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإنّ المعيار الاقتصادي في تحديد العقد الدولي، على النحو الذي بيناه، لن يكون مؤشراً منضبطاً لدولية العقد، ومن ثمّ لن يحمل تحديداً قابلاً للإعمال للعقد الدولي يمكن تطبيقه في الواقع العملي، وذلك خلافاً لما رأيناه في المعيار القانوني، والذي في حقيقته لا يتعارض مع المعيار الاقتصادي على النحو المتقدم ذكره، فالعقد الذي يترتب عليه انتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى، هو ذاته الذي يخضعها لأكثر من قانون، وهما ذات الأمر الذي يؤدي إلى تحقق المعيار القانوني، ومن دون تعارض، وبذلك يمكن القول بأنّ المعيار القانوني لدولية العقد، يمكن أن يكون أوسع من المعيار الاقتصادي، فالأخير معيار لا يؤدي إلى إضفاء الصفة الدولية على الرابطة العقدية في مجال المعاملات المالية، حتى إذا كان العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية، بينما بموجب المعيار القانوني يكون العقد دولياً.⁽¹⁾

ومن هذا المنطلق، يمكن القول بإمكانية الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، لإضفاء الصفة الدولية على عقود الخدمة النفطية، فلا يكفي لتقرير دولية العقد، التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، بحسب المعيار القانوني، بل لا بد من تعلق الأمر بمصالح مرتبطة بمعاملات التجارة

1. د. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 82.

الدولية، على وفق ما جاء به المعيار الاقتصادي، وهذا تقريباً هو ما اتجه نحوه القضاء الفرنسي الحديث لتقرير دولية العقد من عدمه.⁽¹⁾

ويترتب على الأخذ بهذا المعيار المختلط، التضييق من معيار دولية العقد، إذ لا يؤدي مجرد تضمينها لعنصر أجنبي، إلى إعمال قواعد القانون الدولي، لا بل يتعين لهذا الإعمال أيضاً، أن تبتغي العملية العقدية إلى انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود.⁽²⁾

ولكنّ هذا الرأي أيضاً لا يخلو من النقد، إذ يمكن القول بأنّ الجمع بين هذين المعيارين، سيؤدي إلى ذات النتيجة التي كان بالإمكان إدراكها، فيما لو اكتفى القضاء الفرنسي بالمعيار القانوني المضيق بالإعتراف بدولية العقد، إذ لا يعتد في إضفاء الصفة الدولية على العقد، إلا بالعناصر الفعّالة والمؤثرة من دون العناصر المحايدة. في الوقت الذي يؤدي الأخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب

1. أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في (٤ / ٧ / ١٩٧٢) على دولية العقد المبرم في هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية، فقد استندت في تأكيد دولية العقد إلى المعيار القانوني الذي يفيد اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد وهو اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي والفرنسي ولم تكتف المحكمة بذلك وإنما أشارت في حكمها إلى ما هذه الرابطة من تشجيع لصادرات الشركة الهولندية في فرنسا وهو ما سيفضي إلى انتقال الأموال كبر الحدود ويمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولي ، وهكذا فقد استندت المحكمة في تقرير دولية عقد إلى كل من المعيار القانوني والاقتصادي، لمزيد من التفاصيل ينظر. د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ١١١-١١٨ ١٢٠.

2. د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 83.

المعيار القانوني إلى عدم الاعتراف بالعنصر الأجنبي الذي تتضمنه الرابطة العقدية، إذا كان هذا العنصر مؤثراً، وهو ما يكون واقعاً في مجال المعاملات الدولية، إذ يعني ذلك انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، على النحو الذي تتجاوز فيه هذه العقود إطار الاقتصاد الداخلي القانون الوطني، إلى الاقتصاد الخارجي والقانون الدولي.⁽¹⁾

الفرع الثاني

اعتبار عقود الخدمة النَّفْطِيَّة معاهدات دولية:

بموجب وجهة النظر هذه، تعدّ عقود الخدمة النَّفْطِيَّة، معاهدات دولية، وذلك لكون العقود هذه تبرم بين الدولة المضيفة، والشركة الأجنبية المستثمرة، لذا فهذه العقود تندرج في عداد الاتفاقات الدولية التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الدولي العام، ومن ثمّ تضافى الصفة الدولية على هذه العقود، بعدها إتفاقية دولية، الأمر الذي يجعل الالتزامات الناشئة عنها خاضعة للقانون الدولي العام.⁽²⁾

وقد جرى القول بهذا الرأي، بعد أن عجز أنصار الرأي القائل بدولية عقود الخدمة النَّفْطِيَّة من إسناد رأيهم بحجج قوية تنتشله من الانتقادات التي وجهت له، فقبل بأن هذه العقود تكون معاهدات دولية، ومن ثم تترتب المسؤولية الدولية عند الإخلال بها من قبل الأطراف المتعاقدة، أسوة بما هو

¹. د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 116.

². فاطمة عبد الرحيم علي، المرجع السابق، ص 25.

عليه الأمر في المعاهدات الدولية، وهذا الرأي يكرّس في حقيقة الأمر المخاوف التي تواجهها الشَّرِكات النَّفْطِيَّة الأَجْنَبِيَّة التي كانت ذراع الاستعمار الأجنبي للتحكم بمقدّرات الدَّول مالكة الثروة النَّفْطِيَّة، وكان هذا التوصيف محاولة لتفادي الآثار الوخيمة الناتجة عن محاولات هذه الدَّول في تأمين ثروتها النَّفْطِيَّة، يتعارض مع مصالح الشَّرِكات النَّفْطِيَّة الأَجْنَبِيَّة، والتي هي مدعومة أصلاً من دولها ذات التاريخ الإستعماري الكبير، لذلك استعانت هذه الشَّرِكات ببعض الأفكار القانونية من أجل الدفاع عن مصالحها، وذلك بإبعاد هذه العقود عن الخضوع للقانون الداخلي وإضفاء طابع المعاهدة الدولية عليها.⁽¹⁾

ويحتج مناصروا هذا الرأي، بالفتوى الاستشارية الصادرة عن محكمة العدل الدولية في عام 1949، والتي جاء فيها: "ان الأشخاص القانونية في أي نظام قانوني ليسوا بالضرورة متماثلين فيما يتعلق بطبيعتهم، وفيما يتعلق بالحقوق التي يتمتعون بها، ثم طبيعتهم تُتوقف على حاجات الجماعة"⁽²⁾، وعليه فإنَّ مناصروا هذا الرأي استندوا لهذه الفتوى في القول، بأنَّ هناك حالات استثنائية من

¹. عبد الرحيم محمد سعيد، النظام القانوني لعقود البترول، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر، ص 189.

². جلال فاضل العوادي، مدخل إلى القانون الدولي العام، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <https://books.google.com/> تاريخ الزيارة 2021/12/30.

الممكن ان يتمتع الأشخاص الطبيعيون والمؤسسات الأجنبية بالشخصية القانونية الدولية.⁽¹⁾

وفي حقيقة الأمر، فإننا لا نرى وجاهة للأخذ بهذا الرأي، إذ لا يمكن الاستناد عليه لتوصيف دولية عقود الخدمة النَّفْطِيَّة، كون المعاهدات الدولية هي اتفاقات تبرم بين أشخاص القانون الدولي العام من الدول والمنظمات الدولية، ولا يتمتع بالشخصية الدولية في حقيقة الأمر سوى هذين الكيانين، إذ أن القول بإمكانية تمتع الشركات أو الأفراد بالشخصية الدولية، لا يستقيم وقواعد القانون الدولي العام، كون الأفراد والشركات كذلك لا تستطيع الإلتزام بالإلتزامات التي تلتزم بها الدول أو المنظمات الدولية، ومن ثم لا يمكن أن يتحمل الأفراد والشركات المسؤولية الدولية على النحو الذي تتحمله الدولة في إطار قواعد القانون الدولي، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإنه حتى الإستناد إلى فتوى محكمة العدل الدولية لا يكون مبرراً يسند هذا الرأي، لأنه لا يوجد في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية ما يفيد جواز تمتع الأشخاص الطبيعية الأجنبية الخاصة بالشخصية القانونية الدولية، لذا لا يمكن الاستناد عليه في إخضاع عقود الخدمة النَّفْطِيَّة إلى أحكام القانون الدولي العام، ولذلك فقد انتقد هذا الرأي لأن الشركات الأجنبية لا تعد من أشخاص القانون الدولي العام، حتى يتم وصف العقود المبرمة

¹. د. مصطفى سلامة حسين، المنظمات الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، 1989، ص15.

معها باعتبارها معاهدة دولية، لأن مفهوم المعاهدات الدولية لا ينصرف إلا للاتفاقيات المبرمة بين أشخاص القانون الدولي.⁽¹⁾

ومن ثم فإنه لا يمكن وصف عقود الخدمة النقطة، بأنها معاهدات دولية، لأن الشركة الأجنبية المستثمرة أحد أطراف عقد النقطة ليست شخصاً من أشخاص القانون الدولي، فهي بالتالي غير خاضعة للقانون الدولي، وأن موضوعاتها تدخل ضمن الاختصاص الداخلي للدولة المتعاقدة مع الشركات النقطة.⁽²⁾

فضلا عن ذلك، فإن موقف التحكيم الدولي يتعارض مع هذا التوجه، حيث رفضت لجان التحكيم الدولية وفي مناسبات عدة إعطاء صفة المعاهدة الدولية لعقود الإستثمارات النقطة، والتي تعقد بين الدول المضيفة والشركات الأجنبية في كثير من الأحكام، وكان أبرزها:

¹. د. حسين الجليبي، أصول القانون الدولي العام ج1، مطبعة شفق، بغداد، 1964، ص 54، (العقد الدولي يعقد بين دولتين أو أكثر ويخضع للقانون الدولي...)، وكلك قانون المعاهدات العراقي رقم (35) لسنة 2015، صدر في جريدة الوقائع العراقية، رقم العدد (4383) في تاريخ 2015/10/12 في المادة الأولى على أنه: "أولا- المعاهدة -توافق إرادات مثبت بصورة تحريرية أيا كانت تسمية بين جمهورية العراق أو حكومتها أو منظمة دولية أو أي شخص من أشخاص القانون الدولي..) والمادة الثانية من القانون على أنه: " تسري إحكام هذا القانون على المعاهدات الدولية التي تعقد باسم جمهورية العراق أو حكومتها مع دولة أخرى أو حكومتها أو منظمة دولية أو أي شخص قانوني دولي آخر تعترف به جمهورية العراق).

². د. عصام العطية، مبادئ القانون الدولي العام، ط7، بغداد، 2008، ص 105-106.

- قضية التحكيم المعروفة بقضية (تكساسو Texaco)، والتي إقامتها شركة نفط (تكساسو عبر البحار) ضد الحكومة الليبية في سنة 1977، حيث جاء في الحكم على أنّه: " من غير المشكوك فيه إن عقود الامتياز محل النزاع عقود دولية سواء من الناحية الاقتصادية لأنها تمس مصالح التجارة الدولية، أم من الناحية القانونية المحضة لأنها تتضمن عناصر ارتباط بدول مختلفة، وهذا يعني عدم عدها معاهدة دولية".⁽¹⁾

- قضية التحكيم المعروفة بقضية (اوناسيس Onassis)، وهي قضية تحكيمية بين شركة ارامكو والمملكة العربية السعودية لعام 1958، فقد صدر حكم المحكم بأنّ الاتفاق موضوع النزاع المبرم بين الطرفين لم يكن دولياً، لأنّه ليس مبرم بين دولتين، وإتّما بين دولة وشركة خاصة، ومن ثمّ لا يخضع للقانون الدولي العام.⁽²⁾

وعليه، نستخلص ممّا تقدّم، بأنّ عقود الخدمة النّفطية، لا يمكن أن تعد معاهدات دولية، وهذا ما تؤكّده بنود عقد الرميّة النّفطي نفسه، فعند الرجوع إلى عقد حقل الرميّة نجد أنه قد جاء في ديباجته، بأنّه عقد خدمة فني مبرم بين طرفيه وقد حدد نطاقه ومدته والالتزامات الخاصة بطرفيه، وغيرها من التفاصيل التي يستوجبها تحديد عقد نفطي وليست معاهدة دولية.

¹. للهمزيد ينظر: د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 372.

². عبد الرحيم محمد سعيد، النظام القانوني لعقود البترول، المرجع السابق، ص 191.

المطلب الثاني اتجاه إعتبار عقود الخدمة التفطية عقوداً حكومية

في ظل فكرة خضوع عقود الخدمة التفطية لأحكام القانون العام، يمكن أن يقال بأن هذه العقود من عقود القانون العام الداخلي، حيث يبرر أنصار هذا الاتجاه، بالقول بكونها تخضع لأحكام العقود الحكومية، كونها من العقود الحكومية، والسند الذي يبرر هذا الاتجاه، هو أن هذه العقود هي عقود إدارية وتخضع لأحكام العقد الإداري، إذ أن الشخص المعنوي العام الذي يمثل الدولة في هذا العقد، يعد من أشخاص القانون العام ولما كان هو طرفاً في العقد، فإنه يكون له الكثير من الإمتيازات والصلاحيات التي يقرها القانون للإدارة، من قبيل القدرة على تعديل العقد أو إنهائه من جانب واحد، ما دام أن المصلحة العامة تتطلب ذلك.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى نظرية العقد الإداري، نجد أن العقد الإداري يعرف بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأحكام القانون العام، ويتضمن هذا العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص".⁽²⁾

1. د. محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1961، ص116.

2. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص31.

صحيح أنّ المتأمل في ظاهر هذه العقود، يجد شَبهاً كثيراً بينها وبين العقود الإدارية، وخصوصاً بعض جوانب الأحكام الخاصة بالعقود الحكومية، سواء من حيث كون الحكومة طرفاً فيها، وأنها تستخدم الطريقة التي أشارت إليها التعليمات النافذة الخاصة بالتعاقدات الحكومية، في الإعلان عنها أو أسلوب الدعوة والمناقصة والإحالة وحتى بعض جوانب التنفيذ، إلا أنّ ذلك لا ينفي اختلافها عن العقود الإدارية بصفة بيّنة، حيث خرجت في الكثير من أحكامها عن مضمون هذه التعليمات في كثير من جوانبها، ولذلك فإنه لا يعني استعمال بعض الأحكام المقررة في تعليمات العقود الحكومية، أن توصيف هذه العقود سيتحدد بكونها عقوداً حكومية، كون هذه التعليمات تعطي للإدارة اليد العليا في العملية التعاقدية، وهو أمر لا يستقيم مع توجهات الشركات الإستثمارية التي ترغب بالبقاء بعيداً عن سطوة الإدارة وإمтиاراتها.

ويحتج بعض أنصار هذا الرأي، بموقف القضاء الإداري الفرنسي، وذلك على أساس أنّ الشروط الذي حددها مجلس الدولة الفرنسي لتمييز العقد الإداري من العقود العادية⁽¹⁾، وذلك في محاولة لإيجاد مقاربة بين العقود الإدارية وعقود الخدمة النَّفْطِيَّة، وبما أنّ هذه الشروط والمعايير متحققة في عقود

¹. حدد قضاء مجلس الدولة الفرنسي ثلاثة أسس لتمييز العقود الإدارية عن العقود العادية وهي: 1- أن تكون الإدارة أو شخص من أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، 2- أن يكون العقد متصلاً بنشاط مرفق عام، 3- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو استخدام الوسائل القانونية المعروفة في القانون العام. للزيد ينظر: د. زهدي يكن، القانون الإداري، ج2، بيروت المكتبة العصرية، بدون سنة نشر، ص 479.

