



جامعة محمد الصديق بن يحيى
جيجل-الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية



أبحاث قانونية وسياسية

مجلة نصف سنوية علمية محكمة متخصصة في الحقوق والعلوم السياسية



العدد الخامس



جامعة محمد الصديق بن يحيى
جيجل-الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أبحاث

قانونية وسياسية

مجلة نصف سنوية دولية علمية محكمة متخصصة في الحقوق و العلوم السياسية

الرئيس الشرفي: الأستاذ الدكتور صالح كعواش

مدير المجلة: الأستاذ الدكتور مراد كاملي

رئيس تحرير المجلة: الدكتور فاتح خلاف

نواب رئيس التحرير:

*الدكتور عبد الحليم بوشكيوة

*الدكتور بلال لعيساني

أعضاء هيئة تحرير المجلة

د.رشيد لرقم د. عماد لبسيد د. عبد الكريم موكة د. عبد الرقيق كشوط د. حسن هاشمي د. السعيد سليمان أ. راجح يسعد.

الطاقم الإداري

الأمين العام للكلية السيد /مروان كعيبي السيد/ بدر الدين بوقريطة السيد/ رياض طيطة

العدد الخامس، ديسمبر 2017

إن المقالات المنشورة في المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة، ولا تتحمل هيئة التحرير أو الهيئة العلمية أية مسؤولية عن الإخلال بأصالة البحث، و إنما يتحملها صاحب المقال فقط.

الإيداع القانوني: 2006-1660

الترقيم الدولي: ISSN 1112-7090

الهيئة العلمية للمجلة

أ.د. نصر الدين سمار	حقوق	جيجل
أ.د. مراد كاملي	حقوق	جيجل
أ.د/ عبد الحليم بن مشري	حقوق	بسكرة
أ.د/الكاهنة أرزيل	حقوق	تيزي وزو
أ.د/ عبد الرحمان لحرش	حقوق	جامعة عنابة
أ.د/ محفوظ بن صغير	حقوق	المسيلة
أ.د/ سامي بن حملة	حقوق	قسنطينة
أ.د/ سامية قايدي	حقوق	تيزي وزو
د/ المكي دراجي	حقوق	الوادي
د/ مراد فول	علوم سياسية	الجزائر 3
د/ عبد الحق قريمس	حقوق	جيجل
د/ نبيل كرينش	علوم سياسية	جيجل
د/ كمال راشد	حقوق	جيجل
د/ مليكة خشمون	حقوق	جيجل
د/ فريدة حموم	علوم سياسية	جيجل
د/ أمين بلعيفة	علوم سياسية	جيجل
د/ عبد القادر سعيد عبيكشي	علوم سياسية	جيجل
د/ فاتح خلاف	حقوق	جيجل
د/ رشيد عثمانة	علوم سياسية	جيجل
د/ عبد الكريم موكة	حقوق	جيجل
د/ حسين بلحيرش	حقوق	جيجل
د/ حسن هاشمي	حقوق	جيجل
د/ عبد الحليم بوشكيوة	حقوق	جيجل
د/ رايح بن غريب	حقوق	جيجل
د/ عبد الرفيق كشوط	علوم سياسية	جيجل
د/ عبد القادر غيتاوي	حقوق	أدرار
د/الطيب قبائلي	حقوق	بجاية
د/ عبد العالي حاحة	حقوق	بسكرة

د/ شوقي يعيش تمام	حقوق	بسكرة
د/ عبد القادر بوراس	حقوق	تيارت
د/ خالدية مكي	حقوق	تيارت
د/ محمد بوكماش	حقوق	خنشلة
د/ آسيا العمراني	علوم سياسية	تيزي وزو
د/ آمال يعيش تمام	حقوق	بسكرة
د/ محمد سي بشير	علوم سياسية	المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية
د/ عبد القادر حوبة	حقوق	الوادي
د/ أمينة رباحي	علوم سياسية	الجزائر 3
د/ تسعديت مسيح الدين	علوم سياسية	المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية
د/ كنزة مغيش	علوم سياسية	الجزائر 3
د/ ميلود بن عبد العزيز	حقوق	جامعة باتنة
د/ سليمة لدغش	حقوق	الجللفة
د/ فهمية قسوري	حقوق	باتنة 1
د/ محمد حمودي	حقوق	المركز الجامعي تندوف
د/ لخضر راجحي	حقوق	الأغواط
د/ الشريف بجاوي	حقوق	أدرار
د/ خالد حساني	حقوق	بجاية
د/ محمد خليفة	حقوق	عنابة

قواعد النشر في المجلة

- على الأساتذة و الباحثين الراغبين في نشر مقالاتهم بمجلة الكلية " أبحاث قانونية وسياسية " التقيد بما يلي:
- ارتباط البحث بمجال تخصص المجلة، أي العلوم القانونية والسياسية.
- تميز البحث بالجدة، بأن ينصب على مواضيع الساعة التي تشغل بال الباحثين في مجال القانون والسياسة.
- ألا يكون البحث قد نشر أو أرسل للنشر في جهة أخرى، أو قدم في ملتقى علمي، ويلتزم الباحث بتقديم تصريح شرعي بذلك (متوفر بموقع الكلية على الانترنت).
- تقديم البحث، في نسخة الكترونية أو نسختين ورقيتين، على ألا يتجاوز خمسة عشر (15) صفحة، بحيث تتضمن الورقة الأولى منه ما يأتي: عنوان المقال، إسم الباحث و رتبته العلمية و المؤسسة التابع لها (قسم، كلية، الجامعة)، الهاتف، العنوان الإلكتروني، ملخصين للمقال في حدود 07 أسطر فقط يحرر أحدهما باللغة العربية، بينما يحرر الآخر باللغة الإنجليزية أو الفرنسية.
- تحرير البحث ببرنامج Word بالنسق العادي و RTF: باللغة العربية خط simplified arabic حجم 12 للمتن، أما باللغة الأجنبية فيحرر بخط Times New Roman، حجم 12 للمتن، بينما ترقم الهوامش بطريقة آلية « Note de fin » ، و ذلك بالترتيب التالي: المؤلف، عنوان الكتاب أو المقال أو المداخلة أو الرسالة، رقم الطبعة، دار النشر، مكان النشر، بلد النشر، سنة النشر، الصفحة. هوامش الصفحة: 02 أعلى، 02 أسفل، 02 يمين، 02 يسار، رأس الورقة 1.5، أسفل الورقة 1.25، حجم الورقة مخصص (24/16) .
- يتوقف نشر البحوث المقدمة على موافقة هيئة التحكيم، ويتم تبليغ أصحابها برأي الخبراء بالقبول أو بالرفض.
- في حالة قبول البحث للنشر، لا يمكن لصاحبه سحب، ويمتنع عن إعادة نشره مجددا، كما يمكن لهيئة التحرير إدخال تعديلات شكلية على المادة العلمية المرشحة للنشر، دون المساس بجوهر الموضوع.
- لا ترد البحوث المرسلة إلى المجلة إلى أصحابها، سواء نشرت أو لم تنشر.
- تعبر البحوث المنشورة عن وجهة نظر أصحابها، ولا تلزم المجلة من الناحية القانونية، كما لا تتحمل هيئة التحرير أو الهيئة العلمية أية مسؤولية عن الإخلال بأصالة البحث، و تقع المسؤولية كاملة على الباحث.

المراسلات و الاشتراك:

توجه جميع المراسلات إلى الدكتور فاتح خلاف
رئيس تحرير مجلة أبحاث قانونية وسياسية، مجلة نصف سنوية دولية علمية محكمة
أمانة العميد، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة محمد الصديق بن يحيى-جيجل، 18000، الجزائر
البريد الإلكتروني revue.rjp18@gmail.com للمجلة

فهرس مقالات العدد الخامس- ديسمبر 2017

الصفحة	عنوان المقال	الجامعة	صاحب المقال
21-10	"شريك قاصر" في شركة تضامن؟! :ضرورة تعديل نص المادة 562 من القانون التجاري	أستاذ محاضر (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر	الدكتور: عبد الحق قريمس
50-22	أساليب تمويل المرافق العمومية المحلية بالجزائر	أستاذ محاضر (أ)، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر3	الدكتور: سمير بو عيسى
69-51	مقاربة الإنجاز بالقرب في إطار التسيير المحلي	أستاذ محاضر قسم " أ"، قسم العلوم السياسية، جامعة جيجل	الدكتور: نبيل كريبش
86 -70	عدم الاحتجاج بالسر البنكي في مواجهة القاضي الجزائري	أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة سكيكدة، الجزائر	الأستاذ: علي بوشرك
103-87	الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة من خلال آلية ملتزم الرقابة	أستاذ محاضر (ب)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، سطيف	الدكتور: قدور ظريف
121-104	مبدأ الحيطة في النظام القانوني للمنظمة العالمية للتجارة	أستاذ مساعد قسم أ، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر	الأستاذ: شعيب جليط

142-122	جرائم الممارسات التجارية في ظل القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم	أستاذة مساعدة (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر	الأستاذة: سهيلة بوزبرة
158-143	إشكالية تطبيقات الخطأ في مجال حماية البيئة	أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر	الأستاذ: نور الدين بوشليف
180-159	حماية قاضي الاستعجال الإداري لحرية تنقل الأجانب في الجزائر	أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر	الأستاذ: سمير بلحيرش
198-181	عن أولوية المنتج ذو المنشأ الوطني والمؤسسات الوطنية في مجال الصفقات العمومية	أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر	الأستاذ: عبد الغني بولكور
211-199	تسوية منازعات المستهلك ذات الطابع الدولي بين اللجوء إلى القضاء الوطني والوساطة	أستاذة مساعدة (أ)، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة، الجزائر	الأستاذة: كوثر مجدوب
222-212	استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري	أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر	الأستاذ: جمال بن بخمة

252-223	مفهوم جريمة العدوان في ظل تطوّر نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية	أستاذ مساعد أ، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر مسجل في الدكتوراه علوم بكلية الحقوق، جامعة عنابة	الأستاذ: حكيم سياب
271-253	مساهمة صندوق استثمار أموال الزكاة في دعم سياسة التشغيل	مسجلة دكتوراه ل م د، قسم الحقوق جامعة تيزي وزو، الجزائر	طالبة الدكتوراه: نادية طيبي
287-272	دور مجلس المنافسة في ضبط النشاط البنكي وفقا للتشريع الجزائري	مسجل دكتوراه ل م د، جامعة باتنة، الجزائر	طالب الدكتوراه: عصام العايب
303-288	تسيير المرفق العام في القانون الجزائري	مسجلة دكتوراه ل م د، قسم الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر	طالبة الدكتوراه: صبرينة عصام
319-304	دور المحكم في العملية التحكيمية	مسجلة دكتوراه ل م د، قسم الحقوق، جامعة عنابة	طالبة الدكتوراه: مريم بن عبد الكريم

كلمة مدير المجلة

السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

إن صدور العدد الخامس لمجلة أبحاث قانونية وسياسية لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيغل يُعدّ تنويجا للجهود المبذولة للخروج بهذا المولود إلى الأفق الرحبة والمقروئية.

كما أن مرور سنتين على صدورها بكم معتبر من المقالات المنشورة فيها لمختلف الباحثين من جامعات الوطن يؤكد أنها تجاوزت مرحلة الخاض، وهي تشق طريقها بثبات رفقة الإصدارات الجامعية الرائدة المتنوعة في الجامعات الجزائرية.

إن هذا العدد الخامس يحمل في طياته مجموعة من الأبحاث الجادة، في مجالي الحقوق والعلوم السياسية، لأساتذة وطلبة الدكتوراه، من داخل الكلية وخارجها، وهي في مجملها تنسم بالجدة والطرح العميق الهادف، وتعكس اهتمام المجلة بالمواضيع المتسمة بالطرح الجريء، والتحليل المعمق.

الأستاذ الدكتور / مراد كاملي

مدير المجلة

كلمة رئيس تحرير المجلة

السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

بمناسبة صدور العدد الخامس للمجلة يسرنا أن نبارك للأساتذة بلوغ المجلة عتبة العدد الخامس، و ذلك بفضل العمل المتواصل من طرف المشرفين عليها، و المشاركة الكبيرة من قبل الأساتذة من الجامعات الوطنية و العربية على السواء.

و في هذا الإطار لا يسعنا سوى التأكيد على أن هيئة التحرير مستعدة للمضي قدما في سبيل تحقيق أكبر قدر من الإنتشار للمجلة على مستوى مختلف المنصات و الأرضيات المخصصة للمجلات العلمية المحكمة، على الرغم من إدراكنا مدى ثقل المهمة الملقاة على عاتقنا.

و في الأخير يسرنا أن نجدد توجيه الدعوة إلى جميع الباحثين في مجالي الحقوق و العلوم السياسية من أساتذة و طلبة الدكتوراه من أجل المساهمة بأبحاثهم في إثراء المجلة، و نحن في خدمتهم في سبيل الرقي بالبحث العلمي في وطننا العزيز الجزائر.

الدكتور / خلاف فاتح

رئيس تحرير المجلة

شريك قاصر في شركة تضامن؟! : ضرورة تعديل نص المادة 562 من القانون التجاري

الدكتور: عبد الحق قريمس

أستاذ محاضر (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر

ملخص:

تسمح المادة 2/562 من القانون التجاري للقاصر بالاشتراك في شركة التضامن، من خلال تلقي حصة مورثه المتوفى، إذا وجد بند في العقد التأسيسي للشركة يقضي باستمرارها بعد وفاة الشريك المتضامن مع ورثته ولو كانوا قسرا. إن وضع القاصر، باعتباره ناقص أو عديم الأهلية، لا يسمح له في الأصل الانضمام لشركة مثل شركة التضامن التي تقضي المادة 551 ق. تجاري باكتساب الشركاء فيها لصفة التاجر. إن حالة عدم أو نقص أهلية القاصر الشريك في شركة التضامن تثير عديد الإشكالات، وحتى وإن كانت المادة 2/562 ق. تجاري قد أوضحت بأن مسؤولية القاصر عن التزامات الشركة تتحدد بحصة مورثه فحسب، فإن انتماءه لهذه الشركة يكسبه وصف التاجر، ومن شأنه أن يعرضه لمختلف الأخطار المترتبة عن هذا الوصف، خاصة في حالة تعرض الشركة ذاتها للإفلاس. إن منهج الحماية الواجبة للقاصر، الذي تفرضه القواعد العامة والقواعد المنظمة لشركة التضامن تستدعي تسوية الوضعية الناجمة عن اشتراكه فيها بشكل يحفظ من جهة الحقوق المالية للقاصر، ومن جهة ثانية مصلحة الشركاء المتضامين، وهو ما يمكن أن يتحقق بالاحتفاظ بالشركة مع تحويلها إلى شركة توصية بسيطة، يحتل فيها القاصر مركز الشريك الموصي.

Résumé :

L'article 562 alinéa 2 du code commerce laisse entendre que le mineur peut recevoir des droits sociaux d'une société en nom collectif par succession, lorsqu'une clause statutaire prévoit sa continuation avec les héritiers de l'associé décidé, alors qu'un mineur, incapable de son état, ne peut, en principe, faire partie d'une société en nom collectif, pour laquelle l'article 551 du Code de commerce dispose que les associés ont tous la qualité de commerçant.

L'incapacité du mineur associé d'une société en nom collectif soulève, dès lors, d'indéniables difficultés. Même si l'article 562/2 du code de commerce tient à souligner que le mineur ne répond des dettes sociales qu'aux limites de la succession de son auteur, l'appartenance à ce type de société lui octroie la qualité de commerçant, et l'expose ainsi aux risques liés à cette qualité, surtout en cas de la faillite ou du règlement judiciaire de la société.

Les règles protectrices du droit commun du mineur ainsi que les règles propres à la société en nom collectif imposent que la situation doit être régularisée, de manière à préserver ses intérêts pécuniaires, ainsi que ceux des autres associés en nom, par la transformation de ladite société en société en commandite simple dont le mineur serait commanditaire.

مقدمة

يحصل الانضمام إلى الشركات التجارية عمليا إما بطريقة إرادية، من خلال الاشتراك في إجراءات تأسيس الشركة من البداية، وفي حكمه الانضمام إليها بعد التأسيس وخلال مرحلة النشاط، باكتساب حصص أو الاكتتاب في أسهم في رأس المال، كما يمكن أن يتم هذا الانضمام بطريقة غير إرادية، على إثر حدث غير إرادي، مثل التركة، على إثر وفاة الشريك الشخص الطبيعي، أو النقل الشامل للذمة، بفعل ضم الشركة القائمة أو اندماجها مع شركة أخرى¹.

إن الانضمام الإرادي إلى الشركات التجارية يتوقف، حسب المستقر عليه لدى الفقه، على توافر الأهلية التجارية، وهي أهلية التصرف كأصل، أي أهلية الرشيد البالغ، لأن عقد الشركة من قبيل التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر².

تتأكد قيمة اشتراط الأهلية التجارية لدى الشريك بشكل أوضح في نوع شركات الأشخاص³، بفعل الأثر المترتب عن الانضمام إليها بحق الشريك، وهو اكتسابه صفة التاجر، وما يستدعيه من مسؤولية شخصية وغير محدودة عن ديون والتزامات الشركة⁴. إن مثل هذا الحكم يقتضي القول باستبعاد إمكانية أن يبرم القاصر عقد شركة مع الآخرين، وإلا كانت باطلة بطلانا نسبيا لا يتمسك به إلا القاصر وحده⁵.

إذا كان تطبيق هذا الحكم يصدق بسهولة على حالة الاشتراط الإرادي في شركة التضامن، فإنه يثير التساؤل عن مدى تطبيقه بشأن حالة الاشتراك غير الإرادي، وتحديدًا في حالة الورثة القصر للشريك المتوفى، الذين يعترف لهم القانون⁶، بصفة الشريك في شركة التضامن، ولكن في حدود وأوصاف معينة، لا تتسجم في كنهها وجوهرها مع خصوصية مركز الشريك المتضامن.

إن انسجام النصوص النازمة لأحكام شركة التضامن يستدعي مراجعة مضمون الحكم المذكور، الوارد في المادة 2/562 تجاري، بشكل يراعي من جهة وضع القاصر وما يقتضيه من تدابير خاصة للحماية، ووحدة أحكام شركة التضامن من جهة أخرى.

أولاً - تحديد مركز القاصر في شركة التضامن:

يقتضي بحث مسألة إمكانية اشتراك القاصر في شركة التضامن وتقديم إجابة واضحة بشأنها ضرورة التعرض لمظاهر الخصوصية التي تميز مركز الشريك في هذا النوع من الشركات، وبيان مدى انسجامها مع تدابير الحماية المقررة للقصر بشكل عام، وعلى الخصوص في مجال النشاط التجاري.

وإذا كان الأصل هو اشتراط الأهلية التجارية للاشتراك في شركة التضامن، عندما يتعلق الأمر بالانضمام الإرادي لهذه الشركة، فإن انضمام القاصر يمكن أن يتم بريق آخر مختلف وغير إرادي، هو التركة، عندما يحل في حصة مورثه المتوفى.

1- اشتراط الأهلية التجارية للاشتراك الإرادي في شركة التضامن: للشركاء في شركة

التضامن، حسب نص المادة 1/551 ق. تجاري، صفة التاجر، ويتحمل كل منهم بالالتزامات القاسية للتجار، وأهمها المسؤولية التضامنية وغير المحدودة عن ديون الشركة والتزاماتها. ويبرر الفقه هذا الوصف بالقول بأن " كل شريك في شركة التضامن يعتبر أنه يزاول التجارة لأنه يأخذ على عاتقه مسؤولية والتزامات الشركة تجاه الغير، باعتبار أن مسؤولية الشريك الشخصية والتضامنية تعتبر امتدادا لشخصية الشركة، لأن الشريك يتحمل مسؤولية مزولة الشركة للأعمال التجارية، وبذلك يمكن القول: أن الشريك يزاول الأعمال التجارية"⁷.

نتيجة للوصف السابق، فإن جميع الشركاء في شركة التضامن "... ينبغي أن يتمتعوا بالأهلية القانونية، وأن تتوفر فيهم الشروط المطلوبة لممارسة نشاط تجاري والحصول على قيد في السجل التجاري"⁸، كما "... لا ينبغي أن يكون الشركاء ... محل حجر أو حرمان أو عديمي الأهلية"⁹.

إن اشتراط الأهلية التجارية لدى الشريك في شركة التضامن يبرر - إلى جانب ما ذكر عن الآثار الخطيرة التي قد تحملها في حالة تعثر نشاط الشركة - باعتبارات قانونية وعملية أخرى، من بينها قدرته على التعبير عن إرادته في عقد الشركة وسلامة هذه الإرادة من العيوب، وما تقتضيه من تبادل الإيجاب والقبول مع غيره من الشركاء، والتوقيع على العقد ومراقبة الموثق لتوافر شرط الأهلية القانونية لديه، إلى جانب إمكانية مساهمته في الإجراءات العملية اللاحقة للتوقيع على العقد التأسيسي أمام الجهات القضائية والإدارية المختصة.

ويكتسب كل شريك في شركة التضامن صفة التاجر، إذا لم تكن له هذه الصفة قبل الدخول في الشركة، بأن يكون له نشاطا تجاريا فرديا خاصا به، ويترتب على ذلك أن الشريك المتضامن يجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة لمباشرة التجارة¹⁰.

وترتبا على ما سبق ذكره، فإنه "لا يجوز للقاصر أن يكون شريكا متضامنا لأنه لا يستطيع أن يكون تاجرا"¹¹، بحيث يقع "الاكتساب الإرادي لحصص في شركة التضامن ... تحت طائلة البطلان لانعدام الأهلية، إذا كان ذلك الاكتساب لمصلحة قاصر، أو بالغ خاضع لتدبير الوصاية أو القوامة"¹².

إنّ مثل هذا الحظر يمتدّ حتى إلى حالات الاشتراك الإرادي التي تتم بطريق النيابة، سواء منها القانونية أو القضائية، إذ "لا يجوز للولي أو الوصي أن يبرم عقد شركة أشخاص لمصلحة القاصر يكون فيها القاصر شريكا متضامنا لما يترتب على ذلك من اكتساب القاصر صفة التاجر، ومسؤوليته المطلقة والتضامنية عن ديون الشركة في أمواله الخاصة"¹³، ولا أن يباشر هذا النشاط باسم القاصر ولحسابه¹⁴.

إنّ اشتراك القاصر في شركة التضامن يمكن أن يثير إشكالات فيما يخص حالات التنافي، فالواضح أن الأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية التجارية لا يمكنهم الاشتراك في شركة التضامن¹⁵. إنّ الوضع الناشئ في مثل هذه الحال يمكن تسويته بالنسبة للشركة الشخص المعنوي، بتحويلها إلى شركة توصية بسيطة أو شركة مساهمة¹⁶؛ أما وضع القاصر، فإنه يقتضي، إعمالا لمقتضيات الحماية المقررة للقصر بشكل عام، استبعاد تطبيق العقوبات المقررة للتجار في حقّه، وفي المقابل، تكون تصرفات الشركة التي ساهم القاصر في إبرامها مشوبة بالبطلان¹⁷، حيث يمكن إبطال العقد بناء على طلبها من يمثله قانونا، كما يمكن إثارةها البطلان من قبل كل ذي مصلحة، ويحتج به في مواجهة الغير، حتى ولو كان حسن النية¹⁸.

يمكن أن تطرح مسألة أهلية القاصر في الانضمام الإرادي إلى شركة التضامن أيضا بمناسبة نظام الترشيح التجاري¹⁹، حيث يشير بعض الفقه لهذه الإمكانية إذا بلغ القاصر من العمر ثمانية عشر (18) سنة متى أذنته المحكمة في ذلك²⁰.

غير أن الرأي الأقرب لمنطق حماية القصر يرى بأن الإذن العام بالإتجار لا يكفي لدخول القاصر كشريك متضامن في شركة تضامن أو توصية²¹، استنادا إلى كون القانون أورد نظام الترشيح بقصد تمكين القاصر من استثمار التجارة التي يتلقاها غالبا بطريق التركة، ولا

يتعرض فيها إلا للمخاطر الناشئة عن نشاطه الشخصي كتاجر، ولا يمكن أن تُصرف نية المشرع إلى تعريض القاصر لمخاطر أكثر جسامة مثل تلك التي تكون عند مباشرته التجارة مع غيره في إطار شركة التضامن، وتحميله المسؤولية التضامنية والمطلقة عن ديون الشركة. ومراعاة لاعتبار حماية أموال القاصر، يجب لصحة اشتراكه في شركة التضامن إثر ترشيده، الحصول على إذن خاص وصريح بذلك من المحكمة²².

لقد كان المشرع الفرنسي أكثر مبالغة في حماية القاصر، عندما صرح بشكل عام بعدم إمكانية اكتسابه وصف التاجر²³، ومن ذلك أيضا اشتراكه في شركة التضامن²⁴، قبل أن يتراجع عن هذا الموقف بموجب تعديل القانون التجاري سنة 2010²⁵، واكتفائه باستيفاء الإذن القضائي المطلوب لذلك²⁶.

2- الانضمام غير الإرادي "للقاصر" إلى شركة التضامن: مع أخذ حالة القاصر المرشد المأذون له إذنا خاصا بالانضمام لشركة التضامن، فإن الحالة التي تشير إليها كثير من التشريعات لانضمام القاصر إلى شركة التضامن تبقى تلك التي يحل بموجبها في حصة مورثه الشريك المتوفى في الشركة، وهو الحل الي كرسه المشرع في المادة 2/562 تجاري: " ويعتبر القاصر أو القصر من ورثة الشريك، في حالة استمرار الشركة، غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركه مورثهم".

إن الحكم المقرر في المادة 2/562 تجاري يعتبر استثناء من الأصل المقرر لحالة وفاة أحد الشركاء في شركة التضامن، وكونه من الأسباب المؤدية إلى حلها بنص القانون²⁷، وفي حكمها أيضا "التصريح بحالة انعدام الأهلية لدى لأحد الشركاء"²⁸.

يبني استثناء استمرار شركة التضامن على وجود بند في العقد التأسيسي يقضي باستمرارها، في حالة وفاة الشريك المتضامن، وهو ما يمكن أن يتم بإحدى كيفيتين:

- استمرار الشركة بين من بقي حيا من الشركاء فقط، ورفض انضمام ورثة الشريك المتوفى إليها، بحيث يستردون حصة مورثهم بعد تقييمها نقدا.
- استمرار الشركة بين بقية الشركاء وورثة الشريك المتوفى، بضم ورثة هذا الأخير في حدود حصته، إذا توفرت فيهم شروط اكتساب صفة التاجر؛ وقد يوجد من بين هؤلاء ورثة قصرا، مما يفتح باب انضمام هذه الفئة من الشركاء لشركة التضامن.

ينبغي الإشارة إلى أن الحكم القاضي باستمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى، ولو كانوا قسرا، يجد له مرجعا أصليا ضمن الحكم العام المقرر في القواعد المشتركة للشركات في التقنين المدني، في المادة 01/439 منه²⁹، التي تتيح إمكانية الاتفاق على قبول الورثة القصر ضمن الشركة المدنية؛ وغني عن البيان أن الأخذ بهذا الحكم ينبغي ألا يكون على إطلاقه في مجال الشركات التجارية، بالنظر إلى اختلاف مركز الشريك في النوعين من الشركات، خصوصا غياب الالتزام التضامني للشركاء في الشركات المدنية³⁰، واعتباره هو الأصل في مجال شركات الأشخاص.

ثانيا- تصحيح وضع "القاصر" في شركة التضامن:

إن وضع القاصر كشريك في شركة التضامن ينبغي أن ينظر إليه على أنه استثنائي وغير مألوف بالنظر إلى السياق العام لأحكام شركة التضامن، وأنه يقوم على خلاف الخصائص المميزة لهذا النوع من شركات الأشخاص؛ والفهم الحقيقي له يتم بالنظر إلى السياق التاريخي لنص المادة 562 تجاري في ضوء مختلف التعديلات التي عرفها قانون الشركات، مما يقود بالضرورة إلى مراجعة الحكم المتضمن فيها بشكل يراعي مختلف الاعتبارات التي يثيرها، وأهمها مصلحة الوارث القاصر وانسجام أحكام شركة التضامن.

1- عدم مواكبة نص المادة 562 تجاري لتطور قانون الشركات: إن استيعاب مقتضى الحكم الوارد في نص المادة 562 تجاري ينبغي أن يتم بقراءته في سياقه التاريخي، أي النظر إليه في سياق مجموع الأحكام النازمة لشركة التضامن من جهة وأحكام الشركات التجارية بشكل عام من جهة ثانية.

فالملاحظ أن مضمون النص بقي جامدا ومستقرا على نفس الصياغة ونفس المحتوى الذي أعطي له بموجب النسخة الأصلية والأولى لنص التقنين التجاري³¹، والذي لم يعرف من أنواع الشركات التجارية سوى ثلاث هي: التضامن، الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة، وكان من البديهي أن يدرج الحكم الخاص باستمرار الورثة القصر للشريك المتضامن في نصيب مورثهم ضمن أحكام شركة التضامن، مراعاة لاعتبار استمرار الشركة بوصفها ذاك، لكونها الشكل الوحيد لشركات الأشخاص في تلك الفترة.

لقد بقي مضمون هذا الحكم صامدا لمدة تفوق أربعين سنة من تاريخ صدور القانون التجاري، رغم التعديلات المهمة التي عرفتتها أحكام الشركات التجارية طوال هذه المدة، كانت

فرصة مناسبة لإعادة النظر في مضمون هذا الحكم بشكل يجعله أكثر انسجام مع الأحكام الجديدة. ومن بين أهم التعديلات المذكورة، تلك المقررة بموجب المرسوم التشريعي 93-08³²، الذي استحدث ثلاثة أنواع جديدة للشركات، هي شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم إلى جانب شركة المحاصة.

إن من بين أنواع الشركات المستحدثة سنة 1993، توجد شركة التوصية البسيطة، وهي من فئة شركات الأشخاص، تقترب في أحكامها من شركة التضامن، إذ تضم فئتين من الشركاء، شركاء متضامنون يتم انضمامهم للشركة على اعتبار شخصي³³، وشركاء موصون يكون انضمامهم للشركة على أساس مالي³⁴.

إن التنوع في الأحكام المطبقة على فئتي الشركاء في شركة التوصية البسيطة، ما بين الشركاء المتضامين والشركاء الموصين هو نفسه ذلك الي سبقت ملاحظته بالنسبة لشركة التضامن التي تستقبل بين الشركاء فيها الوارث القاصر بعد وفاة مورثه الشريك في شركة التضامن، من حيث مسؤوليته المحدودة في الشركة بقدر حصة مورثه فيها، وهي تشكل أرضية قانونية مناسبة لتكفل أفضل بوضع القاصر مع ضمان وحدة وانسجام الأحكام المطبقة على شركة التضامن.

وفي حكم يكاد يكون مطابقا لنص المادة موضوع التحليل، ورد في المادة 563 مكرر 1/9 تجاري: "... وإذا اشترط أنه رغم وفاة أحد الشركاء المتضامين، فإن الشركة تستمر مع ورثته، فإن هؤلاء يصبحون شركاء موصين إذا كانوا قسرا غير راشدين".

وإذا كان المتوفى، هو الشريك المتضامن الوحيد، وكان ورثته كلهم قسرا غير راشدين، يجب تعويضه بشريك متضامن جديد أو تحويل الشركة، في أجل سنة ابتداء من تاريخ الوفاة، وإلا حلت الشركة بقوة القانون عند انقضاء هذا الأجل".

مما سبق عرضه، يتضح بأن الحكم المتضمن في نص المادة 2/562 تجاري بقي في معزل عن التعديلات التي لحقت بقانون الشركات، وشركات الأشخاص تحديدا، وأن الوارث القاصر للشريك المتضامن في شركة التضامن يعامل بشكل مختلف عنه في شركة التوصية البسيطة، بحيث لم يعترف له القانون بصفة الشريك المتضامن - ولو في حدود حصة مورثه - وفرض تحويل الشركة لشكل آخر تحت طائلة اعتبارها محلة قانونا. وهو ما يسمح بالحديث عن ضرورة إعادة النظر في الحكم المتضمن فيها بناء على ما سبق إيدأؤه من ملاحظات

2- ضرورة مراجعة نص المادة 562 تجاري: لقد حاول المشرع أن يراعي، في تنظيمه لمركز الشريك القاصر في شركة التضامن، الحماية الواجبة له في مواجهة دائني الشركة وبقية الشركاء، وحرص على الإشارة إلى مسؤوليته المحدودة عن ديون الشركة، في حدود ما يتلقاه من أموال في حصة مورثه الشريك؛ إلا أنَّ تدابير الحماية توقفت عند هذا الحد. فيما عدا هذا المقتضى، لم يراع المشرع النتيجة الأخرى المترتبة عن انضمام القاصر لشركة التضامن، وهي اعتباره تاجرا، في حين أن القاصر لا يجوز له الاتجار بوصفه من أعمال التصرف التي يتمتع عليه مباشرتها، كما أن نفاذ هذا الشرط يقتضي إمكان إشهار إفلاس القاصر في الحالة التي تخضع الشركة لهذا التدبير، ومسؤوليته عن ديون الشركة يمكن أن تتجاوز من الناحية الواقعية حدود حصة مورثه في الشركة إلى أمواله الخاصة كذلك، وفي هذا إهدار للحماية الواجبة للقاصر³⁵.

من جهة ثانية، فإن هذا المقتضى يؤثر بشكل واضح على وحدة وانسجام الأحكام المطبقة على شركة التضامن، واحترام المبادئ التي تقوم عليها في الأصل، وعلى الخصوص المسؤولية غير المحدودة والتضامنية للشريك فيها، حيث تسمح المادة 2/562 تجاري ب بروز فئة أخرى من الشركاء ضمن شركات التضامن تكون مسؤوليتها بقدر حصتها في رأس المال، وهي ميزة شركات الأموال في الأصل، أو بروز صورة خاصة لشركة تضامن بأحكام شركة توصية بسيطة!

إن هذا الوضع غير الطبيعي بالنسبة للقاصر ولشركة التضامن يقتضي مراجعة نص المادة 2/562 تجاري، والنص على أنه إذا توفي أحد الشركاء عن قاصر، تتحول شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة ويعتبر القاصر شريكا موصيا، مراعاة لمصلحة الشركة في البقاء ومصلحة القاصر في الحماية³⁶.

من الأفضل النص صراحة على اعتبار الورثة القصر شركاء موصين في شركة التضامن في حالة الاتفاق على استمرار الشركة معهم بعد وفاة مورثهم، وذلك لتفادي الآثار التي قد تترتب نتيجة كونهم ناقصي أهلية³⁷، وليس ثمة مانع من النص على أن الشركة تعود إلى شكلها الأول أي إلى شركة تضامن متى اكتملت أهلية القاصر³⁸، مع استيفاء الإجراءات المطلوبة قانونا لذلك.

خاتمة:

يبقى منح صفة الشريك في شركة التضامن للقاصر محدودا بعدد قليل من التشريعات، من بينها التشريع المصري في قوانين البلاد العربية³⁹، وفيما عدا ذلك، يلاحظ بأن الوضع في أغلب التشريعات المقارنة متواتر على ترتيب آثار انضمام القاصر إلى شركة التضامن على النحو الذي انتهى إليه البحث.

فبالرجوع إلى القانون التجاري الفرنسي، يتضح النص على نفس المقتضي في مادته 7/ L.221-15⁴⁰ حيث يفرض اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحويل شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة، تحت طائلة اعتبارها منحلة بقوة القانون، ونفس الوضع يلاحظ في القانون التونسي⁴¹ والقانون المغربي أيضا⁴².

يبدو منطقيا -للاعتبارات المعروضة أعلاه- طرح فكرة تعديل نص المادة 562 ق. تجاري في فقرتها الثانية، المتعلقة بالاشتراك غير الإرادي للقاصر في شركة التضامن، بالنص على ضرورة مراعاة الوضع الجديد الناشئ عن انضمام شريك قاصر إليها لا يسأل عن ديونها والتزاماتها إلا بشكل نسبي ومحدود، وبالتالي اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحويل شركة التضامن في هذه الحالة إلى شركة أخرى أكثر ملاءمة في أحكامها لحالة القاصر، وهي شركة التوصية البسيطة.

ويمكن لهذا الغرض اقتراح صياغة جديدة لنص المادة 562/02 ق. تجاري تلائم الملاحظات والمؤاخذات السابقة، لتكون كالتالي:

"وفي حالة استمرار الشركة مع القاصر أو القصر من ورثة الشريك، لا يسألون عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم، وتتحول الشركة وجوبا إلى شركة توصية بسيطة، ويجب إشهارها طبقا للقانون خلال أجل سنة، تحت طائلة حلها قانونا".

الهوامش:

¹ P. Le Cannu et Bruno Dondero, Droit des sociétés, 4e éd., Montchrestien, précis Domat, 2012, p. 868.

² مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مكتبة الوفاء القانونية - الاسكندرية، 2009، ص 23.

³ لم يتضمن القانون التجاري أحكاما خاصا بأهلية الانضمام لشركة التضامن، مكتفيا في ذلك بأهلية ممارسة النشاط التجاري، التي تثبت للشخص ببلوغه سن الرشد، وهي 19 سنة كاملة؛ المادة 40 من القانون المدني، أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم، <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>، اطلع بتاريخ 2017/12/17.

⁴ المادة 1/551 تجاري " للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة". أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 101 مؤرخ في 19 ديسمبر 1975 معدل ومتمم، <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>، اطلع بتاريخ 2017/12/17.

⁵ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 23.

⁶ المادة 2/562 ق. تجاري: "ويعتبر القاصر أو القصر من ورثة الشريك، في حالة استمرار الشركة، غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركه مورثهم" ⁷ الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الثاني- الشركات لتجارية، منشورات عويدات، بيروت- باريس 1982، ص 69.

⁸ الطيب بلولة، قانون الشركات، ترجمة محمد بن بوزة، الطبعة الثانية، منشورات بيرتي، الجزائر 2008، ص 168.

⁹ المرجع نفسه، نفس الموضوع.

¹⁰ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 84.

¹¹ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية- القاهرة، 2014، ص 327.

¹² P. Le Cannu et Bruno Dondero, Droit des sociétés, 4e éd., Montchrestien, précis Domat, 2012, p. 867 et s.

¹³ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 24.

¹⁴ DeenGibirila, Sociétés- Constitution de la société: contrat de société, JurisClasseur Commercial, Fasc.1000, Cote : 03,2007, Date de fraîcheur : 15 Février 2007, n° 33.

¹⁵ P. Le Cannu et Bruno Dondero, Op. Cit., p. 867

¹⁶ Ibid., p. 868.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Jocelyne Vallansan, Société en nom collectif, Juris Classeur Commercial, Cote: 09, 2003, Fasc. 1139, n°19.

¹⁹ المادة 05 ق. تجاري، وتتمثل هذه الشروط في: بلوغ سن الثامنة عشر، الحصول على إذن من الولي، مصادق عليه من المحكمة.

²⁰ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 327.

²¹ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 23.

²² المرجع نفسه، نفس الموضوع.

²³ Article L121-2 : « le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant », code de commerce, 99^{ème} édition, avec le concours d'Yves CHAPUT et Nicolas RONTCHEVSKY, Dalloz 2004.

²⁴ Jocelyne Vallansan, Op. Cit., n°19.

²⁵ Article L121-2, Modifié par Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 – art. 2 : « Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé » ; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180217>,

²⁶ En effet, le mineur émancipé ne peut être commerçant que s'il y a été autorisé par le juge des tutelles au moment de l'émancipation ou par le président du tribunal de grande instance après l'émancipation (art. L 121-2 et C. civ. art. 413-8) ; In : La société en nom collectif, Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales 2016, Titre premier, n° 2110.

²⁷ المادة 1/562 ق. تجاري: "تنتهي الشركة ب وفاة أحد الشركاء، ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي".

²⁸ الطيب بلولة، المرجع السابق، ص 177.

²⁹ م. 01/439 ق. مدني: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه. إلا أنه يجوز الاتفاق في حالة ما إذا مات أحد الشركاء أن تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسرا".

³⁰ المادة 435 ق. مدني.

³¹ الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية عدد 101 مؤرخ في 19 ديسمبر 1975.

³² مؤرخ في 25 أبريل 1993 يعطل ويتم الأمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 27 مؤرخ في 27 أبريل 1993.

³³ المادة 563 مكرر 1/1 ق. تجاري: "يسري على الشركاء المتضامنين القانون الأساسي للشركاء بالتضامن"

³⁴ المادة 563 مكرر 2/1 ق. تجاري: "يلتزم الشركاء الموصون بديون الشركة فق في حدود قيمة حصصهم ..."

³⁵ ويتعارض مع مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدين، ومقتضاه عدم مسؤولية الوارث عن ديون مورثه إلا في حدود ما آل إليه في التركة: مصطفى كمال طه، مرجع سبق ذكره، ص 124.

³⁶ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 125.

³⁷ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 228.

³⁸ مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 124.

³⁹ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 228.

⁴⁰ Article L221-15 alinéa 7, C. Com. Français:

« En cas de continuation et si l'un ou plusieurs des héritiers de l'associé sont mineurs non émancipés, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des forces de la succession de leur auteur. En outre, la société doit être transformée, dans le délai d'un an, à compter du décès, en société en commandite dont le mineur devient commanditaire. A défaut, elle est dissoute ».

⁴¹ الفصل 3/65 من مجلة الشركات التجارية التونسية: "وإذا لم يتضمن العقد التأسيسي للشركة نصا مخالفا، فإن شركة المفاوضة تستمر بين الأحياء في صورة وفاة أحد الشركاء إذا لم يترك المتوفى ورثة تؤول إليهم حقوقه. أما إذا كانت الحالة على عكس ذلك فإن الشركة تستمر مع ورثته وتكون لهم صفة شريك مقارض بالمال وتتحول الشركة وجوبا إلى شركة مقارضة بسيطة ويجب إشهارها طبقا للقانون". http://www.legislation.tn/affich-code/Code-des-soci%C3%A8t%C3%A9s-commerciales_94. اطلع بتاريخ 2017/12/18.

⁴² المادة 17 من القانون رقم 96-5 متعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة: "لايسأل ورثة الشريك القاصرون غير المرشدين عن ديون الشركة في حالة استمرارها إلا في حدود أموال الشركة ونسبة مناب كل واحد منهم. بالإضافة إلى ذلك، يجب أن تحول الشركة في أجل سنة من تاريخ الوفاة إلى شركة توصية يصبح فيها القاصر موصيا وإلا وجب حلها، ما لم يبلغ سن الرشد داخل هذا الأجل". الجريدة الرسمية (المغربية) عدد 4478 بتاريخ 23 ذي الحجة 1417 (فاتح ماي 1997)، ص 1058. adala.justice.gov.ma, اطلع بتاريخ 2017/12/18.

أساليب تمويل المرافق العمومية المحلية بالجزائر

الدكتور: سمير بو عيسى

أستاذ محاضر (أ)، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر3

ملخص:

يعالج المقال طرق تمويل المرافق العمومية في الجزائر، أمام تراجع التمويل الحكومي بفعل الأزمة الاقتصادية التي تمر بها الدولة. فبين الخدمة العمومية التي تفترض حصول المواطنين على خدمات دون مقابل مادي، أو بسعر رمزي، وضرورة الإنفاق على المرفق العمومي باستمرار لضمان ديمومته، تبرز مشكلة التمويل كأحد انشغالات السلطات العمومية، وكيفية إشراك القطاع الخاص في عميلة التمويل دون المساس بالمبدأ العام للمرفق العام وهو تقديم خدمة عمومية. وتعد في هذا الصدد الجباية المحلية أحد الموارد الأساسية التي تعتمد عليها الجماعات المحلية من أجل ضمان إيرادات تمكنها من تمويل نشاطاتها، خاصة بعد الإصلاحات التي شهدتها قانوني البلدية والولاية سنتي 2001 و2012 على التوالي.

Résumé:

L'article aborde les nouveaux moyens de financement l'établissement public en Algérie, à la lumière de la baisse des ressources publiques dues à la crise économique qu'a connue l'Etat. Ces établissements publics assurent pour les citoyens des prestations gratuites ou à un prix nominal, mais il nécessite des moyens financière énorme pour assurer la pérennité de ces servisses.

le problème du financement a poussé les autorités publiques a réfléchir a d'autres mécanisme de financement, entre autre associer le secteur privé dans le financement et la gestion de ces établissements, a cote de les collectivité locales.

مقدمة

أصبح التفكير في تنويع مصادر تمويل المرافق العامة أمرا ملحا وضروريا ومسارا إجباريا للدولة، كإحدى الأدوات التي تقلل من عجز الميزانية وتخفف ضغط الأعباء المالية عليها، كما تساعد هذه الأخيرة في إصلاح برامجها الاقتصادية، علاوة على تحسين وتنشيط الاقتصاد المحلي واستقطاب الأموال الأجنبية لتستثمر في تنمية البلد. ولكي يتحقق ذلك، لا بد أن تستعد الدولة فنيا وإداريا وقانونيا للتحويل من الاقتصاد الموجه للاقتصاد الحر، من خلال المرور بمرحلتين أساسيتين هما التدرج والتعايش.

فخلال العقود الأخيرة، أثبتت التجارب الحكومية محدودية قدرتها في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، لافتقارها المقومات الأساسية، كحسن الإدارة والبعد الاستراتيجي ونقص القدرات الفنية وضعف الموارد البشرية، علاوة على القيود المالية والإدارية التي تحد من كفاءة الإنتاج، بالإضافة إلى توتر العلاقات التي كسرت حاجز الثقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية فتعطلت المشاريع لسبب وآخر. وقد أدت هذه المسببات إلى تراكم الخسائر التي ولدت عجزا ماليا في الموازنة العامة، فانعكس سلبا على أداء ونتائج أنشطة المرافق العامة الاقتصادية بين سوء الخدمة وعدم الرضا من الجمهور وضعف قيمة المضافة، فأثر جمود الوضع في تعطيل تنمية الاقتصاد ونموه وأكسبه صفة والعجز فهاجرت رؤوس الأموال لتستثمر في بيئات أكثر نضجا وأمانا وشفافية وأقل فسادا. وعليه، فإن إشكالية هذا المقال هي:

في ظل نقص الموارد المالية للحكومة، ماهي البدائل الممكنة لتمويل المرافق العمومية على المستوى المحلي؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- ما مقصود بالمرفق العام وماذا يفرقه عن المرفق المحلي؟
- كيف يتم تمويل المرافق العمومية على المستوى المحلي؟
- ما دور الصفقات العمومية في عملية تمويل المرافق العمومية المحلية بالجزائر؟

ولإجابة على هذه الإشكالية، سيتم اعتماد الفرضيات التالية:

- كلما تراجعت الموارد المالية للدولة، كلما زاد الاعتماد على القطاع الخاص لتمويل المرافق المحلية.
- إشراك القطاع الخاص في تسيير وتمويل المرافق العمومية مخاطرة إذا لم يتم تشديد الرقابة عليه.
- يعتبر قانون الصفقات العمومية الضامن لشفافية عمليات إسناد تمويل المرافق المحلية للخواص.

الخطة العامة للمقال:

مقدمة

- 1- مفهوم المرافق العمومية
 - 1-1 تعريف المرافق العمومية
 - 1-2 أنواع المرافق العامة
- 2- التمويل كأساس لضمان نجاعة الخدمات العمومية
 - 2-1 مفهوم التمويل
 - 2-2 مصادر تمويل المرافق العامة
 - 2-3 خصوصية المرافق العامة كحل لمشكل تمويلها
- 3- تمويل المرافق العمومية على مستوى الهيئات المحلية بالجزائر
 - 3-1 الموارد المالية المحلية الذاتية
 - 3-2 الموارد المالية المحلية الخارجية

خاتمة

- 1- مفهوم المرافق العمومية
 - 1-1 تعريف المرافق العمومية

تتجه محاولات تعريف المرفق العام في اتجاهين أساسيين، اتجاه يركز تعريفه للمرفق العام على الجانب العضوي أو الشكلي، والاتجاه الثاني يركز على الجانب المادي أو الموضوعي، وهناك اتجاه ثالث يجمع بين الجانبين العضوي والمادي لفكرة المرفق العام.

أولاً: المعنى العضوي: يقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المعنى كل منظمة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور. ومن هنا جاز اعتبار كل من مرفق القضاء والأمن والدفاع وغيرها مرافق عامة، لأنها منظمات أنشأتها الدولة بغرض أداء خدمة للجمهور⁽¹⁾. ويتصف هذا المعنى بالشمولية والإطلاق حتى أن أستاذ القانون الدكتور أحمد محيو قال عنه يقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المفهوم الإدارة بشكل عام⁽²⁾. فالمعنى العضوي للمرفق العام يفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري.

ومن التعاريف التي تركز على الجانب الشكلي، التعريف التالي: "المرفق العام هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة، أو تعهد به إلى جهة أخرى تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام"⁽³⁾. يتضح من خلال هذا التعريف أن المرفق العام جهاز مرتبط بالإدارة العامة ويتمتع بأساليب السلطة العامة. بناء عليه، فالمرفق العام من هذه الناحية الشكلية له عنصران يقوم عليهما هما:

أ - عنصر التكوين: وهو بذلك لا يعدو كونه كياناً مادياً، أي طائفة من الوسائل المادية والبشرية. أما الوسائل المادية فنعني بها الأبنية والأثاث والأموال التي يدير من خلالها الجهاز المرفقي، أو الهيئة، نشاطها بواسطته.

والوسائل البشرية فهي عبارة عن جماعة الموظفين والعاملين الذين يقومون بإدارة ما ينشغل به هذا الجهاز من أعمال، وما يبرمه من تصرفات. وعلى نحو هذا التعريف، فالمرفق العام تمثلته الجامعات وهيأة المياه وهيئة الكهرباء فكلها مرافق عامة من الناحية العضوية⁽⁴⁾.

ب - عنصر التبعية : أي حتى تكتسب هذه الهيئة صفة المرفق العام، فلا بد لها وأن تتبع أحد أشخاص القانون العام، أي تكون فرعاً من فروع الإدارة أو جهازاً من أجهزة الدولة، وهي بهذا الاعتبار تتميز عن المرافق الخاصة.

اتسم المعيار الشكلي بالفشل لعدة اعتبارات، أهمها عدم مواكبة فكرة المرفق العام الشكلي للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، خاصة عقب الحرب العالمية الأولى. وإذا كان المرفق العام يقوم على الأشخاص العامة، فما طبيعة هذا الارتباط، وما نوع هذه التبعية؟ أهي إنشائية أم إشرافية أم رقابة الشخص العام أم تنظيمية، وما حدود نشاطها؟ كما أن احتكار المرفق العام للدولة أو الأشخاص العامة لم يعد موجودا، إذ أصبحت هناك مرافق عامة تتبع أحد الأشخاص الخاصة في الإدارة ولها صفة العموم.⁽⁶⁾

ثانيا: المعنى المادي يعرف هذا المعيار المرفق العام باعتباره نشاطا عاما يستهدف تحقيق أهداف عامة وإشباع الحاجات العامة بما تحقق المصلحة العامة⁽⁷⁾ وعلى هذا الأساس المعيار المادي، يعرف المرفق العام انطلاقا من فكرة النشاط بخلاف المعيار العضوي الذي يعرفه انطلاقا من فكرة المؤسسة. فيعرف بأنه كل مشروع تديره الدولة بنفسها أو تحت إشرافها لإشباع الحاجات العامة بما تحقق المصلحة العامة.

ومن أهم التعاريف التي تركز على الجانب المادي للمرفق العام، تعريف leon duguit الذي يعرف المرفق العام بأنه كل نشاط يجب أن يكلفه وينظمه ويتولاه الحكام، لأن الاضطلاع بهذا النشاط لا غنى عنه لتحقيق التضامن الاجتماعي ولتطوره، لأنه لا يمكن تحقيقه على أكمل وجه إلا عن طريق تدخل السلطة الحاكمة⁽⁷⁾.

أما الأستاذ André de Laubadère، فيعرف المرفق العام على أنه نشاط تباشره سلطة عامة بقصد الوفاء بحاجة ذات نفع عام⁽⁸⁾.

ثالثا: المعنى الوظيفي أو الموضوعي: يقصد بالمرفق العام بالنظر للمعيار الموضوعي كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة⁽⁹⁾ ومن ثم تخرج عن نطاق هذا التعريف سائر النشاطات الخاصة بالمؤسسة الخاصة، كما يخرج عنه المشروعات التي تستهدف فقط تحقيق الربح. فالمعنى الموضوعي يتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة.

1-2 عناصر المرفق العام

يتضح جليا من التعاريف السابقة أن هناك ثلاثة عناصر يجب توافرها حتى يكتسب المشروع صفة المرفق العام، ويعود العنصر الأول ارتباط المشروع بالإدارة ورقابتها

لسير العمل فيه، أما الثاني فهو مرتبط بالهدف الموكل إلى المرفق الذي يقوم بالنشاط، وأخيراً استخدام امتيازات السلطة العامة.

* - المرفق العام تنشأ الدولة:

كل مرفق عام تحدته الدولة. ويقصد بذلك أن الدولة هي التي تقدر اعتبار نشاط ما مرفقا عاما وتقرر إخضاعه للمرافق العامة بناء على قانون معين. وليس من اللازم أن يكون كل مشروع تحدته الدولة أن تتولى هي مباشرة إدارته، فكثيرا ما تعهد الإدارة إلى الأفراد أو شركة خاصة بأداء خدمة عامة تحت إشرافها، وهو الوضع الذي يجسده نظام الامتياز أو الشركات المختلطة. ويفترض في المرفق العام الذي تتولى الدولة إحداثه أن يكون على قدر من الأهمية وإلا لكان قد ترك للأفراد. وفي هذا المعنى قدم الفقيه ديجي وصفا للمرفق العام باعتباره نشاطا بأنه أنواع النشاط أو الخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات وفي دولة معينة أن على الحكام القيام بها، نظرا لأهمية هذه الخدمات للجماعة. ولعدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الحكام⁽¹⁰⁾.

* - هدف المرفق هو تحقيق المصلحة العامة:

لابد أن يكون الغرض من المرفق العام تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد أو تقديم خدمة عامة، وهذه الحاجات أو الخدمات قد تكون مادية كمد الأفراد بالمياه والكهرباء أو معنوية كتوفير الأمن والعدل للمواطنين. وعلى ذلك، يعد تحقيق النفع العام من أهم العناصر المميزة للمرفق العام عن غيره في المشروعات التي تستهدف تحقيق النفع الخاص أو تجمع بين هذا الهدف وهدف إشباع حاجة عامة أو نفع عام. ومع ذلك، فإن تحقيق بعض المرافق العامة للربح لا يعني حتماً فقدانها صفة المرفق العام، طالما أن هدفها الرئيسي ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق النفع العام كما أن تحصيل بعض المرافق لعوائد مالية لقاء تقديمها الخدمات إلى المواطنين لا يسعى لكسب عوائد مالية بقدر ما يعد وسيلة لتوزيع الأعباء العامة على كل المواطنين⁽¹¹⁾.

ويترتب على تمييز المرفق بهذا الوصف أن كل مرفق عام ينبغي أن يخضع إلى مبدأ المجانية. ولا يقصد بذلك عدم وجود مقابل، بل القصد أن فرض مقابل ما ليس هو الغاية المقصودة من خلال القيام بالنشاط. أي أن المجانية لا تفيد هنا انعدام المقابل انعداماً تاماً، بل تفيد فقط أنه ليس من الضروري أن يكون المقابل مساوياً للتكلفة المالية للمرفق العام.

فعندما يلزم الطالب في الجامعة مثلا بدفع رسوم رمزية كل سنة جامعية فإن ما قدمه لا يغطي أبدا الخدمات التي ينتفع بها من مرفق التعليم العالي.

* - خضوع المرفق لسلطة الدولة:

سبقت الإشارة أنه ليس كل مشروع يهدف الى تحقيق النفع العام يعد مرفقا عاما، لأن هناك من المشروعات الخاصة ما يعمل على تحقيق النفع العام كالمدارس والجامعات الخاصة والجمعيات. ومن هنا، تعين أن يتصف المرفق العام بصفة أخرى تميزه عن غيره وهي خضوعه للدولة. وهو ما يترتب عليه أن لهذه الأخيرة وهيئاتها ممارسة جملة من السلطات على المرفق سواء من حيث تنظيمه وهيكلته أو من حيث نشاطه. فالدولة هي من تنشئ المرفق، وهي من تحدد له نشاطه وقواعده تسييره وعلاقته بجمهور المنتفعين، ومن حيث بيان سبل الانتفاع ورسومه، والدولة هي من تضع التنظيم الخاص بالمرفق وتبين أقسامه وفروعه وتعين موظفيه وتمارس الرقابة على النشاط وعلى الأشخاص⁽¹²⁾.

1-3 أنواع المرافق العامة

يمكن تقسيم المرافق العامة من زوايا متعددة سواء من حيث طبيعة نشاطها أو السلطة التي تنشئها، أو لاختلاف دائرة نشاطها وفق مايلي:

* - تقسيم المرافق من حيث طبيعة أو نوعية النشاط

يمكن تقسيم المرافق العامة من حيث هذه الزاوية إلى مرافق إدارية وأخرى اقتصادية ومرافق ثقافية وأخرى مهنية.

أ - المرافق الإدارية: وهي المرافق التي تؤدي الخدمات المرفقية التقليدية، وقد لازمت الدولة منذ زمن طويل وعلى رأسها مرفق الدفاع والأمن والقضاء ثم مرفق الصحة والتعليم. وهذه المرافق عادة ما تتسم بارتباطها بالجانب السيادي للدولة، الأمر الذي يفرض قيامها بهذه النشاطات وأن لا تعهد بها الأفراد بما في ذلك من خطورة كبيرة.

ورغم قدم هذا النوع من المرافق، إلا أن الباحثين في الموضوع لم يهتدوا لوضع معيار دقيق يمكن توظيفه والاعتماد عليه لمعرفة هذا النوع من المرافق على الأقل. وتكمن صعوبة وضع معيار في اختلاف نشاطات المرافق ذات الطابع الإداري. لذلك ذهب البعض منهم إلى

القول أن المرافق الإدارية هي مجموعة المرافق التي لا تدخل في عداد بقية أنواع المرافق الأخرى، وهو ما أطلق عليه بالتحديد السلبي للمرافق.

فديلوبادير يعرفها، بأنها "تلك المرافق التي لا تعتبر مرافق صناعية أو تجارية أو مهنية"، وعرفها الدكتور فؤاد مهنا بأنها "المرافق التي يكون نشاطها إداريا وتخضع في تنظيمها وفي مباشرة نشاطها للقانون الإداري وتستخدم وسائل القانون العام⁽¹³⁾، والمرافق الإدارية في غالبيتها تتميز بأن الأفراد لا يستهويهم نشاطها، فلا يتصور أن يبادر الأفراد إلى إنشاء مرفق للأمن أو القضاء، فهذا النوع من النشاط دون غيره يجب أن يلحق بالدولة ويدعم ماليا من قبلها ويسير أيضا من جانبها بصفة مباشرة. ولا يمكن لدولة أن ترفع يدها عن هذا النوع من النشاطات لأنها تدخل ضمن وظيفتها الطبيعية أو واجباتها تجاه الأفراد⁽¹⁴⁾."

ب- المرافق الاقتصادية: وهي مرافق حديثة النشأة نسبيا تسبب فيها التطور الاقتصادي وظهور الفكر الاشتراكي، مما دفع بالدولة إلى ممارسة نشاطات كانت في أصلها معقودة للأفراد، ومثال هذا النوع من المرافق المؤسسات الصناعية والمؤسسات التجارية.

وإذا كان الباحثون في الميدان قد أجمعوا على إخضاع المرافق الإدارية لقواعد القانون العام، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للمرافق الاقتصادية خاصة وقد ثبت ميدانيا أن المرافق الإدارية يتسم عملها بالبطئ وإجراءاتها معقدة وتكاليفها باهظة، وهذه الآليات لا تساعد المرافق الاقتصادية التي تحتاج إلى أن تحرر أكثر وتخضع لإجراءات يسيرة يفرضها مبدأ المنافسة. فإخضاع المرافق الاقتصادية لآليات القانون العام يجعلها في مواجهة منافسة شديدة من جانب المؤسسات الخاصة. ولربما يؤدي إلى زوالها مع مرور الوقت. لذلك اتجه الرأي الحديث في القانون الإداري إلى تحرير المرافق الصناعية من قيود القانون العام⁽¹⁵⁾.

ج- المرافق المهنية: ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية. يرمي إلى تنظيم بعض المهن في الدولة عن طريق أبناء المهنة أنفسهم. والسمة البارزة في المرافق المهنية أن انضمام أفراد المهنة إليها ليس أمرا اختياريًا، وإنما هو أمر إجباري مما يجعلها نوعا من الجماعات الجبرية.⁽¹⁶⁾ وتدار هذه المرافق من قبل مجموعة من المنخرطين فيها. وتتخذ شكل التنظيم النقابي يشرف على إدارته مجلسا منتخبا.

د- المرافق الاجتماعية: وهي المرافق التي تستهدف تحقيق خدمات اجتماعية للسكان، مثل المرافق المخصصة لتقديم إعانات للسكان ومراكز الضمان الاجتماعي والتقاعد ومراكز

الراحة. ويحكم هذا النوع من المرافق مزيج من قواعد القانون العام والخاص، كما تمثل منازعتها أمام القضاء الإداري وأحيانا أخرى أمام القضاء العادي. ولقد اعتبر القضاء الفرنسي في بداية الأمر منازعات المرافق الاجتماعية المكلفة بتقديم المساعدات العامة منازعات إدارية، غير أن تطور النظرة لمؤسسات الضمان الاجتماعي وبرز فكرة الإقسط التي يلزم بدفعها المنتفعين من خدمات المرفق، جعلت القضاء الإداري يتردد في كثير من الأحيان من أن يتولى الفصل في منازعات هذا النوع من المرافق. وامتد هذا التمييز أيضا للنظام القانوني الجزائري، حيث أنه ورجوعا للقانون رقم 83-15 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، نجد المشرع قد وزع الاختصاص بين القضاء العادي وبين المحاكم الإدارية⁽¹⁷⁾.

* - المرافق العامة من حيث نطاق نشاطها

تنقسم المرافق العامة من حيث نطاق أو مجال عملها إلى مرافق قومية ومرافق محلية.

أ - المرافق القومية: يقصد بها تلك المرافق التي يتسع نشاطها ليشمل كل أقاليم الدولة. كمرفق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق الصحة، ونظراً لعمومية وأهمية النشاط الذي تقدمه هذه المرافق، فإنها تخضع لإشراف الإدارة المركزية في الدولة من خلال الوزارات أو ممثليها أو فروعها في المدن، ضماناً لحسن أداء هذه المرافق لنشاطها وتحقيقاً للمساواة في توزيع خدماتها. وتحمل الدولة المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب فيها المرافق القومية بحكم إدارتها لها والإشراف على شؤونها⁽¹⁸⁾.

ب - المرافق المحلية: ويقصد بها المرافق التي يتعلق نشاطها بتقديم خدمات لمنطقة محددة أو إقليم معين من أقاليم الدولة، ويعهد بإدارتها إلى الوحدات المحلية، كمرفق النقل، أو مرفق توزيع المياه أو الكهرباء وغيرها من المرافق التي تشبع حاجات محلية.

وتتميز المرافق المحلية بالاختلاف والتنوع في أساليب إدارتها بحكم اختلاف وتنوع حاجات كل وحدة محلية أو إقليم تمارس نشاطها فيه، كما أن المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب بإحداثها المرافق المحلية أو موظفيها وتحملها الشخص المعنوي المحلي أو الإقليمي⁽¹⁹⁾.

2- التمويل كأساس لضمان نجاعة الخدمات العمومية

تعتمد نجاعة الخدمات العمومية ودوامها بالدرجة الأولى على التمويل الذي يعتبر العنصر الأساسي في استمرارية المرافق العمومية، ذلك أن خدماتها موجهة لقاعدة شعبية عريضة، فيصبح من الضروري على الدولة تعبئة أكبر قدر ممكن من الموارد المالية لكي تسمح لهذه المرافق من تلبية احتياجات المواطنين المتزايدة.

1-2 مفهوم التمويل

يعتبر تمويل المشاريع العمومية من الضروريات اللازمة والأساسية لقيام التنمية، حيث تتطلب هذه الأخيرة تعبئة أكبر قدر ممكن من الموارد المالية. فالجانب المالي يعد أحد أساسيات الإدارة العامة والذي يكتسي أهمية بالغة لاقتترانه بالأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية ... الخ، ويظهر ذلك من خلال المالية العامة والتي تعرف بأنها "العلم الذي يبحث عن كيفية استخدام موارد الدولة المالية ونفقاتها وميزانياتها لأجل تحقيق أهداف السياسة المالية" كما تعرف بأنها التواعد المنظمة للنشاط المالي للهيئات العمومية ومؤسسات الدولة، من أجل الحصول على الموارد الضرورية اللازمة لإنفاقها بغية الوصول إلى الحاجات العامة"⁽²⁰⁾.

فالحاجيات العامة هي تلك الحاجات التي يصير إشباعها بمعرفة الهيئة (الحكومة، الوزارات، الجماعات المحلية ... الخ)، وفق ممارسة أنشطة، ومنه النشاط المالي بالحصول على إيرادات متنوعة ومقابلتها بالنفقات المختلفة، وبهذين المحورين تتشكل الميزانية العامة والتي تعبر عن خطة مالية للدولة تتضمن تقديرا للنفقات والإيرادات، والتي أصبحت الآن الهدف الأساسي في تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي، حتى ولو أدى ذلك إلى حدوث عجز مؤقت في الميزانية والذي يطلق عليه العجز المؤقت أو المنظم بهدف الوصول إلى التوازن في الميزانية، وهو ما قد يشكل مشكلا لبعض الدول مثل الإصدار النقدي بهدف تمويل النفقات العادية أو بغرض التخفيف من الديون، أو تمويل التنمية عن طريق التضخم.⁽²¹⁾

ويعرف التمويل بأنه "توفير الأموال (السيولة النقدية) من أجل إنفاقها على الاستثمارات، وتكوين رأس المال الثابت بهدف زيادة الإنتاج والاستهلاك". ويعرف أيضا بأنه "البحث عن الطرق المناسبة للحصول على الأموال والاختيار وتقييم تلك الطرق والحصول على المزيج الأفضل بينهما بشكل يناسب كمية ونوعية احتياجات المرفق"⁽²²⁾. أما التمويل المحلي فهو كل

الموارد المالية المتاحة والتي يمكن توفيرها من مصادر مختلفة لتمويل التنمية المحلية، بالصورة التي تحقق أكبر معدلات لتلك التنمية عبر الزمن، وتعضم استقلالية المحليات عن الحكومة المركزية في تحقيق التنمية المحلية المنشودة⁽²³⁾

2-2 مصادر تمويل المرافق العامة

يحتم الحديث عن الترابط بين مصادر التمويل وبين استقلالية المرافق العامة ومدى قدرتها على التصرف طبقا لحريتها وإرادتها التميز بين عدة أمور:

أولاً: لا بد من التمييز بين الاستقلالية كمطلب أو هدف في حد ذاته، فإذا كان مطلباً فلا بد من أن تكون للمرافق العامة ذمة مالية مستقلة، ومصادرها الخاصة والمتميزة وحريتها التامة في التصرف في حدود القانون.

ثانياً: ضرورة التمييز بين مطلب الاستقلال في مصادر التمويل، والاستقلال في التصرف المالي، والاستقلال المالي بكافة أبعاده وأشكاله.

وفي هذا الإطار يمكن التمييز بين ثلاثة أشكال للاستقلالية وهي: ⁽²⁴⁾

الشكل الأول: تكون فيها المرافق العامة معتمدة كلياً في مصادر تمويلها على الحكومة باعتبارها المالكة العامة لها، فتعطي حرية التصرف والاستقلالية اللازمة في إجراءاتها وعملياتها التنفيذية.

الشكل الثاني: تكون المرافق العامة معتمدة على التمويل الحكومي بالدرجة الأساسية، مع السماح لها بالتعامل مع مصادر تمويلية أخرى ضمن حدود قانونية، ومع احتفاظها بحرية التصرف والاستقلالية اللازمة في عملياتها وإجراءاتها التنفيذية.

الشكل الثالث: أن يقتصر التمويل الحكومي فيها على تمويل عملية إنشاء المرافق العامة (تمويل إنشائي)، ثم تترك لهذه المرافق استقلالياتها وحريتها المالية بكافة أبعادها (في حدود القانون) فتكون قادرة على التمويل الذاتي لأية توسعات أو تطويرات لاحقة، لتتمكن من تحقيق النجاح. فالتمويل الحكومي يمثل أساس عملية التمويل لكافة المشاريع، كما أن هناك مصادر تمويلية أخرى يمكن أن يتم الاستناد إليها بدرجة أو بأخرى حسب طبيعة الظروف⁽²⁵⁾.

2-2-1 المصادر الداخلية لتمويل المرافق العامة

تأخذ المصادر الداخلية لتمويل المرافق العامة شكلين أساسيين هما التمويل من الخزينة العمومية والقروض، وبينهما هناك مصادر داخلية سيتم استعراضها كالتالي:

/- التمويل من الخزينة العمومية للدولة:

تفرض ملكية الدولة للمرافق العامة أن تلعب الدور الرئيسي في عملية تمويلها، وإذا ما تم الاستناد إلى أية مصادر أخرى فإنما يكون ذلك بحكم الاستثناء لا بحكم القاعدة. وهذا لا يعني أن تستمر الدولة في الإنفاق على أي مشروع مهما كان حجم الخسائر التي قد تترتب عليه، فالأصل أن المشروع محكوم بدراسة تحدد حدود جدواه، فإذا كان حجم تكاليفه أو النتائج التي تترتب عليه يفوق هذه الحدود دونما أمل في معالجة الموقف، فيتحتم التوقف عن تنفيذه، أو عن الاستمرار في تشغيله والعمل على دمج بمشروعات أخرى إذا لم تعد هنالك جدوى من استمرار المشروع، أو انتهاء الغرض الأساسي منه، أو نفاذ المواد الأولية لتشغيله⁽²⁶⁾ أما أساليب التمويل التي تتبعها الخزينة العمومية فتحدد كالتالي:

*- تخصيص ميزانية رأسمالية أو استثمارية للمرافق العامة المملوكة ملكية تامة للدولة، إما أن تكون ملحقة بالميزانية العامة للدولة، أو مستقلة عنها، أما المشروعات العامة غير المملوكة ملكية تامة للدولة، فيتم التعامل معها على نفس الأسس التجارية التي تحكم العمل في المرافق وتقدم حصتها في رأس المال وتحفظ بكافة حقوقها والتزاماتها مثلها مثل البقية

*- وضع نظام للإقراض الحكومي، تتولى الحكومة بموجبه القيام بمنح المرافق العامة بعض القروض التي تجدها مقبولة وضرورية لاستمرار بقاء هذه المشروعات، أو لعمليات تطويرها وتوسعها. وهذه القروض بدون فوائد أو بفوائد مخفضة، وينتهي الأمر بتحصيل هذه القروض وفوائدها، أو إعفائها من سداد الفوائد المترتبة وربما من سداد القرض برمه⁽²⁷⁾.

*- وضع نظام للإعانات والمساعدات الاستثنائية التي يمكن أن تقدمها الحكومة كلما بدا ذلك ضرورياً، وخاصة في الحالات التي تكون المرافق العامة مهددة بأزمة مالية أو في حاجة ماسة للتطوير.

*- أساليب تمويلية غير مباشرة، تتمثل في مجموعة التسهيلات الجمركية التي تعفي مستوردات المشروعات العامة من الضريبة الجمركية، أو تخفيضات سعرية أو مجموعة الضمانات التي تقدمها الحكومة لتمكين المشروعات العامة من الاقتراض من أية جهات محلية أو أجنبية أخرى.⁽²⁸⁾

/- القروض كمصدر للتمويل:

يعتبر هذا المصدر من أكثر مصادر التمويل إثارة للحساسية، لأن القروض ترتب التزامات مالية ذات طبيعة تراكمية نظراً للفوائد التي تفرض عليها، والتي عادةً ما تكون عالية، وأن عملية الاقتراض قد تؤثر تأثيراً مباشراً على سوق النقد وعلى السياسات المالية العامة كتشجيع الاستثمار، أو معالجة حالات الكساد أو التضخم الاقتصادي.⁽²⁹⁾

/- مصادر داخلية أخرى للتمويل:

تتمثل هذه المصادر بالدرجة الأساسية فيما يلي:

*- التمويل بإصدار الأسهم في السوق المالية العامة:

إن هدف من هذه العملية هو الحصول على مشاركة ومساهمة القطاع الخاص، ومن أهم الأسباب التي تدعو إلى ذلك غالباً:⁽³⁰⁾

- شعور الحكومة بأنها غير قادرة على تلبية الاحتياجات المالية لبعض المشاريع المتعلقة بالمرافق العامة من الخزينة العمومية، ولا تستطيع اللجوء لأسلوب الاقتراض نظراً لطبيعة المشروع.

- رغبة الحكومة في إعطاء القطاع الخاص دوراً هاماً في تسير عملية التنمية، ببيع نصيباً من المشاريع العامة القائمة فعلاً مما يقلل درجة المخاطرة أمامه.

*- التمويل عن طريق مشاركة الهيئات المحلية:

وهو التمويل الذي يتم على مستوى وحدات الإدارة المحلية أو الحكم المحلي، أو عن طريق إعطاء هذه الأخيرة الحق في بناء مرافق عامة محلية، بالاستناد إلى ميزانياتها وطاقاتها الذاتية لمشاركة كافة الجهود الشعبية في عملية التنمية، ومنحها نوعاً من الاستقلال المالي كإنشاء صناديق أو بنوك الادخار المحلي.⁽³¹⁾

2-2-2- المصادر الخارجية لتمويل المرافق العامة:

تتعدد صور وأشكال المساعدات الإنمائية والتمويل الخارجي للمرافق العامة، بحيث نجد

- التدفقات والتحويلات من المؤسسات والمنظمات الدولية،

- المنح والمعونات من الدول الأجنبية،

أ- التدفقات والتحويلات من المؤسسات والمنظمات الدولية:

أصبحت للمنظمات الدولية أهمية كبيرة في مجال التمويل الدولي، ولعل أبرز هذه المؤسسات هي البنك الدولي للإنشاء والتعمير، ومؤسسة التنمية الدولية ومؤسسة التمويل الدولي وصندوق النقد الدولي. فالبنك الدولي للإنشاء والتعمير يقدم قروضا طويلة الأجل للتنمية الاقتصادية خاصة في الدول النامية، حيث يمول هذه الأخيرة لتنفيذ مشاريع البنى التحتية، كما يساعدها في إعداد خططها الإنمائية ومتابعة تنفيذ مشاريع التنمية بهذه الدول⁽³²⁾. كما يقترح البنك السياسات الاقتصادية والمالية الملائمة لبرامج التنمية، بحيث يضمن أن تحقق المشاريع التي يقدم بها التمويل عائدا اقتصاديا حقيقيا للدولة الممولة، ولذلك لم يحقق البنك أي خسائر منذ إنشائه إلى جانب ما يحققه من مداخيل معتبرة

ب- المنح والمعونات من الدول الأجنبية:

اعتبرت هذه الصورة من أهم صور تمويل التنمية في الدول النامية خلال الفترة التي سبقت الارتفاع الكبير في أسعار النفط عام 1973. وتعرف الأمم المتحدة المعونة الاقتصادية بأنها القروض طويلة الأجل، والمنح المناسبة لغير الأغراض العسكرية سواء كانت معونات حكومية أو من الهيئات الدولية، وغالبا ما يشير هذا المصطلح إلى المعونات والمنح التي لا تلتزم البلاد الملتقية لها بالوفاء بها.

ورغم أهمية هذه الصورة، إلا أنها لم تمثل نسبة كبيرة يعتد بها، كما أن هذه المنح والهبات المالية الخارجية أخذت تتناقص، فعلى سبيل المثال بلغت جملة المعونات الرسمية المقدمة للدول النامية في عام 1994 ما قيمته 58.8 مليار دولار أمريكي، بانخفاض قدرة 1.8 بالمائة من عام 1993، وقد كان لهذا الانخفاض أثره على كافة الدول النامية التي كانت تعتمد على المعونة اعتمادا كبيرا.

وكان لانتهاء الحرب الباردة أثر واضح على المساعدات الدولية، حيث قامت بعض الدول الغنية بخفض مساعداتها إلى الدول الفقيرة، وقد وضعت شروطا جديدة لتقديم المنح لها، أهمها تغيير الأنظمة الاقتصادية في هذه الدول، بما يسمح بتطبيق مبادئ السوق الحرة، مع ربط المعونة بمدى النشاط السياسي لهذه الدول، وهي شروط مجحفة ومعقدة، لذلك وجدت الدول الملتقية للمعونات أنه لم يعد من المناسب قبول هذه الشروط، وهو ما سيؤدي إلى تقليص هذا البند كوسيلة للتمويل الدولي.

2-3 خصوصية المرافق العامة كحل لمشكل تمويلها

أصبح اللجوء لخصوصية مرافق العامة أمرا ملحا وضروريا للدولة كأحد الأدوات التي لمعالجة عجز الميزانية وتقلل ضغط الأعباء المالية على الحكومة، كما تساعد الدولة في إصلاح برامجها الاقتصادية، علاوة على تحسين وتنشيط الاقتصاد المحلي واستقطاب الأموال الأجنبية لتستثمر في تنمية البلد، ولكي يتحقق ذلك لابد أن تستعد الدولة فنيا وإداريا وقانونيا للتحويل من الاقتصاد الموجه للاقتصاد الحر.

فقد أثبتت التجارب الحكومية محدودية قدرتها في إدارة المرافق العامة - خاصة الاقتصادية منها - لافتقارها المقومات الأساسية كحسن الإدارة والبعد الاستراتيجي، ونقص القدرات الفنية وضعف الموارد البشرية، علاوة على القيود المالية والإدارية التي تحد من كفاءة الإنتاج، بالإضافة إلى توتر العلاقات التي كسرت حاجز الثقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية فتعطلت المشاريع لسبب وآخر. وقد أدت هذه المسببات تراكم الخسائر التي ولدت عجز مالي في الميزانية العامة، فانعكس سلبا على أداء ونتائج أنشطة المرافق العامة الاقتصادية بين سوء الخدمة وعدم الرضا من الجمهور وضعف قيمة المضافة، فأثر جمود الوضع في تعطيل تنمية الاقتصاد ونموه، وأكسبه صفة العجز فهاجرت رؤوس الأموال لتستثمر في بيئات أكثر نضجا وأمانا وشفافية وأقل فسادا.

ونتيجة لما تم ذكره، أصبح إعادة بناء هيكل المرافق العامة الإدارية والاقتصادية وفق معايير الشفافية والحوكمة والكفاءة ضروري من أجل استعادة الثقة أمام المؤسسة التشريعية والشعب بشكل عام، إلى جانب تبني فلسفة جديدة بتطبيق برامج الخصوصية المتنوعة لإدارة وتملك المرفق العام.

* - القوانين ودورها في منح المستثمر ضمانات للاستثمار :

تعتبر البيئة القانونية السبيل لنشأة كيان الاستثمار وينمو إلى أن يطرح ثمرته ممثلة في العوائد والأرباح للمستثمر والتنمية للبلد محل الاستثمار، ولذلك فإن المستثمرين وأصحاب رؤوس الأموال تتجه أبصارهم صوب المكان الذي سيضعون فيه أموالهم، إذ بغض النظر عن مدى الربحية التي سيوفرها المشروع وفق جدواه الاقتصادية، فإن عدم الاستقرار السياسي وبالتالي اختلالات البيئة القانونية عامل طرد أساسي للاستثمار. وعلى النقيض متى ما توفر الاستقرار السياسي والثبات القانوني والتشريعي، وتؤكد المستثمر من فاعلية

وموضوعية القوانين وأجهزة تطبيقها، فإنه سيعمد للاستثمار حتى وإن كان مستوى الأرباح المتحقق أقل مما يمكن تحصيله في مكان آخر لا تتوفر فيه هذه المقومات⁽³³⁾.

يضع أصحاب رؤوس الأموال في القطاع الخاص نصب أعينهم المخاطر التي يمكن أن تهدد استثماراتهم ويدرسونها بدقة قبل البدء في أي عمل، بل إنها قد تكون من أسباب توقفهم عن المضي قدماً في تنفيذ أي استثمار. ومن هذه المخاطر غياب أو ضعف الآليات والضمانات القانونية المتصلة بالاستثمار، والتي تشكل الإطار الضابط للعملية وما يمكن أن يصادفه من عقبات داخلية أو مع الغير بما فيهم الدولة نفسها.

يهتم المستثمر بكامل القوانين المطبقة في البلد المعني ابتداء من دستورها وانتهاء باللوائح المنظمة لأعمال أصغر وحدة إدارية في البلد المستقبل للاستثمارات. وبالتالي لا يوجد قانون يمكن استثناءه أو إبعاده من دائرة اهتمام المستثمر أجنبياً كان أم وطنياً، وما ظاهرة هجرة رؤوس الأموال إلا إحدى نواتج الإشكاليات القانونية التي تعانيها الدول المصدرة لرأس المال في غالب الأحوال، بينما نجد دولة الاستقبال تتمتع ببيئة قانونية أفضل حالاً.

ففقود الامتياز وتحديداً مشاريع البوت، تتطلب ضمانات أهمها على الإطلاق توافق العقود التي تبرم في ظل اتفاقية البوت مع القوانين السارية في البلد الذي ينفذ فيه المشروع وأهم هذه القوانين هي قوانين تشجيع الاستثمار وحمايته، وقوانين تنظيم الملكية، وقوانين المعاملات، وقوانين الملكية الفكرية وقانون الشركات وقانون الضرائب وقوانين الإفلاس⁽³⁴⁾.

وبالطبع فإن أول ما يهتم المستثمر به من أنظمة وقوانين، تلك المعنية بتنظيم تحويل ملكية القطاع العام إلى القطاع الخاص سواء كلياً أو جزئياً، والميزات والحماية القانونية التي تمنحها له، وقد بادرت الكثير من الدول إلى سن مثل هذه التشريعات. وفيما يلي بعض القوانين ذات الصلة المباشرة باستثمارات القطاع الخاص مع التركيز على الخدمات والمرافق العامة.

/- قوانين الاستثمار

تعمل كل حكومة على إصدار قوانين ولوائح تتعلق بالاستثمارات التي يمكن للقطاع الخاص القيام بها. فالوحدة الإدارية الإقليمية معنية باستلهاهم قوانين الاستثمار السارية على نطاق المركز في إيجاد قوانين ولوائح تشجع الاستثمارات في الإقليم، بل وتعطي وفق ما لها من صلاحيات وسلطات ميزات أكثر من تلك الممنوحة في قوانين المركز والأقاليم الأخرى فيما

يتعلق بالاستثمار في الأنشطة التي تحتاج لها الجهة بصورة ماسة وعاجلة. فالجهات التي تعاني من مشاكل في مرافق القطاع الصحي يمكنها أن تعطي ميزات تفضيلية لمن يستثمر في هذا القطاع أو في حال وجود نقص في إدارة بعض المرافق العمومية⁽³⁵⁾.

-/ قوانين المعاملات المدنية والقوانين التجارية:

إن انصراف الدولة على مستوى المركز أو الجهات إلى تبني سياسة التحرير الاقتصادي يتطلب تفعيل القوانين ذات الصلة ونفض الغبار عنها، لتكون مواكبة للتطورات الاقتصادية الداخلية والخارجية. فقوانين العقود والقوانين المتعلقة بالتجارة وتنظيم عمل الشركات، بالإضافة لقوانين الأوراق التجارية إلى جانب القوانين الإجرائية التي بموجبها تنتظر المحاكم للنزاعات المتعلقة بهذه المسائل، فإن هذه الحزمة من القوانين تعتبر هي عظم الظهر للأعمال التجارية التي يدخل طرفاً فيها القطاع الخاص، وبالتالي فإن فعاليتها واطمئنان الأطراف في الاحتكام إليها يعد أحد أهم ضمانات الاستثمار على الإطلاق.

وبالنسبة للوحدات الإدارية الجهوية، فإن وجود قوانين موزونة وسلطات واضحة للولايات والفصل ما بين سلطات المركز والأقاليم، بحيث لا يحدث تعارض، يعتبر عاملاً مهماً في جذب الاستثمار للوحدات الإدارية الجهوية والإقليمية. فالدولة الراغبة في استنهاض القطاع الخاص المحلي والأجنبي للاستثمار على مستوى لا مركزي، يجب أن تمنح هذه الأقاليم بغض النظر عن مسمياتها المختلفة وفق الأنظمة القانونية والسياسية التي تختلف من بلد إلى آخر - إمارات، أقاليم، عمالات، محافظات، ولايات - سلطات واسعة في استثمار الإمكانات المتاحة لها في القطاع الجغرافي الذي يقع تحت إدارتها، ومن ثم فإن القوانين المنظمة للنشاطات الاقتصادية، وكذلك اللوائح يجب أن تراجع وتحدث باستمرار حتى تواكب ما يمكن أن يتدفق من استثمارات على هذه الوحدات الجهوية⁽³⁶⁾ ذلك أن المتخصصين في الاقتصاد يرون أن العولمة ستقود إلى وجود مدن مستقبلية وجاذبة للاستثمارات ومدن طاردة للاستثمارات، وبالتالي فإن على المدن الجاذبة أن تنهياً لاستقبال رؤوس الأموال وما يستتبع ذلك من ضرورة وجود آليات قانون حديثة تحد من الآثار السالبة لقيام استثمارات ضخمة، وعلى الجانب الآخر فإن المدن ذات الحظ الأقل في جذب الاستثمار عليها أن تبتكر من التسهيلات ما يجعلها ذات ميزات أفضل.

2-4 دور عقود الامتياز في جذب رؤوس الأموال

يمكن للصيغ القانونية أن تلعب دوراً كبيراً في جذب الاستثمارات للدول على المستوى المركزي أو الجهوي، وعقود البوت من الصيغ الجاذبة للاستثمار، فهذه الصيغ أخذت تحظى باهتمام كبير جداً في الآونة الأخيرة وخضعت لدراسات معمقة من جانب المنظمات والمؤسسات الدولية المتخصصة. كما أن الكثير من الدول قامت بدراسة هذه العقود وسعت لتطويرها وجعلها موائمة لاحتياجاتها ومنضبطة مع بيئاتها القانونية، حيث قامت باكستان باستحداث صيغة موحدة تتعلق بمشاريع الطاقة المنفذة بنظام البوت، بينما على الصعيد الإقليمي تعتبر سلطنة عمان من أوائل الدول العربية التي قامت بتنفيذ مشاريع بنى تحتية بنظام البوت⁽³⁷⁾.

3- تمويل المرافق العمومية على مستوى الهيآت المحلية بالجزائر

يأخذ نظام الإدارة المحلية أشكال متعددة من دولة لأخرى ويمكن تعريفه بأنه "تلك المناطق المحدودة والتي تمارس نشاطها المحلي بواسطة هيئات منتخبة من سكانها المحليين تحت رقابة وإشراف الحكومة المركزية".

في الجزائر تجسد هذا النظام في مستويين هما الولاية والبلدية وهو ما أطلق عليه مصطلح الجماعات المحلية المنتخبة. وفي هذا الصدد جعل التشريع الجزائري من البلدية المحرك الأساسي للتنمية المحلية، حيث توسعت مجالات تدخلها وصلاحياتها بشكل كبير كما هو مبين في المواد من 107 إلى 115 من القانون 11-10 حيث ندرك الحقل الواسع لتدخلها إلى جانب المرسوم الرئاسي رقم 45-247 المؤرخ في سنة 2015 المتعلق بالصفقات العمومية، والذي جعل من البلدية والولاية طرفا في العملية التعاقدية تحت اسم المصلحة المتعاقدة، فيما يتمثل الطرف الثاني في المتعاقد الاقتصادي. ففي ظل مختلف التغيرات والإصلاحات، شهدت مهام الإدارة المحلية بالجزائر تصاعدا مميّزا يتماشى مع مختلف مراحل تطور مفهومها، ولذا فإن النصوص القانونية التي أعطتها أبعادا جديدة تمنحها صلاحيات واسعة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتضع بين يدي ممثليها الوسائل الضرورية لتحمل كل المسؤوليات وتقدير مصير التنمية المحلية.

3-1 الموارد المالية المحلية الذاتية:

وتشمل كل من الجباية المحلية والتمويل الذاتي ومداخيل الأملاك وإيرادات الاستغلال المالي.

3-1-1 الجباية المحلية:

تتقسم الجباية المحلية إلى ثلاث أنواع من الضرائب وهي:

أ - الضرائب المحصلة لفائدة الجماعات المحلية:

- الدفع الجزافي:

تقع هذه الضريبة على كاهل الأشخاص الاعتباريين والطبيين والهيئات المقدمة بالجزائر، أو التي تمارس نشاطاتها بها والتي تدفع مرتبات وأجور وتعويضات وعلاوات، وعليه فإن هذه الضريبة تحسب على المبلغ الإجمالي للمرتبات والأجور والتعويضات والعلاوات وكذا المعاشات والريوع. ويتم حسابه بالنسبة للمرتبات والأجور والتعويضات بنسبة 6 بالمائة، أما بالنسبة للريوع والمعاشات فيتم حسابه بنسبة 2 بالمائة.

ويعفى من الدفع الجزافي لمدة ثلاث سنوات الشباب المستثمر بإعانة من الصندوق الوطني لدعم الشباب، كما تعفى من الدفع الجزافي المؤسسات التي تقوم بعمليات بيع السلع الموجهة للتصدير لمدة خمس سنوات.

- الرسم على النشاط المهني:

إن الرسم على النشاط المهني المستحق بواقع رقم الأعمال المحقق في الجزائر، يطبق سواء على المكلفين بالضريبة الذين يمارسون نشاطا صناعيا أو تجاريا، أو على الذين يزاولون نشاطا غير تجاري. ويحصل هذا الرسم بنسبة 2.55 بالمائة ويوزع مدخوله كما هو موضح في الجدول التالي:

نوع الرسم	حصة الولاية	البلدية	الصندوق المشترك للجماعات المحلية	المجموع
الرسم على النشاط المهني	0.75%	1.66%	0.14%	2.55%

جدول رقم (01): حصة كل من البلدية و الولاية و الصندوق المشترك من الرسم على النشاط المهني:

المصدر: تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي الدورة 18، حول التطور الذي يجب إضافؤه على تسيير المالية المحلية في منظور اقتصاد السوق، جويلية 2001 ص05.

ب- الضرائب المحصلة لفائدة البلديات فقط:

- الرسم العقاري:

يعتبر من أهم الموارد المالية الضريبية للبلدية. وبالرغم من مساهمته الضئيلة، إلا أنه يكشف عن عجز التنظيم الإداري عموما على التحكم في الحظيرة العقارية وتطويرها⁽³⁸⁾ وقد نصت على هذا الرسم المادتين 248 و 261 من قانون الضرائب، ويتكون من:

- الرسم العقاري على الملكيات المبنية.

- الرسم العقاري على الملكيات غير المبنية.

ولحساب هذا الرسم هناك جدول يحدد نسبة الضريبة حسب المناطق وذلك لكل متر مربع، بحيث يتم حساب الدخول على أساس قيمة الكراء الجبائية بالمتر المربع مضروب في مجموع المساحة الخاضعة للضريبة كما يتم إعداد هذا الرسم باسم المالك.

- رسم التطهير⁽³⁹⁾:

تم إنشاء الرسم الخاص بإزالة القمامات المنزلية لصالح البلديات التي تتوافر على مصالح لإزالة هذه القمامات ويخص هذا الرسم الملكيات المبنية، ويتم تحصيله سنويا من الملاك والمنفعين، ويحدد مبلغ هذا الرسم كما يلي:

- 375 دج عن كل أسرة في البلديات التي يقل عدد سكانها عن 50.000 نسمة.

- 500 دج عن كل أسرة في البلديات التي يفوق عدد سكانها عن 50.000 نسمة.

- 1000 دج عن كل محل تجاري، حرفي، غير تجاري أو ما شابهه يقع في بلدية يقل عدد سكانها عن 50.000 نسمة.

- 1000 دج عن كل محل تجاري، حرفي، غير تجاري أو ما شابهه يقع في بلدية يفوق عدد سكانها عن 50.000 نسمة.

ويخصوص المحلات الصناعية والتجارية والحرفية وما شابهها التي تفرز كميات أكبر من القمامة بالنسبة للفئات المذكورة أعلاه، يحدد مبلغ الرسم بقرار يصدره رئيس المجلس الشعبي بمبلغ يتراوح بين 2500 و 50.000 دج، ويدفع محصول هذا الرسم كلية إلى البلديات.

- الرسم على الذبح:

تحصله البلديات بمناسبة ذبح الحيوانات: الأبقار، الأغنام، الماعز، الخيول، الجمال، ويقوم حسابه على أساس وزن لحوم الحيوانات التي يتم ذبحها بمعدل 5 دج للكيلوغرام الواحد، ويتوزع كما يلي:

- البلدية: 3.5 دج للكيلوغرام.

- صندوق حماية الصحة الحيوانية: 1.5 دج للكيلوغرام

- رسم الإقامة:

يؤسس هذا الرسم على الشخص وعلى اليوم الواحد للإقامة إذ لا يقل عن 10 دج و لا يزيد عن 20 دج دون أن يتجاوز 50 دج عن كل أسرة، ويتم تحصيل هذا الرسم عن طريق أصحاب الفنادق وأصحاب المحلات المستعملة لإيواء المعالجين والسواح، ويدفع تحت مسؤوليتهم إلى قابض الضرائب بعنوان مداخيل الجباية المحلية للبلدية.

ج- الضرائب المحصلة لفائدة الدولة و الجماعات المحلية:

- الرسم على القيمة المضافة:

طبق هذا الرسم بأربع معدلات في البداية ثم خفض إلى نسبتي ابتداء من قانون المالية لسنة 2001 وهما : 17 بالمائة و 07 بالمائة، ويتم توزيع محصلة هذا الرسم كما يلي:

- 85 بالمائة لصالح الدولة.

- 06 بالمائة لصالح البلدية.

- 09 بالمائة لصالح الصندوق المحلي للجماعات المحلية.

- الضريبة على الأملاك:

يتم توزيع محصلة الضريبة على الأملاك كما يلي:

- الدولة: 60 بالمائة.

- البلدية: 20 بالمائة.

- الصندوق الوطني للسكن: 20 بالمائة.

ولا تمثل الموارد الناتجة عن الممتلكات إلا نسبة 08 بالمائة في هيكل موارد البلديات، ويحدد معدل هذه الضريبة بـ 2.5 بالمائة.

- قسيمة السيارات:

يتحملها كل شخص طبيعي أو معنوي يملك سيارة خاضعة للضريبة، وتوزع حصيلة هذه الضريبة كما يلي:

- الدولة: 20 بالمائة.

- الصندوق المشترك للجماعات المحلية: 80 بالمائة.

إن تعريفات قسيمة السيارات تحدد حسب سن السيارة وحمولتها بالنسبة لكل نوع.

3-1-2 التمويل الذاتي:

ينص قانون البلدية والولاية من خلال المادتين 170 و 151 على التوالي على ضرورة اقتطاع جزء من إيرادات التسيير وتحويلها لقسم التجهيز والاستثمار، ويستهدف هذا الإجراء ضمان التحويل الذاتي لفائدة البلديات والولايات حتى تتمكن من تحقيق حد أدنى من الاستثمار لفائدة ذمتها، ويتراوح هذا الاقتطاع ما بين 10 بالمائة و 20 بالمائة.

3-1-3 مداخيل الأملاك:

تتوفر الجماعات المحلية على إيرادات أملاك متنوعة، وهي تنتج عن الاستغلال أو استعمال الجماعات المحلية لأملكها بنفسها باعتبارها أشخاص اعتبارية تنتمي للقانون العام، أو تحصيل الحقوق أو الضرائب مقابل استغلالها من طرف الخواص، وأهمها إيرادات بيع المحاصيل الزراعية، وحقوق الإيجار، وحقوق استغلال الأماكن كالمعارض والأسواق.

3-1-4 إيرادات الاستغلال المالي:

تتشكل إيرادات الاستغلال المالي من العوائد الناتجة عن بيع منتجات أو عرض خدمات توفرها الجماعات المحلية، وتتكون من عوائد الوزن الكيل والقياس، وعوائد الرسوم

عن الذبح الإضافية المتمثلة في ختم اللحوم أو حفظها، بالإضافة إلى الإيرادات التي توفرها مصالح التخزين العمومي، والمتاحف العمومية، والحظائر العمومية.

إن التمويل الذاتي ومداخل الأماك وإيرادات الاستغلال المالي تمثل موارد غير جبائية ناتجة عن توظيف الجماعات المحلية لمواردها الخاصة المرتبطة باستغلال أماكها.

3-2 الموارد المالية المحلية الخارجية:

قررت السلطات العمومية بعد الاستقلال مباشرة استحداث أدواتها الخاصة بالتنمية المحلية ويتعلق الأمر بما يلي:

- برامج التنمية الخاصة
- المخططات البلدية للتنمية
- الصندوق المشترك للجماعات المحلية
- القرض المحلي.

تعد المخططات البلدية للتنمية الإطار العام الذي من خلاله تتحدد الجهات المخولة بتمويل المرافق العمومية بغض النظر عن الإشكالية المتعلقة بمن يحدد الطرف الذي يتولى القيام بذلك في سياق إشكالية الوصاية الإدارية على الجماعات المحلية. وبناء عليه، تأخذ هذه الأساليب ثلاثة أشكال أساسية حددها قانون الجماعات الإقليمية لسنة 2011 تتمثل في:

أ - عقد الامتياز:

يقصد بالامتياز أن تعهد الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية إلى أحد الأفراد أو أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم، وعلى مسؤولياته، وفي مقابل ذلك يتقاضى رسوما يدفعها كل من انتفع بخدمات المرفق.⁽⁴⁰⁾ وإجابة على إشكالية التمويل، يتكفل الملتزم بالتغطية المالية للمشروع وما يحتاجه من عقارات ومنقولات على اختلاف أنواعها بحسب ما يقتضيه نشاط المرفق. وهذا ما نصت عليه المادة 155 من قانون الجماعات الإقليمية لسنة 2011، والتي جاء فيها " يمكن للمصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول به."⁽⁴¹⁾

ب - أسلوب التفويض:

عملت الحكومة الجزائرية على توفير موارد التمويل الخارجي وتسخيرها لتمويل المرافق العامة وتحقيق تنميه وطنية شاملة، انطلاقا من تفعيل القاعدة في إنجاح هذه التنمية. وفي هذا الصدد، نص قانون البلدية في مادته 156 على أن البلدية يمكن أن تفوض تسيير المصالح العمومية عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.⁽⁴²⁾ وهو ما تم تدعيمه بالمرسوم الرئاسي 15-247 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية من خلال المادة 210، التي تتحدث عن الامتياز ليس كأسلوب لتسيير المرفق العام المحلي فقط، بل حتى لتمويله من خلال الفقرة التالية " يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه"⁽⁴³⁾.

وفي إطار الرقابة الخارجية للصفقات العمومية، تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة، لجنة للصفقات العمومية، تتكون اللجنة البلدية للصفقات وفق ما نصت عليه المادة 174 مما يلي:⁽⁴⁴⁾

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا.
 - ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
 - منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي .
 - ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
 - ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.
- وبالرجوع إلى القانون الجديد للصفقات العمومية، نلاحظ أن المشرع أضاف بموجب هذه المادة، ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية، أحدهما من مصلحة الميزانية والأخرى من مصلحة المحاسبة، لتعزيز آلية الرقابة المالية، وفي المقابل حذف عضوية قابض الضرائب، والذي يسمى حاليا بأمين خزينة ما بين البلدية. تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات العمومية للبلدية في حدود المستويات المالية المحددة لها سواء فيما يخص أشغال اقتناء اللوازم أو الدراسات أو الخدمات. وحسب المادة 160 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة، وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء، تدعى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض. وتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم. تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري

وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا.⁽⁴⁵⁾

ولضمان التسيير الحسن للأموال العامة وتفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، حدد التنظيم المؤطر للصفقات العمومية مجموعة من الإجراءات والمبادئ والمعايير التي على أساسها يتم إبرام الصفقات العمومية، وهذا من أجل تكريس المبادئ التي يقوم عليها مجال الصفقات العمومية .

فيما يخص المعايير التي تحكم مجال إبرام الصفقات العمومية، تم النص عليها في المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، كما يلي⁽⁴⁶⁾ " يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، ومذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة. ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية":

1- إما إلى عدة معايير من بينها:

-النوعية،

-أجال التنفيذ أو التسليم،

-السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال،

- الطابع الجمالي والوظيفي،

- لنجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي، لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل، والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة،

- القيمة التقنية،

- الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية

- شروط التمويل، عند الاقتضاء، وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية

2- إما إلى معيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك.

وعليه، تعد الصفقات وسيلة لصرف المال العام استجابة لحاجيات مصالح الدولة و المؤسسات العمومية وتنفيذا للسياسات والبرامج والمشاريع العمومية المتعلقة بمختلف القطاعات خاصة محليا، ولها بالتالي تأثير واضح على حياة المواطن وسير المقولة على المستويات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية .

إن الإشكاليات التي تعرفها الصفقات العمومية فيها يتعلق بالتنفيذ و التي يمكن أن تؤدي إلى عدم التنفيذ والتأخير أو غياب عنصر الجودة الذي يؤدي حتما إلى التساؤل عن دور المصالح الساهرة على هذه الصفقات، كما أن النهوض بدور الصفقات العمومية في جميع التنمية يستوجب عقلنة المال العام عبر تفعيل مبادئ المسؤولية والمساواة والشفافية والمشاركة والمحاسبة، من أجل الوصول إلى فعالية الأهداف المسطرة وحسن التدبير، وهذا يستدعي من القائمين على هذه الصفقات وخاصة في الجماعات المحلية تكوين رؤية استراتيجية ودور المشاركة مع جميع الفاعلين المحليين.

على المستوى الاقتصادي، يؤثر ميدان الصفقات العمومية بشكل كبير في دعم الطلب الداخلي والنمو الاقتصادي، ويزخر بفرص حقيقية للمقاولات لرفع أرقام مبيعاتها وتطوير أعمالها، وبالموازاة مع تنميتها للاقتصاد وإنعاشها للمقولة تساهم الصفقات في ضمان الموارد الضريبية للدولة من خلال إلزام المقاولات المتنافسة بتأكيد صحة التزاماتها الضريبية كشرط لمشاركتها في الصفقات العمومية.

وعلى المستوى الاجتماعي، تساهم الصفقات العمومية في محاربة البطالة وتحسين ولوج الطبقة العاملة إلى الخدمات الاجتماعية الأساسية، فاشتغال المقولة في بيئة اقتصادية مدعومة بالاستثمارات العمومية له تأثير إيجابي على الشغل. أما على المستوى السياسي، فبالنظر إلى الصفقات العمومية كوسيلة لإعادة توزيع الثروة ولتنفيذ السياسات العمومية من جهة، و تعلق مخرجاتها من الخدمات العمومية ومدخلاتها من الضرائب بالمواطن والمقولة من جهة ثانية، يمكن القول أن النظر في النتائج التي يحققها هذا الميدان للمواطن يدخل ضمنيا في عملية تقييمه السياسي لأداء الحكومات والمجالس المحلية المنتخبة، وجوانب هذه العلاقة التي تربط المواطن بالصفقات على مستوى واجبه في تمويلها، وحقه في الاستفادة منها هي التي تؤسس لشرعية المواطن الرقيب على الشأن العام، وتمكنه من التأثير في السياسة العمومية وفي الفاعل السياسي عبر مختلف الآليات الديمقراطية كالانتخابات والاحتجاج و إبداء الرأي .

خاتمة

يعتبر تمويل المرافق العمومية الحلقة الأضعف والسبب الرئيسي لضعف الخدمات المقدمة لجمهور المستفيدين، وهو ما تنبّهت له الدول المتقدمة التي سارعت إلى البحث عن سبل مواجهة العجز المالي للمرافق العامة، من خلال تشجيع استثمار القطاع الخاص في هذا الميدان، مع احتفاظ المرافق العامة بمبدأ الخدمة العمومية.

لا تزال الجزائر مترددة في إشراك القطاع الخاص لعدة أسباب مرتبطة أساسا بخشية السلطات العمومية من فقدان المرافق العمومية صفة الخدمة العامة، خاصة أمام تفكير الخواص عادة في تحقيق الربح على حساب المصلحة العامة. وخير دليل على ذلك الفوضى التي يشهدها حاليا قطاع النقل مع سيطرة الخواص على نشاطاته، بحيث عادة ما يشتكي الزبائن من تردي الخدمات المقدمة وانعدام النظافة، مقابل ارتفاع غير مبرر في التسعيرات، خارج رقابة الدولة.

وعليه، فإن الطريق لا يزال طويلا في هذا الصدد من أجل الوصول إلى مرحلة تعتمد فيها المرافق العامة بالجزائر على مصادرها الخاصة في التمويل، خاصة مع السياسة المتبعة من قبل السلطات العمومية حاليا الهادفة إلى شراء السلم الاجتماعي بأي ثمن، وهذا لكسب الجبهة الاجتماعية في صفها، إذ لا يمكن تخيل مثلا تحرير قطاع الصحة بالكامل لفائدة الخواص، وغلق المستشفيات العمومية في وجه المواطن البسيط الذي لا يملك الإمكانيات المادية التي تجعله يجري الفحوصات الطبية في العيادات الخاصة، فما بالك بالعمليات الجراحية، كما أن تمكين الخواص من الاستثمار أكثر في ميدان التعليم سيعمق الفجوة بين المواطنين، ويجسد الطبقة التي بدأت تظهر ملامحها، خاصة مع تفضيل الطبقة الثرية تسجيل أبنائها في المدارس الخاصة رغم تكلفتها الباهضة، وشكوى غالبية الجزائريين من ضعف مستوى التكوين في المدارس العمومية.

(1) - شاب توما منصور، القانون الإداري. بغداد: جامعة بغداد، 1980، ص 194.

(2) - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية. (ترجمة د. محمد عرب صاصيلا)، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1979، ص 430.

- (3) - محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن (الجزء الأول - السلطة الإدارية). القاهرة: دار النشر غير مذكورة، 1956، ص 28.
- (4) - هاني على الطهراوي، القانون الإداري. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر، 1998، ص 25.
- (6) - الطهراوي، نفس المرجع، نفس الصفحة.
- (7) - نواف كنعان، القانون الإداري. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 84.
- (7) - Gilbert Tosi, «Evolution du service public et principe de subsidiarité », Revue française d'économie. Année 2006, Volume 21, 21-1. P 06.
- (8) - André de Laubadère, Yves Gaudemet, Traité de droit administratif. (Tome 5, La fonction publique), Paris : Editions L.G.D.J, 1983, p285.
- (9) - محمد فاروق عبد الله، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومين التقليدي والإشترائي. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ص 06.
- (10) - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة : دار الفكر العربي، 1956، ص 22
- (11) - ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري. القاهرة: دار النهضة العربية، 1972، ص 389.
- (12) - ريمون أودان، النزاع الإداري (ترجمة سيد بالضياف). تونس: مركز النشر الجامعي، 2000، ص 319.
- (13) - مهنا، مرجع سابق، ص 263.
- (14) - الطماوي، مرجع سابق، ص 38.
- (15) - نفس المرجع، ص 40.
- (16) - نفس المرجع، ص 50.
- (17) - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، (الجزء الثالث). الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 443.
- (18) - الطماوي، مرجع سابق، ص 59.
- (19) - نفس المرجع، ص ص 59-60.
- (20) - غناية غازي، المالية العامة والتشريع الضريبي. القاهرة: جامعة عين شمس، 1998، ص 12.
- (21) - أشد سوزي عدل، الوجيز المالية العامة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2000، ص 8.
- (22) - وسيلة السبتي، تمويل التنمية المحلية. القاهرة: إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، 2009، ص 23.
- (23) - عبد الحميد عبد المطلب، التمويل المحلي والتنمية المحلية. الإسكندرية: الدار الجامعية، 2001، ص 22.
- (24) - غناية غازي، المالية العامة والتشريع الضريبي. القاهرة: جامعة عين شمس، 1998، ص 32.
- (25) - عدل، مرجع سابق، ص 38.
- (26) - برهان الدين جمل، المالية العامة: دراسة مقارنة. دمشق: منشورات دار طلاس، 1992، ص 19.
- (27) - السبتي، مرجع سابق، ص 25.
- (28) - غازي، مرجع سابق، ص 43.

- (29) - خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية. عمان: دار المناهج للنشر والتوزيع، 2000، ص 65-68.
- (30) - الراوي، مرجع سابق، ص 68.
- (31) - خالد سمارة الزغبى، التمويل المحلي للوحدات الإدارية المحلية. عمان: المنظمة العربية للعلوم الإدارية، 1985، ص 12.
- (32) - موسى سعيد مطر وآخرون، المالية الدولية. عمان: دار الصفاء للنشر والتوزيع، 2003، ص 167.
- (33) - محمد الأبرش، نبيل مرزوق، الخصخصة آفاقها وأبعادها. دمشق: دار الفكر، 1999، ص 42.
- (34) - نفس المرجع، ص 55.
- (35) - Michalet C.A, La Séduction des Nations ou Comment attirer les investissements. Paris : Edition Economica, 1999, p72.
- (36) - J.Stiglitz, « Vers Un Nouveau paradigme pour le développement », L'économie Politique. N5, 2000, p05.
- (37) - عوض شفيق عوض، الخصخصة. الإسكندرية : طباعة أبناء رياض سلامة وابور المياه ، 2000، ص 26.
- (38) - المجلس الوطني الاقتصادي و الاجتماعي، تقرير حول التطور الذي يجب إضفاؤه على تسيير المالية المحلية في منظور اقتصاد السوق، الدورة الثامنة عشرة، جويلية 2001، ص 22.
- (39) - نفس المرجع، ص 24.
- (40) - عمار بوضياف، شرح قانون البلدية. الجزائر: دار جسور للنشر والتوزيع، 2012، ص 234.
- (41) - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، "القانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب سنة 1432، الموافق لـ 22 جوان عام 2011، يتعلق
- بالبلدية. الجريدة الرسمية، العدد 37، السنة الثامنة والأربعون، 03 جويلية 2011، ص 22.
- (42) - نفس المرجع، نفس الصفحة.
- (43) - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، "المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة سنة 1436، الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويض المرفق العام." الجريدة الرسمية، العدد 55، السنة الثانية والخمسون، 20 سبتمبر 2015، ص 47.
- (44) - نفس المرجع، ص 42.
- (45) - نفس المرجع، ص 39.
- (46) - نفس المرجع، ص 22.

مقاربة الانجاز بالقرب في إطار التسيير المحلي

الدكتور: نبيل كريش

أستاذ محاضر أ، قسم العلوم السياسية – جامعة جيجل، الجزائر

ملخص:

يهدف المقال إلى إبراز مدى قدرة العمل الإداري المحلي في إطار مقاربة الانجاز بالقرب في تحقيق المصلحة العامة المباشرة بوسائل مادية وغير مادية ، ما دام النشاط الإداري العام لا يمكن فرض حركيته الوظيفية والعملية إلا من خلال تأثيره الايجابي على المظهر الوظيفي والأشكال الإجرائية المختلفة. حيث تبرز أهمية تحليل إدارة القرب La Gestion de Proximité من الدور الذي تلعبه الماكينة الإدارية La Machine Administrative كجهاز Appareil أو تنظيم Organisation مرفقي عام في تلبية حاجيات المواطنين ومواجهة اختلالات آليات الضبط و التحكم المتصلة بمجالات الحقوق والحريات وديناميات استيعاب غايات الشأن العام La chose Public ذات العلاقة بحياة الأفراد والمجتمع على حد سواء .

الكلمات المفتاحية: الإدارة المحلية ، إدارة القرب ، الانجاز بالقرب ، الخدمة العامة ، الديمقراطية المحلية.

Abstract

The article aims to highlight the approach of achieving proximity to the public interest directly by material and non-material means. As long as the general administrative activity can not impose its functional and practical mobility only through its positive impact on the functional aspect of the different procedural forms. The role of the analysis of the proximity management by the administrative machine; as a public organization is to respond to the needs of citizens and to remedy imbalances in control mechanisms related to rights and freedoms and the absorption dynamics of the public affairs objectives of individuals and society.

Keywords: Local Administration, Proximity Management, Achievement in Proximity, Public Service, Local Democracy .

مقدمة:

لقد أصبح فن التعامل مع الفرد "المواطن" Citoyen أو "الزبون" Client كما يطلق عليه اليوم يمثل معيارا هاما في تحديد معنى الخدمة العامة المقدمة من طرف الهيئات الادارية العمومية المحلية، بناء عن المعيارية القيمة التي تحددها مخرجات ومدخلات العلاقة القائمة بين الفرد والمنظمة العامة في اطار المجتمع أو البيئة الاجتماعية السائدة . حيث ارتبط مفهوم الادارة بالانجاز من الناحية التاريخية بمسائل فنية مثل تقسيم العمل والتخصص وبعض الشروط العقلية والموضوعية ، أما وظيفيا فقد ارتكز على جوانب عملية الكفاءة والمشاركة والأمانة والمسؤولية والرقابة والتنسيق والتوجيه وغيرها من الموضوعات التي كانت ولا تزال بمثابة الأدوات أو القيم المرشدة لرجالات الحكم والادارة في حل المشكلات وتعزيز الجهود الجماعية عبر العصور والمراحل التاريخية .

ما يعني ، أن ارتباط مقاربة "الانجاز بالقرب" بمعايير أخلاقية وتنظيمية وسلوكية عديدة، تملية اليوم ضرورات اجتماعية واقتصادية وسياسية كما تختزنه بيئة داخلية (محلية ووطنية) و أخرى خارجية (دولية). لاسيما وأن علاقة الانجاز بمنظور الاتجاهات المختلفة لفلسفة العمل الاداري وتطوراته المعرفية والعملية قد تأثرت من حيث مقتضيات الفهم والممارسة بجوانب قيمة وعقلانية وأخلاقية وايكولوجية وديمقراطية كثيرة ، حيث اقترن مفهوم وتطور قدرة الادارة على الانجاز بصفة عامة بمستوى تطور استراتيجيات الاشراف وتقويض السلطة والمبادأة والالتزام العام.... وغيرها.

كما أن ارتباط الثقافة التسييرية المعاصرة بمفاهيم ادارة الأعمال والسوق Marketing ، قد مدد معنى "الانجاز" Ashievement الى مفاهيم أخرى للفعالية التسييرية كالتنافس والتمكين والتعاقد والمساهمة، وهي العوامل التي تتطلب تعاملًا خاصًا معها ، لاسيما من حيث مستوى الفهم و الممارسة أو القدرة التنظيمية المالية والادارية والتنظيمية.

الأمر الذي يجعل ثقافة الانجاز ترتبط أساسا بالنتائج والمخرجات والتقييم النهائي للأعمال والبرامج والنشاطات، كما تتطلب من حيث القياس ضرورة الانتباه الى المعايير الذاتية ذات العلاقة بالذاكرة التاريخية للتجارب والخبرات السابقة بالاضافة الى المعايير العامة الموجهة لثقافة الابداع والتجديد والتطوير والابتكار لتحقيق التغيير الاجتماعي نحو الأفضل.

وهو مايساعد بطبيعة الحال على تحليل عملية اتخاذ القرار وابرار جوانبها الديمقراطية كالعدالة والمساواة وضمان توسيع الفرص وحرية الاختيار لدى الأفراد والجماعات كما تؤكد عليه تقارير التنمية البشرية المختلفة.

وعلى العموم الورقة ، تحاول تحليل مقاربة الانجاز المحلي بالقرب من خلال الاجابة على تساؤل رئيس هو: ما مدى أهمية مقاربة الانجاز بالقرب في تحقيق الاستجابة لمختلف متطلبات التنمية والحاجات العامة المحلية في ظل الثقافة التسييرية المحلية المعاصرة؟ وذلك من خلال المحاور التالية:

- الانجاز بالقرب ضمن التوجهات العامة للإدارة المحلية.

- أهمية الانجاز بالقرب في تعزيز المسؤولية والالتزام المدني.

- أهمية الانجاز بالقرب في تغيير اتجاهات العمل والعاملين.

أولاً: الانجاز بالقرب ضمن التوجهات العامة للإدارة المحلية

لقد برز في السنوات الاخيرة نقاشا عاما يهتم بمسألة الاصلاح والتطوير في المجال الاداري ، بناء على التحولات التي أصبح يعرفها العالم، لاسيما في البلدان النامية التي تسعى الى تعزيز اقتصادياتها الوطنية وتحسين ادارة التنمية بها من خلال الاهتمام بموضوعات التطوير والفعالية ، حسب متطلبات بناء القدرة للموارد البشرية وتعزيز دورها في تحسين طرق العمل الاداري والتنظيمي بالهيئات العامة.

فالأهمية الديمقراطية Democracy لا يمكن اختزالها كما يقول ألان تورين Alain Tourain في مجرد مؤسسات أو سلطات وإنما فيما تعبر عنه أو تمارسه من حقوق (1)، وذلك حتى يمكن تحقيق التغيير الذي يتلائم مع توجهات اقتصاد السوق والعولمة Globalization بل ومفاهيم اللامركزية Decentralization التي تقتضي الاستجابة لشروط الفعالية Efficiency والكفاءة والمرونة المطلوبة في إطار توزيع الأدوار والسلطات وتنسيق السياسات والأليات.

إن دور الانجاز في احداث التنمية والتغيير على المستوى المحلي يبرز أساسا من خلال اتجاهاته العلائقية التي تجعل منه نتاجا أو ثمرة لمجموعة من العوامل والاعتبارات لعل أهمها مايلي :

أولا: يعتبر الانجاز Achievement ثمرة ابداعية لجهد بشري فعال تساهم فيه من الناحية الادارية والتنظيمية هياكل ومعلومات بالاضافة الى موارد مالية وتحفيزية تشجع على المبادرة والارتقاء نحو الأفضل.

ثانيا: تلعب القيادة Leadership دورا هاما في تحقيق الانجاز انطلاقا من خصائص "القائد الناجح" الذي يحترم الوقت ويقلل التكاليف ويشد الهمم والطاقات لبلوغ الهدف ومواجهة الصعاب والعقبات.(2)

ثالثا: يستمد ارتباط الانجاز بعامل القرب Proximité من المعنى الدلالي الذي يرمز "للخدمة المباشرة" و"المرافقة العملية" التي يحتاجها كل من الزبون Client والمشروع project على حد سواء.(3)

وفي هذا الاطار، يبرز المجال المحلي كفضاء Espace مناسب لتقريب الادارة من المواطن من خلال دوره في توسيع مجالات المشاركة الوطنية والاهتمام بأولويات المواطن ورغباته المختلفة. ولكن لابد من الاشارة هنا الى أن مفهوم المكان لا يرتبط فقط بما هو خاص Privé متميز وإنما بما هو عام Public مشترك كذلك، لاسيما في ظل التوسع

المعرفي لفهم الأشياء الذي أفرزته العولمة عندما تقلص حجم المسافات وارتبط المحلي بالعالمي (Glocalization)، حيث أصبح المحلي مقياسا لنجاح القضايا العالمية حتى وإن كان المكان يستمد أهميته الخصوصية من اعتبارات جغرافية تجريبية ومعيارية ومعرفية (4).

وهو ما يعني أن الانجاز على المستوى المحلي ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار عوامل التمايز والاختلاف المحددة للمكان ، لاسيما من حيث علاقة الانسان بالمكان وما يمكن أن تترتب عليه من آثار وانعكاسات على مشاريع وبرامج التنمية المحلية Local development. فتأثيرات المكان اليوم تحددها عوامل داخلية وأخرى خارجية عديدة :

- داخلية : كالثقافة المحلية والعادات والتقاليد السائدة بالاضافة الى حجم الثروات والامكانيات....

- وخارجية : كما هو الشأن مثلا بالنسبة للآثار التحولية للتنامي التجاري العالمي المتزايد على السياسة المحلية Local policy نتيجة تزايد مستوى الاشراف الدولي على جوانب كثيرة من النشاط الاقتصادي الوطني (الملكية الفكرية، التأمين، السياحة....). (5)

وهوما قد يعزز منطق التنازع على مستوى المكان المحلي ، لاسيما عندما تزداد مساحات التداخل والترابط بين ما هو دولي - خارجي وما هو محلي - داخلي التي تتيحها أليات العولمة الاقتصادية المختلفة في الكثير من المجالات.

ولهذا نجد أسباب الاصلاح الاداري في الدول النامية تتمحور حول قضايا أساسية لها علاقة أولا بطبيعة التحولات المختلفة التي أصبح يعرفها العالم ، وثانيا من حيث تركيزها على دورها في تحقيق الانجاز وتحسين الأداء بغض النظر عن مدى علاقته بأفكار ومبادئ الفلسفة الليبرالية التي تمجد حرية الفرد واقتصاد السوق ، ولعل منها الرغبة في : (6)

- رفع مستوى أداء الأجهزة الادارية الحكومية وعصرنة أساليب العمل الادارية وتجاوز اجراءاتها التقليدية.

- تنمية وتطوير الموارد البشرية بالمزيد من الاهتمام باجراءات التكوين والتدريب والتأهيل.

- تحقيق التغيير والفعالية بالمزيد من الاهتمام بسياسات التنسيق المحلية والمركزية ودعم قيم التحول نحو اقتصاديات السوق.

- المزيد من الانفتاح والتكيف مع متطلبات العولمة المختلفة وتحسين تقديم الخدمات العامة ورفع مستوى جودتها.

- دعم اللامركزية وتوسيع فرص التوزيع والتفويض للسلطات والاختصاصات المحلية.

ومعلوم أن من أهم اسباب بروز مايسمى بالتسيير او التدبير العمومي الجديد (NBM) ما يتعلق بعجز القطاع العام في مواجهة الازمات المالية والاجتماعية المختلفة ، نتيجة الفشل في تجديد مناهجه وأساليبه عمله بما يتماشى واتجاهات العولمة في المجال الاقتصادي ، حيث تنتوع توجهاته العملية والمعرفية بين تصورات التدقيق والاحترافية Professional والمأسسة Institutionalization التي تتطلب تحقيق الأهداف وفقا لمجموعة من المبادئ أهمها : (7)

- التقريب بين الادارة والمواطن (الزبون).

- المرونة الادارية Flexibility .

- توسيع مجالات اللامركزية Decentralization.

- اعادة توزيع الادوار بين الشركاء .

وكما تستند العلاقة القائمة بين الانجاز بالقرب والادارة المحلية Local administration بالديمقراطية المحلية Local democracy باعتبارها عاملا هاما في تعزيز ثقافة الالتزام المدني Civil Obligation ومايصاحبه من وعي وانتباه للقضايا ذات الاهتمام المشترك ، تقتضي الحاجة أيضا الى الشراكة العامة Partenariat لضمان التعاون من أجل تلبية الرغبات والطموحات وترشيد الموارد العامة، لا سيما وأن فلسفة تقريب الادرة من المواطن تبررها اليوم مجموعة من العوامل ذات العلاقة بالانجاز ثقافة وممارسة ، لعل من أهمها مايلي:

- عامل المعرفة والفهم Comprehension : لأهمية القرب في اختصار الوقت والمسافات وضمان الاحاطة الكاملة بسمات وطبيعة المجتمع المحلي ومعرفة حاجاته ومشاكله المختلفة.

- عامل الاستجابة والمرونة Responsive : لأهمية القرب في ضمان الاصغاء الجيد والاستجابة السريعة لانشغالات وحاجات المواطنين وتسهيل اجراءات العمل الاداري وتبديد العراقيل البيروقراطية.

- عامل التجديد والتطوير المستمر Innovation : لأهمية القرب في التعبير عن الواقع والتكيف مع مستجداته من خلال التطويرالمستمر والمتواصل لأساليب ومناهج العمل المختلفة(التشريعية والتنظيمية والمالية والبشرية...).

- العامل المساهماتي والمشاركاتي Participation : لأهمية القرب في تعزيز دور المواطن أو السكان المحليين في المشاركة والمساهمة في القضايا المرتبطة بالشأن العام (الطوعية ، المالية، الاستشارية ،المراقبة وتحمل المسؤولية....).

الأمر الذي يعني أن مقارنة الانجاز تحدها عوامل بشرية بالأساس ، وذلك لأهمية الدور الذي يلعبه المواطنون أو السكان المحليين على مستوى ادارة الشأن العام المحلي، سواء من حيث دورهم الاستشاري الذي يشجعهم على ابداء الرأي وتقديم الحلول والاقتراحات

لمعالجة المشاكل والانشغالات المرتبطة بالتنمية المحلية، أو من حيث ضرورة الاهتمام بإجراءات بناء الثقة لدعم الاتجاهات الإيجابية في علاقة الإدارة بالمواطن و تحفيز المواطنين على دعم انجازات التنمية والمحافظة عليها بالمساهمة المالية والرقابية... وغيرهما.

كما أن البعد البشري في التنمية تحدده مجموعة من الاعتبارات : (8)

- الأولى : تتعلق بمتطلبات الانسان وحاجاته واولوياته ودوره في مجال التنمية .

- الثانية : تتمحور حول خلفيات التنمية وابعادها الحضارية والتعليمية والثقافية واثارها الاجتماعية .

- الثالثة : تتعلق بالدور العلمي والاخلاقي للانسان في تحقيق التطور.

ثانيا: أهمية الانجاز بالقرب في تعزيز المسؤولية والالتزام المدني.

لاشك أن دعم أهداف التنمية المحلية وتحقيق التجاوب مع الاحتياجات العامة ، يتطلب أن تلعب الحكامة Governance دورا هاما في دعم مقاربة الانجاز بالقرب من خلال ما تتميز به من آليات وخصائص تساعد على تحقيق المرونة في العمل والتغيير المستمر في السياسات والممارسات Practices، حيث تمثل توجهات التطوير والمنافسة Competition والتمكين Empowerment أهم المبادئ التي ينبغي الاعتماد عليها في مواجهة عراقيل التنمية المحلية ومتطلباتها المختلفة ، و على رأسها المورد البشري الفعال .

وذلك ، ليس فقط لأهمية الاستجابة السريعة لحاجيات ورغبات المواطنين المختلفة وانما أيضا لضرورة الاهتمام بجوانب التطوير الخاصة بالحياة والموهبة والقدرة لأجل خلق الجاهزية الفردية في تحمل المسؤولية المجتمعية Social responsabilization ومواجهة

المشاكل والظروف المشكلة للبيئة الاجتماعية، باعتبار الفرد شريكا فعالا في ادارة الشأن العام المحلي.

إن الحكامة Governance لا تقوم فقط على وسائل مادية وبشرية وإنما تستوجب كذلك وجود جوانب اجرائية وقيمية تنظم قواعد العمل وأحكامه المختلفة ، مما يجعل التنمية المحلية في حاجة دائمة الى ربطها ببعض المفاهيم والقيم والممارسات ، كما هو الشأن بالنسبة لعملية اتخاذ القرار التي أصبحت تستدعي اشراك المعنيين بالقرار وليس غيرهم، بالإضافة الى ضرورة توسيع مجال الاشراك والتشاور Concertation والتنسيق والتعاون بين فواعل وجهات مختلفة ، لتقسيم الأدوار و توزيع المسؤوليات وتجسيد قيم المراقبة والمشاركة والمساءلة والمحاسبة المطروحة في هذا الاطار من خلال تفعيل دور الاعلام والمجتمع المدني و القطاع الخاص...وغيرها ، مادام أن الديمقراطية أصبحت تقاس كما يقول مارك فلورباييه بمدى درجة سيطرة الأفراد العاديين على مصيرهم وان عملية اتخاذ القرار وتوزيع سلطته قد ارتبطت بمصالح المعنيين به مباشرة.(9)

ان ماتوليه الاتجاهات الراهنة في مجال التسيير والادارة المحلية يدعم اجراءات تخويل السلطة وتقسيم المسؤولية (10)، كما يجعل مسألة الانجاز على المستوى المحلي دائما مقرونة بهما مفهوما وطبيعة ، مادام أنه لايمكن الفصل من الناحيتين العملية والأخلاقية بين مفهوم السلطة Pouvoir ومفهوم المسؤولية Responsabilité (11). وأن التناقض بين الفكرين السلطوي والديمقراطي يعود حسب ألان تورين Alain Tourain في كون « ... الأول يصر على شكلية القواعد القانونية بينما يسعى الثاني الى كشف ما تخفيه شكلية الحقوق وكلام السلطة من خيارات ونزاعات مجتمعية معينة » . (12)

وكما يعتبر مجال الادارة واسعا، فانه أيضا لايمكن الاستغناء عن الجوانب الاسشارية التي تجعل الأطراف أو الفواعل المحلية عنصرا هاما في تحديد برامج التنمية المحلية وأولوياتها المختلفة ، لاسيما وأن المواطنين المحليين عادة مايحوزون على معلومات ومعارف تساعد على معرفة طبيعة المجتمع المحلي وحاجاته ورغباته ، بل ولأهمية دور المواطنين

أصبح العمل المحلي في حاجة الى معرفة وجهات نظرالمواطنين في الموضوعات والقضايا العامة المحلية بالاضافة الى ضرورة منحهم فرص المراقبة والمتابعة الميدانية لمنع وقوع الانتهاكات أو التجاوزات العامة في مجال أحكام التشريع وقواعد العمل المتبعة ماليا وتنظيما وحتى دراسة وتخطيطا. (13)

الأمر الذي يجعل التسيير المحلي عملا موسعا يستهدف الشراكة أو الاشراك والاشتراك لتحقيق الأهداف المختلفة وتحسين الأداء من خلال الاستغلال الأمثل للموارد والامكانيات المتاحة، وبما يساعد على توفير البيئة الملائمة لتغيير الاتجاهات والسلوكات والمواقف نحو الأفضل.

فالديمقراطية - كما يقول ألان تورين تقوم « على خدمة الكائنات البشرية بما هي ذوات فاعلة، أي بما هي صانعة لنفسها ، لحياتها الفردية وحياتها الجماعية » (14). وان المسؤولية المجتمعية(15) التزام مدني يقع على عاتق مجموعة من الأطراف ، تحددها من الناحيتين الذاتية والموضوعية مجموعة من العوامل والاعتبارات كمسألة الثقة في الادارة والمؤسسات والنظرة الايجابية للمشاركة والوقت والخدمة العامة ، أما من حيث الآثار فتقرضها متطلبات التنمية وضرورتها، لدورها الايجابي مثلا في الحد من مشكلة التهرب الضريبي وتسهيل عمليات الاستثمار وانشاء المقاولات والتعاونيات الخاصة...وغيرها.

إن حماية موارد المجتمع وتسهيل اسباب المعيشة للفقراء مسؤولية جماعية تحددها من الناحية الحوكمية اعتبارات بنوية وتحولات فكرية وعملية عديدة ، حيث الاتجاه نحو الاهتمام بالعامل المقاولاتي كألية لدعم مشاريع القطاع الخاص وربطها بمجالات التسيير والادارة المعاصرة ، بناء على الاعتبارات التي تولي أهمية لمجالات الرشادة ودورها في تحقيق متطلبات الضبط والتفاعل بين ماهو اداري - مصلحي أو بين ماهو عملي - فني .

كما تتأسس العلاقة بين الحكامة والانجاز أساسا حول عمليات التنسيق والتوجيه والتنظيم المناسبة بين الادارة كطرف له أهميته في مجالات التنظيم والتوجيه الجيدين ،

والقطاع الخاص كمساهم وشريك فعال في العملية التنموية بالإضافة الى أهمية التنظيم الذاتي للأفراد ، مادام التوجهات العامة للحكامة كما رأينا تسعى الى تدعيم قيم وأساليب العمل الجماعي في مجال الادارة والتسيير القائمة على التعاون والشراكة والمرونة والضبط ، مادام الحكم الصالح» يعبر عن طريقة السلطة الحكومية في ادارة موارد الدولة الاجتماعية والاقتصادية بهدف تحقيق التنمية المحلية والمدنية والتخاضية . (16)

ولعل مايمكن ان تقدمه المقاربة التنموية في هذا المجال ما يتعلق بدورها في اتاحة الحوافز لجذب المستثمرين وتشجيعهم على الاستثمار المحلي من خلال المتابعة الميدانية للمشاريع والخطط وتذليل الصعوبات والعراقيل، سواء مايرتبط بالادارة والتنظيم كالبيروقراطية والشفافية في ابرام وتنظيم الصفقات والعقود العمومية ،أو فيما يتعلق بالعمل على ايجاد البيئة الملائمة لتحقيق التنافس والفعالية ، ومن ثم ضمان نجاح أهداف التنمية المختلفة. فالاستثمار أصبح مسؤولية الجميع ومن حق جميع الشركاء Partenaires الاجتماعيين والاقتصاديين المساهمة فيه وتشجيعه وتدعيمه سواء كان ذلك بشكل فردي أو جماعي .

كما يمكن أن تلعب جميع شرائح المجتمع دورا اساسيا في ذلك من خلال مثلا اهمية الاعلاميين والاكاديميين والقادة الحكوميين والجمعيات الأهلية في المشاركة في تقييم المشاريع والخطط التنموية ومراقبة الانجازات والنتائج المحققة بشكل مشترك وعام ، وذلك من خلال فتح نقاشات عامة ووضع سياسات او قوانين تشريعية وتنظيمية تشجع على الابتكار والابداع ورفع مستوى الاداء بل والمزيد من الاهتمام بالدعم المعنوي من خلال منح جوائز تشجيعية لتقدير الانجازات والنتائج المحققة وتنميتها ومن ثم رفع المعنويات وخلق المزيد من المنافسة والتعاون بين الأفراد والمؤسسات والهيئات الحكومية والخاصة . (17)

لان الاهتمام اليوم في مجال تقديم الخدمة العامة Service public، قد أصبح يركز على القيم التحفيزية التي تؤثر على السلوك قبل اي شئ اخر، حيث عزز النظر الى الخدمة العامة باعتبارها "قيمة Valeur" مفهوم الكفاءة والجودة (18) بل و مسألة الاهتمام الكبير بالاثار الايجابية للمشاريع والانجازات التنموية الاقتصادية والاجتماعية ،

كدورها في تخفيض البطالة والفقر ورفع مستوى الرضى العام عليها ، بالإضافة الى المسائل المرتبطة بمشاركة الافراد أو المواطنين فيها و مدى واقعية أهدافها ومحدودية تكاليفها واستدامتها وحفاظها عن البيئة وكذا تحقيق المساواة والعدالة...وغيرها .

وتأسيسا على ذلك ، كان التركيز على تدعيم الممارسات الديمقراطية على الصعيد المحلي ، يتمحور حول مسألة دعم تحويل السلطة للمواطنين لتشجيع مشاركتهم وتحملهم للمسؤولية في ادارة الشأن العام ومن ثم ضمان تقبل المواطنين للسلطات والصلاحيات المنقولة على المستوى المحلي و دعمها وتفعيلها بشكل خلاق ومستمر .

فاذا كان لايمكن تجاهل طبيعة السلطة وأساسها الاجتماعي عند تفسير نمط التنمية السائد ، فانه من الخطأ كذلك اعتبار «...عملية التنمية ورسم سياستها وانجاز اعمالها من الامتيازات التي يختص بها المسؤولون دون سواهم ، وما على باقي المواطنين الا القبول والاذعان للنتائج المحققة » (19)، وذلك بالنظر لأهمية العلاقة القائمة بين المسؤولين والمواطنين في تحقيق الانجاز .

إن تغيير أساليب الأداء وتفعيل طرق ممارسة المنظمات من أنشطة و أدوار تقتضيه اليوم الاتجاهات الجديدة التي تدعو الى اعادة الهيكلة (الهندرة) والتغيير للأدوار والوظائف والمسؤوليات ، بالمزيد من الاهتمام بأساليب التنسيق والاتصال والمرونة والتحفيز ، تدعينا للعمل الجماعي الذي يقدر مفاهيم المسؤولية والالتزام المدني .

ثالثا: أهمية الانجاز بالقرب في تغيير اتجاهات العمل والعاملين.

لعل من أهم الأهداف العملية التي يمكن أن تجسدها مقاربة "الانجاز بالقرب" ، مايتعلق بدورها في تحسين الأداء المحلي وتطويره بشكل مستمر ، سواء من خلال ماتسمح به من ايجاد تغييرات عملية أو مايمكن ان تقدمه من تعديلات تصحيحية- نظرية حول اتجاهات العمل والعاملين على حد سواء ، وذلك لأجل تحقيق الرشادة والفعالية وزيادة

الرغبة في بناء القدرات بما يستجيب للتطورات التكنولوجية والعلمية الراهنة ويحقق التكيف مع التغيرات الاجتماعية والاقتصادية المختلفة.

إن قيمة التنظيم لم تعد تقاس كما يقول جان ماري جوينو « ... بالتوازن الذي يحاول بلوغه بين عوامل تكوينه المختلفة ولا بالارتسام الواضح لحدوده، ولكن بعدد انفتاحاته، وعدد نقاط التماس التي يقيمها مع كل ما هو خارجه . » (20)

وإذا كان الهدف من ابتكار الديمقراطية كما يقال هو تقليل احتمالات إساءة السلطة وممارسة ممارستها لتحقيق المساءلة والمحاسبة والشفافية.(21)، فإن تفسير علاقة الإنجاز بالمصلحة العامة يتوقف في اعتقادنا على جوانب العلاقة القائمة بين الدولة والمصلحة العامة L'intérêt général التي تحددها حسب فيليب برو Philippe Braud ثلاث نزعات ، الأولى اجتماعية وتحركها أهداف الحماية والمساعدة والمساواة ، والثانية اقتصادية تسعى إلى تحقيق النمو ودعم مشاريع الاستثمار في مختلف المناطق والقطاعات، أما الثالثة فهي قيمية تهتم بشكل أساسي بالحريات والحقوق الفردية (22) ، وهو ما يعني أن الرغبة في الإنجاز ينبغي أن تكون دائماً مقرونة بأهداف المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية والقيمية.

وعليه ، يمكن القول أن القيادة الرشيدة تمثل دائماً عاملاً هاماً في تحقيق التكامل بين الأدوار والسياسات والتوجيهات ، من خلال دورها في تحديد معايير التوضيح والتيسير الملائمة لترسيخ وتسهيل متطلبات الثقة والتعاون والتنسيق من أجل تبادل المصالح والمنافع بين الجميع ، كما أن الرهان على أبعاد التكامل (الاندماج والترابط) والانفتاح (المرونة) في مجال إدارة الشأن المحلي ، ينبغي أن يركز بشكل أساسي على فلسفة اتجاه "الإدارة بالنتائج" الذي يهدف إلى تحسين الإنجاز والرفع من مردودية العمل الفردية والجماعية بالتركيز على مجموعة من المسائل والقضايا المعرفية والعملية منها:

- ربط قياس الإنجاز بتحليل الأخطاء وتحديد النتائج المحققة وأثارها المرتقبة .

- التوظيف الامثل للموارد البشرية والمادية المتاحة.
 - ترشيد عملية اتخاذ القرار وتوسيع عدد المشاركين فيها.
 - وضوح الأهداف والسياسات وسهولة تنفيذها .
 - تنمية الكفاءات والقدرات وتطويرها بشكل مستمر .
 - تحديد مجال وطبيعة المسؤوليات و توزيعها.
 - اعتماد قيم الشفافية والمراقبة والتقييم والتشاور في متابعة وتنفيذ قضايا الانجاز المختلفة.
- الأمر الذي يجعل نجاح مقاربة الانجاز بالقرب تتوقف على مجموعة من الشروط والعوامل منها:

- الحماسة الفردية والجماعية Animation : لأهميتها في بذل المزيد من الجهود وبلوغ الأهداف المنشودة وفقا للبرامج والاستراتيجيات والخطط المسطرة . فالمعوقات التي يمكن أن تحد من حماسة الأفراد والجماعات على المستوى المحلي عديدة ، حيث قد تكون نتيجة لنقص أو غياب المعلومات وتغير القيادة أو لضعف قنوات الاتصال وانعدام النموذج الذي يمكن الاقتداء به ... مما يؤثر على عامل الدافعية مادام الانجاز يحتاج دائما الى ضبط الاحتياجات والسياسات والمسؤوليات بشكل سليم ودقيق (التصميم المنقن ، التحسين المستمر، التحليل الجيد، التدريب ، التحفيز، السرعة، توحيد الاجراءات...).

التميز Distinction: باعتباره خاصية من خصائص الانجاز ، حيث لابد من السعي نحو الافضل وتشجيع الابداع والتجديد والابتكار لتحقيق الأهداف بأقل التكاليف المادية والزمنية. فبالتميز نصنع الفارق ونحقق الاختلاف و نضمن التعامل الجيد مع المستفيدين المستحقين ، من خلال المزيد من الاهتمام بتحسين نظم الاتصال والتواصل

وأجراء المقابلات والقياس المستمر لمستويات الرضى والاستجابة والاعلام وغيرها من التحديات التي قد تعرقل عمليات الانجاز على المستوى المحلي ، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للتحديات المنهجية التي تقف في وجه قياس الديمقراطية في البيئة العربية كمشكلة النمذجة و عدم وجود فلسفة للتغيير ، وعدم رصد الانجازات الايجابية والمعيارية، و تعميم ذهنية التشكي و التدمير والاعتراض (23). بالرغم من ارتباط الديمقراطية بالممارسة الواقعية - الميدانية (سلوكا وثقافة) قبل أي شئ آخر.

الجدارة (24) والاستحقاق Mérite: من خلال الاهتمام بعوامل الكفاءة وبناء القدرات والمهارات و التدريب والتطوير والتكوين المستمر، وكل مايتعلق بإدارة شؤون العاملين(توظيفا ، انتقاء، ثقافة، تنظيم، تنافسا ، مراقبة ،ضبطا ، وسمعة). فبالجدارة يمكن تحديد الاحتياجات ومعرفة التوقعات وتحسين أساليب العمل وتوضيح معايير الاستحقاق وتقديرها وتطويرها .

- تحسين الاداء Perfectionnement: بناء عن الاهتمام بمتابعة وتقييم البرامج والمشروعات و الهيئات الحكومية و مدى قدرتها على تحقيق المنافسة وجلب الاستثمارات وتحقيق النمو الاقتصادي . حيث تحتاج الجودة الى التطوير المستمر لاليات قياس الاداء كالملاحظة والرقابة والقدرة على مقارنة النتائج الفعلية بالمعايير المحددة وتصحيح الاخطاء والنقائص لبلوغ غايات الاشباع المختلفة باقل التكاليف. (25)

- الحوافز Motivations: بالمزيد من الاهتمام بحاجيات العاملين ورغباتهم ، حيث لابد من العناية بقضايا التحفيز المختلفة التي يمكن أن تساعد على تحسين الأداء ورفع مستوى الانجاز، كالايجور والترقية والمرونة واللامركزية والمشاركة والشفافية... وغيرها.

- التحديث المستمر Modernisation : لاكتساب المزيد من القدرة على تجديد وتطوير مناهج واساليب العمل وتحقيق التجاوب مع احتياجات الافراد واهداف التنمية المحلية ، حيث لابد من الاستجابة لمتطلبات الجودة التي تحتاج كما رأينا الى زيادة درجة

الرضى وتقليل الأخطاء في أداء الخدمة. و يمكن الإشارة في هذا الإطار الى أن النقاشات اليوم في اتجاهات الليبرالية الجديدة تنطلق من ضرورة إعادة النظر في الروابط القائمة بين الدولة والسوق أو بين النفوذ السياسي والمجتمع المدني(26) ،لأجل التكيف مع الظروف والتحولت الدولية التي أفرزتها أزمة دولة الرفاهية وفشل مخططات التنمية ، سيما مع ازدياد نفوذ الاسواق المالية وضخامة الدين العام وضرورات تحسين الاداء وخصخصة الخدمات.. وغيرها.

فلقد ساهمت التطورات التكنولوجية الالكترونية في تطوير عمليات تقديم الخدمة للجمهور من الطريقة اليدوية البطيئة الى الطريقة الاوتوماتيكية أوالألية السريعة، كما هو الشأن بالنسبة لخدمات البنوك وتسديد الفواتير وتحويل الأموال والتسوق شبه الواقعي على الانترنت وكذا تطوير انظمة الحجز وغيرها (27).

الخاتمة:

ومن التحليل السابق نخلص الى أن عامل الرغبة في زيادة الانتاج وتحقيق الربح وتراكم الثروة بالنسبة للإنجاز ، يعتبر دافعا قويا لتحسين الأداء وضمان الاستجابة للحاجيات الفردية والجماعية على الصعيد المحلي. حيث تتطلب ادارة الشأن المجتمعي في هذا الإطار ضرورة تدعيم القدرات وتمكين المواطنين من تحديد البرامج والأولويات وتحمل المسؤوليات.وذلك من خلال المزيد من الاهتمام بأهمية دعم ومساندة أهداف التنمية المحلية من قبل المواطنين وأعضاء المجتمع المحلي والتزام مبادئ الوضوح والسهولة في تطبيق القواعد والأحكام العامة ذات العلاقة بعناصرالتحديد الدقيق للأهداف والنتائج ورصد جوانب التطور و معرفة الآثار المرتقبة وتفعيل الممارسة الميدانية وماتحمله من نجاحات وأخطاء ، مادامت عملية تنمية الكفاءات والقدرات تحتاج الى دعم فاعل ومستمر لأطر الشراكة مع كافة الفاعلين والمعنيين في تحقيق الإنجاز و تحديد مجالات المسؤولية وتوزيع الأدوار وقياسها بشكل شفاف.

الهوامش :

- (1) - الان تورين ، ماهي الديمقراطية؟حكم الاكثرية أم ضمانات الاقلية، ترجمة : حسن قبيسي ، ط2، بيروت، دار الساقى، 2001، ص 35.
- (2) - لعل من أهم سمات القائد الناجح القدرة على تأثير وتوجيه الآخرين لأجل تحقيق الأهداف المنشودة في العمل . للمزيد حول مفهوم القيادة وأنواعها المختلفة أنظر / ابراهيم بدر شهاب الخالدي ، - للمزيد حول مفاهيم الادارة المختلفة أنظر على سبيل المثال: ابراهيم بدر شهاب الخالدي، معجم الادارة، الأردن، دارأسامة للنشر والتوزيع، 2011، ص357 ومابعدھا.
- (3) - يستمد مفهوم الانجاز بالقرب من المعنى الاصطلاحي الفرنسي GESTION DE PROXIMITE المرتبط بنشاطات المواطنين الجوارية ودور الحركات الاجتماعية الحضرية في المدن والأحياء انطلاقاً من منظور التسيير الذاتي وتطبيقات الممارسة الديمقراطية التشاركية Democratie Participative المختلفة. وعموما وردت كلمة Achievement باللغة العربية بمعنى انجاز واتمام حسب قاموس أكسفورد المحيط ، ووردت لفظة Proximity المشتقة من الكلمة اللاتينية Proximus بمعنى : قرب ، مجاورة ، دنو ، اقتراب جوار . أنظر/ عمر الأيوبي (وأخرون) ، قاموس أكسفورد المحيط انكليزي-عربي، بيروت، 2003، ص21 وص854. أما من الناحية الاصطلاحية فالانجاز حسب معجم الادارة هو " ناتج النشاط الذي يقوم به الفرد بغية تحقيق شيء ما أو استكماله أو الوصول اليه". أنظر: ابراهيم بدر شهاب الخالدي ، نفس المرجع السابق ، ص83. ومن الناحية العملية برز مفهوم ديمقراطية الجوار Democatie de Proximité في عام 2002 بفرنسا بهدف توسيع الفعل المساهماتي للأفراد على المستوى المحلي في الأحياء والقرى حتى يمكن الاقتراب من المواطن وفتح الحوارات والنقاشات وضمان الشرعية للقرارات ...أنظر/ جان ميشال دو كونت ، الديمقراطية ، ترجمة : حسين عيسى ، دمشق ، دار بترا للنشر والتوزيع ، 2009، ص84.
- (4) - ورويك موري ،جغرافيات العولمة قراءة في تحديات العولمة الاقتصادية والسياسية والثقافية، ترجمة: سعيد منناق، الكويت ، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأداب، فبراير 2013، ص 63-64.
- (5) - جون بيليس وستيف سميث ، عولمة السياسة العالمية ، ترجمة ونشر مركز الخليج للابحاث، الامارات العربية المتحدة، 2004، ص477-478.
- (6) - حول اسباب الاصلاح المختلفة انظر/ احمد عبد الفتاح عبد الحليم ومحمد محمد قاسم(مراجعة واشراف) ، تجارب عالمية مختارة في الاصلاح الاداري : دراسة حالة خمس دول

اسيوية، ترجمة: فتحي احمد عثمان وآخرون ،مصر، منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية ،1998، ص 7.