النقطة، كون الأخيرة يكون أحد أطرافها شخصاً من أشخاص القانون العام، ويتعلق العقد بتسيير مرفق ذا نفع عام، ويتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص،⁽¹⁾ ومن ثمَّ فإنَّ شروط ومواصفات العقد الإداري قد تحققت في عقود الخدمة النقطة.⁽²⁾

وهنا قد يثار تساؤل مهم مفاده، هل أن كل العقود التي تبرمها الدولة هل تعتبر عقوداً إدارية؟

والإجابة على هذا السؤال ستكون حاسمة في موضوع توصيف عقد الخدمة النقطة، حيث يرى بعض الفقه انه ليس كل العقود التي تبرمها الدولة تعد عقوداً إدارية، لكون هناك نوعين من العقود التي تبرمها الإدارة، منها ما يكون خاضعاً للقانون الخاص، بوصفها تتعامل مع الطرف الأخر كشخص من أشخاص القانون الخاص، ولا تتعامل على أساس كونها من أشخاص القانون العام، فلا تكون هذه العقود عقوداً إدارية.

أمَّا العقود التي تبرمها الإدارة، وتظهر فيها الإدارة كشخص من أشخاص القانون العام، ويكون الهدف من هذه العقود تسيير مرفق عام، وتتضمن شروط استثنائية، فإنَّ هذه العقود سينطبق عليها وصف العقود الإدارية.⁽³⁾

1. د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 258.

2. د. عبد الفتاح بيومي مجازي، المرجع السابق، ص 97.

3. للاطلاع على المزيد عن هذا الموضوع ينظر: علي عبد موسى عبد الحر، النظام القانوني لعقود التقيب عن النقطة، دراسة مقارنة، ط 1، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021، ص 39.

وهذا التوجّه، نجد منظمة الأوبك قد تبنته ودافعت عنه، وذلك بحجة أن أحد أطراف العقد (الدولة) هي سلطة عامة، والتي تعمل نيابة عن الشعب، لاستغلال إحدى الثروات الطبيعية ذات الأهمية الحيوية للدولة، وقد تجسّد هذا المفهوم في عدد من المناسبات الخاصة بمنازعات نشبت بسبب عقود نفطية، منها:

ودعوى التحكيم بين شركة (Sapphire الكندية) ضد (الشركة الوطنية الإيرانية صدر القرار في 15 مارس 1963، حيث أكد المحكم (القاضيCavin) ضمناً بالطبيعة الإدارية للعقد النفطي، وبإقراره بأن العقد يتضمن عناصر تنتمي للقانون الإداري، الذي سبق إبرامه بين الشركة الكندية وشركة النفط الوطنية الإيرانية حيث تم تأكيد الصفة العامة للشركة المتعاقدة باسم الدولة ولحسابها وهذا يعني أن الدولة طرف أصيل في العقد، وأن البند (45) من العقد المبرم بين الطرفين نص على أنه " لا تطبق نصوص القانون البترولي الإيراني الصادر سنة 1957 على هذا العقد، وكذلك كافة القوانين واللوائح التي لا تتفق كلياً أو جزئياً ونصوص هذا الاتفاق" لذا فقد استبعد المحكم Cavin القانون الإيراني من التطبيق، وقام بتطبيق القواعد القانونية المبينة في المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وتطبيق القواعد باعتبار أن العقد خاضعاً في بعض جوانبه للقانون العام.⁽¹⁾

¹. نتلخص وقائع الدعوى بأنه بتاريخ 26/حزيران/1958 أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية للبترول عقداً للبحث عن البترول واستغلاله مع الشركة الكندية Sapphire، وصدقت حكومة الشاه على العقد بتاريخ 23/تموز/1958، وفقاً لأحكام وقواعد القانون الإيراني للبترول الصادر في 31/تموز/1957، وقد تمازلت الشركة الكندية في شهر آب 1958 عن حقوقها والتزاماتها تجاه الحكومة الإيرانية إلى

إلا أن هذا التوجه ما لبث أن تمّ التخلي عنه على مستوى قضاء التحكيم الدولي، وقد تجسّد ذلك في مناسبتين مهمتين، حيث صدر قرارين تحكيمين حملاً عكس مضمون هذا التوجه، حيث تم رفض الاعتراف بالطبيعة الإدارية للعقد النّفطي، وهاتين القضيتين هما:

1- قضية تحكيم شركة آرامكو الأمريكية مقابل الحكومة السعودية صدر القرار بتاريخ 23/اب/1958، حيث رفضت هيئة التحكيم وجهة نظر الحكومة السعودية بتطبيق نظرية العقد الإداري، لأن الهيئة التحكيمية رأت ان التكييف يخضع لقانون محل وجود المال، وأن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في فرنسا.

شركة سائير الدولية للبترول وهي الشركة لإلام التي تتبعها الشركة المتنازلة، وقد استندت الشركة إلى نص البند رقم (36) من العقد المبرم بينهما والذي منح الشركة الكندية حق التنازل عن كل أو بعض من حقوقها أو التزاماتها إلى أي شركة تخضع هي لرقابتها، وفي 24/كانون الثاني/1961 فسخت الشركة الوطنية الإيرانية العقد المبرم لعدم قدرة شركة سائير الوفاء بكافة التزاماتها الواردة بالعقد، وهو ما دفع الشركة الكندية طلب اللجوء للتحكيم الدولي وفقاً لنص البند (41) من العقد المبرم بين الطرفين، وعينت محكمها بينما رفضت الحكومة الإيرانية من تعيين محكم لها، ونظراً لتعنّت الجانب الإيراني، قامت الحكومة الكندية بتاريخ 10/كانون الثاني/1961 بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة الفيدرالية السويسرية لتعين محكم وحيد لنظر النزاع استناداً إلى نص البند (41) من العقد وقد استجاب رئيس المحكمة لطلب الشركة بتاريخ 21/كانون الثاني/1961 قام بتعيين القاضي الفيدرالي Cavin، لحسم النزاع الناشئ عن العقد، الذي ذهب إلى أن العقد المبرم بين الطرفين قد تضمن شروطاً تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون وأكد أن كافة العقود البترولية لها نفس الطابع ونفس الموضوع من خلال التماثل بين غالبية عقود البترول. للمزيد ينظر، د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 463.

2- رفض المحكم (Dupuy) في القرار التحكيمي لقضية (Texaco) الصادر في 10/ كانون الثاني/ 1977، تكييف العقود المبرمة بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين (Asiatic oil company et rexaco over as) والمعنيتين بالإستثمار الأجنبي على أراضيها بأنها عقوداً إدارية، وذلك لعدم توفر الشروط الثلاثة التي يجب توافرها في العقود الإدارية، فالامتياز ليس استغلالاً لمرفق عام، والدولة الليبية لم تتعاقد مع الشركات بوصفها شخصاً من أشخاص القانون العام، بل دخلت معهم في علاقة تعاقدية، وهي على قدم المساواة معهما، ولم يتضمن الامتياز شروطاً غير مألوفة، وكذلك لم ير المحكم بأن النظرية الفرنسية للعقود الإدارية تشكل جزءاً من المبادئ العامة للقانون الليبي.⁽¹⁾

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النَّفْطِيَّة من حيث كونها من عقود القانون الخاص

ينظم المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل عدد من العقود، تحت مسمى العقود المسماة، ويخضع باقي العقود إلى القواعد العامة المقررة في النظرية العامة للعقد، ويعترف بها ما دامت قد استوفت

¹. د. حفيفة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبيَّة، دار المطبوعات الجامعية، عمان-الأردن، 2014، ص 468-472.

الشروط والأركان التي تطلبها القانون، فتكون تحت مسمى العقود غير المسماة. (1)

وعقد الخدمة النقطي من منظور القانون المدني، اختلف الفقه في بيان طبيعته، فمن الفقه من يعتبره عقداً مسمى، ومن ثم يخضعه لأحكام العقود المسماة، بحسب التوصيف القانوني الذي يضيفه على العقد، بينما نجد من الفقه من يذهب إلى عدّه من فئة من العقود غير المسماة التي تخضع للأحكام العامة المقررة في القانون العراقي، ولما كانت هذه الفئة من العقود بخلاف العقود المسماة، لم يخصها المشرع العراقي بإسم معين ولا أحكام معينة، فيكون خضوع العقود غير المسماة ومنها عقد الخدمة النقطي بشكل عام للقواعد العامة التي تحكم سائر العقود.

1. يقصد بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية وقد خصها القانون باسم معين، بنصوص تنظم أحكامها بالذات لعقد البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاوله والوكالة وغيرها، وقد نظمها المشرع العراقي كغيره من المشرعين تنظيمًا مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي، إما العقود غير المسماة فهي التي لم يخصها المشرع باسم معين لقلّة شيوعها بين الناس في معاملاتهم، وهي تخضع للقواعد العامة التي وضعت لسائر العقود لأن المشرع لم ير ضرورة لتفصيل أحكامها ومن أمثلتها عقد الحضانة وعقد النشر والعقد بين مدير المسرح والممثلين وغيره، والرأي السائد ان العقود غير المسماة لا حصر لها، لأن الإرادة حرة تستطيع إنشاء ما تريد من العقود في حدود النظام العام والآداب، للمزيد ينظر: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الإيجار - المقاوله)، المكتبة القانونية، بغداد، دون ذكر سنة النشر، ص 10.

وعلى ذلك فإنَّ أيَّ توجُّهٍ يفضي إلى القول بأنَّ عقود الخِدْمَة النَّفْطِيَّة من عقود القانون الخاص، يقتضي منَّا الوقوف على كافة الاحتمالات التي يمكن أن ترتبط بتحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد.

وعلى ذلك لا بد لنا من الوقوف على طبيعة عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة بحسب الاتجاهات المتقدِّمة، وذلك ببيان تكييف العقد على أنه عقد مسمَّى، في مطلب أول، ومن ثمَّ نبيِّن الطبيعة القانونية لعقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة على أنه عقد غير مسمَّى، وذلك في مطلبين، كالآتي:

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة وفق أحكام العقود المسماة

يقترَّب عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة في بعض خصائصه الذاتية من بعض العُقود المسماة، كعقد الإيجار وعقد المقاولة، لمعرفة إمكانية إضافة صفة العقد المسمَّى على عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة، فإنَّه ينبغي علينا أن نبيِّن هل يعدُّ عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة عقد إيجار أو عقد مقاولة، بإعتبار هذه العُقود المسماة تقترب في بعض خصائصها من عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة، وذلك في فرعين وكالآتي:

الفرع الأول

عقود الخِدْمَة النَّفْطِيَّة عقود إيجار:

يعدُّ عقد الإيجار من العُقود المسماة التي تكتسب أهمية في الواقع العملي والنظام القانوني، حيث يعدُّ من أكثر العُقود بعد عقد البيع أهمية في الواقع

العملي، إذ لا يكاد يستغني عن مباشرته شخص من الأشخاص بطريقة أو بأخرى في الحياة اليومية، كونه يتيح للملاك من استغلال أملاكهم، ويتيح بالوقت نفسه لغير الملاك وسيلة الانتفاع بما لا يملكون.⁽¹⁾

وقد عرّف المشرّع العراقي عقد الإيجار في المادة (722) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ المعدّل، على أنه: "تمليك منفعة معلومة، بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور".⁽²⁾

وبموجب وجهة النظر هذه، فإنّه يمكن عدّ عقد الخدمة النّفطيّ عقد إيجار، بسبب وجود العديد من أوجه الشبه بين العقدين، فعقد الإيجار في الأصل من العقود الرضائية، كونه يتم بمجرد اتفاق الطرفين، ولا يحتاج إلى إجراء شكلي لإنعقاده، ولكنّ بعض الأحكام المتعلقة به تستوجب ان يكون العقد مكتوباً لغرض الإثبات، وخاصة في أحوال إيجار العقار الخاضع لأحكام قانون إيجار العقار النافذ، ونجد هذه الصفة كذلك في عقد الخدمة النّفطيّ، حيث أنه عقد رضائي من حيث الأصل، وإن كان مكتوباً فالكتابة هي للإثبات أيضاً وليس للإنعقاد، ولكنّ الإجراءات التي يطلب إستيفائها لإنعقاد عقد الخدمة النّفطيّ تجعل منه يقترب من العقود الشكلية، حيث يتم انعقاد عقد الخدمة

1. د. جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 194.

2. تنوع قواعد وأحكام عقد الإيجار بين القانون المدني رقم (40) لسنة 1951، وبين قانون إيجار العقارات رقم (78) لسنة 1986 الذي تم تعديله بالقانون رقم (65) لسنة 2000.

النَّفْطِي بعد استيفاء كافة الإجراءات التي تسبق إبرام العقد، مروراً بالضوابط الواجب إتباعها لاختيار المتعاقد مع الإدارة، وكذلك إجراءات تقييم العروض والإرساء على احد المتعاقدين للتعاقد، ومن ثم مرحلة التوقيع على العقد النهائي، تمهيداً لدخوله حيز النفاذ، وكل هذه الإجراءات التي يتعين السير فيها لإتمام العملية التعاقدية، تستوجب توثيق العقد الذي يتمّ التفاوض بشأنه وتسجيل الموافقات وثبيت التوقيعات على نسخة العقد النهائي، وهو بذلك يختلف عن عقد الإيجار العادي، لأنّ النظام القانوني الذي يحكم العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها، يختلف تماماً عن النظام القانوني المعمول به بصدد العقود التي يبرمها الأشخاص العاديون.⁽¹⁾

في حين أنّ الشكلية في عقد الخدمة النَّفْطِيَّة، تجعله يقترب من العقود الشكلية، حيث يجب لانعقاده أن يتخذ رضا المتعاقدين شكلاً معيناً حدّدته وزارة النَّفْط، عند قيامها بالتحضير لجولة التراخيص الأولى، حيث جرى الإعتماد على نسخة العقد المعدّة من قبلها، والتي تسمّى بالعقد العراقي (Iraqi Model Contract) ، والذي أعدّ ليتناسب مع متطلبات تطوير الحقول المنتجة وكذلك الحقول الغازية المكتشفة غير المنتجة.⁽²⁾

¹. د. محمود حمدي عباس عطيه، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، بدون ذكر دار النشر، 2012، ص 24.

². أحمد عمر الراوي، التراخيص النَّفْطِيَّة ودورها في مستقبل الصناعة النَّفْطِيَّة بالعراق، مجلة الاقتصاد والعلوم الإدارية- جامعة بغداد كلية الإدارة والاقتصاد، المجلد (17) العدد (64)، 2011، ص 223.

وعقد الإيجار هو من فئة عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، وكلك الأمر بالنسبة لعقد الخدمة النّفطي فهو يرتب منذ نشأته التزامات على عاتق كل من طرفيه، بالنسبة للدولة المُضيفة دفع الأجرة المتفق عليها مقابل ان تقوم الشركة الأجنبيةّ بانجاز العمليّات المطلوبة منها، حيث يأخذ كلا الطرفين مقابلًا لما يعطي، فالدولة المُضيفة تدفع الأجر المتفق عليه، مقابل العمليّات النّفطية المطلوبة منها، وتحمل الشركة الأجنبيةّ المتعاقدة لوحدها، النفقات اللازمة لتنفيذ العمليّات النّفطية المتفق عليها، على أن تستردها الشركة عند نجاح العمليّات النّفطية.⁽¹⁾

وينعقد عقد الخدمة النّفطي كما عقد الإيجار، لمدة معيّنة، فهو عقد من عقود المدة، ويجري تنفيذ كافة الالتزامات وإستيفاء كافة الحقوق الناتجة عن العقد على أساس الزمن، وكلاهما ينعقدان لمدة من الزمن، حيث أنّ مدة عقد الخدمة لا تقل عادة عن عشرين عاماً قابلة للتمديد (5) سنوات، بشروط جديدة باتفاق طرفي العقد.⁽²⁾

ومن ناحية أخرى فإنّ كلا العقدين يردان على منفعة أو خدمة، ولا ينقلان ملكية المال محل العقد، فلا تنتقل ملكية العين المؤجرة للمستأجر، وإنما يكون له الحق في منفعتها خلال مدة معيّنة، وكذا الحال في عقد الخدمة النّفطي،

1. شيما اسكندر داغر، عقد الخدمة النّفطي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2016، ص 9.

2. هيرش جعفر قادر، التزامات المُستثمر في عقود تصفية النّفط الخام - دراسة مقارنة - ط 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018، ص 78.

إذ أن الدولة المضيفة تبقى هي المالك الوحيد للنفط المنتج وللأراضي والحقول النّفطية وكذلك جميع الموجودات الثابتة المخصص للعمليات النّفطية المشمولة في العقد¹، ولهذا يعد عقد الإيجار من عقود الإدارة، فلا ينشئ إلا التزامات شخصية في جانب كل من أطرافه، ويترتب على ذلك أن عقد الإيجار محدد المدة لان الانتفاع بالشيء من عناصر الملكية فالنزول عنه مؤبداً يخرج عن نطاق الإيجار، لأنه يعتبر تصرفاً ناقلاً للملكية.⁽²⁾

أما عقد الخدمة النّفطي فهو يرد على تقديم خدمات تقنية وخبرات فنية ولوجستية من قبل الشركة الأجنبية المتعاقدة وتقديم معدات متطورة وتأهيل وتدريب للعمال الوطنيين، فضلاً عن تقديمها للنفقات اللازمة لتنفيذ العمليات النّفطية، وأن تستردها عند نجاح هذه العمليات.⁽³⁾

وبالرغم مما تقدم ذكره من أوجه التشابه بين العقدين، إلا أنه لا بد من القول هنا، إن التمييز بين عقد الخدمة النّفطي وعقد الإيجار بصيغته العادية فإنه من الصحيح أن هناك نوع من أنواع عقد الخدمة النّفطية يقترب جداً من عقد الإيجار، وهو عقد الخدمة الفني الذي يكون دور الشركات الأجنبية فيه، تأجير

1. حسين عباس السويدي، عقود الخدمة النّفطية في العراق بين النظرية والواقع - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - معهد العلبين للدراسات العليا، 2017، ص 13.

2. نصت المادة (105) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل على أنه: "1-1.. ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات).

3. سامان خورشيد حسين، الجوانب الإجرائية في عقود النّفط (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2018، ص 33.

خدماتها في مختلف الأنشطة في عقد واحد أو عدة عقود يطلق عليها (عقود الخدمة الفنية T.S.C) لعمل محدد في فترة محددة لقاء أجر ثابت⁽¹⁾، إلا أن ذلك لا يعني أن عقد الخدمة الفني هو عقد إيجار، وذلك لأن تطبيق بعض أحكام عقد الإيجار على بعض جوانب عقد الخدمة لا تغير من التوصيف القانوني للعقد، على أنه عقد غير مسمى، إذ تبقى بعض جوانب عقد الخدمة النقطي غير خاضعة لأحكام عقد الإيجار، وإنما تكون خاضعة لأحكام العقود القريبة منها، كعقود المقاولة والوكالة والعمل وغيرها من العقود⁽²⁾، وهو ما يعني تطبيق أحكام أخرى على العقد تخرج عن أحكام عقد الإيجار، الأمر الذي ينفي إعتبار هذا العقد عقد إيجار.

الفرع الثاني

عقود الخدمة النقطية عقود مقاولة:

عقد المقاولة من العقود المسماة التي خضعت لتنظيم قانوني خاص، بموجب القانون المدني العراقي النافذ، وذلك ضمن فئة العقود الواردة على العمل، حين عني المشرع العراقي بتنظيم أحكامها في القانون المدني النافذ، حيث عرّف

1. حسين عباس السويدي، المرجع السابق، ص 16.

2. نسرين عبد الحميد نبیه، عقود شركات البترول- ومستقبلها في الدول العربية والعالم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 410.

عقد المقاولة، بأنه: "عقد به يتعهد احد الطرفین أن يصنع شيئاً أو يؤدّي عملاً لقاء أجر يتعهّد به الطرف الآخر".⁽¹⁾

وعقد المقاولة في الأصل عقد رضائي، كونه ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد الطرفین بقبول الطرف الآخر وتطابقهما، ولا يشترط في انعقاده شكل معين، ولا يمنع المتعاقدين من استيفاء شكل معين، ويقع التراضي فيه على عنصرين هما:

العنصر الأول: هو الشيء المراد صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المفاوض.

العنصر الثاني: هو الأجر الذي يتعهّد به رب العمل.⁽²⁾

ونجد في عقد الخدمة النّفطي أنّ التراضي يقع على جميع بنود العقد الأساسية والثانوية كمدة العقد، وكمية الإنتاج والزيادة فيه التي سوف تتحقق، والمدد الزمنية المحددة لها على المدينين القصير والبعيد، وكذلك استثمار الغاز المصاحب للنفط، وآلية استرداد الكلفة ونسبة الاسترداد، وأجور الربح للشركات المتعاقدة وغيرها.⁽³⁾

¹. المادة (864) من القانون المدني العراقي النافذ.

². د. سعيد مبارك و.د. طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة البيع- الإيجار- المقاولة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007، ص 400.

³. عبد المهدي حميد العميدي، عقود التراخيص النّفطية 1 و2 تاريخ وتحليل، ط2، دار معني، 2021، ص 36.

وكذلك فإنَّ عقد المقاولة من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، كما هو الحال في عقد الخدمة النَّفْطِيَّة، لأنَّ كلَّ طرفٍ فيه يأخذ مقابلًا لما يعطي، وبما أنَّ عقد الخدمة النَّفْطِيَّة تلتزم بموجبه الدولة المُضَيِّفَة بدفع الأجرة كقابل للشركة الأجنبيَّة المتعاقدة، نظير قيامها بالعمليَّات النَّفْطِيَّة المتفق عليها⁽¹⁾، وانجاز الأعمال المتفق عليها بموجب العقد، ويلتزم كل طرفٍ في هذه العقود بتنفيذ التزامه وفقاً للعقد، وبما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وفي حال إخلال أحد الطرفين في تنفيذ التزامه، جاز للطرف الإمتناع عن تنفيذ التزامه، وطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى⁽²⁾، وهذا الحكم ينطبق على عقد الخدمة النَّفْطِيَّة، كونه من العقود الملزمة للجانبين، فهو يفرض التزامات متبادلة على طرفيه، الدولة المُضَيِّفَة والشركة المُسْتثمِرة، فيكون كل طرفٍ فيه دائن ومدين في الوقت ذاته، وفي حالة عدم قيام الشركة الأجنبيَّة المتعاقدة، بتنفيذ التزاماتها، جاز للدولة المُضَيِّفَة بعد الإعدار، المطالبة بفسخ العقد والمطالبة بالتعويض أن كان له مقتضى⁽³⁾.

وبالرغم من هذا التشابه الكبير بين العقدين، وإقتراب عقد الخدمة النَّفْطِيَّة من عقد المقاولة، إلا أنَّ ذلك لا يعني أنه سيكون عقد مقاولة، ونعتقد بأنَّه بسبب هذا التشابه القوي بين العقدين، درج المتعاقدان على تسمية المتعاقد

1. علي عبد موسى عبد الحر، المرجع السابق، ص 21.

2. د. حسن علي الذنون، د. محمد سعيد دحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن)، ج 1، ط 1، دار وائل للنشر، 2002، ص 33.

3. علي عبد موسى عبد الحر، المرجع السابق، ص 20.

(الشركة المُسْتَثْمِرَة) بالمقاول، وهذا لا يعني أنّ ما ارتآه أطراف عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة، بإطلاق لفظ مقاول على الشركة المُسْتَثْمِرَة بأنّ العقد هو عقد مقاوله، وإنّما جاء ذلك في سياق تسهيل توصيف المركز القانوني للشركة، على وفق أحكام النظام القانوني العراقي باعتباره اقرب العُقود إليه.

وعلى ذلك، فإنّنا نرى بأنّ توصيف عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة، على أنّه عقد مقاوله يجانب الصواب، والسبب في ذلك برأينا، أنّه يوجد في إطار القطاع النَّفْطِيَّة أصلاً نوع من العُقود التي تمثّل صورة بارزة للعقود النَّفْطِيَّة ألا وهي عقد المقاوله النَّفْطِيَّة، ولو كان العقد عقد المقاوله، لما كان هناك من داعٍ للجوء إلى عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة، وهو عقد متميز عن عقد المقاوله النَّفْطِيَّة من نواح كثيرة، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإنّ لرب العمل أن يتخلل من عقد المقاوله ويوقف التنفيذ في أي وقت بإرادته المنفردة، وذلك قبل تمام التنفيذ، بشرط أن يخطر المقاول برغبته هذه، ويعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل¹. وهذه الحالة غير مقرّرة في عقد الخِدْمَة النَّفْطِيَّة، ومن ثمّ فإنّ تطبيق أحكام مغايرة لأحكام عقد المقاوله المعروفة في القواعد العامة، يعني عدم إنطباق التوصيف القانوني للعقد على أنّه عقد مقاوله.

¹. المادة (2 /879) من القانون المدني العراقي النافذ.

المطلب الثاني عقود الخدمة النَّفْطِيَّة عقود غير مسمّاة

لا يوجد في النظام القانوني في العراق، أي قانون ينظّم عقد الخدمة النَّفْطِيَّة، لذلك فإنّ القول بأنّ هذا العقد هو عقد غير مسمّى سيكون مقبولاً إلى حدٍّ بعيد، وبالرجوع إلى العقد ذاته، نجد أنّه نمط جديد من التعاقد يتماشى مع ما تسعى له الدّول النامية، من جذب للإستثمار الأجنبي من خلال توفير البيئة الإستثمارية المناسبة، حيث يجري جذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها للمساهمة في تنفيذ برامج التنمية الإقتصادية فيها، ولذلك يحرص المشرّع الداخلي في العديد من الدّول، على تضمين الدساتير والقوانين النافذة، العديد من الأحكام التي تهدف إلى توفير الحماية القانونية المطلوبة لهؤلاء المُستثمرين.⁽¹⁾

ولذلك فإنّه ممّا لا شك فيه هنا، هو أنّ صفة الإستثمار ملازمة لعقد الخدمة النَّفْطِيَّة، كون هذا الأخير يعدّ من العقود الإستثمارية، وقد عرّف المشرّع في قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006² الاستثمار في المادة (1/سادساً) على أنّه: "توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بمنفعة على الاقتصاد الوطني، وفقاً لأحكام هذا القانون". وهذا يعني أن المشرّع الوطني ولإعتبارات معيّنة، يتعامل مع المُستثمر الأجنبي بطريقة خاصّة تختلف

1. د. هشام خالد، الاستثمار، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 62.

2. نشر قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 في الوقائع العراقية رقم 4031 بتاريخ 17 /1/ 2007.

عن التعامل الإعتيادي الذي يجري خارج دائرة الإستثمار، فيفسح المجال واسعاً للإرادة لتلعب دورها في عمليات التعاقد الإستثماري الأجنبي على نحو يشجع الشَّرِكَات والأفراد الأجانب للإستثمار في الدَّولة المُضَيِّفَة.

وعادة ما يكون الإستثمار الذي يجري فيه اللجوء إلى نمط التعاقد وفق إنموذج عقود الخدمة النَّفْطِيَّة، إستثماراً أجنبياً، والإستثمار هنا يكون أجنبياً بحسب معيار الجنسية، فعندما تحمل الشركة أو الأفراد المُستثمِّرين جنسية دولة مغايرة للدولة المُضَيِّفَة، يكون الإستثمار أجنبياً، وبخلافه تكون الاستثمارات الداخلية (الوطنية)⁽¹⁾، ويجري في الإستثمارات الأجنبيَّة عادة، تدفق رأس المال والخبرة والمهارة والتقنية المتقدمة التي لا تتوفر في الدَّولة المُضَيِّفَة، وذلك سواء على شكل أصول مالية أم إنتاجية ملهوسة أم غير ملهوسة، حيث يكون مصدر هذه الأصول أجنبياً، أي من خارج الدَّولة المُضَيِّفَة، حيث توظف في مشاريع استثمارية مستقلة أم مشتركة تدار على أسس تجارية⁽²⁾، بعيدة عن نمط التسلُّط أو الإمتياز الذي يمنح للدولة في التعاقدات التي تجرئها مع الآخرين، حيث لا تظهر الدَّولة في مثل هكذا فروض بمظهر صاحبة السيادة والسلطان في أغلب أنماط العُقود المبرمة في إطار الإستثمار الأجنبي، ولا تخرج عقود الخدمة

¹. ياسر عبد الرضا مناتي و د. عدنان إبراهيم عبد، الاستثمار في العراق الواقع والمعالجات التشريعية المطلوبة، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد(الثاني عشر)، العدد(الأول)، 2022، ص 141.

². د. بريك فارس حسين، محمد موسى خلف، عقد الاستثمار في تصفية النفط الخلام وطبيعته القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد4، السنة (4)، العدد(14)، 2012، ص 37.

النَّفْطِيَّة عن هذه الفرضية. حيث يعدّ عقد الخدمة النَّفْطِي اليوم، واحداً من أبرز صيغ التعاقد التي بات اللجوء إليها شائعاً في قطاع الإنتاج النَّفْطِي والغازي، وذلك لما للاستثمار الأجنبي وفق هذه الصيغة من مزايا مهمة بالنسبة للدولة المضيفَّة، منها:

- خلق فرص عمل كبيرة داخل الدولة المضيفَّة، والذي يساهم في حل مشكلة البطالة وتحسين مستوى المعيشة لأفراد ومواطني هذه الدولة بشكل عام.

- دخول رؤوس الأموال الضخمة التي تمتلكها الشَّرِكات الأجنبيَّة لاستخدام الموارد الاقتصادية المحلية الاستخدام الكفء.