(7) - هشام هدى، الادارة المعاصرة قراءة مختارة في الاسس النظرية الادارية تطورات المفاهيم السياسية -الادارية في التجربة المغربية،الرباط،طوب بريس، يناير 2010، ص 36-39.

(8) - مأخوذ عن: محمد محفوظ ، الاسلام ورهانات الديمقراطية من اجل اعادة الفاعلية للحياة السياسية والمدنية،ط1،المغرب/بيروت، المركز الثقافي العربي،2002، ص136-138.

(9) مارك فلوريبييه، الرأس مالية أم الديمقراطية؟ خيار القرن الواحد والعشرين، ترجمة: عاطف المولى،الجزائر/لبنان:منشورات الاختلاف والدار العربية للعلوم ناشرون،2007.ص46.

(10) - أنظر / علاقة التسيير الجوّاري بالديمقراطية التشاركية وتحدياته على سبيل المثال في : Marie-Hélène Bacqué ; Yves Sintomer ; « Gestion De Proximité et Démocratie participative » ; les Annales de la recherche urbaine ;N90 ;in :www .annaesdelarechercheurbaine.fr/pdf/Bacque_Sintomer_Aru_90pdf.

(11) - محمد عيسى الفاعوري، الادارة بالرقابة ،عمان ، دار كنوز المعرفة العلمية للنشر والتوزيع،2008، ص152.

(12) - الان تورين ، المرجع السابق ، ص 34.

(13) - أنظر / دور الادارة المحلية في اطار أهداف التمويل المحلي : خالد سمارة الزعبي ، التمويل المحلي للوحدات الادارية المحلية (دراسة مقارنة : المملكة المتحدة - فرنسا - يوغسلافيا - مصر - الأردن) ، المنظمة العربية للعلوم الادارية ، ادارة البحوث والدراسات ، عمان ، 1985 ، ص10-12.

(14) - ألان تورين، المرجع السابق ، ص 30.

(15) - Sous la direction de Deepa Narayan . Autonomisation et réduction de la pauvreté ; traduit de l'américain par sylvie pesme ; Quebec ;Editions Saint-Martin ;2004 ;p26.

(16) - فهمي خليفة الفهداوي، السياسة العامة منظور كلي في البنية والتحليل،ط1،الأردن، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة،2001، ص214.

(17) - حول بعض التجارب في هذا الاطار (اليابان ، كوريا ، الفلبين ، تايلند) انظر/ أحمد عبد الفتاح عبد الحليم ، محمد محمد قاسم (مراجعة واشراف)، تجارب عالمية مختارة في الاصلاح الاداري : دراسة حالات خمس دول أسيوية ، المرجع السابق ، ص81 ومابعدھا.

- (18) - على اعتبار أن الخدمة تعبر عن نشاط ذو منفعة عامة *Activité d'intérêt général* بينما تمثل الكفاءة مجمل المهارات التي يكتسبها الفرد " *Ensemble des aptitudes acquises par l'individu*". أنظر / مفهوم الخدمة العمومية والكفاءة في قاموس الاقتصاد والعلوم الاجتماعية: *Sous La direction de C-D Echaudemaison ;Dictionnaire d'Economie et de Sciences Sociales ;Alger ;BERTI Editions ;2009.*
- (19) - ثناء فؤاد عبد الله، اليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2004، ص114.
- (20) - جان ماري جوينو، نهاية الديمقراطية، تعريب ليلي غانم، بيروت ، دار الازمنة الحديثة، ص 83-84.
- (21) - بشير محمد الخضراء، النمط التبوي-الخليفي في القيادة السياسية العربية..والديمقراطية، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2005، ص 462.
- (22) - فيليب برو، علم الاجتماع السياسي، ترجمة: محمد عرب صاصيلا ، ط2، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2006، ص 130-131.
- (23) - انطوان نصري مسرة، ((قياس الديمقراطية والاصلاح الديمقراطي في البلدان العربية الحالة البحثية : مؤسسات ، مؤشرات، حاجات، اولويات، منهجيات، استشراف))، في: مجموعة من الباحثين، مؤشرات قياس الديمقراطية في البلدان العربية وقائع ورشة عمل ،بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، 2009، ص 74-77.
- (24) - حول مفهوم مجتمع الجدارة أنظر/ فرانك بيلي ، معجم بلاكويل للعلوم السياسية ، الترجمة والنشر باللغة العربية مركز الخليج للأبحاث ، ط 1، الامارات العربية المتحدة ، 2004، ص411.
- (25) - محمد عبد الفتاح محمد ،ادارة الجودة الشاملة وبناء قدرات المنظمات الاجتماعية قضايا ورؤى معاصرة، الاسكندرية ،المكتب الجامعي الحديث، 2012، ص 198-200. - 215
- (26) - عزالدين دياب"الليبراليةLIBERALISME مقارنة الظاهرة الليبرالية الجديدة في الوطن العربي"مجلة الفكر السياسي، السنة الثامنة، العدد26، خريف2006، ص 128-129.
- (27) - انظر الاتوماتيكية في الخدمات في : ميشيل ارسترونج، المرجع الكامل في تقنيات الادارة ، المملكة العربية السعودية، مكتبة جرير ، 2004، ص 229-232.

عدم الاحتجاج بالسر البنكي في مواجهة القاضي الجزائي

الأستاذ: علي بوشرك

أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة سكيكدة، الجزائر

ملخص:

بحكم مهنتها، غالبا ما تكون البنوك على علاقة مع عملاء يرتبطون بأفعال إجرامية تقع تحت طائلة القانون، وبحكم أنها تتولى تسيير وتشغيل حسابات هؤلاء، تجد البنوك نفسها ملزمة باحترام السر البنكي. أمام هذه الوضعية، منح المشرع البنكي إلى السلطة القضائية التي تعمل في إطار جزائي سلطات واسعة، تسمح لها بالوصول إلى المعلومات البنكية لغرض كشف مرتكبي الجرائم، حتى لو كانت هذه المعلومات خاضعة للسر. يستهدف هذا العرض تحليل القواعد التي في إطارها يتراجع السر البنكي أمام القاضي الجزائي، ناهيك عن المظاهر التي قد يكتسبها هذا التراجع.

Résumé

Les banques, du fait de la tenue des comptes de clients impliqués dans des infractions à la loi, se trouvent confrontées à l'obligation de respect du secret bancaire.

Face à cette situation, le législateur a conféré à l'autorité judiciaire agissant dans une procédure pénale des pouvoirs d'investigation plus étendus, lui permettant l'accès aux renseignements bancaires aux fins de débusquer les auteurs d'infractions, quand bien même ces renseignements sont couverts par le secret. Le présent exposé tend à évaluer dans quelles mesures le secret bancaire devient inopposable au juge pénal, et quelles sont les aspects d'une telle inopposabilité.

مقدمة:

نتوصل البنوك في معرض مزاولتها للأنشطة المتصلة بالمهنة المصرفية إلى معلومات غزيرة، ومتنوعة، عن الأشخاص الذين يلتصون خدماتها، تتعلق بثرواتهم، أوضاعهم المالية، تعاملاتهم، علاقاتهم، وحتى أخلاقياتهم، وقد يطول ذلك ليشمل أجزاء من حياتهم الخاصة .. الخ.

تتمتع هذه المعلومات بحماية قانونية صارمة، من حيث أنها تخضع إلى الالتزام بالسر البنكي⁽¹⁾، وهذا يفرض على البنكي التقيد بإبقائها طي الكتمان، فلا يحق له أن يطلع عليها أيا كان، وإلا تعرض للجزاء⁽²⁾، فلو أن هذا الالتزام قد طبق على إطلاقه، وفي مواجهة أي كان، بما فيه ذلك أجهزة القضاء الجزائي، لتحول عن الغاية المشروعة التي سن لأجلها، ألا وهي حماية المعلومات التي وصلت إلى البنكي في إطار مهني، وصار في مقابل ذلك وعاء «جاذبا» و«مأمونا» للتستر على الجريمة بكل أشكالها، لاسيما الاقتصادية منها، ما دام أنه يعيق التحقيقات الجارية، ويحول دون كشف الجريمة، ومن ثمة قمعها.

ومما لا شك فيه أن ذلك يتعارض تماما مع مصلحة القضاء الجزائي التي تقتضي البحث عن الحقيقة وإظهارها، باعتبارها أساس ومبرر النزاع الجزائي، ومن دون ذلك يتعذر الوصول إلى كشف الجريمة، ومعاقبة مقترفيها، علاوة على إخلاء ساحة من حامت حوله الشبهات، وكان بريئا.

وعيا بذلك، كان يتعين تكريس عدم الاحتجاج بالسر البنكي في مواجهة القضاء الجزائي (أولا)، ويترتب على ذلك جواز الحصول على المعلومات البنكية، بطرق مختلفة، تتعدد فيها مظاهر عدم الاحتجاج بالسر بالمقدار اللازم لإجلاء الحقيقة التي يخصها التحقيق الجاري (ثانيا).

أولا . تكريس عدم الاحتجاج بالسر البنكي أمام القاضي الجزائي

لئن كان رفع السر البنكي أمام القاضي الجزائي ضرورة لا غنى عنها (أ)، فإن ذلك لا يتم إلا في حدود التقيد ببعض الضوابط القاعدية الملازمة لوضعه موضع العمل (ب).

(أ) مبررات عدم الاحتجاج بالسر البنكي

لغرض البحث عن الجريمة ومعاينة مقترفيها، تحتاج السلطات القضائية إلى المعلومات اللازمة التي تغذي الأبحاث الجارية، وتشكل سندا لها، وتساهم في تقدمها، ومما لا شك فيه أن البنوك تعتبر، في هذا الإطار، وجهة لا غنى للحصول على المعلومات التي بحوزتها، متى كانت مفيدة لإظهار الحقيقة حول الأفعال التي يجري التحقيق فيها، وعلة ذلك أن هذه البنوك غالبا ما تكون على علاقة أعمال، ولو عن غير قصد، مع مرتكبي جرائم السرقات، خيانة الأمانة، النصب والاحتيال، تبييض الأموال .. الخ، إما لأن محصلات الجريمة قد أودعت لديها، أو تم تحويلها بواسطة شبائبيها، أو لأن المجرم قد استعان بحساباته البنكية من أجل ارتكاب الركن المادي للجريمة، بواسطة شيكات أو أوامر تحويل مزورة .. الخ⁽³⁾، ومن دون المعلومات التي تتوفر لدى هذه البنوك يتعذر إتمام الأبحاث وإقامة الأدلة اللازمة لكشف الجريمة ومعاينة مرتكبيها.

ولما كان السر البنكي يشكل عائقا يحول دون الوصول إلى هذه المعلومات واستغلالها، رأى المشرع البنكي أن يسن استثناء يعطل، عن صواب، مفعول السر تجاه القضاء الجزائي، بحيث أن المادة 117 (ف2) من الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، قد نصت صراحة على عدم جواز الاحتجاج بالسر البنكي في مواجهة «السلطة القضائية التي تعمل في إطار جزائي»، وهذا طبيعي طالما أن القضاء الجزائي، لا ينشغل بالبحث عن المصالح الخاصة لأطراف المتنازعة، وإنما يستهدف مصلحة المجتمع في إظهار الحقيقة، وفي هذا مصلحة اجتماعية عليا تفوق حتما المصلحة التي ترجى من حماية الشخص المعني بالمعلومات المشمولة بالسر.

وطالما أن السر البنكي لم يعد عائقا أمام القضاء الجزائي، جاز لهذا الأخير أن يتوصل إلى المعلومة البنكية بكل الوسائل الممكنة، طالما لم تخرج عن مبدأ الشرعية الإجرائية، وإن كان أهم وسيلة يتبادر إليها الذهن تتمثل في الاستعانة بشهادة البنكي، إلا أن المعلومة البنكية قد تصل إلى ساحة القضاء الجزائي بطرق أخرى، كطلب تقديم الوثائق، أو إجراء التفتيش، أو باستخدام الخبرة القضائية لو تبين أن المسألة المعنية بالتحقيق ذات طبيعة فنية.

وإن كان المشرع قد كرس عدم الاحتجاج بالسر البنكي أمام القاضي الجزائي، فقد قيده ببعض الضوابط التي تحيط بوضعه موضع العمل.

(ب) ضوابط عدم الاحتجاج بالسر البنكي

الأصل أن البنكي ملزم بالسر المهني فيما كل ما يصل إليه أثناء مزاولته لمهنته، فإن كان يتعين مخالفة هذه القاعدة لأغراض جزائية، فهذا على وجه الاستثناء الذي يتعين تفسيره تفسيراً دقيقاً يراعي فحواه ومداه، ومن ثمة وجب ألا يطرق سبيل هذا الاستثناء إلا عند الحاجة، وبالمقدار الضروري للبحث عن الحقيقة، ناهيك عن عدم إغفال الضمانات الملزمة لحماية المعلومة البنكية عقب كشفها.

في هذا السياق، حرص المشرع على تحديد الأشخاص المستفيدة من رفع السر البنكي (1)، كما أن ذلك يتطلب حداً أدنى من القيود التي تحيط بوضعه موضوع العمل (2).

1. الأشخاص المستفيدة من رفع السر البنكي

اعتماداً على نص المادة 117 ف2 (مقطع 2) من الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، فإنه لا يجوز الاحتجاج بالسر البنكي تجاه «.. السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي..»، ويفهم من ذلك أن هذا الاستثناء مقيد على نحو مزدوج، بحيث أنه لا يتحقق إلا إذا تمت المزوجة، في الوقت نفسه، بين مقتضيين اثنين: وجود «سلطة قضائية» من جهة، ووجود «إجراء جزائي» من جهة أخرى. وتأسيساً على ذلك، يسقط السر البنكي أمام كل الأجهزة القضائية ذات الطابع الجزائي (4)، سواء كان ذلك من قبيل جهاز النيابة العامة (وكيل الجمهورية، النائب العام)، مروراً بجهات التحقيق (قاضي التحقيق، غرفة الاتهام)، وانتهاءً عند جهات الحكم، سواء تعلق الأمر بالمحاكم الابتدائية أو المجالس القضائية.

ورغم أن ضابط الشرطة القضائية لا ينتمي إلى دائرة هؤلاء الأشخاص، إلا أن السر البنكي يسقط في مواجهته إذا ثبت أنه يتصرف بناءً على إنابة قضائية من قاضي التحقيق، وعلة ذلك أن ضابط الشرطة القضائية المنتدب يتمتع بنفس سلطة قاضي التحقيق الذي انتدبه (5)، فلا أمام البنكي من سبيل إلا أن يمكنه بالنتيجة من فحص، بل وحجز كافة الوثائق التي يمكن ضبطها، وكذا وجوب الإجابة عن كل الأسئلة التي ينتظر توجيهها له (6).

وفيما عدا هذه الفرضية، تطرح إشكالية دقيقة، من منظور قانوني وعملي، مفادها ما إذا كان البنكي يلزم بالسر في مواجهة أفراد الشرطة القضائية عندما يتصرف هؤلاء في إطار إجراء يتعلق بتحريات أولية؟ وللتذكير، فإن هؤلاء الأشخاص يباشرون هذه التحريات، إما من تلقاء أنفسهم، أو بناء على طلب من وكيل الجمهورية⁽⁷⁾، فهل يختلف مركز البنكي، بين الحالة الأولى والثانية، بالنسبة للمعلومات التي يريد أفراد الشرطة القضائية أن يتلقوها عن العميل؟

لقد سبق أن طرحت هذه المشكلة في القانون الفرنسي بسبب التصادم بين الالتزام بالسر البنكي وسلطات الضبطية القضائية، بحيث أن المادة 57 (ف2) من قانون 24 جانفي 1984 كانت تنص على أنه فيما عدا الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون، لا يحتج بالسر في مواجهة «السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي»⁽⁸⁾، ومن باب التذكير، فقد استعاد المشرع الجزائري هذا القيد، وبنفس هذه الصيغة، في صلب نص المادة 117 ف2 (مقطع 2) من الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض.

وفي هذا الصدد، قضت محكمة النقض الفرنسية، بموجب قرار صادر عنها بتاريخ 1994/04/27 على أنه «... يتبين من نص المادة 57 (ف2) من قانون 24 جانفي 1984 بأن ضباط الشرطة القضائية الذين يتصرفون بناء على طلب وكيل الجمهورية في إطار تحريات أولية لا يمكن الاحتجاج في مواجهتهم بالسر البنكي»⁽⁹⁾.

وتفسير ذلك أن البنكي عند قيامه بكشف السر أمام ضابط الشرطة القضائية، يكون في هذه الحالة كما لو كشفه إلى وكيل الجمهورية نفسه، فيتحقق عندها مناط تطبيق الاستثناء الذي يقتضي عدم التحجج بالسر البنكي أمام السلطة القضائية العاملة في إطار إجراء جزائي، بحيث أن وكيل الجمهورية يعتبر «سلطة قضائية»، ويعمل في «إطار إجراء جزائي»، وهو بحكم ذلك يعدّ من قبيل الأشخاص التي تستفيد، على وجه الاستثناء، من رفع السر البنكي. وهذا يعني أن محكمة النقض الفرنسية تحتفظ للسر البنكي بكل نتائجه في مواجهة ضباط الشرطة القضائية متى كان هؤلاء يقومون بتحريات أولية من تلقاء أنفسهم⁽¹⁰⁾.

وعلى هذا النحو، فإن التحريات الأولية، وإن كانت تشكل إجراء قانونيا مشروعا⁽¹¹⁾، وتندرج في إطار الإجراءات الجزائية، إلا أن ذلك لا تأثير له على مبدأ الالتزام بالسر

البنكي، فلا يتحلل البنكي، وفقا للرأي الراجح، من التزامه بالسر المهني أمام الشرطة القضائية⁽¹²⁾، ذلك أن هذه الأخيرة لا تنزل منزلة «السلطة القضائية»⁽¹³⁾، بالمعنى الدقيق للكلمة.

وفي مقابل ذلك يسقط السر البنكي أمام ضباط الشرطة القضائية في كل مرة تتخذ فيها التحريات الأولية بناء على طلب من وكيل الجمهورية، باعتباره أحد المستفيدين من رفع السر البنكي⁽¹⁴⁾، وفي هذه الحالة، ولتلافي كل إشكال يستحسن بالبنكي أن يتوخى الحذر وينبّه ضابط الشرطة القضائية كتابة إلى ضرورة التصرف بناء على طلب من وكيل الجمهورية⁽¹⁵⁾.

علاوة على تحديد دائرة الأشخاص المستفيدة من رفع السر البنكي، توجد قيود أخرى يتعين التقيد بمراعاتها.

2. القيود الملازمة لرفع السر البنكي

من الممكن النظر إلى هذه القيود من زاويتين اثنتين: الأولى، تخص البنكي الملزم بكشف السر (1/2)، أما الثانية فتتعلق بالغير المستفيد من هذا السر (2/2).

1/2. القيود الواقعة على عاتق البنكي الملزم بكشف السر

كلما تم اللجوء إلى البنك للحصول على ما يحوزه من معلومات، لأغراض ذات طابع جزائي، إلا وتطرح في مواجهة البنكي إشكالتان: الأولى، تتحكم في علاقته مع من يطلب المعلومة البنكية، وتتناول الالتزام بفحص مصدر ومضمون الطلب، أما الثانية فتتصرف إلى علاقته بالعميل، وتثير الالتزام بعدم إعلام هذا الأخير.

. أما عن الإشكالية الأولى، فالمؤكد أن البنكي يلزم بأن يضع تحت تصرف الجهة المؤهلة المعلومات التي تطلبها في الوقت المناسب، ولئن كان يتعين أن يتوفر حد أدنى من السرعة، إلا أن البنكي مطالب بفحص مضمون الطلب المقدم إليه، بعناية كافية، هذا علاوة على صفة الجهة التي صدر عنها ذلك الطلب. ومما لاشك فيه أن هذا الالتزام يكتسي أهمية بالغة، من حيث أنه يفيد في التأكد من شرعية الطلب، ويحول دون أي خطر يترتب عن تقديم المعلومات في غير ما يسمح به القانون، إما إلى جهة غير مؤهلة، أو بشكل يتخطى حدود الطلب⁽¹⁶⁾.

. وعن الإشكالية الثانية، فإن البنكي يلزم بعدم إعلام العميل بالإجراء الذي يخصه، وأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يجهض الجهود اللاحقة، في التحري أو التحقيق الجاري، ويعرضها إلى الخطر، وقد سارت على ذلك محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 30 جانفي 2001، عندما اعتبرت أن البنكي «يكون ملزما بالسر المهني، في كل ما يتعلق بالمعلومات التي تصل إلى علمه أثناء ممارسة المهنة، والتي يمنحها القانون الطابع السري، وهذا شأن المعلومات المشمولة بسرية التحقيق (...)، مثلما هو حال التسخيرة المرسلة من قبل ضابط الشرطة القضائية إلى مؤسسة القرض»⁽¹⁷⁾، لغرض موافاته بالمعلومات التي يحتاجها التحقيق الجاري.

فيما عدا القيود التي تقع على عاتق البنكي، توجد قيود مقابلة تقع على عاتق الغير المستفيد من رفع السر البنكي، ومن شأنها أن توفر لهذا الأخير مجددا بعض الحماية.

2/2. القيود الواقعة على عاتق الغير المستفيد من كشف السر

إذا كان المشرع قد وضع، عن صواب، استثناء يحد من مبدأ السر البنكي لفائدة القضاء الجزائي، وقد انشغل في ذلك بالمصلحة العامة التي تستهدف البحث عن الأدلة اللازمة لكشف الحقيقة، فإن قيمة ووزن هذا الاستثناء تفرض، في المقابل، وجوب احترام هذا السر من جديد عقب كشفه أمام «السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي»، فهل يوجد ما يوفر هذه الحماية؟ وعلى أي أساس يمكن الاستناد؟

في هذا الصدد، تنص المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية على أن « تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون إضرار بحقوق الدفاع»⁽¹⁸⁾، كما أكدت على أن «كل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه»⁽¹⁹⁾. وبهذه المادة، يكون المشرع قد أخضع أعمال التحري أو التحقيق إلى نفس السر المعروف لدى الفقه تحت تسمية جامعة ومختزلة هي «سرية التحقيق»⁽²⁰⁾.

ومن اليسير تبرير الالتزام بهذا السر على نحو مزدوج، من جهة، باعتبار ذات مصلحة عامة تتعلق بضرورة المحافظة على فعالية التحقيقات، توفير السكينة والهدوء للقضاء، سلامة الشهود والضحايا علاوة على المحققين أنفسهم⁽²¹⁾. ومن جهة أخرى، باعتبار ذات مصلحة خاصة تستهدف المحافظة على سمعة وشرف الشخص المعني

بالتحقيق، ناهيك عن حرمة حياته الخاصة، لاسيما أن هذا الأخير يتمتع في هذه المرحلة بقرينة البراءة⁽²²⁾، كما يفيد في النأي به عن الافتراء الذي لا تمحى أثاره تماما أو تنسى حتى لو صدر أمر بحفظ الملف أو انتفاء وجه الدعوى⁽²³⁾.

يتميز هذا الالتزام بنطاق متسع، من حيث أشخاصه أو بالنظر إلى موضوعه.

من جهة أولى، ينصرف سر التحقيق إلى «كل شخص يساهم» في إجراءات التحري أو التحقيق، ويتسع ذلك إلى كل هؤلاء الذين يباشرون أعمالا، تدخل في إطار التحري أو التحقيق، بغية توفير الأدلة وكشف الحقيقة. ويندرج في ذلك، بالنسبة لأعمال التحري، كل أفراد الشرطة القضائية، كما يدخل في ذلك، بالنسبة لأعمال التحقيق، كل من قضاة التحقيق، قضاة النيابة العامة، علاوة على كل أعوانهم المباشرين: ضباط الشرطة القضائية الذين يعملون بموجب إنابة قضائية، كتاب الضبط، المحضرون القضائيون، والمترجمون .. الخ⁽²⁴⁾، كما يطول هذا الالتزام فئة المحامين⁽²⁵⁾.

ومن جهة ثانية، فإن الالتزام بالسر لا يقتصر فقط على أعمال التحري والتحقيق في حد ذاتها (سماع الأطراف، سماع الشهود، الاستجواب، التفتيش .. الخ)، بل يتسع بوجه عام إلى كل واقعة تم استخبارها أو اكتشافها أثناء التحري أو التحقيق، ولو لم ترتبط مباشرة بالقضية المعنية بهذا التحري أو التحقيق⁽²⁶⁾.

وتأسيسا على ذلك، يمنع كشف أي معلومة سرية تتعلق بالملف إلى أي شخص أجنبي عن الإجراء، سواء كان هذا الأخير من قبيل التحري أو التحقيق، وأن خرق السر يعرض المفشي إلى العقوبات الجزائية المبينة بنص المادة 301 من قانون العقوبات، وليس بعيدا أن يعرضه إلى المسؤولية التأديبية، علاوة على المسؤولية المدنية، إذا كان لذلك محل، بسبب الضرر المادي أو المعنوي الذي يلحق بالغير.

لئن كان يتعين عدم الاحتجاج بالسر البنكي، وفقا لضوابط معينة ومحددة، أمام القضاء الجزائي، فإن مظاهر عدم الاحتجاج بهذا السر تتعدد، في المقابل، بحسب الآلية التي يجري استخدامها للحصول على المعلومة البنكية في إنشاء إجراء جزائي.

ثانيا . مظاهر عدم الاحتجاج بالسر البنكي أمام القاضي الجزائي

قد يتواجد البنكي أمام أوضاع عديدة يرفع فيها، بحكم اللزوم، سر المهنة البنكية في مواجهة أجهزة القضاء الجزائي، ولا شك أن أهم هذه الأوضاع، وأكثرها استخداما، يتجلى عند استدعائه للإدلاء بالشهادة (أ)، أو عندما يطلب إليه تقديم الوثائق (ب) (27)، وعدا ذلك ليس بعيدا اللجوء إلى تفتيش البنك وضبط الوثائق التي تغيد في إظهار الحقيقة (ج)، كما قد تفرض الطبيعة التقنية للمسائل المعنية بالتحقيق الاستعانة بالخبرة القضائية (د).

(أ) الإدلاء بالشهادة

يرفع السر البنكي بمناسبة الشهادة التي يمكن الإدلاء بها، في إطار إجراء جزائي، سواء أمام قاضي التحقيق (1)، أو أمام قاضي الحكم (2).

1 . أمام قاضي التحقيق

إذا ما دعي البنكي إلى الشهادة أمام القضاء الجزائي، تطرح المشكلة على نحو ثنائي التفرع، إما أن يمسك عن أداء الشهادة، وعندها يمكن أن يتكبد العقوبات المقررة لامتناع الشاهد، أو أن يستجيب في المقابل إلى الإدلاء بهذه الشهادة، ووقتها قد يقع تحت طائلة العقوبات المقررة لإفشاء السر، فكيف تم التعامل مع هذه المشكلة؟

لو احتكنا إلى نص المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية، لوجدنا أن مبدأ الالتزام بسر المهن يتغلب على واجب الالتزام بأداء الشهادة، وتفسير ذلك أن «كل شخص استدعى لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة».

ومن ثمة، إذا كان الشخص الذي طلبت شهادته ينتمي إلى طائفة الأشخاص الملزمة بسر المهنة، فما عليه إلا أن يمثل أمام قاضي التحقيق، لكنه فيما عدا مثوله، يتعين أن ينبّهه إلى العذر الذي يمنعه عن أداء الشهادة، ما دام أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تؤدي إلا تحت طائلة «.. مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة ..»، لهذا السبب، يتوجب على قاضي التحقيق، « ليس فقط الترخيص للأشخاص الخاضعة للسر المهني بعدم الإدلاء، بل أكثر من ذلك يرفض الإدلاء التي يرغب هؤلاء في أدائها حول واقعة مشمولة بالسر » (28)، ذلك أن سر المهنة يظل في مفهوم نص المادة 97 من قانون الإجراءات

الجزائية سببا جديا يخلص، من حيث المبدأ، أرباب المهن من واجب الإدلاء بالشهادة أمام القضاء.

غير أن هذا التحليل لا يمكن أن ينطبق على المهنة البنكية، ذلك أن الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، قد أكد بأنه علاوة على الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون، لا يمكن الاحتجاج بالسر البنكي في مواجهة «.. السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي ..»⁽²⁹⁾. وتأسيسا على ذلك، لا يسوغ للبنكي أن يمتنع عن الإدلاء بالشهادة فيما يتعلق بأية دعوى جزائية يزعم أنه لا يستطيع أن يكشف بشأنها عن تفاصيل العمليات البنكية الخاصة بالعملاء، أيا كانت المصلحة التي يعلقها هؤلاء على صيانة أسرارهم، حتى لا يعوق ذلك عمل السلطة القضائية العاملة في المواد الجزائية. وأكثر ما تظهر حاجة القضاء الجزائي للاستعانة بالشهادة البنكية في محاربة جرائم إصدار الشيك بدون مقابل وفاء، وفي قمع جرائم النصب الذي يتم بالاستعانة بأوامر دفع مزورة .. الخ، لأنه من دون شهادة البنكي، لا يمكن إقامة أركان الجريمة موضوع الاتهام⁽³⁰⁾.

لقاء إسقاط الالتزام بالسر البنكي أمام «.. السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي»، يصبح البنكي كأى شخص آخر يقع تحت طائلة كل الالتزامات التي يتعين أن تقع وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية على عاتق كل شاهد يمكن أن يُطلبَ لسماع شهادته. لذلك فإنه علاوة على وجوب امتثاله إلى الحضور عند استدعائه⁽³¹⁾، يتعين عليه أن يؤدي اليمين، وألا يعارض في أداء الشهادة⁽³²⁾. ومن غير المجدي بالبنكي أن يرفض الإدلاء بشهادته، ذلك أن قاضي التحقيق يستطيع، من جانب آخر، أن يستخدم سلطته في اللجوء إلى إجراء التفتيش وضبط الوثائق التي يمكن أن تتجر عن ذلك⁽³³⁾.

مثلا يسقط السر البنكي على وجه الشهادة أمام قاضي التحقيق، يسقط أيضا لنفس السبب أمام قاضي الحكم.

2. أمام قاضي الحكم

يمكن أن يستدعى البنكي أمام قاضي الحكم بصفته شاهدا في قضية جزائية تتعلق بأحد عملائه. وعندها يتعين عليه أن يمتثل إلى الاستدعاء، يحلف اليمين القانونية ويدلي بشهادته، يستوي في ذلك أن تكون القضية معروضة أمام محاكم الدرجة الأولى، أو محاكم

الدرجة الثانية، أو محاكم جنائيات، فإذا خالف أيا من ذلك، يتعرض إلى العقوبات المقررة لعدم حضور الشاهد أو عدم الإدلاء بشهادته رغم امتثاله للحضور⁽³⁴⁾.

وفي الغالب الشائع، يدعى البنكي أمام المحاكم أو المجالس القضائية لتكرار وتأكيد ما سبق أن أدلى به أمام قاضي التحقيق، أو ما تلفظ به من أقوال أمام أجهزة الضبطية القضائية⁽³⁵⁾، وقد يكون الغرض من ذلك توضيح ما ورد من معلومات في متن وثائق ومستندات تم ضبطها لديه، إما في إطار إجراء يتعلق بالتفتيش، أو تم الحصول عليها منه بطريق التعاون عن طريق طلبات تتعلق بتقديم الوثائق.

(ب) تقديم الوثائق

يمكن للبنك أن يتلقى طلبات تتعلق بتقديم الوثائق، لأغراض جزائية، من جهات مختلفة؛ وكلاء الجمهورية، ضباط الشرطة القضائية الذين يعملون في إطار إنابة قضائية أو يتصرفون بناء على تعليمات وكيل الجمهورية، قضاة التحقيق، وعلاوة على ذلك قضاة الحكم⁽³⁶⁾.

وبالفعل، فإن القيد الذي وضعه المشرع للحد من السر البنكي، في المادة الجزائية، بمقتضى نص المادة 117 (ف2) من الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، لا يقتصر فقط على الحالة التي يمكن فيها للبنكي أن يدلي بالمعلومات، على وجه الشهادة إلى القضاء، بل يطول إلى كل الحالات التي يمكن أن تجد فيها الجهات القضائية الحاجة إلى الحصول على وثائق معينة يحتاجها التحقيق الجاري، دون داعي يقتضي اللجوء إلى وسيلة مغايرة للوصول إلى المعلومة البنكية، مثل الشهادة، التفتيش، أو الخبرة .. الخ. وعلة ذلك أن السر البنكي يسقط أمام السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي، وهذا بصرف النظر عن الطريقة أو الكيفية التي تتلقى فيها الجهات المختصة المعلومة السرية، طالما لم تخرج عن الضوابط الإجرائية المبينة في قانون الإجراءات الجزائية.

يمكن أن يرد طلب التقديم على كل الوثائق البنكية دونما تحديد، كما لا يوجد قيد زمني يحد من هذا التقديم، سوى أن تصبح الوثائق المطلوبة غير موجودة لدى البنك لمضي المدة اللازمة للاحتفاظ بها. وعلة ذلك، أن البنك يعتبر تاجرا⁽³⁷⁾، وبالتالي فإنه لا يلزم، على غرار أي تاجر آخر، بمسك دفاتره، أو حساباته ومراسلاته أكثر من مدة عشرة (10) سنوات⁽³⁸⁾، التي يشترطها القانون لهذا الغرض.

ناهيك عن تقديم الوثائق، يمكن أن نجد مظهرا آخر من مظاهر رفع السر البنكي في المادة الجزائية، يتمثل في إجراء التفتيش لدى البنك وضبط الوثائق التي تتجر عنه.

(ج) إجراء التفتيش

قد تصل أجهزة القضاء الجزائي إلى المعلومات المشمولة بالسر البنكي عن طريق المفاجأة، وذلك دون أن تخبر مسبقا البنك أو المؤسسة المالية، ويتم ذلك من خلال اللجوء إلى التفتيش وضبط الوثائق التي يحتمل أن تترتب عليه.

يجيز نص المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية لقاضي التحقيق أن «يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة»، يستوي أن يكون المكان مشغولا من قبل المتهم أو من قبل الغير، فهل يستفاد من هذا النص أن المشرع الإجمالي قد وضع قيدا جديدا يترتب عليه إسقاط الالتزام بسر المهن المنصوص عليه في صلب المادة 301 من قانون العقوبات؟

بلا شك، يعتبر التفتيش إجراء جزائيا يسمح بالبحث عن عناصر الإثبات، وينتهي بضبط وحجز الوثائق الضرورية التي قد تساعد في حل القضية التي يجري التحقيق حولها. ويتمتع قاضي التحقيق في ذلك بسلطات واسعة، ما دام أنه يستطيع أن يبحث ويحجز كل الأشياء، بما في ذلك أي أوراق، رسمية أو عرفية، مراسلات، تقارير، محاضر اجتماعات .. الخ، إذا ما رأى أن في ضبطها ما يساعد في كشف الحقيقة وإظهارها.

في هذا الشأن، لم يكبل المشرع الإجمالي قاضي التحقيق، عند قيامه بأعمال التفتيش، بأي قيد سوى «.. أن يتخذ مقدما جميع الإجراءات اللازمة لضمان احترام كتمان سر المهنة وحقوق الدفاع»⁽³⁹⁾. ويترتب على ذلك نتيجتان تتحكمان في العلاقة التي يتعين أن تؤطر التنازع بين الحق في إجراء التفتيش والالتزام بسر المهنة.

الأولى، أن سر المهنة لا يمكن أن يكون حائلا يحول دون إجراء التفتيش وضبط الوثائق، خاصة أن نص المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية نفسه قد أكد على أن التفتيش يمكن أن يباشر «.. في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة»، ولم يتضمن هذا النص أي إشارة إلى أي استثناء من شأنه يعطل إجراء التفتيش لسبب يتعلق بسر المهنة.

الثانية، أن إجراء التفتيش لدى شخص خاضع لسر المهنة، وإن كان لا يمنع من حيث الأصل، إلا أنه في المقابل يتعين أن يخضع إلى احترام بعض التدابير الرامية إلى ضمان كتمان هذا السر وحقوق الدفاع.

وهكذا، فإن التفتيش من شأنه أن يقود إلى كشف السر الذي ائتمن عليه صاحب المهنة⁽⁴⁰⁾. وكأي مهني آخر ملزم بسر المهنة، لا يمكن للبنكي أن يشدّ عن تطبيق هذه الأحكام، بحيث يمكن أن يجري التفتيش لدى البنك، سواء في إطار إجراء موجه ضد الشخص نفسه الذي يجري التفتيش لديه، أي البنك في حد ذاته، أو في إطار إجراء آخر موجه ضد الغير، وينصرف ذلك إلى عملاء البنك⁽⁴¹⁾.

ومهما كان الحال، لا بد أن يتحلل البنكي من السر الذي كان يقع على عاتقه في الأصل تجاه عملائه، وأن لا يعارض في عمليات التفتيش التي تجرى لديه، ولا يعتبر البنكي مفشياً، رغم كونه أميناً على السر، عندما يستجيب إلى هذه الأعمال، ما دام أن القانون هو الذي أمر بإجرائها، وذلك لتحقيق مصلحة عليا تتمثل في الكشف عن الحقيقة وإظهارها.

فيما عدا إجراء التفتيش، تمثل الخبرة القضائية التي يمكن اللجوء إليها من قبل القاضي الجزائي مظهراً آخر من مظاهر رفع السر البنكي.

(د) الخبرة القضائية

يمكن لقاضي التحقيق أن يلجأ إلى انتداب خبير مختص في المسائل الفنية التي يتعذر عليه الإلمام بها بحكم اختصاصه، وكثيراً ما يكون ذلك في المجال المالي والمصرفي بנדب خبراء محاسبين. يعد الخبير عوناً للجهة القضائية التي انتدبته، ويكون عمله جزءاً من عملها، لذلك لا يحتج بالسر البنكي في مواجهة تماماً مثل عدم الاحتجاج بهذا السر تجاه القاضي نفسه الذي قام بانتدابه.

يعد الخبير تقريراً يضمّن الوقائع والمعلومات التي توصل إليها، طالما كانت في حدود نطاق المهمة التي كلف بها، ويقدمه إلى الجهة القضائية التي انتدبته دون سواها، فإذا أفضى بهذه المعلومات كتابة أو شفاهة إلى جهة أخرى، قبل أن يفضي بها إلى الجهة التي انتدبته، أو حتى بعد ذلك، يكون قد ارتكب جريمة إفشاء سر المهنة، وتقوم هذه الجريمة حتى لو كانت الوقائع قد أفضى بها إلى الجهة القضائية نفسها التي انتدبته، إذا تبين أن هذه

الوقائع قد علم بها أثناء مباشرة أعمال الخبرة، لكنها لم تتدرج في إطار المهمة التي انتدب للقيام بها (42).

لكي يتمكن الخبير من أداء مهمته بالشكل المناسب، ينبغي على القاضي أن يمكنه من وسائل الإثبات التي يحتاج إلى الإطلاع عليها، إذا ما كانت موجودة على مستوى ملف التحقيق، فإذا لم تكن الوثائق اللازمة لإتمام مهمة الخبير في متناول القضاء مسبقاً، أو لم تكن كافية، فإن قاضي تحقيق يحرص غالباً على التذكير في صلب القرار المتضمن ندب الخبير بما يفيد «.. الأمر بإبلاغ الخبير بكل الوثائق التي قد يرغب شخص خاص أو إدارة معينة بإخفائها عن التحريات التي يجريها هذا الأخير تحت مظلة السر المهني، ويكون ذلك عندما يريد أحد الأطراف المعنيين بالدعوى منع خصمه من الوصول إلى دليل ضروري..» (43).

ومع ذلك، حتى إذا لم يتضمن قرار ندب الخبير هذا البيان، فإنه لا يمكن الاحتجاج بالسر المهني في مواجهة الخبير، لأن ذلك من شأنه أن يجرّد هذا الأخير من السلطة الكافية لإتمام مهمته كلما كان الشخص المراد الإطلاع لديه مهني خاضع لسر المهنة، في حين أن هذا المهني يكون، في مثل هذا الوضع، بمثابة الشخص الوحيد الذي يستطيع بحكم موضعه أن يوفر الوثائق اللازمة.

لعل ذلك يتأكد من واقع أن المادتين 151 و152 من قانون الإجراءات الجزائية، عندما نظمتا سلطة الخبير في المادة الجزائية، لم تضعاً أي قيد يحد من هذه السلطة في مواجهة فئة المهنيين بالنسبة لأسرار المهن الخاصة بهم. وبذلك يكون البنكي، كأبي مهني آخر، ملزم بإجابة الخبير وتقديم الوثائق التي بحوزته، طالما كانت ترتبط بأداء المهمة التي انتدب الخبير لها من قبل القضاء.

الخاتمة:

رغم أن المشرع الجزائري قد كرس الالتزام بالسر البنكي، إلا أنه لم يجعل منه سرا مطلقاً، وإنما سر نسبي، يسمح بكشف المعلومات التي يحوزها البنك، ولو كانت من قبيل السر، وهذا كلما تصادم مبدأ الالتزام بالسر البنكي مع مصلحة عليا تفوق المصلحة التي ترجى من حماية الشخص المستفيد منه، وهذا حال مصلحة المجتمع في الوصول إلى كشف الجرائم ومعاقبة مقترفيها.

في هذا السياق، تجد المعلومات البنكية سبيلها إلى القضاء بطرق عديدة، بحسب طبيعة الإجراء المتخذ وحاجات التحقيق، منها الشهادة، تقديم الوثائق، التفتيش، والخبرة القضائية.. الخ. وفي كل هذه الفرضيات، يرفع السر البنكي، على وجه الاستثناء، تحقيقاً لأغراض جزائية، أمام أجهزة قضائية تخضع هي الأخرى إلى الالتزام بسر المهنة.

على أنه مقابل ذلك، يتعين عدم المبالغة في استخدام هذا الاستثناء إلا عند الحاجة، وبالقدر الضروري للكشف عن الجريمة، ومعاينة مرتكبيها، كما ينبغي على البنكي أن يلتزم باحترام أسرار العميل أثناء الإفادة بالمعلومات المطلوبة منه، فلا يدلي بأي معلومات إلا بمناسبة وقائع تدور حولها القضية المطروحة، وفقط في شأن أشخاص معينين بهذه القضية.

الهوامش:

(1) كرس الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض، (المؤرخ في 2003/08/26، المعدل والمتمم، ج.ر. 2003، عدد 52)، الالتزام بالسر في المجال البنكي وجعله يطول كل «كل عضو في مجلس إدارة، وكل محافظ حسابات وكل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها»، (أنظر المادة 117، ف1، مقطع 1).

(2) عالج المشرع البنكي هذه المسألة بطريق الإحالة على الجزاء الخاص بجنة إفشاء سر المهنة بمقتضى قانون العقوبات (أنظر المادة 117 ف1 من الأمر 11/03)، وتنص المادة 301 من قانون العقوبات (الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/06/08، المعدل والمتمم، ج.ر. 1966، عدد 48) على أنه « يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج (..) جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك».

(3) Cf. Teissier (Anne), « Le secret professionnel du banquier », Tome II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 529-530.

(4) Cf. Lasserre Capdeville (Jérôme), « Le secret bancaire face au juge pénal en droit français», In Le secret bancaire: Journées franco-suissees de droit bancaire, Revue Lamy droit des affaires, Mai 2010, n° 49, p. 65 et 67.

(5) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 139 (ف1).

(6) Cf. Gavalda (Christian), « Le secret bancaire français», Droit et pratique de commerce international, 1990, Tome 16, n°1, p. 62.

(7) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 63.

(8) ينبغي الإشارة إلى أن محتوى نص المادة 57 من قانون 24 جانفي 1984، المتضمن القانون البنكي الفرنسي، قد نقل إلى نص المادة 511-33 من القانون النقدي والمالي.

Sur la question, Voir:

- Jerez (Olivier), « Le secret bancaire », Banque éditeur, 2000, p. 61.
- Lasserre Capdeville (Jérôme), op.cit., p. 65.

(9) Cf. Jerez (Olivier), « le secret bancaire », op.cit., p. 62.

(10) Cf. Samin (Thierry), « Le secret bancaire », AFB édition, 1997, p. 33.

(11) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 63 وما بعدها.

(12) Cf. Taleb (Fatiha), «Limites du secret bancaire et économie de marché», Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 1995, Vol. XXXIII, N° 3, p. 520.

(13) Cf. Boulloc (Bernard), «Le secret professionnel du banquier: principe et limites», Gazette du palais, Recueil Mai-Juin 2004, p. 1814.

(14) Cf. Lasserre Capdeville (Jérôme), op.cit., p. 67.

(15) Cf. Gavalda (Christian), « Le secret bancaire .. », op.cit., p. 62.

(16) Cf. Bordas (François), «Devoirs professionnels des établissements de crédit: Secret bancaire», JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, Cote: 04, 2010, Fasc. 141, n° 122.

(17) Cf. Crim., 30 Janv. 2001, Bull, crim., 2001, n° 29, p. 77.

(18) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 11 (ف1).

(19) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 11 (ف2).

(20) Cf. Desportes (Frédéric) et Lazerges-Cousquer (Laurence), «Traité de procédure pénale», Quatrième édition, Economica, 2016, p. 1016.

(21) Cf. Ibid., p. 1017.

(22) Cf. Ibidem.

(23) Cf. Merle (Roger) et Vitu (André), «Traité de droit criminel: Procédure pénale», Tome II, Deuxième édition, Cujas, 1973, p. 326.

(24) Cf. Ibid., p. 327.

(25) القانون 07/13، المؤرخ في 2013/10/29، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر 2013، عدد 55، المادة 14.

(26) Cf. Merle (Roger) et Vitu (André), Loc.cit.

(27) Cf. Belhadj Hammouda (A), «Le secret professionnel du banquier en droit tunisien ou pour un secret bancaire plus renforcé», Revue tunisien de droit, n° 1, 1979, p. 32.

(28) Cf. Teissier (Anne), op.cit., p. 537.

(29) الأمر 11/03، سابق الذكر، المادة 117 ف2، مقطع 2. وللإشارة، فإن المشرع البنكي قد كرس هذا القيد ابتداء من استصدار القانون 10/90 (مؤرخ في 14/04/1990، ج.ر. 1990، عدد 16)، المتعلق بالنقد والقرض، (أنظر المادة 169 ف2)، ولم يفعل عند استصداره الأمر 11/03 سوى أنه أعاد تأكيد الأخذ بهذا القيد.

(30) Cf. Gulphe (Pierre), «Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé», Revue trimestrielle de droit commercial, 1948, p. 29.

(31) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 97 ف2).

(32) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 97 ف3).

(33) Cf. Belhadj Hammouda (A), op.cit., p. 32.

(34) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 223.

(35) Cf. Samin (Thierry), op.cit., p. 34.

(36) Cf. Teissier (Anne), op.cit., p. 537.

(37) يعتبر البنك أو المؤسسة المالية شخصا معنويا يكتسي لزوما شكل شركة الأسهم (المادة 83 من الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض)، ونتيجة لذلك يعد تاجرا بحسب الشكل (المادة 544 ف2 من القانون التجاري)، وعلاوة على ذلك فإن موضوع نشاط البنك أو المؤسسة المالية ينصرف أساسا إلى ممارسة العمليات المصرفية (أنظر المادتين 70 و71 والمواد 66 إلى 69 من الأمر 11/03، المتعلق بالنقد والقرض)، وتعتبر هذه الأنشطة من قبيل الأعمال التجارية بحسب الموضوع (المادة 2، مقطع 13 من القانون التجاري).

(38) القانون التجاري، المادة 12.

(39) قانون الإجراءات الجزائية، المادة 83 ف3).

(40) Cf. Vouin (Robert), «Droit pénal spécial», Tome I, Infraction contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique, Dalloz 1976, p. 310.

(41) Cf. Teissier (Anne), op.cit., p. 547.

(42) Cf. De la cressaye (Jean Brethe), «Secret professionnel», Répertoire Dalloz, Droit Pénal, 1977, op.cit., p. 10.

(43) Cf. Teissier (Anne), op.cit., p. 544.

الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة من خلال آلية ملتمس الرقابة

الدكتور: قدور ظريف

أستاذ محاضر - ب

قسم الحقوق، جامعة سطيف، الجزائر

ملخص:

إن مظاهر الرقابة التي تباشرها السلطة التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية كثيرة ومتعددة، لكن ممارستها باستخدام آلية ملتمس الرقابة يعتبر من أهمها على الإطلاق، ذلك أن توظيف النواب لهذه الآلية ونجاحهم في تخطي شروطها وإجراءاتها يؤدي إلى تحريك المسؤولية السياسية للحكومة. من جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على الأحكام التي تقوم عليها هذه الآلية، وذلك من خلال مقدمة أبرزت فيها أساس المشكلة ومنهجية البحث، ومطلب أول تناولت فيه شروط توظيف آلية ملتمس الرقابة، ومطلب ثان خصصته لتناول إجراءات مناقشة ملتمس الرقابة وكذا آثاره القانونية وانتهى البحث بخاتمة.

Abstract :

There are many types of censorship exercised by the legislative authority in the face of the executive power; but its practice using the mechanism of the motion of censor is considered as the most important, the recruitment of this mechanism by the deputies and their success in exceeding its conditions and procedures lead to the political responsibility of the government.

The present study aims to reveal the different provisions of this mechanism, Through an introduction that highlights the problematic and research methodology. For the first section which deals with the recruitment conditions of the motion of censor. While the second section is about the procedures to discuss the motion of censor, as well as their legal effects. finally this study ended by a conclusion.

مقدمة

يرجع تاريخ ظهور آلية ملتزم الرقابة في الأنظمة الغربية إلى العهد الماضي أين بدأ العمل بها أول مرة في بريطانيا إبان القرنين السادس والسابع عشر، حيث بمقتضاها يتمكن مجلس العموم البريطاني وبالأغلبية المطلقة لعدد النواب الحاضرين تحريك إجراءات سحب الثقة من الحكومة، إلا أن واقع تطبيقها في النظام الدستوري الجزائري كان حديث العهد حيث غابت في الدستورين الأولين دستور 63 ودستور 76، وحتى بالرجوع إلى تعديل 3 نوفمبر 1988 لا نجده يذكر سوى في إمكانية نواب المجلس الشعبي الوطني على إصدار لائحة حول بيان الحكومة المقدم لهم في كل سنة كما وضحته المادة 5/114 من هذا التعديل، ومن ثم لم تظهر هذه الآلية الرقابية إلا مع اعتماد دستور 89 بعدما نصت عليها المادة 126 منه، ليتم تكريسها في دستور 96 وفق المادة 135، وكذا في التعديل الدستوري لسنة 2016 وفقا للفقرة الأولى من المادة 153 منه والتي جاء فيها ما يلي " يمكن المجلس الشعبي الوطني لدى مناقشته بيان السياسة العامة أن يصوت على ملتزم رقابة ينصب على مسؤولية الحكومة...".

على هذا الأساس يُعتبر ملتزم الرقابة بمثابة سلاح هجومي يوضع بين أيدي نواب الشعب ليتمكنوا من خلال توظيفه من معارضة استمرارية وجود الحكومة بعد تقرير مسؤوليتها السياسية⁽¹⁾.

ومن ثم فإن الإشكالية التي نحاول الإجابة عليها من خلال هذه الدراسة تتمحور في السؤال التالي:

ما مدى فعالية ملتزم الرقابة كآلية دستورية ممنوحة للمجلس الشعبي الوطني في تجسيد المسؤولية السياسية للحكومة ؟

وسوف نتوخى الإجابة على هذه الإشكالية من الناحية الموضوعية بالاعتماد على المنهج التحليلي الذي يعتمد على قراءة النصوص الدستورية والقانونية وتحليلها لمعرفة مدى قدرتها على التطبيق في واقع الممارسة الفعلية، أما من الناحية الشكلية فاعتمدنا على خطة قسمناها إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول شروط توظيف آلية ملتزم الرقابة من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني وتناولنا في المطلب الثاني إجراءات مناقشة ملتزم الرقابة وكذا آثاره القانونية.

المطلب الأول: شروط ممارسة آلية ملتزم الرقابة

تُعرف آلية ملتزم الرقابة أو لائحة اللوم⁽²⁾ كما يسميها البعض على أنها " تلك الوثيقة التي يبدي من خلالها عدد معين من النواب عن عدم ثقتهم في الأعمال والتصرفات التي قامت بها الحكومة ويعبرون عن رغبتهم في إسقاطها"⁽³⁾ بيد أنه ونظرا للآثار الخطيرة التي قد تتجم عن عدم استقرار وثبات المؤسسات العليا في الدولة بفعل المبالغة في توظيف آلية ملتزم الرقابة لأتفه وأبسط الأسباب⁽⁴⁾، فإن المؤسس الدستوري الجزائري عمل على إحاطة هذه الآلية بجملة من الشروط نص عليها في المواد 153، 154 و155 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

كما أضاف لها المشرع مجموعة أخرى من الضوابط ورد النص عليها في المواد من 58 إلى المادة 62 من القانون العضوي رقم 12/16. وتمثلت الشروط التي جاءت بها هذه المواد في حصر استخدام هذه الآلية على نواب المجلس الشعبي الوطني دون أعضاء مجلس الأمة (فرع أول) كما لا يمكن استخدامه إلا مرة واحدة في السنة بمناسبة تقديم البيان السنوي للسياسة العامة (فرع ثان)، وأخيرا لا بد من توفر نصاب سبع (7/1) النواب لإمكانية المطالبة به (فرع ثالث).

الفرع الأول: استخدام ملتزم الرقابة حكر على نواب المجلس الشعبي الوطني

من البديهي النص على أن كل ما يتعلق بتحريك المسؤولية السياسية للحكومة يدخل ضمن الاختصاص الحصري لنواب المجلس الشعبي الوطني دون أعضاء مجلس الأمة، وهو الأمر الذي ينطبق على آلية ملتزم الرقابة الذي يفرض أمر توظيفه إلى تحريك المسؤولية السياسية للحكومة، ومن ثم أكدت الفقرة الأولى من المادة 153 من الدستور النافذ حاليا بأن أمر تجسيدها يعود لنواب المجلس الشعبي الوطني دون سواهم بالقول " يمكن المجلس الشعبي الوطني لدى مناقشته بيان السياسة العامة، أن يصوت على ملتزم رقابة ينصب على مسؤولية الحكومة..."

وهذا أمر طبيعي ومنطقي وفق المؤسس الدستوري الجزائري بدرجة كبيرة في الإشارة إليه، إذ وبحكم الآثار القانونية الخطيرة التي يمكن أن ترجع على مستقبل الحكومة بعد عملية توظيف هذا الإجراء، فإنه لا يمكن استخدامه إلا من طرف المجلس القابل للحل من طرف رئيس الجمهورية ألا وهو المجلس الشعبي الوطني، ويحرم منه في المقابل المجلس الآخر الذي لا يقبل الحل ألا وهو مجلس الأمة إذ لا ينبغي لهذا الأخير أن يُمنح سلطة إسقاط

الحكومة⁽⁵⁾، لاسيما وأن ملتزم الرقابة يعتبر الآلية الرقابية الخطيرة التي يملكها البرلمان كسلاح لمواجهة حق الحل الممنوح للسلطة التنفيذية، وبالتالي كان منطقيا أن تمنح هذه الآلية لنواب المجلس الشعبي الوطني باعتبار أن هذا الأخير هو الهيئة القابلة للحل ويحرم منها أعضاء مجلس الأمة الذي لا يقبل الحل⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: ارتباط ملتزم الرقابة بالبيان السنوي للسياسة العامة

إذا كان حق مباشرة ملتزم الرقابة مكفول بصورة حصرية لنواب المجلس الشعبي الوطني دون أعضاء مجلس الأمة فإن هؤلاء النواب ليس في مقدورهم ممارسة هذا الحق على إطلاقه وفي أي وقت يرون فيه ضرورة عملية لذلك، بل لا يكون لهم الحق في توظيفه إلا مرة واحدة في السنة، وهذا بمناسبة مناقشتهم للبيان السنوي للسياسة العامة المقدم من طرف الحكومة، وكل مخالفة لهذا الشرط لا معنى لها سوى عدم قبول الملتزم دستوريا⁽⁷⁾.

هكذا ربط المؤسس الدستوري الجزائري أمر ممارسة هذا الإجراء بالبيان السنوي للسياسة العامة، والذي أراد من خلاله الوصول قدر الإمكان إلى تحقيق الاستقرار المؤسسي وتقادي الأزمات السياسية التي تنتج عن كثرة التغييرات الحكومية لا يمكن خلالها للنواب المساس بتواجدها، حيث رأى المؤسس الدستوري أن هذا الاستقرار يمكن أن يتحقق عن طريق منح الحكومة مناعة سنوية تتمكن بمقتضاها من القيام بتصرفاتها بهدوء واستقرار دون توجس هاجس الخوف بمفاجئتها في كل مرة بوجود لائحة برلمانية تحرك مسؤوليتها السياسية.

وهو الربط الذي يبدو أنه ليس في صالح نواب الشعب مادام أنه يقلل من إمكانية استخدامهم لهذه الآلية في الوقت المناسب، سواء بسبب إجماع الحكومة وتراجعها عن عرض بيان سياستها العامة حتى بعدما نص التعديل الدستوري لسنة 2016 على وجوب مرور الوزير الأول على المجلس الشعبي الوطني وإلزامه بعرض الحصيلة السنوية للحكومة عليهم، حيث لم تشهد سنة 2016 تجسيد هذا الإجراء، لذلك يبدو أن هذا الشرط يعطي الحكومة فرصة كبيرة لإمكانية إفلاتها من تتبع النواب لنشاطها وبالتالي الإفلات في المقابل من إمكانية مراقبتها بواسطة استخدام آلية ملتزم الرقابة بالامتناع عن تقديم البيان السنوي لهذه السياسة، ومن ثم لا نكاد نجد أي أثر لهذا الشرط لا في دساتير الدول الديمقراطية ولا حتى في دساتير الدول الأقل ديمقراطية، فدستور الجمهورية الخامسة الفرنسية لا يلزم النواب انتظار البيان السنوي لتوظيف آلية ملتزم الرقابة ونفس الشيء بالنسبة لدستور المملكة المغربية أو دستور الجمهورية التونسية وحتى دستور الجمهورية الموريتانية، ومن ثم فإن قيد

عدم اللجوء إليه إلا عند عرض بيان السياسة العامة بشكل عرقلة إضافية أمام النواب وتهميش حقيقي لدورهم الرقابي تضاف إلى جملة العراقيل التي تقف في طريق استغلالهم لهذه الآلية الرقابية، كونهم لا يستطيعون استغلالها في الوقت الذي يظهر لهم أن التصرفات والأعمال التي تجريها الحكومة فيها مخالفة واضحة وتقصير جلي لما تعهدت به أمام ممثلي الشعب أثناء عرضها لمخطط عملها، بل يضطر ممثلي الشعب الانتظار إلى غاية مجيء البيان السنوي للسياسة العامة ليتمكنوا من محاسبة الحكومة عن الفشل والتقصير الذي واكب عملية تنفيذ التزاماتها.

صحيح أنه بإمكان النواب في هذه الحالات مواجهة الحكومة بالآليات الرقابية الأخرى من أسئلة واستجابات وإنشاء لجان تحقيق برلمانية، إلا أن ذلك لا يحقق المبتغى في كون هذه الوسائل لا يرتقي بها الحال إلى حد إزاحة الحكومة من ممارسة السلطة، وهو ما يحتم على النواب الانتظار إلى غاية مجيء موعد بيان السياسة العامة الذي يكون بعد مضي سنة كاملة من تاريخ المصادقة على أول مخطط حكومي أو من تاريخ تقديم آخر بيان سنوي لمحاسبة الحكومة على أخطائها وهفواتها، وهي المدة التي تكون كافية للحكومة لاستغلالها في تجميل وتحسين صورتها أمام الرأي العام أو في التخفيف من حدة الخلافات مع النواب مستغلة في ذلك كل الوسائل من سياسية اقتصادية وإعلامية⁽⁸⁾، بل وحتى في هذه المرة الواحدة قد لا يتمكن النواب من الاطلاع على حصيلة الحكومة بسبب أنها لم تتمكن حتى من إتمام سنة في ممارسة مهامها حيث وجدنا بعض الحكومات غادرت السلطة حتى دون إتمام سنة واحدة في الحكم ومن ثم جاءت المغادرة دون عرض حصيلتها أمام ممثلي الشعب⁽⁹⁾.

الفرع الثالث: النصاب القانوني اللازم لاستخدام ملتزم الرقابة

لم يعط المشرع الجزائري الحق لنواب المجلس الشعبي الوطني في ممارسة آلية ملتزم الرقابة بصفة فردية، بل اشترط قيدها عدديا ليتمكن هؤلاء النواب من توظيفه⁽¹⁰⁾، ومن ثم لا يمكن قبوله إلا إذا تم توقيعه من قبل سبع (7/1) عدد نواب المجلس الشعبي الوطني⁽¹¹⁾، مع عدم قدرة النائب على توقيع أكثر من ملتزم رقابة واحد، وهو الشرط الذي جاءت به المادة 59 من القانون العضوي رقم 12/16، لكن دون تبيان ما إذا كان ذلك يخص العهدة التشريعية ككل أم فقط خلال السنة الواحدة باعتبار أن الملتزم لا يودع إلا عند مناقشة بيان السياسة العامة للحكومة الذي يكون سنويا كما وضحنا ذلك سابقا، ويختلف بذلك النظام الجزائري عما هو معمول به حتى في أقرب الأنظمة إليه ألا وهو النظام الفرنسي، حيث

يمكن للنائب في ظل ذلك النظام التوقيع على ثلاث ملتزمات رقابة خلال الدورة العادية، وملتزم رقابة واحد خلال الدورة الاستثنائية⁽¹²⁾، غير أن مبتغى هذا التحديد لا يرمي إلى تقييد حرية النواب في المبادرة بهذه الآلية أو حرمانهم من بلوغ النصاب المطلوب، وإنما الهدف منه هو توحيد مجهودات النواب وإرغامهم على الالتفاف حول ملتزم رقابة واحد عوض تفتيت مجهوداتهم وتشتيتها في كثرة وتنوع المبادرات التي قد لا يحظى أيها منها ببلوغ النصاب المطلوب⁽¹³⁾، بالإضافة إلى إضفاء نوع من الجدية والفعالية على هذه الأداة الرقابية.

بيد أن التمعن في هذا النصاب والتدقيق فيه يلحظ للوهلة الأولى الصعوبة التي يجدها النواب في الحصول عليه، لاسيما في ظل الفسيفساء السياسية والتركيبية الحزبية التي عادة ما يتشكل منها المجلس الشعبي الوطني، والتي تتسم بمشاركة العديد من التشكيلات السياسية وبعدد محدود من النواب⁽¹⁴⁾، حيث نجد مثلا خلال الفترة التشريعية السابعة بلغ عدد التشكيلات السياسية الممثلة في البرلمان ثمان وعشرون (28) تشكيلة لا يستوفي منها شرط السبع (وهو 66 نائب) إلا الحزبين الذين يطلق عليهما تسمية حزبا السلطة حزب جبهة التحرير الوطني، وحزب التجمع الوطني الديمقراطي⁽¹⁵⁾، وهما الحزبان الذين سيطرا تقريبا على تشكيلة وقيادة الحكومة منذ دخول الجزائر عهد التعددية الحزبية، والملاحظ على نواب هذين الحزبين في العادة يميلون إلى تبني سياسات الحكومة ومواقفها وتأييدها والدفاع عنها داخل البرلمان، الأمر الذي يستبعد معارضتهما لها بالتوقيع على ملتزم رقابة ينصب حول مسؤوليتها السياسية.

ومن ثم يمكن القول أنه من الصعب إن لم نقل من المستحيل من خلال هذه المعطيات وغيرها على باقي التشكيلات السياسية وفي الكثير من الأحيان الوصول إلى هذا النصاب الشاق الذي عُد حماية حقيقية للحكومة في صراعها الدائم مع المعارضة.

ومن هنا يتجلى لنا أن المؤسس الدستوري قد بالغ كثيرا في تحديده مقارنة مع الدساتير البرلمانية التي عادة ما تخلو من مثل هذا النصاب التعجيزي وتكتفي باشتراط نسبة ميسورة تكون في مقدور أحزاب المعارضة بلوغه⁽¹⁶⁾، وخير مثال على ذلك الدستور الفرنسي الذي كان أكثر ليونة لأنه لم يصل به الحد إلى اشتراط مثل هذا النصاب، إذ اشترطت المادة 02/49 من دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 المعدل في 4 أوت 1999 فقط نسبة عشر (10/1) عدد نواب الجمعية الوطنية للموافقة على ملتزم الرقابة⁽¹⁷⁾، وهو نصاب

معقول من السهل تحقيقه لاسيما بالنظر إلى طبيعة التركيبة السياسية في فرنسا والتي تتميز بسيطرة حزبين اثنين على المشهد السياسي ككل⁽¹⁸⁾.

على العموم فإنه متى استوفى الشروط المذكورة أعلاه وجب إيداع نص الملتزم من قبل مندوب أصحابه لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، ليتسنى له التأكد من أنه يتماشى من حيث طريقة إعدادة وشروطه مع أحكام النصوص القانونية، ليتم بعد ذلك نشره في الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني بغية تمكين الرأي العام الوطني من الاطلاع على مضمون ومحتوى الانتقادات الموجهة للحكومة، كما يتم تعليقه وتوزيعه على كافة النواب.

إذن هذه مجمل الشروط المطلوبة في ملتزم الرقابة والتي بينها كل من المؤسس الدستوري وكذا المشرع وفق القانون العضوي رقم 12/16.

بقي أن نحدد الإجراءات التي تمر بها عملية المصادقة على ملتزم الرقابة وكذا الآثار الناجمة عنه الأمر الذي نتولى تفصيله وتوضيحه في المطلب الموالي:

المطلب الثاني: إجراءات المصادقة على ملتزم الرقابة وآثاره القانونية

سنوضح من خلال هذا المطلب مختلف الإجراءات التي تتطلبها عملية التصويت على ملتزم الرقابة (فرع أول) ثم نتطرق إلى الآثار المترتبة عنه (فرع ثان).

الفرع الأول: إجراءات مناقشة ملتزم الرقابة

تشمل إجراءات مناقشة محتوى ملتزم الرقابة من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني (أولاً) لتنتقل بعد ذلك إلى عملية التصويت عليه (ثانياً).

أولاً- مناقشة ملتزم الرقابة من طرف النواب

بعد توفر الشروط القانونية المتعلقة بتوظيف ملتزم الرقابة من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني، تأتي مرحلة حاسمة من المراحل التي يمر بها هذا الإجراء ألا وهي مناقشته من قبل هؤلاء النواب، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري حصر هذه المناقشة بعدد محدود من النواب، بحكم أنه لا يستطيع تناول الكلمة إلا الحكومة ومندوب أصحاب الملتزم ونائب يرغب في التدخل ضد الملتزم ونائب آخر يرغب في التدخل تأييداً له⁽¹⁹⁾، وإذا كان الوضع يبدو منطقياً بالنسبة لتدخل الحكومة ومندوب أصحاب اقتراح اللائحة، فإن الأمر يبدو ملتبساً وغريباً بالنسبة للمتدخلين الآخرين، إذ كيف يمكن معرفة العضو المؤيد أو المعارض للملتزم؟ هل المطلوب من العضو الإفصاح عن نيته وتوضيح موقفه قبل تدخله؟ وكيف يتم ذلك هل كتابة أو شفاهة؟ هذا من جهة، ومن جهة ثانية على أي أساس يختار عضو معارض أو مؤيد دون عضو معارض أو مؤيد آخر؟ هل يكون ذلك باتفاقهم على اختيار

أحدهم لكي ينوبهم في التدخل وما هي الصيغة أو الطريقة التي يتم بها هذا الاتفاق؟ أم أن التدخل يمنح لمن تكون له الأسبقية في طلب الكلمة؟ لذلك فكل هذه الأسئلة تبقى مطروحة إلى غاية ورود تدقيق وتوضيح من المشرع أو المؤسس الدستوري.

على العموم فإنه ومهما يكن من ملاحظات نقول أن المناقشة هنا تدور بين طرفين أساسيين هما الحكومة التي مكنها المؤسس الدستوري من أخذ الكلمة بناء على طلبها والتي يمكن أن تستأثر بها لمدة طويلة بحكم أنها المعنية الأولى بمسألة التتحي عن السلطة، الأمر الذي يتطلب منحها وقتا كافيا بغية الدفاع عن الخطة التي رسمتها والسياسة التي انتهجتها فيما مضى من العام، لهذا سوف ينصب تدخلها على نقد المبادرة من حيث الشكل والموضوع، وما في ذلك من محاولة للتدليل على عدم تأسيس اللائحة على قرينة من الصحة والواقعية للوصول في الأخير بأن يكون التصويت في صورة رفض اللائحة برمتها، لكي يتسنى لها الخروج منتصرة من هذا الوضع القانوني الذي يهدد تواجدها ككيان سلطوي⁽²⁰⁾، ومن هذا المنطلق فهي تسعى جاهدة بكل الطرق إلى إجهاض التصويت على هذا الملتصق، أما الطرف الثاني في هذه المناقشة فهم النواب المبادرين به فهم يسعون بكل ما لديهم من وسائل وحجج لأجل نجاح التصويت عليه⁽²¹⁾، خاصة وأن عدم نجاحهم في تجسيد هذا الإجراء يعتبر خذلا للجلس وإفسادا للديمقراطية، وما يستتبع ذلك من الأطروحات والأقوال المؤسسية وغير المؤسسية المبينة بشكل كبير على الوهم والأراجيف⁽²²⁾ والتي قد تدخل أعضاء المجلس في صراعات ونزاعات لا حصر لها.

ثانيا- التصويت على ملتصق الرقابة

قبل أن نتولى تحديد النصاب المطلوب ليتمكن النواب من المصادقة على ملتصق الرقابة، سوف نوضح دور المدة الفاصلة بين تاريخ المبادرة بالملتصق وبين يوم المصادقة عليه في توجيه النواب مع أو ضد تأييد الملتصق.

01- دور الأجل الفاصل بين الإيداع والتصويت في الترويج لصالح أو ضد الملتصق

بعد الانتهاء من المناقشة يتم اللجوء إلى التصويت على ملتصق الرقابة غير أنه - حسب المؤسس الدستوري الجزائري - لا يمكن الشروع في التصويت بصفة مباشرة بل يتطلب الأمر انقضاء آجال ثلاثة أيام من تاريخ إيداع المقترح بمكتب المجلس الشعبي الوطني ليتمر لهذا التصويت⁽²³⁾ على خلاف الدستور الفرنسي الذي لا يشترط إلا مدة 48 ساعة، والغاية المرجوة من تحديد هذا الأجل تختلف بين النواب المبادرين بالملتصق وبين

الحكومة، إذ بالنسبة للنواب المبادرين يشكل فرصة ذهبية لربح مزيدا من الوقت حتى يتمكنوا عرض وجهات نظرهم على باقي النواب بغية استقطابهم واستمالتهم لفهمهم وإقناعهم للتصويت لصالح المقترح⁽²⁴⁾.

أما بالنسبة للحكومة فيراد بهذا الأجل مطالبة بعض النواب بالعدول عن موقفهم، أو على الأقل منع تسرع المجلس الشعبي الوطني من إبداء أي تصويت مفاجئ من شأنه تهديد استقرارها لاسيما عند احتمال غياب مؤيديها من نواب الموالاة عن جلسة التصويت، طالما أن ظاهرة الغياب هذه أصبحت ميزة بارزة في مختلف العهود التشريعية، وبالتالي هذه المهلة تمنح مدة كافية للبرلمانيين المتغيبين للالتحاق بالمجلس والمشاركة في عملية التصويت على الملتزم، كما تسمح للنواب من جهة ثانية بتعميق التفكير والتأني وتجنب التسرع قبل الإقدام على التصويت الذي تكون له بدون شك آثار جد خطيرة على مستقبل الحكومة وحتى على مستقبلهم في النيابة بالمجلس التشريعي.

إضافة إلى أن هذه المهلة من جهة ثالثة قد تسمح للحكومة وأنصارها من نواب الموالاة بربط الاتصالات والتحالفات بغية إقناع النواب المترددين والأحزاب القابلة للتعامل معها للوقوف إلى جانبها ودعمها في صراعها مع المعارضة والعدول عن مواصلة التشبث بهذا الإجراء المحفوف بالمخاطر.

على كل حال فإن مدة ثلاثة أيام كافية لكلا الطرفين (مندوبو الملتزم من جهة والحكومة من جهة أخرى) للعمل على إقناع النواب وتحقيق النصاب من عدمه⁽²⁵⁾ إذ تكون هذه المهلة بالنسبة للحكومة فرصة كافية لإجهاض ملتزم الرقابة والدعوة إلى عدم التصويت عليه من الأساس⁽²⁶⁾، أما للنواب المبادرين به فهي تعتبر فرصة لحشد النواب أكثر لدعمه والالتفاف من حوله.

02-النصاب المطلوب لقبول التصويت على ملتزم الرقابة خطوة لإفشاله

لما تأتي مرحلة التصويت فإنه ما يلفت انتباهنا هو النصاب المشروط للموافقة على ملتزم الرقابة لكي يؤدي مفعوله باستقالة الحكومة، هذا النصاب حددته المادتان 154 من التعديل الدستوري لسنة 2016 والمادة 02/62 من القانون العضوي رقم 12/16 المحدد لتنظيم غرفتي البرلمان وعملهما والعلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة في ثلثي (3/2) نواب المجلس الشعبي الوطني⁽²⁷⁾، وهو نصاب أكثر ما يلاحظ عليه أن فيه مبالغة كبيرة تعجز حتى التشكيلات السياسية الكبيرة في بلوغه فما بالك إذا تعلق الأمر بالأحزاب الصغيرة فإن المسألة بالنسبة لها تصبح شبه محسومة، لاسيما مع قدرة الحكومة عمليا في التأثير

على عدد من النواب وتوجيههم لصالح توجهاتها وأطروحاتها، وبالتالي استمالتهم للوقوف إلى جانبها بغية دعمها في صراعها مع نواب المبادرين بملتزم الرقابة⁽²⁸⁾، خاصة وأن هذه الأخيرة يكفيها البحث كذلك- خلال الأجل الفاصل بين تاريخ إيداع اقتراح ملتزم الرقابة وبين تاريخ التصويت عليه - عن دعم ثلث (3/1) النواب زائد واحد لتتمكن من إجهاض ملتزم الرقابة وإفشال مبادرة نواب المعارضة من أساسها، سواء كان هذا الثلث تابعا ومؤيدا لها من البداية أو أنها عملت على استمالته للوقوف إلى جانبها فيما بعد باستعمالها لمختلف الأساليب والطرق والحيل حتى تتجنب ظهورها بمظهر الضعيف الخاضع لرغبة وإرادة النواب، خاصة وأنها المتعودة دائما على القيادة والتوجيه وحتى السمو على المجلس وعلى غيره من المؤسسات الدستورية، ومن ثم لا ترضى أن تهتز ثقة الوزير الأول أو معارضة سياسته وخياراته في مجال القيادة والتسيير من خلالها إسقاطها وعزلها من الحكم، لأن نتيجة مثل هذه قد تصيب آثارها السلبية حتى رئيس الجمهورية نفسه ما دام أنها توحى بأن هناك نوع من الاعتراض والامتناع من سياساته وخياراته بحكم أن الوزير الأول وحكومته ما هما إلا ناقلين أمنين لسياسات وتوجهات الرئيس الذي كلفهما بتنفيذ برنامجه الانتخابي، وبالتالي فإن نجاح النواب في تخطي شروط ملتزم الرقابة سوف يفقد رئيس الجمهورية الهيبة والهيمنة المتعود دائما على الظهور بها أمام جميع مؤسسات الدولة بما فيها البرلمان نفسه.