- نقل وتطبيق الأساليب الإدارية المتطوّرة التي تمتلكها وتطبّقها الشَّرِكات الإستثمارية إلى داخل الدولة المضيفَّة، لا سيما في مجال استثمار في القطاع النَّفْطِي لما يحتاجه من رؤوس أموال كبيرة وخبرة فنية متقدمة وهي في الغالب لا تتوفر لدى الدّول النامية ومن ضمنها العراق.⁽¹⁾

كل هذه العوامل وغيرها تشجّع الدولة المضيفَّة على إستقدام الشَّرِكات الأجنبيَّة للإستثمار على أراضيها، وفسح المجال أمامها بطرق قانونية، تتمكّن من خلالها الدولة من وضع تنظيم قانوني مرّن لعملية الإستثمار، على نحو يحقق مصالح الدولة المضيفَّة والشَّرِكات على حدِّ سواء.

¹ المرجع السابق نفسه، ص 38.

حيث يتم إبرام عقد الخِدْمَة الاستثماري في القطاع النَّفْطِي، بين طرفين يتمثل الطرف الأول بالدولة المضيفة للاستثمار، ويمثل الطرف الثاني المُسْتثمِر الأجنبي، الذي يمتلك إشكالات متعددة وكثيرة من التقنيات والأموال والإدارة والخبرات، ويجري اختيار عقد الخِدْمَة الإِستثماري بوصفه الشكل المناسب للإستثمار في هذا القطاع، وبالإمكان تعديله وتطويره على وفق ما تقتضيه الظروف الاقتصادية وتوجهات التنمية المطبقة في الدولة المضيفة، في ضوء الإمكانيات والحاجات الخاصة بكل بلد من البلدان النامية، مع التركيز على ضرورة إمتلاك الدولة المضيفة القوة التفاوضية مع الشَّرِكات الأجنبيَّة المُسْتثمِرة، والإلتزام بمجموعة من المحددات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تكوّن الإطار العام للعملية الإِستثمارية⁽¹⁾، والحد من الآثار السلبية للاستثمار الأجنبي، والإستفادة منه في مجال تمويل التنمية، وزيادة الإنتاج والتوظيف، والتأثير على موازين المدفوعات للدولة المضيفة وتجديد البنى التحتية لهذه الدولة.⁽²⁾

من جانب آخر، فإن ما جرى في التراخيص النَّفْطِيَّة العراقية، وإنتهائها إلى إبرام عقود الخِدْمَة النَّفْطِيَّة مع الشَّرِكات المتعاقدة، جرى تحت إشراف وسيطرة الدولة العراقية، وقد تقرر بموجب العقد، أن تسترد الشَّرِكات ما تصرفه

1. د. غسان عبيد المعموري، المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية، بحث

منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام - جامعة أهل البيت، 2018، ص 379.

2. باسم حمادي الحسن، الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI)، عقود التراخيص النَّفْطِيَّة وأثرها في تنمية الاقتصاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 42.

من كلف استشارية أو مكافآت (أجور خدمة) بحسب ما تقوم بإنتاجه من النِّفْط الخِطام المستخرج، ولا علاقة لهذه الشَّرِكات بملِكِيَّة الاحتياطي النِّفْطِي أو تسويق النِّفْط المنتج.⁽¹⁾

ولذلك فإننا في ضوء عدم إمكانية رد عقود الخِدْمَة النِّفْطِيَّة، بالصيغة التي تمَّ بموجبها التعاقد في عقد الخِدْمَة النِّفْطِيَّة المبرمة بموجب جولات التراخيص النِّفْطِيَّة، إلى نظام قانوني معين، يجعلها واحد من العُقود المسماة، فإنه يكون من الضروري الإقرار بحقيقة أن عقود الاستثمارات النِّفْطِيَّة هي عقود غير مسماة ذات طبيعة خاصة، تختلط فيها مجموعة من الخصائص التي ينتمي بعضها إلى القانون العام، وبعضها ينتمي إلى القانون الخاص، ومن ثمَّ سيُجعل هذا الواقع من هذه العُقود عقود تخضع لأحكام هذين القانونين معاً وفق أسلوب تقرره بنود العقد نفسه التي جرى الإتفاق عليها بين الطَّرَفَيْن، ولا يمكن ان نفي أي خصيصة من هذه الخصائص، فهي تعكس وجود عناصر تنتمي إلى القانون العام والقانون الخاص من جهة، وتحتوي على عناصر داخلية ودولية من جهة

¹. وجدير بالذكر هنا، أن صيغة التعاقد وفق نمط عقود الخدمة باتت صيغة شائعة في العالم الخاصة في أمريكا الجنوبية وتكون الشركات المتعاقدة عادة شركات متوسطة الحجم، إذ أن الشركات النفطية العالمية - وخاصة الكبيرة منها- لا تفضل هذه العقود لأنها لا تسمح لها إضافة الاحتياطي إلى موجوداتها المعلنة لتحسين قيمة أسهمها في الأسواق، وبالتالي تعظيم موقفها المالي، وتفضل بدل ذلك عقود المشاركة في الإنتاج ((Product service contracts (PSC) إذ تعتبر هذه الشركات نفسها بأنها منتجة وليست مقاوله، للزيد ينظر: باسم حمادي الحسن، المرجع السابق، ص 185.

أخرى، وهي تتضمن مظاهر المساواة المعهودة في القانون الخاص، ومظاهر السلطة المعروفة في القانون العام.⁽¹⁾

فنحن نرى أن عقود الخدمة النّفطية المبرمة في جولات التراخيص العراقية، تتمتع ببعض صفات العقد الدولي، فوفقاً للمعيار القانوني فإن عقود الخدمة النّفطية تعد عقوداً دولية، لإتصال عناصرها بأكثر من نظام قانوني واحد، كما أنّ الصفة الأجنبيّة تنصرف إلى أطراف هذه العقود، التي تتمثل بالشركات المُستثمرة ذات الجنسيات الأجنبيّة المختلفة، فضلاً عن رؤوس الأموال الأجنبيّة المستخدمة في تمويل العمليّات النّفطية، وكذلك استخدام المعدات المتطورة والأدوات والتكنولوجيا المتقدمة من قبل الشركة المُستثمرة المتعاقدة والتي تنتمي إلى دولة أجنبية، وهو ما يدل على انطباق المعيار القانوني لدولية العقد على عقود الخدمة النّفطية بمعناها التقليدي والحديث، وكذلك يمكن أن ينطبق المعيار الاقتصادي لدولية العقد على عقود الخدمة النّفطية، ويمكن القول بدولية لأنها تتضمن على روابط تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المُضيفة، ومن ثمّ فإن انطباق كل من المعيار الاقتصادي والقانوني لدولية العقد على عقود الخدمة النّفطية، يجعل من المؤكد إمكانية تطبيق المعيار المختلط عليها.⁽²⁾

1. د. عبد الله ناصر أبو جمال، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 473.

2. د. الواثق عطا المنان، عمار شاكر محمود، التكييف القانوني لعقد الاستثمار النّفطي، المجلة العربية للآداب والدراسات الإنسانية، المجلد الرابع، العدد (15)، 2020، ص 18.

كما أنّ التسليم بأن عقد الاستثمار النقطي هو عقد ذو طبيعة مختلطة، يمكن ان يوجد لنا حلولاً لإشكاليات عديدة متشابهة ذات طبيعة خاصة، منها الموضوعات المرتبطة بترتب التزامات متبادلة بين طرفي العقد، كما أنّ ذلك يفسّر كيف أنّ هذا العقد في جانب منه متعلق بالقانون الداخلي للدولة المضيفة، وجانب آخر منه متعلق بعناصر دولية تتعدى نطاق الدولة، ولذا يجب إلزام شركات النّفط الأجنبيّة باستعمال نسبة معينة من الموارد البشرية الوطنية وتدريبهم، بهدف إعداد كوادر وطنية لها خبرة فنية وإدارية في مجال الصناعة النّفطيّة، الأمر الذي يساعد في الاستغناء عن خدمات الشركة الأجنبيّة في المستقبل⁽¹⁾، ممّا يسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المتعاقدة، ويخلق في ذات الوقت فرص عمل جديدة للمواطنين، ممّا يساعد في نمو الاقتصاد الوطني للدولة.⁽²⁾

1. كان العراق في مقدمة الدول التي طالبت بتوظيف العمال الوطنيين في شركات النفط الأجنبيّة التي عملت في العراق، ويتجلى ذلك بالتحديد في صدور بيان وزاري صادر من وزارة النفط العراقية بتاريخ 10/4/1961 طالبت الحكومة العراقية من شركات النفط الدولية للمشاركة الفعالة لكوادر عراقية في هيئات إدارة الشركات في لندن، من خلال توظيف عدد من العراقيين الأكفاء والخبراء، حتى تكون قريبة من صانعي القرار، وبعد ذلك اتبع العراق من خلال سياسة تأميم قطاع النفط التمكّن من استعادة السيطرة على قطاع النفط بعد أن كانت تحت هيمنة شركات النفط الأجنبيّة، للمزيد ينظر: كفيي مغديد قادر ود ظاهر مجيد قادر، التنظيم القانوني لتوظيف العامل الوطني مجال النفط (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة مه لاي زانست العلمية - الجامعة اللبنانية الفرنسية- المجلد (5) العدد (2)، 2020، ص 374-375.

2. ثامر ياسين عبد الله الشمري، الطبيعة القانونية لعقود استثمار النفط، رسالة ماجستير، كلية الحقوق في جامعة الإسراء، الأردن، 2015، ص 98.

وما يعزز هذا الرأي، هو أنّ إجراء مراجعة على قواعد عقد الخدمة النَّفْطِيَّة ومبادئه، يبيّن أنّه يخضع في بعض جوانبه إلى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية النافذة، رقم (2) لسنة 2014، حيث نصت المادة (1/أولاً): تسري أحكام هذه التعليمات على: أ- العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية متمثلاً برئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ومجلس القضاء الأعلى والأمانة العامة لمجلس الوزراء والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم مع الجهات العراقية وغير العراقية)¹، هو ما يعني أنّ عقود الخدمة المبرمة في جولات التراخيص النَّفْطِيَّة، تتطابق إلى حدّ كبير مع ما جاءت به هذه التعليمات، إلّا أنّ ما ينبغي كونها عقداً حكومياً، هو أنّ هذه العقود لم تلتزم بالطرق والأحكام التي نصت عليها هذه التعليمات، حيث تعدّدت على سبيل المثال طرق إبرام عقود التراخيص النَّفْطِيَّة وأساليبها، يحث لم يجري تبني واحدة من طرق الإحالة المقررة بموجب هذه التعليمات وهي: أولاً: طريقة أو أسلوب المناقصة العامة، ثانياً: طريقة أو أسلوب المناقصة المحدودة، ثالثاً: طريقة أو أسلوب الاتفاق المباشر (العتاء الوحيد)⁽²⁾، وإمّا تمّ تبني أسلوب جولات التراخيص، وهذه الجولات لا تستند بصور مباشرة إلى أحكام هذه التعليمات، ومن ثمّ لا يمكن القول بأنّ عقد الخدمة النَّفْطِيَّة من العقود الحكومية.

1. جريدة الوقائع العراقية العدد (4325) التاريخ 2014/6/16.

2. د. زينب كريم سوادى، نشأت محمد لفته الردام، التنظيم القانوني لعقود التراخيص النَّفْطِيَّة، بحث مقدم إلى جامعة الكوفة- كلية القانون، 2019، ص 11.

وعلى هذا الأساس تعدُّ عقود الخدمة النَّفْطِيَّة، نمط من أنماط العقود المركبة التكوينية، فهي ذات طابع مزدوج، تمنح الدولة المضيفة رخصة الاستغلال بإرادتها المنفردة، ولا دور في لإرادة المتعاقد الآخر في المنح أو المحب، فعقود الاستثمارات النَّفْطِيَّة في جزءها الذي ينشئ حق للشركة المستمرة في استغلال النَّفْط تعدُّ قراراً أو رخصة إدارية فردية تكون اليد الطولى فيها للدولة المضيفة، أما في جزءها الآخر والمتضمن حق المتعاقد الملتزم المؤكد بموجب تصرف الدولة، بناء على الاتفاق الذي أبرمته معه، يجعل منها عقوداً ذات طبيعة خاصة، وبحسب المفهوم المتقدم تكون الطبيعة القانونية لعقود الخدمة النَّفْطِيَّة لها جانبين، أولهما نظامي؛ ونجده في بعض البنود أو الشروط المتعلقة بتنظيم المرفق الإقتصادي، وهو ما يصطلح عليه بقانون المرفق. أما الجانب الآخر فهو تعاقدية؛ وفيه تظهر سمات بعض العقود المسماة، كما في بقية البنود والشروط الأخرى المتعلقة بمختلف المزايا الممنوحة للمستثمر، والتي كانت الدافع لتعاقده فتكون لها طبيعة تعاقدية، ويتضح أن التمييز بينهما يكون بتجزئة مضمون العقد بحسب فئات بنوده التي يتكون منها.⁽¹⁾

وقد يوجه إلى هذا الرأي النقد، من ناحية أن إضفاء الطبيعة المختلطة على عقود الخدمة النَّفْطِيَّة، لا يقدم حلاً قاطعاً بصدد الطبيعة القانونية لهذه العقود، إلا أن هذا الطرح لن يستقيم صحيحاً، إذا ما قارنا بين ترك مسألة الطبيعة القانونية جانباً، وسلّمنا بأن العقد هو عقد مقاوله أو عقد إيجار، فكيف سيتسنى لنا أن نبرر خروج العقد في بعض جوانبه المهمة عن إطار هذين العقدين. وهنا نقول، صحيح أنه لن

1. د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري، (نموذج العقد النَّفْطِي)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 129.

يكون القول بالطبيعة الخاصة المختلطة لعقود الخدمة النَّفْطِيَّة حلاً ناجعاً في أحسن الظروف، إلا أنه يمكن أن يقدم حلاً جزئياً لمشكلة إنعدام التوصيف القانوني للعقد، وذلك نظراً للصعوبات التي نثار في تحديد العناصر التي تنتمي إلى القانون العام أو التي تنتمي للقانون الخاص، وتعمّر تحديد أيهما له الغلبة في هذه العقود، وهو أمر ليس بالهين أو اليسير، فالأخذ بهذه العناصر يختلف من عقد إلى آخر، ومن نظام قانوني إلى آخر.

ومع ذلك، يبقى هذا الاتجاه برأينا هو الراجح والأفضل ممّا قيل في الاتجاهات التي ظهرت بصدد تحديد الطبيعة القانونية لعقود الخدمة كصيغة من الصيغ التعاقدية للاستثمارات النَّفْطِيَّة، لكونه الأقرب إلى الواقع، فإزدواجية هذه العقود وتركيبتها المختلطة هو واقع حقيقي جسده العقد نفسه، وجرى الاتفاق بين الأطراف على تنظيم الاستثمار والاستغلال للثروة النَّفْطِيَّة بموجبه، لهذا فإنّ هذا العقد يحمل في ذاته تنظيماً قانونياً خاصاً لأغلب الأوضاع المرتبطة به⁽¹⁾، ويمكن في حال إنتفى هذا التنظيم في شأن معين أو وضع ما، اللجوء إلى أحكام القواعد العامة أو القواعد الخاصة المقررة في القوانين النافذة، ويمكن برأينا أن يتم تبني نموذج لعقد خدمة إطاري، يجري تنظيم المسائل العامة فيه بشكل موحد، ثمّ ترك التفاصيل والجزئيات المتغيرة ل يتم تنظيمها مستقبلاً بموجب إتفاقات لاحقة، وبما يتلاءم مع خصوصية هذا العقد، والوظيفة التي يراد من العقد أدائها في ظل الظروف الإقتصادية السائدة.

1. كاوان إسماعيل إبراهيم، عقود التنقيب عن النفط وإنتاجه-دراسة قانونية مقارنة- أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، 2009، ص 174.

خاتمة

أولاً: النتائج

1- لا يمكن وصف عقود الخدمة النفطية، بأنها معاهدات دولية، لأن الشركة الأجنبية المستثمرة ليست شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، وهي غير خاضعة للقانون الدولي العام في نشاطها، كون موضوعات هذه العقود يدخل ضمن الاختصاص الداخلي للدولة المتعاقدة مع الشركات النفطية.

2- إنَّ الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي في توصيف العقود، يعني إضفاء الصفة الدولية على عقود الخدمة النفطية، فيجب أن يوجد عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، بحسب المعيار القانوني، وأن يتعلق الأمر بمصالح مرتبطة بمعاملات التجارة الدولية، على وفق ما جاء به المعيار الاقتصادي.

3- لا يعني وجود تشابه بين عقد الخدمة النفطي وعقد الإيجار، أن هذا العقد أصبح عقد إيجار، إذ لا يغيّر تطبيق بعض أحكام عقد الإيجار على بعض جوانب عقد الخدمة النفطي من التوصيف القانوني للعقد من كونه عقد غير مسمّى، إذ تبقى بعض جوانب عقد الخدمة النفطي غير خاضعة لأحكام عقد الإيجار. وذات الكلام ينطبق على عقد المقاولة، كون عقد الخدمة النفطي، متميّز عن عقد المقاولة النفطي من نواح

كثيرة، ومن ثم فإن خصوصيته تستدعي تطبيق أحكام مغيرة لأحكام عقد المقاوله المعروفة في القواعد العامة المطبقة في عقد مقاوله.

4- لا توجد إمكانية لردّ عقود الخدمة النقطة، بالصيغة التي تمّ بموجبها التعاقد في عقد الخدمة النقطة المبرمة بموجب جولات التراخيص النقطة العراقية، إلى نظام قانوني معين يحكم أيّ من العقود المسماة، فهذا النمط من العقود مستحدث وذو طبيعة خاصة، تختلط فيها مجموعة من الخصائص التي ينتمي بعضها إلى القانون العام، وبعضها ينتمي إلى القانون الخاص، وهذه الخصوصية تجعل من هذه العقود، عقوداً تخضع لأحكام خاصة مقررة في هذين القانونين معاً وفق أسلوب تقرره بنود العقد نفسه التي جرى الإتفاق عليها بين الطرفين.

ثانياً : المقترحات

1- نقترح على المشرع إصدار قانون خاص ينظم هذا النمط المستحدث من العقود، للأهمية الخاصة التي نتمس بها، من النواحي الإقتصادية والتجارية والسياسية، ويجري بموجبه فسح المجال لإرادة الأطراف على أن تنظم بعض المسائل، بينما يتولّى المشرع تنظيم مسائل أخرى، وهذا المقترح مرده إلى أن التسليم بأن عقد الخدمة النقطة ذو عقد طبيعة مختلطة، يمكن أن يقدم لنا حلولاً لإشكاليات عديدة ظهرت مع ظهور هذا النمط من العقود، منها الموضوعات المرتبطة بترتب التزامات متبادلة بين طرفي العقد، كما أن ذلك يفسر كيف أن هذا العقد يخضع إلى نظام قانوني

مزدوج، يكون في جانب منه متعلق بالقانون الداخلي للدولة المضيفة، وجانب آخر منه متعلق بعناصر دولية تتعدى نطاق الدولة.

2- نظراً لكثرة الاتجاهات التي ظهرت بصدد تحديد الطبيعة القانونية لعقود الخدمة كصيغة من الصيغ التعاقدية للاستثمارات النقطيّة، لكونه الأقرب إلى الواقع، نقترح إصدار إنموذج خاص موحد بهذه العقود، بشكل إتفاق إطار، يجري فيه الإتفاق على المسائل العامّة، ويبرز فيه خاصية إزدواج النظام القانوني الذي تخضع له هذه العقود وتركيبتها المختلطة، ويقرر فيه اللجوء إلى أحكام القواعد العامة أو القواعد الخاصة المقررة في القوانين النافذة، وبما يتلاءم مع خصوصية هذا العقد، والوظيفة التي يراد من العقد أدائها في ظل الظروف الإقتصادية السائدة، وتترك بعض المسائل التفصيلية المتغيرة ليتم تنظيمها بموجب عقود تطبيقية مستقبلية يتم إبرامها تنفيذاً للعقد الإطارى الرئيس.

المراجع المعتمدة

الكتب القانونية:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون الدولي الخاص الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
2. باسم حمادي الحسن، الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI)، عقود التراخيص النَّفْطِيَّة وأثرها في تنمية الاقتصاد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
3. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
4. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
5. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقاوله)، المكتبة القانونية، بغداد، دون ذكر سنة النشر.
6. حسن علي الذنون، د. محمد سعيد دحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن)، ج1، ط1، دار وائل للنشر، 2002.
7. حسين الحلبي، أصول القانون الدولي العام ج1، مطبعة شفق، بغداد، 1964.
8. حفيظة السيد حداد، العُقُود المبرمة بين الدّول والأشخاص الأجنبيَّة، دار المطبوعات الجامعية، عمان-الأردن، 2014.

9. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
10. زهدي يكن، القانون الإداري، ج2، بيروت المكتبة العصرية، بدون سنة نشر.
11. سامان خورشيد حسين، الجوانب الإجرائية في عقود النَّفْط (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2018.
12. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة البيع- الإيجار- المقاوله، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007.
13. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
14. عبد الله ناصر أبو جمال، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.
15. عبد المهدي حميد العميدي، عقود التراخيص النَّفْطِيَّة 1 و2 تاريخ وتحليل، ط2، دار معنى، 2021.
16. عصام العطية، مبادئ القانون الدولي العام، ط7، بغداد، 2008.
17. علي عبد موسى عبد الحر، النظام القانوني لعقود التنقيب عن النَّفْط، دراسة مقارنة، ط1، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021.
18. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري، (نموذج العقد النَّفْطِي)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.

19. محمد أحمد حسن الشرييني، النظام القانوني للعقد الدولي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، بدون ذكر سنة النشر.
20. محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1961.
21. محمود أحمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
22. محمود حمدي عباس عطيه، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، بدون ذكر دار النشر، 2012.
23. مصطفى سلامة حسين، المنظمات الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، 1989.
24. نسرین عبد الحميد نبيه، عقود شركات البترول- ومستقبلها في الدول العربية والعالم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
25. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
26. هشام خالد، الاستثمار، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
27. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007.
28. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2001.
29. هيرش جعفر قادر، التزامات المُستثمر في عقود تصفية النّفط الخام - دراسة مقارنة - ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018.

30. رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه:
31. ثامر ياسين عبد الله الشمري، الطبيعة القانونية لعقود استثمار النفط، رسالة ماجستير، كلية الحقوق في جامعة الإسراء، الأردن، 2015.
32. حسين عباس السويدي، عقود الخدمة النّفطية في العراق بين النظرية والواقع - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - معهد العلمين للدراسات العليا، 2017.
33. سعدية عزيز دافار، الحق في تعديل عقود التراخيص النفطية في العراق، أطروحة دكتوراه- كلية الحقوق - جامعة النهرين 2017.
34. شيماء اسكندر داغر، عقد الخدمة النّفطي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2016
35. عبد الرحيم محمد سعيد، النظام القانوني لعقود البترول، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.
36. غسان عبيد المعموري، المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام - جامعة أهل البيت، 2018.
37. فاطمة عبد الرحيم علي، النظام القانوني لعقود التراخيص النّفطية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة بابل، 2012.
38. كاوان إسماعيل إبراهيم، عقود التنقيب عن النفط وإنتاجه-دراسة قانونية مقارنة- أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، 2009.

39. محمد يوسف علوان، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثانية، 1976.

المقالات والأبحاث العلمية المنشورة:

1. أحمد عمر الراوي، التراخيص النّفطية ودورها في مستقبل الصناعة النّفطية بالعراق، مجلة الاقتصاد والعلوم الإدارية- جامعة بغداد كلية الإدارة والاقتصاد، المجلد (17) العدد (64)، 2011.
2. إقبال ناجي سعيد، الطبيعة القانونية لعقود جولات التراخيص في ميدان الاستثمار النّفطي وآثارها على الاقتصاد العراقي، مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد، العدد الأول، 2019.
3. بيرك فارس حسين، محمد موسى خلف، عقد الاستثمار في تصفية النفط الخام وطبيعته القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، السنة (4)، العدد (14)، 2012.
4. جلال فاضل العوادي، مدخل إلى القانون الدولي العام، بحث منشور على الموقع الالكتروني: تاريخ الزيارة 2021/12/30.
/ <https://books.google.com>
5. زينب كريم سوادي، نشأت محمد لفته الردام، التنظيم القانوني لعقود التراخيص النّفطية، بحث مقدم إلى جامعة الكوفة- كلية القانون، 2019.

6. كيني مغديد قادر ود ظاهر مجيد قادر، التنظيم القانوني لتوظيف العامل الوطني مجال النفط (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة مه لاي زانست العلمية - الجامعة اللبنانية الفرنسية- المجلد (5) العدد (2)، 2020.
7. الواثق عطا المنان، عمار شاكر محمود، التكييف القانوني لعقد الاستثمار النّفطي، المجلة العربية للآداب والدراسات الإنسانية، المجلد الرابع، العدد (15)، 2020.
8. ياسر عبد الرضا مناتي و د. عدنان إبراهيم عبد، الاستثمار في العراق الواقع والمعالجات التشريعية المطلوبة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (الثاني عشر)، العدد (الأول)، 2022.

القوانين والتشريعات النافذة

1. القانون المدني رقم (40) لسنة 1951.
2. قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المنشور في الوقائع العراقية رقم 4031 بتاريخ 17 /1/ 2007.
3. قانون المعاهدات العراقي رقم (35) لسنة 2015، صدر في جريدة الوقائع العراقية، رقم العدد (4383) في تاريخ 2015/10/12م.
4. قانون إيجار العقار رقم (78) لسنة 1986 الذي تم تعديله بالقانون رقم (65) لسنة 2000.

Le traitement constitutionnel des droits et libertés dans la dernière révision de la constitution algérienne en date du 1^{er} novembre 2020

GHOUTI Souad

Professeur en droit public

Faculté de droit - Université Alger 1

souad.ghouti@gmail.com

Résumé

Cette recherche vise à retracer la prise en compte par le constituant algérien de la question des droits et libertés. Une comparaison de la dernière révision constitutionnelle avec les anciennes constitutions permettra d'évaluer l'évolution des droits et libertés en Algérie.

Mots-clés : Droits et libertés, constitution, Algérie.

The constitutional treatment of rights and freedoms in the latest revision of the Algerian constitution as of November 1, 2020

Abstract

This research aims to trace the consideration by the Algerian constituent of the question of rights and freedoms. A comparison of the last constitutional revision with the old constitutions will allow us to evaluate the evolution of rights and freedoms in Algeria.

Keywords : Rights and freedoms, constitution, Algeria.

On ne pourrait véritablement saisir et évaluer l'évolution du traitement constitutionnel des droits et libertés dans la révision du 1^{er} novembre 2021 si on ne resitue pas la norme suprême dans son contexte historique, idéologique et politique d'une part et si on n'accomplit pas une analyse comparative rétroactive des textes constitutionnels précédents d'autre part.

En effet, cette recherche contextuelle et comparative menée de façon concomitante permet de déceler quatre influx qui vont peser lourdement et même perdurer sur la façon de traiter droits et libertés.

- Le premier influx s'est imposé de façon impérative de par l'histoire de l'Algérie.

C'est la primauté, l'urgence du droit à exister, à être pleinement reconnu en tant qu'Etat sur la scène internationale en se **libérant** du joug colonial. Cette revendication **de la liberté collective** densifiée et magnifiée va inexorablement amortir, retarder les droits et libertés particuliers¹.

Cette liberté globale, fondamentale, **essentielle** ne peut que primer sur toutes les autres catégories de droits. Cet influx est toujours présent du fait que le choix du premier novembre 2021 pour le déroulement du référendum n'est guère un pur hasard ; il traduit le fort attachement au déclenchement de la révolution algérienne le premier novembre 1954.

¹ C'est ainsi que dans le préambule de la condition de 1963, ce n'est qu'au paragraphe 16 qu'est abordée la question des libertés publiques, non pas de façon autonome, mais toujours subséquente à l'édification de l'Etat socialiste. Voir J.O.R.A n° 64 du 10 septembre 1993, p. 887 et s.

- Le second influx n'est que la suite logique du premier. Une fois libéré, l'Etat algérien aura à entamer l'édification d'un **Etat socialiste** et à assurer son développement.

Les articles 19 et 20 de la première constitution algérienne traduisent fort bien la distinction établie entre des libertés publiques classiques traditionnelles traitées pêle-mêle et les droits et libertés du citoyen travailleur socialiste ayant à eux seuls le privilège d'être garantis par la norme législative selon l'article 20.

Cette attention particulière prêtée aux droits du travailleur socialiste sera amplifiée dans la constitution de 1976¹. Le meilleur exemple en est l'article fleuve 59, riche de pas moins de 6 alinéas.

Puis suivent l'article 60 relatif au droit syndical,

L'article 61 relatif aux relations de travail,

L'article 62 relatif à la protection, à la sécurité et à l'hygiène dans le travail.

Pour édifier l'Etat socialiste algérien, il était alors nécessaire de protéger de façon maximale et spécifique les droits et libertés à caractère social du travailleur.

- Le troisième influx sur le traitement des droits et libertés est la chaîne des bouleversements et crises politiques subie et qui ne pouvait que brider, limiter et suspendre ces dits droits et libertés.

C'est ainsi que le 19 juin 1965, la constitution de 1963 a été gelée, puis le 5 octobre 1988, l'explosion populaire a imposé une révision constitutionnelle ; à partir de 1990 l'Algérie fut de

¹ J.O.R.A n° 94 du 24 novembre 1976, p. 1040 et s.

nouveau secouée par une violente crise politique qui engendra une décennie noire de lutte contre le terrorisme. L'Etat d'urgence instauré en 1992 durera 24 ans jusqu'en 2011.

Tous ces bouleversements ne pouvaient que retentir sur le traitement des droits et libertés dans les successives révisions du 23 février 1989¹, du 28 novembre 1996² et du 6 mars 2016³.

- Le quatrième, le plus proche et plus direct influx est le mouvement populaire du « hirak » initié le 22 février 2019.

En effet, en sus du refus d'un cinquième mandat présidentiel, le thème de la garantie et protection des droits et libertés a été le plus récurrent et le plus clamé lors de ces marches pacifiques.

Et c'est dans le préambule, désormais reconnu comme partie intégrante de la constitution⁴ que le hirak est salué, valorisé comme principale source d'inspiration de la révision constitutionnelle.