على ضوء هذا يمكن القول أن أغلبية الثلثين (الأغلبية المتشددة) المشروطة من قبل المؤسس الدستوري الجزائري تبقى أغلبية صعبة المنال من العسير على أية معارضة بلوغها، ومن ثم فإن التصويت بمقتضى هذه الأغلبية سوف يفضي لا محالة إلى ترجيح كفة الرفض للملتزم، الأمر الذي يجعل النواب من البداية غير متحمسين وغير مباليين للمبادرة من أصلها، وهذا لمعرفتهم المسبقة بعدم نجاحهم في بلوغ النصاب المطلوب، من هنا تبقى الأغلبية المطلقة هي الأقرب للمنطق العملي والأنسب بحكم قابليتها للتطبيق⁽²⁹⁾، خاصة وأن التصويت على ملتزم الرقابة في النظام البريطاني مهد الأنظمة البرلمانية يكون بإتباع إجراءات بسيطة، إذ يكفي لإسقاط الوزارة، التصويت بالأغلبية المطلقة لعدد النواب الحاضرين في جلسة الاقتراع⁽³⁰⁾، وسار المؤسس الدستوري الفرنسي على نفس المنوال إذ اشترط موافقة هذه أغلبية لأعضاء الجمعية الوطنية لإمكانية تقرير المسؤولية السياسية للحكومة وإسقاطها بموجب ملتزم الرقابة⁽³¹⁾.

أما في النظام الدستوري الجزائري فإن هذا النصاب قد يتسبب أحيانا في إمكانية قيام حكومة أقلية تكون مساندة فقط من قبل ثلث (3/1) النواب زائد نائب واحد ومعارضة من

قبل الثلثين (3/2) ناقص نائب واحد، الأمر الذي يتنافى ويتعارض مع المبدأ الديمقراطي الذي يقتضي حكم الأغلبية ومعارضة الأقلية، تحولت في نظامنا الدستوري إلى قاعدة عكسية مبنية على حكم الأقلية (الثالث زائد واحد) ومعارضة الأغلبية (الثلثين ناقص واحد) الهدف منها هو الإبقاء على تسلط وهيمنة السلطة التنفيذية على إرادة ممثلي الشعب وعلى موقعها المتعالي حيالهم⁽³²⁾.

وتزداد صعوبة الحصول على النصاب المطلوب إذا ما علمنا أن المادتين 154 و01/62 سالفتي الذكر لم تحدد المقصود بالنواب هل هم كل المشكلين للمجلس أم هم العدد الحاضر منهم فقط في الجلسة المخصصة للتصويت؟، لأنه لا يخفى على أحد الفرق بين العددين في دعم الوصول إلى هذه الأغلبية أو عرقلة الوصول إليها، فإذا كان المقصود بالنصاب هو " كل النواب " فهذا معناه أن جميعهم سوف يحسب في كفة المعارضين للملتزم بما فيهم المتغيبون والممتنعون عن التصويت والمصوتون ضد الملتزم، على أساس أن رئيس المجلس الشعبي الوطني وهو يبحث في مدى تحقق نصاب الثلثين لن يحصي سوى النواب المصوتين لصالح الملتزم، فيما سيعتبر باقي النواب بمثابة المعارضين له حتى ولو كانوا مجرد غائبين لأسباب خاصة وهو ما يشكل عائقا كبيرا أمام النواب في الوصول إليه⁽³³⁾، أما إذا كان المقصود به هو العدد الحاضر منهم فقط فهذا يشكل خطوة عملاقة في دعم النواب لبلوغه.

غير أن هذه الهيمنة لا تفيد الحكومة في توفير الأدوات التي تسمح لها بإيجاد الترسانة التشريعية التي تمكنها من تطبيق مخطط عملها في المستقبل، حيث أن الثلث زائد واحد وإن كان له القدرة في إجهاد المبادرة المتعلقة بملتزم الرقابة وفي تجسيد هيمنة وغلبة الحكومة على المجلس الشعبي الوطني، فإنه في المقابل لا يمكنه من تولي عملية التشريع لوحده، بالشكل الذي يُسهل للحكومة المضي في تطبيق مخطط عملها، بل لا بد له من وجود دعم وسند على الأقل من ثلث آخر من النواب، فحاجة الحكومة للأغلبية ضرورة حتمية تفرضها العلاقة الوظيفية بينها وبين المجلس الشعبي الوطني، ومن ثم لا يبقى أمام السلطة التنفيذية كخطوة أخيرة عند تلقّيها معارضة من قبل الأغلبية البرلمانية إلا حل المجلس الشعبي الوطني وإجراء انتخابات تشريعية مسبقة، بغية الوصول إلى الأغلبية المساندة والمدعمة لها، مع ما يترتب على ذلك من نتائج سياسية قد تعود آثارها الوخيمة مستقبلا حتى على رئيس الجمهورية نفسه، لاسيما عندما يعيد الشعب فرز نفس الأغلبية التي كانت موجودة قبل حل

المجلس الشعبي الوطني⁽³⁴⁾، الأمر الذي يوجب الصراع بينها وبين رئيس الجمهورية قد يصل إلى درجة استقالة هذا الأخير من منصبه.

الفرع الثاني: آثار ملتزم الرقابة

تقتضي المسؤولية السياسية من جهة أخرى خضوع الأعمال والتصرفات الحكومية لآلية تقييم سياسي يتعلق بتقدير الأداء والدور الذي تقوم به الحكومة في تنفيذ السياسة العامة للدولة، بغرض تحديد النتائج العملية المترتبة هذه التصرفات، ومن ثم فيلزم بالضرورة ترتيب أثر قانوني محدد على هذا التقييم والتقدير، الأثر هنا أو بالأحرى الجزاء قد يكون ايجابيا عندما تكون الحصيلة مقبولة وبالتالي إقرار الثقة بالحكومة، أو سلبى نظرا لعدم الاقتناع بالحصيلة الحكومية وبالتالي سحب الثقة من هذه الحكومة.

ويستلزم تحقيق المعنى السلبى للجزاء وجود اختلاف سياسي بين الحكومة والبرلمان، بعكس المعنى الإيجابى الذي يفترض وجود اتفاق ووثام سياسي بينهما⁽³⁵⁾.

ويعتبر عزل الوزير في الحالة التي ينصب فيها الملتزم على مسؤوليته الفردية، وعزل الوزراء في حالة مسؤوليتهم التضامنية الجزاء الحقيقي للاختلاف بين السلطتين التشريعية والتنفيذية (بين الحكومة والبرلمان)، فطرح الثقة بالحكومة إذا وافق البرلمان عليه يؤدي على انتهاء ممارسة الوظيفة السياسية قبل انقضاء عهدها الطبيعية، ومن ثم فإن التعبير عن عدم الثقة يستلزم الاستقالة الفردية للوزير أو الحكومة برمتها بحسب نوعية المسؤولية فردية كانت أو جماعية، هذا الأمر عكس العزل الانتخابي الذي يكون في حالة عدم قدرة المترشح الحصول على ثقة الهيئة الناجبة.

وبذلك تختلف المسؤولية السياسية عن وسائل الرقابة الأخرى التي يملكها البرلمان في مواجهة الحكومة مثل الأسئلة - شفوية أو كتابية - ولجان التحقيق البرلمانية أو الاستجوابات، فهذه الوسائل تهدف إلى توضيح الأعمال الحكومية أمام أعضاء البرلمان من أجل استجلاء الحقيقة حول موضوعات معينة تهم الصالح العام، ولكن لا يترتب على توظيفها أي جزاء سياسي، وإن كانت تشكل الأساس والمنطلق الأول في إثارة المسؤولية السياسية للحكومة أو لوزير معين.

رأينا فيما سبق أن نجاح النواب في الوصول إلى تجسيد الشروط والضوابط القانونية المتعلقة بملتزم الرقابة يعد أمرا شاقا ومهمة صعبة حتى أنها مع مشقتها عليهم تكاد تكون ضريبا من ضروب الخيال.

ومن ثم فإن الاحتمال الأقرب إلى الواقع والنتيجة المنطقية التي تتبادر إلى الذهن هي فشل النواب المبادرون باقتراح هذا الملتزم وعجزهم عن بلوغ النصاب المطلوب، وحينها تستمر الحكومة في أداء عملها بشكل عادي وطبيعي، بل ممكن أن تخرج من امتحان سحب الثقة أكثر قوة وأمتن صلابة مما سبق.

بيد أنه إذا كانت المعطيات المذكورة تؤكد أن فشل النواب في بلوغ النصاب المطلوب هو الاحتمال الأقرب إلى الحقيقة فإن هناك احتمال آخر يمكن للنواب بلوغه حتى وإن كان يبدو شاقا وعسيرا على ممثلي الشعب ألا وهو نجاح الملتزم في تخطي الشروط والإجراءات المطلوبة، إذ في هذه الحالة نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري وبموجب المادة 155 قد ألزم الوزير الأول بتقديم استقالة حكومته، وهو الأثر الذي أكدته المادة 3/62 من القانون العضوي رقم 12/16 السالف الذكر.

هكذا فإن قراءة أولية لهذين المادتين توحى بأن نجاح المبادرين بملتزم الرقابة في بلوغ النصاب المطلوب يجعل اتجاه المؤسس الدستوري والمشرع يسير نحو منح المجلس الشعبي الوطني سلطة رقابية حقيقية على عمل الحكومة ونشاطها تؤهلها إسقاطها إن حادت على التوجهات المرسومة لها في مخطط العمل المصادق عليه، غير أن الصياغة التي جاءت بها هاتان المادتان لا تدعم بالضرورة هذا التفسير ولا تساير هذا الاتجاه، حقيقة يمكن القول أن كلتا المادتان قد أشارتا إلى ضرورة قيام الوزير الأول بتقديم استقالة حكومته فور توفر الشروط المطلوبة في ملتزم الرقابة، غير أنهما في المقابل لم يتضمنا ما يلزم رئيس الجمهورية قبول هذه الاستقالة، الأمر الذي يفهم منه بأنه بإمكان هذا الأخير رفض هذه الاستقالة واللجوء في نفس الوقت إلى حل المجلس الشعبي الوطني، بمعنى أنه مادام أن رئيس الجمهورية هو الذي عين الوزير الأول واختار له الطاقم المساعد من الوزراء، وهو صاحب البرنامج الذي كلفت الحكومة بتطبيقه، فإنه قد لا يسمح ببساطة للنواب تحريك مسؤوليتها السياسية من خلال توظيفهم لآلية ملتزم الرقابة، ويبادر باستعمال سلطته في حل المجلس الشعبي الوطني كلما نجحت المعارضة في تجسيد آلية ملتزم الرقابة للدفاع عن الحكومة وعن البرنامج الذي اختاره، والذهاب بعد ذلك إلى الشعب صاحب السلطة والسيادة للاحتكام إليه في هذا الخلاف بإجراء انتخابات تشريعية مسبقة في أجل أقصاه ثلاثة أشهر طبقا لنص المادة 147 من التعديل الدستوري لسنة 2016، عوض التضحية بالحكومة وبالبرنامج بهذه السهولة، كما قد يتصور أن يلجأ رئيس الجمهورية من جهة ثانية إلى إقالة الحكومة وحل المجلس معا ثم إعادة تعيين الوزير الأول المستقيل وكل أو بعض

وزرائه السابقين مرة أخرى ضمن الحكومة الجديدة⁽³⁶⁾، وهي الاحتمالات التي إن تحققت على أرض الواقع فإنها تُفرغ ملتزم الرقابة من محتواه وتذهب إلى وضعه ضمن الآليات الدستورية عديمة الأثر، ولهذا كان الأحرى بالمؤسس الدستوري الجزائري والأجدر به النص على ما يؤكد سقوط الحكومة بقوة القانون بمجرد الموافقة على ملتزم الرقابة سواء قبل أو رفض رئيس الجمهورية ذلك.

لكن مع ذلك نقول أن الرأي الراجح بخصوص هذه التفسيرات يذهب إلى إلزام رئيس الجمهورية بضرورة قبول استقالة الحكومة فور نجاح النواب في تخطي شروط وإجراءات توظيف ملتزم الرقابة، على أساس أن المؤسس الدستوري لو أراد منح الرئيس سلطة تقديرية في مجال قبول استقالة الحكومة من عدمها لما تردد في الإشارة إلى ذلك صراحة في صلب المادة الدستورية المذكورة، مثلما فعل لدى تنظيمه لمسألة التصويت بالثقة على الحكومة المقدم من طرف الوزير الأول بغية الحصول على ثقة نواب المجلس الشعبي الوطني⁽³⁷⁾.

خاتمة:

يتضح لنا من خلال ما تقدم أن آلية ملتزم الرقابة التي استمدها المؤسس الدستوري من النظام البرلماني كانت الغاية من تجسيدها وفقا لهذا النظام إجبار الحكومة على تقديم استقالتها كلما تحققت الأغلبية المطلوبة من أجلها، لكنها في النظام الجزائري أُحيطت بعراقيل جمة جعلت أمر تجسيدها على أرض الواقع من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني أمر غاية في الصعوبة، إن لم يكن ضربا من ضروب الخيال بحيث يكاد يستحيل إثارة مسؤولية الحكومة من خلالها، وهذا بسبب ضعف أحزاب المعارضة وعدم قدرتها على التكتل والاتحاد بغية بلوغ النصاب المطلوب من جهة، وصعوبة تجسيد الإجراءات المتعلقة بذلك من جهة أخرى، يضاف إليهما إمكانية قيام رئيس الجمهورية بحل المجلس الشعبي الوطني عند احتمال نجاح النواب في سحب الثقة من الحكومة، كل هذه العوائق تجعل أمر توظيف هذه الآلية على أرض الواقع وإمكانية استغلالها من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني في إحراج الحكومة أمر غاية في الصعوبة.

على هذا الأساس نجد المجلس الشعبي الوطني بقي متحفزا كثيرا في توظيفها وفي اللجوء إليها، إذ لازال نواب المعارضة لا يملكون الجرأة الكافية في المغامرة على الاعتماد عليها لإزاحة الحكومة من سدة الحكم.

وحتى لا يترك الوضع بهذه المشقة وبهذه الصعوبة والوصول إلى تفعيل آلية ملتزم الرقابة بالشكل الذي يعطي قوة للنواب في إحراج الحكومة وفي قيامهم برقابة حقيقية على أعمالها وتصرفاتها نرى ضرورة الإسراع في تعديل الأحكام المتعلقة بها من جوانب عدة:

الجانب الأول ضرورة تقليص عدد النواب المبادرين به إلى العشر (10/1) عوض السبع (7/1) الذي عُد شرطاً تعجيزياً ليس من السهل على النواب بلوغه خاصة مع نظام الانتخاب بالتمثيل النسبي الذي أسهم في تشتيت وتفتيت تركيبة المجلس الشعبي الوطني، أما **الجانب الثاني** فيتعلق بضرورة تعديل الأغلبية المطلوبة للتصويت على الملتزم من الأغلبية الموصوفة - أغلبية الثلثين 3/2 - إلى الأغلبية المطلقة للنواب الحاضرين وهذا لتجاوز الآثار السلبية للأغلبية الأولى، أما **الجانب الثالث** فيتعلق بالسماح للنواب بتوظيف هذه الآلية في أي وقت يرون فيه ضرورة لذلك وعدم ربطها بالبيان السنوي للسياسة العامة الذي لا يمكن تصور وجوده إلا مرة واحدة في السنة.

الهوامش:

(1) - أنظر:

- Philippe Andrant, institution politiques et droit constitutionnel, 14ème, éd, L.G.D.J, paris, 2002, p.584.

(2) - يعود أصل وجود مصطلح **ملتزم الرقابة** للنظام الدستوري المغربي وذلك طبقاً لأحكام الفصل الخامس والسبعين (75) من الدستور المغربي لسنة 1962 " يمكن للبرلمان أن يلتزم من الملك إقالة الحكومة، ومن ثم يستطيع النواب من خلال الملتزم معارضة استمرارية وجود الحكومة وإثارة مسؤوليتها السياسية، ولا يقبل ملتزم الرقابة إلا إذا وقع ربع (4/1) عدد النواب على الأقل"، وهي ترجمة خاطئة لتعبير Motion de censure الذي تعتبر ترجمته الحرفية في عبارة "ملتزم توجيه اللوم" والعبارة الأكثر دقة ودلالة للمعنى تتمثل في عبارة "ملتزم سحب الثقة" وردت هذه العبارة في معجم المنهل الذي هو قاموس فرنسي عربي للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

- عقيلة خرباشي، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري، أطروحة لنيل دكتوراه علوم في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص 381.

- ليندة أونيسي، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014، ص 156.

(3) - أنظر:

- Olivier Duhamel. Yve meny, Dictionnaire constitutionnel, p. 645.

(4) - أنظر :

- Didier Man, aborder le droit constitutionnel, seuil, France, 1998, p. 16.

(5) - محمد هامل، هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في النظام الدستوري الجزائري - دراسة مقارنة بالنظامين الدستوريين المصري والفرنسي - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 178.
(6) - نشير هنا إلى أن الحكومة الفرنسية ليست مسؤولة كذلك إلا أمام الجمعية الوطنية على اعتبار أن مجلس الشيوخ هو الآخر غير قابل للحل.

(7) - محمد هامل، المرجع السابق، ص 178.

(8) - سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري - دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 96 (السلطة التنفيذية) الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2013، ص 167.

(9) - خير مثال على ذلك حكومة عبد المجيد تبون التي لم تعمر إلا ثلاثة أشهر.

(10) - وليد شريط، السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 409.

(11) - وهو الشرط الذي أشارت له المادة 153 من الدستور الحالي بالقول "يمكن المجلس الشعبي الوطني لدى مناقشته بيان السياسة العامة، أن يصوت على ملتزم رقابة ينصب على مسؤولية الحكومة.

ولا يقبل هذا الملتزم إلا إذا وقع سبع (7/1) عدد النواب على الأقل.

(12) - محمد أومايوف، عن الطبيعة الرئاسيوية للنظام السياسي الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص 161.

(13) - عبد الله بوقفة، آليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري - دراسة مقارنة - طبعة 2002، دار هومة، الجزائر، ص 208.

(14) - للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر كل من:

- عقيلة خرياشي، مركز مجلس الأمة...، المرجع السابق، ص 382.

- محمد هامل، المرجع السابق، ص 179.

(15) - أنظر الإعلان رقم 01/م د/12 المؤرخ في 15 مايو 2012 المتضمن نتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. ج ر، رقم 32 لسنة 2012.

(16) - أنظر :

- Jacques Cadart, institutions politiques et droit constitutionnel, tome 2, LGDJ, paris, 2^{eme} édition, 1980, p. 667.

(17) - تنص المادة 02/49 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على ما يلي:

« L'assemblée nationale met en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'assemblée nationale... »

- للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

- عقيلة خرياشي، المرجع السابق، ص 382. ذكر في الهامش رقم 2.
- ليندة أونيسي، المرجع السابق، ص 158.
- (18) - محمد هامل، المرجع السابق، ص 181.
- (19) - هامل محمد، المرجع السابق، ص 179.
- (20) - عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 215.
- (21) - ليندة أونيسي، المرجع السابق، ص 159.
- (22) - عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 217.
- (23) - أنظر المادة 02/154 من التعديل الدستوري لسنة 2016 وكذا المادة 02/62 من القانون العضوي رقم 12/16 السالف الذكر.
- (24) - هامل محمد، المرجع السابق، ص 179.
- (25) - وليد شريط، المرجع السابق، ص 409.
- (26) - محمد أومايوف، المرجع السابق، ص 161.
- (27) - إذا كان مصطلح ملتزم الرقابة مستمد من الدستور المغربي- كما سبق وأن رأينا- فإن النصاب المطلوب لنجاح توظيف هذا الملتزم أي 3/2 عدد نواب المجلس الشعبي الوطني مستمد من الدستور التونسي البولييسي البائد. للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:
- السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 165.
- عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 220.
- (28) - نشير هنا إلى أن المادة 56 من الدستور الجزائري لسنة 1963 كانت تكتفي بموافقة الأغلبية المطلقة لنواب المجلس الوطني على ملتزم الرقابة لإقرار مسؤولية رئيس الجمهوري. للمزيد من التفاصيل أنظر:
- محمد هامل، المرجع السابق، ص 180.
- (29) - مرجع نفسه.
- (30) - محمد أومايوف، المرجع السابق، ص 160.
- (31) - هامل محمد، المرجع السابق، ص 181.
- (32) - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 164.
- (33) - هامل محمد، المرجع السابق، ص 181.
- (34) - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 164.
- (35) - سعيد السيد علي، المسؤولية السياسية في الميزان - دراسة مقارنة - دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، مصر، 2008، ص 40.
- (36) - هامل محمد، المرجع السابق، ص 183.
- (37) - مرجع نفسه، ص 184.

مبدأ الحيطة في النظام القانوني للمنظمة العالمية للتجارة

الأستاذ: شعيب جليط

أستاذ مساعد (أ)، ، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر

ملخص:

رافق الاهتمام بتحرير التجارة الدولية اهتمام مواز بقضايا البيئة والصحة، فالمخاطر في هذين المجالين لا تعترف بالحدود السياسية للدول، كما أنها كثيرا ما تشكل قلقا للدول ومصدر توتر للعلاقات التجارية الدولية، ففي غياب تأكيد علمي للعلاقة بين نشاطات التجارة الدولية وهذه المخاطر، تتخذ الدول تدابير احتياطية لتجنب كل احتمال من شأنه الإضرار بصحة الإنسان أو بالبيئة مستقبلا.

هذا الوضع، جعل المنظمة العالمية للتجارة – كراع للنظام التجاري الدولي متعدد الأطراف - تولي اهتماما بهذه المسألة في نصوص بعض اتفاقاتها وكذا بواسطة جهازها لتسوية الخلافات، لتتفتح بذلك على مبدأ الحيطة بمقاربة خاصة.

Résumé

L'intérêt pour la libéralisation du commerce international à été accompagné par une préoccupation parallèle sur les questions de la santé et de l'environnement, car les risques de cette dernière ne reconnaissent pas les frontières politiques des États, et constituent une source d'une inquiétude aux relations internationales.

Dans l'absence d'une certitude scientifique sur la relation entre le commerce international et ces risques, les États doivent prendre les mesures préventives pour éviter toute atteinte potentielles à la santé et à l'environnement.

Cette situation pousse l'OMC – le garant de commerce international – à prendre en considération ses préoccupations dans le cadre de l'élaboration de ces accords ainsi qu'avec leur organe de règlement des différends, et mettre en œuvre le principe de précaution avec une approche spécifique.

مقدمة:

يوما بعد يوم تزداد العلاقة بين الإنسان والبيئة تدهورا، نظرا لسوء استغلاله عناصر البيئة الطبيعية، وتهديده المستمر لنظمها بحثا عن التنمية ورفاهية العيش، فقد تزايد النشاط الإنساني بمعدلات مرتفعة جدا، وأخذت نشاطات الصناعات الحديثة والتجارة منحي خطيرا، عندما أصبحت تشكل بذاتها مصدرا هاما لتزايد حجم ونوعية الملوثات والمخاطر البيئية.

رافق الاهتمام بالتجارة الدولية وتنظيمها اهتمام عالمي مواز بقضية البيئة، إذ من المسائل غير الاقتصادية التي كانت محلّا للمفاوضات في ظل اتفاق "الجات"¹، بحث أهمية تبني قواعد لحماية البيئة ضمن القواعد المنظمة للتجارة الدولية، نظرا للأثار السيئة المحتملة على البيئة جراء زيادة معدل التبادل التجاري للمنتجات وضرورة الاستعداد لمواجهتها.

هذه الاهتمامات استمرت حتى عقب بعث المنظمة العالمية للتجارة سنة 1995، لاسيما بعدما تدعّم القانون البيئي بجملة من المبادئ كشف عنها إعلان مؤتمر ريو حول البيئة والتنمية سنة 1992، من أهمّها المبدأ الخامس عشر (15) منه، الذي بمقتضاه تلتزم الدول باتخاذ التدابير اللازمة وبشكل موسّع لمواجهة مخاطر بيئية محتملة، وذلك حتى في غياب التأكيد العلمي لها.

في الوقت الذي برز فيه مفهوم مبدأ الحيطة، كانت المبادلات التجارية الدولية في أوجّها، فقد انتهج معظم الدول سياسات التحرير الاقتصادي لاسيما إبان الحرب الباردة، وهو الوضع الذي زاد من احتمالية حصول المخاطر البيئية جراء النشاطات الاقتصادية، وأقام مسؤولية جماعية عمّا قد يحصل مستقبلا للحياة على الأرض.

المنظمة العالمية للتجارة كأكبر تجمع اقتصادي دولي يضاف لمختلف التجمعات الإقليمية، وخاصة أمام عالميتها، كانت هي كذلك معنية بهذا الاهتمام، وهي مطالبة باعتماد المنهج التوقعي والاحتياطي لتجنب المخاطر والأضرار المحتملة على البيئة من جراء تحرير التجارة والمساهمة بالنتيجة في تحقيق الحريات الاقتصادية الكبرى كتحرير التبادل التجاري وحرية نشاط الشركات الاقتصادية، من دون مخاطر بيئية كبرى.

هنا، تطرح هذه الورقة البحثية إشكالية تدور حول: نظرة المنظمة العالمية للتجارة لمبدأ الحيطة - كواحد من المبادئ البيئية - وكيفية إعماله، بما يحقق التوفيق بين ضمان تحرير التجارة الدولية وحماية الصحة والبيئة.

أولاً/ ماهية مبدأ الحيطة:

مبدأ الحيطة من المبادئ المستحدثة في مجال البيئي، كشف عنه بوضوح مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة والتنمية المعروف بريو 1992، ويسجل أنّ النصوص القانونية والاجتهادات لم تعرف هذا المبدأ إلا من خلال تعداد خصائصه أو بتحديد هدفه أو ضبط ظروف إعماله، وهو ما يستدعي البحث في مفهومه (1) وقيّمته القانونية (2).

1. مفهوم مبدأ الحيطة:

إذا كانت الحيطة² تنصرف إلى التفكير في المستقبل واستحضار احتمالات حصول الأسوأ من أجل تجاوزه، فإنّ مبدأ الحيطة مبدأً موجهً لتحسّس المستقبل وضمان رعاية الأجيال المقبلة والبيئة، وهي مسائل أصبح من الضروري الالتفات إليها³.

أ . المفهوم الغامض لمبدأ الحيطة:

رغم بعده العالمي⁴، نشأ مبدأ الحيطة في بيئة وطنية. إذ يعتبر المشرع الألماني السّابق إلى تبنّيه من خلال مشروع قانون الهواء النقيّ لسنة 1970، الذي جاء كنتيجة لما قدّمته الحكومة الألمانية من توصيات لاعتماد سياسات بيئية تحوطية تستخدم الحذر كآلية للمحافظة على الموارد الطبيعية⁵، حيث يقتضي مبدأ الحيطة منع أي نشاط لا يثبت عدم إضراره بالبيئة، إذ يقوم إعمال المبدأ على فكرة "قلب عبء الإثبات"⁶، أي إثبات أن نشاط ما غير مضر، وفي المجال البيئي لا يضرّ بالبيئة .

لقد تركز مبدأ الحيطة في النصوص القانونية الدولية والوطنية، دون أن يعطى له مفهوماً دقيقاً ومحدداً، والبداية من إعلان ريو 1992 الذي صرح به واعتمده أحد مبادئ البيئة والتنمية المستدامة بموجب المبدأ 15 منه⁷، وإن كان هذا النص لا يحمل قوّة ملزمة بما فيه الكفاية لأطرافه، حي يبقى مجرد توصيات. وعلى الرغم من أنّ طبيعة هذا المبدأ ليست فلسفية إلا أنّها تثير مشكلات فلسفية ومعرفية وأخلاقية، كما أنّ المبدأ ينال في الواقع توافقاً سياسياً دولياً⁸.

ما يلاحظ أنّ التعاريف التشريعية لمبدأ الحيطة وجّهت للكشف عن مقتضياته، فليس ثمة تعريف دقيق وموحد أعطي لهذا المبدأ⁹، كما تباينت التعاريف الفقهية بشأنه، وإن كانت تصبّ جميعها في اعتباره المبدأ الذي تتخذ بمقتضاه تدابير تحوطية لتجنّب مخاطر بيئية محتملة، غير معروفة ولا مؤكدة، وفي غياب يقين أو تأكيد علمي يثبتها.

قبل قيام مبدأ الحيطة بهذا المعنى، كانت التدابير والإجراءات الوقائية المتخذة لمواجهة مخاطر محتملة على البيئة تؤسس على نتائج وأدلة يقينية وكافية، مما جعلها تتسم بالمشروعية، من دون تعطيل للتقدم العلمي ولا التنمية الاقتصادية، فالطابع الوقائي لمبدأ الحيطة جعلته يصاغ في كل مرة بشكل غامض وظلّ مفهومه مبهماً، بشكل يصعب معه تحديد الالتزامات المترتبة عنه بدقة، وينقص من احتمال تمتعه بقيمة قانونية ملزمة.

رغم هذا، يبقى التداخل قائماً بين مبدأي الحيطة والوقاية بالنظر للتقارب بينهما، وهذا التداخل والخلط بين المفاهيم أدى إلى سوء استخدام مبدأ الحيطة في وقت تتوافر فيه الأدلة العلمية للأضرار البيئية الناتجة عن مخاطر بعض الأنشطة أو الوقائع¹⁰، من ذلك استخدام تدابير لمواجهة داء أنفلونزا الطيور في إطار مبدأ الحيطة، في وقت يتوفر فيه اليقين العلمي بشأن علاقة الأضرار الصحية والبيئية بهذا المرض.

ب. شروط إعمال مبدأ الحيطة:

يبدو مبدأ الحيطة انطلاقاً من غرض إعماله، أنه المبدأ الذي يعترف بحدّ من عدم اليقين العلمي بشأن تحقق الضرر الأيكولوجي في المستقبل، إذ يتوقف إعماله على النواحي الأخلاقية والسياسية بدرجة كبيرة¹¹. وطبقاً لهذا المبدأ، يقع على الدول اتخاذ تدابير الاحتياط اللازمة لحماية البيئة واستدراك تدهورها¹²، دون انتظار إقامة الأدلة العلمية الكافية التي تقرّ بحصول أضرار بيئية.

تبعاً لذلك، قد يكفي إجماع تنظيمات حماية المستهلك والبيئة - كرقيب اجتماعي - على صوت واحد بشأن ما يتهدّد الصحة العمومية من مخاطر ومضارّ ناجمة عن النمو الكبير والسريع للنشاطات الاقتصادية بحثاً عن تحقيق الأرباح، وفي ظلّ سياسات تنافسية غير منظّمة ولا مراقبة¹³.

ويرتكز إعمال مبدأ الحيطة على عدة اعتبارات (شروط)، أهمّها:

- غياب الإثبات واليقين العلمي بشأن أضرار بيئية معينة: يقوم مبدأ الحيطة على غياب أو عدم كفاية التأكيد العلمي بشأن مخاطر بيئية مستقبلية، إذ الهدف من المبدأ هو الحذر بشأن مخاطر غير معروفة جيّداً ولم تثبت علمياً بشكل واضح ومؤكّد، والتي غالباً ما تتعلق بأنشطة مشكوك في نزاهتها بيئياً¹⁴.

- **احتمال حصول مخاطر وأضرار بيئية:** إعمالاً لمبدأ الحيطة، يكفي قيام الاحتمال بوقوع مخاطر بيئية وقيام أسباب مقبولة للقلق وأخرى جادة بشأن الخطر، دون انتظار الأدلة العلمية التي تؤكدتها، بل حتى في وجود حد أدنى من المعرفة العلمية، فالمخاطر التي يعتني بها المبدأ هي مخاطر غير مؤكدة، لكن تفترض فيها الجسامة¹⁵.

- **جسامة الضرر البيئي المحتمل:** رغم عدم معرفتها مسبقاً، يقتضي إعمال مبدأ الحيطة أن تكون المخاطر المحتملة من الأهمية بمكان، حتى لا يشكل إعمال المبدأ سبباً في عرقلة النشاط الاقتصادي. وتتحقق جسامة المخاطر إذا كانت تكاليف مواجهتها عالية حتى بشأن المخاطر البسيطة لدى تراكمها.

إضافة لهذه الاعتبارات، ونظراً لخطورة إعمال مبدأ الحيطة، لطبيعته وشروط إعماله وكذا لاتساع نطاقه الذي يطال مختلف المجالات في الاقتصاد والصحة والبحث العلمي وحتى السياسة، فإنه عادة ما ترسم لإعمال المبدأ حدود ومبادئ، يأتي في مقدمتها مبدأ الشرعية والنزاهة النص القانوني، ومبدأ التناسب بين التدابير المتخذة وحجم الأضرار المحتملة، وألا يكون اتخاذ هذه التدابير مكلفاً اقتصادياً.

2. القيمة القانونية لمبدأ الحيطة:

انطلاقاً من الغموض الذي يميز مفهوم مبدأ الحيطة، لم يكن تحديد طبيعته القانونية أمراً هيناً، إذ اعتباراً من التطور الذي لازم فكرة الحيطة، من استخدامها في أغراض عادية وعلى مسائل ثابتة علمياً إلى استعمالها في مواجهة مخاطر محتملة حتى في غياب أدلة علمية تثبتتها، اعتبر البعض المبدأ تطوراً مفاهيمياً من المبدأ الوقائي إلى مبدأ الاحتياط.

أ. الطبيعة القانونية لمبدأ الحيطة:

كثير من النظم الوطنية والدولية اعترفت بمبدأ الحيطة كعنصر هام للنهوض بالبيئة والمحافظة عليها، بل أكد بعضها ما يقوم عليه المبدأ من عناصر، الذي أصبح أداة ضرورية لتحقيق التنمية المستدامة، ما قد يمنحه المكانة بين المبادئ القانونية، فتواتر الأخذ به في النظم المختلفة، أثار التساؤل حول مدى قيامه كمبدأ عرفي.

وتتطلب مسألة بحث القيمة القانونية لمبدأ الحيطة، تناوله من جوانب ثلاث، من حيث تضمينه مظاهر الاحتياط، ومن حيث مدى منحه القيمة العرفية، ثم البحث عن أفضل صورة يجب أن يؤخذ بها المبدأ، حتى يدرج كقاعدة من قواعد القانون الدولي على الأقل¹⁶،

إذ أنّ جانباً من الفقه يؤيد الطبيعة العرفية للمبدأ، على اعتبار أنّه يحظى بتأييد وتطبيق متزايدين وباعتراف واسع في مجال البيئة، كدليل قاطع على الممارسة الدؤوبة والمستقرة للمبدأ وعلى اكتمال العناصر المكونة للقاعدة العرفية¹⁷.

هكذا، يبدو اعتراف بعض الفقه بمبدأ الحيطة كمبدأ عرفي دولي، بعدما قام كمبدأ توجيهي كثيراً ما تم تقييده وإعطاؤه طابعاً أكثر نسبية، لتضمنه في قواعد غير ملزمة في إطار العلاقات الدولية. بالمقابل، لم يتردد البعض الآخر في رفض منح المبدأ هذه القيمة العرفية، مكتفياً باعتباره مجرد قاعدة قانونية اتفاقية¹⁸، رغم أنّه مبدأ عام فرض نفسه في السياسات البيئية وبين مبادئ إعلان ريو 1992.

إنّ تضمين الإعلانات والنصوص المنبثقة عن مؤتمرات البيئة لمبدأ الحيطة، والإشارة إلى ما يقتضيه في نصوص اتفاقية دولية وأخرى وطنية، واستعماله من قبل القضاء الدولي ولو باحتشام، يسجّل تطوراً نحو تعميم استخدام مبدأ الحيطة، بما قد يمنحه القيمة العرفية. كما يسجل للمبدأ تفوّقه على قواعد ومبادئ اتفاقية، فقد تمّ تفصيل هذا المبدأ على مبدأ التجارة الحرة من قبل جهاز المنظمة العالمية للتجارة لتسوية الخلافات، في قضية الهرمونات بين الاتحاد الأوروبي من جهة والو.م.أ وكندا من جهة أخرى.

بالمقابل، ينكر توجه فقهي الطابع القانوني العرفي لمبدأ الحيطة، مكتفياً باعتباره مبدأ أخلاقياً وإرشادياً لسياسات الدول، لافتقاده العنصر المعنوي لقيامه وكذا لعدم استقرار مضمونه بشكل يضمن إلزاميته.

التوجّه المسجّل بشأن مبدأ الحيطة، ينطلق من إمكانية اعتباره قاعدة عرفية عامّة من قواعد القانون الدولي، وعلى الأقل مبدأ عاماً من مبادئ القانون، وهو ما أخذ به المشرع الألماني¹⁹، بخلاف التوجه الأمريكي الذي لا ينظر إليه كذلك²⁰، بل مجرد مقارنة للاحتياط قد تتطور إلى مبدأ من المبادئ المعترف بها من قبل الدول المتحضرة، حتى ينطبق عليه نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية²¹.

القضاء الدولي لاسيما قضاء محكمة العدل الدولية، تحاشى الخوض في تحديد الطبيعة القانونية لمبدأ الحيطة و إلى أزمنة قريبة، كما الحال في قضية التجارب النووية الفرنسية في المحيط الهادي بين فرنسا ونيوزيلندا سنة 1995، وقضية تشييد سدّ مائي على

نهر الدانوب بين المجر وتشيكوسلوفاكيا سابقا سنة 1997، وقضية بناء مصانع الورق على نهر أورغواي بين أورغواي والأرجنتين 2010²².

ب. التكريس القانوني لمبدأ الحيطه:

عديد من الدول انتهى إلى تبني مبدأ الحيطه وبنبرات مختلفة، من خلال تشريعاته الوطنية أو بالمصادقة على قواعد اتفاقية دولية عالمية أو إقليمية سلكت هذا التوجه، لاسيما بعد إعلان مؤتمر قمة الأرض بريتو دي جانيرو سنة 1992، كتأكيد على ما اتجهت إليه الدول سابقا في مؤتمر الأمم المتحدة حول بحر الشمال سنة 1987، وكذلك بتوجهها إقليميا.

فقد برز مبدأ الحيطه في الاتفاقية الإفريقية المتعلقة بمنع تصدير النفايات الخطرة إلى إفريقيا لسنة 1991 (المادة 4)، كما تضمنت الفقرة الثانية من نص المادة R-130 من اتفاقية ماستريخت المنشئة للاتحاد الأوروبي المعدلة بموجب اتفاقية أمستردام سنة 1997 (المادة 174) المبدأ لأول مرة سنة 1992²³.

يليق القول أن إعلان ريو 1992 هو أول من صرح بوضوح بمبدأ الحيطه كمبدأ عالمي عام وشامل، حيث خصه بالمبدأ 15 منه، الذي جاء فيه أنه يمكن للدول حماية للبيئة وحسب قدرتها اتخاذ معايير للاحتياط بشكل موسع، في حالة أضرار خطيرة أو غير قابلة للاستدراك، ولا يمكن التذرع بغياب اليقين العلمي لتأجيل اتخاذ معايير فعالة للوقاية من تدهور البيئة.

رغم أن هذا الإعلان يبقى دون قيمة إلزامية للدول، بل مجرد توصيات قد تأخذ بها لاحقا، وهو ما حصل في عدة تشريعات. فقد سمح هذا الإعلان بعودة المبدأ من جديد إلى النظم الوطنية باعتبار نشأته الوطنية، يظهر ذلك بالأخص لدى الدول المتقدمة كدول الاتحاد الأوروبي²⁴. فقد أدرج المشرع الفرنسي بموجب قانون بارنبييه لسنة 1995 المبدأ عند تعديله التقنين الريفي الفرنسي²⁵.

ويمكن القول أن الأخذ بمبدأ الحيطه قد عرف انتشارا مذهباً خلال تسعينات القرن الماضي التي شكّلت عقدا لحماية البيئة بصفة عامة والانطلاقة لبداية إدماج المبدأ في مختلف النظم القانونية البيئية²⁶. فبعدما كان المبدأ يستخدم في حالات الاستعجال لمواجهة الكوارث، دخل مرحلة جديدة بأن أصبح موجهاً للمستقبل، كمبدأ يقوم على التوقع والتسبيق حتى في غياب

الدليل العلمي على تحقّق المخاطر²⁷، إذ يكفي لإعماله وجود أسباب معقولة للقلق وأسباب جادة للخطر وحدًا أدنى من المعرفة العلمية التي تقيم احتمالية حصول الضرر البيئي²⁸.

يلاحظ أنّ مبدأ الحيطة تجلّى حاضرا في معظم الاتفاقيات الدولية العالمية منها والإقليمية المتعلقة بالبيئة، كالاتفاقية الإطارية لتغيّر المناخ لسنة 1992 (المادة 4-هـ) واتفاقية ريو حول التنوع البيولوجي لسنة 1992 (الديباجة والمادة 2/2)، الميثاق الأوروبي للطاقة (المادة 1/19) واتفاقية روتردام بشأن حماية نهر الراين.

ج. وجود قواعد اتفاقية لا تكفي لقيام مبدأ الحيطة:

رغم التنصيص على مبدأ الحيطة في اتفاقيات دولية، إلا أنّ ذلك لا يكشف القيمة الحقيقية والقانونية للمبدأ، الذي يبقى مجرد قاعدة قانونية اتفاقية تلزم أطراف الاتفاق الذي يحتويه، بل وقد تمنحه التفوّق على قوانينهم الداخلية، ذلك أنّ إدراج مبدأ الحيطة ضمن نصوص اتفاقية لا يكسبه قوة إلزامية، لاسيما إذا كان غامضا أو غير واضح ولا دقيق.

كما لا يقتضي ورود مبدأ الحيطة في اتفاق ما، منحه مكانة بين المبادئ القانونية الأخرى في القانون الوضعي، لعدة أسباب، كاختلاف طبيعة النصّ المدرج فيه، فقد يرد في توصية أو إعلان، أو ديباجة اتفاق²⁹، أو بين المبادئ العامة أو في عرض التدابير المتخذة أو الالتزامات القائمة³⁰، كما أن مجرد النصّ عليه في اتفاق ما، لا تجعل منه مبدأ قانونيا ملزما بشكل مطلق، اعتبارا من النسبية التي تميز القانون الدولي.

كثير من الفقه القانوني يشكّك في الطابع الإلزامي لمبدأ الحيطة، بل ويتحفّظ بشأن مستقبله، مكتفيا باعتباره أحد مبادئ حسن النية³¹. كما يظهر ذلك من خلال التفسيرات المتباينة التي تقدّمها الدول للمبدأ تبعا لمصالحها³²، وكذا الأحكام التي تضعها الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية في تحديد طبيعة المخاطر التي تؤدي إلى اتخاذ تدابير احتياطية³³.

حسب الاتجاه الرافض للمبدأ، من السابق لأوانه الاعتراف بمبدأ الحيطة كمبدأ عام وعالمي، لوجود تحفّظات بشأن الأحكام التي تكرّسه، فعادة ما يتحدّد نطاقه في أطراف الاتفاق، بعبارات تحمل الترجّي لا الإلزام، وكذا الغموض بشأن مدى تقرير المساءلة الدولية عن عدم الالتزام بما يقرره المبدأ³⁴.

ورغم التردّد بشأن اعتماد مبدأ الحيطة ضمن المبادئ العرفية، وعلى الأقل كمبدأ قانوني دولي ملزم، فإنّه لا يمكن اعتباره مجرد شعار بقدر ما أنّه مبدأ قيد التطوّر، بالنظر

لحدثة ظهوره، فالأمر يتعلق إذاً بمبدأ لا يزال غامضاً بعض الشيء، بل ويحتاج لاهتمام أكبر ينتهي بتوحيد المواقف اتجاهه ولو على المدى البعيد. فمبدأ الحيطة جاء مع بروز تخوف عام بشأن تدهور الحياة على الأرض لاسيما بعد صدور تقارير علمية بشأن تآكل طبقة أوزون وازدياد تلوث المناطق البحرية، وهو ما تم مواجهته بإبرام عدة اتفاقيات دولية.

بالمقابل، تبنت عدة اتفاقيات - وبنبرات متباينة- مبدأ الحيطة ، إلى غاية تكريسه في إعلان مؤتمر ريو 1992 المبدأ 15 من المبادئ الأساسية للتنمية المستدامة. فقد اكتفى بعضها بالإشارة إلى المبدأ دون أية إرشادات³⁵، أما بعضها فاستخدم صيغة الإلزام مع شيء من التردد بالنسبة للقيمة القانونية للمبدأ³⁶، والبعض الآخر من الاتفاقيات، كان أكثر وضوحاً عندما صرح بالمبدأ كاتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ والاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي سنة 1992، اللتان ضمّتا العناصر الأساسية لفكرة الاحتياط³⁷.

ثانياً/ إقحام مبدأ الحيطة في النظام القانوني للمنظمة العالمية للتجارة:

انتظمت التجارة الدولية بموجب اتفاق "جات" 1947 ثم المنظمة العالمية للتجارة فيما بعد، التي تقضي قواعدها بحق الأعضاء في المنظمة اتخاذ التدابير المختلفة لحماية لصحة الإنسان أو الحيوان أو المحافظة على النبات والموارد الطبيعية المستنفذة، شريطة أن لا تتعارض تلك التدابير مع قواعد التجارة الدولية³⁸، وهذا يحمل تبني قوانينها لمبدأ الحيطة (1) ويقيم إمكانية استحضاره عند حلّ الخلافات (2).

1. تبني مبدأ الحيطة في قوانين المنظمة العالمية للتجارة:

تقتضي العلاقة المفترضة بين السياسات التجارية وتلك البيئية التي أثّرت خلال مفاوضات تحرير التجارة الدولية، تحقيق التوازن بين التجارة الدولية ومقتضيات البيئة بما يحقق أهداف التنمية المستدامة، باستخدام أدواتها ومبادئها، كمبدأ الحيطة.

أ. مبدأ الحيطة مقارنة جديدة في العلاقة بين التجارة الدولية والبيئة:

تقتضي التنمية توسّع النشاطات الصناعية والتجارية، التي بدورها تحتاج إلى موارد مختلفة لتحقيقها، وهذا مقتضى له آثاره السلبية على البيئة الطبيعية، إذ تُستنزف معه مصادر المياه والطاقة ومختلف العناصر الحيّة وغير الحيّة من غابات ومعادن وثروات حيوانية برية وبحرية وغيرها، كما تتدهور معالم الطبيعة السياحية والثقافية وجمالها وقدرتها على العطاء³⁹.

هكذا، تبدو الضرورة لتطوير التفاعل والعلاقة بين السياسات التجارية وتلك البيئية قائمة على كافة المستويات، سواء في النظم الداخلية أو في إطار التنظيم الدولي كالمنظمة العالمية للتجارة واتفاقاتها متعددة الأطراف. فالاهتمام بهذه العلاقة أحد دعائم تحقيق التنمية المستدامة. فمن غير اللائق قيام تعارض بين مبادئ التجارة الدولية والتدابير التجارية المتخذة لحماية البيئة، بما فيها مبدأ الحيطة الذي ساهم في تحقيق تقارب تجاري بيئي وتحفيز التنمية المستدامة.

فبعدما كان المبدأ يستخدم في حالات الاستعجال لمواجهة الكوارث، دخل مرحلة جديدة وأصبح موجها للمستقبل لقيامه على التوقع والتسبيق، حتى في غياب الدليل على تحقق المخاطر⁴⁰، والأبعاد الأساسية للتنمية المستدامة تجعل أعمال مبدأ الحيطة أمراً ضرورياً، حتى وإن كان بشكل غير مستقر في الواقع⁴¹.

ب. تفتح المنظمة على مبدأ الحيطة من خلال اتفاق الصحة والصحة النباتية:

يعتبر الاتفاق حول الصحة والصحة النباتية SPS، الاتفاق الأهم الذي تضمن أحكاماً تتصل بتوجيهات مبدأ الحيطة⁴²، تضاف إلى الاستثناءات العامة المقررة بنص المادة 20 (XX) من اتفاق الجات، فقد أقرت ديباجة هذا الاتفاق بمبدأ التوازن بين الاعتبارات البيئية والمصالح التجارية للأعضاء⁴³.

كما جاء في الفقرة الأولى من ديباجة هذا الاتفاق، أنه ينبغي منع كل عضو من تبني أو تنفيذ أي ترتيبات ضرورية لحياة أو صحة الإنسان والحيوان أو النبات، شريطة أن لا تتخذ هذه التدابير بشكل تمييزي تعسفي أو غير مبرر بين البلدان التي تسود فيها نفس الظروف، وألا تتسبب في وضع حواجز مقنعة للحد من التجارة الدولية⁴⁴.

بموجب اتفاق الصحة والصحة النباتية، يعود لأعضاء المنظمة اتخاذ الإجراءات والتدابير الملائمة لحماية صحة الإنسان والحيوان أو المحافظة على النبات، بشرط أن لا تتعارض هذه التدابير مع مبادئ المنظمة، بأن تكون تمييزية أو خفية، لاسيما في حالة عدم كفاية الأدلة العلمية بشأن الآثار المحتملة على تبادل المنتجات، ويبقى على الأعضاء إثبات المخاطر المحتملة على هذه العناصر البيئية المذكورة بأدلة علمية وبتقارير خبرة⁴⁵.

يلاحظ أن التدابير المسموح باتخاذها في إطار هذا الاتفاق يجب أن تتلاءم ومبدأ الحيطة دون أن تشكل التطبيق الحرفي له، فالنص أشار بشكل ضمني فقط للمبدأ، أو أنه

أدمج في الاتفاق بصياغة خاصة⁴⁶. فالتدابير والإجراءات الممكنة والمقررة بموجب نص المادة 3 من اتفاق SPS، يجب أن تتطابق مع المبادئ والتوصيات الدولية ذات الصلة، التي تمّ التفاوض بشأنها وإقرارها في مؤتمرات أو اتفاقات عالمية.

كما يشترط في التدابير والإجراءات المتخذة أن تكون قائمة على أساس تقييم المخاطر، مع الاعتبار للأدلة العلمية المتاحة والعوامل الاقتصادية القائمة⁴⁷. وفي حالات غياب الدليل العلمي الكافي، يجوز لعضو المنظمة أن يتخذ تدابير الحماية بشكل مؤقت على أساس المعلومات والأدلة الواردة إليه من التنظيمات المعنية، بالإضافة إلى اتخاذه تدابير حماية صحة الإنسان والحيوان أو المحافظة على النبات التي يسلكها أعضاء آخرون⁴⁸.

يبقى على الأعضاء - في مثل هذه الحالات - السعي لتحصيل أكبر قدر من المعلومات والأدلة، لزيادة موضوعية تقييم المخاطر، وإعادة النظر في التدابير المتخذة طبقاً لذلك، وفي غضون آجال معقولة⁴⁹.

هكذا، يلاحظ على الأحكام الواردة في اتفاق الصحة والصحة النباتية أنها تمثل بحقّ تفتحاً إيجابياً على مبدأ الحيطة في إطار العلاقات التجارية الدولية، وتكريس لاستخدامه في قواعد منظمة تحرير التجارة الدولية، لاسيما عند تنفيذ هذا الاتفاق، دون اعتبار مبدأ الحيطة هدفاً أساسياً في ذلك⁵⁰.

2. موقع مبدأ الحيطة في تسوية الخلافات أمام المنظمة العالمية للتجارة:

بالنظر لاتصال مبدأ الحيطة بمجالات عدّة على غرار البيئة، فقد تمّ استحضاره في بعض القضايا المعروضة أمام جهاز المنظمة لتسوية الخلافات، لاسيما بشأن تطبيق اتفاق الصحة والصحة النباتية (SPS)⁵¹، وإن كان هذا الجهاز لم يحسم موقفه من هذا المبدأ بشكل نهائي من خلال آلياته خاصة جهاز الاستئناف، ومن مكانته في القانون الدولي.

أ. إثارة مبدأ الحيطة أمام جهاز المنظمة لتسوية الخلافات:

أنثرت مسألة إعمال مبدأ الحيطة في عدة قضايا، كان لجهاز تسوية الخلافات لاسيما جهاز الاستئناف كلمته بشأنها ولو بغموض، سنعرض أهمها فيما يلي:

- قضية الهرمونات بين الو.م.أ. والاتحاد الأوروبي:

تتلخص وقائع هذا الخلاف في قيام الاتحاد الأوروبي منذ 1999 بحظر استيراد اللحوم الهرمونية استناداً إلى رؤية تحوطية، لاسيما بعد توقفه عن استخدام المركبات الهرمونية في الإنتاج الحيواني، واعترافاً منه بالقيمة العرفية لمبدأ الحيطة، وأنه على الأقل مبدأ عام للقانون يجد تطبيقاً له في قانون المنظمة العالمية للتجارة⁵².

هذا التوجه نفته كل من الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، بل رفضتاه بشكل قطعي لانعدام الدليل العلمي بشأن وجود آثار سلبية لاستهلاك اللحوم الهرمونية، وبشأن هذا الاختلاف عرضت القضية أمام قضاء المنظمة، الذي وفصلاً فيه أيد جهاز تسوية الخلافات على مستوى الاستئناف التوجه الأمريكي بإشارته إلى استبعاد الخوض في مسألة طبيعة الحيطة على اعتبار أن الوقت لم يحن لذلك بعد، ويبدو أن جهاز تسوية الخلافات لم يتسرع في إعمال مبدأ الحيطة منتظراً توجه القضاء الدولي العام، لاسيما محكمة العدل الدولية.

- قضية سمك السلمون بين كندا وأستراليا:

في هذه القضية استخدمت أستراليا مبدأ الحيطة كأساس لاعتراض سمك السلمون الكندي المصدر نحو أستراليا بالنظر لإجراءات وطرق حفظه، التي فتحت الباب أمام الاحتمال لحصول آثار غير مرغوبة على صحة الأستراليين.

هذا الموقف واجهته حكومة كندا باللجوء إلى جهاز المنظمة لتسوية الخلافات الذي أيدّها، مطالباً أستراليا بإلغاء إجراءاتها التحوطية المخالفة لاتفاق الجات واتفاق الصحة والصحة النباتية SPS⁵³، كما تعرّض جهاز التسوية بالإشارة إلى كيفية تطبيق نص المادة 05 من اتفاق الصحة والصحة النباتية⁵⁴.

حتى تقرير الخبراء بشأن هذا الملف، رأى بضرورة تكيف الإجراءات التي يتعين اتخاذها من السلطات الوطنية في أستراليا مع طبيعة المخاطر المحتملة، حيث احتمالات الخطر يمكن التعبير عنه كمياً أو نوعياً كما جاء في تقرير جهاز الاستئناف⁵⁵.

ب. اجتهاد جهاز المنظمة لتسوية الخلافات بشأن مكانة مبدأ الحيطة:

رغم إعطائه حلاً لقضايا أثارت مسألة إعمال مبدأ الحيطة، ظلّ جهاز المنظمة لتسوية الخلافات متردداً من اتخاذ موقف واضح من هذا المبدأ والاعتراف به كواحد من المبادئ العامة للقانون الدولي، يُمكن الاستناد إليه في حلّ الخلافات والمنازعات، رغم أنه يقر بإمكانية ولو نظرياً التوفيق بين الحيطة والتبادل الحر⁵⁶، لاسيما في ظل غياب إجماع

دولي وعلى الأقل من قبل أعضاء المنظمة بشأن تبني مبدأ الحيطة في تشريعاتها الوطنية أو توجهاتها الإقليمية، باستثناء الوضع لدى الاتحاد الأوروبي في هذا الشأن⁵⁷.

فقد ورد في التقرير الغامض لجهاز الاستئناف في قضية "الاتحاد الأوروبي- الهرمونات" بين الاتحاد الأوروبي والو.م.أ: "إذا صار مبدأ الحيطة عند البعض مبدأ عاما من مبادئ القانون الدولي العرفي للبيئة، فإنه لم يتم إقراره بشكل واضح من قبل أعضاء المنظمة [...]".⁵⁸

أما في القضية بشأن المواد المعدلة جينياً بين الاتحاد الأوروبي و الو.م.أ⁵⁹، فقد أشار الفريق الخاص الناظر في الخلاف، أنّ إثبات عدم تطابق التدابير الصحية المتخذة من الطرف المشكو ضده مع أحكام اتفاق الصحة والصحة النباتية SPS تقع على الطرف المدعي (البيئة على المدعي) الذي عليه أن يقدم ذلك قبل أية إجراءات أخرى، حيث أن أحكام اتفاق SPS لاسيما المادة 7/05 منه تسمح للأعضاء اتخاذ التدابير الصحية حتى في غياب الإثبات العلمي الكافي.

في هذا الشأن، يلاحظ أن جهاز تسوية الخلافات لا يزال يتحسّس الموقف الجماعي لأعضاء المنظمة بشأن تعميم تطبيق المبدأ، بتبنيّه في القوانين الوطنية لها وكذا إثارة استخدامه أمام جهاز تسوية الخلافات بشأن كل الاتفاقات وبشكل متواتر، وليس فقط بشأن الاتفاق المتعلق بالصحة والصحة النباتية، كالذي يحصل.

خاتمة:

الاهتمام بمبدأ الحيطة كأحد المبادئ البيئية غدا ضرورة في بعض النظم، كموقف الاتحاد الأوروبي الذي لم يكتف بتطبيق المبدأ داخليا فحسب، بل تم استحضاره وإثارة مسألة الأخذ به على المستوى الدولي وفي نظام المنظمة العالمية للتجارة، كحثّ على تطبيق المبدأ في نطاق العلاقات التجارية الدولية وفي تفسير اتفاقات المنظمة.

ورغم أن المنظمة العالمية للتجارة لم تتخذ موقفا واضحا ونهائيا بشأن أعمال مبدأ الحيطة، سواء من خلال نصوص اتفاقاتها أو جهازها لتسوية الخلافات، إلا أنّه يسجل ثمة تطوّر مستقبليّ هام لمصلحة المبدأ بإعطاء الدول الحق في اتخاذ تدابير تحوطية، فالمعايير الضرورية لاتخاذ التدابير المتعلقة بالصحة والصحة النباتية كما يوردها اتفاق SPS مجال

لتطبيق المبدأ، أما جهاز الاستئناف التابع للمنظمة فقد أشار إلى أن هذا الاتفاق لا يتجاهل مبدأ الحيطة، لكن دون أن يستخدمه.

رغم هذا يمكن القول أن لمبدأ الحيطة مستقبله، حيث غدا مبدأ اعترف به عديد من التشريعات الداخلية، كما سلكت الدول في شكل جماعي استحضاره في الاتفاقيات الدولية العالمية منها والإقليمية، ويكتمل ذلك بتغيير القضاء الدولي موقفه لاحقا من المبدأ، لاسيما قضاء محكمة العدل الدولية التي تعتبر مرجعا للقضاء المتخصص كقضاء المنظمة العالمية للتجارة.

الهوامش:

¹ - الجات (GATT): مجموع الأحرف الأولى لعبارة الاتفاق العام للتعريفات والتجارة باللغة الانجليزية General Agreement on Tariffs and Trade، وهو الاتفاق المنعقد سنة 1947 لمحاولة تحرير التجارة الدولية ورسم معالم النظام الاقتصادي العالمي عقب الحرب العالمية الثانية. وقد عرف الاتفاق عقد جملة من المفاوضات التجارية المتوالية إلى أن تم وضع اتفاقات جديدة فيما يعرف باتفاقات جات 1994 وكذا إنشاء المنظمة العالمية للتجارة.

² - الحيطة لغة، من الفعل الثلاثي حاط بمعنى حفظ وتعهد، واحتاط بمعنى أخذ الأمور بالحذر والتوقي محافظة على النفس والمال، وتعني الحيطة اتخاذ اللازم لتجنب أضرار محتملة أو الحد من أثارها، فهي فكرة تعبر عن تصرف يستهدف تحقيق الحماية، وفي المجال البيئي يستهدف حماية البيئة.

³ - TROUCHE Angélique, « Le principe de précaution, entre unité et diversité :

Etude comparative des systèmes communautaire et OMC », CDE, N°3-4, Buxelles, 2008, pp. 287-288.

⁴ - CORCELLE Guy, « La perspective communautaire du principe de précaution », RMCUE, n° 450, éd. ETE, Paris, 2001, p. 448.

⁵ - LEPRÊTRE Pascal & URFER Bernard, Le principe de précaution : une clef pour le future, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 6.

⁶ - HUBERT Sylvain & LE FUR Arzhvaël, Le principe de précaution et le droit de l'OMC, Revue Juridique de l'Oest, n° 2/2000 (pp. 141-165), p. 145.

⁷ - Le principe 15 du Rio 1992: «Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de

l'environnement», [en ligne] in; ([www.diplomatie.gouv.fr/sites/odyssee ...durable/.../Declaration_de_Rio_1992_fr.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odyssee...durable/.../Declaration_de_Rio_1992_fr.pdf)).

⁸ – COUTEL Charles, « Le principe de précaution : précaution, Philosophie et droit », in ; Actes du colloque : Les principes généraux du droit de l'environnement, Droit de l'environnement (RMAJ), n° 6 (numéro spécial), juillet/Aout 2001, p. 172.

⁹ – عرّفت المادة 1/3 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (ج ر عدد 2003/43)، مبدأ الحيطة بغرضه، حيث جاء فيها: " يتأسس هذا القانون على المبادئ العامة الآتية: [...] - مبدأ الحيطة: الذي يجب بمقتضاه، ألا يكون عدم توفر التقنيات نظرا للمعارف العلمية و التقنية الحالية، سببا في تأخير اتخاذ التدابير الفعلية والمتناسبة، للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرّة بالبيئة، و يكون ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة [...]".

10- يظهر التمييز بين مبدأي الحيطة والوقاية من عدة نواح؛ من حيث طبيعة المخاطر محل التوقي (أخطار محققة وأخطار احتمالية)، ومن ناحية الحسم العلمي بشأنها، وأخيرا من حيث درجة احتمالية حصولها، التي تقتصر في مبدأ الوقاية على مدى وقوع خطر معروف من عدمه في حين ترتبط في مبدأ الحيطة بصحة فكرة الخطر ذاتها، ويمكن القول أنّ الحيطة فكرة مطوّرة للوقاية، عندما تطبق بشأن مخاطر غير مؤكدة ولا معروفة.

¹¹ – محمد عادل عسكر، القانون الدولي البيئي: تغيير المناخ – التحديات والمواجهة – دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية وبروتوكول كيوتو، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص ص 187، 188.

¹² – تكارلي فريدة، مبدأ الحيطة في القانون الدولي للبيئة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2005، ص 9.

¹³ – ROMI Raphaël, « O.M.C, Mondialisation et environnement ; Qui a peur du grand méchant loup? », Petites affiches, n° 6, 2000, p. 7.

¹⁴ – LUCCHINI Laurent, «Le principe de précaution en droit international de l'environnement: ombres plus que lumières » AFDI, CNRS Editions, n° XLV, 1999, pp.724-727.

¹⁵ – MARTIN-Bidou Pascal, «Le principe de précaution en droit international de l'environnement», RGDI, CNRS, n° 3, 1999, pp.645-651.

¹⁶ – BOSSI Gaëlle, «Le principe de précaution au niveau international et communautaire», in ; «Les principes généraux du droit de l'environnement : Actes de colloque », Droit de l'environnement, n° 90 (Numéro spécial), Victoire Editions, 2001, pp.176.

¹⁷ - زيد المال صافية، حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون الدولي، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2013، ص351، 352.

18 - زيد المال صافية، مرجع سبق ذكره، ص352.

¹⁹ - CAZALA Julien, Le principe de précaution en droit international: Etude d'un mode conventionnel de gestion de l'incertitude scientifique, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université Panthéon – Assas (Paris II), 2003, p. 10.

²⁰ - HUBERT Sylvain & LE FUR Arzhvaël , op.cit, p. 143.

²¹ - GADJI Abraham Yao, Libéralisation du commerce international et protection de l'environnement, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2007, p. 425.

²² - حول هذه القضايا، راجع:- عبد العزيز خالد، مبدأ الحيطة في المجال البيئي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون البيئة والعمران، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2015، ص ص89-91.

²³ - HUBERT Sylvain & LE FUR Arzhvaël , op.cit, p. 143.

²⁴ - PAUTARD Didier, « Le principe de précaution : Une approche communautaire et internationale », JT, n° 69, Les éditions techniques et économiques, Paris, 2000, pp.118.

²⁵ - L'art L200-1 du Code rural modifié par la loi n° 95-101 du 02/02/1995 relatif au renforcement de la protection de l'environnement (Loi Barnier), JORF du 03/02/1995.

²⁶ - MARTIN-Bidou Pascal, op.cit, p. 634.

²⁷ - حسونة عبد الغاني، الحماية القانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2012/2013، ص24، 25.

²⁸ - PAUTARD Didier, op.cit, p. 118.

²⁹ - من ذلك، ما جاء في الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي (CDB) لسنة 1992، مرسوم رئاسي رقم 95-163، مؤرخ في 06/06/1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي الموقع عليها في ريو دي جانيرو، في 05 يونيو سنة 1992، ج ر عدد 32/1995.

³⁰ - من أمثلة ذلك، اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية حول تغيير المناخ لسنة 1992 (المادة 2/3)، واتفاقية باماكو المتعلقة بحظر توريد النفايات الخطرة إلى إفريقيا ومراقبة نقلها عبر الحدود في داخل إفريقيا لسنة 1991 (المادة 4).

³¹ - زيد المال صافية، مرجع سبق ذكره، ص353.

³²- في هذا الإطار، أسست فرنسا دفاعها في قضية التجارب النووية سنة 1995 على عدم اكتساب مبدأ الحيطة الذي اعتمدت عليه نيوزيلندا للمطالبة بوقف التجارب النووية الفرنسية- قيمة قانونية ملزمة، بالمقابل لم تصدر فرنسا ذات التحفظات عندما تعلق الأمر بدفاعها القانوني للخطر الذي فرضته على استيراد لحوم البقر من إنجلترا وأمريكا الشمالية في قضية جنون البقر سنة 1998.

³³- تكيف الاتفاقية بشأن التغير المناخي لسنة 1992 طبيعة المخاطر "بالآثار الضارة المحتملة"، في حين تكيفها اتفاقية التنوع البيولوجي لسنة 1992 "بالاختلالات الجسيمة التي لا يمكن إصلاحها"، أما اتفاقية باريس لسنة 1992 فتكيفها "بالأسباب المثيرة للقلق"، وإعلان ريو لسنة 1992 "بالأضرار الجسيمة التي لا سبيل لعكس اتجاهها". بالمقابل يستعمل القانون الفرنسي عبارة "حالة الأضرار الخطيرة التي لا يمكن عكس اتجاهها" كتفسير قريب من تفسير إعلان ريو 1992.

³⁴- أنظر على سبيل المثال؛ اتفاقية هلسنكي لسنة 1992 التي تدعو أعضائها التقيد بمبدأ الحيطة، على الموقع : (<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/.../watercon.pdf>)، واتفاقية باماكو لسنة 1991 التي تنص على أن "تبذل الدول الأعضاء جهودها في اتخاذ التدابير الاحتياطية"، الاتفاقية على الموقع: (<https://www.opcw.org/...convention/...agreements/.../bamako-conv>).

³⁵- من ذلك : اتفاقية فيينا لحماية طبقة أوزون 1985 والإعلان الوزاري الثاني حول بحر الشمال 1987 واتفاقية حماية الوسط البحري لمنطقة بحر البلطيق 1992.

³⁶- من ذلك: اتفاقية هلسنكي المتعلقة باستغلال المياه العابرة للحدود والبحيرات الدولية لسنة 1992.

³⁷- BOSSIS Gaëlle, «Le principe de précaution au niveau international et communautaire», in ; Actes du colloque : Les principes généraux du droit de l'environnement, Droit de l'environnement (RMAJ), n° 6 (numéro spécial), juillet/Aout 2001, p. 176.

³⁸- نكارلي فريدة، مرجع سبق ذكره، ص 74.

³⁹- زرنوح ياسمين، إشكالية التنمية المستدامة في الجزائر: دراسة تقييمية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية فرع التخطيط، جامعة الجزائر، 2006/2005، مرجع سبق ذكره، ص 130.

⁴⁰- حسونة عبد الغاني، مرجع سبق ذكره، ص 24، 25.

⁴¹- KOSCIUSKO-MORIZET, L'avenir du principe de précaution, Revue juridique de l'environnement (pp. 261-264), p. 261.

⁴²- GADJI Abraham Yao, op.cit, p. 421.

⁴³- MARTIN-Bidou Pascal, op.cit, p. 641.

⁴⁴- Voir, préambule de l'accord SPS.

⁴⁵- Cosmina Chetan et Lucian bojin, Le teste de nécessité environnementale et le principe de précaution comme éléments de droit de l'eau douce, Revue québécoise de droit international, n°2, 2006, (pp. 125-158), p. 131.

- ⁴⁶– MARCEAU Gabrielle, Le principe de précaution et les règles de l'Organisation mondial du commerce, in Le principe de précaution – Aspects de droit international et communautaire, Sous la direction de Charles Leben et Joe Verhoeven, Editions Panthéon Assas, 2001, p. 134
- ⁴⁷– GADJI Abraham Yao, op.cit, p. 422.
- ⁴⁸– CORCELLE Guy, « La perspective communautaire du principe de précaution », RMCUE, n°450, Les éditions techniques et économiques, Paris, 2001, p. 453.
- ⁴⁹– L'art 05/7 de l'Accord SPS.
- ⁵⁰– GADJI Abraham Yao, op.cit, p. 423.
- ⁵¹– NOIVILLE Christine, Principe de précaution et OMC, [en ligne] in ; (www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/7-Noiville.pdf), p. 2.
- ⁵² – MARCEAU Gabrielle, op.cit, p. 134
- ⁵³ –OA (l'Organe d'appel) de l'OMC, Australie–Saumons, Doc (WT/DS18/AB/R), [en ligne] in, (www.wto.org).
- ⁵⁴ – CORCELLE Guy, op.cit, p. 449.
- ⁵⁵ –OA (l'Organe d'appel) de l'OMC, Australie–Saumons, op.cit, par. 124.
- ⁵⁶– NOIVILLE Christine, op.cit, p. 3.
- ⁵⁷ – DE SADELEER Nicolas, Le principe de précaution dans le monde, Fondapol fondation pour l'innovation politique & Jean Jaurès fondation, 2011, p. 28.
- ⁵⁸ –ORD (l'Organe de règlement des différends) de l'OMC, Rapport CE–Hormones, Doc WT/DS26/AB/R–WT/DS48/AB/R, du 16/01/1998, par. 123.
- ⁵⁹– OMC, « CE–Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologique », Rapport du Groupe spécial, Doc: (WT/DS291), [en ligne] in, (www.wto.org).

جرائم الممارسات التجارية في ظل القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم

الأستاذة: سهيلة بوزبرة

أستاذة مساعدة (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر

ملخص :

إن المساس بشفافية ونزاهة الممارسات التجارية يشكل جرائم وفقا للقانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي تولى تنظيم الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم و بين المستهلكين وذلك من خلال قواعد قانونية آمرة أساسها الشفافية والنزاهة.

Résumé

La compromettre de la transparence et l'équité des pratiques commerciales axées sur la violation des dispositions de la loi relative aux pratiques règles applicables aux pratiques commerciales, qui organise les pratiques commerciales entre les agents économistes entre eux et entre les consommateurs

مقدمة :

أولى المشرع عناية فائقة لقطاع التجارة تجلت من خلال توضيح مختلف العلاقات التي تسود هذا الميدان، ولم يكتف بهذا القدر من التقنين والتنظيم بل وضع أيضا قواعد لكيفية الممارسة التجارية في حد ذاتها، بسنّه قانون خاص خارج القانون التجاري يلزم التجار بمراعاة أعراف المهنة التجارية ومقتضيات النزاهة والشفافية عند ممارسة نشاطهم سواء فيما بينهم باعتبارهم أعوانا اقتصاديين، أو في إطار تعاملهم مع الزبائن، إذ حدد القواعد الواجب عليهم احترامها.

وقد اعتبر المشرع المساس بالمبادئ التي حدّدها والتي يقوم عليها عالم التجارة جريمة يعاقب عليها ، غير أنه قد تراجع في اعتبار هذا النوع من الجرائم ثابتة وأخرجها من قانون العقوبات وخصّها بنصوص عقابية خاصة فالقانون الجنائي حاضر بنصوص مختلفة لمراقبة نزاهة النشاط الاقتصادي، هنا يكمن دور الجزاء الجزائي والذي يعتبر الوسيلة الفعالة في يد الدولة من أجل ضمان استقرار السوق على أساس أن الهدف الأول للجزاء الجنائي هو حماية المصلحة العامة من خلال تحقيق الردع العام والخاص، فالمشرع يتدخل في تنظيم الإنتاج والاستهلاك وتداول السلع والخدمات، فأخذ بنزاهة الممارسة التجارية على أساس أن الممارسة التجارية غير المشروعة تعتبر انتهاك للنظم والتدابير التي حددتها السياسة الاقتصادية للدولة والتي يفترض أن يقوم عليها السوق، بين التجار فيما بينهم باعتبارهم أعوانا اقتصاديين وبين الزبائن على أساس أنهم مستهلكين.

من هنا نبحت في مدى نجاعة النصوص القانونية المتضمنة في قانون الممارسات التجارية في ضمان حماية جزائية للسوق من خلال قمع جرائم الممارسات التجارية.

المبحث الأول : تحديد جرائم الممارسات التجارية

حاول المشرع من خلال قانون الممارسات التجارية¹ تنظيم العلاقة بين مختلف الأعوان الاقتصاديين المتواجدين في السوق من خلال فرض مجموعة من الأعباء عليهم، حيث يمكن تقسيم هذه الأعباء إلى أعباء تهدف إلى حماية المستهلك قبل التعاقد وبعد التعاقد أما الوجه الثاني للحماية فيتعلق بالأخلاق الواجب مراعاتها عند ممارسة النشاط

التجاري رغبة في سيادة جو المنافسة الشريفة فكل ما يخالف القول هذا اعتبره المشرع جريمة في ظل قانون الممارسات التجارية .

المطلب الأول : الجرائم الماسة بشفافية الممارسات التجارية

يعتبر قانون الممارسات التجارية من القوانين التي حاول المشرع من خلالها تنظيم العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين غير أنه بالمقابل لم بهمل مصلحة المستهلك خلال تعامله مع العون الاقتصادي في جميع مراحل البيع حيث ألزم المشرع البائع بضرورة الإعلام بالأسعار وشروط البيع أما بعد إتمام العملية التعاقدية فقد أوجب بتقديم فاتورة للزبائن عن أداء أي خدمة، كل مخالفة لهذه الالتزامات أعطاها المشرع الوصف الجزائي حيث اعتبرها جرائم يعاقب عليها القانون.

الفرع الأول: جريمة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع

ألزم المشرع البائع حتى يكون نشاطه نزيهاً بوجوب إعلام المستهلكين بالأسعار والتعريفات وشروط البيع وهذا حسب مقتضيات الفصل الأول من الباب الثاني²، والذي يلزم البائع وجوباً بإعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو رسم معلقات بأية وسيلة أخرى مناسبة، بحيث يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية أما مقدمي الخدمات فيقومون ببيان الأسعار بواسطة النشر³.

وتختلف كيفية وضع الأسعار باختلاف السلعة أو الخدمة، فيجب أن تعد وتوزن السلع المعروضة للبيع سواء كانت بالوحدة أو بالكيل أمام المشتري وعندما تكون هذه السلع مغلفة ومعدودة أو موزونة أو مكيّلة يجب وضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن⁴.

وهذا الالتزام لا يقتصر فقط على تعامل العون الاقتصادي مع المستهلك بل في تعامله مع الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم وهذا شيء منطقي بغرض تنظيم السوق وضمان شفافية المعاملات التجارية بين أطرافه.

ويعتبر المشرع جريمة كل امتناع عن الإعلام بالأسعار والشروط والتعريفات، فهي من جرائم الامتناع التي تقع بالامتناع عن السلوك الذي أمر به القانون، كما يمكن أن تكون

من الجرائم الإيجابية والتي تكون بإتيان الفعل ولكن بغش نحو القانون، فلا بد أن يكون السعر مطابق حقيقة للسعر بحيث يجب أن يكون هناك تناسب بين السعر والسلعة، والمقصود بالتناسب هنا ليس عملية حسابية بين السلعة والسعر ولكن لابد أن لا يكون هناك تفاوت بين السعر والشيء المباع.

وجريمة عدم الإعلام بالأسعار هي من الجرائم القصدية أي التي تقع باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بتوافر أركانها قانونا، غير أن مسألة العلم بهذه الجريمة مفترض حيث يفترض في التاجر العلم بأن عدم الإعلام بالأسعار جريمة فلا يعذر بالجهل بالقانون من هنا يمكننا القول أن جريمة عدم الإعلام جريمة شكلية تقع بإتيان أو بالإمتناع عن السلوك، ومن هنا نقول أن الركن المعنوي في هذه الجريمة مفترض وهذه من خصوصية الجريمة الاقتصادية.

الفرع الثاني: جريمة عدم الف من المرسوم التنفيذي رقم 66/16 وثرة

تعتبر الفاتورة من الوسائل التي تساهم في تحقيق الشفافية، ولقد عرف مفهوم الفاتورة تطورا ملحوظا في فرنسا، فبعد أن كانت في فترة سابقة وسيلة لمراقبة الأسعار في السوق تحولت إلى أداة لمكافحة الغش الضريبي وعاملا في تعزيز حرية المنافسة وشرعية المبادلات العقدية⁵.

المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي ألزم الأعوان الاقتصاديين بالتعامل بالفاتورة وهذا بغية تنظيم المعاملات التجارية وكذلك لديها بعض آخر وهو مكافحة جرائم أخرى كجريمة الغش الضريبي من هنا اعتبر المشرع عدم الفاتورة جريمة يعاقب عليها القانون، وكان الغرض من تجريم هذه الجريمة هو محاربة المضاربة بكافة أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك.

فقد ألزم المشرع أن يكون كل بيع سلع أو تأدية الخدمات بين الأعوان الاقتصاديين مصحوبا بفاتورة أو وثيقة تقوم مقامها يلتزم البائع بتسليمها أو يطلبها المشتري⁶.

والجدير بالذكر انه في سنة 2016 صدر مرسوم تنفيذي⁷ يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة وتدعى في صلب المرسوم بسند المعاملة التجارية⁸

ويهدف هذا السند إلى ضمان شفافية المعاملات التجارية ومعرفة الأسعار المطبقة لضمان التحكم في السوق⁹

وقد وسّع المشرع مجال التعامل بالفاتورة بحيث حدد في نص المادة 2 المعدلة نشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات التوزيع ومنها ما يقوم مستردو السلع لإعادة بيعها في حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحم بالجملة وكذا نشاطات الخدمات والصناعات التقليدية والصيد البحري التي يمارسها أي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته. وقد أحسن المشرع فعلا بنصه على هذه النشاطات والخدمات، حيث أن استعمال مصطلح النشاط قبل تعديل المادة يوحي أن بعض النشاطات التقليدية والتي تصنف على أنها حرف فلا يشملها قانون الممارسات التجارية بالتطبيق، وبعد التعديل نص المشرع على بعض الحرف والنشاطات التقليدية وخصها بتطبيق قانون الممارسات التجارية. وعدم الفوترة جريمة يعاقب عليها القانون تقوم على ركنيها المادي والمعنوي وهذا الأخير مفترض.

المطلب الثاني : الجرائم الماسة بنزاهة الممارسات التجارية

تتعلق الجرائم الماسة بنزاهة الممارسات التجارية بدرجة أولى بالأخلاق الواجب مراعاتها عند ممارسة النشاط التجاري لاسيما إشاعة روح المنافسة الشريفة والعدالة بين الأعوان الاقتصاديين بعيدا عن الأساليب الملتوية التي يلجأ إليها البعض رغبة منهم في السيطرة على السوق وقد نظمها المشرع تحت عنوان الممارسات غير الشرعية والتدليسية والممارسات غير النزينة والممارسات التعاقدية التعسفية.

الفرع الأول : الممارسات التجارية غير الشرعية

تولى المشرع بيانها في الفصلين الأول والثاني من الباب الثالث من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

أولا - رفض البيع دون مبرر شرعي

اعتبر المشرع كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع¹⁰، حيث أن عرض البائع للسلعة أو مقدم الخدمة مع بيان أسعارها يعتبر إيجابيا وملزما، فإذا تقدم شخص بطلب الحصول على الخدمة أو السلعة عند طلبه ذاك ينعقد العقد، ومن هنا يمنع على البائع منعا باتا رفض البيع وأكثر من هذا بل اعتبر رفض البيع دون مبرر شرعي جريمة يعاقب عليها القانون، ولا تقوم هذه الجريمة إلا بتوافر مجموعة من الشروط :

- أن يكون هناك طلب على السلعة أو الخدمة المعروضة سواء من قبل عون اقتصادي أو زبون آخر.

- أن يكون الطلب شرعيا أي بقصد الشراء وبحسن نية منه.

- أن يترتب على الطلب رفض تقديم السلعة المعروضة المعروضة على الجمهور أو تقديم سلعة أو خدمة دون سبب قانوني، كأن تكون السلعة قد نفذت أو يكون الطلب على كمية كبيرة جدا لا يملكها البائع¹¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد استثنى أدوات تزيين المحلات أو المنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات¹².

ثانيا- البيع مع منح مكافآت

يقدم بعض الباعة من أجل الترويج لبضاعتهم على منح مكافآت لكل من يقوم بشرائها، وهذا الفعل حظره المشرع حيث منع كل بيع أو عرض لسلعة وكذلك كل أداء خدمة أو عرضها عاجلا أو آجلا مشروطا بمكافأة مجانية وقد اعتبرها المشرع نوعا من التضييل، كما أن هذه المكافآت يمكن أن تسبب في رفع القيمة لهذه الأشياء بالرغم من أن قيمتها في الأصل زهيدة، هذا ما قد يؤدي إلى المضاربة في الأسعار.

غير أن المشرع استثنى من محل التجريم إذا كانت المكافأة من نفس السلعة موضوع البيع أو تأدية الخدمة لا تتجاوز 10% من البُلغ الإجمالي للسلعة¹³، حيث تعتبر هذه المكافأة كنوع من التخفيض في السعر وقد أباحه المشرع.

ثالثا- البيع المشروط:

منع المشرع عند البيع أو تقديم الخدمة وضع شروط لذلك سواء باشتراط اقتناء بضائع أو خدمات أو من خلال التمييز بين الزبائن.

أ- **البيع المتلازم** : منع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلعة أو أخرى أو خدمات مفروضة ، وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة أخرى¹⁴، وقد جرم المشرع هذه الممارسات، وهذا بغرض حماية الزبون من أي ضغوطات تمارس على حريته في اقتناء المنتجات.

غير أن المشرع استثنى السلع من نفس النوع المبيع على شكل حصص بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة¹⁵، وهذا منطقي لأن هذا الحكم خاص بالسلع التي يستحيل بيعها بالوحدة مثال عيدان الكبريت¹⁶.

ب- **البيع التمييزي**: منع المشرع في القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم على أي عون اقتصادي ممارسة أي نفوذ على عون اقتصادي آخر أو أن يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو شراء تمييزي تجعله في مركز مميز عن باقي الأعوان الآخرين وبدون مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية من نزاهة وشرف.¹⁷

4- إعادة البيع بخسارة:

يمنع المشرع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من تكلفتها الحقيقية سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة يضاف إليه الحقوق والرسوم وعند الاقتضاء، أعباء النقل غير أن المشرع استثنى:

2- السلع السريعة التلف والمهددة بالفساد السريع.

3- السلع التي بيعت بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغير النشاط أو إنهائه أو إثر تنفيذ حكم قضائي.

4- السلع الموسمية وكذلك السلع المتقادمة أو البالية.

5- السلع التي تم التموين منها أو يمكن التموين منها بسعر أقل، وفي هذه الحالة يكون السعر الحقيقي لإعادة البيع سعر إعادة التموين الجديد.

6-المنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبق من طرف الأعوان الاقتصاديين الآخرين بشرط ألا يقل سعر البيع من طرف المتنافسين حد البيع بالخسارة.¹⁸

ويعتبر إعادة البيع بالخسارة جريمة يعاقب منها تكون الممارسات التجارية، يهدف حماية مصلحة الأعوان الاقتصاديين المنافسين وهذا مصلحة المستهلك، لأن مثل هذا الفعل يعتبر قضاء على بقية المنافسين من خلال التعسف في تحديد الأسعار.

هذا ما يؤدي على اضطراب السوق، من أجل ذلك تدخل المشرع بموجب قانون الممارسات التجارية وجرم إعادة البيع بالخسارة عن الحالات المستثناة بنص القانون.

الفرع الثاني: ممارسة أسعار غير شرعية

رغم أن ممارسة أسعار غير شرعية تعتبر ممارسة في شرعية إلا أن المشرع خصص لها فصلا تحت عنوان ممارسة أسعار غير شرعية ونظرا لأهمية الأسعار في استقرار السوق بل أبعد من ذلك بل في استقرار المجتمع وتحقيق الأمن والاستقرار تدخل المشرع وعدّل هذا الفصل في 2010 بمقتضى القانون 06/10 حيث المادتين 22 و 23 من القانون 02-04 المتعلقة بالأسعار غير الشرعية كما استحدثت مادة جديدة وهي المادة 22 مكرر.

حيث أوجب على كل عون اقتصادي تطبيق هوامش الريح والأسعار المحددة أو المسقّفة أو المصدق عليها.¹⁹

وقد استحدثت المشرع المادة 22 مكرر بحيث يجب أن تودع تركيبة أسعار السلع والخدمات لاسيما تلك التي كانت تتمثل تدابير تحديث أو تسقيف هوامش طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بها لدى السلطات المعنية قبل البيع أو تأدية الخدمة.

يطبق هذا الالتزام بإيداع تركيبة أسعار السلع والخدمات تضمن نفس الشروط عندما تكون هذه السلع والخدمات محل تدابير تصديق الهوامش والأسعار تحت شروط وكيفيات إيداع تركيبات الأسعار.

والقاعدة العامة في الأسعار هو حريتها، حيث يترك مسألة تحديد أسعار السلع والخدمات لمختلف الفاعلين في السوق، إلا أن هذه الحرية تنقلص حين تتدخل الدولة لتحديد

بواسطة التنظيم أسعار بعض السلع والخدمات نظرا لطابعها الاستراتيجي ومنعا لتعسف بعض الأعوان الاقتصاديين ومن هنا اعتبر المشرع القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على هامش الربح وأسعار السلع والخدمات المحددة والمسقفة جريمة معاقب عليها ، كما اعتبر السلوكات التالية جرائم:

1. إخفاء الزيادات غير الشرعية.
 2. عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الإنتاج والاستيراد والتوزيع على ارتفاع أسعار السلع والخدمات.
 3. عدم ايداع تركيبة الأسعار.
 4. تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق.
 5. إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع.²⁰
- كل هذه الأفعال هي صور جريمة ممارسة أسعار غير شرعية والتي يعاقب عليها القانون.

والملاحظ أن المشرع خلال تعديله لهذه المادة قام بتوسيع مجال(نطاق) جريمة ممارسة أسعار غير شرعية حيث أضاف صور أخرى لم يكن منصوصا عليها من قبل وهي:

- تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق.
- إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية، عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الإنتاج والاستيراد وهذا من أجل منع أي تلاعب أو مناورة من شأنها أن تعطل مراقبة الأسعار في السوق وبالتالي طريقة لضمان استقرار السوق من خلال ضمان استقرار الأسعار. وبالتالي الحفاظ على مبدأ حرية المنافسة.

الفرع الثالث : الممارسات التجارية التدليسية

وهي تلك الممارسات التي يسعى من ورائها التاجر إلى التدليس على الغير وإيقاعه في الغلط وإيهامه بما يخالف الواقع أو الحقيقة وقد صنف المشرع هذه الممارسات التجارية إلى نوعين :

أولاً- الصنف الأول : حددت أشكاله المادة 24 من القانون رقم 02/04 وتتمثل في :

- دفع واستلام فوارق القيمة التي يتم النص في الفاتورة على سعر معين ويتم دفع أو استلام مبلغ مغاير ويتم دفع الفارق بين المبلغين .
- تحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة بحيث تكون القيمة الحقيقية فيها ليست الحقيقية للمعاملة بل قيمة مزورة أو لا وجود لها أصلاً، ويتم اللجوء إلى الفواتير المزورة من أجل التهرب من دفع الضريبة التي يتم تقديرها بناء على المبالغ المحددة في فواتير التاجر .
- إتلاف الوثائق المحاسبية وإخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية وذلك بأية وسيلة كانت.

ثانياً- الصنف الثاني: تتعلق بممارسات على السلع وهي :

- حيازة التاجر منتجات تم استردادها أو تصنيعها بطريقة غير شرعية .
- حيازة مخزون من المنتجات بهدف تشجيع ارتفاع الأسعار غير المبرر .
- حيازة مخزون من المنتجات التي تتدرج في إطار المواد التي يتاجر فيها
- كل ممارسات الصنف الأول والثاني هي ممارسات تدليسية وقد اعتبرها المشرع جنحة .

المطلب الثالث: الممارسات التجارية غير النزيهة والممارسات التجارية التعسفية

قد تولى المشرع تحديد الممارسات التجارية غير النزيهة والممارسات التجارية التعسفية وهي في مجملها مخالفة للأعراف التجارية فالتجارة يفترض أن تقوم على الثقة والائتمان أو إخلالا بالتوازن العقدي بين المستهلك والعون الاقتصادي.

الفرع الأول: الممارسات التجارية غير النزيهة : وهي المخالفة للأعراف التجارية

النظيفة والنزيهة وقد حددها المشرع وهي:

- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس سمعته أو منتجاته.
- تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم بقصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك أو أوهام في ذهن المستهلك.

- استغلال المهارة التقنية أو تجارية مميزة دون ترخيص صاحبها.
- الاستفادة منة الأسرار المهنية بصفة أجبر قديم أو شريك قصد الأضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم .
- الإخلال بتنظيم السوق وإحداث اضطرابات فيها بمخالفة القوانين و/أو المحظورات الشرعية وعلى وجه الخصوص التهرب من الالتزامات والشروط الضرورية لتكوين نشاط أو ممارسة أو إقامة.
- إحداث خلل في تنظيم عون اقتصادي منافس وتحويل زبائنه باستعمال طرق غير نزيهة كتبديد أو تخريب وسائله الإشهارية واختلاس البطاقات والطلبات والسمسرة غير القانونية وإحداث اضطراب بشبكته للبيع.
- إقامة محل تجاري في الجوار القريب لمحل منافس بهدف استغلال شهرته خارج الأعراف والممارسات التجارية التنافسية المعمول بها.
- الإشهارات التضليلية.²¹

وقد أحسن المشرع فعلا بتجريمه هذه السلوكات المخالفة للأعراف النزيهة لمهنة التجارة وهذا شيء منطقي لأن التجارة أساسها الثقة والائتمان والمنافسة الشريفة ، والمتمتع في هذه السلوكات التجارية غير النزيهة يجد أنها ماهي إلا تطبيق لمبدأي الثقة والمنافسة الشريفة.

الفرع الثاني: الممارسات التعاقدية التعسفية

يعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

1- أخذ حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق أو /و امتيازات أو حقوق مماثلة معترف بها للمستهلك.

2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها ويحققها متى أراد²².

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام .

6- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.

7- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة.

والملاحظ على المشرع لما نص على هذه الممارسات العقدية التعسفية ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة في العقود من حيث الإبرام والتنفيذ وسلطات تعديل العقد.

إن الملاحظ على المشرع من خلال نصه على الممارسات التجارية غير المشروعة قد أخذ بالحسبان تقريبا كل الممارسات التي تمس بنزاهة أو بشفافية الممارسات التجارية واعتبرها جرائم، غير أن السؤال الذي يطرح هل حدّد المشرع صور هذه الجرائم أي السلوكات الإجرامية فيها على سبيل الحصر أو المثال ؟

من خلال استقراء النصوص القانونية نجد أن المشرع قد نص على هذه الصور على سبيل المثال وليس الحصر، ويظهر ذلك جليا من خلال استعمال المشرع لعبارة لاسيما.

هذا ما يؤدي بنا إلى القول أن هذا يخالف مبدأ الشرعية الجنائية والذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون²³، ومعنى هذا النص أن المشرع وحده هو الذي يحدد الجريمة بكافة أركانها وصورها وشروطها والعقوبة المحددة لها بحيث لا يكون أمام القاضي سوى تطبيق النص القانوني، دون فتح المجال له لأن القياس في مجال التجريم محظور على القاضي الجزائي، غير أنه باستعمال المشرع عبارة لاسيما في تحديده صور الجرائم نجد أنه يفتح المجال للقاضي للقياس وهذا مناف لمبدأ شرعية الجريمة.

أما بالنسبة للركن المعنوي في هذه الجرائم فهي جرائم عمدية تقوم على العلم والإرادة غير أنه فيما يخص الإثبات فالركن المعنوي مفترض فالجريمة تقوم بمجرد إثبات السلوك المخالف للقانون.

المبحث الثاني: قمع جرائم الممارسات التجارية

إن البحث في قمع الجرائم يقتضي التطرق إلى كيفية التحري عن هذه الجرائم وكذا تحديد الجزاءات التي رصدها المشرع لها.

المطلب الأول : التحري عن جرائم الممارسات التجارية

في إطار قمع جرائم الممارسات التجارية يؤهل مجموعة من الموظفون للقيام بمعاينة الجرائم :

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عفي قانون الإجراءات الجزائية²⁴.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.
- الأعوان المعينون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.
- أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض²⁵.

في إطار الحرص على أداء مهمتهم ألزم المشرع الموظفون التابعون لإدارة التجارة والإدارة المكلفة بالمالية أن يؤدّوا اليمين بالإضافة إلى التفويض بالعمل .

ومن أجل ضمان استقرار السوق والكشف عن الجرائم أعطاهم المشرع سلطة تفحص كل المستندات الإدارية والتجارية دون التحجّج في مواجهتهم بالسر المهني، كما أعطاهم المشرع سلطة حرية دخول المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن والتخزين وبصفة عامة إلى أي مكان باستثناء الأماكن السكنية والتي يتم دخولها وفقا للضوابط والشروط المحددة في قانون الإجراءات الجزائية، من هنا نفهم أن المشرع و لأجل التسريع في الكشف عن جرائم الممارسات التجارية لم يشترط إذن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع وجوب استظهاره وجوبا تحت طائلة بطلان إجراء التفتيش²⁶، من هنا لم يخضع المشرع

تفتيش المحلات التجارية وتوابعها إلى هذه الإجراءات نظرا لخصوصية هذه الجرائم التي تتسم بالسرعة .

وعدم إخضاع التحري عن هذه الجرائم لإجراء الإذن لا يعني أن الموظفون المكلفون بالبحث عن هذه الجرائم أحرار في دخول هذه المحلات التجارية بل عليهم إظهار وظيفتهم وكذا تفويضهم بالعمل²⁷.

ولم يبيّن المشرع جزاء تخلف هذه الشروط غير أنه من خلال استعمال المشرع لصيغة الوجوب حيث نصّ يجب على الموظفون المذكورين أعلاه خلال القيام بمهامهم أن يبينوا وظيفتهم وأن يقدموا تفويضهم بالعمل من يمكن القول أن المخالف يمكن له أن يحتج ببطلان الإجراء في حالة عدم استظهار الموظف المكلف بالتحري لوظيفته أو التفويض بالعمل.

كل المخالفات تحرر في محاضر تبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة الذي يرسلها إلى وكيل الجمهورية وهذه المحاضر تبين إسم المخالف وهويته وعنوانه وكذا اسم الموظف الذي قام بالمعينة وتوقيع الطرفين وهذا في إطار شفافية الإجراءات وقانونيتها وتحت طائلة بطلان المحاضر، كما أن المحاضر لا بد أن تحرر في أجل 8 أيام من نهاية التحقيق²⁸ ، وقد ألزم المشرع تسجيل المحاضر في دفاتر مرقمة ومؤشرة .

والسؤال الذي يطرح ماهي قوة هذه المحاضر في الإثبات؟

القاعدة في المواد الجزائية هو حرية القاضي في تكوين عقيدته كما أنه يتمتع بسلطة كاملة في وزن وتقدير هذا الدليل²⁹، فما مدى احترام القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم لهذه القاعدة؟

و الأصل أن المتهم بريء حتى تثبت جهة قضائية إدانته، وهذا مبدأ دستوري، إذا على من يدعي إثبات ما يدعيه، غير أن المتمتع في نص المادة 58 من قانون الممارسات التجارية نجد أن هذه المحاضر لها قوة ثبوتية مطلقة في الإثبات وفيها قلب لعباً للإثبات والذي يقع في الأصل على المدعي وهم النيابة العامة وإدارة التجارة والمالية، فعلاً إثبات البراءة يقع على المخالف بحيث يطعن في هذه المحاضر بالتزوير، فقد أعطى المشرع

للمحاضر قوة ثبوتية مطلقة بحيث لا يجوز الطعن في محتواها إلا بالتزوير، وهذا نظرا لما يفترضه القانون في هؤلاء الموظفين من ثقة وأمانة ، وما يلاحظ أن المشرع قد خرج عن القاعدة العامة في الإثبات فالأصل أن البيّنة على من ادعى بمعنى أن جمع أدلة الاتهام تقع كأصل على النيابة العامة غير الأمر مخالف في جرائم الممارسات التجارية فبمجرد ارتكاب المخالفة تتوقّى النيابة العامة الإثبات ويثبت المخالف عدم ارتكاب المخالفة وهذه هي خصوصية الإثبات في جرائم الممارسات التجارية باعتبارها جرائم اقتصادية.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة لجرائم الممارسات التجارية

باعتبار أن جرائم الممارسات التجارية هي جنح قرر لها المشرع عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

الفرع الأول : الغرامة كعقوبة أصلية

الغرامة معناها إلزام المخالف المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال لصالح خزينة الدولة مقدرا في الحكم القضائي .

والغرامة عقوبة مالية أصلية في جرائم الممارسات التجارية نظرا لأن المخالف يهدف إلى الربح السريع فيعاقبه المشرع بنقيض قصده بفرض غرامات مالية عليه.

وقد لجأ المشرع إلى نوعين من الغرامات، غرامات محددة وأخرى نسبية .

فبالنسبة للغرامة المحددة وهي تلك التي يضع المشرع لها حدا أدنى وأقصى وقد أخذ بها المشرع بالعقاب على عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات بغرامة من خمسة آلاف دينار(5000دج) إلى مائة ألف دينار

(100000دج) وعاقب على جريمة عدم الإعلام بشروط البيع بغرامة من عشرة آلاف دينار(10000دج) إلى مائة ألف دينار (100000دج) وعاقب على الممارسات التجارية غير الشرعية بغرامة مالية من مليون دينار (1000000) دج إلى ثلاث ملايين دينار والممارسات التجارية غير النزيهة ب خمسة آلاف دينار(50000 دج) إلى 5 ملايين دج ويعاقب على ممارسة أسعار غير شرعية بغرامة 20000 إلى 10 ملايين دج³⁰.

في حال صدور حكم نهائي بالغرامة يصدر وكيل الجمهورية أمرا بالتحويل وينفذ هذا الأمر بالقوة العمومية وتحت طائلة الإكراه البدني، وتكون هذه الغرامات مضاعفة في حالة العود.

وإذا كانت الغرامة المحددة لا تطرح أي إشكال فالغرامة النسبية تطرح عدة إشكاليات وقد نص عليها المشرع بالنسبة لجريمة عدم الفوترة حيث يعاقب عليها بعقوبة 80% من المبلغ الذي يجب فوترته مهما بلغت قيمته³¹.

والملاحظ أن هذا النوع من الغرامات يتعارض مع مبدأ شرعية العقوبة المنصوص عليه في قانون العقوبات حيث أنه استنادا لهذا المبدأ أن النص القانوني لا بد أن يحدد الجريمة والعقوبة تحديدا نافيا للجهالة بحيث لا يسمح بأي قياس من القاضي . ولما تكون الغرامة في شكل نسبة فهذا مخالف لشرعية العقوبة بحيث يجب أن تكون محددة بدقة، لأن الخطأ في حساب الغرامة يؤدي إلى عدة نتائج.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

و يقصد بها تلك العقوبات التي يحكم بها القاضي تكملة للعقوبات الأصلية وقد نصّ المشرع على عقوبات تكميلية فيما يخص جرائم الممارسات التجارية وهي المصادرة والغلق ونشر الحكم.

أولا: المصادرة

وهي الأيلولة النهائية للمال للدولة حيث جعل منها المشرع عقوبة تكميلية جوازية في قانون الممارسات التجارية، حيث أجاز للقاضي الحكم بمصادرة السلع المحجوزة³²، فقد مكن القاضي من حجز السلع والمواد والعتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكاب الجريمة. فإذا كانت المصادرة تتعلق بالسلعة موضوع الحجز تسلم هذه المواد إلى إدارة أملاك الدولة التي تقوم ببيعها بالمزاد العلني، أما إذا كان الحجز اعتباريا تكون المصادرة على قيمة المواد المحجوزة بكاملها أو جزء منها، وعندما يحكم القاضي بالمصادرة تصبح مبلغا مكتسبا للخرينة.³³

وإذا رجعنا إلى قانون العقوبات والذي يعتبر الأصل في تطبيق العقوبات نجد أنه فيما يخص المصادرة وفي حالة الإدانة لارتكاب جنحة أو مخالفة يؤمر وجوبا بمصادرة الأشياء إذا كان القانون ينص صراحة مع مراعاة الغير حسن النية.³⁴

والملاحظ أن المشرع في قانون الممارسات التجارية فيما يخص المصادرة يتعارض وقانون العقوبات حيث يظهر أن المصادرة وجوبية في قانون العقوبات وجوازية في قانون الممارسات التجارية ، وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام فالقاضي عند الفصل في قضية موضوعها جريمة من جرائم الممارسات التجارية يحكم استنادا لقانون الممارسات التجارية . إن عقوبة المصادرة كعقوبة تكميلية مالية لا يمكن إنكار دورها في تحصيل الأموال لصالح الخزينة العمومية ودورها في تحقيق الردع العام والخاص كعقوبة الغرامة لذلك كان على المشرع أن يتفادى هذا التعارض ويأمر بالحكم بها وجوبا على غرار التشريعات المقارنة.

ثانيا: الغلق

ويقصد به منع المحكوم عليه من ممارسة ذات العمل الذي كان يمارسها بغلق الحل الذي يزاول نشاطه فيه وعلة هذا المنع هو عدم السماح للمحكوم عليه من الاستعانة مرة أخرى بظروف العمل في المحل وارتكاب جرائم جديدة وذلك عن طريق إقفال ذلك المحل.³⁵ وهي عقوبة تكميلية نص المشرع عليها في قانون العقوبات³⁶، يحكم بها القاضي تكملة للعقوبات الأصلية، أما في قانون الممارسات التجارية فقد نص المشرع عليه باعتباره عقوبة إدارية أو جزاء إداري حيث مكّن الوالي المختص إقليميا، بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يتخذ بموجب قرار إجراءات غلق إدارية للمحلات لمدة أقصاها ستون يوما.³⁷

وقرار الغلق باعتباره قرار إداري يكون قابلا للطعن أمام الجهات القضائية المختصة.

من هنا يمكن القول أنه يوجد خلط لدى المشرع فيما يخص هذه العقوبة، فالأصل أنها عقوبة تكميلية يحكم بها القاضي الجزائي، غير أنه فيما يخص الممارسات التجارية اعتبر الغلق جزاء إداري يطبق من الوالي .

ثالثاً: نشر الحكم

وهو من العقوبات التكميلية المعنوية التي تهدف إلى المساس بسمعة المخالف وقد نص عليها المشرع في قانون العقوبات حيث أذن للقاضي الحكم به لما يكون الحكم بالإدانة فينشر الحكم في جريدة أو أكثر يعينها القاضي وتعليقه في الأماكن التي يبينها تحت نفقة المحكوم عليه، وقد جعلها المشرع عقوبة تكميلية جوازية³⁸ .

وقد نصّ عليها قانون الممارسات التجارية بحيث مكنّ الوالي المختص إقليمياً وكذا القاضي أن يأمر على نفقة مرتكب الجريمة بنشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددها³⁹.

الخاتمة :

من خلال دراسة القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم نجد أن المشرع قد صنف الممارسات التجارية غير المشروعة وهذا من أجل ضمان تثبيت إستقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية أو ذات الإستهلاك الواسع وكذا من أجل محاربة المضاربة بكافة أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك، من هنا اعتبر المشرع كل الممارسات التجارية جرائم يعاقب عليها بمقتضى القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10، حيث أفرد مجموعة من العقوبات الأصلية والتكميلية من أجل قمع هذه الجرائم .

غير أنه قد تم تسجيل مجموعة من التعارضات مع قانون العقوبات باعتباره الشريعة العامة للعقوبة والجريمة ويظهر هذا جلياً في :

- استعمال المشرع عبارة لإسيما في تحديده صور جرائم الممارسات التجارية نجد أنه يفتح المجال للقاضي للقياس وهذا مناف لمبدأ شرعية الجريمة، حيث أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون بمعنى أن المشرع وحده هو الذي يحدد صور الجريمة .

- لجوء المشرع إلى الغرامات النسبية، يتعارض مع مبدأ شرعية العقوبة فلا بد أن تكون العقوبة محددة بموجب نص القانون وليس استنادا لنسب .
- استبعاد المشرع لعقوبة الحبس باعتبارها عقوبة جزائية أصلية والاكتفاء بالغرامة -تطبيقا لقاعدة الجزاء من جنس العمل -، لكن لا أحد منا ينكر دور عقوبة الحبس في تحقيق الردع العام والخاص وهذا بالرغم من سلبياتها .
- التعارض بين النصوص قانون العقوبات وقانون الممارسات التجارية حيث أعتبر هذا الأخير عقوبة المصادرة كعقوبة تكميلية جوازية، وكان الأجدر بالمشرع أن يعتبرها وجوبية لتفادي التناقض مع قانون العقوبات وكذا لأهمية المصادرة بالنسبة للخزينة العمومية.

بالرغم من النقائص المشار إليها إلا أن المشرع عند صياغته لقانون الممارسات التجارية أبدى نضوجا تشريعيا في مكافحة الجرائم الماسة بشفافية ونزاهة الممارسات التجارية غير أن الخلل يكمن في تطبيق النصوص القانونية .

الهوامش:

¹ - قانون رقم 02/04 مؤرخ 24 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، مؤرخ 27 يونيو 2004، معدل ومتمم بالقانون رقم 06/10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، جريدة رسمية عدد 46، مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² - المادة 04 و 05 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.

³ Chaput yeves .le droit de la concurrence .2eme édition. presse universitaires de France .paris .FRANCE .1991.p.66.

⁴ - المادة 3/05 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.

⁵ Wilfrid jendidier ,droit penal des affaires , 4 eme édition , dalloz , paris, France, p.432.

⁶ المادة 10 من القانون رقم 02 04 معدلة بالمادة 3 من القانون رقم 06/ 10 المتعلق بالممارسات التجارية

⁷⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 66/16 مؤرخ في 16 فيفري 2016، يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة وكذلك فئات الأعوان الاقتصاديين الملزمين بالتعامل بها .

- ⁸ - المادة 01 و 02 من المرسوم التنفيذي رقم 66/16 .

⁹ - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 66/16

- ¹⁰ - المادة 15 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم
- ¹¹ Larguier jean ,et conte Philippe, droit pénal des affaires ,11eme édition, dalloz ,paris, France,2004,p ,456.
- ¹² - المادة 3/15 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم .
- ¹³ - المادة 16 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.
- ¹⁴ - المادة 1/17 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم
- ¹⁵ - المادة 2/17 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.
- ¹⁶ - Larguier jean ,et conte Philippe ,Op, Cit.p.455.
- ¹⁷ - المادة 18 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.
- ¹⁸ - المادة 19 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.
- المادة 22 من القانون رقم 2/04 المعدلة بموجب المادة 04 من القانون رقم 06/04 حيث كانت المادة 22 تنص على كل بيع سلع أو تأدية خدمات لاتخضع لنظام حرية الأسعار ، لا يمكن أنتتتم إلا ضمن احترام نظام الأسعار المقنه طبقا للتشريع المعمول به
- ²⁰ - المادة 23 من القانون رقم 02/04 المعدلة بموجب المادة 04 من القانون رقم 06/10.
- ²¹ - المواد 27 و 28 المادة 23 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.
- ²² - وقد نص المشرع في المادة 205 من الأمر رقم 58 /75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 ، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم. على أنه لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتمز، ومن هنا نقول أن الشرط الإرادي المحض يقع باطلا بطلانا مطلقا.
- ²³ - المادة 01 قانون العقوبات.
- ²⁴ - المادة 15 من الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية عدد 48 ، مؤرخ في 10 جوان 1966 ، المعدل والمتمم.
- ²⁵ - المادة 2/49 المادة 23 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.
- ²⁶ - المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
- ²⁷ - المادة 3/49 المادة 23 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم
- ²⁸ - المادة 57 المادة 23 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم
- ²⁹ - المادة 212 من الأمر 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه يجوز إثبات الجرائم بكافة وسائل الإثبات.
- ³⁰ - المواد 31-32-35-37-38 من المادة 23 من القانون رقم 02/04 المعدل
- ³¹ - المادة 33 المادة 23 من القانون رقم 02/04
- ³² - المادة 44 من القانون رقم 02/04 المعدلة بالمادة 09 من القانون رقم 06/10
- ³³ - نفس المادة من نفس القانون.

³⁴ - المادة 15 مكرر 1 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

³⁵ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات : القسم العام، الطبعة الثالثة :دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص469

³⁶ - المادة 09 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

³⁷ المادة 46 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم بالمادة 10 من القانون رقم 06/10 وقد كانت المدة قبل التعديل ثلاثين يوما .

³⁸ المادة 18 مكرر من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

³⁹ - المادة 48 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم.

إشكالية تطبيقات الخطأ في مجال حماية البيئة

الأستاذ: نوالدين بوشليف

أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر

ملخص:

إن ما يميز المسؤولية المدنية الخطئية عن الأضرار البيئية هو طبيعة الخطأ فيها، حيث ينطوي هذا الأخير على طبيعة فنية وتقنية يتعذر إثباته، وفي أغلب الأحيان استحالته.

فضلا عن المسائل المتعلقة سواء بالطبيعة الخاصة للضرر البيئي، أو الطابع المتشعب للعلاقة السببية في المجال البيئي، مما أدى في الأخير إلى تراجع المسؤولية المدنية الخطئية، والنتيجة هي عدم قبول طلب التعويض .

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية، الضرر البيئي، الأساس القانوني، الخطأ ، الضرر، العلاقة السببية، التعويض عن الضرر البيئي.

Résumé:

Ce qui distingue la responsabilité civile pour faute des dommages environnementaux est la nature de la faute où, lorsque celui-ci dispose d'un caractère technique et de la technologie à travers laquelle ne peut pas être prouvé, et souvent impossible.

Ainsi que les questions ayant trait à la fois la nature particulière des dommages environnementaux, ou le caractère de lien de causalité dans le domaine de l'environnement, ce qui a conduit à un déclin de la faute, et la conséquence est le refus la demande d'indemnisation

Mots clés : la responsabilité civile , le dommage de l'environnement, la théorie de la faute, le dommage , le lien de causalité.

مقدمة:

المسؤولية المدنية بشكل عام هي نظام قانوني بمقتضاه يلتزم أي شخص يسبب ضررا للغير بتعويض هذا الأخير عن الأضرار الناتجة⁽¹⁾، وتعني المسؤولية المدنية في المجال البيئي بأنها آلية قانونية بموجبها يلتزم أي شخص يسبب فعله ضررا بالبيئة (الملوث) بإصلاح الأضرار المترتبة عن نشاطه⁽²⁾.

تنقسم المسؤولية المدنية في القواعد العامة إلى مسؤولية مدنية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فأساس الأول العقد أما الثاني فأساسه القانون.

بخصوص طبيعة المسؤولية عن الضرر البيئي فيما إذا كانت مسؤولية مدنية تقصيرية أم عقدية، فيمكن أن تكون مسؤولية تقصيرية كما يمكن اعتبارها مسؤولية عقدية، إلا أن الفقه الراجح يميل إلى اعتبارها مسؤولية مدنية تقصيرية، دون التقليل من أهمية ومكانة المسؤولية العقدية في مجال الأضرار البيئية، والسبب في ذلك أنه في أغلب حالات الضرر البيئي تغيب الرابطة التعاقدية بين المضرور والمتسبب في الضرر، على اعتبار فعل إفساد البيئة ينطوي على فعل تقصيري⁽³⁾.

يدعم هذا الطرح الدكتور محمد السيد الفقي بقوله "والحال كذلك طبقا لقواعد القانون الداخلي فان المسؤولية في مجال التلوث بالمحروقات ليست بالتأكيد إلا مسؤولية تقصيرية، مثال على ذلك عندما تتعرض ناقلة بترول لحادث ما وينجم عنه ضرر تلوث بسبب تسرب الزيت من الناقلة، فان مالك السفينة المسؤول عن تعويض هذا الضرر لم تكن تربطه بالمضرور أي علاقة قانونية، بل كان خارجا عن الحادث قبل وقوع الضرر وتحقق مسؤوليته"⁽⁴⁾.

رغم الأهمية التي أولتها التشريعات لموضوع الحفاظ على البيئة والتي تظهر من خلال مجموع النصوص القانونية الوطنية والدولية التي صدرت في هذا المجال، إلا أن الأضرار البيئية لا تزال تنتشر مشكلات المجتمع المعاصر، فضلا على أن مشكلة الأضرار البيئية المترتبة عن الأنشطة الخطرة التي يمارسها الإنسان ليس من القضايا اليسيرة التي يسهل معالجتها والتعامل معها، وفي ظل عدم وجود نصوص خاصة بهذه المسؤولية، فان العديد من التشريعات لاسيما التشريع الجزائري والتشريع المصري لا تزال تحيل هذه المسألة على القواعد العامة الواردة في القانون المدني.

تظهر أهمية هذا البحث على اعتبار أن الحفاظ على البيئة لا يتأتى إلا من خلال اعتماد أسس قانونية فعالة تسعى لتحقيق التوازن بين حماية البيئة من جهة، وتعويض ضحايا الأضرار البيئية من جهة أخرى.

بالرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية، فإن أول أساس ارتكزت عليه هذه المسؤولية هو الخطأ، فلا تقوم النظرية إلا بإثبات شروطها والمتمثلة أساسا في إثبات كل من عنصر الخطأ والضرر، والعلاقة السببية⁽⁵⁾، وعليه سأحاول من خلال هذا البحث الإجابة على الإشكالية التالية: مدى فعالية المسؤولية المدنية المبنية على الخطأ في مجال التعويض الضرر البيئي؟.

تتمحور الإجابة على هذه الإشكالية حول نقطتين أساسيتين، النقطة الأولى أخصصها لتحديد مفهوم الخطأ في المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي، و النقطة الثانية أتناول فيها انحسار دور الخطأ في مجال حماية البيئة.

النقطة الأولى: تحديد مفهوم الخطأ في المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي

تقوم المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية بمفهومها التقليدي على فكرة الخطأ، وهذا ما قصده المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني⁽⁶⁾، والمشرع الفرنسي في المادة 1240 من القانون المدني الجديد⁽⁷⁾.

والأساس أن المادتين المذكورتين يمكن انطباقهما على الأضرار البيئية إذا توافرت شروطهما من خطأ وضرر، وعلاقة سببية⁽⁸⁾.

لتحديد مفهوم الخطأ في المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي يتطلب تناول المقصود بالخطأ البيئي (أولا)، ثم شروط تطبيق النظرية (ثانيا).

أولاً: المقصود بالخطأ البيئي

من الأهمية بمكان التطرق إلى كل من تعريف الخطأ البيئي (أ)، وركنا الخطأ البيئي

(ب) .

أ-تعريف الخطأ البيئي

يعتبر الخطأ عنصرا هاما لانعقاد المسؤولية التقصيرية بجانب العنصرين الآخرين ، وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الخطأ كأساس في المسؤولية المدنية في المادة 124 من القانون المدني بنصها، " كل عمل أيا يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "(9).

يقصد بالخطأ في جانبه اللغوي الميل والانحراف، حيث يقال أخطأ ضد أصاب⁽¹⁰⁾ ، ويخصوص المعنى الاصطلاحي للخطأ فان التشريعات المختلفة للدول لم تضع تعريفا له، وتركت هذه المسألة للفقه على أساس أن هذه المسألة فقهية بالدرجة الأولى يثور الخلاف بشأنها، وعلى المستوى الفقهي توجد عدة تعريفات للخطأ وأهما: تعريف الخطأ بأنه "الفعل غير المشروع الذي لا يبيحه القانون"⁽¹¹⁾، ويعرف أيضا بأنه "الفعل الضار غير المشروع، أو الفعل الضار بالغير دون وجه حق"⁽¹²⁾، ومن التعريفات التي وردت بشأن الخطأ أيضا أنه "إخلال بالثقة المشروعة"⁽¹³⁾.

من أشهر التعريفات التي وردت بشأن الخطأ هو تعريف الأستاذ الفرنسي (بلانيول) حيث عرف الخطأ بأنه "إخلال بالتزام سابق"، ويتمثل الالتزام السابق بالالتزام القانوني العام الذي يقع على عاتق الكافة بعدم الإضرار بالغير.

يقصد بالخطأ العلاقات الدولية أن الدولة لا تكون مسؤولة ما لم يصدر عنها فعل خاطئ يضر بغيرها من الدول، سواء كان هذا الفعل الخاطئ متعمدا أو غير متعمدا، وهو التعريف الذي وضعه (جروسبيوس) باعتباره أول من نقل النظرية إلى منطقة القانون الدولي معتبرا في ذلك أن الجماعة الدولية كأي جماعة أخرى لا تسأل عن تصرف أحد أفرادها إلا إذا نسب إليها خطأ أو إهمال.⁽¹⁴⁾

هذا بخصوص تعريف الخطأ في القواعد العامة، وفي مجال حماية البيئة فان التعريف بالخطأ البيئي لا يختلف عن التعريف العام للخطأ، و هو انحراف الشخص (الشخص الطبيعي أو المعنوي)، أو الملوث عن القوانين والأنظمة المتعلقة بحماية البيئة، سواء تمثل هذا الفعل في القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فضلا عن إدراك مرتكب الفعل الضار البيئي للفعل الذي اقترفه⁽¹⁵⁾.

ب- ركن الخطأ البيئي:

من خلال تعريفنا للخطأ البيئي يظهر أن الخطأ يقوم على تحقق ركنين أساسيين، الركن الأول مادي ويتمثل في التعدي، والثاني معنوي وهو الإدراك.

1- الركن المادي:

يتحقق مقياس الركن المادي بتعمد الإضرار بالغير أو بالإهمال.

1-أ الخطأ البيئي العمدي:

الخطأ العمدي هو إخلال بواجب ينطوي على نية الإضرار بالغير، وهذا العمل يمكن قيامه بفعل إيجابي، أو فعل سلبي أو نتيجة إهمال، أو عدم اتخاذ تدابير الاحتياط⁽¹⁶⁾.

يمكن انطباق الخطأ العمدي على مختلف الأضرار البيئية، فيكون السلوك المنحرف للشخص المتعمد بشأن التلوث البيئي، بإقدام الملوث على ارتكاب أفعال من شأنها أحداث أضرار بالآخرين وأموالهم أو بعناصر بيئتهم، مثال على ذلك تعمد صاحب مشروع صناعي تلويث البيئة بإلقاء السموم والأوساخ في أراضي الغير المجاورة للمشروع بقصد أن يقوم أصحاب الأراضي المجاورة ببيعه أراضيهم لتوسيع مشروعه⁽¹⁷⁾.

1-ب الخطأ البيئي بالإهمال:

يتحقق الخطأ بالإهمال إذا لم يقصد الفاعل تحقق النتيجة الضارة⁽¹⁸⁾، وفي مجال حماية البيئة فإن الإهمال يتمثل في الفعل الذي يسلكه الملوث دون نية إيقاع الضرر بالآخرين أو بعناصر البيئة، والضرر حينها يكون ناجما عن قلة التبصر، وعدم اتخاذ الاحتياطات الضرورية اللازمة للحيلولة دون إلحاق الضرر بالآخرين .

2- الركن المعنوي

القاعدة في القانون الوضعي هو أن كل شخص ارتكب خطأ وهو مدرك، أي قادر على التمييز بين الخير و الشر، ويدرك تماما أنه بتعديه هذا يلحق ضررا بالغير تترتب عنه المسؤولية المدنية، ونتيجة ذلك لا يسأل غير المميز ولا المجنون أو المعتوه.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يقر كأصل بمسؤولية غير المميز، وألصق المسؤولية المدنية بالمسؤول عنه، غير أنه إذا لم يوجد المسؤول عن عديم التمييز أو تعذر الوصول إليه أجاز في هذه الحالة مسؤولية عديم التمييز، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في التعويض الذي يدفعه عديم التمييز، ويراعي القاضي في ذلك وضعية المضرور ووضعية عديم التمييز⁽¹⁹⁾.

غير أن الفقه الإسلامي يختلف مع القانون الوضعي في هذه المسألة، فهؤلاء غير مسؤولين قانونا، إلا أنهم مسؤولون شرعا ويحكم عليهم بالضمان، أي يسألون مدنيا لا جنائيا حفاظا على أموال وأرواح الناس⁽²⁰⁾.

ثانيا: شروط تحقق النظرية:

تقوم نظرية الخطأ على تحقق ثلاث عناصر وهي الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية ، ونظرا لدراستنا لفكرة الخطأ وتقاديا للتكرار أخص بالدراسة العنصرين الآخرين وهما الضرر، والعلاقة السببية.

أ- الضرر :

يعتبر الضرر من أهم الأركان التي تقوم عليها المسؤولية المبنية على الخطأ، ويعرف الضرر بوجه عام بأنه المساس بحق أو مصلحة مشروعة للإنسان سواء كان هذا الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه، أو عاطفته أو ماله، أو حريته أو شرفه، أو اعتباره أو غير ذلك⁽²¹⁾.

ينقسم الضرر إلى ضرر مادي، وهو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه، أو ماله، وإلى ضرر معنوي، وهو الأذى الذي يصيب الإنسان في عاطفته، أو سمعته، أو شعوره⁽²²⁾.

بخصوص الضرر البيئي فإن مفهوم هذا الأخير عرف جدلا واسعا، فمن جهة يقصد بالضرر البيئي، الأذى الحالي أو المستقبلي الذي يمس بأي عنصر من عناصر البيئة والمترتب على نشاط الشخص، أو فعل الطبيعة والذي يتمثل في الإخلال بالتوازن البيئي سواء كان صادرا من داخل البيئة أو واردا عليها⁽²³⁾.

من جهة أخرى هناك من الفقه من يرى بأن للضرر البيئي مفهومين، المفهوم الأول أن الضرر البيئي يركز حول إصابة الطبيعة نفسها، أو عن طريق شيء طبيعي أو نظام بيئي⁽²⁴⁾، في حين أن المفهوم الثاني يعني كل أدى ترتب عن التلوث، فالصفة البيئية لا تتوقف على طبيعة الضرر بل على مصدر الضرر، لأنه قد يترتب على تلوث البيئة الطبيعية أو البيئية الاصطناعية أضرارا تسمى بالأضرار البيئية، ولكنها في الواقع أضرارا اقتصادية⁽²⁵⁾.

المقرر طبقا للقواعد العامة أنه لاحتساب التعويض يشترط في الضرر أن يتوافر على خصائص أهمها، أن يكون شخصا ومباشرا ومحققا أو على شرط الوقوع، لذلك لا يصلح الضرر الاحتمالي موضوعا للمطالبة القضائية، لأنه ضرر افتراضي ولا تبنى الأحكام على الافتراض⁽²⁶⁾.

ب- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لكي يلزم من صدر عنه الخطأ بالتعويض عن الأضرار البيئية التي أحدثها للغير، يجب أن تكون هذه الأضرار متصلة سببيا بخطئه .

بخصوص تحديد مفهوم العلاقة السببية ظهر اختلاف كبير بين الفقهاء لاسيما في حالة تعدد الضرر، فالبعض يأخذ بفكر تعادل الأسباب، وبعضهم يأخذ بفكرة السبب القريب، والبعض الآخر يرى أن للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في قبول أو رفض هذه العلاقة⁽²⁷⁾، وآخر ما توصل إليه القضاء الفرنسي هو الأخذ بفكرة السبب الفعال أو المنتج يظهر هذا بوضوح في العديد من القرارات التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية⁽²⁸⁾.

تطبيقا على الأضرار البيئية، فمن كان يتأذى من مضايقات الروائح الكريهة أو الأدخنة السوداء، أو الضجيج أو تلوث المياه وكان ذلك ناتجا عن عدم أخذ الاحتياطات اللازمة، أو مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها في مجال تصريف المخلفات في المياه، تتعدد مسؤوليته المدنية طبقا للنظرية، شريطة إثبات العلاقة السببية المؤكدة⁽²⁹⁾.

وعليه من حيث المبدأ فإن الأضرار التي لا تكون نتيجة مباشرة عن سلوك الشخص الخاطئ، تخرج من مجال تطبيق هذه القواعد، ويستفيد منها المتسبب في الضرر⁽³⁰⁾.

بعد وقفنا على مفهوم نظرية الخطأ وكيفية إعمال شروطها في مجال التعويض عن الأضرار البيئية ، يتبين أنه لا يمكن إنكار إسهامات النظرية في معالجة بعض الجوانب القانونية للبيئة، فالخطأ يبقى الأساس الأول الذي تركز عليه المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي، كما أن النظرية لقيت في البداية ترحيباً من قبل الفقه و تبنتها التشريعات المختلفة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي.

في هذا الإطار من الأهمية بمكان الإشارة إلى بعض تطبيقات النظرية، في فرنسا وضع قانون بارنيه (**Barnier**) مجموعة من المبادئ وهي المبادئ المنبثقة عن الاتفاقية الأوروبية حول المسؤولية المدنية عن الأنشطة الخطرة المعروفة باتفاقية (لوغانو)، وكذا إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية المستدامة لعام 1992، وأن مخالفة هذه المبادئ الرئيسية أو أي منها يشكل خطأ في جانب المستغل للمنشأة الملوثة للبيئة، ويتيح الفرصة لمسائلته مدنيا عن أضرار التلوث التي يسببها⁽³¹⁾.

كما فرض القانون 05-12 المتعلق بالمياه الجزائري⁽³²⁾ مجموعة من الالتزامات على الأشخاص مهما كانت طبيعتها من أجل حماية هذا المورد الحيوي الذي يعتبر عنصر أساسي من عناصر البيئة، ويعد قيام أي شخص بتفريغ المياه القدرة أو صبها في الآبار والحفر والينابيع وأماكن للشرب العمومية والوديان الجافة وغيرها من الالتزامات المنصوص عليها بموجب المادة 46 من هذا القانون يشكل خطأ يرتب المسؤولية المدنية.

في مجال تسيير النفايات وضعت المادة 19 من القانون 01-19 المتعلق بتسيير النفايات⁽³³⁾ قيда على كل منتج للنفايات الخاصة الخطرة عند تسليمها إلى الغير، وهو أن يتم بطريقة قانونية سليمة تحت طائلة المسؤولية المدنية للفاعل عن الأضرار والخسائر المترتبة على ذلك، وتؤسس المسؤولية المدنية في هذه الحالة على أساس الخطأ.

ما ينطبق على الفرد ينطبق على الإدارة، فيعد امتناع الإدارة عن ممارسة نشاطها الضبطي التي تفرضه قواعد الضبط العام أو قوانين البيئة وضبط المنشآت المصنفة، كالامتناع عن إصدار القرارات الإدارية المتعلقة بحماية البيئة رغم وجود الأسباب القانونية لإصدارها، أو امتناع سلطات الضبط الإداري عن اتخاذ الإجراءات اللازمة بموجب القوانين والتنظيمات مما يؤدي إلى الإضرار بالبيئة، يجعل من الإدارة مسؤولية عن هذه الأضرار وتكون المسؤولية هنا على أساس الخطأ⁽³⁴⁾.

ما ينطبق على الفرد والإدارة ينطبق على الدولة، فالدولة مسؤولة عن تصرفها الدولي بقيامها بعمل مخالف لأحكام القانون الدولي على أن يترتب عن هذا العمل المخالف ضرراً جدياً يلحق بالدولة المدعية⁽³⁵⁾.

بعد وقوفنا على تحديد مفهوم الخطأ كأساس في المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية يمكن طرح سؤال جوهري، إذا كان الخطأ أول أساس ارتكزت عليه المسؤولية المدنية، فهل ينطبق هذا الأخير على كافة الأضرار البيئية؟.

النقطة الثانية: انحسار دور الخطأ في مجال حماية البيئة.

إذا كان إعمال القواعد العامة المبنية على الخطأ يبدو أمراً سهلاً في الظروف العادية، وهذا لسهولة إثبات الخطأ و بساطة الأضرار، فضلاً عن سهولة إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل، إلا أن إعمال الخطأ في مجال الأضرار البيئية الجديدة ليس أمراً سهلاً، فقد يكتنف الأخذ بهذه النظرية العديد من الصعوبات التي تؤثر على حقوق المضرورين من جراء الأنشطة البيئية الخطرة، ومن أهم الصعوبات التي تحد من فعاليتها كأساس في المسؤولية المدنية في مجال حماية البيئة، صعوبات تتعلق بإثبات الخطأ البيئي أولاً، وصعوبات تتعلق بخصوصية الأضرار البيئية ثانياً، وثالثاً صعوبات تتعلق بإثبات الرابطة السببية في مجال الأضرار البيئية.

أولاً- الصعوبات المرتبطة بإثبات الخطأ في مجال الأضرار البيئية

تتجلى هذه الصعوبات في صعوبة تحديد الشخص المخطئ، وكذا صعوبة نسبة الخطأ إلى الشخص في حالة الأنشطة المشروعية والمولدة للأضرار البيئية.

أ- صعوبة التحديد الدقيق للشخص المخطئ:

المبدأ يقضي أن الخطأ عماد المسؤولية المدنية، وعلى المضرور إثبات انحراف الملوث عن السلوك المألوف، إلا أنه في ظل التعقيد الحالي الذي يعرفه الاقتصاد والصناعة استشكل التحديد الدقيق للشخص المخطئ، يحدث هذا كما لو كان ضرراً التلوث حاصل للجبران في منطقة يتواجد فيها العديد من المنشآت الصناعية التي تشترك جميعها في إحداث التلوث، من بين هذه المنشآت والمصانع من هو المصنع الذي يمكن أن ينسب إليه هذا الإهمال أو التقصير الذي يشكل الخطأ؟.

ما ينطبق على الأفراد ينطبق على الدول، فمن الأسباب الحقيقية لتوجيه سهام النقد لنظرية الخطأ في العلاقات الدولية في مجال الأضرار البيئية هو أن تطبيق النظرية قد يؤدي إلى إفلات الدول المتسببة في التلوث من المسؤولية.⁽³⁶⁾ سيؤدي حتما إلى حرمان الدول أو أي شخص قانوني دولي من الحصول على التعويض نظرا للصعوبات المرتبطة بإثبات الخطأ في مجال التعويض عن الأضرار البيئية⁽³⁷⁾.

الحديث إذن عن ركن الخطأ في المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي يواجه إشكالية تحديد الشخص في كل الأنشطة التي تلحق الضرر بالبيئة، يتعذر من خلالها القول بأن النظرية مازالت تمثل الركيزة الأساسية للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

ب- وقوع الضرر من أنشطة مشروعة

الخطأ وفقا للمفهوم المتعارف عليه يتخذ عدة صور أهمها عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة، وكذا مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها، غير أنه ليس كل الأضرار تتجم عن مخالفة القوانين واللوائح وهذا الأمر ينطبق على الأضرار البيئية، وهنا ينبغي طرح سؤال، كيف يمكن للمضور نسبة الخطأ للمتسبب في الضرر في هذه الحالة؟ .

هذا الطرح نبناه المشرع الجزائري بموجب القانون 14-05 التعلق بالمناجم عندما أقر بمسؤولية حامل الترخيص الإداري الخاص بالاستكشاف المنجمي، أو الترخيص بالاستغلال المنجمي وحمله المسؤولية المدنية عن كل الأضرار المترتبة عن نشاطه، ولكن ليس على أساس الخطأ، لأن النشاط مرخص به وإنما على أساس أنظمة قانونية أخرى⁽³⁸⁾.

في مجال العلاقات الدولية، إذا كان الخطأ أو العمل غير المشروع أساسا للمسؤولية الدولية، فإن غالبية الأنشطة المتعلقة بالبيئة هي أنشطة لا يحظرها القانون الدولي، وعليه فالتعويل على الخطأ أو العمل غير المشروع يبدو أنه غير كاف في المسؤولية عن الأضرار البيئية⁽³⁹⁾.

ثانيا- الصعوبات المتعلقة بطبيعة الأضرار البيئية

إن تطبيق القواعد العامة للضرر عن الأضرار البيئية يصطدم بمجموعة من العقبات أهمها:

أ-عمومية الضرر البيئي:

لاستحقاق التعويض في إطار المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ لا بد من تحقق الضرر، ولصحة هذا الضرر ينبغي توافر مجموعة من الشروط، وهي أن يكون الضرر مؤكداً ومباشراً وشخصياً، إلا أن الأضرار البيئية قد لا تأتي ضمن هذا السياق، فشرط أن يكون الضرر شخصياً يطرح العديد من المشاكل في مجال حماية البيئة، ذلك أن الشخص المتضرر طبقاً للقواعد العامة هو من يملك وحده المطالبة بالتعويض، كما أن الأضرار القابلة للإصلاح هي التي لها تأثير مباشر على الشخص، وهذا لا ينطبق في كثير من الأحيان على الأضرار البيئية، لأن غالبية هذه الأضرار لها تأثير غير مباشر على الشخص، مثال على ذلك تدمير النظام البيئي البحري عقب التلوث الهيدروكربوني.⁽⁴⁰⁾

لذلك فاشتراط القواعد العامة للتعويض أن يكون شخصياً يصطدم مع طبيعة الأضرار البيئية الأيكولوجية، وهو ما جعل البعض من الفقهاء يقول أن "الضرر الأيكولوجي في ذاته لا يستحق التعويض".⁽⁴¹⁾

ب- الضرر البيئي متراخي

إن غالبية الأضرار البيئية لا تتحقق دفعة واحدة، و أثارها قد لا تظهر إلا بعد فترة زمنية متعاقبة، مثال على ذلك أضرار التلوث الإشعاعي قد لا تظهر الأضرار الناتجة عنه فور التعرض للإشعاعات الذرية، بل تظهر بعد فترة قد تطول وتمتد عبر أجيال متعاقبة⁽⁴²⁾.

ج- الضرر البيئي غير مباشر

إن الأضرار البيئية هي أضرار غير مباشرة، وتتحكم فيها عوامل عديدة كالماء والهواء، الإنسان، ومعلوم أن القواعد العامة للضرر في إطار المسؤولية المدنية محكومة بالأضرار المباشرة، فضلاً على أن غياب أحكام خاصة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في التشريع الجزائري سيؤدي بلا منازع إلى خروج هذه الأضرار من نطاق دعوى المسؤولية.

رغم اعتراف المشرع الجزائري في قانون البيئة 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في المادتين 36 و37 بدور الجمعيات في حماية البيئة والدفاع عن المصالح الجماعية المباشرة وغير المباشرة، إلا أن القضاء مازال يرفض التعويض في مثل هكذا حالات مكتفياً في ذلك بالإحالة إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وبالرجوع إلى

القواعد العامة للمسؤولية المدنية فالدعوى مرفوضة على الأقل من الناحية الشكلية لانعدام الصفة.

ثالثا - الصعوبات المتعلقة بإثبات العلاقة السببية

إن تطبيق القواعد العامة للعلاقة السببية عن الأضرار البيئية يترتب عنه الكثير من الصعوبات أهمها:

أ - تعدد حوادث الضرر البيئي

تعتبر العلاقة السببية ركنا تقليديا للمسؤولية المدنية، وهي العنصر الأكثر تعقيدا في المسؤولية المدنية⁽⁴³⁾، ولإلزام مرتكب الفعل بالتعويض ينبغي أن يرتبط الضرر الذي أصاب الضحية بهذا الفعل ارتباطا النتيجة بالسبب، و أن رابطة السببية بين نشاط معين والنتيجة المترتبة عليه لا تتبرر أي إشكال إذا كان هذا النشاط هو المصدر الوحيد لها، غير أن إثبات العلاقة السببية في مجال الأضرار البيئية يثير الكثير من الصعوبات، على اعتبار أن السبب لا يكون دائما حادثا واحدا أو فعلا واحدا، فقد يكون مجموعة من الحوادث والأفعال، وعليه قد لا تظهر النتيجة إذا تخلف أحد هذه الشروط، لأنه قد يستشكل تحديد هوية المسؤول في ظل مجموعة عوامل ومؤثرات تسهم في إحداث الضرر⁽⁴⁴⁾.

ب - الطبيعة المتراخية للأضرار البيئية

تكمن الصعوبة في إثبات العلاقة السببية أيضا في حصول فارق زمني بين تحقق الركن الأول وتحقيق الركن الثاني، فعادة ما يظهر الضرر البيئي بعد مدة زمنية من حصول الفعل الضار، وإعمالا لقاعدة القياس بالخلاف لهذه الحيثية فإن مرور مدة طويلة بين الضرر والفعل الضار قد يكون سببا في عدم معرفة المتسبب في الضرر البيئي، إذا كان الضرر لا يظهر بعد مدة قصيرة من حصول الفعل الضار، وهذا احتمال أول، أما الاحتمال الثاني فيمكن بواسطة اختبارات مدققة وإمكانات مهمة معرفة المتسبب في الضرر، لكن ونظرا لمرور فترة طويلة عن الفعل الضار فإن المتسبب نفسه يكون قد توقف عن النشاط إذا كان ذاتا معنوية أو غادر البلاد إذا كان شخصا أجنبيا⁽⁴⁵⁾.

خاتمة:

يعتبر الخطأ عنصراً أساسياً لانعقاد المسؤولية التقصيرية، وهو أول أساس ارتكزت عليه هذه المسؤولية، ولاستحقاق التعويض على أساسه يتطلب قيام شروطه، والمتمثلة في إثبات الخطأ والضرر، وكذا إثبات العلاقة السببية بين المتسبب في الخطأ والضرر الذي حصل، وهذا الأمر يكون على عاتق المضرور، وهو ما تقضي به القواعد العامة.

بخصوص الأضرار البيئية فالنظرية لقيت استحساناً كبيراً لدى الفقه وتبينته الكثير من التشريعات وطبقه القضاء في الكثير من أحكامه وقراراته، غير أن التطبيق الحرفي للقواعد العامة للمسؤولية المدنية المبنية على الخطأ على الأضرار البيئية يؤدي بلا منازع إلى نتائج غير عادلة، مع تزايد حجم الأخطار غير المحددة والمولدة لأضرار جماعية ولا رجعة فيها، يستحيل خلالها على المضرور إثبات وجود الخطأ وتحديد هوية شخص المخطئ، فضلاً عن المشاكل المرتبطة بإثبات العلاقة السببية، كل هذه الصعوبات حالت دون حصول المضرورين على تعويض.

أقدم بعض الاقتراحات على ضوء ما تم التطرق إليه:

1- الإسراع إلى وضع أحكام خاصة بالمسؤولية المدنية تتسجم مع الطبيعة الخاصة للأضرار البيئية.

2- لا يجب التعويل على نظرية الخطأ وحدها لمعالجة مختلف الجوانب القانونية لحماية البيئة، وضرورة البحث في أسس قانونية أخرى تكون أكثر فعالية و تجمع بين فكرتين أساسيتين، الوقاية والعلاج.

3- إن استبعاد فكرة الخطأ من المسؤولية المدنية أو إلغائها لم يقلل به عاقل، والقضية تتعلق بتطويع قواعدها لجعلها ينسجم مع الطبيعة الخاصة للأضرار البيئية، ويتمكن من خلاله المضرور من الحصول على تعويض عادل ومنصف.

الهوامش:

(1)- SIMON Laurent, Responsabilité environnementale et assurances des risques environnementaux, Diplôme d'Etudes Spécialisées en gestion de l'environnement, I.G.E.A.T, Université libre de Bruxelles, Année académique 2005 – 2006, P21.

(2) - Commission Européenne, Livre blanc sur la responsabilité environnementale, COM(2000) 66 final, du 9 février 2000, P7.

(3) - JOURDIN Patrice, Les principes de la responsabilité civile, Connaissances du droit, Dalloz, 2000, paris, P2.

(4) محمد السيد الفقي، المسؤولية والتعويض عن أضرار التلوث البحري بالمحروقات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص248.

(5) TATIANA Onate, La responsabilité civile dans la jurisprudence du conseil constitutionnel français, Revista estudio socioa, Ano/Vol,6 N 002, Universidad delrosario, 2004, P181.

(6) المادة 124 من القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

(7) L'article 1240 du code civil français prévoit que: «Tout fait quelconque de l'homme qui cause à l'autrui un dommage, Oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.» , Code civil français , Dernière modification par l'Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 .

(8) لا توجد أحكام خاصة بالمسؤولية المدنية عن الضرر البيئي في الجزائر، بينما توجد البعض منها في منظومتها القانونية الداخلية أحكاما خاصة بهذه المسؤولية نذكر منها فرنسا، النرويج، السويد، ألمانيا، النمسا ويرجع الفضل لوجودها في كل من فرنسا، ألمانيا والنمسا إلى اتفاقية (لوغانو) بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار المترتبة على الأنشطة الخطرة على البيئة سنة 1993، أنظر

SIMON Laurent, Op-Cit, P27.

(9) لم تذكر المادة 124 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني كلمة الخطأ وهذا الأمر طرح نقاشا فقهيًا حادًا بشأن أساس المسؤولية المدنية على ضوء هذه المادة، هل تقوم المسؤولية على أساس الخطأ أم على أساس الضرر، وبقي هذا الخلاف قائمًا إلى غاية 2005 أين عمد المشرع الجزائري إلى تعديل المادة 124 وذكر خلال هذا التعديل كلمة الخطأ، وحررت المادة كالتالي " كل عمل أيا يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، ويكون بذلك المشرع الجزائري قد أزال الشكوك حول أساس المسؤولية المدنية التقصيرية، وتجدر الإشارة أن النص الفرنسي الذي صدرت به المادة 124 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني أورد كلمة الخطأ بنصها على ما يلي:

((Tout fait quelconque de l'homme qui Cause à autrui un dommage, Oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer))

(10) لسان العرب، للعلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور المصري الإفريقي، المجلد الأول، دار صادر بيروت، لبنان، 1994، ص-ص 65-66.

(11) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، بيروت، باريس منشورات عويدات: الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 1984، ص113.

(12) نفس المرجع، ص120.

(13) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج1، تنقيح أحمد مدحت المراغي، دون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص643.

(14) على عمر مدون، أحمد بن محمد حسني، أساس المسؤولية الدولية عن الفعل غير المشروع وأركانه في القانون الدولي:

International Journal of West Asian Studies EISSN: 2180-4788 Vol. 5 No. 1 (pp 77-92) DOI: 10.5895/ijwas.2013.05 . p81.

(15) عامر طراف، حياة حسين، المسؤولية الدولية والمدنية في قضايا البيئة والتنمية المستدامة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2012، ص213.

(16) مرقس سليمان، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، 1961، ص371.

(17) عامر طراف، مرجع سابق، ص 217.

(18) عامر حسين، المسؤولية المدنية، ط1، القاهرة ، مصر 1956، ص141.

(19) المادة 02/25 من القانون 05-10 المتضمن القانون المدني.

(20) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ، دار الفكر، دمشق، ط التاسعة، 2012، ص219.

(21) حمادي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2008/2007 ، ص 16.

(22) حسن على الدنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان ، 2006، ص- ص 279-280.

(23) ابتهاج زيد علي، التعويض عن الضرر البيئي، مجلة مركز دراسات الكوفة ، المجلد الأول، العدد 34 ، العراق، 2014 ص 178.

(24) عبد الله تركي حمد العيال التركي، الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2013، ص31.

(25) نفس المرجع ، ص31.

(26) عيسى مصطفى حمادين، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، الطبعة الأولى، دار اليازوري، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع ، 2011، ص92.

(27) -LE TOURNEAU Philippe, Responsabilité en général, Rép-Civ, Dalloz , paris, 2009,P14.

(28) voir cass.civ 2 , 7 avril 2005, N° de pourvoi: 04-12882, sur le site suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007485346>

(29) أحمد محمود سعد، استقراء المسؤولية المدنية لمنازعات التلوث البيئي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 287.

(30) cass.civ 2, jeudi 20 juin 1985, N° de pourvoi: 84-12702 sur le site suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007015968&fastReqId=389394221&fastPos=1>

(31) بوفلجة عبد الرحمن، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2016/2015، ص66.

(32) القانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 أوت 2005 يتعلق بالمياه ، ج ر ج ج ، عدد 60 المؤرخة في 4 سبتمبر 2005.

(33) المادة 19 من القانون 01-19 يتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها بتاريخ 2001/12/12، ج ر عدد 77، الصادر في 2001/12/15.

(34) مدين آمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة -دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص-ص 262-263 .

(35) كريمة عبد الرحيم الطائي، حسين علي الدريدي، المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية أثناء النزاعات المسلحة ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى، 2009، ص-ص 29-30.

(36) نزار عبدلي، المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي في إطار القانون الدولي، الملتقى الدولي الموسوم بالنظام القانوني لحماية البيئة في إطار القانون الدولي والتشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مخبر الدراسات البيئية القانونية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، مخبر الدراسات البيئية القانونية، يومي 9 و 10 ديسمبر 2013، ص7.

(37) نفس المرجع ، ص7.

(38) المادة 154 من القانون 14-05 يتعلق بقانون المناجم ، المؤرخ في 24 فيفري 2014 ، ج ر عدد 18، بتاريخ 30 مارس 2014.

(39) MIGAZZI Mlle Caroline, La responsabilité internationale de l'état face a la protection de l'environnement ,Mémoire en vue de l'obtention master 2, droit international public, Faculté de droit, Université jean moulin Lyon III, Année universitaire 2007/2008,P9.

(40) NEYRET Laurent, La réparation des atteintes à environnement par le juge judiciaire, Cour de cassation, Séminaire « Risques, assurances, responsabilités » 2006-2007, COLLOQUE, « La réparation des atteintes à l'environnement », Cour de cassation, Jeudi 24 mai 2006,p 4.

(41) Ibid, p4.

(42) فراس عباس، فاضل البياني، حازم حارث أيوب، التلوث البيئي معوقا للتنمية ومهددا للسكان، المجلة العراقية لبحوث السوق وحماية المستهلك ، المجلد 2، العدد 3، كلية الآداب ، جامعة الموصل، 2010، ص250

(43) Christophe quezel ambrunaz, Définition de la causalité en droit français, Séminaire du GERC, La causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne, 26-27 mars, Genève, 2010, P1.

(44) فواز صالح، زوزان إبراهيم محمد، الرابطة السببية وصعوبة إثباتها في الأضرار البيئية، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 36، العدد 6، 2014 ، ص133.

(45) المرجع نفسه، نفس الصفحة.