Le paragraphe 10 du préambule atteste de cette pleine reconnaissance : « Le peuple soucieux de traduire dans cette constitution ses aspirations à des mutations politiques et sociales profondes pour l'édification d'une Algérie nouvelle telles qu'exprimées pacifiquement depuis le hirak populaire originel du 22 février 2019 »

Plus loin dans le préambule, le paragraphe 16 innove en consacrant l'attachement du peuple algérien aux droits de

¹ Révision approuvée par référendum, voir J.O.R.A n° 9 du 1^{er} mars 1989, p.184 et s.

² J.O.R.A n° 76 du 08 décembre 1996, p. et s.

³ J.O.R.A n° 14 du 07 mars 2016.

⁴ Dans la révision constitutionnelle de 2016.

l'Homme tels qu'ils sont définis dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 et les traités internationaux ratifiés par l'Algérie.

Annoncés dans le préambule, la conformation et l'enrichissement des droits et libertés dans le corps même du texte constitutionnel ont été concrétisés dans la révision du 1^{er} novembre de quatre manières :

I- par la valorisation spatiale, selon un nouvel agencement dans le corps même du texte constitutionnel,

II- par la remise en ordre de leur classement et traitement,

III- par le renforcement substantiel des droits et libertés déjà consacrés dans les précédentes révisions et enfin,

IV- par la reconnaissance et l'ajout de nouveaux droits et de nouvelles libertés.

I- Valorisation spatiale des droits et libertés

Le transfert des droits et libertés du simple chapitre IV vers l'accès à un titre à part entière : droits fondamentaux, libertés publiques et devoirs illustre la nouvelle prise en charge d'une des traditionnelles composantes de l'Etat de droit. Jusque là traite en simple chapitre, sous forme de sous-rubrique au sein du titre générique des « principes généraux régissant la société algérienne », le thème des droits et libertés se **voit rehaussé, promu sur le plan formel** dans une première étape tout au moins, attestant par là-même d'un gain d'intérêt affirmé.

Ce n'est d'ailleurs pas un hasard, si la lettre de mission adressée à Monsieur le Professeur Ahmed Laraba, président du comité d'experts, situe les droits et libertés comme premier axe, en tête de toutes les préoccupations mentionnées.

Cette nouvelle attention prêtée à l'emplacement des droits et libertés dans la norme suprême n'est guère anodine, ni d'ordre simplement formel ou architectural.

Elle traduit et annonce l'évolution quant à la nouvelle appréhension des droits et libertés comme fondement axial de l'Etat de droit affirmé pour la première fois dans le préambule de la révision constitutionnelle de 1989.

II- Remise en ordre du traitement des droits et libertés

Le second moyen de conformation des droits et libertés consiste en un réajustement de leur enchaînement nécessaire à **une meilleure lisibilité**.

Il paraît judicieux en effet, d'ordonner les divers droits proclamés selon un fil directeur conforme à celui adopté dans les chartes et conventions dûment ratifiées, suivant :

- **Droits fondamentaux** : comprenant le droit à la vie, droit à l'intégrité physique et morale, droit au respect de la vie privée et de l'honneur, droit à l'inviolabilité du domicile, droit au choix du lieu de résidence, droit de circulation, droit au citoyen justiciable et liberté de conscience et liberté d'opinion. (Droit et liberté de l'esprit).

- **Droits civils et politiques** englobant le droit à la nationalité, le droit d'élire et d'éligibilité, liberté d'expression, de réunion de création des partis politiques, droits politiques de la femme et liberté de presse.

- **Droits économiques sociaux et culturels** embrassant le droit du consommateur, droit à la santé, droit à l'éducation, droit au travail, droit syndical, droit de grève, droit à l'eau, droit à un environnement sain, droit au développement durable, droit à l'accès au logement, droit à la protection de la famille, droit à la

protection des personnes vulnérables, droit à la culture, liberté de création.

Le citoyen algérien verrait ainsi énoncés de façon progressive dans un enchaînement logique les différents droits et libertés qu'il pourrait exercer en tant que personne humaine d'une part et en tant que citoyen d'autre part.

La nécessité d'un tri et d'un nouvel ordre de classement devait corriger l'anarchie du traitement maintenue jusqu'en 2016.

En effet, la lecture du chapitre IV de la constitution révisée en 2016 révèle le maintien d'un traitement désordonné, avec des ruptures de logique et l'intrusion de libertés sans aucun lien ni avec les articles précédents ni avec les articles suivants.

Comme exemple frappant, le traitement de la liberté d'association illustre fort bien ce désordre.

Le texte constitutionnel comprend pas moins de trois articles relatifs à la liberté d'association, perçue à juste titre comme liberté première et fondatrice de toutes les autres. Toutefois ces trois articles sont disséminés et non regroupés selon une logique cohérente.

L'article 39 traite de la défense associative des droits et libertés, puis il faut enjamber 8 articles (40 à 47) pour retrouver de nouveau la liberté d'association en tant que liberté garantie dans l'article 48. Puis à nouveau, on prend la liberté d'association au profit de la liberté partisane dans les deux longs articles 52 et 53, pour la rencontrer enrichie, positivée, « épanouie » à l'article 54.

Ces trois articles disséminés ont été fusionnés en un seul article.

Autre exemple de l'antécédent traitement anarchique : **l'intrusion incongrue** singulière de la liberté de commerce à l'article 43 entre d'une part la liberté de conscience à l'article 42 et d'autre part la liberté de création intellectuelle, artistique et scientifique incluse dans l'article 44.

La liberté du commerce et de l'industrie a été en toute logique rétablie dans la rubrique des droits économiques sociaux et culturels à la suite du droit de propriété.

Autre absence d'enchaînement logique est la **césure** entre propriété privée et expropriation, couple traditionnellement et naturellement lié.

Si l'article 64 énonce le principe de la protection de la propriété privée, l'expropriation qui constitue une exception à ce principe, se retrouve perdue à l'article 22 dans le chapitre III traitant de l'Etat.

Ces deux articles initialement séparés ont été regroupés.

Au-delà d'un réajustement impérieux de l'enchaînement des droits et libertés, nécessaire à une meilleure lisibilité du texte constitutionnel par le citoyen, des précisions supplémentaires doivent être ajoutées afin de se mettre en conformité avec le standard international.

III- Renforcement substantiel des droits et libertés déjà consacrés

- 1) L'initial article 40 de la révision constitutionnelle de 2016 relatif à l'inviolabilité de la personne humaine a été enrichi par **l'ajout de la torture** et de la **traite des personnes** comme actes réprimés par la loi.

- 2) Une plus grande garantie de la liberté d'exercice des cultes s'est vue confortée par le devoir assigné à l'Etat d'assurer **la protection et la neutralité des lieux de culte** (ancien article 42).
- 3) L'initial article 43 relatif à la liberté d'investissement et de commerce a été reformulé afin de confier désormais à la loi la précision de certaines catégories d'investissement à caractère stratégique induisant **soit une participation majoritaire** soit un **contrôle direct ou indirect de l'Etat**.

Dans le même article est affirmée la nécessité de prévoir dans la loi les mécanismes appropriés **visant la transparence et l'effectivité** de la réalisation, de la gestion et de la liquidation des investissements dans un cadre de concurrence réelle et loyale.

- 4) La mission régulatrice du marché par l'Etat initialement greffée en tant que simple alinéa 3 dudit article 43, a été appréhendée et reconnue comme un des instruments lourds destinés à assainir et à encadrer la liberté de commerce.

Un article spécifique lui est désormais réservé.

- 5) Il en est de même pour la protection des consommateurs traitée dans un article autonome, suite à son extraction de l'article 43 ancien.
- 6) Un intérêt tout particulier a été manifesté à l'égard de **la liberté de presse** (ancien article 50) dont les diverses formes d'expression ont été énoncées et surtout précisées.
- 7) Concernant **le droit à l'éducation**, traité dans l'ancien article 65, deux nouvelles missions de vigilance ont été imparties à l'Etat :

- Ce dernier doit veiller en permanence à l'amélioration de la **qualité de l'enseignement** ;
- Il doit également veiller à la **neutralité des institutions éducatives** et à la **préservation de leur vocation pédagogique** et scientifique.

8) **Le droit à la santé** (ancien article 66) a été fortement consolidé en lui adjoignant les éléments indispensables et indissociables d'une santé de qualité en l'occurrence :

- La qualité des soins et la continuité des services de santé,
 - L'amélioration constante des conditions de vie et de travail,
 - Ainsi que la promotion de l'éducation physique, des sports et des loisirs.
- 9) **Le droit au travail** (ancien article 69) a désormais comme corollaire logique et salvateur pour le développement du pays, **le devoir** de travailler.

Le droit du travailleur à un salaire minimum garanti est inscrit.

Il en est de même quant au principe de l'encadrement par la loi des potentielles réquisitions de personnels pour les besoins d'intérêt général.

Une évolution fondamentale dans la garantie des libertés d'expressions, d'association, de presse et des partis politiques est traduite par la pleine affirmation de leur exercice par **simple**

déclaration, une garantie substantielle revendiquée de façon lancinante par le mouvement populaire.

L'apport le plus appréciable est l'intégration de nouveaux droits

IV- Intégration de nouveaux droits

En effet, le développement évolutif sociétal de par le monde a induit l'éclosion de nouveaux droits que le présent projet de révision doit nécessairement prendre en compte et inclure.

Cette mise en conformité avec les standards internationaux a ciblé les droits suivants :

1. Le droit à la vie,
2. Le droit à l'accès à l'eau potable,
3. Le droit à un développement durable,
4. Le droit de la femme à la protection contre la violence,
5. Le droit de l'enfant à la prise en compte de son intérêt supérieur,
6. Le droit de tout citoyen à la protection contre les discours haineux, de tout extrémisme et de toutes formes de discrimination (dans le préambule),
7. Le droit des citoyens à la participation à la gestion des affaires publiques (dans le préambule),
8. Le droit de pétition,
9. Le droit à la sécurité juridique,

10. Le droit à une qualité de vie (incluse dans le droit à la santé par exemple),
11. Le droit de la jeunesse algérienne à être associée de manière effective à la construction et au développement du pays (préambule).

Tout le soin apporté aux droits et libertés dans le présent projet de révision constitutionnelle est principalement justifié et guidé par l'accès du citoyen justiciable désormais admis au contrôle de constitutionnalité des lois, par le biais de la question préjudicielle de constitutionnalité (ancien article 188 de la révision de 2016). Dans cette optique, l'insistance sur la **lisibilité** du présent titre enrichi et précisé davantage, s'est imposée de façon continue.

LA PRÉVALENCE DU DROIT PUBLIC DANS LA RÉGULATION ÉCONOMIQUE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

NOUREDDINE BERRI

Professeur en droit public- Université de Béjaia.
noureddine.berri@univ-bejaia.dz

THE PREVALENCE OF PUBLIC LAW IN ECONOMIC REGULATION ELECTRONIC COMMUNICATIONS

Abstract

The law of economic regulation is being established, largely on the ashes of the economic organization built around state monopolies in charge of public services.

Regulation came to erase this action and allow the emergence of economic forces in sectors essential to the economic life of the State to which commercial law rules must be applied. It therefore finds itself stuck between bodies of legal rules - public and private-

Keywords : Regulation, electronic communications, public law, private law

Introduction

La régulation économique relève-t-elle du droit public ou du droit privé ? Ou plutôt, mettant plus en pratique des règles du droit public ou du droit privé ? Telle est la question posée par de nombreux chercheurs s'intéressant aux nouveaux modes d'intervention de l'Etat dans la sphère économique. Il apparaît clairement que « *Le droit de la régulation économique se met en place, en grande partie sur les cendres de l'organisation économique construite autour des monopoles d'Etat en charge des services publics* »¹. Renaissant des cendres de l'organisation étatique des services publics c'est dire que la régulation ne peut échapper aux règles régissant l'action publique. D'un autre côté, la régulation est venue effacer cette action et permettre l'émergence de forces économique sur des secteurs essentiels à la vie économique de l'Etat auxquelles il faut appliquer des règles du droit commercial. En somme, la régulation est « coincée » entre les deux corps de règles, de principes et de branches du droit et, le chercheur se concentre plus sur la prévalence de tel ou tel corps de règles que de chercher à quelle branche du droit appartient la régulation économique. C'est le cas dans le secteur des communications électroniques dans lequel l'Etat préserve une large part au droit public.

A travers la notion de régulation (I), la prévalence du droit public, via la régulation des services publics, se confirme clairement malgré la mutation de ceux-ci vers la notion de service universel (notion chère au droit de la concurrence) (II), le maintien de la notion de la propriété publique ne vient que confirmer la pérennité de l'action publique et du droit public dans la régulation économique (III).

¹ - Frison-Roche M-A, « Définition du droit de la régulation économique », D, 2004

I- Notion de régulation, la prévalence du droit public

Dans son acception micro-économique développée dans les pays anglo-saxons, la régulation est un concept qui est intrinsèquement lié à la notion de concurrence. Elle est aujourd'hui érigée en réalité incontournable du débat politique, en concept phare de l'économie publique et en attribut indispensable de toute science administrative un peu moderne¹. Le thème de régulation est désormais indissociable de la perspective néolibérale. L'Etat se charge d'assurer le maintien des grands équilibres économiques, en intégrant des contraintes de nature diverse².

Dans sa définition la plus générale, celle liée au modèle dit de l'Etat régulateur, déchargé des tâches d'opérateur, la régulation désigne en fait, les formes diverses d'intervention par lesquelles l'Etat « garantit pour le présent et pour l'avenir, le projet social, économique et culturel dont une communauté humaine est dotée »³, tout en déléguant au maximum les tâches opérationnelles à d'autres acteurs.

Le concept de régulation est considéré par certains auteurs, comme « une alternative à l'intervention directe d'un Etat entrepreneur ; elle vise la correction des déficiences du marché par

¹ - Voir, DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, éd. Dalloz et PNESE, Paris, 2004, p.481

² - GROZIER (M.), « Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes », in *Normes juridiques et régulation sociale*, s/ dir. De F. Chazel & J. Commaille, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 131.

³ -SILICANI (J-J), « Demain : l'Etat régulateur », *Les échos*, 16.02.2000, cité dans le rapport public du Conseil d'Etat Français sur les Autorité Administratives indépendantes, études & documents n° 52, 2001, p. 280 et s.

l'édiction de règles ou par l'institution d'autorités de supervision»¹.

En Algérie, hormis la définition donnée par le législateur au concept de régulation², la doctrine aborde le sujet d'un point de vue institutionnel, sans se livrer à une définition fonctionnelle et opérationnelle. En effet, les quelques analystes ayant entrepris des recherches sur le thème, lient la régulation à l'émergence d'institutions de régulation apparues à partir de 1990³. L'intérêt de la doctrine s'est porté tant sur les réformes économiques engagées par les pouvoirs publics que par la curiosité de discerner l'arrivée d'une nouvelle catégorie juridique dans le tissu administratif algérien (AAI).