حماية قاضي الاستعجال الإداري لحرية تنقل الأجانب في الجزائر

الأستاذ: سمير بلحيرش

أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر

ملخص:

تعتبر حرية تنقل الأجانب من بين الحريات الأساسية التي كفلتها القوانين الداخلية، وأقرت لها حماية قضائية مستعجلة من كل اعتداء يقع عليها من جانب الدولة، لاسيما إذا وصل الاعتداء إلى حد إبعاد الأجنبي من إقليم الدولة. وقد جاءت تلك الحماية كموازنة بين حرية الأجنبي في التنقل من جهة، وسلطة الإدارة في الحفاظ على أمنها وسلامتها من جهة أخرى. والمشرع الجزائري كغيره من الدول، تدخل بموجب القانون 11-08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الأجانب وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، وأعطى للأجانب المقيمين حرية التنقل في الإقليم الجزائري، كما منح كذلك للإدارة الحق في إبعاد أي أجنبي ترى في وجوده داخل إقليمها تهديدا للنظام العام والأمن العام ومساسا بالمصالح الأساسية للدولة، غير أنه فرض رقابة قضائية على سلطة الإدارة، ومنح للقضاء الإداري الاستعجالي مجموعة من السلطات لوضع حد لاعتداء الإدارة على تلك الحرية، خاصة إذا وصل الاعتداء إلى حد إبعاد الأجنبي من الإقليم الجزائري.

Résumé

La libre circulation des étrangers est un des droit primordiaux garanti par les lois intérieures qui assure une protection judiciaire en référé contre toute violation par l'Etat, notamment si cette violation atteint le point de l'expulsion de l'étranger du territoire. Cette protection est prévue pour réaliser un équilibre entre la liberté de circulation des étrangers d'un côté et l'autorité de l'administration à conserver sa sécurité et sa sûreté d'un autre coté.

Pareillement à tout autre pays, le législateur algérien a intervenu en vertu de la loi n° 08-11 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie, et a donné aux étrangers résidents la liberté de circuler dans le territoire Algérien, tout en donnant le droit à l'administration d'expulser tout étranger dont la présence sur son territoire représente une menace à l'ordre, à la sécurité publique et aux intérêts fondamentaux de l'Etat. Néanmoins il a imposé un contrôle judiciaire à l'autorité de l'administration, et a donné Référé administratif un nombre d'autorités pour mettre fin à la violation de ces dits droits par l'administration, particulièrement si cette violation est traduite par l'expulsion de l'étranger du territoire Algérien.

مقدمة

تعتبر حرية التنقل من بين الحريات الأساسية المضمونة التي أقرتها المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، والدساتير والتشريعات الوطنية للدول، سواء للوطنيين وحتى للأجانب، فعن الوطنيين نصت المادة 55 فقرة 1 و2 من الدستور الجزائري⁽¹⁾، على أنه: "يحق لكل مواطن يتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بكل حرية مكان إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني. حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له"، أما بالنسبة للأجانب، ونظرا للمركز القانوني الذي يتمتعون به والمغاير لمركز الوطنيين، فقد تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 11/08⁽²⁾، لتنظيمه وتحديد شروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتقلّهم فيها وخروجهم منها، وبمقتضاه فالأجنبي وبعد دخوله إلى الجزائر واستيفائه الإجراءات القانونية المطلوبة للإقامة، يصبح متمتعاً بحرية الإقامة والتنقل فيها.

غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل أنها مقيدة بمبرر النظام العام وأمن الدولة وعدم المساس بالمصالح الأساسية والدبلوماسية للدولة، على أن يكون لهذه الحق في إبعاده بموجب قرار يتخذ من طرف وزير الداخلية، حتى ولو كان الأجنبي مقيماً بصفة نظامية، ونظراً لخطورة هذا القرار ومساسه بحرية تنقل الأجنبي، فالمشرع بموجب المادتين 31 و32 من نفس القانون، قد منح له -وخلافاً لما هو مقرر في المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾- حق الطعن في قرار الإبعاد أمام قاضي الاستعجال الإداري، وهذا اختصاص يقتضي الموازنة بين أمرين متعارضين، الأول يتعلق بضرورة الاستعجال المقررة لحماية حرية الأجنبي في التنقل، والثاني يتعلق بحق الدولة في إبعاده لدواعي النظام العام.

من هذا المنطلق نتساءل عن مدى فعالية تدخل قاضي الاستعجال الإداري في حماية حرية تنقل الأجانب في الجزائر، وما هي السلطات التي يتمتع بها عند ممارسته للرقابة على قرارات الإبعاد في ظل قيود النظام العام؟، ولما كانت مسألة حماية قاضي الاستعجال لحرية تنقل الأجانب في الجزائر تتخذ طابعاً قضائياً، فقد تم اختيار المنهج التحليل في هذا البحث، وذلك من خلال تجميع المادة العلمية من نصوص قانونية ودراسات فقهية وأحكام قضائية، ثم القيام بتحليلها من أجل الوقوف على جوانبها النظرية والعملية.

والإجابة على الإشكالية تقتضي التعرض إلى الموازنة بين حرية تنقل الأجانب وسلطة الإدارة في إصدار قرار الإبعاد(المبحث الأول)، ثم التعرض إلى دور القاضي الإداري الاستعجالي في حماية حرية التنقل(المبحث الثاني).

المبحث الأول: الموازنة بين حرية تنقل الأجانب وسلطة الإدارة في إصدار قرار

الإبعاد

إذا كان المشرع من خلال أحكام القانون رقم 08-11، قد حاول الموازنة بين حرية تنقل الأجانب في الجزائر من جهة، وسلطة الدولة في إبعادهم من جهة أخرى، متى رأت بأن تواجدهم فوق أراضيها يمكن أن يمس بالنظام العام وأمن الدولة والسكينة العامة والمصالح الأساسية والدبلوماسية، فإن هذه الموازنة-وحتى تصبح جلية وظاهرة-تستوجب التعرض لتحديد مفهوم حرية تنقل الأجانب، وبيان الأسس التي تقوم عليها وشروط تقريرها(المطلب الأول)، ثم التعرض إلى سلطة الإدارة في إبعاد أي أجنبي ترى في وجوده داخل إقليمها خطرا عليها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم حرية تنقل الأجانب

يقتضي تحديد مفهوم حرية تنقل الأجانب، تعريف هذه الحرية وبيان الأساس القانوني الذي تقوم عليه، ثم بيان أهم الشروط التي يجب أن تتوافر في الأجنبي لتقرير تلك الحرية.

الفرع الأول: تعريف حرية تنقل الأجانب

تعتبر حرية التنقل بوجه عام من الحقوق الطبيعية الأساسية للإنسان، والمباحة بالتعبير الشرعي، والتي قد تكون مستحبة بل وواجبة في بعض الحالات، وذلك بحسب المصالح التي تترتب عنها، ويقصد بها السماح للفرد بأن ينتقل من مكان إلى آخر داخل بلاده وخارجها والعودة إليها، دون خضوعه في ذلك إلى أي مانع أو قيد إلا ما يفرضه القانون⁽⁴⁾، ويقصد بحرية تنقل الأجنبي، حق الشخص في الذهاب والإياب والإقامة، أي الحركة داخل الدولة التي دخل إليها بطريقة قانونية بنية الإقامة الدائمة، وحقه في الخروج منها والعودة إليها متى شاء، مع استيفائه للضوابط والشروط التي تشترطها الدولة المضيئة، شريطة أن لا يشكل وجوده تهديدا للنظام العام وأمن الدولة وسلامتها⁽⁵⁾.

ومع أن هذه الحرية كانت في الماضي مطلقة، أي قبل شيوع وجود الحدود بين الدول، فإنها أصبحت خاضعة اليوم للقوانين الخاصة بكل دولة، حيث تتولى تنظيمها بالشكل الذي تعتبره ملائما لمصلحتها الوطنية⁽⁶⁾، ولعل بعض القيود التي تفرضها بعض الدول على

رعاياها أو على الأجانب القادمين إليها، كانت وراء تأكيد الأمم المتحدة على تكريس هذه الحرية في الفقرة الأولى من المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽⁷⁾، فنصت على أن: " لكل فرد مقيم بصفة قانونية ضمن إقليم دولة ما الحق في حرية الانتقال وأن يختار مكان إقامته ضمن ذلك الإقليم".

ومع أن الفقرة الثالثة من هذه المادة، قد أخضعت هذه الحريات إلى القيود المنصوص عليها في القانون، والتي تعتبر ضرورية لحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة أو الأخلاق أو حقوق وحريات الآخرين، فإنها تكون بذلك قد اعتبرت بأن وجود الأجنبي "بصفة قانونية" داخل إقليم دولة، تبقى محكومة بالقانون الداخلي لهذه الدولة، وبالتالي فالقيود التي يمكن لهذا القانون فرضها على حرية تنقل الأجنبي، يجب أن تمثل للالتزامات الدولة الدولية، وهي التزامات تتسم بطابع سلبي وإيجابي في نفس الوقت، من حيث كونها تلزم الدولة بالامتناع عن انتهاك هذه الحرية، وبتأخذ التدابير التشريعية والقضائية والإدارية المناسبة من أجل الوفاء بهذه الالتزامات القانونية.

والحال فإذا كانت المادة 24 من القانون 08-11 تنص على أنه: " يتنقل الأجنبي الذي يقيم في الجزائر بحرية في الإقليم الجزائري، دون المساس بالسكينة العامة، وذلك في إطار احترام أحكام هذا القانون وقوانين الجمهورية"، فالمشرع الجزائري يكون قد اعترف للأجنبي المقيم بحرية التنقل، وأن القيود الواردة في هذا النص تعد ضرورية للمحافظة على كيان الدولة وأمنها وسلامتها، وبالتالي فإن عدم احترام الأجنبي لتلك القيود، قد يترتب عنه إبعاده من الإقليم الجزائري.

الفرع الثاني: شروط تنقل الأجانب في الجزائر

يستفاد من خلال الرجوع لنص المادة 24 من القانون رقم 08-11 أعلاه، وأن الأجنبي الذي يتمتع بحرية التنقل في الجزائر، يجب أن تتوفر فيه عدة شروط:

الأول: أن يكون الأجنبي مقيما في الجزائر، وهو ما يعني استبعاد الأجنبي غير المقيم الذي دخل إلى الجزائر بصفة عابرة، أو الذي دخل إليها بنية الإقامة لمدة لا تتجاوز 90 يوما، دون أن يكون له القصد في تثبيت إقامته، أو ممارسة نشاط مهني أو نشاط مأجور به حسب التحديد الذي جاءت به المادة 10 من نفس القانون، لأن المشرع ومع أنه قد ميز بين نوعين من الأجانب: مقيمين وغير مقيمين، فإنه لم يكن دقيقا في استعمال المصطلحات، من حيث كون الأجنبي وبمجرد دخوله إلى الجزائر بطريقة نظامية يكون له الحق في حرية التنقل.

الثاني: أن لا يمس الأجنبي المقيم في الجزائر بالسكينة العامة، وأحكام قانون إقامة الأجانب وقوانين الجمهورية، ويبدو هذا الشرط أنه بمثابة قيد على حرية تنقل الأجنبي، وهو أمر طبيعي، فالأجنبي يجب أن يخضع في تصرفاته داخل الإقليم إلى القوانين المطبقة على الوطنيين، وأن يحترم القانون الذي ينظم دخوله وإقامته وحركته، تحت طائلة إبعاده.

الثالث: أن يقدم المستندات أو الوثائق التي تثبت وضعيته عند كل طلب من الأعوان المؤهلين لذلك، وهذا الشرط أوجبه المادة 25 من نفس القانون، وهذا حتى يتمكن الأعوان من معرفة الوضعية القانونية للأجانب داخل الدولة، وتتعقب تحركاتهم، واتخاذ الإجراءات المناسبة في حالة انقضاء مدة إقامتهم، وفي هذه الحالة يتم حجز جواز أو وثيقة السفر بصفة مؤقتة إلى غاية الفصل في وضعيته⁽⁸⁾.

الرابع: أن يصرح للجهات الأمنية بتغيير إقامته، وهذا شرط أوجبه المادة 27 من نفس القانون، وبمقتضاها فالأجنبي الذي يغير مكان إقامته الفعلية بصفة نهائية أو مؤقتة لمدة تتجاوز 06 أشهر، يكون ملزما بأن يصرح بذلك لدى الشرطة أو الدرك، أو بلدية الإقامة القديم والجديد، وذلك في ميعاد 15 يوما السابقة، أو اللاحقة لوصوله إلى مقر الإقامة الجديدة، وهذا الشرط يعد بمثابة التزام قانوني يقع على عاتق الأجنبي، وهو التزام يسمح لتلك الأجهزة من مراقبته واستدعائه عند الضرورة، وأن مخالفة الأجنبي لهذا الالتزام يؤدي إلى تطبيق عقوبات جزائية⁽⁹⁾، ومع ذلك يبقى السؤال قائما حول سلطة الإدارة في إبعاده.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في إصدار قرار الإبعاد

الأصل أن للأجنبي حق مغادرة الدولة التي يقيم فيها في أي وقت يشاء، إلا أنه يمكن للدولة أن تجبره على مغادرة إقليمها، إذا كان تواجهه بها يشكل خطرا على النظام العام أو الأمن العام أو السكينة العامة، وقد تبنى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية هذا الموقف، حيث المادة 13 منه نصت على أنه لا يجوز إخراج الأجنبي الذي يقيم في إقليم الدولة، إلا تنفيذا لقرار مبني على نص في القانون وعندما تستدعي الأسباب الملزمة للأمن القومي، ويتضح من النص أن الإبعاد لم يعد حقا مطلقا للدولة، وإنما صار مقيدا بدواعي النظام العام⁽¹⁰⁾، وهذه مسألة تقتضي تحديد مفهوم الإبعاد، وحالاته أو أسبابه التي أوردها المشرع الجزائري.

الفرع الأول: مفهوم الإبعاد

إذا كان المشرع الجزائري قد خول لوزير الداخلية-حسب المادة 30 من القانون 08-11-سلطة بإبعاد الأجنبي بموجب قرار، فانه لم يضع أي تعريف لهذا الإبعاد، مما يقتضي التعرض لتعريفه ثم التعرض لتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له.

أولاً: تعريف الإبعاد

يعرف الإبعاد بأنه قرار تصدره السلطة العامة بالدولة لأسباب تتعلق بسلامتها وأمنها الداخلي والخارجي، وتطلب بمقتضاه من الأجنبي المقيم مغادرة إقليمها في مدة محددة وأن لا يرجع إليه، وإلا تعرض للجزاء والإخراج بالقوة⁽¹¹⁾، كما يعرف بأنه إجراء يتضمن إخراج الشخص من إقليم الدولة بغير رضاه بمعرفة السلطة العامة، إذا ثبت بأن بقاءه فوق إقليمها يشكل خطراً على أمنها الداخلي والخارجي⁽¹²⁾، ويعرف أيضاً بأنه الأمر الذي توجهه الدولة إلى أجنبي مقيم في بلادها، بأن يخرج منها في أجل قصير، وإلا أكرهته على الخروج بالقوة⁽¹³⁾.

يستفاد من خلال هذه التعاريف، أنها وصفت الإبعاد بأنه قرار أو إجراء أو أمر، كما أن بعضها لم يميز بين الأشخاص الذين يشملهم الإجراء وطنيين أم أجنبي، غير أن الإبعاد هو قرار إداري يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة حسب المادة 30 أعلاه، ولا يتخذ في مواجهة الوطنيين، لأن الدولة تتحمل أعباء رعاياها، وتستفيد من إقامتهم طبقاً للمبادئ الدستورية العامة، بل يتخذ في مواجهة الأجنبي الذي يشكل خطراً على أمن وسلامة الدولة، يتضمن حثه على الخروج من إقليمها في مدة يحددها القانون، تحت طائلة إخراجه بالقوة، ومع ذلك فقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة سلطة الدولة في إبعاد الأجنبي، فهل هي سلطة مطلقة أم مقيدة، وفي إطار الإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات:

الأول ذهب إلى القول بأن حق الدولة في إبعاد الأجنبي هو حق مطلق وليس مقيداً، وبذلك يكون للدولة الحرية المطلقة في إبعاد الأجنبي من إقليمها، وفقاً للشروط المحددة في قوانينها الداخلية، مؤسسين رأيهم على حجة مفادها، أن وجود الأجنبي فوق إقليم الدولة يعد واقعة مادية عارضة، ومن ثم يحق للدولة إبعاد الأجنبي طبقاً لما تنص عليه قوانينها. **والثاني** ذهب إلى القول بأن للأجنبي الحق في الإقامة في إقليم الدولة، ولا يجوز لها إبعاده إلا استناداً لأسباب عادلة وجدية، وبناء على حكم قضائي وليس قرار إداري. أما **الثالث** فذهب إلى القول بأن للدولة الحق في إبعاد الأجنبي الذي يكون سبباً في تعكير صفو الأمن والسكينة والنظام العام⁽¹⁴⁾.

يبدو أن المشرع الجزائري قد تبني الرأيين الأخيرين، وجعل دواعي الأمن والنظام العامين والسكينة العامة بمثابة أسباب تبرر الإبعاد، حيث أن المادة 30 من القانون 08-11، قد أجازت لوزير الداخلية إصدار قرار إداري بإبعاد الأجنبي من الجزائر، إذا كان تواجهه فوق إقليمها يشكل إخلالا بالنظام العام أو الأمن العام أو السكينة العامة، أو أنه أصبح مقيما فيها بطريقة غير شرعية لأي سبب من الأسباب، كانقضاء مدة إقامته، أو إدانته بجنحة أو جناية، كما أجاز للقضاء الجزائري إصدار أمر يتضمن إبعاده، وذلك كعقوبة تكميلية بمناسبة إدانته بجريمة⁽¹⁵⁾.

ثانيا: تمييز الإبعاد عن الإجراءات الأخرى المشابهة له

تستعمل الدولة العديد من الإجراءات التي تقطع علاقة الأجنبي بها، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى تدخلها مع بعضها البعض، وعدم معرفة الإجراء الذي سلكته، لا سيما إجراء الطرد والمنع من الإقامة.

1- التمييز بين الإبعاد والطرْد

يتماثل إجراء الإبعاد مع الطرد في كون كلاهما يؤدي إلى قطع علاقة الأجنبي مع الدولة، غير أنهما يختلفان من نواحي عدة:

الأولى: أن قرار الإبعاد يصدر من طرف وزير الداخلية، بينما قرار الطرد فهو إجراء شرطي حتمي يتم تحت إشراف الشرطة، ويتخذ في شكل التدبير الأمني الحال والتقديري، ويصدر عن الوالي⁽¹⁶⁾.

الثانية: أن الإبعاد يتم اللجوء إليه في حالات عديدة ناجمة أساسا عن خطأ من طرف الأجنبي، والذي يؤدي إلى المساس بالنظام العام والأمن العام والمصالح الرسمية والدبلوماسية للدولة، أو نتيجة انتهاء مدة إقامته، أما الطرد فيتم اللجوء إليه في حالة دخول الأجنبي إلى الإقليم بطريقة غير شرعية أو يقيم فوق الإقليم بطريقة غير قانونية، وفي هذه الحالة يكون المشرع الجزائري قد ماثل بين الإبعاد والطرْد، لكون تلك الحالة في حد ذاتها تشكل سببا للإبعاد حسب نص المادة 30 من القانون 08-11.

الثالثة: أن قرار الإبعاد يكون قابلا للطعن فيه أمام الجهة القضائية المختصة وهي مجلس الدولة وذلك بموجب دعوى إستعجالية، بينما قرار الطرد لا يمكن مبدئيا الطعن فيه أمام القضاء، وذلك راجع لسكوت المشرع عن تقرير حق الأجنبي الطعن في قرارات الطرد⁽¹⁷⁾.

2- التمييز بين الإبعاد والمنع من الإقامة

يتميز الإبعاد عن المنع من الإقامة، من حيث كون الإبعاد يعتبر إجراء إداري انفرادي، نتيجة إخلال الأجنبي بمقتضيات النظام العام، وتطبق على الأجنبي فقط، بينما المنع من الإقامة يعتبر عقوبة تكميلية، تنطق بها الجهات القضائية الجزائية، وتصدر في مواجهة الأجنبي والوطني على حد سواء، كما أن المنع من الإقامة يمكن أن يكون بحظر تواجد المحكوم عليه في بعض الأماكن أو فوق كامل التراب الوطني⁽¹⁸⁾، ويترتب عليه اقتياد الأجنبي المحكوم عليه إلى الحدود بعد انقضاء عقوبته، فهي بذلك عقوبة تكميلية.

وبهذا المعنى فالمنع من إقامة الأجنبي في التشريع الجزائري، يترتب عليه بقوة القانون إبعاده إلى الحدود، نزولا عند حكم المادة 42 من القانون 08-11 والمادة 13 من قانون العقوبات.

الفرع الثاني: أسباب إبعاد الأجنبي

للدولة الحق في إبعاد الأجنبي الذي لا ترغب في تواجده فوق إقليمها، صيانة لمصالحها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الصحية، غير أنه يجب أن يكون الإبعاد مؤسسا على سبب يبرره، وإلا كان استعماله تعسفا وسوء استعمال للسلطة، وبالتالي فإن سلطة الدولة في إبعاد الأجانب لم تعد مطلقة، بل أنها قد أصبحت-حسب المواد 22 و30 و31 و32 من القانون 08-11-مقيدة بعدة أسباب.

أولا: تهديد النظام العام وأمن الدولة

يشكل تهديد الأجنبي للنظام العام وأمن الدولة من بين أهم الأسباب المؤدية إلى إبعاده، وهي حالة نصت عليها المادة 30 من القانون 08-11، وهي حالة واسعة جدا، لأن مفهوم النظام العام واسع جدا وغير محدد، فالدولة بإمكانها اللجوء دائما إلى دواعي النظام العام، وذلك لتبرير إبعاد الأجنبي الذي لا ترغب في بقاءه داخل إقليمها، بمعنى أن لها سلطة تقديرية واسعة في التحجج بالنظام العام، وهو ما يشكل في العديد من الأحيان اعتداء على حرية الأجنبي في التنقل، والتعسف في استعمال السلطة، وهي السلطة التي تتسع أكثر في الحالات الاستثنائية، والقاضي الذي يعرض عليه قرار الإبعاد يجد صعوبة في رقابته، خاصة وأن السلطة التقديرية للإدارة تعد قيّدا على سلطاته.

غير أنه وإن كانت فكرة النظام العام أداة في يد الإدارة للتحجج بها في إبعاد الأجنبي، فإنه لا يمكنها أن تستفيد منها، إلا إذا كان هناك نص في القانون يقررها، وأن تثبت الإدارة مشروعية الهدف الذي تصبوا إلى تحقيقه من وراء قرار الإبعاد⁽¹⁹⁾.

ثانيا: الحكم على الأجنبي بعقوبة سالبة للحرية في جنائية أو جنحة

تتحقق هذه الحالة عند متابعة الأجنبي جزائيا لارتكابه جنحة أو جنائية، وإدانته بموجب حكم أو قرار نهائي بعقوبة سالبة للحرية، ففي هذه الحالة يصدر وزير الداخلية قرارا يتضمن إبعاده من الإقليم الجزائري، وينفذ عليه بإتباع الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 31 من القانون 08-11، كما يمكن إبعاد الأجنبي بموجب حكم جزائي متضمن عقوبة تبعية أو تكميلية كالمنع من الإقامة، حيث يبعد الأجنبي في هذه الحالة بمجرد نفاذ عقوبة الحبس النافذ.

ثالثا: عدم مغادرة الإقليم الجزائري في الميعاد المحدد

تتطبق هذه الحالة على الأجنبي الذي كان مقيما في الجزائر بطريقة قانونية، إذ أنه وبمجرد انتهاء مدة إقامته دون تجديدها، أو يصبح غير مستوف لشروط منحها، كانتهاء مدة الدراسة مثلا أو مدة عقد العمل، تسحب منه بطاقة المقيم في أي لحظة، ويعذر من أجل مغادرة الإقليم الجزائري طوعية في ميعاد 30 يوما، تسري ابتداء من تاريخ تبليغه بالإجراء الذي يمكن وبصفة استثنائية تمديده إلى 15 يوما إضافية بطلب مبرر⁽²⁰⁾، فإذا رفض الأجنبي-الذي تم اعداره-مغادرة الإقليم طوعية، بعد انتهاء المدة الأصلية والإضافية في حالة تمديدها، يصدر وزير الداخلية قرارا إداريا يتضمن إبعاده عن الإقليم الجزائري، إلا إذا صادفته قوة قاهرة منعتة من المغادرة.

على أن يلاحظ هنا، أنه في جميع هذه الحالات، فلا تمنح للأجنبي سوى مهلة تتراوح بين 48 ساعة و15 يوما من أجل مغادرة الإقليم الجزائري طوعية، وبعد انتهاء هذه المدة ينفذ عليه قرار الإبعاد جبرا، إلا إذا طعن في قرار الإبعاد أمام قاضي الاستعجال الإداري، ففي هذه الحالة يوقف تنفيذ قرار الإبعاد بقوة القانون إلى غاية الفصل في الدعوى⁽²¹⁾.

المبحث الثاني: دور القاضي الإداري الاستعجالي في حماية حرية تنقل الأجانب

إذا كان المشرع بموجب المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد أعطى للقاضي الإداري الاستعجالي سلطة الأمر بجميع التدابير الضرورية الكفيلة بحماية حريات الأفراد الأساسية، متى كان هناك اعتداء من طرف الإدارة، وهو نص يطبق على الوطني والأجنبي، فالقانون رقم 08-11 يعد هو الإطار التشريعي الخاص بتنظيم دخول وإقامة الأجانب في الجزائر، من حيث كونه قد زود قاضي الاستعجال الإداري⁽²²⁾، بسلطة

التدخل لحماية حريات الأجانب من اعتداء الإدارة، والذي قد يصل إلى حد قطع علاقته بالدولة عن طريق إصدار قرار إداري يتضمن إبعاده عن الإقليم الجزائري.

ولما كان الأمر هنا يتعلق بدعوى استعجاليه، فليس ثمة ما يحول دون استفادة الأجنبي من خصوصية الإجراءات التي قررتها المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواعيد المتناهية القصر للفصل في الدعوى، وبالتالي فسلطات القاضي الإداري الاستعجالي واسعة، منها ما هو منبثق من نص المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومنها ما هو مقرر بالقانون 08-11، والتي قد تصل إلى حد إلغاء قرار الإبعاد (المطلب الأول).

وعلى الرغم من السلطات التي نص القانون 08-11 على منحها للقاضي الإداري الاستعجالي في إطار الرقابة قرار الإبعاد، إلا أنها إلى حد ما تعتبر محدودة، وذلك راجع إلى منح القانون أعلاه الإدارة سلطة واسعة في اللجوء إلى الإبعاد، وتبنيه مصطلحات فضفاضة وواسعة، إضافة إلى قيود إجرائية أخرى قد تأثر بالسلب على فعالية تدخله (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في مواجهة قرار الإبعاد

سمحت المادتان 31 و32 من القانون 08-11 للأجنبي الذي يصدر في حقه قرارا بالإبعاد، أن يلجأ إلى القاضي الإداري الاستعجالي للطعن فيه في ميعاد 05 أيام من تاريخ تبليغه، مع تمديد مدة الطعن إلى 30 يوما بالنسبة للحالات المذكورة بالمادة 32.

غير أن المادتان أعلاه، لم تحدد ميعاد اللجوء إلى القاضي المستعجل في حالة عدم تبليغ قرار الإبعاد، وفي هذا المقام يمكن القول أن المتعارف عليه ونظرا للطبيعة الخاصة للقضاء الاستعجالي، فيجب اللجوء إليه لطلب الحماية المستعجلة في آجال معقولة، غير أن عدم اللجوء للقضاء في حالة عدم التبليغ لا يترتب عليه إطلاقا تصريح القاضي بعدم الاختصاص النوعي لعدم توافر حالة الاستعجال مثلا، لكون النصين أعلاه اشترطا تبليغ القرار للمعني، وهو التاريخ الذي يبدأ فيه الميعاد بالسريان.

ومهما يكن من أمر، فالمشرع سمح للقاضي الإداري الاستعجالي الأمر بوقف تنفيذ قرار الإبعاد، خارقا بذلك الشروط المحددة لوقف التنفيذ بموجب المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما سمح له تخطي حدود اختصاصه كقاضي استعجال وتصريحه بإلغاء قرار الإبعاد، وهذه الحالة تعد استثنائية، حاول المشرع من خلالها الخروج عن القواعد الكلاسيكية لاختصاص قاضي الاستعجال، وهو ما سيفصل في الموضوع التالي.

الفرع الأول: عن سلطة القاضي الإداري الاستعجالي في إلغاء قرار الإبعاد

يستفاد من خلال الرجوع لنص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 31 من القانون 08-11، وأن المشرع قد أجاز للأجنبي موضوع قرار وزير الداخلية المتضمن الإبعاد، أن يرفع دعوى أمام القاضي الاستعجالي المختص في المواد الإدارية، وذلك في أجل أقصاه 05 أيام من تاريخ تبليغ القرار، ويفصل القاضي في الدعوى في أجل أقصاه 20 يوما من تاريخ تقديم الطعن.

والواضح من خلال هذا النص، أنه قد خرج عن القواعد العامة المتعلقة بالاختصاص المنعقد لقضاء الاستعجال، والتي تفرض اتخاذها لمجرد تدابير وقائية لا تمس بأصل الحق، واعتمد قواعد جديدة خاصة بهذا النوع من المنازعات، تتمثل في منح قاضي الاستعجال سلطة إلغاء قرار الإبعاد، لأن النص المتقدم ومع أنه لم يحدد صراحة السلطات التي يتمتع بها قاضي الاستعجال، فإنه استعمل مصطلح "الطعن"، وهو يفيد منح الاختصاص لقاضي الاستعجال للفصل في جوهر النزاع، حيث يمكن له الخوض في موضوع القرار، وتقدير مدى احترامه للقواعد القانونية والواقعية⁽²³⁾، وهذا اختصاص غير مألوف ضمن سلطات قاضي الاستعجال الإداري المنصوص عليها بأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ذلك أنه ومن المتعارف عليه، أن سلطة القاضي الإداري في مجال دعوى الإلغاء، تتميز باقتصارها على إمكانية القضاء بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، دون تعديله لهذا القرار الملغى أو استبداله، كما يكون للحكم الصادر فيها حجية مطلقة في مواجهة الكافة⁽²⁴⁾، وبهذا فهي دعوى موضوعية توجه ضد قرار إداري تنظيمي كان أو فرديا، كما أنها لا تكون في مواجهة خصم معين بل توجه إلى القرار ذاته، وتقتصر سلطة القاضي فيها على رقابة المشروعية، والنطق إما بإلغاء القرار المتسم بأحد عيوب المشروعية، وإما برفض هذه الدعوى، دون أن يتجاوز ذلك إلى اتخاذ أي إجراء آخر.

ومهما يكن من أمر، فإذا كان المشرع بموجب المادة 31 من القانون رقم 08-11، قد تبنى مخالفة ضوابط اختصاص قضاء الاستعجال الإداري، ومنح له السلطة لإلغاء قرار الإبعاد، فإن هذا التوجه يؤدي وظيفة مزدوجة، فمن جهة أولى فهو يعد مبررا بفكرة الأمن العام المقررة لحماية المصالح الأساسية للمجتمع، ومن جهة ثانية فهو يستجيب لضرورة الاستعجال المقررة لحماية حرية تنقل الأجنبي، لأن قاضي الاستعجال الإداري، ومع أنه يتمتع بحكم المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بسلطات عديدة في مجال

حماية الحريات الأساسية، كسلطة توجيه الأوامر للإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، وهي سلطات تحافظ على ضوابط الاستعجال، لا سيما عدم مساسها بأصل الحق، وانحسار حجبتها إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع، فان دواعي النظام العام تبقى مرجحة على حماية الحريات الأساسية في حالة التعارض بين المصلحتين.

الفرع الثاني: سلطة وقف تنفيذ قرار الإبعاد

إذا كان المشرع بمقتضى المادة 3/32 من القانون 08-11، قد منح لقاضي الاستعجال الإداري سلطة وقف تنفيذ قرار الإبعاد بصفة مؤقتة، فهي سلطة جاءت مشروطة بحالة الضرورة القصوى، والتي تعد بالدرجة الأولى كحالات إنسانية، لأن تنفيذ قرار الإبعاد قد تتجم عن أضرار لا يمكن تلافيها في المستقبل، وهذه مسألة تقتضي الوقوف عند هذه الحالات، وشروط قبول طلب وقف التنفيذ.

أولاً: حالات الضرورة القصوى المبررة لطلب وقف تنفيذ قرار الإبعاد

يستفاد من خلال الرجوع للمادة 32 المتقدمة، وأنها جاءت بمجموعة من الحالات غير محددة على سبيل الحصر، تشكل سببا لتدخل قاضي الاستعجال الإداري لوقف تنفيذ قرار الإبعاد بصفة مؤقتة، وهي حالات إنسانية تتعلق بالقاصر، وبمقتضاها يجوز للأب الأجنبي أو الأم الأجنبية لطفل جزائري قاصر مقيم بالجزائر، إذا أثبت أنه يساهم في تربية هذا الطفل القاصر، أن يلجأ إلى قاضي الاستعجال الإداري للمطالبة بوقف تنفيذ قرار الإبعاد الصادر في مواجهته، وبهذا فغاية المشرع من وراء هذه الحالة تكمن في حماية مصالح الطفل القاصر، والحامل الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر حسب المادة 07 من قانون الجنسية⁽²⁵⁾، وليس حماية لمصالح أحد والديه الأجنبي الجنسية محل قرار الإبعاد.

كما يجوز للأجنبي القاصر عند اتخاذ قرار الإبعاد، أن يلجأ بواسطة الولي أو الوصي إلى قاضي الاستعجال الإداري للمطالبة بوقف تنفيذ قرار الإبعاد، وتحقق هذه الحالة في الجزائري القاصر الذي له جنسية أخرى أجنبية أصلية، وأذن له بموجب مرسوم بالتخلي عن الجنسية الجزائرية حسب المادة 18 فقرة 2 من قانون الجنسية، فيصبح في نظر القانون أجنبي، وكذلك القاصر الذي جرد أبويه من الجنسية الجزائرية في حالة امتداد التجريد له حسب المادة 24 فقرة 2 من قانون الجنسية.

ويمكن للأجنبي اليتيم القاصر الذي صدر في حقه قرار الإبعاد، أن يستفيد من نفس الإجراء، وهذه الحالة تطرح من الناحية العملية إشكالية تتعلق برفع الدعوى، ما دام الأمر يتعلق بالأجنبي القاصر اليتيم الأبوين، ومن حيث كونه لا يتمتع بأهلية التقاضي،

فالشخص المخول برفع الدعوى نيابة عنه في ظل غياب الولي والوصي هو المقدم الذي تعينه المحكمة، إما بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة نزولا عند حكم المادة 99 من قانون الأسرة⁽²⁶⁾.

وتبقى الحالة الأخيرة المدرجة ضمن الحالات الإنسانية، والتي أجاز فيها النص المتقدم تقديم طلب وقف تنفيذ قرار الإبعاد، تلك المتعلقة بالمرأة الحامل وقت صدور قرار الإبعاد، ولعل الغاية من ذلك تكمن في حماية مصالح الجنين الذي يمكن أن يكون من أب جزائري، وبذلك فهو يحمل الجنسية الجزائرية الأصلية بقوة القانون في حالة ميلاده حيا، وعلى هذا الأساس فإذا كان من حق الدولة إبعاد والدته لأي سبب كان، فليس لها أن تبعده باعتبارها جزائري وليس أجنبي.

ثانيا: مدى خضوع دعوى وقف تنفيذ قرار الإبعاد للشروط العامة للاستعجال

وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المواد 918 إلى 921 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلا تقبل دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية، إلا إذا كانت مستوفية لشروطي الصفة والمصلحة المنصوص عليهما في المادة 13 من نفس القانون، فضلا عن الشروط المتعلقة بقيام حالة الاستعجال، وعدم مساس طلب وقف التنفيذ بأصل الحق، ورفع دعوى موضوع موازية لدعوى وقف التنفيذ، ووجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

لكنه وخروجا عن هذه القواعد العامة، فالمشرع من خلال نص المادة 32 أعلاه، قد استغنى عن هذه الشروط، رغم أن الأمر يتعلق بحالة من حالات الاستعجال القصوى المتعلقة بالتعدي، وهي حالات محكومة بالمادة 921 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بما يعني وأنه قد مائل بين حالات الاستعجال القصوى الواردة في هذا النص العام، والتي تبرر وقف التنفيذ عند استيفاء الشروط المتقدمة، وحالات الضرورة القصوى المنصوص عنها بأحكام المادة 32 من القانون 08-11 أعلاه، والتي تبرر وقف التنفيذ من دون تلك الشروط.

وما يؤكد هذا الطرح، أن مجرد الطعن في قرار الإبعاد أمام قاضي الاستعجال الإداري طبقا للمادة 31 من القانون 08-11، يوقف تنفيذ قرار الإبعاد بصفة آلية، بما يعني وأنه قد جعل للطعن في قرار الإبعاد أثرا موقفا، وبالتالي فلم تعد هناك أية ضرورة لرفع دعوى وقف التنفيذ، لأن إجراء رفع دعوى الإلغاء وحده كفيلا بوضع حد لقرار الإبعاد إلى غاية الفصل فيها، على أن يلاحظ هنا أنه وفيما يخص دعوى وقف تنفيذ قرار الإبعاد، فالمادة 32

من نفس القانون قد عبرت عنه بمصطلح "الضرورة القصوى"، بما يعني وأنه كلما تعلق قرار الإبعاد بأحد الأشخاص المذكورين في هذا النص، كلما شكل ذلك ضرورة قصوى أو حالة إستعجالية، تبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري للأمر بوقف تنفيذ قرار الإبعاد.

المطلب الثاني: قيود سلطة قاضي الاستعجال الإداري في حماية حرية تنقل

الأجانب

رغم السلطات غير المألوفة الممنوحة لقاضي الاستعجال الإداري من أجل حماية حرية الأجانب في التنقل، وهي سلطات تسمح له من حيث المبدأ بممارسة الرقابة بشأن تعسف الإدارة في إصدار قرار الإبعاد، فإن هذه السلطات تبقى محدودة، نظرا للسلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في إصدار قرار الإبعاد من جهة، وللمفاهيم الواسعة لمدلول النظام العام التي تبناها القانون 08-11 من جهة أخرى، وهذه مسألة كانت للقضاء منها مواقف متباينة، مما يقتضي التعرض لاتساع سلطة الإدارة في تسبب قرار الإبعاد وتبني النصوص لمفاهيم واسعة، ثم التعرض لموقف القضاء من تبرير الإبعاد بفكرة النظام العام.

الفرع الأول: اتساع سلطة الإدارة في تسبب قرار الإبعاد وتبني النصوص

لمفاهيم واسعة

إذا كان القانون 08-11، قد خول للدولة سلطات واسعة في تنظيم عملية دخول الأجانب إلى الإقليم الجزائري والإقامة والتنقل فيه، فإن ذلك يرجع لطبيعة حرية التنقل في حد ذاتها من جهة، ومقتضيات النظام العام من جهة أخرى، إذ يستحيل على المشرع—أمام هذه المصالح المتعارضة—أن يحدد منهاجا أو يعين مسارا مسبقا تلتزم به الإدارة في مباشرة اختصاصاتها لدواعي المصلحة العامة، أو أن يرسم لها الموقف الواجب اتخاذه، والقرار الواجب إصداره لمواجهة كل حالة أو ظرف على حدة، لأنه لا يتنبأ بالظروف التي ستحيط بكل تصرف، وبالتالي فإن تقييد سلطة الإدارة في هذا الميدان، سوف يؤدي إلى إعاقته عن القيام بوظائفها الأساسية وفي الحفاظ على أمنها وسلامتها⁽²⁷⁾، بما يعني وأن السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال، تبقى مرهونة بمراعاة هذه الاعتبارات.

ومما يؤكد محدودية سلطة القاضي في بسط رقابته على مشروعية قرار الإبعاد، غموض مجموعة من المصطلحات الواردة في القانون 08-11 كمصطلح "النشاطات المنافية للأخلاق أو السكينة العامة أو التي تمس المصالح الوطنية"، وهي مصطلحات شاسعة تؤدي العديد من المعاني، وقد تلجأ إليها الإدارة لتأسيس قرار الإبعاد، فالنشاطات المنافية للأخلاق مثلا هي تلك الأفعال أو السلوكات المشينة التي تصدر من الأجنبي، والتي

لا تتلاءم مع عادات وتقاليده وقوانين الجمهورية، كإسهام الأجنبي في إفساد أخلاق الشباب الوطنيين نتيجة لشذوذه الجنسي.

وإذا كان المشرع قد استعمل أيضا مصطلح "تهديد النظام العام"، فهو مصطلح يمكن للإدارة أن تفسره حسب تقديرها، مما قد يؤدي إلى الاعتداء على حرية تنقل الأجنبي، ومن تم إصدارها لقرار بإبعاده، ولو كانت نشاطاته لا تشكل خطرا على الدولة، إذ يعتبر النظام العام أحد أهم الأسباب الموجبة لإبعاد الأجنبي، وهو مصطلح عادة ما تتأى التشريعات عن تعريفه، أو حتى تحديد بعض عناصره، مما يعطي للإدارة سلطة واسعة في استعماله، متى رأت أن وجود أجنبي فوق أراضيها غير مرغوب فيه، وبصرف النظر عما إذا كان ذلك يشكل بالفعل تهديد للنظام العام، أو أن الضرر الحاصل من هذا التواجد قد تحقق فعلا، أو أن التهديد إذا كان موجودا بالفعل، قد وصل إلى درجة معينة من الجسامة.

الفرع الثاني: موقف القضاء من تبرير قرار الإبعاد بفكرة النظام العام

لم يشكل اتساع سلطات الإدارة في تسبيب قرار الإبعاد، وغموض مفهوم مصطلح النظام العام عائقا دون القضاء في فرض رقابته على القرارات الإدارية المقيدة للحريات الشخصية بوجه عام، حيث عمل على بسط رقابته إما على الوجود المادي للوقائع التي تستند إليها القرارات الإدارية، وإما على التكييف القانوني لهذه الوقائع، ومدى استجابة الإجراء الماس بإحدى الحريات الأساسية لمبدأ اللزوم والتناسب، ومن تم التوصل لتحديد ما يعد من النظام العام، مما يقتضي التعرض لهذا الموقف سواء على مستوى القضاء المقارن، أو على مستوى القضاء الجزائري.

أولا: موقف القضاء المقارن من تبرير قرار الإبعاد بفكرة النظام العام

إذا كان القضاء الإداري في العديد من الدول، قد استقر على بسط رقابته على القرارات الإدارية الماسة بحرية تنقل وإقامة الأجانب، فإن موقف القضاء في كل من فرنسا والمغرب ومصر، يعد الأقرب لموقف القضاء في الجزائر، مما يقتضي الاقتصار على موقف القضاء في هذه الدول من تبرير قرار إبعاد الأجانب بفكرة النظام العام.

1- موقف القضاء الفرنسي

مارس مجلس الدولة الفرنسي رقابته على القرارات الإدارية الصادرة من السلطة الإدارية بشأن حرية تنقل الأجانب وإقامتهم في فرنسا، حيث اعتبر بأن سلوك الأجنبي يكون فيه تهديد للنظام العام وأمن الدولة، إذا كانت هناك أسباب جدية، توحى بأن هذا الأجنبي على اتصال مستمر ومنتظم بالأشخاص أو المنظمات التي تحرض على الأعمال الإرهابية،

أو تيسرها أو تشارك فيها أو تدعمها وتعممها عند نشرها، عندما يكون هذا النشر مصحوبا بمظهر من مظاهر التقيد بالإيديولوجية المعرب عنها، أو التمسك بالرسائل التي تحرض على ارتكاب أعمال إرهابية أو الدعوة إلى مثل هذه الأعمال⁽²⁸⁾.

واضح من خلال هذا القرار، أن مجلس الدولة الفرنسي لم يميز بين النظام العام وبين أمن الدولة رغم اختلاف المفهومين، وذلك من منطلق أن الأمن العام يعد جزءا من النظام العام، كما أنه لم يتمكن من حصر الحالات التي تدخل في مفهوم النظام العام، أو في مفهوم أمن الدولة، بل أنه قد اكتفى بتعداد مجموعة من الحالات التي يمكن أن تشكل في حال ثبوتها تهديدا لأمن الدولة، وهي الأفعال الإرهابية، ويكون بهذا قد رجح مصلحة المجتمع الفرنسي على حرية تنقل وإقامة الأجنبي.

(2)-موقف القضاء المغربي

اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط في المغرب، بأن القرارات الصادرة في إطار رفض الترخيص بإقامة الأجانب وإبعادهم، وإن كانت غايتها حماية النظام العام، فإنها لا تستهدف في جميع الأحوال حماية الأمن الداخلي والخارجي للدولة، لكون مفهومه مختلف وأقل اتساعا من مفهوم النظام العام، خاصة أن رفض الترخيص قد يكون ناتجا عن مجرد عدم استيفاء الملف لوثيقة معينة، أو لأي سبب آخر غير ذي اتصال بأمن الدولة، وحتى في الأحوال التي يكون فيه الرفض مؤسسا على تهديد وجود الشخص الأجنبي بتراب المملكة للنظام العام، طبقا للمادة 16 من القانون رقم 02-03، كما استند إلى ذلك الوكيل القضائي للمملكة في النازلة، فإن ذلك لا يعني بالضرورة أنه شخص خطير على أمن الدولة، من منطلق أن النظام العام يشمل جميع القواعد العامة التي ترسخ لدى المجتمع الاعتقاد بكونها أساسية، وخرقها يشكل تهديدا لاستقراره وقيمه الأخلاقية والدينية، ويدخل في نطاقه القواعد القانونية الآمرة والأعراف والقيم العليا المشتركة، وأن حماية قواعده... تتم في شق منها عن طريق حماية مصالح أقل أهمية من الأمن الداخلي والخارجي للدولة..وهو جزء من النظام العام المعتمدة قواعده أشمل، ولذلك فإن تمسك الإدارة بكون قرار رفض التجديد ومن تم الإبعاد، يستند إلى تهديد وجود الشخص الأجنبي للنظام العام، لا يبرر في جميع الأحوال امتناعها عن تعليل هذا القرار على أساس المساس بأمن الدولة لاختلاف المفهومين، من منطلق أنه ليس كل تهديد للنظام العام ينطوي على تهديد للأمن الخارجي والداخلي للدولة⁽²⁹⁾.

واضح من خلال هذا الحكم، أن القضاء الإداري المغربي قد اعتبر بأن الحالات أو الوقائع التي تبرر للإدارة اتخاذ قرار الإبعاد، هي الوقائع التي تهدد الأمن الداخلي والخارجي للدولة، بما يعني وأن مجرد تبرير الإدارة لقرار الإبعاد بفكرة النظام العام، لا يعد دائما كافيا لتبرير مثل هذا القرار الماس بحرية تنقل وإقامة الأجنبي، ويكون القضاء المغربي بهذا قد نزح نحو الموازنة بين حرية الأجنبي في التنقل والإقامة وبين حماية مصلحة المجتمع.

(3)-موقف القضاء المصري

فرضت محكمة القضاء الإداري المصري -ومنذ الخمسينات- رقابتها على الوجود المادي للوقائع، فيما يتعلق بسلطة الإدارة التقديرية في تجديد إقامة الأجانب ذوي الإقامة المؤقتة، حيث قضت: "أنه لا يوجد ما يلزم جهة الإدارة بتجديد إقامتهم، طالما خلا قرارها من إساءة استعمال السلطة، وأنه يتعين على الأجنبي أن يغادر الأراضي المصرية عند انتهاء مدة إقامته، ما لم يكن قد حصل قبل ذلك على ترخيص من وزارة الداخلية بمد مدة إقامته لأسباب جدية يبيدها"⁽³⁰⁾.

وعند ممارسة نفس المحكمة للرقابة على قرارات الإبعاد، اعتبرت من التدابير الخاصة بالأمن الداخلي للدولة، وليست عملا من أعمال السيادة، حيث قضت على أنه: "إذا كانت إقامة الأجنبي خلسة بطريق الخفاء، وبغير ترخيص قانوني صحيح صادر من السلطات المختصة، فإنها تكون غير مشروعة، وبالتالي لا يجوز ترتيب أي أثر قانوني عليها"⁽³¹⁾.

والذي يظهر من خلال مثل هذه الأحكام، أن القضاء الإداري في مصر، قد اعتد بالوجود المادي للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرار عدم تجديد الإقامة أو الإبعاد، واعتبر بأنها تتمتع بسلطة تقديرية في عدم تجديد الإقامة للأجنبي، على أن لا يكون قرار الرفض مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة، وأن قرارات الإبعاد تندرج ضمن التدابير الماسة بالأمن الداخلي للدولة، ويكون القضاء الإداري المصري بهذا قد رجح دواعي الأمن العام على حماية حرية تنقل وإقامة الأجانب.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من تبرير قرار الإبعاد بفكرة النظام العام

إذا كان القضاء الإداري في الجزائر -وعلى غرار القضاء المقارن- قد مارس رقابته على القرارات الإدارية الصادرة بشأن حرية تنقل وإقامة الأجانب في الجزائر، فإن الموقف المتخذ من طرفه كان في ظل سريان قانون الإجراءات المدنية القديم.

ذلك أن المحكمة العليا وفي ظل سريان قانون الإجراءات المدنية القديم، قضت بأنه: "إذا كان من المقرر قانونا أن قاضي الأمور المستعجلة الجالس للبت في القضايا الإدارية، مختص باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة في حالة الاستعجال، فإن مقتضيات المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية المخولة له ذلك، قد استثنت من نطاق اختصاصه النزاعات المتعلقة بالنظام العام، ومن ثمة وجب اعتبار قرار المنع من الإقامة، تدبيراً أمنياً صادراً عن مصالح الأمن العام، ومتخذاً ضمن نطاق الصلاحيات الموكلة إليها، مما يتعين تأييد الأمر الاستعجالي المستأنف الذي صرح بعدم قبول الدعوى الرامية إلى تأجيل قرار المنع من الإقامة" (32).

واضح من خلال هذا القرار، أن المحكمة العليا قد اعتدت بالوجود المادي للوقائع التي استند إليها قرار المنع من الإقامة ومن دون مناقشة، واعتبرت بأن قاضي الاستعجال الإداري غير مخول بحكم القانون من بسط رقابته على القرارات الإدارية المتضمنة المنع من الإقامة لدواعي النظام العام، وهو ما يحول دون تكييف قاضي الاستعجال الإداري لهذه الوقائع، كما يحول دون تحقيقه من مدى استجابة إجراء المنع من الإقامة لمبدأ اللزوم والتناسب.

خاتمة

وختاماً لهذا البحث، يمكن القول بأن حرية التنقل تعد من ضمن الحريات الشخصية للصيقة بالإنسان، بل أنها تعد من الحريات الأساسية التي تركز عليها باقي الحريات العامة الأخرى، فمن دون ممارسة الإنسان لها يتعذر عليه ممارسة غيرها من الحريات، وهي مكفولة للأجنبي كما للوطني، ومع ذلك فهي ليست مطلقة، بل أنها تعد من الحريات النسبية المقيدة، وذلك بموجب نصوص دستورية أو تشريعية.

أن الدستور الجزائري لسنة 1996، قد كفل حرية التنقل بموجب نص صريح هو المادة 55 منه، ومع أن هذا النص لم يقيد ممارستها بأي قيود، فإن ذلك لا يعني وأنه قد أطلق للأجنبي كما للوطني ممارستها ومن دون قيود، بل أن هذه الحرية يمكن أن تخضع للتقييد بموجب قانون حماية للنظام العام، على أن لا تمس تلك القيود بجوهر حرية تنقل وإقامة الأجنبي.

أن المشرع الجزائري ومع أنه قد أخضع حرية تنقل الأجانب في الجزائر لبعض الشروط، وهي المتمثلة في إقامته بالجزائر، وعدم مساسه بالسكينة العامة وأحكام قانون إقامة الأجانب وقوانين الجمهورية، وتقديمه للمستندات التي تثبت وضعيته عند كل طلب من

الأعوان المؤهلين، وتصريحه للجهات الأمنية بتغيير إقامته، فهي شروط أو قيود منصوص عليها في القانون، وتعد ضرورية لحماية النظام العام.

أن غياب التحديد الدقيق لمفهوم النظام العام، قد يؤدي إلى تقليص الغرض من تقرير الحماية المستعجلة للمتضرر من قرار الإبعاد، نظرا لقابلية هذا المفهوم للتوسع والضيق حسب الظروف السائدة في المجتمع، كما أنه يخدم المصلحة العامة للمجتمع، وعليه لا يمكن حصره في دائرة دون أخرى، فهو شيء نسبي ومن يصعب تحديده تحديدا مطلقا وتعميمه على جميع الحالات وفي جميع الأزمنة.

أن المشرع الجزائري ومع أنه قد أجاز للسلطة الإدارية إصدار قرار بإبعاد الأجنبي، عند إخلال هذا الأخير بشروط تنقله وإقامته في الجزائري، فإنه قد أخضع ممارستها لتلك السلطة لرقابة قاضي الاستعجال الإداري، وزوده بالعديد من السلطات، قد تصل إلى حد إلغاء قرار الإبعاد أو الأمر بوقف تنفيذه، إذا كانت الإدارة قد أساءت استعمال سلطتها عند إصداره، بما يؤدي إلى الحماية القضائية لحرية الأجنبي في التنقل والإقامة المكفولة بموجب القانون.

أن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والمغرب وحتى الجزائر يفرض رقابته على ما تتخذه السلطة الإدارية من تدابير بالقدر اللازم، وفي إطار الموازنة بين حرية تنقل وإقامة الأجنبي وبين الحفاظ على متطلبات الأمن والنظام العام والمصالح العليا للمجتمع، وبالشكل الذي لاتصل فيه تلك التدابير إلى حد الانتقاص من هذه الحرية أو إهدارها.

الهوامش:

¹ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996. معدل ومتمم بموجب قانون 02-03 مؤرخ في 10 ابريل 2002، ج.ر عدد 25، المؤرخة في 14 ابريل 2002، وبموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15-11-2008، ج.ر عدد 63 المؤرخة في 16-11-2008، وبموجب قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06-03-2016، ج.ر عدد 14 المؤرخة في 07-03-2016.

² - القانون 08-11 المؤرخ في 25 يونيو 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتقلتهم فيها، ج.ر عدد 36، المؤرخة في 02 يوليو 2008.

تجدر الإشارة إلى أن هذا القانون وأحكام إبعاد الأجانب لا تطبق على أعضاء البعثات الدبلوماسية والقنصلية المعتمدة في الجزائر والحائزين الصفة الدبلوماسية، عملاً بالمادة 02 من القانون 08-11 أعلاه.

⁽³⁾ - القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، المؤرخة في 28 فبراير 2008.

⁽⁴⁾ - خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، الطبعة الثانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005، ص 310.

⁽⁵⁾ - OLIVIER Le Bot, La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté (Etude de l'article L521-2 du code de justice administrative, LGDJ, 2007, P 119.

⁽⁶⁾ - هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 138.

⁽⁷⁾ - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمد وعرض للتوقيع والمصادقة والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 والذي دخل حيز التنفيذ في 23 مارس 1976، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر. عدد 20، المؤرخة في 17 ماي 1989.

⁽⁸⁾ - نصت المادة 26 من القانون 08-11 على أنه: "يمكن مصالح الأمن أن تحجز مؤقتاً جواز أو وثيقة السفر الخاصة بالأجانب الموجودين في وضعية غير قانونية، مقابل وصل يعد بمثابة بيان لهويتهم، إلى غاية البت في وضعيتهم".

⁽⁹⁾ - نصت على هذه العقوبات المادة 40 من القانون 08-11، التي جاء فيها: "يعاقب بغرامة مالية من 2000 دج إلى 15000 دج الأجنبي الذي لا يقوم بالتصريح المنصوص عليه في المادة 27 أعلاه".

⁽¹⁰⁾ - صالح عبد الزهرة الحسون، حقوق الأجانب في القانون العراقي، الطبعة الأولى، دار الآفاق الجديدة، العراق، 1981، ص 163.

⁽¹¹⁾ - أحمد عبد الحميد عشوش، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1990، ص ص 473-474.

⁽¹²⁾ - DUCROQUETZ Anne-Lise, L'expulsion des étrangers en droit international et européen, thèse de doctorat en droit Public, université de LILL2, 12 Décembre 2007, p35

⁽¹³⁾ - صالح عبد الزهرة الحسون، مرجع سابق، ص 165.

- بسعيد مراد، الإبعاد و/أو الطرد إلى الحدود في ظل القانون 08-11، تعدد المقاربات ووحدة الهدف، - مجلة أكاديميا، مخبر إصلاح السياسات العربية في ظل تحديات العولمة، جامعة الشلف، دار كنوز للإنتاج والنشر والتوزيع، العدد 02، 2014، ص 280.

⁽¹⁴⁾ - لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء راجع: محمد الروبي، إخراج الأجانب من إقليم الدولة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 18.

⁽¹⁵⁾ - تم النص على هذه العقوبة في المادة 13 من الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 49، المؤرخة في 11 جوان 1966.

⁽¹⁶⁾ - نصت المادة 36 من القانون 08-11 على أنه: يمكن طرد الأجنبي الذي يدخل إلى الجزائر بطريقة غير شرعية أو يقيم بطريقة غير قانونية على الإقليم الجزائري، إلى الحدود بقرار صادر عن الوالي المختص إقليميا، إلا في حالة تسوية وضعيته الإدارية.

⁽¹⁷⁾ - في الحقيقة وبالرغم من سكوت المشرع الجزائري عن النص على إمكانية الطعن في قرار الطرد أو الإبعاد في ظل الأمر 66-211 المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر الملغى، إلا أن مجلس الدولة تصدى لقرار طرد أجنبي، وصرح بوقف تنفيذه إلى غاية الفصل في دعوى إلغائه، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 283 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الملغى. لمزيد من التفصيل راجع: مجلس الدولة، قرار رقم 13772، صادر بتاريخ 14-08-2002، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 2، 2002، ص 221.

⁽¹⁸⁾ - هوري ليلي، معاملة الأجانب -دراسة مقارنة - ما بين التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري والشرعية الإسلامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجبالي اليايس، سيدي بلعباس، 2013، ص 49.

⁽¹⁹⁾ - محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الحقوق المحمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص ص 82-84.

⁽²⁰⁾ - أنظر المادة 22 من القانون 08-11، مرجع سابق.

⁽²¹⁾ -الأصل أن دعوى الإلغاء المرفوعة أمام القضاء الإداري، لا توقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وفقا لأحكام المادة 833 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن حالة قرارات الإبعاد جاءت كاستثناء على هذه القاعدة العامة.

⁽²²⁾ - الجدير بالذكر هنا أن المقصود بالقاضي الإداري الاستعجالي هو مجلس الدولة، والذي يفصل في المسائل الاستعجالية بالتنشكيل الجماعية، وذلك راجع إلى كون الطعن يقدم في مواجهة وزير الداخلية الذي أصدر قرار الإبعاد، وطالما أن قاضي الاستعجال يتبع قاضي الموضوع، فالاختصاص بمسائل إبعاد الأجانب يبقى منوط بمجلس الدولة.

⁽²³⁾ - الجدير بالذكر في هذا المقام، أن القضاء الإداري الاستعجالي المغربي سبق له وأن صرح بإلغاء قرار إبعاد أجنبي، سببته الإدارة على فكرة النظام العام دون تبيان الواقعة التي استندت إليها لتبرير قرار الإبعاد بالنظام العام، لمزيد من التفصيل راجع: المحكمة الإدارية بالرباط، القضاء المستعجل، أمر رقم: 2917، بتاريخ 05/08/2016، منشور على شبكة الانترنت، موقع: www.marocdroit.com.

⁽²⁴⁾ - محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية (دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة في حماية الحريات الأساسية وفقا لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 186.

⁽²⁵⁾ -الأمر 70-86 المؤرخ في 15-12-1970، المتضمن قانون الجنسية، ج ر عدد 105، الصادرة بتاريخ 18-12-1970، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-01 المؤرخ في 27-02-2005، ج ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 27-02-2005.

²⁶ - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد 24 الصادرة بتاريخ 12-06-1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005، ج.ر. عدد 15 الصادرة بتاريخ 27-02-2005.

²⁷ - محمد الحيان، دور القاضي الإداري الاستعجالي في حماية حقوق وحريات الأجانب بالمغرب، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://platform.almanhal.com/Files/2/42171>، تاريخ الاطلاع: 23-12-2017.

²⁸ - C.E, 1 Décembre 2017, Arrêt M.I.A.B/ ministre de l'intérieur, www.legifrance.gouv.fr.

²⁹ - المحكمة الإدارية بالرباط، القضاء المستعجل، أمر رقم: 2917، بتاريخ 05/08/2016، منشور على شبكة الانترنت، موقع: www.marocdroit.com.

³⁰ - حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 3551 مؤرخ في 28-12-1954، س9، القاعدة 147، ص192، نقلا عن: سيفان باكراد ميسروب، حرية السفر والتنقل، مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل-العراق، المجلد (11)، العدد (42)، السنة (2009)، ص280.

³¹ - حكم محكمة القضاء الإداري المصري، القضية رقم 1091 مؤرخ في 12-01-1953، س6، نقلا عن: سيفان باكراد ميسروب، المصدر نفسه، ص281.

³² - قرار المحكمة العليا-الغرفة الإدارية رقم 26998 بتاريخ 26-12-1981، الصادر في القضية القائمة بين (د.ك) ضد رئيس مكتب الأبحاث والتنظيم والأمن العام لقسم الهجرة، المجلة القضائية، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد (2)، سنة 1989، ص188.

عن أولوية المنتج ذو المنشأ الوطني والمؤسسات الوطنية في مجال الصفقات العمومية

الأستاذ: عبد الغني بولكور

أستاذ مساعد (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر

ملخص:

تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية ضرورة احترام المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية خاصة المساواة في معاملة المرشحين ، حيث ربط المشرع بين تلك المبادئ ونجاعة الصفقات العمومية، غير أن نفس القانون خص المتعاملين الوطنيين و/ أو المنتجات ذات الأصل الوطني بنوع خاص من المعاملة التفضيلية، جاعلا من الصفقة العمومية أداة لمحاولة تنشيط مختلف الأعوان الاقتصاديين ولترقية الأداة الوطنية للإنتاج، وما يخلفه ذلك من نتائج غير مرغوب فيها فيما يخص حسن تنفيذ ونجاعة الطلبات العمومية.

الكلمات المفتاحية: الأفضلية، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الأعوان الوطنيين، المنتج ذو الأصل الوطني، المناولة.

Résumé

Le processus d'entrée dans les marchés publics est régi par la nécessité de respecter les principes contenus dans l'accord public En particulier l'égalité de traitement des candidats, Le législateur a lié ces principes à l'efficacité des marchés publics.

Cependant, la même loi discriminait les concessionnaires nationaux et / ou les produits d'origine nationale en particulier du traitement préférentiel, faisant de la transaction publique un outil pour essayer d'activer les différentes puissances économiques et pour améliorer l'instrument national de production.

Mots clé: La priorité, Le produit original algérien, Agents économiques nationaux, contrats d' manipulation, petite et moyenne entreprises.

مقدمة:

نص المشرع الجزائري على المساواة في معاملة المرشحين المتنافسين في مجال الصفقات العمومية، جاعلا من هذا العنصر مبدأ تقوم عليه الصفقة العمومية، ولا أدلّ على ذلك ما تضمنته مختلف النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية في القانون الجزائري، حيث لا يخلو نص قانوني إلا ويؤكد على هذا المبدأ، وهو ما كرسه التنظيم الأخير المرسوم الرئاسي 15-247، حيث ورد في نص المادة الخامسة منه " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

رغم هذا نجد نفس التنظيم ينص على المعاملة التفضيلية للمنتجات ذات الأصل الوطني و للمتعاملين الوطنيين المتدخلين في الصفقات العمومية، يُثير هذا إشكالية حول الكيفية التي من خلالها نفعلّ عنصر التفضيل بما لا يتعارض مع المبادئ التي تقوم عليه الصفقة العمومية ؟

تحتاج مختلف المشاريع الاستثمارية لأموال ضخمة من أجل تجسيدها وتحقيق أثرها على الواقع، يمكن أن يكون مصدرها الخزينة العمومية كما يمكن أن تكون ذات مصدر أجنبي، و مهما كان فإن هذا الأخير له تأثير مباشر على مالية الدولة، خاصة إذا تعلق الأمر بمشاريع استثمارية تتعلق بالبنية التحتية أو المنشآت القاعدية والتي تنجز غالبا من خلال صفقات عمومية، مُخلفة تأثيرا كبيرا على مالية الدولة جراء تلك المبالغ الضخمة لتلك العمليات الاستثمارية.

تدخل المشرع في أحيان كثيرة من خلال القوانين لتوجيه هذه المشاريع للوجهة التي تسعى الدولة من خلالها الحد من استنزاف مواردها المالية أو ترشيدها أو حصر مكان توجيهها، خاصة إذا كان الدفع بالعملية الصعبة، في هذا الصدد حاول تنظيم الصفقات العمومية تكريس هذا التوجه للدولة حيث تضمن العديد من المواد التي لها علاقة بالاستثمار وبكيفية منح هذه المشاريع الاستثمارية من خلال المعاملة التفضيلية للمنتجات ذات الأصل الوطني أو من أجل ترقية الأداة الوطنية للإنتاج كما خصصت حد معين من الصفقات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، في بعض الأحيان يشترط المشرع ضرورة تكريس هذه المشاريع في شكل شراكة وطنية أجنبية.

من خلال ما تقدم نجد أنفسنا أمام اتجاهين مختلفين لكيفية تجسيد سياسة إبرام وتنفيذ الصفقات بين التحفيز للمتعامل الأجنبي وبين تعزيز المعاملة التفضيلية للاستثمارات الوطنية، يطرح هذا إشكالية حول كيفية الموازنة بين الحاجة إلى تواجد العون الأجنبي و الساسة التفضيلية للأعوان الوطنيين في مجال الصفقات العمومية؟

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الوصفي مستعرضا مختلف النصوص القانونية التي نظمت الصفقة العمومية مبرزا المعاملة التي خصت بها الأداة الوطنية والمتوجات الوطنية في مجال الصفقات العمومية.

كما تم توظيف المنهج المقارن لمحاولة إبراز ما يقدمه قانون الاستثمار في مجال المعاملة للاستثمارات الأجنبية ومدى توافق نظرة هذا الأخير مع ما جاء من أحكام في تنظيم الصفقات العمومية.

أما المنهج التحليلي فقد تم توظيفه للبحث عن الغاية التي مكن ورائها اعتمد المشرع هذه السياسة التي تعد ذات أولوية في مجال الصفقة العمومية وذلك من خلال ربطها بمختلف التعليمات الوزارية والقطاعية التي تفسر وتبين كيفية تنفيذ سياسة الحكومة في مجال الطلبات العمومية.

للإجابة على هذه الإشكالية أتناول الموضوع من خلال :

المبحث 1: تعزيز مركز الأعوان الاقتصاديين الوطنيين في مجال الصفقات العمومية.

المبحث 2: المعاملة التفضيلية للمنتج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج في الاستثمارات الوطنية.

المبحث الأول: تعزيز مركز الأعوان الاقتصاديين الوطنيين في مجال الصفقات العمومية

إن حرص المشرع على عنصر المساواة في تنظيم الصفقات العمومية ما هو إلا تطبيقا لأحكام الدستور، والذي يتنافى معه أي تمييز من جهة المصلحة المتعاقدة بين المتقدمين بعروضهم وتنافسهم، ولما كانت المساواة مبدأ دستوريا فقد كرسها في قانون الصفقات لتصبح أحد المبادئ الثلاثة التي تقوم عليها الصفقة العمومية، لكن في بعض

الأحيان تملّي الظروف الاقتصادية للدولة و الحالة الاجتماعية للمجتمع وقصد توسيع حظوظ الشركات الوطنية وتمكين بعض أصناف المؤسسات من الحصول على حصتها ضمن مختلف البرامج الاستثمارية العمومية استلزم وضع آليات خاصة تحكم كيفية التعامل مع المؤسسات الوطنية وتمكينها من حصتها في عروض الصفقات العمومية، في إطار هذه السياسة يتم إعلان عن صفقات تمكّن المؤسسات الوطنية الصغيرة والمتوسطة للفوز بها، وهذا لا يكون في الكثير من الأحيان إلا بتخصيص المشاريع الاستثمارية وإخضاعها لسلسلة من الطلبات التي تتلّام وقدّرات هذه الفئة من الأعوان على خلفية عجز المؤسسات الجزائرية على مجاراة ومنافسة الشركات الأجنبية الكبرى التي استحوذت على جل المشاريع العمومية خلال العشريّة الماضية.

المطلب الأول. المعاملة التفضيلية الخاصة للمستثمرين الوطنيين:

لا تعتبر سياسة التي سلكها المشرع الجزائري اتجاه الأداة الوطنية للإنتاج الوطني خرقاً لمبدأ المساواة وحرية المنافسة عندما أقرّ نوعاً من المعاملة التفضيلية لهذه الأخيرة، رغم أنه لا يتفق ومتطلبات التجارة وتشجيع الاستثمار بالنسبة لدولة كـالجزائر⁽²⁾ كرس تنظيم الصفقات العمومية مبدأً منح الأفضلية و الحماية للمنتج الوطني عبر مختلف قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة،⁽³⁾ حيث تراوحت هذه المعاملة بين التشديد والاعتدال في منح هامش أفضلية للمنتج ذو الأصل الجزائري أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والتي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون بالنسبة لجميع أنواع الصفقات التي وردت في نص المادة 29، بالرجوع إلى نص هذه المادة نجدها تتناول الصفقات العمومية التي موضوعها عمليات إنجاز الأشغال اقتناء اللوازم وإنجاز الدراسات وتقديم الخدمات.

هذا الامتياز الذي قرره المشرع يعد تشجيعاً وتدعيماً للمتعامل الوطني، الذي طالما اشتكى نوعية التعامل مع الإدارات العمومية في ظل التنظيم القديم و تفضيلها للمتعامل الأجنبي في الكثير من العناصر التي يركّز عليها منح الصفقات العمومية، فعلى سبيل المثال في مجال صفقات الأشغال العمومية كان يتم فرض سعر 15 ألف دج للمتر المكعب من الاسمنت المسلح على المقاول الجزائري بينما يستفيد المقاول الأجنبي من سعر 22 ألف دج ما جعل المطالبة بمراجعة هذا السعر في أكثر من مرة.

نص تنظيم الصفقات العمومية على نوعين من المجالات أين يجب أن تخصص المشاريع الاستثمارية في مجال الصفقات العمومية ثلاث أصناف من الأعوان الاقتصاديين، ويتعلق الأمر بصفقات توجه إلى المتعاملين الوطنيين بالإضافة لصفقات تخصص الحرفيين فقط و صفقات تحجز للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة نفصلها كالاتي:

الفرع الأول. الصفقات المحجوزة للمتعاملين الوطنيين:

يعتبر تخصيص هامش أفضلية للمتعامل المتعاقد الوطني ما هو إلا استجابة للمطالب السابقة ومحاولة من المشرع لتشجيع و إنعاش سوق الصفقات من خلال تقرير أفضلية للمتعامل الوطني أو لمنتج من أصل وطني. أما في حالة وقع الاختيار على المتعاملين الأجانب فإنه يحظى بالأسبقية من يقدم منهم أوسع الضمانات، سواء الضمانات ذات الصبغة الحكومية، أو الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ وكذا أهمية الحصص أو المواد المعالجة ثانويا في السوق الجزائرية⁽⁴⁾.

سعيا منها لتطبيق هذه المعاملة التفضيلية وجهت الوزارة الأولى ممثلة في شخص الوزير الأول أحمد أو يحي تعليمة وزارية في أكتوبر 2017 موجهة للولاة والمدراء ورد فيها:

" كل صفقة عمومية لانجاز أشغال في القطاع المدني يجب أن تمنح لمؤسسات محلية جزائرية. كما أنّ اللجوء، عند الضرورة القصوى إلى أية مؤسسة أجنبية، بما في ذلك الخاضعة للقانون الجزائري يجب أن تحضى بالموافقة المسبقة للسيد الوزير الأول"⁽⁵⁾

تضمنت بعض نصوص قانون الصفقات العمومية أحكاما تناولت تخصيص بعض الصفقات وبصورة تفضيلية للأعوان الاقتصاديين والمتعاملين الوطنيين، حيث جاء في نص المادة 85 على: "عندما يكون... و أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن على هذه الأخيرة أن تُصدر دعوة للمنافسة وطنية..."

تفصيلا لهذه السياسة والتي جاءت في إطار مخطط عمل الحكومة لتجسيد برامج التنمية وبغية ترشيد النفقات العمومية، وُجهت تعليمة من السيد وزير الأشغال العمومية والنقل عبد الغني زعلان، جاء في مضمونها أنه لا يُسمح باللجوء إلى المؤسسات الأجنبية إلا في حالة العمليات المعقدة وعندما يكون فيه الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج غير قادرين

على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، حتى و إن تمّ اللجوء إلى المؤسسات الأجنبية فإن ذلك يخضع إلى الموافقة المسبقة للجهة الوصية، وكيّفت المراسلة هذا الإجراء بأنه يدخل ضمن مبدأ الأفضلية للإنتاج الوطني حسب ما ورد في نص المراسلة (6).

لم تتوقف المعاملة التفضيلية للمتعاملين الوطنيين في التعاقد المباشر من خلال عقد الصفقة ككل، بل حتى في حال تعلق الأمر بعقود المناولة والتي أُدخلت أول مرة للمنظومة القانونية الجزائرية في قانون الصفقات العمومية لسنة 2015، تعتبر المناولة في الصفقة العمومية إجراء استثنائيا وفي إطار احترام التنظيم المعمول به. (7)

قيد قانون الصفقات المصالح المتعاقدة عند اللجوء إلى المناولة مركز على تخصيص عقودها للمتعاملين الوطنيين إذا كان ذلك ممكنا، وبالتالي لا تخصص هذه العقود للمقاولات الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الوطنية الخاضعة للقانون الجزائري تلبية هذه الحاجات. (8)

أراد المشرع من خلال هذا النص أن يحصر مختلف المشاريع الاستثمارية التي تنفذ بواسطة الصفقات العمومية لصالح المتعهدين الوطنيين، شرط قدرة هذا المتعامل أو المؤسسة على توفير الحاجات وتلبيتها بالصورة المطلوبة، بمعنى أن كل صفقة عمومية يمكن للمتعامل الوطني تحقيقها وتنفيذها بطريقة ملبية لاحتياجات المصالحة المتعاقدة يجب أن تكون الدعوة للمنافسة وطنية، بما يوفر العديد من العناصر الإيجابية :

بداية بإتاحة الفرصة للمقاولات الوطنية من الاستفادة من النشاط وتطوير قدراتها ومردوديتها في فضاء تخلو فيه المنافسة الأجنبية من قبل الأعوان والمتعهدين الأجانب الذين يتميزون بقدرات مالية وتقنية و كفاءة عالية في الأداء ومستوى تنافسي كبير، ولو أن لهذا الإجراء تأثير سلبي في الكثير من الأحيان على تنافسية الصفقة وعلى كيفية تنفيذها وعلى مستوى المراجع المهنية المستعملة والمبالغ المقترحة نتيجة انحصار المنافسة في عدد قليل من المتعهدين ، الذين يمكن لهم الرفع من الأسعار أو تقديم خدمات متدنية نتيجة تحققهم من عدم وجود منافسة حقيقية عالية وفعالية يفرضها المستثمر المتعامل الأجنبي، وبالنتيجة لذلك ربما ضعف في التنفيذ وعدم احترام للأجال ما يمكن أن نكيّفه بمثابة تعدي على أهم الضمانات التي تهدف إلى حسن تنفيذ الصفقة العمومية جراء تقويضه للمنافسة.

ثانياً يمكن أن ينجر على حصر التنافس في شخص المستثمرين الوطنيين من مساهمتهم في امتصاص الكثير من الأيدي العاملة من بداية تجسيد الصفقة إلى التسليم النهائي لها، ما يعطي للدولة نتائج اجتماعية تتعلق بالعملية الاستثمارية ككل، بمعنى أن الدراسات الخاصة بالصفقة تكون لمكاتب الدراسات الوطنية واليد العاملة وطنية ما يساهم في خلق العديد من مناصب شغل في بلد ارتفعت فيه نسبة البطالة إلى درجات عالية.

أثر آخر يمكن أن ينجر عن تخصيص بعض الصفقات للمستثمرين الوطنيين هو التحكم في دخول وخروج رؤوس الأموال من وإلى الجزائر، كون المستثمر الوطني يتعامل مع المصالح المتعاقدة بواسطة العملة الوطنية وليس بالعملة الصعبة وثانيها أن المستثمر الوطني ليس بحاجة إلى تحول عوائد الاستثمار من الجزائر إلى دول أخرى يوفر هذا حلاً فعالاً لمشكل تحويل واستنزاف العملة الصعبة والذي يعتبر حلاً مشروعاً للمستثمر الأجنبي،⁽⁹⁾ خاصة وأن قانون الصفقات في نص المادة 84 يلزم المصالح العمومية في حالة كون الصفقات دو طابع دولي من خلال الدعوة للمنافسة الدولية - ضرورة تضمين دفاتر الشروط الخاصة بها على الالتزام بالاستثمار وهذا تماشيًا مع السياسة العمومية للتنمية، ما يجنب المصالح المتعاقدة من المطالبة بهذا الجراء كون المستثمر وطني لا يحتاج لا لتحويل أمواله ولا للالتزام بالاستثمار على اعتبار أنه مستثمر مقيم ما يتماشى و سياسة ترشيد النفقات العمومية.

الفرع الثاني. الصفقات المخصصة للحرفيين:

نص قانون الصفقات العمومية على نوع ثاني من الأعوان الوطنيين الذين يمكن أن تشملهم معاملة خاصة يتعلق الأمر ببعض الصفقات التي تناولها نص المادة 86 من قانون الصفقات العمومية، والتي جاء فيها " تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، كما هم معرفين في التشريع والتنظيم المعمول بها..."

بمعنى أن هذا النوع من الصفقات لا يمكن أن يكون مفتوحاً للمتعاملين والمستثمرين الأجانب بل هو محجوز بصفة مسبقة لطائفة الحرفيين الذين يتوفر فيه وصف حرفي وفقاً للتشريع المنظم لهذا النشاط دون سواهم في الأحوال والظروف العادية،⁽¹⁰⁾ ، إلا إذا تعلق الأمر باستثناء الخدمات المسيرة بقواعد خاصة أو حالة الاستحالة، هنا يمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التعامل الأجنبي لتنفيذ هذه الاستثمارات، في هذه الحالة يكون الاختيار فيما بين المستثمرين الأجانب للمتعامل الذي يقدم أحسن الضمانات سواء كانت ضمانات حكومية أو ضمانات لحسن التنفيذ.⁽¹¹⁾

الفرع الثالث. تخصيص صفقات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة:

في إطار تجسيد إستراتيجية التشغيل التي تعد أكثر تحفيزاً من أي وقت مضى ، تم إدراج تدابير تنظيمية بغرض تشجيع بروز مؤسسات مصغرة يديرها مقاولون شباب في جميع القطاعات والأنشطة لا سيما مؤسسات البناء والأشغال العمومية ...الخ، في هذا الاتجاه تم إنشاء العديد من المؤسسات في إطار أجهزة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب والصندوق الوطني للتأمين على البطالة والتي يبقى استمرارها مرهوناً بالإمكانات المتاحة لها من حيث مخططات الأعباء التي يمكن للمؤسسات الحصول عليها خاصة من خلال الطلبات العمومية. من أجل هذا المسعى تم مرافقة هذه الأجهزة بتسهيلات ترمي إلى تحسين الظروف التي تسمح للمؤسسات الصغيرة بإبرام عقود عمومية بهدف توفير حلول للوضعية غير الملائمة الناجمة عن حجمها وقدراتها المالية التي تجعل من ضعفها المالي غير قادرة على منافسة مختلف المؤسسات الأخرى الموجودة في السوق. (12)

تنفيذاً لهذه السياسة جاء قانون الصفقات العمومية ليكرس هذا المنحى ، حيث جاء نص المادة 87 منه ليبسط إلى حد كبير الشروط المطلوبة في مجال القدرات المالية والمراجع المهنية التي يجب أن تتوفر في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ، حيث وجهت دعوة لمختلف المصالح المتعاقدة إلى حجز صفقات خصيصاً للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بشكل حصري في الخدمات التي بإمكانها القيام بها وهذا من أجل النهوض بسياساتها في إنعاش البيئة الوطنية والمحلية بمنتجات وخدمات وطنية وإنجاح سياسة إدماج وتشغيل الشباب في الحياة الاقتصادية.

حيث جاء في نص المادة 87 من تنظيم الصفقات الحالي ما يلي: " عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة إلا في الحالات الاستثنائية المبيرة قانوناً كما ينبغي، تخصص هذه الخدمات لها حصرياً مع مراعاة أحكام هذا المرسوم"

من خلال نص المادة 87 أعلاه فإن المصالح المتعاقدة في حال توفر شرط القدرة لتلبية حاجات مختلف المصالح المتعاقدة فإنها ملزمة بتخصيص بعض هذه الحاجات للمؤسسات الصغيرة، لتأتي الفقرة الثالثة من نفس المادة تحدد المقصود بـ "بعض حاجات المصالح المتعاقدة" حيث يقصد بها حاجات في حدود 20% على الأكثر من الطلب العام، بمعنى يجب أن يكون هناك تلبية لحاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات الصغيرة

والمتوسطة شرط ألا تتجاوز النسبة المخصصة لهذا النوع من المؤسسات العشرين بالمائة من مجموع الطلب العمومي لكل مصلحة متعاقدة.

يحسب ذلك من المبالغ السنوية القصوى للحاجات المذكورة أعلاه ما يلي:

- إثني عشر مليون دينار لخدمات الأشغال الهندسية.
- سبعة ملايين دينار لخدمات أشغال البناء التقنية وأشغال البناء الثانوية.
- مليوني دينار لخدمات الدراسات
- أربعة ملايين للخدمات
- وسبعة ملايين لخدمات اللوازم،⁽¹³⁾

ويجب أن تفصل هذه الحالة في دفتر شروط منفصل.⁽¹⁴⁾

أما في حالة وجود استثناءات تمنع المصالح المتعاقدة من تطبيق ذلك التخصيص ،
فالقانون يُلزمها حسب كل حالة بتبرير هذا الاستثناء في التقرير التقديمي لمشروع الصفقة أو
طلب الاستشارة.⁽¹⁵⁾

تم إدخال تدابير جديدة ، فيما يخص تأهيل وتصنيف المؤسسات والتي سمحت على
سبيل المثال بالتصنيف المباشر في الفئة الأولى للمؤسسات الصغيرة المنشأة في إطار أجهزة
الإعانات (جهاز الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب والصندوق الوطني للتأمين على
البطالة).في إطار تشجيع ولوج المؤسسات الصغيرة للطلبات العمومية.

رغم التدابير التسهيلية والتحفيزية المتخذة إلا أن نسبة الصفقات المخصصة لها من
الطلبات العمومية لا ترقى إلى الأهداف المحددة كون عدد قليل فقط من أصحاب المشاريع
والمصالح المتعاقدة ممن طبقت عملية التخصيص الحصري لهذه المشاريع لفائدة المؤسسات
الصغيرة ، ما جعل الدائرة الوزارية لوزارة السكن والعمران تكلف أصحاب المشاريع والإدارات
باتخاذ كافة التدابير لإعادة تفعيل العملية والسماح مستقبلا بمنح صفقات عمومية لأكثر عدد
ممكن من المؤسسات المنشأة حديثا من طرف الشباب في ميادين النشاطات المختلفة، مع
إرسال جدول شهريا يتضمن عدد المؤسسات المصغرة الموكلة بتنفيذ هذه المشاريع،⁽¹⁶⁾ كل
هذا من أجل ضمان بقاء تنافسية هذه المؤسسات الصغيرة التي تعتمد على قدراتها في تسديد
الأموال الممنوحة في إطار إنشائها وتحسين مراجعتها المهنية التي ستضمن لها تصنيف أحسن
وقدرة أكثر على المساهمة في التوظيف.

المبحث الثاني - المعاملة التفضيلية للمنتج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج في الصفقات العمومية:

لم يكتفِ المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية بتقرير امتياز للمتعاملين والمقاولات الوطنية، بل تعدى ذلك ليشمل مختلف الوسائل التي لها علاقة بالصفقة العمومية بما يتماشى وسياسة ترشيد نفقات الدولة مركزا إلى جانب أفضلية المؤسسات الوطنية أولوية المنتجات ذات المنشأ الوطني.

المطلب الأول. مضمون المعاملة التفضيلية للمنتج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج:

قبل أن نتناول الأفضلية الخاصة بوائيل الإنتاج الوطنية أو المنتجات الوطنية ارتأينا أن نقدم تعريفا للمنتج، حيث عُرف المنتج في القانون الجزائري حسب نظرة القطاع أو القانون الذي تناوله و وظف فيه هذا الأخير، ما خلق خلا في المصطلحات المستعملة في قانون الصفقات العمومية، لذلك نعمل على تقديم تعريفا له حسب بعض النصوص القانونية لنص في الأخير إلى المصطلح الذي يقصده المشرع في تنظيم الصفقات العمومية (فرع أول) ثم نطاق أفضلية المنتج الوطني في الصفقات العمومية (فرع ثاني):

الفرع الأول: تعريف المنتج في القانون الجزائري:

نحاول تقديم بعض التعاريف التي وردت في نصوص قانونية تشريعية أو تنظيمية تناولت تعريف المنتج، على أساس أننا أمام الأفضلية المخصصة للمنتجات.

1. تعريف المنتج في القانون المدني الجزائري:

أدرج المشرع الجزائري مصطلح منتج بموجب نص المادة 140 مكرر 2/ من تعديل القانون المدني لسنة 2005، ⁽¹⁷⁾ والتي نصت على: " يُعتبر منتجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتج الزراعي و المنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية". يستفاد من هذا النص، أن المشرع الجزائري لم يعرف المنتج إنما حدد الأشخاص المخاطبين بهذا القانون.

2. تعريف المنتج في قانون حماية المستهلك وقمع الغش ⁽¹⁸⁾ :

ورد هذا التعريف في المرسوم التنفيذي رقم 90_266 الخاص بتطبيق قانون حماية المستهلك،⁽¹⁹⁾ حيث عرفه من خلال الفقرة الثانية من المادة الثالثة بـ " المنتج هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة "

3. عرفه المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش:

جاء في نص المادة 1/2 منه بأنه⁽²⁰⁾ " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية"، و استنادا إلى هذا التعريف فالمنتج يمكن أن يكون منقولا جديدا أو مستعملا، فوري الاستهلاك كما هو الحال بالنسبة للمواد الغذائية، أو دائما كما هو الحال بالنسبة للأجهزة المنزلية، و يستثنى من هذا التعريف العقار .

4. تعريف المنتج في قانون التقييس:

نصت المادة 11/2 من قانون التقييس القانون رقم 04-04 مؤرخ في 23 جوان 2004 لسنة 2004 على " كل مادة أو مادة بناء أو مركب أو 5جهاز أو نظام أو إجراء أو وظيفة أو طريقة. "

تختلف التعريفات المقدمة للمنتج حسب كل قانون ، على أنها تتفق على فكرة واحدة هي أن المنتج ينصرف إلى الصانع النهائي للمنتج ومنتج المواد الأولية كالمزارعين ومشروعات الصيد ومنتجي الطاقة الكهربائية.

عودة إلى قانون الصفقات العمومية وبالخصوص للمادة 83 و إلى القرار الذي يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات الأصل الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، يظهر جليا عدم تحكم المشرع و خلطه بين المنتج والذي يُقصد به كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية مثلما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، وبين المنتج الذي يعبر به عن الشخص القائم بعملية الإنتاج ، كان من الأجدر هنا أن يتدارك المشرع هذا الخلل الجلي مادام ما يقصده هو المنتج وليس المنتج ولو كان بفتح التاء وتسكين النون للخل الموجود في الصياغة و الذي لا يستقيم به المعنى.

الفرع الثاني. نطاق أفضلية المنتج الوطني في مجال الصفقات العمومية:

ورد ذكر مصطلح الأفضلية أول مرة في نص المادة 19 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002 ، ⁽²¹⁾ الذي جاء فيها على أنه يمنح هامش أفضلية لا يفوق 15% للمنتج ذي الأصل الجزائري في جميع أنواع الصفقات، رغم أن المشرع أراد من خلال هذا القانون تكريس مبدأ المساواة بين المتعاملين الوطنيين والأجانب خلافا للمرسوم رقم 82-145 الذي كان يمنح الأولوية وبصورة واضحة وجلية للمتعامل الوطني على حساب المتعامل الأجنبي في مختلف الصفقات العمومية.

أما بالنسبة للتنظيم الساري العمل به المرسوم الرئاسي 15_247، فقد نصت المادة 83 منه والتي وردت في القسم السابع تحت عنوان ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج على " يمنح هامش أفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و / أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه".

في انتظار صدور النصوص التطبيقية لزال يُعمل بالقرار الصادر في سنة 2011 تطبيقا لقانون الصفقات المرسوم 10_236 الملغى. تضمن القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ⁽²²⁾ فصل هذا القرار في كيفية تطبيق الأفضلية بعد أن رُفعت نسبتها من 15 % لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية ليصبح 25 بالمائة في قانون الصفقات لسنة 2010، تطبق هذه الأفضلية المذكورة في المادة الأولى من القرار حسب الكيفيات التالية:

أولاً .هامش الأفضلية بالنسبة لصفقات اللوازم:

يمنح هامش أفضلية لكل منتج من المنتجات ذات المنشأ الجزائري والمصنعة محليا، يُرر منشأ هذه المنتجات عن طريق شهادة يقدمها المتعهد أو المتنافس المعني والتي تسلم له من طرف غرفة التجارة والصناعة المعنية بناء على طلب منه.

يمنح هامش الأفضلية المذكور في مرحلة تقييم العروض المالية، ويطبق على العروض المالية للمتعهدين المؤهلين أولا من الناحية التقنية وذلك وفقا لمعايير الاختيار المحددة في دفتر الشروط.

حيث يضاف للعروض المالية للمتعهدين الأجانب وللشركات الخاضعة للقانون الجزائري التي تحوز أغلبية رأسمالها الاجتماعي أجنب نسبة 25% على أسعارها المحسوبة بكل الحقوق والرسوم، وفي الحصة التي يحوزها الأجنبي.

كما يستفيد هذه الأفضلية أيضا لكل منتج مدمج مقتنى من السوق الوطنية، حيث تمنح الأفضلية حسب درجة ونسبة دمج المنتج وطنيا.

ثانيا. هامش الأفضلية لصفقات الأشغال والخدمات و الدراسات:

يمنح كذلك هامش أفضلية للمؤسسات أو مكاتب الدراسات الخاضعة للقانون الجزائري وكذا التجمعات المختلطة بالنسبة للحصة التي تحوزها المؤسسة الجزائرية في التجمع، حيث تمنح هذه الأفضلية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري كشخص طبيعي أو شركة يحوز أغلبية رأسمالها الاجتماعي جزائريون مقيمون وفي حدود هذه الحصة.

لتمكين هذه المؤسسات من الاستفادة من هامش الأفضلية يجب على المصلحة المتعاقدة الإشارة إلى هذا التفصيل في الإعلان الخاص بطلب العروض ، كما يجب أن يحدد ملف الصفة بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية على أن تحدد كفاءات تطبيقها طبقا لأحكام القرار المذكور أعلاه.

يستفيد من هذا الهامش كل متعهد سواء كان تجمعا مكونا من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري مثلما فصلته الفقرة الأولى من المادة 83 وهذا لا يثير أي إشكال في تطبيق نظام الاستفادة من ذلك الهامش، أما إذا كان التجمع مكونا من مؤسسات وطنية وأخرى أجنبية، يجب في هذه الحالة ومن أجل تفعيل الاستفادة من الأفضلية تبرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها.

أما المؤسسات الأجنبية في حالة التجمع مع مؤسسة جزائرية تستفيد بقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع لابد من تشكيل تجمع مع المؤسسات الوطنية، وهذا يأتي تشجيعا على إرساء سوق وطنية قادرة على تلبية حاجيتها في سبيل تحقيق الاكتفاء الذاتي، ودفعاً للحياة الاقتصادية بالسعي لإنجاح نشاط المؤسسات الوطنية ورجال الأعمال الجزائريين على مستوى معين من المقدرة لخوض غمار المنافسة، وهذا طبعا يحقق الفائدة الكبيرة للك مع ترك المشاريع ذات الأهمية والتقنية والتعقيد والوسائل لطلب العروض المفتوحة الدولية التي تسمح بتدخل المتعامل الأجنبي الذي باستطاعته الإحاطة بعملية التنفيذ بالشكل اللازم.

المطلب الثاني. تدابير تطبيق أفضلية المنتج ذو الأصل الوطني:

وضع قانون الصفات العمومية ميكانيزمات لتفعيل أفضلية المنتج ذو الأصل الوطني حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بـ:

الفرع الأول. حصر الدعوة إلى المنافسة في نطاق وطني:

قيد قانون الصفقات العمومية مختلف المصالح المتعاقدة بإصدار دعوة للمنافسة وطنية عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرا على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها لهذه المصالح، طبعاً مع احترام الاستثناءات الموجودة في هذا القانون. (23) معناه ضرورة تخصيص هذه الصفقات للوطنيين كأصل عام والسوق الوطنية، إلا إذا تعذر ذلك، وأملت الضرورة اللجوء إلى المنافسة الدولية فالمصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام ما يلي:

● في حالة كون المنافسة دولية يجب أن تأخذ عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، إمكانات المؤسسات الوطنية الصغيرة والمتوسطة وهذا لأجل تمكينها من المنافسة في جو من الشروط المتعلقة بالجودة والكلفة و آجال التنفيذ.

● يجب أن يتضمن دفتر الشروط الخاص بالمنافسة الدولية شرط المناولة لحائز الصفقة مستثمر أجنبي لوحده ل ثلاثين بالمائة على الأقل من مبلغ الصفقة الأصلي لصالح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة إدراج بعض البنود الخاصة بتكوين أو نقل المعرفة ذات الصلة بموضوع الصفقة.

تدخل هذه الإجراءات في محاولة خلق الظروف التي تساعد على تجاوز مختلف الصعوبات والحواجز التي تحول دون ولوج المؤسسات الصغيرة إلى الصفقات والحصول عليها ، بما ينمي تواجدها في مختلف الطلبات العمومية مهما كانت قيمتها. (1)

الفرع الثاني. وضع تدابير تمنع استعمال المنتج الأجنبي:

لا يؤثر الإجراء المتبع في الإعلان عن المنافسة وطنية كانت أم دولية في سياسة الحماية المخصصة للمنتج الوطني، وهذا تماشياً مع السياسة الترشيدية للنفقات في مجال الصفقات العمومية، تخفيضاً لفاتورة استيراد هذه المنتجات وبالتالي التقليل من القيمة الإجمالية لمبلغ الصفقة، من أجل تحقيق ذلك ألزم القانون المصلحة المتعاقدة إدراج في دفتر الشروط الخاص بالمنافسة تدابير لا تسمح باللجوء للمنتج المستورد إلا في حال كان المنتج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة، هنا لا إشكال

في اعتماد المنتجات غير الوطنية.⁽²⁵⁾ حيث نصت المادة 129 على أن المتعاملون المتعاقدون الأجانب والذين استفادوا من هامش الأفضلية المنصوص عليه في المادة 83 من هذا المرسوم ملزمون باستعمال المواد والخدمات المنتجة محليا، كما ألزم المرسوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من تنفيذ الالتزامات المتعهد بها في هذا الشأن.

تخصص أفضلية حسب نسبة اندماج المنتج في الاقتصاد الوطني و مدى أهمية الحصة أو المنتجات التي تكون محل عقد مناولة أو اقتناء في السوق الجزائرية، بمعنى أن المنتجات المندمجة أو الحصة أو المنتجات المقتناة من السوق الجزائرية تحظى بالأفضلية عند التقييم الخاص بالعروض في الحدود التي نص عليها القانون 25 بالمائة للمنتج الوطني.
(26)

الخاتمة:

في حقيقة الأمر يظهر وجود تعارض كبير بين سياستين مختلفتين أيما اختلاف فإذا صدقنا بمختلف الامتيازات والتحفيزات التي تناول موضوعها قانون الاستثمارات الوطني والتي تخاطب المستثمر خاصة الأجنبي من أجل استغلال الفرص المتاحة في سوق الاستثمار الوطني والتي تعتبر الصفقات من أهم مجالاته، يُقابل هذا العرض تقييد مختلف أصناف الصفقات بأولوية الاستثمارات الوطنية سواء في شقها المتعلق بالأعوان الاقتصاديين أو في الشق المتعلق بوسائل تحقيق هذه الصفقات من مواد تدخل في الصفقة مباشرة أو الأداة الوطنية للإنتاج أو المنتجات ذات المنشأ الوطني التي تعامل معها المشرع الجزائري بنوع خاص من الحماية تكاد تكون تمييزية، ولا أدل على ذلك التعليلة الأخيرة للوزير الأولى التي تكرر هذا المنحى.

الإشكال الأكبر في مجال حساس مثل الصفقات العمومية هو مدى نجاعة النصوص القانونية التي تنظم عملية إبرام ومنح الصفقات العمومية بما يحقق الفاعلية الاقتصادية في إطار حسن التنفيذ وحماية المال العام، لذلك حتى وإن أُقرت هذه النظرة التفضيلية في مجال الصفقات العمومية للمتعامل الوطني أو للمنتجات ذات المنشأ الوطني ، لا يجب أن تطبق بصورة متطرفة بحيث تجعلنا ننظر إلى الصفقة العمومية على أنها هي الوسيلة الاجتماعية للدولة التي بموجبها تقوم بالحفاظ على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

وهي الوسيلة التي من خلالها يرقى الإنتاج الوطني ، بمعنى لا يجب أن نُغالي في منح الأولوية للأعوان الاقتصاديين أو المنتجات الوطنية على حساب جودة التنفيذ وهدر المال العام، بما يحول دون أن تُنفذ الصفقة العمومية بالشكل اللازم ما ينتج عنه أنه لا الصفقة العمومية تُنفذ تنفيذا جيدا ولا الأموال العامة أنفقت كما يجب ولا الإنتاج الوطني رُقي وتمكن من المنافسة بالشكل اللازم.

لذلك لا يعدو أن يكون تنظيم الصفقات عن كونه تنظيمًا معرقلًا لدخول المتعاملين في قطاع الصفقات العمومية أو بالنسبة للوسائل التي يمكن أن تستعمل في تحقيق هذه الاستثمارات وتنفيذ الصفقات، خاصة والتوجه الأخير لقانون الصفقات العمومية ومختلف التعليمات والمراسلات القطاعية الصادرة في الأشهر الأخيرة واضحة في مضمونها أن الصفقات في الميدان المدني تخصص فقط لمؤسسات محلية جزائرية، وأن اللجوء إلى المستثمر الأجنبي لا يكون إلا في حالة الضرورة القصوى، ويخضع لشرط الموافقة المسبقة للوزير الأول نفسه مع ضرورة استعمال هذا الأخير للمنتجات المصنعة في السوق المحلية مع تخصيص مناولة من المستثمر الأجنبي للمتعامل الوطني لا تقل عن 30 بالمائة من القيمة الأصلية للصفقة.

التوصيات:

ما يمكن أن يقدم كتوصيات فيما يخص أولوية المتعاملين الوطنيين والأداة الوطنية للإنتاج:

• أنه حريٌّ بالمشروع الوطني أن يضع الآليات اللازمة التي من خلالها يسمو بالمقاولات الوطنية سواء كانت صغيرة أو أعوان اقتصاديين عاديين كتمكينهم مثلا من الحصول على القروض المالية لكي تكون لهم ملاءة وقدرة تمكنهم من خلالها من المنافسة على أعلى مستوى مع المتعاملين الأجانب، ووضع سياسة تدعم تنافسية المنتجات الوطنية بالشكل الذي يجعل من المنتج الوطني بنفس الجودة والمواصفات التي تجعلها تنافس المنتجات الأجنبية ، وبالتالي يصبح المنتج الوطني هو الذي يفرض نفسه في السوق ولا ينتظر من المشروع الجزائري نظرة الرأفة هذه ، التي لا تخدم المنتج ولا تخدم العون الذي يقوم بإنتاجه.

• لا يجب أن ننظر إلى الصفقة العمومية كوسيلة اجتماعية الهدف منها سد النقص في مختلف السياسات الأخرى، بل يجب أن نراعي ما تقدمه هذه المؤسسات للسوق بما يؤدي إلى تأثير إيجابي على عملية تنفيذ المشاريع وليس العكس مثلما هو حاصل، لأن النظرة

الاجتماعية للصفقة العمومية تجعلنا نتعدى بشكل صارخ على العديد من العناصر الشفافية والرقابة والكفاءة و الاحتراف،⁽²⁷⁾ في حين أن الصفقة العمومية تحتاج إلى قواعد تسمو بها عن كل تلك السلبيات.

الهوامش:

- (1) قانون رقم 09_16 مؤرخ في أوت ، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، لسنة 2016.
- (2) KESSAL Malik, « la cour des comptes Algériennes et le contrôle des marchés publics » Séminaire de Tunis sur le contrôle des délégation des services publics et des marchés publics, Tunis ,6_8 avril2009,P 19.
- (3) انظر نص المادة 19 من المرسوم الرئاسي 02-250 (الملغى) وكذلك نص المادة 23 من المرسوم الرئاسي، 10-236 (ملغى).
- (4) الواشني مريم، " مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية ، مداخله مقدمة في إطار أشغال الملئقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المنعقد يوم 20ماي 2013، جامعة يحي فارس ، المدينة، ص 10.
- (5) التعليمة رقم 1726، تتعلق بالصفقات العمومية، صادرة عن الوزير الأول أحمد أو يحي والتي تحمل إرسال رقم 27 مؤرخ في 19/10/2017، (غير منشورة).
- (6) أنظر نص التعليمة رقم 463 مؤرخة في 01 جويلية 2017، تتضمن تسيير الصفقات العمومية التابعة لقطاع الأشغال العمومية والنقل، الصادرة من قبل وزير الأشغال العمومية والنقل عبد الغني زعلان.
- (7) أنظر نص التعليمة رقم 463 المرجع السابق.
- (8) أنظر نص الفقرة الأخيرة من المادة 85 من المرسوم الرئاسي 15_247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 50 ، صادر في 20 سبتمبر 2015.
- (9) أنظر نص المادة 25 من القانون رقم 09_16 مؤرخ في 3 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، صادر في 03/08/2016.
- (10) شكل تعريف الحرفي التشريع الجزائري صعوبة لغاية قانون ق 12/82 (الصادر في 28 أوت 1982) حاليا أصدر المشرع ج أمر 01/ 96 ، تناولت المادة 10 منه تعريف الحرفي (الحرفي هو كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرفية يمارس نشاطا تقليديا كما هو في المادة 5 من هذا الأمر، ويثبت تأهيله ويتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته ويتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته).

- (11).بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2008-2009، ص 29.
- (12). أنظر المراسلة رقم 2017/883 ، الصادرة عن وزير السكن والعمران والمدينة السيد عبد الوحيد طمار 19 سبتمبر 2017، المرجع السابق.
- (13). أنظر نص الفقرة الرابعة من المادة 87، المرسوم الرئاسي 15- 247، المرجع السابق.
- (14).أنظر نص الفقرة الثالثة من المادة 87، المرجع نفسه.
- (15). أنظر نص الفقرة الثانية من المادة 87، المرجع نفسه.
- (16). أنظر المراسلة رقم 2017/883 ، الصادرة عن وزير السكن والعمران والمدينة السيد عبد الوحيد طمار في 19 سبتمبر 2017، (غير منشورة).
- (17). التقنين المدني الجزائري، منشورات بيرتي ، الجزائر ، طبعة 2011.
- (18). القانون رقم 09_03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 صادر في 8 مارس 2009.
- (19). الصادر في 30 جانفي 1990، ج ر عدد 05، لسنة 1990.
- (20) يتضمن ضمان المنتجات والخدمات، ج ر عدد 40 ، صادر في 19 سبتمبر 1990 (ملغى)
- (21). المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 مؤرخ في 24 يوليو، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في سنة 2002. (ملغى)
- (22). قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 ، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، جريدة رسمية عدد 24، لسنة 2011.
- (23).أنظر الفقرة الأولى من المادة 85، المرسوم الرئاسي 15- 247، المرجع السابق.
- (24) SAUSSIER Stéphane, « L'accès PME aux marchés publics : une analyse économique » p 01, sur le site : <https://www.webssa.net/> 13/02/2018 à 21H.
- (25).أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 85، المرسوم الرئاسي 15- 247، المرجع السابق.
- (26).أنظر نص المادة 85 ، المرسوم الرئاسي 15- 247، المرجع السابق.
- SAUSSIER Stéphane, op cite, p16.⁽²⁷⁾

تسوية منازعات الاستهلاك ذات الطابع الدولي بين اللجوء إلى القضاء الوطني والوساطة

الأستاذة: كوثر مجدوب

أستاذة مساعدة (أ)، كلية الحقوق، جامعة سكيكدة، الجزائر

ملخص :

إن توسع علاقات المستهلك على الصعيد الدولي ووجود نزاعات مترتبة عن هذه العلاقات أدى الأمر إلى إعادة التفكير في طرق حلها وذلك من خلال تقليل اللجوء إلى الطريق القضائي الوطني و ما يطرحه من إشكالات متعلقة بمسألة تنازع الاختصاص القضائي و تحديد القانون الواجب التطبيق و مسألة ضرورة احترام قواعد حماية المستهلك، و البحث عن طرق أخرى تكون ودية تتناسب مع طبيعة النزاع من جهة و تحمي المستهلك من جهة أخرى و من بين هذه الطرق الوساطة التي كرسها القوانين الغربية بعض الدول العربية التي تسعى إلى إعادة تنظيمها بشكل يتلاءم مع منازعات المستهلك المترتبة عن علاقاته الدولية.

الكلمات المفتاحية: علاقة دولية، مستهلك، الوساطة، الطرق الودية، الوساطة الإلكترونية، هيئة التسوية غير القضائية، تنازع الاختصاص القضائي ، الوسيط، القانون الواجب التطبيق.

Résumé:

Les relations du consommateur au niveau international ont connu une évolution remarquable surtout devant le développement des technologies de communication. Les litiges résultants de ces relations nécessite le recours à d'autres modes de résolution que la juridiction étatique comme les modes alternatifs précisément la médiation qui a été adoptée par plusieurs législations notamment en Europe.

Mots clés Relation international, consommateur, médiation, les modes alternatifs, médiation en ligne, conflit de juridiction, médiateur, les entités REL, loi applicable.

مقدمة:

أدى ازدهار التجارة الدولية إلى توسيع نطاق علاقات المستهلك، حيث لاحظنا في الآونة الأخير أن علاقات المستهلك الدولية تعرف تطورا ملحوظا و السبب في ذلك يعود إلى التسهيلات المحيطة بهذه العلاقة التعاقدية خاصة على مستوى طريقة إبرام العقد، إجراءات الدفع، إجراءات التسليم.

فاهتمام المشرع بكل هذه الجوانب من أجل توفير حماية للمتعاقدین خاصة المستهلك إضافة إلى التطور التكنولوجي ساهما في تزايد هذه العلاقة الاستهلاكية الدولية، إذ يمكن تعريف عقد الإستهلاك الدولي بأنه ذلك العقد الذي يجمع طرفين هما المستهلك و المهني في إطار علاقة إقتصادية تتعدى حدود الدولة الواحدة، كأن يقوم جزائري بشراء سيارة من وكيل ألماني أو يقوم بشراء سلعة عبر الأنترنت من موقع تجاري فرنسي، و ككل علاقة تعاقدية قد يترتب عن عقد الاستهلاك الدولي عدم تنفيذ لالتزامات تعاقدية أو الإخلال بها من طرف أحد المتعاقدين، الأمر الذي يؤدي إلى قيام نزاع بينهما، يتم الفصل فيه كأصل عام عن طريق اللجوء إلى القضاء ما يؤدي إلى إثارة مسألة الاختصاص القضائي الدولي و مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد باعتبار أننا أمام التزام تعاقدی دولي.

إن الإشكالات المترتبة عن إثارة المسألتين السابقتين أدت إلى التوجه نحو تبني فكرة اللجوء إلى الطرق الودية أي غير القضائية لحل منازعات المستهلك الدولية أو الداخلية خاصة الوساطة، الأمر الذي يدفع إلى البحث عن إيجابيات هذه الأخيرة مقارنة بالطريق القضائي لحل منازعات المستهلك الدولية، و بالتالي بيان الوسيلة الأنجع لحل هذه المنازعات.

الفرع الأول: تسوية نزاعات الاستهلاك الدولية باللجوء إلى القضاء الوطني

تطبيقا لقواعد القانون الدولي الخاص، ففي حالة النزاعات ذات العنصر الأجنبي وجب على القاضي الوطني قبل الفصل في النزاع و البحث عن القانون الواجب التطبيق (ثانيا)، الفصل في مسألة مدى اختصاصه الدولي بنظر النزاع (أولا).

أولاً- اختصاص القاضي الوطني بنظر منازعات الاستهلاك الدولية

1- القاعدة العامة: إن اختصاص القاضي الوطني بنظر المنازعات الدولية الخاصة يقوم على مدى توفر مجموعة من الضوابط تتمثل في:

(أ) - **ضابط الموطن:** يقصد به المكان التابع لإقليم دولة معينة و الذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء سواء كانت هذه الدولة هي التي يحمل جنسيتها أم لا¹ ، و المشرع الجزائري أخذ بهذا الضابط في المادة 37 ق. إ.م. إ التي تنص على ما يلي: « يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ... »² ، و بالرجوع إلى تعريف الموطن فالمشرع الجزائري عرفه في المادة 36 من القانون المدني : « موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، و عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، و لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت »³ ، و بالتالي إذا كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة بالجزائر يعقد الاختصاص بنظر هذا النزاع.

(ب) - **ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه:** إذ يعتبر مكان نشوء الالتزام أو محل تنفيذه ضابط لاختصاص القاضي الوطني بنظر نزاعات العقد الدولي، و قد أخذ بهذا الضابط المشرع الجزائري في المادة 39 من ق. إ.م. إ.

(ج) - **ضابط موقع المال:** أخذ المشرع بهذا الضابط في المادة 38 ق. إ.م. إ « ترفع الدعاوى... أمام الجهات القضائية... في مواد الدعاوى المختلطة أمام الجهات القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال... ».

أما إذا كان المال عقار فضايط موقع العقار أخذه المشرع في المادة 40 ق. إ.م. إ ، غير أن هذا الضابط لا يمكن اعتماده في عقود الاستهلاك الدولية لأن محل عقد الاستهلاك في القانون الجزائري لا يكون عقار بل أشياء منقولة و هذا ما جاء في المادة 17 فقرة 3 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش⁴ .

(د) - **ضابط الجنسية:** أعتمده المشرع الجزائري في المادة 41 و 42 ق. إ.م. إ، حيث يلاحظ من خلال المادة 41 ضرورة توفر شرطين لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، يتمثلان في شرط تمتع المدعي بالجنسية الجزائرية سواء كانت أصلية أو مكتسبة، و شرط أن يكون مجال العلاقة التزامات تعاقدية، و هذه الشروط تتحقق في عقود الاستهلاك الدولية التي يكون أحد أطرافها جزائريا له صفة المدعي، أما المادة 42 فتطبق على الجزائري عندما يكون مدعى عليه، و في إطار التزام تعاقدى مع طرف أجنبي، إذا فسواء كان الجزائري

مدعى أو مدعى عليه تكون المحاكم الجزائرية مختصة بنظر نزاعاته الناشئة عن التزامات تعاقدية مع أجنبي.

هـ) - ضابط الإرادة

يتجسد هذا الضابط في مدى حرية الأطراف في الاتفاق على منح الاختصاص لجهة قضائية دولية أخرى و هو ما يعرف بشرط منح الاختصاص، فالقاعدة العامة هي قبول هذا الشرط متى تحققت مجموعة من الشروط حددها الفقه و القضاء في:

- وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح و المحكمة المختصة التي تم اختيارها.

- عدم انطواء الاتفاق على غش⁵

هذا الضابط يجد أساسه في القانون الجزائري في المادة 46 ق. إ. م. إ و يجب أن يكون مكتوبا و موقعا⁶ ، غير أن المادة 19 من تنظيم بروكسل¹ مكرر⁷ اعتبرت أن هذا الشرط مقبولا إذا كان المستهلك طرفا في الحالات التالية:

- أن يكون الاتفاق لاحق على نشوء النزاع،

- أن يسمح الاتفاق للمستهلك اختيار محاكم أخرى غير تلك المنصوص عليها في

هذا الفصل من التنظيم.

- وجود محل إقامة مشترك للمتعاقد و المستهلك وقت إبرام العقد في دولة عضو و

حددوا الاختصاص لمحاكم هذه الدولة، إلا إذا كان قانون هذه الأخيرة يمنع مثل هذه الاتفاقات.

أما اتفاقية بروكسل⁸ لسنة 1968 فنصت على بطلان الاتفاق المسبق على اختصاص محكمة غير محكمة موطن المستهلك في عقود الإستهلاك⁹.

بالرجوع إلى التشريعات الوطنية خاصة التشريع الجزائري نجد أن المشرع و من خلال المادة 45 ق. إ. م. إ يعتبر شرط منح الاختصاص مقبول في العلاقة التي تربط بين تاجر و تاجر، ما يفهم عدم قبول هذا الشرط بين تاجر و مستهلك، لكن السؤال المطروح هو مدى جوازية تطبيق هذه المادة المطبقة على العلاقة الداخلية على علاقة دولية.

2- الاستثناء: هناك تشريعات اعتمدت على ضوابط خاصة من أجل عقد

الاختصاص للمحاكم الوطنية في حالة الدعاوى التي يكون أحد أطرافها مستهلكا منها:

القانون السويسري الذي أعطى الحق للمستهلك في رفع دعواه أمام محكمة موطنه أو محل إقامته و عدم إمكانية التنازل مسبقا عن حقه في اختيار المحكمة المختصة¹⁰، و القانون الفرنسي من خلال المادة 5-141 من قانون الاستهلاك الفرنسي¹¹، و القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات الإلكترونية¹² في المادة 41 أين حدد فيها الاختصاص لمحكمة محل إقامة المستهلك ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، و أيضا المادة 18 من تنظيم بروكسل 1 مكرر السابق ذكره، و تجدر الإشارة إلى أن الدول التي لم تتبنى ضوابط خاصة في حالة وجود المستهلك طرفا في العقد الدولي فهي تعتمد على القواعد العامة السابق ذكرها.

ثانيا- تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي

يخضع تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي إلى قاعدة عامة و استثناء.

1- القاعدة العامة: تتمثل في الرجوع إلى قواعد التنازع للقانون الدولي الخاص، أي اعتماد قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، فقد جاءت المادة 18 من القانون المدني الجزائري بأربع ضوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق تعتمد بشكل تسلسلي و هي ضابط الإرادة، ضابط الجنسية المشتركة، ضابط الموطن المشترك، و ضابط مكان إبرام العقد.

2- الاستثناء : هناك تشريعات حددت ضوابط خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يكون أحد أطرافه مستهلكا و هذا حماية له، حيث اعتمدت على ضابط موطن أو محل إقامة المستهلك و ضابط الإرادة على أن يكون القانون المختار يوفر حماية للمستهلك أكثر من تلك التي يوفرها قانون موطنه أو محل إقامته، و من بين التشريعات التي أخذت بهذه الضوابط نجد القانون الفرنسي من خلال المادة 4-232 من قانون الاستهلاك و القانون النمساوي في المادة 41 من القانون الدولي الخاص، القانون العربي الاسترشادي في المادة 41 و تنظيم روما 1 في المادة 6 منه¹³.

نستنتج مما سبق أن اللجوء إلى القضاء لحل منازعات الاستهلاك الدولية يستدعي الفصل أولا في مسألة الاختصاص القضائي و ثانيا مسألة القانون الواجب التطبيق، و هذه الخطوات ليست بالأمر البسيط أمام فكرة حماية المستهلك و ضرورة البحث عن أكثر القوانين ملاءمة، إضافة إلى أن قيمة عقود الاستهلاك كثيرا ما تكون قليلة القيمة لا تتطلب

إجراءات معقدة و مكلفة خاصة إذا تطلب الأمر تنقل المستهلك إلى محكمة أخرى بعيدة عن محل إقامته الأمر الذي قد يؤدي إلى عزوفه عن التقاضي و إهدار حقه، الأمر الذي دفع إلى البحث عن طرق بديلة مناسبة و التي منها الوساطة.

الفرع الثاني: الوساطة كوسيلة لحل منازعات المستهلك الدولية

تعرف الوساطة بأنها: « عملية طوعية و غير رسمية و سرية يقوم من خلالها طرف ثالث يسمى الوسيط بمساعدة الطرفين المتنازعين من أجل الموافقة على تسوية مقبولة للطرفين بشأن النزاع القائم بينهما، حيث يقوم الوسيط بتسهيل عملية التفاوض بين الطرفين عن طريق عقد اجتماعات مشتركة و منفردة للوصول إلى حل يرضي الطرفين، أي تحقيق فكرة رابح-رابح»¹⁴.

و حسب الفقيهين M. fléchenxet, M. lafarge فالوساطة لا تتضمن البحث عن الحل الصحيح في ظل القاعدة القانونية بل البحث عن الحل الأنسب لخلق تقارب بين مصالح الطرفين¹⁵.

أولاً- أنواع الوساطة: نركز الدراسة على الوساطة القضائية و الوساطة الاتفاقية.

1- الوساطة القضائية: و هي أسلوب اتفاقي لحل النزاع في إطار قضائي، حيث يطرح القاضي النزاع للوساطة بعد قبول الأطراف لها باختيارهم، و هي تجري تحت رقابة القاضي فهي في هذه الحالة أسلوب إجرائي لحل النزاع و قد أخذ بها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و بالتالي فمنازعات المستهلك الدولية المعروضة على القضاء الجزائري تكون قابلة للفصل فيها عن طريق الوساطة بعد اقتراحها من طرف القاضي و قبول الأطراف لها و في هذه الحالة يعين القاضي وسيطا حسب شروط المادتين 997 و 998 من ق. إ. م. إ و الذي يكون ضمن قائمة الوسطاء التي يتم إعدادها على مستوى كل مجلس قضائي¹⁶، و القاضي ملزم بعرض الوساطة على الأطراف الذين لهم حق قبولها أو رفضها قبل الفصل في النزاع و هذا ما حسب المادة 974 من ق. إ. م. إ مادام النزاع يقبل الحل عن طريق الوساطة، بعد قيام القاضي بكل إجراءات الوساطة تبدأ جلسات الوساطة التي قد تنتهي إلى التوصل لحل ودي بين الأطراف، حيث يحضر محضر اتفاق يوقعه كل من الوسيط و الخصوم، و يرجع المحضر للقاضي للمصادقة عليه بموجب أمر غير قابل للطعن، و قد تنتهي الوساطة بالفشل و في هذه الحالة يودع محضر الفشل

لدى أمانة ضبط الجهة القضائية التي عينت الوسيط، و ترجع القضية للجدول و يواصل القاضي إجراءاته لحل النزاع¹⁷ .

في الحقيقة الوساطة القضائية لا تخدم منازعات الاستهلاك الدولية لأنها لا تتحقق إلا بعد اللجوء إلى القضاء، و بالتالي لا تهدف إلى تفادي اللجوء إلى القضاء الوطني و ما يترتب عنه من مسألتي تنازع الاختصاص القضائي و القانون الواجب التطبيق و أيضا التكاليف الباهظة خاصة تكاليف التنقل بالإضافة إلى الإجراءات الطويلة أمام المحاكم و لهذا يفضل النوع الآخر من الوساطة و المتمثل في الوساطة الاتفاقية و التي لم يتبناها المشرع الجزائري في قانونه.

2- الوساطة الاتفاقية : و هي الوساطة التي تتم باتفاق الطرفين على اللجوء إليها لحل نزاعهم قبل اللجوء إلى الطريق القضائي، و يمكن التمييز بين نوعين من الوساطة الاتفاقية:

(أ) - **وساطة اتفاقية عادية:** أو يمكن القول عنها وساطة اتفاقية تقليدية، تبنتها العديد من القوانين لحل منازعات الاستهلاك الدولية منها:

- التوصية الأوروبية 2001-310 للجنة الأوروبية في 14 أبريل 2001 المتعلقة بالمبادئ المطبقة من طرف الهيئات غير القضائية المكلفة بالتسوية الرضائية لمنازعات الإستهلاك¹⁸ .

- التوجيه الأوروبي 2013-11 للبرلمان الأوروبي و المجلس في 21 ماي 2013 المتعلقة بالتسوية غير القضائية لمنازعات الإستهلاك¹⁹ ، و هي تطبق على إجراءات التسوية غير القضائية للنزاعات الوطنية و العابرة للحدود المتعلقة بالالتزامات التعاقدية المرتبطة بعقود البيع أو الخدمة المبرمة بين المهني و المستهلك في الإتحاد الأوروبي²⁰ .

- القانون اللبناني نص على الوساطة لحل منازعات الاستهلاك في المادة 82 و ما بعده من قانون حماية المستهلك²¹ .

- القانون المغربي بموجب القانون 05-08 في الفرع الثالث من الباب الثامن بالقسم الخامس من المسطرة المدنية²² ، حيث عرف المشرع المغربي الوساطة بأنها العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إجراء الصلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ

فيما بعد، فهو جاء بمفهوم عام ما يعني خضوع منازعات الاستهلاك الدولية للوساطة الاتفاقية.

(ب) - الوساطة الاتفاقية الإلكترونية : و هي تلك الوساطة الاتفاقية التي تتم عبر الانترنت او عبر الخط، و هذه الوساطة الإلكترونية حسب التنظيم الأوروبي 2013-524 للبرلمان و المجلس الأوروبي في 21 ماي 2013 المتعلق بالتسوية عبر الخط لمنازعات الإستهلاك²³ ، لا تشمل إلا منازعات المستهلك سواء الوطنية أو الدولية الناتجة عن عقود البيع أو الخدمات على الخط التي تيرم بين المهني و المستهلك في الإتحاد الأوروبي فقط، حيث تم خلق أرضية إلكترونية تسمى la plate forme RLL²⁴ ، تسير من طرف اللجنة و تكون على شكل شبك وحيد للمستهلكين و المهنيين تساعدهم على معرفة هيئة التسوية غير القضائية المختصة لحل النزاع entité REL²⁵ و أيضا التواصل فيما بينهما، و هو موقع مجاني يتضمن جميع لغات الإتحاد الأوروبي و الهدف من هذا الإجراء هو بعث الثقة لدى المستهلك في التجارة الإلكترونية.

يقوم المستهلك بالاتصال بالأرضية RLL التي تقوم بتعيين هيئة REL المختصة بنزاعه، و تكون كل إجراءات الوساطة عبر الخط بدءا من ملء الاستمارة الإلكترونية التي توفرها الأرضية إلى غاية الفصل في النزاع.

و قد اهتمت الدول الأوروبية بالوساطة الإلكترونية لحل منازعات الاستهلاك الدولية الناتجة عن عقد البيع الإلكتروني و منها فرنسا من خلال الأمر رقم 2015-1033 المتعلق بالتسوية غير القضائية لمنازعات الإستهلاك²⁶ ، و المرسوم رقم 2015-1082 المتعلق بالوساطة في منازعات الإستهلاك²⁷ ، من خلال هذه القوانين، القانون الفرنسي ألزم المهني باقتراح الوساطة على المستهلك الذي له حق قبولها أو رفضها و اللجوء إلى القضاء، و طبعا كل هذا يكون في حالة عدم تمكن الطرفين من حل النزاع بموجب الشكوى المقدمة من طرف المستهلك أمام مصالح المهني، مع العلم أن الإخلال بهذا الإجراء الأولي يكون من أسباب حق الوسيط رفض عملية الوساطة²⁸ و الجدير بالذكر أن نزاعات الاستهلاك العابرة للحدود في فرنسا من اختصاص المركز الأوروبي للمستهلكين المدعّم من طرف اللجنة الأوروبية و وزارة الاقتصاد و الصناعة و الرقمنة، حيث كان له دوراً كبيراً في حل نزاعات المستهلك الفرنسي في علاقاته العابرة للحدود مع مهني من دولة في الإتحاد الأوروبي

ثانياً إجراءات الوساطة

تختلف هذه الإجراءات بين الوساطة العادية و الوساطة الإلكترونية.

1- إجراءات الوساطة العادية: تباينت القوانين الوطنية في الإجراءات المتبعة لعملية الوساطة و سوف نركز على الوساطة الاتفاقية باعتبارها الأكثر ملاءمة لحل منازعات المستهلك الدولية و حتى الوطنية، فوفقاً للقانون اللبناني مثلاً يتم عرض النزاع على الوسيط بناء على استدعاء خطي من المستهلك أو المهني، حيث يقوم الوسيط خلال الثلاثة أيام المالية لتاريخ تلقي الاستدعاء بدعوة الأطراف إلى الجلسة، و في حالة تخلف أحدهما يحدد الوسيط موعد لجلسة ثانية و إذا ما غاب نفس الطرف للمرة الثالثة تقفل الوساطة²⁹ و في الحالة العادية تتم الوساطة بحضور الأطراف أو ممثليهم و يحق للأطراف الإطلاع على كافة الأوراق و المستندات التي لدى الوسيط، كما يجوز لهم تقديم مذكرات و مستندات أخرى التي يقوم الوسيط بإبلاغ نسخ منها للطرف الآخر خلال ثلاثة أيام من تاريخ استلامها، و يمكن للوسيط الاستعانة بخبير³⁰ ، و تكون مدة الوساطة 15 يوماً من تاريخ أول جلسة مع إمكانية تمديدتها باتفاق الأطراف أو بطلب الوسيط³¹ .

يقوم الوسيط باقتراح حلول يعرضها على الأطراف و يمنحهم 48 ساعة لاتخاذ موقف منها، ففي حالة القبول سواء الكلي أو الجزئي يدون الاتفاق في محضر يوقع عليه الوسيط و الأطراف و يكون ملزماً لهما، و في حالة الفشل يحال النزاع إلى لجنة حل النزاعات³²

أما إجراءات الوساطة في التشريع المغربي فتقوم على ضرورة وجود شرط في العقد على إحالة النزاع على الوسيط أو على اتفاق لاحق على نشوء النواع³³ ، حيث يتم رفع النزاع إلى الوسيط المعين في اتفاقية الوساطة و إذا قبل هذا الأخير المهام يخبر الأطراف بذلك في رسالة مضمونة الوصل مع إشعار بالوصول أو بواسطة مفوض قضائي، بعدها يتم عقد جلسات على شكل لقاءات مغلقة تتم بحضور الطرفين أو تكون بين الوسيط و كل طرف على حدة، أين يتم التقريب بين وجهات نظر الأطراف للوصول إلى حل يرضي الطرفين و يجب أن لا تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة أشهر من يوم قبول الوسيط مهمته مع إمكانية التمديد³⁴ .

في حالة ما إذا تم الصلح يحذر الوسيط ذلك في وثيقة تتضمن الحل الذي انتهى إليه الأطراف و تكون موقعة من الأطراف و الوسيط و يكون للوثيقة قوة الشيء المقضي به،

أما في حالة عدم وقوع الصلح فيقوم الوسيط بتسليم الأطراف وثيقة عدم الصلح موقعة من طرفه³⁵.

2- إجراءات الوساطة الإلكترونية: تبدأ الوساطة الإلكترونية بملء طلب الوساطة المعد من طرف مركز أو هيئة الوساطة الإلكترونية و المتوفر على موقعها، و بعد تقديم الطلب يقوم المركز بالاتصال بالطرف الآخر لإبداء رغبته في فض النزاع من خلال الوساطة الإلكترونية، فإذا رفض تصبح عملية الوساطة غير ممكنة و تعلق القضية إلكترونيا³⁶. أما إذا قبل فتتطلق عملية الوساطة بعد موافقة الطرفين على الوسيط المقترح من طرف المركز و قبول الاشتراك في جلسات الوساطة التي تتم عبر الانترنت من خلال الموقع الإلكتروني للمركز عن طريق غرفة المحادثة chat conférence room أو المؤتمر المصور vidéo conférence .

يحق للوسيط سماع الطرفين معا أو كل واحد على إنفراد، بعدها يقوم الوسيط بإعداد اتفاق التسوية النهائية و يعرضه على الطرفين للتوقيع عليه و يقوم بإرساله للمركز لإعلامه بانتهاء عملية الوساطة، كما يخطر المركز كتابيا أيضا في حال فشل الوساطة، و تلتزم الأطراف بدفع تكاليف الوساطة مع العلم أن هناك قوانين كالقانون الفرنسي مثلا تعتبر الوساطة مجانية بالنسبة للمستهلك³⁷.

خاتمة

من خلال ما سبق عرضه نستخلص أن الوساطة كوسيلة لتسوية نزاعات الإستهلاك ذات الطابع الدولي لها إيجابيات متعددة بالمقارنة مع طريق اللجوء إلى القضاء الوطني، فبالإضافة إلى عامل السرعة و المرونة في حل النزاع فهي تعتبر وسيلة غير مكلفة و أحيانا تكون مجانية في بعض الدول التي تأخذ قوانينها صفة المستهلك بعين الاعتبار، كما أن الوساطة تساعد على المحافظة على علاقة الأطراف من خلال التوصل إلى حل يرضي الجميع و بالتالي تواصل المعاملات بين الطرفين، كما أنها تساعد على تقريب الأطراف إذا تمت إلكترونيا و مواعيد جلساتها تكون ملائمة للأطراف، فالوساطة تقضي على كل إشكالات التنازع التي تثار أمام القضاء الوطني و أيضا تجنب الأطراف طول الإجراءات و تعقدها، كما أنها تتناسب مع قيمة نزاعات المستهلك التي تكون في الأغلب قليلة القيمة و التي لا تستدعي حلها عن طريق القضاء، للأسف المشرع الجزائري لم يعالج علاقات

المستهلك ذات الطابع الدولي بموجب نصوص خاصة لا في قانون حماية المستهلك و قمع الغش و لا في قواعد القانون الدولي الخاص.

الهوامش:

- 1- كمال عبد الرحيم العلادين و خلدون سعيد قطيشات، دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الأردني: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 38، العدد2، 2011، ص.703
- 2- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج، عدد21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.
- 3- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد78، معدل و مئتم.
- 4- قانون 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر ج ج، عدد15، المؤرخة في 08 مارس 2009.
- 5- محمد أطويف، تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الالكترونية، ص4، مقال موجود بالوقع <https://www.marocdroit.com> -تسوية منازعات-العقود-الدولية- الإلكتروني بتاريخ 2018/02/16 <https://www.marocdroit.com> 1637.html في-التجارة-الإلكترونية_
- 6- المادة 45 ق. إ. م. إ.
- 7- RÈGLEMENT (UE) No 1215/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale(Bruxelles1 bis), : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:fr:PDF>, le 14/02/2018.
- 8- Convention Bruxelles 1968, Concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29> , le 16/02/2018.
- 9- Caprioli, Eric.A, règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-classeur, litec, Paris,2002,p25.
- 10- Loi fédéral sur le droit international privé suisse 1987, Article114 Contrats conclus avec des consommateurs,, disponible sur le site : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>. le 16/02/2018.

11- L141-5 code de consommation Français : «Le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurerait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable.».voir le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>, le 15/01/2018.

12- القانون العربي الاسترشادي للتجارة و المعاملات الالكترونية، أعتد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 812/25-19/11/2009، متوفر على الموقع: <https://carjj.org/node/1232> بتاريخ 2017/12/20.

13- Le Règlement "Rome 1" du 17 juin 2008 fait suite et remplace la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles internationales, (CE) N° 593/2008, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593>, le 15/01/2018

14- د.خالد الشلقاني، الوساطة كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية، مقال متوفر على الموقع: <http://www.gafi.gov.eg/Arabic/Howcanwehelp/SiteAssets/Pages/Investors-Disputes-Settlement-Center/>

15- cité in Mariem Rekik, le juge du contrat électronique international, mémoire mastère, droit privé, faculté de droit de Sfax, Tunisie, 2013, p90.

16- المادة 4 من المرسوم التنفيذي 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد كفايات تحديد الوسيط القضائي، ج ر ج ج، عدد 16.

17- المواد 1003 و 1004 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

18- Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le numéro C(2001) 1016], disponible sur le site : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32001H0310>, le 20/01/2018.

19- Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), disponible sur le site : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32013L0011>, le 20/01/2018.

20- Article 2 de la directive précitée.

21- القانون اللبناني رقم 659 الصادر في 04 شباط 2005 المتعلق بحماية المستهلك، معدل بموجب قانون رقم 265 بتاريخ 15-04-2014، متوفر على الموقع:

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=364355 ، 2018./01/20

22- القانون المغربي رقم 05-08، الجريدة الرسمية رقم 5584 بتاريخ 26 ديسمبر 2007، يقضي بإلغاء أحكام قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم و يفرض إجراءات جديدة تنظم التحكيم و الوساطة الاتفاقية، متوفر على الموقع:

<https://ecoledroitmarocaine.blogspot.com/2017/11/arbitrage-mediation-convention.html> , le 20/01/2018.

23- RÈGLEMENT (UE) N° 524/2013 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32013R0524> , le 19/01/2018

24- RLL : règlement des litiges en ligne.

25- REL : règlement extrajudiciaire de litige.

26-Ordonnance 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2015/8/20/EINC1512728R/jo/texte> , 19/01/2018.

27- Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2015/10/30/EINC1517228D/jo> , le 19/01/2018.

28- Article 05 de la directive 2013-11 précité.

29- المواد 58-86-88 من القانون اللبناني السابق ذكره.

30- المواد 89-87-90-91 من نفس القانون.

31- المادة 92 من نفس القانون.

32- المادة 93 من نفس القانون.

33- الفصل 56-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

34- الفصل 65-327 من نفس القانون.

35- الفصل 69-327 من نفس القانون.

36- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2013، ص231.

37- Ordonnance 2015-1033 précité.

استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري

الأستاذ: جمال بن بخمة

أستاذ مساعد (أ)، ، قسم الحقوق، جامعة جيجل

ملخص:

يعتبر عنصر الاستقلالية أهم العناصر المميزة لسلطة ضبط السمعي البصري، ويعود ذلك لكون هذه الاستقلالية هي التي تميزها عن السلطات العادية أو التقليدية للدولة، وتقاس درجة استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري من ناحيتين، العضوية والوظيفية. فمن الناحية العضوية ينبغي التعرض إلى تعدد الأعضاء واختلاف مراكزهم، ووجود نظام التنافي، والتمتع بالشخصية المعنوية، أما من الناحية الوظيفية فتقاس درجة استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري بمدى تمتعها بالاستقلال الإداري والمالي ووضعها للنظام الداخلي.

Résumé:

L'indépendance est un volet essentiel qui caractérise l'autorité de régulation de l'audiovisuelle, puisqu'il est au cœur même de l'originalité de cette autorité dans l'appareil administratif de l'Etat.

Les critères déterminants pour mesurer le degré de L'indépendance de l'autorité de régulation de l'audiovisuelle, dans son double aspect organique et fonctionnel, sont d'une part, la pluralité des membres et la diversification de leur statut, le régime des incompatibilités, et l'octroi de la personnalité juridique. D'autre part, l'indépendance l'autorité de régulation de l'audiovisuelle au plan fonctionnel, sont mesuré par une autonomie administrative et financière et le règlement intérieur.

مقدمة:

لقد كان لانتهاء أسعار البترول سنة 1986، الأثر البالغ على الاقتصاد الوطني حيث تدهور مستوى المعيشة وانكشفت النقائص التي كانت تعاني منها المقاولات الخاصة ونتيجة لذلك بدأت ملامح التحول لاقتصاد يقوم على المبادرة الخاصة، حيث صدر القانون رقم 88-01 والمتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية والذي كرس إمكانية التنازل عن حصص أو أسهم المؤسسات العمومية الاقتصادية ليلة صدور القانون رقم 89-12 والمتعلق بالأسعار والذي نص على أن أسعار السلع والخدمات تحدد بصفة حرة بناء على عدة معايير منها قاعدة العرض والطلب، لتكرس هذه القاعدة بصفة مطلقة بصور قانون المنافسة وهو الأمر رقم 95-06 والذي نص مادته الرابعة على أن الأسعار تحدد بصفة حرة بناء على قواعد المنافسة مهدت ولذلك مهدت هذه النصوص إلى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، واستبدال أدوات الضبط التقليدية بأخرى حديثة وهي السلطات الإدارية المستقلة.

يشكل إنشاء السلطات الإدارية المستقلة العديد من التساؤلات سواء ما تعلق بمدى دستوريته أو مدى دستورية الاختصاصات الممنوحة لها كما هو الحال بالنسبة للاختصاص التنظيمي الممنوح لمجلس النقد والقرض واللجنة تنظم عمليات البورصة غير أن الأشكال الذي تبرز بصفة جلية يتعلق باستقلالية هذه السلطات، وقد نص المشرع الجزائري في قانون الإعلام مثلا على أن سلطة ضبط السمعي البصري هي سلطة إدارية مستقلة، وبالنظر إلى الإشكالات التي يبرزها الموضوع ارتأينا تسليط الضوء على سلطة ضبط السمعي البصري، وطرح إشكالية تتمحور حول مدى استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري عضويا ووظيفيا؟.

للإجابة على الإشكالية قسمت البحث إلى قسمين:

- الاستقلال العضوي لسلطة ضبط السمعي البصري.

- الاستقلال الوظيفي لسلطة ضبط السمعي البصري.

المبحث الأول: الاستقلال العضوي لسلطة ضبط السمعي البصري:

يتم تحديد استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري اعتمادا على عدة معايير منها تعدد الأعضاء واختلاف صفاتهم ومراكزهم، تحديد عهدة الأعضاء مراعاة الأحكام الصادرة عن سلطة ضبط السمعي البصري لمبدأ الحياد، وأخيرا وجود إجراء الامتناع.

المطلب الأول: مظاهر استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري:

ككل السلطات الإدارية المستقلة فإن سلطة ضبط السمعي البصري تتشكل من عدة أعضاء، وهو أمر مهم في قياس درجة الاستقلالية كما يستمر بيانه، وقد حدد المشرع الجزائري عهدة أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري باعتبارها تدخل في قياس درجة الاستقلالية.

الفرع الأول: تعدد الأعضاء واختلاف صفاتهم ومراكزهم:

تنص المادة 57 من القانون رقم 14-04 على ما يلي: "تشكل سلطة ضبط السمعي البصري من تسعة أعضاء يعينون بمرسوم رئاسي على النحو الآتي:

- خمسة أعضاء من بينهم الرئيس، يختارهم رئيس الجمهورية.

- عضوان غير برلمانيين يقترحهما رئيس مجلس الأمة.

- عضوان غير برلمانيين يقترحهما رئيس المجلس الشعبي الوطني⁽¹⁾.

ما يلاحظ على نص المادة بأن هناك تعدد أعضاء السلطة واختلاف صفاتهم والجهات التي اقترحتهم، وما يلاحظ على هذه التشكيلة بأن المشروع يشترط بأن يتم اختياره بناء على كفاءتهم وخبرتهم واهتمامهم بالنشاط السمعي البصري، كما هو الحال بالنسبة لأعضاء مجلس المنافسة يختلف قطاع انتمائهم ليتراوح بين ذوي الخبرة في المجال الاقتصادي والمهني والقانوني⁽²⁾، فحبذا لو اشترط المشرع الجزائري أن يكون الأعضاء يملكون شهادة جامعية أو متخصصون في مجال الإعلام والصحافة.

الفرع الثاني: تحديد العهدة:

لضمان استقلالية أعضاء ضبط السمعي البصري، وجب تحديد عهده فقد نص المشرع الجزائري على أن عهدة الأعضاء هي 6 سنوات غير قابلة للتجديد، كما لا يفصل عضو من أعضائه إلا في الحالات المنصوص عليها في قانون النشاط السمعي البصري⁽¹⁾.

وعليه فإن تحديد العهدة مظهر يخدم استقلالية هذه السلطة من الناحية العضوية، حيث لو تم تعيينهم لمدة غير محددة قانونا فإن ذلك ينفي الاستقلالية العضوية، ضف إلى ذلك فإن تحديد العهدة هو تحديد للصلاحيات، الأمر الذي يدفع بالسلطات المعنية إلى إتمام مهامها خلال هذه الفترة⁽²⁾.

والملاحظ أن المشرع الجزائري نص على أن عهدة الأعضاء غير قابلة للتجديد وهي ضمانة جوهرية لاستقلالية هذه السلطة⁽³⁾، على اعتبار أن التجديد يؤدي إلى تعاملات تتنافى مع استقلالية هذه السلطة⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: مراعاة الأحكام الصادرة عن سلطة السمعي البصري لمبدأ الحياد:

مبدأ الحياد هي تلك الصفة في الشخص الذي يتولى العدالة فيحترم رمزها المتمثل في الموازنة بين الاهتمام والدفاع ولا يعطي أفضلية لأي كان⁽⁵⁾، وإذا كان حياد القاضي مكرس أمام الهيئات القضائية الجزائرية، فهل هذا المبدأ مكرس أمام السلطات الإدارية المستقلة عموما وسلطة ضبط السمعي البصري خصوصا؟، والإجابة تقتضي منا التعرض لهذا المبدأ من جانبين:

أولاً: وجود نظام التنافي: le régime des incompatibilités

يقصد بإجراء التنافي منع أعضاء السلطات الإدارية المستقلة من ممارسة وظائف أخرى، سواء بصفة كلية كالمنع من القيام بوظيفة أخرى عمومية أو خاصة والمنع من ممارسة نشاط مهني أو أية إنابة انتخابية، ومنع الأعضاء من امتلاك مصالح مباشرة أو غير مباشرة⁽⁶⁾، وقد يكون التنافي نسبيا حيث يمنع الأعضاء من ممارسة نشاط مهني كما هو الحال بالنسبة لمجلس المنافسة⁽⁷⁾.

وبالعودة إلى أحكام قانون السمعي البصري نجد أن المشرع قد اعتمد على نظام التنافي المطلق بالنسبة لأعضاء سلطة ضبط السمعي البصري، حيث أن العضوية فيها مع كل عهدة انتخابية وكل وظيفة عمومية وكل نشاط مهني أوكل مسؤولية تنفيذية في حزب سياسي، ما عدا المهام المؤقتة في التعليم العالي والإشراف في البحث العلمي⁽¹⁰⁾، كما لا يمكن لأي عضو من أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري أن يمتلك مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة سمعية بصرية أو سينمائية أو في مؤسسة للنشر أو للصحافة أو للإشهار

أو للاتصالات⁽¹¹⁾، كما يمنع الأعضاء من ممارسة نشاط له علاقة بأي نشاط سمعي بصري خلال السنتين الموالتين لنهاية العهد⁽¹²⁾.

والحقيقة أن هذه الأحكام جاءت لتأكيد الأحكام المنصوص عليها في الأمر رقم 01-07، والمتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف⁽¹³⁾، ما يعني بأن التنافي النسبي قد ألغي ضمناً بصور هذا الأمر، حيث أصبح نظام التنافي المطلق والمقرر بأحكام هذا الأمر هو السار، حتى ولو لم ينص عليه في النصوص المنشأة للسلطات الإدارية المستقلة.

ثانياً: وجود نظام التسبب:

التسبب هو بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه فالقاضي يحكم في النزاع طبقاً للقانون ووفقاً لاقتناعه الشخصي مع التزامه ببيان الأدلة التي أدت إلى إصدار حكمه، والقاضي يكون ملزماً بالتسبب لأجل تحقيق العدالة⁽¹⁴⁾، وعن سلطة ضبط السمعي البصري فإنها تقوم بالتعليق الجزئي أو الكلي للبرنامج الذي وقع بثه، أو تعليق الرخصة عند كل إخلال غير مرتبط بمحتوى البرنامج، وذلك بناءً على مقرر معلل⁽¹⁵⁾ كما أن سحب رخصة استغلال النشاط السمعي البصري لا يكون إلا بموجب مرسوم بناءً على تقرير معلل من سلطة ضبط السمعي البصري⁽¹⁶⁾.

إن الحكمة من اشتراط نظام التسبب في قرارات الصادرة عن سلطة ضبط السمعي البصري هو أن هذه القرارات تكون ماسة بحق من حقوق الشخص المعاقب، مما يستدعي توضيح الحجج والبراهين المادية والقانونية التي دفعت بها إلى توقيع الجزاء، كما أن القرارات الصادرة عن هذه السلطة هي قرارات إدارية، والمعروف في مبادئ القانون الإداري أن الإدارة ملزمة بتسبب قراراتها إذا استوجب المشرع ذلك صراحة، وفي حالة تخلف والسبب يكون القرار الإداري غير مشروع⁽¹⁷⁾.

وإذا كان قانون السمعي البصري قد تضمن صراحة ضرورة تسبب سلطة ضبط السمعي البصري لقراراتها، فإن بعض السلطات الإدارية المستقلة لم تتضمن قوانينها هذا النوع من الالتزام إلا أن هذا لا يعفيها من تسبب قراراتها، حيث تطبق القواعد العامة في هذه الحالة والتي تلزم القضاة بتسبب أحكامهم⁽¹⁸⁾.

الفرع الثاني: وجود إجراء الامتناع: le procédé l'empêchement:

يقصد بإجراء الامتتاع وتقنية وتستنثي بعض أعضاء السلطات الإدارية المستقلة من المشاركة في المداولات المتعلقة بالمؤسسات ومحل المتابعة بحجة وضعيتهم الشخصية اتجاهها⁽¹⁹⁾، والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أغفل هذا الإجراء في قانون السمعي البصري والذي من شأنه أن يؤثر على استقلالية سلطة ضبط السمعي البصري، ونفس الأمر نجده على مستوى سلطة ضبط الصحافة المكتوبة، غير أنه لو تمعنا في قانون المنافسة في مادته رقم 29 نجد بأن المشرع قد منع أي عضو من أعضاء مجلس المنافسة من أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية، وأكثر من ذلك نجد إجراء الامتتاع في النظام الداخلي لمجلس المنافسة.

المطلب الثاني: حدود الاستقلال العضوي لسلطة ضبط السمعي البصري:

تتمثل حدود الاستقلالية العضوية لسلطة ضبط السمعي البصري في تمتع رئيس الجمهورية بسلطة التعيين، غياب إجراء الامتتاع.

الفرع الأول: تمتع السلطة التنفيذية بسلطة التعيين:

يعتبر هذا المبدأ من المظاهر التي تقلص الاستقلالية العضوية للسلطات الإدارية المستقلة على غرار سلطة ضبط السمعي البصري، حيث نصت المادة 57 من القانون رقم 04-14 على أن أعضاء هذه السلطة يعينون بمرسوم رئاسي من طرف رئيس الجمهورية وهو المظهر الغالب على جل السلطات الإدارية المستقلة، فالتعيين من طرف رئيس الجمهورية يجعل من هؤلاء الأعضاء تابعين له ما يقلص من الاستقلال العضوي لهم وليس هذا فقط، بل يملك رئيس الجمهورية سلطة اقتراح 5 أعضاء لسلطة ضبط السمعي البصري من أصل تسعة أعضاء أي بنسبة تفوق 50%، أما الباقي فيتم اقتراحهما من طرف السلطة التشريعية، وهو أمر يؤثر على الاستقلالية العضوية لهم حيث يجعلهم تابعة للسلطة التنفيذية.

وعلى هذا نقترح توزيع الاختصاص في تعيين أعضاء سلطة ضبط السمعي البصري بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، من أجل ضمان استقلالية أكبر للأعضاء.

المبحث الثاني: الاستقلالية الوظيفية لسلطة ضبط السمعي البصري:

الاستقلال الوظيفي هو عدم الخضوع لرقابة سلمية ولا لرقابة وصائية، لاسيما سلطة اتخاذ القرار **pouvoir de décision**، أن السلطات الإدارية المستقلة عموما لا تعتبر الرقابة الوصائية أو السلمية المطبقة على الهيئات الإدارية التقليدية، حيث لا تملك السلطة التنفيذية وسائل الضبط المباشرة عن هذه الهيئات⁽²⁰⁾، وفيما يلي سندرس مظاهر الاستقلالية الوظيفية وحدودها.