¹ -JOBART (J.C.), "Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit", *Droit Prospectif*, n° 1, 2004, p. 54, plusieurs définitions sont données au concept de régulation parmi lesquelles on recense celles, recevables, proposées par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche., V. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les différentes définitions du droit de la régulation », in *Colloque DGCCRF sur : La régulation : monisme ou pluralisme ?*, LPA, n° 83, 1998, p.5

² - Art. 3 de l'ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, modifiée et complétée, *op.cit.*

³ - Voir par exemple, ZOUAÏMIA (R.), « Le droit économique dans la régulation en Algérie », *RASJEP* n° 1, mars 1990, pp. 99-112, du même auteur, entre autre, *Les autorités administratives indépendante et la régulation économique en Algérie*, éd. Houma, Alger, 2005, *Les AAI dans le secteur financier en Algérie*, éd. Houma, Alger, 2005 ; BELMIHOUB (M.-C.), « Dérèglementation dans les activités de réseaux : l'apport des nouvelles régulations économiques », *op.cit.*, KHELLOUFI (R.), « Problématique de la dérèglementation des services publics : approches juridique », *Les cahiers du CREAD*, n° 64, 2003, p.27, BENLATRACHE (M.), « Les autorités administratives autonomes dans le système bancaire : nouvelle approche du rôle de l'Etat », *Revue . Idara*, n°2, 2002, p.57 (en arabe), LEBAD (N.), « Les autorités administratives indépendantes », *Revue . Idara*, n°1, 2001, p. 7 (en arabe).

Des différentes définitions du concept de la régulation, une idée « garde-fou » doit être retenue ; celle de l'ordre public économique. La régulation sert de support pour maintenir les grands équilibres du marché notamment entre concurrence et exigence d'intérêt général. Ce dernier, malgré sa mutation, reste lié aux traditionnelles règles du droit public. La résurgence de l'Etat démiurge dans la sphère économique ces dernières années, qualifiée par la doctrine comme étant une crise du droit la régulation et des institutions qui y sont chargées¹, démontre que la régulation ne peut se passer de la nature publique de l'action étatique. C'est le cas dans le secteur des communications électroniques dans lequel l'Etat préserve une large marge de manœuvre.

L'exigence d'un encadrement institutionnel efficient du marché des communications électroniques a contraint l'Etat, parallèlement à son désengagement du secteur, à réviser son intervention dans le secteur en procédant à la création d'un régulateur spécialisé² : il s'agit de l'autorité de régulation de la poste et des communications électroniques (ARPCE), qualifiée par le législateur d'"autorité de régulation indépendante".

Cette nouvelle figure de l'architecture institutionnelle algérienne n'est toutefois pas le fruit d'une création d'un "génie

¹ - ZOUAÏMIA R. « La crise des autorités de régulation indépendantes en droit algérien » RARJ, Univ. Béjaia, Vol. 12, n° 3, 2022, pp. 13-40 (en arabe), Cf. également, IRZIL EL. « Vers l'abandon des autorités administratives de régulation en droit algérien », RARJ- Univ. Béjaia, Vol. 11, n° 1, 2020, pp. 483-504 (en arabe).

² - Cf. 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°33, 2007, pp.31-54, Cf. p.13.

législatif algérien¹, mais le fruit d'un simple décalquage sur le modèle français des autorités administratives indépendantes².

Ainsi, malgré le schéma unitaire de l'administration algérienne³, on assiste à l'apparition, dans l'univers administratif, d'une catégorie juridique nouvelle, celle d'autorités administratives indépendantes⁴.

1 - ALLOUI (F.), « Le caractère décoratif des autorités de régulation en Algérie », Recueil des actes du Colloque national sur les autorités de régulation indépendantes en matière économique et financière, Université de Bejaia, les 23 et 24 Mai 2007, pp.41-58, Cf. p.42

2- Cf. ZOUAIMIA (R.), *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, éd. Houma, Alger, 2005, p.6.

3 - En pratique, cette unité est assurée par l'existence de deux types de liens organiques : la hiérarchie, qui prend la forme de rapports de subordination directe ; la tutelle, qui soumet les organes professionnalisés au contrôle de l'Etat. Sur la question, voir, CHEVALLIER (J.), « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP la semaine juridique*, n°1, 1986, 3254

4 Les autorités administratives indépendantes sont définies comme des "organismes administratifs qui agissent au nom de l'Etat et disposent d'un réel pouvoir sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement", KHELLOUFFI (R.), « Les institutions de régulation en droit algérien », *Revue Idara (numéro spécial)*, n° 2, 2004, pp.69-121, Cf. p.76 ; Cf. également, ZOUAÏMIA (R.), « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique », *Ibid*, pp. 23-68, du même auteur, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, éd. Belkeise, Alger, 2012, LEBAD (N.), « Les autorités administratives indépendantes », *Rev. Idara*, n°1, 2001, p. 7 (en arabe); BENLATRECHE (M.), « Les autorités administratives autonomes dans le système bancaire : nouvelle approche du rôle de l'Etat », *Revue Idara*, n°2, 2002, p.57 (en arabe), BERRI (N.), *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, op.cit, AISSAOUI (A.), *Le contrôle juridictionnel sur le pouvoir répressif des AAI en matière économique*, Thèse de doctorat en Droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2015(en arabe). La doctrine française sur le sujet des AAI est pléthorique ; voir par exemple, GENTOT (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, éd. Montchrestien, Paris, 1994, LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des*

L'ARPCÉ fait partie cette catégorie spécifique d'AAI : spécifique en ce qu'elle est différente des organes de l'administration classique ; une spécificité résultant de la combinaison de plusieurs éléments : sa nature juridique qui s'est construite autour de la notion d'indépendance¹ et ses pouvoirs inhérents à des outils de travail inédits.

services publics en réseaux : Télécommunications et électricité, op.cit, THOMASSET-PIERRE (S.), *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, L.G.D.J, Paris, 2003, DAVIS (M.-H.), « L'expérience américaine des « *independent regulatory commissions* », in COLLIARD (C.-A.) & TIMSIT (G.), (s/dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Puf, Paris, 1988, pp. 222-234, MODERNE (F.), « Les modèles étrangers : étude comparée », in COLLIARD (C.-A.) & TIMSIT (G.), (s/dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, op.cit, pp. 186-221, CONAC (P.-H.), « Un exemple étranger : la SEC aux Etats-Unis », in *le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, éd. Economica, Paris, 2002, pp. 34-42, STASIAK (F.), « Autorités administratives indépendantes », *Rép. Dalloz*, Février 2004, TEITGEN-COLLY (C.), « Autorités administratives indépendantes », in Duhamel (O.), *Dictionnaire constitutionnel*, Puf, Paris, 1992, DEBEATS (E.), « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherche sur le concept d'"indépendance" », www.juridica.unam.mx/, TRUCHER (D.), « L'institution régulatrice de l'audiovisuel en France : de la haute autorité au conseil supérieur de l'audiovisuel », in DEBBASCH (C.) & GUEYDAN (C.) (s/dir.), *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle*, éd Economica, Paris, 1991, pp.19-28, COUREIL (E.), « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA*, n° 8, Janvier 1990. 71, Voir également, Conseil d'Etat Français, Rapport public sur *Les autorités administratives indépendantes*, La documentation Française, 2001.

¹ - L'indépendance de l'autorité n'est pas le propos dans la présente étude mais sa dépendance de l'exécutif témoigne l'attelage des organes de régulation au droit public et à la pérennité de l'action publique dans les régulation économique.

II- La régulation des services publics, témoin de la prévalence du droit public

La loi 18-04 prend pleinement en compte l'importance des services de communications électroniques dans le lien social en instituant un service universel de la poste et des télécommunications. Dès son article 4, la loi met à la charge de l'Etat de veiller, notamment, à la fourniture conforme aux prescriptions légales et réglementaires du service universel. Les dispositions ayant trait au service universel des communications électroniques dénotent de la reconnaissance par le législateur de l'existence de missions de service public en la matière. L'introduction de la concurrence dans le secteur des télécommunications pouvant se traduire pour les usagers par des distorsions de traitements selon leur situation géographique et/ou financière. De ce fait, le législateur a donc prévu un "garde-fou" en introduisant les concepts de service et d'accès universels. Les deux concepts de service universel (S.U) et d'accès universel (A.U) sont étroitement liés. Les deux termes sont d'ailleurs, dans certains cas, interchangeables¹. On retrouve les deux termes dans les textes législatifs et réglementaires régissant les télécommunications², même si le concept le plus usité est celui de

¹ - Les deux concepts sont définis de manière générale comme un ensemble de mesure d'intérêt public visant à garantir à tous, dans des conditions définies, l'accès à un ensemble de services reconnus comme essentiels, d'une qualité donnée, et à un prix abordable.

²- Voir, Décret exécutif n° 03-232 du 24 Juin 2003 déterminant le contenu du service universel de la poste et des télécommunications, les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement, *JORA* n°39 du 29-06-2003, modifié et complété par décret exécutif n°09-310 du 23 septembre 2009, *JORA* n° 55 du 27-09-2009. Un nouveau texte sur le service universel est adopté en 2018, suite à l'édiction de la nouvelle loi sur la poste et les communications électroniques ; décret exécutif n°18-246 du 9 octobre 2018 déterminant le contenu et la qualité du service universel de la poste et du service universel des communications

service universel. Ce dernier est considéré comme étant une nouvelle conception du service public¹. La notion de service universel est inventée aux Etats-Unis au début du 20^e siècle par (AT&T)². Il est utilisé par AT&T pour justifier l'unification des systèmes concurrentiels en un ensemble monopolistique.

La loi affirme implicitement le principe du maintien d'un service public des communications électroniques dans un environnement concurrentiel. Elle précise que l'Etat veille à la continuité et à la régularité des services offerts au public, au respect des règles d'une concurrence loyale entre opérateurs et à l'égard des usagers ainsi qu'à la fourniture conforme aux prescriptions légales et réglementaires du service universel³. En application de l'article 7

électroniques, les tarifs qui leur sont appliqués et leur mode de financement, JORA n° 26 du 10 octobre 2018.

Le terme accès universel figure dans les cahiers des charges des opérateurs de télécommunications (fixe et mobile). Voir par exemple, l'article 26.1 du cahier des charges relatif à l'établissement et à l'exploitation d'un réseau public de télécommunications et à la fourniture de services téléphoniques fixes internationaux, interurbains et de boucle locale en Algérie (cahier des charges annexé au décret exécutif n° 05-174 du 9 mai 2005 portant approbation d'une licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications et de fourniture de services téléphoniques fixes internationaux, interurbains et de boucle locale au public, (au profit du Consortium Telecom Egypt et Orascom Telecom holding agissant au nom et pour le compte de du Consortium Algérien de Télécommunications (CAT), JORA n° 34 du 5 mai 2005, p. 5.

¹ - Sur le sujet, voir, Debene M., « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification », *AJDA*, 1996, p. 183., Cf. également, BERRI (N.), *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2014, p. 175 et s.

² - Moine G., « Droit des télécommunications : le service universel, contenu, financement, opérateur », *AJDA*, 1997, p. 246.

³ - La loi française sur les télécommunications affirme expressément son attachement aux principes traditionnels du service public. L'article 35 du code de la poste et des communications électroniques Français prévoit que le service

de la loi sur la poste et les communications électroniques, les objectifs ainsi que le contenu du service universel sont définis par le décret exécutif n°18-246 du 9 octobre 2018 déterminant le contenu et la qualité du service universel de la poste et du service universel des communications électroniques, les tarifs qui leur sont appliqués et leur mode de financements.

Le décret en question, consacré au « service universel des communications électroniques », énonce explicitement les types de missions de service public devant être assurées dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité. Il s'agit de:

- La desserte en cabines téléphoniques installées sur la voie publique ;
- L'acheminement des appels d'urgence ;
- La fourniture du service de renseignements et d'un annuaire d'abonnés.

Dans le cadre monopolistique, les obligations du service universel étaient assumées par l'Etat. L'introduction de la concurrence a quasiment supprimé le recours au financement de l'Etat. De nouveaux modes de financement, compatibles avec la concurrence, sont alors prévus par le texte relatif au service universel. Néanmoins, quelques questions méritent d'être posées

public des télécommunications est assuré dans le respect des principes d'égalité de continuité et d'adaptabilité et qu'il comprend trois (3) composantes : le service universel des télécommunications ; les services obligatoires des télécommunications qui comprennent notamment, une offre sur l'ensemble du territoire, l'accès au réseau numérique à intégration de services, de liaisons louées, de commutation de données par paquet, de service avancés de téléphonie vocale et de service télex ; les missions d'intérêt général dans le domaine des télécommunications, en matière de défense, de sécurité, de recherche publique et d'enseignement supérieur. V. Rapport d'activité annuel de l'ARCEP 1997, www.arcep.fr

à la lecture de l'article relatif aux modes de financement de ce service.

L'article 9 du décret exécutif n° 18-246 du 9 octobre 2018 déterminant le contenu et la qualité du service universel de la poste et du service universel des communications électroniques, les tarifs qui leur sont appliqués et leur mode de financement dispose que « *Le service universel de la poste et des communications électroniques bénéficie :*

*-du financement éventuel de l'Etat dont les montants sont fixés par loi de finances ; des contributions des opérateurs de la poste et des communications électroniques établies comme suit : * pour les opérateurs de communications électroniques titulaires de licences, la contribution est fixée à trois pour cent (3%) du chiffre d'affaires hors taxes (...); * pour les opérateurs de communications électroniques titulaires d'autorisations générales, la contribution est fixée à trois pour cent (3%) du résultat comptable annuel brut ; (...)* »¹.

À travers ce texte, le législateur prévoit deux possibilités de financement : le financement éventuel de l'Etat et les contributions des opérateurs à hauteur de trois pour cent (3%) de leur chiffre d'affaire annuel. Toutefois, le texte reste flou en ce sens qu'il ne détaille pas les deux modes de financement.

S'agissant du premier mode, la question qui se pose est de savoir à quel moment et dans quel cas l'Etat procède au financement des obligations du service universel ? A l'issue d'une procédure infructueuse d'appel à la concurrence ? Un

¹ - Décret exécutif n° 18-246 du 9 octobre 2018 déterminant le contenu et la qualité du service universel de la poste et du service universel des communications électroniques, les tarifs qui leur sont appliqués et leur mode de financement, *op.cit*

financement continuels ? Comment ce financement est-il opéré ? S'agit-il d'un financement complémentaire à celui des opérateurs ?

Avant d'essayer de répondre à ces questions, on constate de prime abord que le financement opéré par l'Etat est mal adapté avec l'environnement concurrentiel dans la mesure où une procédure d'appel à la concurrence est prévue par le texte. En effet, comme l'écrit un auteur, " *si le service public s'autofinance par le double jeu du mécanisme de la péréquation et du monopole dont bénéficie l'exploitant, le concept de service universel les refuse*"¹. La logique de la régulation veut que les missions d'intérêt général qui s'imposent à l'ensemble des opérateurs doivent être financées dans des conditions transparentes et non discriminatoires. Or, le financement du service universel par l'Etat peut manquer de transparence et place l'opérateur historique, propriété de l'Etat, en position dominante par rapport aux autres opérateurs².

Enfin, il ressort de l'article précédent que les ressources financières mobilisées au titre du service universel sont intégrées au budget de l'autorité de régulation. Ces ressources doivent être réservées exclusivement au financement du service universel. Ces ressources comprennent à la fois les subventions de l'Etat et les contributions des opérateurs dont la gestion relève de l'ARPC³.

- Le deuxième mode de financement est celui de la participation de tous les opérateurs par une contribution à hauteur de trois pour

¹- Laget-Annamayer A., *La régulation des services publics en réseaux...*, op.cit, p.247

²- Cf. Crocq I., *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, éd. Economica, Paris, 2004, p. 216. Cf. également, Rodrigues S., « La régulation communautaire des services publics de réseaux : vers une théorie générale de la concurrence régulée ? », *Revue Flux*, n° 44, 2001, pp.80-90

³ - Art. 10 du décret exécutif n° 18-246 du 9 octobre 2018 déterminant le contenu et la qualité du service universel de la poste et du service universel des communications électroniques, les tarifs qui leur sont appliqués et leur mode de financement, op.cit.

cent (3%) de leur chiffre d'affaire. Ici, les opérateurs, qu'ils soient ou non prestataires du service universel, partagent le financement. Ce mode de financement est le plus adapté dans un environnement concurrentiel en ce qu'il ne crée pas de distorsion de la concurrence entre opérateurs. Si l'on exempte un opérateur de cette contribution, ce ne serait pas neutre vis-à-vis de la concurrence¹.

In fine, la nouvelle loi sur les communications électroniques prévoit la création d'un fond d'appui du service universel de la poste et des communications électronique dont la gestion est assurée par une commission multisectorielle présidée par le ministre chargé de la poste et des communications électroniques ou son représentant (Art. 10). Le fond est mis en place par décret exécutif n° 18-247 du 9 octobre 2018 fixant les modalités de gestion du fonds d'appui du service universel de la poste et du service universel des communications électroniques. La gestion du fonds est assurée par une commission multisectorielle qui a pour missions principales de statuer sur les projets proposés pour financement sur le fonds ; d'autoriser l'engagement des dépenses au titre du service universel de la poste et du service universel des communications électroniques ; d'adopter les cahiers des charges relatifs au service universel de la poste et au service universel des communications électroniques ; d'assurer le suivi de la mise en œuvre du service universel de la poste et du service universel des communications électroniques ; d'approuver le bilan financier du fonds, transmis par l'autorité de régulation de la poste et des communications électroniques (Art. 2 du décret exécutif n° 18-247)².

¹- Voir, Crocq I., *Régulation et règlementation dans les télécommunications*, op.cit, p.216

² - Ces dispositions relatives au service universel sont complétées par l' article 99 de la loi 18-04 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques, op.cit

III- Le maintien de la propriété publique sur les communications électroniques

L'article 2 de la loi 18-04 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques prévoit que les activités de la poste et des communications électroniques ne relèvent pas du régime de la domanialité publique¹, alors que l'article 20 de la révision constitutionnelle de 2020 maintient la propriété publique sur l'ensemble des télécommunications (réseaux et activités). Si le législateur soustrait les activités de communications électroniques du régime de la domanialité publique (frappé d'une inaliénabilité relative), c'est sans doute pour ne pas tomber en contradiction avec le texte constitutionnel et le principe de l'inaliénabilité absolue². Toutefois, les deux textes sont, *a priori* contradictoires et le législateur ne semble pas faire la distinction entre les deux notions.

La propriété publique est la propriété de l'Etat ou entité assimilable, par opposition à la propriété privée des particuliers, des communautés de particuliers et des entreprises. Plusieurs propriétés publiques sont accessibles librement au public. On peut

¹ - Le législateur reprend à la lettre la disposition de l'article 3 de la loi 2000-03 (abrogée et remplacée), *op.cit*

² - Un auteur soutient que le législateur a opéré une scission entre la propriété et les activités de télécommunications afin d'éviter de tomber dans la violation de l'article 17 de la constitution. Cf. Menouer M., *Droit de la concurrence*, éd. Berti, Alger, 2013, p. 157 ; toutefois, on peut affirmer le contraire dans la mesure où les télécommunications étaient pensées comme étant propriété publique en tant qu'ensemble : réseau et activités, au surplus, l'article 17 de la constitution (de 1996, devenu art. 20 aujourd'hui) consacrant la propriété publique sur les télécommunications est en vigueur depuis 1989, voire depuis 1976.

citer à titre d'exemple, les bibliothèques, les parcs, les forêts, les routes etc.¹

L'article 20 de la révision constitutionnelle du 1er novembre 2020 dispose que "*La propriété publique est un bien de la collectivité nationale. Elle comprend le sous-sol, les mines et les carrières, les sources naturelles d'énergie, les richesses minérales, naturelles et vivantes des différentes zones du domaine maritime national, les eaux et les forêts. Elle est, en outre, établie sur les transports ferroviaires, maritimes et aériens, les postes et les télécommunications, ainsi que sur les autres biens fixés par la loi*"². Cet article a pour but principal de protéger les richesses et ressources naturelles et les activités de service public (y compris les télécommunications) en les déclarant patrimoine public insusceptible d'une appropriation privée.

La loi domaniale de 2008 supprime le renvoi à la propriété publique et l'assimilation au domaine public³. Toutefois, si le législateur a essayé d'éviter la confusion entre domaine public et propriété publique, le maintien de l'article 3 de la loi 2000-03 (reconduit en 2018), faisant exception des télécommunications du domaine public, pose le problème avec autant d'acuité. En effet, si les communications électroniques demeurent propriété publique au sens de l'article 20 de la Constitution, elles sont toujours considérées comme étant une exception à la domanialité publique

¹ - Cf. Rahmani A., *Les biens publics en droit algérien*, éditions Internationales, Alger, 1996, p. 135., Cf. également, Bessaid M. T., « De quelques aspects saillants de la réforme des télécommunications », *RASJEP* n° 3, 2008, pp. 35-54

² - Voir également, l'article 17 de la constitution de 1996 et de 1989. L'article 22 la Constitution de 1976 disposait que les télécommunications étaient des propriétés publiques.

³ -V. l'article 6 de la loi n° 08-14 du 20 juillet 2008 modifiant et complétant l'article 12 de la loi n°90-30 portant loi domaniale. Loi n° 90-30 du 1^{er} décembre 1990, portant loi domaniale, *JORA* n° 52 du 2-12-1990, p. 1416, modifiée et complétée par la loi n° 08-14 du 20 juillet 2008, *JORA* n° 44 du 3-8-2008.

au sens de l'article 2 de la loi 18-04 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques¹.

En définitive, libéraliser les activités de télécommunications ne nécessitait pas de ranger ces dernières dans le domaine public, mais aurait dû être pris en compte dans le dernier amendement constitutionnel afin de corriger la rédaction défectueuse des dispositions de l'article 20 de la Constitution actuelle. Car, on ne peut raisonnablement dire que l'Etat ou la collectivité nationale est propriétaire des transports aériens ou bien des télécommunications en ce sens qu'il s'agit d'activités insusceptibles d'appropriation. La propriété publique peut être établie sur des installations, des biens, mais pas sur une activité². A la rédaction défectueuse de textes « constitutionnels » s'ajoute l'adoption d'une régulation purement étatique, celle du maintien de l'opérateur historique dans le giron public. En effet, Algérie Télécom EPE/SPA opère dans le secteur des télécoms comme paternel des infrastructures de bases des communications

¹- On relève au passage, une autre contradiction entre l'article 17 de la constitution et l'article 15 de la loi domaniale qui n'a pas été réglée avec la modification de cette dernière en 2008 ; alors que la constitution classe le sous-sol et les sources naturelles d'énergie comme propriété publique, la loi domaniale les intègre dans le domaine public « naturel ».

² - En consacrant deux alinéas différents, il semble que le Constituant visait deux choses différentes :

-établir la propriété publique sur les biens considérés comme richesses nationales ;

-établir le contrôle de l'Etat sur les activités auxquelles l'Etat attache le caractère de service public. Activités qui peuvent être exercées par des personnes privées sous le régime de la délégation. On peut à cet égard, se référer à l'article 23 de la Constitution qui dispose que " *L'organisation du commerce extérieur relève de la compétence de l'Etat*". Il pourrait en être de même pour les activités mentionnées à l'alinéa 2 de l'article 20 : elles sont placées sous la maîtrise de l'Etat en raison de la nécessité pour les pouvoirs publics de veiller à la protection de l'intérêt général.

électroniques. Dans la mesure où l'entreprise opère dans un secteur qui revêt un caractère stratégique, la loi impose qu'elle soit régie par son statut organique¹ en vigueur, ou par un statut spécial fixé par voie réglementaire². Si Algérie Télécom est organisée selon le moule de la société commerciale, elle reste propriété de l'Etat et se situe, comme le souligne un auteur s'exprimant sur l'ambivalence de l'entreprise publique, "au cœur d'une logique, celle de l'Etat qu'elle va continuer à subir dans la mesure où elle ne naît pas ex nihilo"³. En effet, le constat est sans équivoque ; l'entreprise est marquée profondément par des préoccupations socio-politiques du système sur lesquelles elle n'a pas de prise.

Quant à son influence sur le marché des communications électroniques, son caractère public lui offre la possibilité de

1- Art. 6 de la loi 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, à la gestion et à la privatisation des EPE, *op.cit.* Malgré nos efforts considérables, les dirigeants d'Algérie Télécom interdisent tout accès aux documents de l'opérateur y compris son statut.

2 - Art. 6 de la loi 01-04, *ibid.* En l'absence de texte réglementaire, on peut supposer qu'Algérie Télécom est considérée comme une entreprise publique ordinaire. Il est possible, en somme, de la comparer par exemple, avec SONELGAZ qui a fait l'objet d'un décret présidentiel qui en fixe les statuts, V. Décret présidentiel n°02-195 du 1^{er} juin 2002 portant statut de la Société Algérienne de l'électricité et du gaz dénommée "SONELGAZ. spa", *JORA* n°39 du 02-06-2002, ou encore avec SONATRACH, V. Décret présidentiel n°98-48 du 11 février 1998 portant statuts de la société nationale pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures " SONATRACH", *JORA* n° 07 du 15-02-1998 modifié et complétée par décret présidentiel n°2000-271 du 23 septembre 2000, *JORA* n° 57 du 24-09-2000. Un autre élément permet également une telle affirmation : il s'agit du projet d'ouverture du capital d'Algérie Télécom qui a été abandonné par la suite. Or, les entreprises dites stratégiques ne peuvent faire l'objet d'une privatisation partielle.

3- ZOUAÏMIA (R.), « L'ambivalence de l'entreprise publique en Algérie », *RASJEP* n° 1, 1989, pp. 145- 157, Cf. p.151.

dominer les autres concurrents compte tenu des subventions que lui accorde l'Etat, par exemple dans le cadre du financement du service universel ou du fait de sa détention du principal des télécommunications (réseau et infrastructures). Il y a, certes, un régulateur pour veiller à l'existence d'une concurrence effective et loyale sur le marché, mais cette situation de réguler « sans privatiser l'opérateur public » contient un obstacle majeur. Dans cette situation, l'opérateur public peut s'affranchir de la discipline du marché grâce à la protection que lui confère son actionnariat public¹.

Aussi, l'article 13/2 de la loi n° 18-04 précitée, prévoit que « L'Autorité de régulation est chargée d'assurer la régulation des marchés postal et des communications électroniques pour le compte de l'Etat. A ce titre, elle a pour missions :

2- Veiller à l'instauration, dans le respect du droit de propriété, du partage d'infrastructures de communications électroniques ; (...) »

Ici, se pose la question du partage d'infrastructures de communications électroniques dans le cadre d'une concurrence effective, assurée par l'autorité de régulation. En effet, le partage visé dans cet article traduit une vision simpliste de la chose. Le plus important est l'accès équitable aux infrastructures *essentielles* de communications électroniques ou, de permettre une concurrence loyale par les infrastructures. La concurrence a longtemps concernée les services dans le secteur des télécommunications (loi n°2000-03) et, parmi les avancées notoires de la loi n° 18-04 on cite, le dégroupage de la boucle locale de

¹ - Voir, DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, op.cit, p.566.

l'opérateur historique pour permettre le développement d'une concurrence par les infrastructures¹.

Si l'on peut évoquer, théoriquement, la possibilité de la suppression de la régulation sectorielle des communications électroniques au profit du droit de la concurrence, il n'en est pas de même d'un point de vue pratique, car le moment du retrait de "l'ex ante" semble très loin. Ce constat est fondé dans la mesure où, d'une part, l'on remarque que non seulement le besoin de régulation sectorielle *ex ante* ne diminue pas mais il semble au contraire avoir tendance à augmenter et, d'autre part, à défaut d'une réelle concurrence entre infrastructures, on n'imagine pas comment une industrie de réseau pourrait fonctionner sans intervention d'une autorité de régulation garantissant la neutralité de l'accès à l'infrastructure essentielle².

Le développement de la concurrence par les infrastructures est nécessaire pour réduire progressivement le champ de la régulation sectorielle : les nouvelles technologies permettraient de déployer de nouveaux réseaux d'infrastructures concurrentes de celles de l'opérateur historique (développement du satellite, des réseaux sans fils, de la fibre optique, etc.) ce qui permettrait alors d'accroître la concurrence. Pour que la concurrence dans le secteur arrive à maturité, les opérateurs alternatifs devront déployer des boucles locales résidentielles optiques, marquant ainsi le point d'aboutissement d'un processus graduel d'investissement dans des réseaux de plus en plus capillaires, leur permettant ainsi progressivement de s'affranchir du réseau de l'opérateur

¹ - Sur la théorie des infrastructures essentielles, voir, DEZOBRY (G.), *La théorie des facilités essentielles : essentialité et droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J, Paris, 2009

² - Cf. DEZOBRY (G.), « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », *RFAP*, n°143, 2012/3, pp. 645-654.

historique. Ce dernier, à défaut d'une concurrence par les infrastructures, reste en situation de monopole par rapport aux opérateurs alternatifs. La nouvelle loi prévoit le processus du dégroupage de la boucle locale à l'article 102¹.

¹ - Sur la question du dégroupage de la boucle locale, voir, LOMBARD (M.), « L'accès dégroupé à la boucle locale », in, *Les entretiens de l'autorité (ART France)* du 23 mars 1999, p. 7. L'intérêt de l'opération de dégroupage est d'éviter la duplication des infrastructures téléphoniques tout en permettant le développement effectif de la concurrence. Voir, PRADA-BORDENAVE (E.), « L'annulation d'une décision de l'autorité de régulation des télécommunications en matière de tarifs de dégroupage de la boucle locale, et ses conséquences », *RFDA*, Juillet-Août 2005, p.802.

ÉDITIONS



Faculté de Droit et des Sciences Politique
Université Abderrahmane Mira de Bejaia

Pôle Aboudaou, Route de Tichy

Mail : Revue.public.compare@droit-univ-bejaia.dz

Tel/Fax 034 816 83



ISSN : 2830-9979

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

REVUE DE DROIT PUBLIC COMPARÉ

Revue semestrielle référencée

Publiée par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Université Abderrahmane Mira de Bejaia

VOL 01-N°02 - ANNEE 2023

ISSN : 2830-9979

Dépôt légal : OCTOBRE 2023





جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

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



REVUE DE DROIT PUBLIC COMPARÉ

Revue semestrielle référencée

Publiée par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université Abderrahmane Mira de Bejaia

VOL 01- N°02 - ANNEE 2023

ISSN : 2830-9979

Dépôt légal : OCTOBRE 2023