المطلب الأول: مظاهر الاستقلالية الوظيفية:

تتجسد مظاهر الاستقلالية الوظيفية ضبط السمعي البصري في الاستقلال الإداري والمالي، وكذا التمتع بالشخصية المعنوية، ولو أن هذه الأخيرة لا تعد معيارا فعالا لقياس درجة الاستقلالية أنها تقوم بنقوية هذه الاستقلالية بالنظر إلى الآثار المترتبة عنها، كما تتدعم الاستقلالية الوظيفية بوضع سلطة ضبط السمعي والبصري لنظامها الداخلي.

الفرع الأول: الاستقلال المالي:

إن الاستقلال المالي من أهم الدعائم التي تدعم الاستقلال الوظيفي للسلطات الإدارية المستقلة، وتعتبر لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها من أكثر السلطات والإدارية استقلالا من الناحية المالية كونها لا تعتمد على إعانات الدولة فقط، بل تعتمد على الأتاوى عن الأعمال والخدمات التي تؤديها اللجنة، كأتاوى اعتماد الوطاء في عمليات البورصة⁽²¹⁾.

وحسب الأستاذة **FRISON ROCHE**، فإن استقلالية الميزانية للسلطات الإدارية المستقلة تكمن في ثلاث عناصر الاستقلال المالي الذي يحدد المصادر المالية للسلطة استقلالية تنفيذ الميزانية والتي تسمح للسلطة بأن تقرر استعمال ميزانيتها، وأخيرا استقلالية تسيير الميزانية⁽²²⁾، وهو المقصود في الحقيقة بالاستقلال المالي طالما تعتمد هذه السلطات على إعانات الدولة، فسلطة ضبط السمعي البصري تملك حق اقتراح الاعتمادات الضرورية لتأدية مهامها، وتقيد هذه الاعتمادات في الميزانية العامة للدولة، أما الأمر بالصرف فهو رئيس سلطة ضبط السمعي البصري⁽²³⁾، إذن المقصود بالاستقلال المالي لدى هذه السلطة هو طريقة تسيير الموارد وكيفية صرفها لأن مصدر مواردها مشتقى من الدولة.

الفرع الثاني: الاستقلال الإداري:

يعتبر الاستقلال الإداري مظهر يدعم الاستقلالية الوظيفية لسلطة ضبط السمعي البصري، حيث تتوفر هذه سلطة ضبط السمعي البصري على مصالح إدارية وتقنية يحدد تنظيمها وسيرها بموجب أحكام داخلية⁽²⁴⁾، كما توضع هذه المصالح تحت سلطة الرئيس وتسيير من طرف أمين عام⁽²⁵⁾.

إن الاستقلال الإداري لا يتعلق بتسيير المصالح الإدارية والتقنية فقط، بل يدخل ضمنه إمكانية بعض السلطات الإدارية المستقلة بتحديد مهام المستخدمين وتصنيفهم وتحديد رواتبهم⁽²⁶⁾، كما هو الحال بالنسبة للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، حيث تحدد رواتب المستخدمين وتصنيفهم بقرار من الرئيس بعد استشارة اللجنة⁽²⁷⁾، غير خلال عهدتهم على تعويضات يتم تحديدها بموجب مرسوم⁽²⁸⁾، وهو ما قد يؤثر على الاستقلال الإداري لسلطة ضبط السمعي البصري.

الفرع الثالث: وضع السلطة لنظامها الداخلي:

يقصد بالنظام الداخلي مجموعة القواعد التي تضعها السلطات الإدارية المستقلة والتي تقرر من خلالها كيفية تنظيمها وسيرها دون تدخل أية جهة كانت، خصوصا السلطة التنفيذية والملاحظ أن بعض السلطات الإدارية المستقلة تملك حق إعداد نظامها عمليات البورصة ومراقبتها، في حين نجد فئة أخرى حرّمها القانون حق إعداد نظامها الداخلي ما يؤثر على الاستقلال الوظيفي لها على غرار مجلس المنافسة ولجنة الإشراف على التأمينات والملاحظ أن المشرع الجزائري قد منح لسلطة ضبط السمعي البصري حق إعداد والمصادقة على نظامها الداخلي⁽²⁹⁾، وهو أمر يدعم الاستقلال الوظيفي لها.

الفرع الرابع: التمتع بالشخصية المعنوية:

الشخصية المعنوية هي مجموعة من الأشخاص أو الأعمال أو الأموال تهدف إلى غرض معين أو مجموعة من الأموال ترصد بتحقيق غاية⁽³⁰⁾، وقد منح المشرع الجزائري للسلطات الإدارية المستقلة الشخصية المعنوية، باستثناء مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية، وبالنسبة لسلطة ضبط السمعي البصري فقد منحها المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 64 من القانون العضوي رقم 12-05 على ما يلي: « تؤسس سلطة ضبط السمعي البصري وهي سلطة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي »⁽³¹⁾، يعتقد البعض أن الشخصية المعنوية لا تزيد من استقلالية السلطات الإدارية المستقلة، إلا أنه في

الحقيقة فإنها تملك دورا هاما نظرا للنتائج المترتبة عنها طبقا لأحكام المادة 50 من القانون المدني، ومن بينها الذمة المالية المستقلة، نائب يعبر عن إرادتها، أهلية التعاقد، وحق النقاضي.

المطلب الثاني: حدود الاستقلالية الوظيفية لسلطة ضبط السمعي البصري:

بالرغم من تمتع سلطة ضبط السمعي البصري بالاستقلالية الوظيفية، كما سبق ذكره إلا أن هذه الاستقلالية ناقصة، مقارنة ببعض السلطات الإدارية المستقلة الأخرى، حيث تقوم هذه السلطة برفع تقرير سنوي إلى رئيس الجمهورية وإلى غرفتي البرلمان، ويتعلق التقرير أساسا بوضعية تطبيق القانون المتعلق بالنشاط السمعي البصري، وينشر هذا التقرير خلال ثلاثين يوما الموالية لتسليمه⁽³²⁾.

كما ترسل سلطة الضبط كل وثلاث أشهر تقريرا عن نشاطها على سبيل الإعلام إلى السلطة بالتعيين، كما تبلغ كل معلومة يطلبها الوزير المكلف بالاتصال⁽³³⁾.

إن إرسال التقرير السنوي إلى رئيس الجمهورية وغرفتي البرلمان يعتبر تقييدا ورقابة على أعمال سلطة ضبط السمعي البصري، وهو المر الذي ينطبق على جل السلطات الإدارية المستقلة على غرار لجنة ضبط الكهرباء والغاز، ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وسلطة ضبط البريد والمواصلات.

خاتمة:

على ضوء ما درس سابقا نخلص إلى أنه من وجود مظاهر للاستقلالية العضوية لسلطة ضبط السمعي البصري كتعدد الأعضاء واختلاف مراكزهم، وجود نظام العهدة وإجراء التنافي، وكذا وجود استقلالية وظيفية من خلال تمتع السلطة بالاستقلال الإداري والمالي وحققها في إعداد نظامها الداخلي، إلا ومن خلال دراستنا برزت عدة نقائص تقلل من الاستقلالية العضوية والوظيفية لسلطة ضبط السمعي البصري، نتيجة التدخل الدائم والمستمر للسلطة التنفيذية في أعمالها، وإن تكريس هذه الاستقلالية على مستوى النصوص ما هو إلا طابع تزييني.

الهوامش:

- (1) قانون رقم 04-14، مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج ر عدد 16، مؤرخ في 23 مارس 2014.
- (2) المادة 24 من الأمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، ج ر عدد 43، مؤرخ في 20 جويلية 2003.
- (3) المادة 60 من القانون رقم 04-14، المرجع السابق.
- (4) حسين نواره، «الأبعاد القانونية لاستقلالية سلطات الضبط في المجال الاقتصادي والمالي»، أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة بجاية، 2007، ص 65-81.
- (5) بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2011، ص 75.
- (6) DIARRA Abdoulaye, «les autorités administratives indépendantes dans les Etats francophones d 'Afrique noir, cas du mali, du Sénégal et du Bénin», in www. Afrilex, 2000.
- (7) عيساوي عز الدين، السلطة القمعية للهيئات الإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004-2005، ص 108.
- (8) ZOUAIMIA Rachid, les autorité administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, Edition HOUMA , Alger, 2005, p99.
- (9) المادة 29، من الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.
- (10) المادة 61 من القانون رقم 04-14، المرجع السابق.
- (11) المادة 64، المرجع نفسه.
- (12) المادة 65، المرجع نفسه.
- (13) المادة 02 و 03 من الأمر رقم 01-07 يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج ر عدد 16، مؤرخ 07 مارس 2007.
- (14) عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 112.
- (15) المادة 101 من القانون رقم 04-14.
- (16) المادة 104، المرجع نفسه.
- (17) عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 112-113.
- (18) المادة 162 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996.
- (19) ZOUIMIA Rachid, Droit de régulation économique, édition BERTI Alger, 2006, p79.
- (20) DIARRA Abdoulaye, op.cit, p18.

(21) المادة 27 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، معدل ومتمم، ج ر عدد 34، مؤرخ في 23 ماي 1993.

(22) ALLOUI Farida, «le caractère décoratif des autorités de régulation en Algérie» actes du colloque national sur les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier, université de Bejaia, 2007, pp 36-49.

(23) المادة 73 من القانون رقم 14-04، المرجع السابق.

(24) المادة 74، المرجع نفسه.

(25) المادة 75، المرجع نفسه.

(26) حدري سمير، والمرجع السابق، ص 70.

(27) المادة 07 من النظام رقم 2000-03، مؤرخ في 28 سبتمبر 2000، يتضمن تنظيم وسير المصالح الإدارية والتقنية للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، ج ر عدد 08، مؤرخ في 31 جانفي 2001.

(28) المادة 72 من القانون رقم 14-04، المرجع السابق.

(29) المادة 55، المرجع نفسه.

(30) وبوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر، الجزائر، 2007، ص 141.

(31) قانون عضوي رقم 12-05، مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالإعلام، ج ر عدد 02، مؤرخ في 15 جانفي 2012.

(32) المادة 86 من القانون رقم 14-04، المرجع السابق.

(33) المادة 87، المرجع نفسه.

مفهوم جريمة العدوان في ظل تطوّر نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

الأستاذ: حكيم سياب

أستاذ مساعد أ، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر

طالب دكتوراه علوم، مسجل في كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر

ملخص:

يختص مجلس الأمن الدولي بمهمة الحفاظ على السلم والأمن الدوليين بموجب ميثاق الأمم المتحدة، وتختص المحكمة الجنائية الدولية بمكافحة أخطر الجرائم الدولية التي تهدد السلم والأمن الدوليين ومنها جريمة العدوان بموجب نظام روما الأساسي، الذي تم تعديله وتطويره سنة 2010 بالقرار رقم RC/Res.6 المتضمن تعريف جريمة العدوان؛ وأركانها وكذا الشروط التي في ظلها تمارس المحكمة اختصاصها بنظر هذه الجريمة.

يسعى البحث ضمن قواعد القانون الدولي الجنائي إلى تحليل ومناقشة هذه الجدلية المتمثلة في علاقة مجلس الأمن الدولي بالمحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بجريمة العدوان بعد تطوّر نظام روما الأساسي ودخوله حيز النفاذ سنة 2018.

الكلمات الدالة: القانون الدولي الجنائي؛ المحكمة الجنائية الدولية؛ نظام روما الأساسي؛ جريمة العدوان؛ مجلس الأمن الدولي؛ الدول الأطراف؛ الدول غير الأطراف...

Résumé :

Le conseil de sécurité regard à la tâche de maintenir la paix et la sécurité internationales en vertu de la Charte des Nations Unies, Et la Cour pénale internationale préoccupé pour lutter contre les plus graves crimes internationaux qui menacent la paix et la sécurité internationales, y compris le crime d'agression en vertu du Statut de Rome, qui a été modifié et développé en 2010 par la Résolution n° RC/Res.6 inclus la définition du crime d'agression; ses éléments ainsi que les conditions dans lesquelles la Cour exerce sa compétence à ce crime.

La recherche vise dans les règles du droit international pénal à analyser cette dialectique de la relation du Conseil de sécurité avec la Cour pénale internationale en ce qui concerne le crime d'agression après l'élaboration du Statut de Rome et son entrée en vigueur en 2018.

Mots Clés : Droit international pénal, Cour pénale internationale, Statut de Rome, Crime d'agression; Conseil de sécurité, États parties, États non parties...

مقدمة

يعد مفهوم العدوان¹؛ مفهوماً شائكاً وواسعاً يشمل العديد من العوامل والشروط، وربما يعدّ أطول عملية قانونية في تاريخ البشرية لما استنفذه من جهد مادي؛ معنوي وزمني.

فطبقاً لمبدأ الشرعية الجنائية يعتبر تعريف العدوان ذو فائدة قانونية كبيرة في القانون الدولي الجنائي، حيث يساعد ذلك على تدعيم مبدأ المسؤولية الجنائية على الصعيد الدولي، وكذلك ضبط وتحديد أركان هذه الجريمة. وعدم تعريف العدوان سيؤدي إلى إفلات الأشخاص المعتدين من العقاب، ذلك بعدم اقتراف فعل العدوان، الأمر الذي يمكنهم من التهرب والتوصل من المسؤولية، من خلال التحجج بمبررات أخرى كالدفاع الشرعي عن النفس؛ التدخل الدولي لحماية الإنسانية أو ممارسة الحق في تقرير المصير...

ظلت جريمة العدوان محل نقاش مستفيض بين الدول منذ بدأ الأعمال التحضيرية لمؤتمر روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية وخلالها، حيث لم يتم في تلك الفترة وضع تعريف واضح وشامل لهذه الجريمة. إلا أنه تم الاتفاق على أنها من أخطر الجرائم الدولية موضع الاهتمام الدولي، ويتّضح ذلك من خلال إدراجها في المادة 05 الفقرة الأولى من نظام روما الأساسي التي حددت الجرائم الدولية التي تدخل في اختصاص المحكمة، وأرجأت الفقرة الثانية من ذات المادة صلاحية ممارسة المحكمة لاختصاصها بنظر هذه الجريمة ومعاينة مرتكبيها إلى أن يتم الاتفاق على تعريف لها.

تم الاتفاق على تعريف جريمة العدوان في المؤتمر الاستعراضي لجمعية الدول الأطراف للمحكمة الجنائية الدولية بكامبالا سنة 2010، حيث تم إلغاء الفقرة الثانية من المادة 05 من نظام روما الأساسي واستحداث المادة 08 مكرر التي تناولت أحكام جريمة العدوان. إلا أنه وبعد التوصل إلى تعريف توافقي لهذه الجريمة فإن نفس التعديل تضمن هو الآخر شروط خاصة بهذه الجريمة، أجّلت ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها بالعقاب على جريمة العدوان، لتعارضها مع صلاحيات مجلس الأمن الدولي فيما يتعلق بهذه الجريمة.

أهمية الموضوع: تظهر أهمية البحث في تركيزه على موضوع جريمة العدوان من خلال نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بعد تعديله وتطويره بموجب القرار رقم RC/Res.6

وما جاء به هذا القرار من أحكام خاصة، تعلقت بضبط تعريف لجريمة العدوان وحددت أركانها وبيّنت شروط ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها بنظر هذه الجريمة. تظهر أيضاً أهمية الموضوع في تبيان النقص والغموض الذي طال هذه الأحكام بل ومخالفة بعضها لمبادئ القانون الدولي الجنائي.

إشكالية البحث: ينطلق البحث من مشكل قانوني حديث يتعلق بتمكّن المجتمع الدولي أخيراً سنة 2010 من ضبط تعريف لجريمة العدوان؛ تبيان أركانها وكذا تحديد الشروط التي ستمارس المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها بنظر هذه الجريمة في ظلها، بعد تفعيل اختصاص المحكمة ودخول التعديل حيز النفاذ سنة 2018. فتنحصر إشكالية البحث في السؤال الرئيس الآتي: هل تمكّن فعلاً ممثلو المجتمع الدولي من خلال تطوير نظام روما الأساسي فيما يتعلّق بجريمة العدوان (مفهوم جريمة العدوان طبقاً للتعديل) من الموازنة بين سلطات مجلس الأمن الدولي وهيمنته السياسية على المصالح الدولية (حفظ السلم والأمن الدوليين)، والهدف من إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لمكافحة أخطر الجرائم الدولية (جريمة العدوان) أم لا؟. يتفرّع عن التساؤل أعلاه مجموعة من التساؤلات الفرعية التي تبيّن عناصر البحث هي كالاتي:

- ما تعريف العدوان في ظل نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؟.
- ما هي أركان جريمة العدوان في ظل نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؟.
- ما هي الشروط التي خص بها تعديل نظام روما الأساسي جريمة العدوان (الشروط الخاصة)؟.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى تسليط الضوء على مجموعة من العناصر والجزئيات التي تتعلق بجريمة العدوان من خلال قرار تعديل نظام روما في هذه المسألة؛ وهي كالاتي:

- إبراز خصوصية جريمة العدوان من خلال أحكام القانون الدولي الجنائي والنصوص القانونية ذات العلاقة.
- مناقشة وتحليل الأحكام الواردة في قرار تعديل نظام روما الأساسي المتعلق بجريمة العدوان والنصوص الأخرى.
- تقييم النتائج التي توصّل إليها الفريق العامل الخاص بجريمة العدوان.
- تقويم النقائص والثغرات التي وردت في قرار التعديل والنصوص الأخرى المتعلقة بجريمة العدوان.

المطلب الأول: تعريف جريمة العدوان في ظل نظام روما الأساسي.

أثار تعريف جريمة العدوان وضبط أحكامها جدلاً واسعاً منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، ونشأة هيئة الأمم المتحدة من أجل الحفاظ على السلم والأمن الدوليين ومنع استخدام القوة مرة أخرى مهما كان شكلها في العلاقات بين الدول، هذا الخلاف الذي اتضح جلياً في كل مناقشات لجنة القانون الدولي منذ سنة 1950، وهو الخلاف ذاته الذي عرفته أعمال ومناقشات اللجنة التحضيرية لمؤتمر روما الدبلوماسي للمفوضين لسنة 1998 (الفرع الأول)، ومن بعدها اللجنة التحضيرية لمؤتمر كامبالا لجمعية الدول الأطراف لسنة 2010 (الفرع الثاني).

لقد تمّ تحديد أركان الجرائم الدولية الثلاث التي تم الاتفاق عليها في مؤتمر روما (جريمة الإبادة الجماعية؛ جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية) في الدورة الأولى لجمعية الدول الأطراف سنة 2002². أما بالنسبة لجريمة العدوان فإنه لم يتم الاتفاق على أركانها قبل مؤتمر كامبالا سنة 2010.

الفرع الأول: مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين بروما سنة 1998.

ظلت مسألة ضبط تعريف جامع لجريمة العدوان محل نقاش وجدال مستفيض بين الدول، وكانت من بين أهم وأبرز النقاط التي عرقلت إنشاء المحكمة الجنائية الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية وإنشاء هيئة الأمم المتحدة³. ويرجع ذلك إلى حساسية الموضوع وتضاربه مع مصالح الدول العظمى، خاصة ذات العضوية في مجلس الأمن الدولي، (الولايات المتحدة الأمريكية على وجه التحديد)، حيث تشبّثت دائماً بفكرة دور مجلس الأمن واستفاده بصلاحيته تحديد وإقرار وقوع العدوان⁴.

حيث تقدمت معظم الدول المشاركة في اللجنة التحضيرية الخاصة بجريمة العدوان في مؤتمر روما الدبلوماسي للمفوضين بمجموعة من المقترحات لتعريف هذه الجريمة، وكذا تحديد عناصرها (أركانها)، واقتُرحت كذلك الشروط التي ستمارس في ظلها المحكمة لاختصاصها بنظر هذه الجريمة⁵، وأكدت كل الدول المشاركة في أعمال اللجنة التحضيرية والمؤتمر الدبلوماسي على دور مجلس الأمن الدولي في هذه المسألة⁶.

لقد تباينت المقترحات المقدمة من طرف الدول المشاركة في مؤتمر روما لإدراج جريمة العدوان ضمن اختصاص المحكمة أولاً، وبعد مناقشات طويلة تم الاتفاق على

إدراجها ضمن الجرائم التي تختص بها المحكمة، ولكن تم في نفس الوقت الاتفاق على تأجيل ممارسة المحكمة لاختصاصها بنظر هاته الجريمة -على خلاف الجرائم الأخرى "جريمة الإبادة الجماعية؛ جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية"- إلى غاية اعتماد حكم توافقي يعرّف جريمة العدوان ويحدد أركانها والشروط التي ستمارس المحكمة في ظلها اختصاصها للمعاقبة على هذه الجريمة⁷.

فلقد تضمّن مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ثلاث خيارات (اقتراحات) تعرّف جريمة العدوان وتحدّد أركانها وتبيّن شروط ممارسة المحكمة لاختصاصها عليها على غرار الجرائم الأخرى⁸، بل وأورد المشروع ملاحظة مهمة جدًّا في هذا الموضوع وهي أن: "لا مساس لهذا المشروع بمناقشة مسألة العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية بشأن جريمة العدوان"⁹. وهذه الخيارات هي:

الخيار الأول: لغرض هذا النظام الأساسي، تعني جريمة العدوان الإخلال بالسلم أي فعل من الأفعال التالية يرتكبه فرد يكون في وضع يمكنه من ممارسة السيطرة أو يكون قادرا على توجيه أعمال سياسية/عسكرية في دولة ما:

أ- تخطيط.

ب- أو إعداد.

ج- أو الأمر بـ:

د- أو البدء.

هـ- أو تنفيذ

الخيار الثاني: لغرض هذا النظام الأساسي، يرتكب جريمة العدوان شخص يكون في وضع يمكنه من ممارسة السيطرة أو يكون قادرا على توجيه أعمال سياسية/عسكرية في دولته ضد دولة أخرى بما ينافي ميثاق الأمم المتحدة، عن طريق اللجوء إلى القوة المسلحة، لتهديد أو انتهاك سيادة تلك الدولة أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي.

وتشمل الأفعال التي تتشكّل عدوانًا (هجومًا مسلحًا) ما يلي:

أ) قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو إقليم دولة أخرى أو بشن هجوم عليه، أو أي احتلال عسكري، مهما كان مؤقتًا، ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه باستعمال القوة؛

ب) قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف إقليم دولة أخرى بالقنابل، أو استخدام دولة ما لأي أسلحة ضد إقليم دولة أخرى؛

ج) فرض القوات المسلحة لدولة ما حصاراً على موانئ دولة أخرى أو على سواحلها؛

د) قيام القوات المسلحة لدولة ما بمهاجمة القوات المسلحة البرية أو البحرية أو الجوية أو الأسطولين البحري والجوي لدولة أخرى؛

هـ) استخدام القوات المسلحة لدولة ما تكون موجودة داخل إقليم دولة أخرى بموافقة الدولة المستقبلة، على وجه ينافي الشروط المنصوص عليها في الاتفاق، أو أي تمديد لوجودها في هذا الإقليم إلى ما بعد انتهاء الاتفاق؛

و) قيام دولة ما وضعت إقليمها تحت تصرف دولة أخرى بالسماح لتلك الدولة الأخرى بأن تستخدمه في ارتكاب عمل من أعمال العدوان ضد دولة ثالثة؛

ز) إرسال عصابات أو جماعات مسلحة، أو قوات غير نظامية أو مرتزقة مسلحين من قبل دولة ما أو باسمها، تقوم ضد دولة أخرى بأعمال من أعمال القوة المسلحة تبلغ من الخطورة ما يجعلها تعادل الأعمال المذكورة أعلاه، أو مشاركة الدولة مشاركة جسيمة فيها.

الخيار الثالث: 1- لغرض هذا النظام الأساسي ورهنا بقرار مجلس الأمن المشار إليه في الفقرة 2، من المادة 10، بشأن فعل الدولة، تعني جريمة العدوان أي فعل من الأفعال التالية يرتكبه فرد يكون في وضع يمكنه من ممارسة السيطرة أو يكون قادراً على توجيه العمل السياسي أو العسكري للدولة:

أ- بدء، أو

ب- تنفيذ

هجوم مسلح من جانب دولة ما ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى عندما يكون هذا الهجوم المسلح منافياً (بشكل ظاهر) لميثاق الأمم المتحدة ويكون هدفه أو نتيجته الاحتلال (العسكري) أو الضم لإقليم الدولة الأخرى أو جزء منه من قبل القوات المسلحة للدولة القائمة بالهجوم.

2- عندما يرتكب هجوم في إطار الفقرة 1، فإن:

أ- تخطيط، أو

ب- إعداد، أو

ج- الأمر بـ

هذا الهجوم من جانب فرد يكون في وضع يمكنه من ممارسة السيطرة أو يكون قادرا على توجيه العمل السياسي أو العسكري للدولة يشكل أيضا جريمة من جرائم العدوان.

تعليق: إنّه بالرغم من وجود التعريف "تعريف العدوان" المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 3314 المؤرخ في 14 ديسمبر 1974 مثلها مثل الجرائم الأخرى؛ جريمة الإبادة الجماعية المعرّفة بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لمنع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لسنة 1948¹⁰، حيث تم اعتماد نفس التعريف ونفس الأركان في نظام روما الأساسي. كذلك الأمر بالنسبة لجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية التي اعتمد نظام روما الأساسي نفس التعريفات والأركان الواردة في اتفاقيات جنيف لسنة 1949¹¹ والبروتوكولين الإضافيين لسنة 1977¹². الأمر الذي يؤدي إلى طرح تلقائيًا وبقوة التساؤل: لماذا لم يتم اعتماد قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 لسنة 1974 المتعلق بتعريف جريمة العدوان¹³، كما تم اعتماد الاتفاقيات السابقة بالنسبة للجرائم الأخرى؟! وأعتقد أنّ الخيار الثاني هو الأنسب والأقرب للتوافق، حيث جاءت عبارات النص واضحة ومحددة تعرضت لجميع عناصر الجريمة، حيث بيّنت مفهوم العدوان من خلال تحديدها للأعمال العدوانية التي تشكل الركن المادي لهذه الجريمة، كما وضحت صفة الجاني والشروط الواجب توفرها فيه، ويستنتج من الاقتراح أنّ العمل العدواني مقصود (القصد الجنائي) حيث أنّ الشخص الذي يقوم بأي عمل من أعمال العدوان فإنّ النية الإجرامية تتوفر مباشرة فيه، وأنّ النتيجة في جريمة العدوان هي الاعتداء على المصلحة الدولية ألا وهي الاعتداء على السلم والأمن الدوليين الذي تتمتع به كل الدول على حد سواء.

الواقع أنّه لم يتم اعتماد أي من تعريفات (خيارات) المشروع الذي أعدته اللجنة التحضيرية لمؤتمر روما المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية فيما يتعلق بجريمة العدوان، نتيجة موقف الولايات المتحدة الأمريكية الراضة والمعارضة بكل ما أوتيت من قوة لمسألة ضبط تعريف للعدوان، بل وطالبت باستبعاد هذه الجريمة من اختصاص المحكمة مبررة ذلك بمجموعة من العراقيل والمشاكل السياسية (الوهمية).

حيث أكد مندوب الولايات المتحدة الأمريكية في الجلسة السادسة لاجتماعات اللجنة التحضيرية أن هذا الموضوع يثير عدة مشاكل؛ مسألة التعريف؛ مسألة دور مجلس الأمن... وأن الولايات المتحدة تشكك فيما إذا كان مؤتمر روما سوف يستطيع أن يعتمد تعريفاً مرضياً لجميع الأطراف من أجل إقرار المسؤولية الجنائية الدولية لهذه الجريمة، وأن قرار الجمعية العامة رقم 3314 لم يعرّف العدوان كجريمة فردية وما جاء به هو مجرد تكرار لما ورد في ميثاق نورمبرغ، وعليه فإنّ الولايات المتحدة الأمريكية تعارض إدراج جريمة العدوان ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية¹⁴.

الموقف الذي أيده المندوب الإسرائيلي حيث أورد في تدخله أنه: "... غير مقتنع بضرورة إدراج جريمة العدوان في اختصاص المحكمة، وأنّ النظام الأساسي للمحكمة ينص على جزاءات عقابية على الأفعال الإجرامية أو الامتناع، ويتعيّن أن يستند ذلك إلى تعريف دقيق ومقبول دولياً ولا يلوح في الأفق حتى الآن وجود تعريف على ذلك النحو لجريمة العدوان، وقد يؤدي عدم وجود ذلك إلى استعمال تعريف للعدوان من وراءه دوافع سياسية الأمر الذي قد يؤثر على استقلال المحكمة وطابعها غير السياسي"¹⁵.

يتضح جلياً من خلال الحجج والمبررات المقدمة من طرف مندوبي الولايات المتحدة وإسرائيل أنّها ليست الدوافع الحقيقة والرئيسة من أجل وقوفها ضد إدراج جريمة العدوان ضمن اختصاص المحكمة، بل لأنّ الولايات المتحدة تدرك جيّداً أن جريمة العدوان من أخطر الجرائم الدولية بل هي أم الجرائم الأخرى والمؤدية إليها، وتدرك كذلك وجود تعريف جامع لهذه الجريمة لاقى قبول وموافقة المجتمع الدولي ككل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314، وإنّما كان هدفها من وراء ذلك ضمان انفراد الجهاز التنفيذي للمنظمة السياسية "هيئة الأمم المتحدة" ألا وهو مجلس الأمن -وهي أحد أعضاء الدائمين "المهيمنين"- لتقرير حالة وجود العدوان من عدمه، وبالتالي فهي من سيبقى يتحكّم في هذه المسألة. وبالمقابل فهي تعلم جيّداً أن ضبط تعريف للعدوان وإدراجه ضمن اختصاص المحكمة نهائياً سوف يقيّد بل سيقضي على ممارستها لاستخدام القوة تحقيقاً لمصالحها الخاصة بصورة منفردة دون الرجوع لمجلس الأمن كما فعلت عبر التاريخ (أفغانستان؛ العراق...) ¹⁶.

خلاصة: كل الاقتراحات المتعلقة بتعريف جريمة العدوان خلال مؤتمر روما الدبلوماسي للمفوضين من طرف كل الدول المشاركة في أعمال اللجنة التحضيرية وخلال ورشات

المؤتمر، كانت كلها متطابقة مع أحكام ميثاق الأمم المتحدة بل وتتفق كلها في اعتبار العدوان عمل غير مشروع ومخالف للالتزام دولي مستمد من قاعدة عرفية دولية أمرة ألا وهي: "عدم جواز استخدام القوة أو التهديد بها"¹⁷، فلماذا لم يتم اعتماد أي منها أن ذلك؟!.

أعتقد أن ذلك غير مبرر وكان من أجل حماية الدول التي تعتمد على القوة في تحقيق مصالحها الخاصة، والهدف الحقيقي من وراء ذلك هو تأخير ممارسة المحكمة لاختصاصها بمعاقبة مرتكبي جريمة العدوان أطول وقت ممكن، وكان لهم ذلك ولمدة 20 سنة على الأقل منذ 1998 على خلاف الجرائم الأخرى، وما يثبت ذلك هو العودة إلى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 لسنة 1974، الذي تم اعتماده في تعديل نظام روما الأساسي لسنة 2010.

الفرع الثاني: المؤتمر الاستعراضي لجمعية الدول الأطراف بكامبالا سنة 2010.

رغم كل المعطيات والأرضية المقدمة بمؤتمر روما الدبلوماسي المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية تختص بمكافحة أشد الجرائم الدولية خطورة على حقوق الإنسان وأكثرها مساساً بالسلم والأمن الدوليين، وبالرغم من تأكيد غالبية الدول المؤتمرة على أن الجرائم الدولية هي الأربعة (جريمة الإبادة الجماعية؛ جرائم الحرب؛ الجرائم ضد الإنسانية وجريمة العدوان)، وبالرغم من أن مشروع النظام الأساسي قد تضمن تعريف لهذه الجريمة وحدد أركانها وبيّن الشروط التي تمارس المحكمة في ظلها اختصاصها بمعاقبة مرتكبي جريمة العدوان.

إلا أنه وفي الأخير قد تم تقييد وتعطيل المحكمة في ممارسة اختصاصها بنظر جريمة العدوان على خلاف الجرائم الأخرى من خلال نظام روما الأساسي في حد ذاته، وهو ما تضمنته الفقرة 02 من المادة 05 منه حيث نصّت: "تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقاً للمادتين 121، 123 يعرف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة. ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة".

وفقاً للمادة 123 من نظام روما الأساسي، عقد الأمين العام للأمم المتحدة في 07 أوت 2009 المؤتمر الاستعراضي للمحكمة الجنائية الدولية، أي بعد 07 سنوات من دخول نظام روما الأساسي حيز النفاذ، حيث دعا الأمين العام جميع الدول الأطراف للمشاركة في

الدورة، كما تم دعوة الدول الأخرى التي وقّعت على النظام للمشاركة بصفة مراقب. ولقد اتخذت الجمعية العامة لجمعية الدول الأطراف قرار بعقد المؤتمر الاستعراضي في مدينة كامبالا عاصمة أوغندا في الفترة الممتدة من 31 ماي إلى 11 جوان 2010.

حيث ترتّب على ذلك إنشاء لجنة تحضيرية للمؤتمر تتكوّن من ممثلي الدول التي وقعت على الوثيقة الختامية لمؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين (جمعية الدول الأطراف)، وكان من بين المهام المسندة لهذه اللجنة هو إنشاء فريق عامل يختص بجريمة العدوان¹⁸. ولقد قام الفريق العامل بتقديم أول تقاريره للجنة التحضيرية، والذي تضمن استعراض تاريخي للتطورات المتعلقة بالعدوان¹⁹.

قدّم الفريق العامل المعني بجريمة العدوان تقريره النهائي إلى المؤتمر الاستعراضي لجمعية الدول الأطراف في نظام روما الذي عقد بمدينة كامبالا في الفترة الممتدة من 31 ماي إلى 11 جوان 2010²⁰، والذي اختتم باعتماد مجموعة من القرارات من أهمها القرار رقم: RC/Res.6 المتعلّق بتعريف جريمة العدوان²¹، كما اعتمد المؤتمر بموجب نفس القرار تعديلات على أركان الجرائم، وحدد أركان جريمة العدوان²²، حيث نصت المادة 08 مكرر على أنّه: "المرفق الأول: تعديلات على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بشأن جريمة العدوان.

1- تحذف الفقرة 2 من المادة 5 من النظام الأساسي.

2- يدرج النص التالي بعد المادة 8 من النظام الأساسي:

المادة 8 مكرراً: جريمة العدوان.

1- لأغراض هذا النظام الأساسي، تعني "جريمة العدوان" قيام شخص ما، له وضع يمكنه فعلاً من التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيه هذا العمل، بتخطيط أو إعداد أو بدء أو تنفيذ فعل عدواني يشكل، بحكم طابعه وخطورته ونطاقه، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة.

2- لأغراض الفقرة 1، يعني "فعل العدوان" استعمال القوة المسلحة من جانب دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة. وتنطبق صفة فعل العدوان على أي فعل من الأفعال التالية، سواء

بإعلان حرب أو بدونه، وذلك: وفقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3314 المؤرخ في 14 ديسمبر 1947 الذي عصف جريمة العدوان بأنها:

أ) قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو إقليم دولة أخرى أو الهجوم عليه، أو أي احتلال عسكري، ولو كان مؤقتاً، ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه باستعمال القوة؛

ب) قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف إقليم دولة أخرى بالقنابل، أو استعمال دولة ما أية أسلحة ضد إقليم دولة أخرى؛

ج) ضرب حصار على موانئ دولة ما أو على سواحلها من جانب القوات المسلحة لدولة أخرى؛

د) قيام القوات المسلحة لدولة ما بمهاجمة القوات المسلحة البرية أو البحرية أو الجوية أو الأسطولين البحري والجوي لدولة أخرى؛

هـ) قيام دولة ما باستعمال قواتها المسلحة الموجودة داخل إقليم دولة أخرى بموافقة الدولة المضيفة، على وجه يتعارض مع الشروط التي ينص عليها الاتفاق، أو أي تمديد لوجودها في الإقليم المذكور إلى ما بعد نهاية الاتفاق؛

و) سماح دولة ما وضعت إقليمها تحت تصرف دولة أخرى بأن تستخدمه هذه الدولة الأخرى لارتكاب عمل عدواني ضد دولة ثالثة؛

ز) إرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة من جانب دولة ما أو باسمها تقوم ضد دولة أخرى بأعمال من أعمال القوة المسلحة تكون من الخطورة بحيث تعادل الأعمال المعدة أعلاه، أو اشتراك الدولة بدور ملموس في ذلك".

تعليق: من خلال تحليل نص المادة 08 مكرر يتضح أنه بالإضافة إلى أنّ النص جاء واضحاً ومسّ جميع عناصر جريمة العدوان من خلال تحديد أركانها وكذا صفة وشروط الجاني كما أنه ضرب أمثلة للأفعال التي تشكل عدواناً. إلا أنه يتضح أيضاً أنّ معدّلو نظام روما الأساسي عمدوا إلى تضمين النص ما يبرزو بين غلبة صلاحيات ودور مجلس الأمن الدولي في جريمة العدوان على حساب صلاحيات ودور المحكمة الجنائية الدولية، من خلال العبارتين الواردتين في نهاية كل من الفقرة الأولى والثانية، فمن المعروف سلفاً أن مجلس

الأمن الدولي هو من يحدد ما إذا كان أي فعل من الأفعال تقوم به الدول يشكل انتهاكاً لميثاق الأمم المتحدة أم لا، ولم يحدد الميثاق نطاقاً (مجالاً) للمجلس في هذه المسألة حيث تركت تقديرية، أي أن نظام روما الأساسي وقع في نفس الفجوة.

ولقد علق أيضاً المؤتمر من خلال القرار أعلاه الممارسة الفعلية للمحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها بنظر جريمة العدوان رهن قرار لاحق يتخذ بعد جانفي 2017 بنفس أغلبية الدول الأطراف التي صدقت على التعديلات أو قبلتها، وبعد مرور سنة واحدة على التصديق أو قبول هذه التعديلات من طرف ثلاثين 30 دولة طرف في نظام روما الأساسي²³. وتجدر الإشارة إلى أنه قد تم تفعيل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بنظر جريمة العدوان في الدورة السادسة عشر 16 لجمعية الدول الأطراف المنعقدة بنيويورك في الفترة الممتدة من 04 إلى 14 ديسمبر 2017²⁴.

خلاصة: بعد مضي 20 عاماً على إنشاء المحكمة الجنائية الدولية تم العودة إلى اعتماد قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 لسنة 1974 في تعريف جريمة العدوان، والذي كان موجوداً في الخيارات التي جاء بها مشروع النظام الأساسي (الخيار الثاني) الذي تقدمت به اللجنة التحضيرية لمؤتمر روما سنة 1998، إذن فإن الهدف الحقيقي للدول التي عارضت إدراج جريمة العدوان ضمن اختصاص المحكمة آن ذاك (الولايات المتحدة؛ إسرائيل) هو تعطيل المحكمة أطول وقت ممكن عن ممارسة اختصاصها بنظر جريمة العدوان، وكان لها ذلك لما يراوح 20 سنة.

المطلب الثاني: أركان جريمة العدوان (المادة 08 مكرر).

تمخض على مؤتمر كامبالا إيجاد تعريف توافقي لجريمة العدوان، وحدد المؤتمر أيضاً أركان هذه الجريمة، حيث تناولت ذلك المادة 08 مكرر، وحددوا أيضاً الشروط التي تمارس المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها بنظر هذه الجريمة وفقها، وهو ما تضمنته المادة 15 مكرر والمادة 15 مكرر 2 على التوالي، من خلال اعتماد المؤتمر للقرار رقم RC/Res.6.

وعليه فإنّ جريمة العدوان كغيرها من الجرائم الدولية يتوجّب لقيامها توفّر أربعة أركان هي؛ الركن الشرعي (الفرع الأول)، الركن المادي (الفرع الثاني)، الركن المعنوي (الفرع الثالث)، الركن الدولي (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الركن الشرعي.

عملاً بمبدأ الشرعية الجنائية والذي يعتبر من مبادئ القانون الجنائي الداخلي والدولي على حد السواء، ومفاده أنّه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني يعرف الجرم ويحدد أركانه، ويبين كذلك العقوبة والتدابير التي تترتب على ذلك الجرم. وهو ما نصت عليه على التوالي المادتين 22 و 23 من نظام روما الأساسي، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 22: "لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني، وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة". ونصت المادة 23 على أنّه: "لا يعاقب أي شخص أდანته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي".

فبعد تطوّر نظام روما الأساسي فيما يتعلق بجريمة العدوان، من خلال ضبط تعريف لها والذي حدد أركان هذه الجريمة وإجراءات وشروط مكافحتها وكذلك العقوبات المترتبة على ارتكابها، فإنّ نظام روما الأساسي هو الأساس الشرعي (القانوني) لجريمة العدوان، أي أن الركن الشرعي لهذه الجريمة متوفّر.

ملاحظة: إن مبدأ الشرعية الذي تبناه نظام روما الأساسي في المادة 22 منه مفاده أنّ المحكمة تباشر اختصاصها بمكافحة وعقاب الأشخاص الذين يرتكبون أفعال تشكل جرائم دولية بمقتضى نص سابق الوضع، وبالتالي فإنّ المحكمة تختص تحديداً بنظر الجرائم الأربعة المنصوص عليها في نظام روما الأساسي ومنها جريمة العدوان²⁵.

الفرع الثاني: الركن المادي.

يعني الركن المادي في مجال القانون الجنائي عموماً والقانون الدولي الجنائي على وجه الخصوص؛ السلوك الخارجي الملموس، ويتخذ هذا السلوك أحد المظهرين إيجابي أو سلبي، على أن يؤدي هذا السلوك إلى نتيجة مجرمة قانوناً.

تتمثل جريمة العدوان في مظهر مادي ملموس خارجي، يتجسد في المساس بالحقوق المتكافئة للدول في التمتع بالسلم والأمن²⁶، وأي فعل مادي محظور دولياً يرتكب من طرف

أي شخص يسبب اضطراباً في المجتمع الدولي وبصيب المصالح الدولية أو يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر يعتبر عدواناً.

عليه فإنّ الركن المادي لجريمة العدوان يشمل كل ما يدخل في تكوينها وتكون له طبيعة مادية²⁷، تتجسّم في السلوك المادي (الفعل) الذي تقوم به دولة ضد دولة أخرى، وقد يأخذ إحدى الصورتين الإيجابية أو السلبية على أن يؤدي ذلك السلوك إلى نتيجة مجرّمة بموجب أحكام القانون الدولي الجنائي، كما ينبغي أن تربط علاقة بين النتيجة التي تحققت وذلك السلوك.

تجدر الإشارة إلى أنّه في القانون الدولي الجنائي لا يعتد بالناويا السيئة التي لا تجسّد في أفعال مادية ملموسة، لأنّها لا تمس بالمصالح والحقوق التي تدخل في حمايته، وبالتالي فلا تقوم جريمة العدوان لمجرد التفكير فيها دون تجسيد هذه الأفكار -مهما كان خبثها- في شكل مادي خارجي ملموس، لأنّ ذلك لا يقيم الركن المادي للجريمة.

كما أنّ الفعل المادي لجريمة العدوان قد يأخذ الصورة السلبية "الامتناع عن الفعل" -ويكون ذلك نادراً-، ومثاله امتناع دولة ما عن تقديم الدواء والطعام للدولة التي تحاصرها الأمر الذي يؤدي إلى هلاك مواطني الدولة المحاصرة، أو سماح دولة ما لعصابات مسلحة بالانطلاق أو التدرب من وعلى أراضيها.

وكذلك فإنّ الأعمال المذكورة في الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي والتي تشكّل "فعل العدوان" هي على سبيل المثال لا الحصر، أي أنّه يوجد أعمال أخرى تشكّل جريمة عدوان وهي غير مذكورة في نص المادة أعلاه، وهو ما أكدته الفقرة 02 ذاتها حيث نصت: "...أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة... وكذلك وفقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3314 3314...".

من خلال ما سبق وطبقاً لأحكام المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي يقوم الركن المادي لجريمة العدوان فيما يتعلّق بالصورة الإيجابية على فعل العدوان، وقد يأخذ أحد الأشكال الآتية:

أولاً/ الغزو؛ الهجوم؛ الاحتلال والضم: أشار البند "أ" من الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي إلى مجموعة من الأفعال التي يمكن أن يتخذها السلوك المادي

لفعل العدوان، حيث تعبّر هذه الأشكال عن الصورة التقليدية له. وفيما يأتي بيان كل فعل منها:

1- **الغزو:** وهو العمل العسكري السريع والخاطف الذي تقوم به دولة ضد دولة أخرى، ويكون ذلك بتنظيم وتسبير جيشها المقاتل داخل إقليم الدولة المعتدى عليها من أجل تحقيق هدف معيّن. ويمكن أن يكون ذلك الغزو في البر أو البحر أو الجو أو حتى في الفضاء الخارجي²⁸.

2- **الهجوم:** يتمثل في قيام دولة ما بتسبير أكبر عدد ممكن من قواتها المسلحة للهجوم على دولة أخرى، حيث يكون أخطر وأشدّ جسامة من الغزو، ويتم خلاله استعمال القوة المسلحة بطريقة خطيرة وشاملة، وفي نطاق أكبر وأوسع مما يكون عليه في الغزو. ويتميّز الهجوم المسلح عن غيره من الأعمال الأخرى بحجم القوة المستعملة وشمول نطاقها²⁹.

3- **الاحتلال:** هو الهجوم المسلح المقرون بالسيطرة على جزء أو كل الإقليم، حيث تقوم الدولة المعتدية بإدارة شؤون الإقليم المحتل من تلقاء نفسها بعد إخضاعه لقواتها المسلحة³⁰.

4- **الضم:** وهو حالة قانونية يترتب عليها اعتبار الدولة المعتدية بإرادتها المنفردة أن الإقليم المحتل أصبح يشكل جزءاً منها وتابعا لإقليمها، أو أنّه قد أصبح تابع لإقليم دولة أخرى³¹.

ثانيا/ القصف بالقنابل واستعمال الأسلحة: حدّد ذلك البند الثاني من الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي أعلاه، حيث تتمثل هذه الحالة في ضرب القوات المسلحة لدولة ما لأهداف أو مواقع معيّنة في دولة أخرى بالقنابل أو أية أسلحة أخرى كالصواريخ مهما كان نوعها (كيمياوية؛ ذرية ونووية...)، ومهما كانت الوسيلة المستعملة في عملية الضرب، وسواء كان ذلك بواسطة الطائرات أو الدبابات أو المدافع، وسواء كان براً أو بحراً أو جواً، بغض النظر عن القوة والنتيجة المتحققة جراء ذلك الضرب بالقنابل أو الاستخدام لتلك الأسلحة³².

ثالثا/ الحصار للموانئ والسواحل: تعرّض إلى هذه الحالة البند الثالث من الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي أعلاه، ويقصد به منع دولة ما (الدولة المعتدية) دخول وخروج سفن دولة أخرى (الدولة المعتدى عليها) إلى ومن شواطئها، بقصد حرمان

هذه الأخيرة من الاتصال بالدول الأخرى عن طريق البحر، ويهدف ضرب الحصار على الموانئ والسواحل إغلاق المنطقة البحرية للدولة المُحاصَرة لكي تتمكن الدولة المُحاصَرة من التحكّم في دخول وخروج السفن (التجارية والحربية) للدولة المعتدى عليها³³.

رابعاً/ الهجوم على القوات البرية أو البحرية أو الجوية: تناول ذلك البند الرابع من الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي أعلاه، حيث تجدر الإشارة أولاً إلى أنّ هذه الصورة من صور فعل العدوان بصفة عامة يختلف عن الصورة الأولى للهجوم المنصوص عليه في البند الأول، فلقد فرّق النص بين هذا النوع وسابقه، حيث أنّ الهجوم الأول يقع داخل إقليم الدولة المعتدى عليها، أمّا هذا النوع من الهجوم فيتم من خلال هجوم القوات المسلحة للدولة المعتدية على القوات البرية أو البحرية أو الجوية للدولة المعتدى عليها خارج إقليمها أي في إقليم آخر³⁴. وعليه فإنّ الهجوم على إقليم الدولة غير الهجوم على القوات البرية أو البحرية أو الجوية للدولة.

خامساً/ استعمال القوات المسلحة المتواجدة في دولة أخرى: تعرّض إلى هذه الحالة البند الخامس من الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي المذكورة أعلاه، ويكون ذلك في حالة ما إذا استعملت دولة ما (الدولة المعتدية) لقواتها المسلحة الموجودة في إقليم دولة أخرى (الدولة المعتدى عليها) بما يتعارض مع ما تم الاتفاق عليه بين الدوليتين، أي أن تخالف وتخلّ الدولة المعتدية بأحد بنود اتفاق الاستضافة لقواتها المسلحة، ومهما كان حجم ذلك الإخلال؛ كالبقاء بعد انتهاء المدة المتفق عليها، أو التوسع في المنطقة المحدد للإقامة... دون موافقة مسبقة من الدولة المضيفة³⁵.

سادساً/ وضع الإقليم تحت تصرف دولة أخرى لارتكاب فعل العدوان: تناول البند السادس من الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي إلى هذه الحالة، ومفادها قيام دولة ما بتقديم الدعم لدولة أخرى من أجل قيام هذه الأخيرة بالاعتداء على دولة ثالثة من خلال وضع الدولة الأولى لإقليمها تحت تصرف الدولة الثانية من أجل تسهيل العمل العدواني لهذه الأخيرة³⁶، ففي هذه الحالة تعتبر الدولة الأولى دولة معتدية مثلها مثل الدولة الثانية التي نفّدت فعل العدوان، حتى ولو اقتصر دورها على وضع إقليمها تحت تصرّف الدولة المعتدية منفذة العدوان، ولا يهم إن كانت قد رخصت باستعمال إقليمها كاملاً أو جزء منه فقط.

سابعا/ إرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة: تعرّض إلى ذلك البند السابع والأخير من الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي أعلاه، إذ اعتبر هذه الأفعال أحد صور العدوان المسلح غير المباشر، حيث أنّ الدولة المعتدية في هذه الحالة لا تستخدم قواتها المسلحة بصورة مباشرة لتنفيذ فعل العدوان على دولة أخرى، وإنّما تستعين بالجماعات أو العصابات المسلحة أو القوات غير النظامية أو المرتزقة المدعومين من طرفها والذين يعملون وفق توجيهاتها وبإيعاز منها، من أجل تنفيذ فعل العدوان المسلح بصورة غير مباشرة³⁷.

تجدر الإشارة هنا إلى أنّ العدوان ينقسم إلى قسمين؛ عدوان مسلح وعدوان غير مسلح، وينقسم النوع الأول بدوره إلى قسمين هما؛ العدوان المسلح المباشر والعدوان المسلح غير المباشر. أما العدوان المسلح المباشر فيكون فعل الاعتداء فيه بالقوة المسلحة النظامية للدولة، أما العدوان المسلح غير المباشر فيكون فعل الاعتداء فيه عن طريق القوة المسلحة أيضاً لكنها غير نظامية وليس تابعة للدولة المعتدية³⁸.

خلاصة: جريمة العدوان من الجرائم المادية حيث يوجد انفصال واضح في النتيجة والفعل في ركنها المادي إذ لكل منهما كيانه المادي المستقل والذي يميزه. والنتيجة في الركن المادي لجريمة العدوان دائماً هي المساس بأحد الحقوق التي يحميها القانون الدولي الجنائي، وتتمثل في الاعتداء على سيادة الدولة، أو الاعتداء على سلامة إقليم الدولة، أو الاعتداء على الاستقلال السياسي للدولة، أو ارتكاب أعمال تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة. وهو ما أكّدت عليه صراحة الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي.

الفرع الثالث: الركن المعنوي.

جريمة العدوان جريمة مقصودة يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي³⁹، يراد بالقصد الجنائي عموماً؛ انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بتوافر عناصرها القانونية (أركانها). وفي إطار جريمة العدوان فإنّ القصد الجنائي يتمثل في نية المساس بالمصلحة الدولية أي الإخلال بالسلم والأمن الدوليين.

إذ لا تقوم جريمة العدوان إذا قامت الدولة باستخدام القوة المسلحة بقصد الدفاع عن النفس أو التدخل العسكري حمايةً للإنسانية أو من أجل ممارسة حقها في تقرير المصير⁴⁰. والقصد المطلوب بشأن جريمة العدوان هو القصد الجنائي العام فقط، فلا يشترط توافر

القصد الجنائي الخاص أيضاً⁴¹. ويتكوّن القصد العام من علم وإرادة؛ علم بعناصر الجريمة؛ أي علم الجاني بأنّ الفعل الذي سيقوم به غير مشروع ومن شأنه أن يؤدي إلى الاعتداء على سيادة دولة أخرى أو يمس بسلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي أو أنّه يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة. وأن يعلم الجاني أيضاً أنّ الفعل الذي سيقوم به يؤدي إلى إنهاء العلاقة السلمية الودية بين دولته والدولة المعتدي عليها⁴².

ويجب أيضاً لكي يتوفّر القصد الجنائي في الركن المعنوي لجريمة العدوان أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل العدوان، أي أن يقصد بفعله ذلك المساس بسيادة الدولة أو الاعتداء على سلامة إقليمها أو الإخلال باستقلالها السياسي أو أن يقصد بذلك الفعل المساسبميثاق الأمم المتحدة.

إنّ يتحقّق القصد الجنائي في جريمة العدوان بتوافر العلم والإرادة بالمعنى السابق لدى مرتكب الفعل العدواني (الجاني)، بغض النظر عن الهدف من ارتكابه لفعل الاعتداء المشكّل للجريمة، إذ لا يمكنه الدفع بأنّ دوافعه شريفة؛ أي أنّه كان يهدف لتحقيق مصلحة للدولة المعتدي عليها. وقد تكون دوافعه شريرة مثل أنّ الغرض منها هو الانتقام أو الطمع في ثروات الدولة المعتدي عليها⁴³.

لقد أكّد القرار رقم RC/Res.06 المعدّل لنظام روما الأساسي على عنصر القصد الجنائي لتوافر الركن المعنوي لقيام جريمة العدوان، وكان ذلك في المرفق الثاني من القرار والمتعلق بالتعديلات على الأركان المدمجة في المادة 08 مكرر والمادة 25. حيث حدد المرفق الثاني تحت عنوان؛ "تعديلات على الأركان" المواصفات الواجب توافرها في شخص الجاني من أجل إثبات القصد الجنائي لديه لارتكاب فعل العدوان، وهي كالآتي:

- أن يقوم مرتكب فعل العدوان بالتخطيط أو الإعداد أو تنفيذ أو البدء في ذلك، أو أن يشارك في ذلك. وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي حيث نصّت: "... قيام شخص ما...بتخطيط أو إعداد أو بدء أو تنفيذ فعل عدواني...".

- أن يكون مرتكب فعل العدوان في وضع يتيح له التحكّم أو توجيه العمل السياسي أو العسكري في الدولة المعتدية. وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة 03 مكرر من المادة 25 من نظام روما الأساسي، حيث نصّت: "فيما يتعلق بجريمة العدوان، لا تنطبق

أحكام هذه المادة إلا على الأشخاص الذين يكونون في وضع يمكنه من التحكم فعلاً في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيهه".

- أن يأمر أو يشارك فعلاً الشخص الموجه أو المتحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة المعتدية بشن الأعمال العدوانية وهو مدرّكاً لذلك. وهو ما نص عليه البند السادس من المرفق الثاني للقرار رقم RC/Res.6 المتعلق بتعديلات على أركان الجرائم، حث نصّ: "مرتكب الجريمة كان مدرّكاً للظروف الواقعية التي تثبت هذا الانتهاك الواضح لميثاق الأمم المتحدة".

ملاحظة: إنّ البدء بالعدوان يعتبر قرينة قاطعة على وجود النية والقصد الجنائي لدى الجاني (الدولة المعتدية) فلا يحتاج ذلك إلى تبرير وإثبات من الدولة المعتدية ولا من المدعي العام لدى المحكمة الجنائية الدولية، لأنّه في الواقع العملي للدول لا يوجد دولة معتدية تعترف وتقرّ بعملها العدواني، بل على العكس من ذلك وعبر التاريخ دائماً ما تبرر وتفتقد الدول المعتدية أعمالها العدوانية بمبررات واهية. حيث تفتنّ معدّو نظام روما الأساسي وقبله قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314- إلى هذه المسألة من خلال العبارتين الأخيرتين من الفقرتين 01 و 02 على التوالي من المادة 08 مكرر من نظام روما الأساسي المذكورتين أعلاه، وكذلك ما تضمنه المرفق الثاني فيما يتعلّق بالتعديلات على أركان الجرائم في البند الخامس منه حيث نص صراحة على أنّ: "**فعلاً لعدوان بشكل، بحكم طبيعته وخطورته و نطاقه، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة**".

الفرع الرابع: الركن الدولي.

تتميّز الجرائم الدولية عن الجرائم الداخلية (الوطنية) بركنها الدولي، أمّا بالنسبة للأركان الأخرى (الشرعي؛ المادي والمعنوي) فهي مشتركة بين الجريمتين، غير أنّ عناصر هذه الأركان تختلف أيضاً في كلتا الجريمتين، إلا أنّ هذا الاختلاف بالنسبة لعناصر الأركان المشتركة بينهما لا يكفي للتمييز بين الجرائم الدولية والجرائم الوطنية، وإنّما يسهل التمييز من خلال الركن الدولي وما له من أحكام خاصة تتعلّق تحديداً بالجرائم الدولية⁴⁴.

يقصد بالركن الدولي في الجرائم الدولية بصفة عامة أنّ السلوك المجرّم دولياً يمسّ بمصالح الجماعة الدولية ككل، وهي المصالح التي يحميها القانون الدولي الجنائي، وهو ما اعتمده الفقه الدولي الحديث من خلال اعتماده على معيار يتسم بالمرونة والتطور ألا وهو

معيار "المصلحة الدولية"⁴⁵، بينما تكون الجريمة داخلية إذا لم يمسّ ذلك السلوك المجرّم بالمصلحة الدولية التي تدخل في حماية القانون الدولي الجنائي.

أساس المصلحة الدولية أنّ كل الدول الأطراف في المجتمع الدولي تتمتع بنفس القدر من الحقوق والحماية القانونية الدولية الجنائية، أي أنّ الجريمة الدولية تكون نتيجة عمل غير مشروع صادر عن دولة أو أكثر ضد دولة أو أكثر، هذا هو جوهر ومضمون الركن الدولي. فلا يتصوّر وجود جريمة العدوان -بوصفها جريمة دولية- إلا إذا نشأت علاقة مجرّمة بين دولتين أو أكثر نتيجة عمل غير مشروع بمفهوم القانون الدولي الجنائي⁴⁶.

لقد أكدت المادة 08 مكرر من القرار المعدّل لنظام روما الأساسي على صفة الدولية في جريمة العدوان، حيث أكدت الفقرة 02 منها التي فسّرت معنى فعل العدوان على أنّه: "لأغراض الفقرة 01، يعني "فعل العدوان" استعمال القوة المسلحة من جانب دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي...".

من خلال ما تقدّمنا جريمة العدوان ومهما كانت الصورة التي يتخذها السلوك الإجرامي في ركنها المادي فإنّه يتوجّب أن يكون هذا السلوك المجرّم صادر من قبل دولة معتدبة ضد دولة معتدى عليها، وفي حالة عدم تحقق هذا الشرط فإنّ الركن الدولي لجريمة العدوان يعتبر متخلّفاً، وبالتالي فإنّ جريمة العدوان تعتبر غير قائمة في مفهوم القانون الدولي الجنائي، وهو ما أكدت عليه الفقرة 02 من المادة 08 مكرر أعلاه، بل وفي جميع فقراتها التي تناولت صور السلوك الخارجي الملموس الذي يشكل الركن المادي (الأفعال)، على أن تكون هذه السلوكات صادرة من طرف دولة ضد دولة أخرى.

المطلب الثالث: الشروط الخاصة بجريمة العدوان (المادة 15 مكرر)

لقد خصّ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية جريمة العدوان بخصائص (شروط) محددة، منها ما تشترك فيه مع الجرائم الأخرى التي تدخل في اختصاص المحكمة والمنصوص عليها في المادة 05 من النظام الأساسي، ومنها ما تميّزت به جريمة العدوان دون غيرها من الجرائم الأخرى، ونبيّن هذه الشروط أو الخصائص وفق التقسيم الآتي:

الفرع الأول: الشرط الزمني.

أخذ نظام روما الأساسي بالقاعدة الجنائية العامة فيما يتعلق بالاختصاص الزمني للمحكمة الجنائية الدولية، ومفادها عدم جواز المعاقبة على الأفعال التي تسبق صدور

القانون الذي يجرّمها، أي عملاً بمبدأ "التطبيق الفوري والمباشر للقانون"، ومعنى ذلك أن القوانين الجنائية داخلية كانت أم دولية لا تطبق بأثر رجعي؛ أي قبل صدور القانون المُجرّم أو دخوله حيز النفاذ. وهو ما نصّت عليه الفقرة 01 من المادة 11 من نظام روما الأساسي حيث نصّت: "ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسي".

وعليه فإنّ المحكمة الجنائي الدولية لا يمكنها أن تختص أو أن تتظر جرائم العدوان التي ارتكبت قبل 17 جويلية 2018، أي بعد بدأ نفاذ نظام روما الأساسي فيما يخصّ التعديل الذي أدخل عليه والمتعلّق بجريمة العدوان. وهو ما نصّت عليه الفقرة 02 من المادة 15 مكرر من نظام روما الأساسي حيث نصّت: "لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان إلا فيما يتعلق بجرائم العدوان التي ترتكب بعد مضي سنة واحدة على مصادقة أو قبولاً لتعديلات من ثلاثين دولة طرف".

الفرع الثاني: الشرط المكاني.

القاعدة أن يعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية الدولة بنظر الجرائم التي تدخل في اختصاصها طبقاً للمادة 05 من نظام روما الأساسي إذا وقعت واحدة من هذه الجرائم على إقليم دولة طرف. وحسب قرار تعديل نظام روما الأساسي المتعلق بجريمة العدوان فإنّ هذه الأخيرة تشترك مع الجرائم الأخرى في هذا الشرط، أي وقوع العدوان على إقليم دولة طرف يعقد الاختصاص مباشرة للمحكمة. وهو ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 12 من نظام روما الأساسي حيث نصّت: "الدولة التي تصبح طرفاً في هذا النظام الأساسي تقبل بذلك اختصاص المحكمة فيما يتعلق بالجرائم المشار إليها في المادة 05".

ولقد وضع نظام روما الأساسي استثناءً لهذه القاعدة مضمونه؛ أنّه لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية ممارسة اختصاصها بنظر جريمة العدوان -دون سواها- حتى وإن وقعت هذه الجريمة على إقليم دولة طرف، إذا أعلنت هذه الأخيرة مسبقاً عدم قبول اختصاص المحكمة بنظر جريمة العدوان التي وقعت على إقليمها. وهو ما نصت عليه الفقرة 05 من المادة 15 مكرر من نظام روما الأساسي حيث نصّت: "فيما يتعلق بدولة ليست طرفاً في هذا النظام الأساسي، لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها المتعلق بجريمة العدوان عندما يرتكبها مواطنو تلك الدولة أو ترتكب على إقليمها".

الفرع الثالث: الشرط الشخصي.

اعتمد نظام روما الأساسي قاعدة عامة في هذا موضوع الاختصاص الشخصي مضمونها "التصديق أو القبول" (الدول الأطراف) من أجل ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لصلاحياتها، وتشترك كل الجرائم المنصوص عليها في المادة 05 منه في هذه القاعدة. ويعني ذلك - وبمفهوم المخالفة - أنه لا يجوز للمحكمة أن تتنظر في جريمة العدوان إلا إذا كانت إحدى دول الأعمال العدوانية طرفاً في نظام روما الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة لنظر هاته الجريمة حتى ولو لم تكن طرف، عملاً بمبدأ الأثر النسبي للمعاهدة الدولية.

وهو ما نصت عليه الفقرة 02 و 03 من المادة 12 من نظام روما الأساسي على التوالي، حيث جاء في الفقرة 02: "...يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول التالية طرفاً فيه ذا النظام الأساسي أو قبل باختصاص المحكمة...". ونصّت الفقرة 03: "إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة 02، جاز لتلك الدولة، بموجب إعلان يودع لدى مسجلا لمحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث...".

ولقد أورد قرار تعديل نظام روما الأساسي المتعلق بجريمة العدوان استثناء لهذه القاعدة مفاده أنه يجوز للدول الأطراف أن تعلن عدم قبول اختصاص المحكمة بنظر جريمة العدوان التي يرتكبها مواطنوها، بالرغم من أنها دولة طرف في نظام روما الأساسي، إلا أنها لا تقبل اختصاص المحكمة فيما يتعلق بجريمة العدوان التي يرتكبها مواطنوها دون سواها، أي أن الجرائم الأخرى غير معنية بهذا الاستثناء بمعنى أنه لا ينطبق عليها⁴⁷. ويكون لها ذلك عن طريق إعلان يودع مسبقاً لدى مسجل المحكمة، تعلن فيه صراحة عدم اختصاص المحكمة بنظر جريمة العدوان التي يرتكبها مواطنوها، على أن تتنظر فيه خلال ثلاث سنوات كما يجوز لها سحبه في أي وقت.

وهو ما نصت عليه الفقرة 04 من المادة 15 مكرر من نظام روما الأساسي حيث نصّت: "يجوز للمحكمة، وفقاً للمادة 12، أن تمارس اختصاصها بشأن جريمة العدوان التي تنشأ عن عمل عدواني ترتكبه دولة طرف ما لم تكن تلك الدولة الطرف قد أعلن تسابقاً أنها لا تقبل الاختصاص عن طريق إيداع إعلان لدى المسجل. و يجوز سحب هذا الإعلان في أي وقت ويجب النظر فيه من قبل الدولة الطرف خلال ثلاث سنوات".

الفرع الرابع: شرط تقرير وقوع العدوان من طرف مجلس الأمن الدولي.

إضافة إلى مشكلة التعريف؛ شكّل دور مجلس الأمن الدولي في موضوع جريمة العدوان بصفة عامة أكبر خلاف بين الدول المعنية، سواءً في أعمال الفريق العامل الخاص بجريمة العدوان خلال اللجنة التحضيرية لمؤتمر كامبالا الاستعراضي، أو قبل ذلك وخلال أعمال اللجنة التحضيرية لمؤتمر روما الدبلوماسي للمفوضين، بل حتى قبل هذا وذاك؛ وخلال أعمال لجنة القانون الدولي منذ عام 1950⁴⁸.

حيث كانت الدول ذات العضوية الدائمة في مجلس الأمن تطرح هذه المسألة وبشدة -بل وتتعصب لها- كلما فتحت للنقاش، مستندة إلى اختصاص مجلس الأمن أصلاً بمسألة حفظ السلم والأمن الدوليين طبقاً للصلاحيات الممنوحة له بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة⁴⁹. وطبقاً لموقفها فإنّ المحكمة الجنائية الدولية يجب أن تعمل في هذا الموضوع تحت إمرة مجلس الأمن. وكان لها ذلك في مسألة الإحالة؛ التي أعطت لمجلس الأمن صلاحية إحالة قضية ما للمحكمة يرى أنّها تشكل جريمة من الجرائم التي تختص بها المحكمة. وهو ما نصّ عليه البند "ب" من المادة 13 من نظام روما الأساسي حيث نصّ: "إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيه أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت".

ونظراً لخصوصية جريمة العدوان مقارنة بالجرائم الأخرى التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، فقد خصّ أيضاً مجلس الأمن بصلاحيات خاصة وإضافية فيما يتعلق بهذه الجريمة، حيث قيّد القرار المعدّل لنظام روما الأساسي المحكمة الجنائية الدولية بعدم ممارسة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان بشرط شكلي وزمني في نفس الوقت؛ وهو صدور قرار من مجلس الأمن يقرر فيه وقوع العدوان من عدمه. وهو ما نصّت عليه الفقرة 06 من المادة 15 مكرر من نظام روما الأساسي حيث نصّت: "عندما يخلص المدعي العام إلى وجود أساس معقول للبدء في تحقيق يتعلق بجريمة عدوان، عليه أن يتأكد أولاً مما إذا كان مجلس الأمن قد اتخذ قراراً مفاده وقوع عمل عدواني ارتكبته الدولة المعنية. وعلى المدعي العام أن يبلغ الأمين العام للأمم المتحدة بالوضع القائم أمام المحكمة، بما في ذلك أي معلومات أو وثائق ذات صلة".

ويكون له ذلك خلال ستة 06 أشهر التي تلي تبليغه من طرف المدعي العام لدى المحكمة بعد أن خلّص المدعي العام إلى وجود أساس معقول لبدء التحقيق في أعمال ما

ارتكبت من طرف دولة ما تشكل عدوئاً، وهو ما نصت عليه الفقرة 08 من المادة 15 مكرر من نظام روما الأساسي حيث نصت: "في حالة عدم اتخاذ قرار من هذا القبيل في غضون ستة أشهر بعد تاريخ الإبلاغ، يجوز للمدعي العام أن يبدأ التحقّق بـ"يفقيما يتعلق بجريمة عدوان...".

خلاصة: من خلال التحليل والنصوص المذكورة أعلاه يتضح جلياً أنّ معدّلو نظام روما الأساسي فيما يتعلق بشروط ممارسة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على جريمة العدوان، كانوا يريدون منح أولوية لمجلس الأمن على حساب المحكمة فيما يتعلق بهذه الجريمة، وكان لهم ذلك من خلال منح المجلس صلاحية إقرار وجود العدوان من عدمه، وكذا تقييد المدعي العام لدى المحكمة بإجراء إبلاغ مجلس الأمن وانتظار مدة ستة 06 أشهر ليبدأ أم يسكت؟!، وكل ذلك بعد أن خلص المدعي العام إلى وجود أساس ومعقول لبدأ التحقيق في أعمال عدوان ارتكبتها دولة ما، فما مبرر إخطار مجلس الأمن وما دخله هنا؟!، وماذا لو قرر مجلس الأمن خلاف ما خلص إليه المدعي العام، فما العمل في هذه الحال?!.

الخاتمة:

رغم الانتقادات الكثيرة حول بطئ وتأخّر إدراج جريمة العدوان ضمن الجرائم الدولية التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وتأخّر مباشرة المحكمة لهذا الاختصاص، وأمّام كل ما يجري في العالم من أحداث وجرائم عدوان على الأقل منذ نشأة المحكمة الجنائية الدولية فقط، وبقاء هذه الأعمال دون رقابة؛ وإفلات مرتكبيها من العقاب، إلّا في الحالات التي قرر مجلس الأمن الدولي إنشاء محاكم جنائية دولية خاصة.

فإنّ المؤتمر الاستعراضي لجمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي الذي عقد في كامبالا بأوغندا سنة 2010، وكذا كل الأعمال التي قام بها الفريق العامل الخاص بجريمة العدوان المنبثق عن مؤتمر روما الدبلوماسي للمفوضين سنة 1998، تعتبر من الإنجازات الهامة التي ساعدت على التوفيق بين المصالح الخاصة للدول العظمى (الدول الأعضاء في مجلس الأمن) والإبقاء على مشروعية وجود المحكمة من جهة، وتجريم فعل

العدوان وإقرار المسؤولية الدولية الجنائية لمرتكبيه من جهة أخرى (الدور القضاء المستقل للمحكمة).

بالرغم من الفوائد التي جاء بها القرار رقم RC/Res.6 المتعلق بجريمة العدوان، إلا أنه قد أخفق في التوفيق بين مسؤولية مجلس الأمن الدولي في حفظ السلم والأمن الدوليين وتقرير وقوع العدوان من جهة، ومسؤولية المحكمة الجنائية الدولية في العقاب والمساءلة عن أخطر الجرائم الدولية (العدوان) من جهة أخرى.

النتائج: من خلال ما تم دراسته وتحليله في عناصر البحث أعلاه فقد أفضى ذلك إلى مجموعة من النتائج، هي كالاتي:

- جريمة العدوان من أخطر الجرائم الدولية وأكثرها جسامة ومساسًا بالسلم والأمن الدولي، موضعاهتمام المجتمع الدولي ككل من خلال ما خلفته هذه الجريمة من آثار سلبية بشرية ومادية عبر التاريخ، ويؤكد ذلك ما مرتبه هذه الجريمة من تطوّر وبحث من أجل تحديد تعريف لها وضبط أحكام مكافحتها منذ نهاية الحرب العالمية الثانية ونشأة هيئة الأمم المتحدة.
- خضوع جريمة العدوان دائمًا إلى ازدواجية في المعايير القانونية والسياسية، إذ أثارت وتثير دائمًا حساسية بين الدول العظمى دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي "التي تمارس العدوان" والدول الصغرى الضحايا لهذه الجريمة.
- إنّ دور مجلس الأمن مقوّض ومضيق في علاقته بالمحكمة الجنائية الدولية، فيما يتعلق بجريمة العدوان على وجه الخصوص ويظهر ذلك من خلال نصوص نظام روما الأساسي التي تحكم هذه الجريمة. فالمبدأ عدم تدخّل الأجهزة السياسية في عمل الأجهزة القضائية لأنّ تدخل مجلس الأمن وبهذه الصورة سيؤثر حتمًا على نزاهة وفعالية المحكمة، الأمر الذي يؤدي إلى إفلات المجرمين من العقاب.
- إنّ الاستثناء الذي جاء به القرار رقم RC/Res.6 المعدّل لنظام روما الأساسي، والمتعلق بتمكين الدول حتى ولو كانت أطراف في النظام من عدم قبول التعديل والخاص بجريمة العدوان من خلال التصريح بعدم قبول اختصاص المحكمة بنظر هذه الجريمة التي يرتكبها مواطنوها أو ترتكب على إقليمها أو ترتكبها هي ضد دولة غير طرف، سيؤدي حتمًا إلى إفلات فئة كبيرة من مرتكبي العدوان من العقاب. إنّ هذا الاستثناء غير منطقي وغير مبرّر.

- إنَّ القرار المتعلق بجريمة العدوان جاء مخالفاً لمبادئ القانون الدولي الجنائي في ما يتعلق بقيمة وحجية المعاهدة الشارعة، لأنَّ المحكمة الجنائية الدولية أنشأت بموجب اتفاقية دولية شارعة من أجل تقاضي تدخل أي هيئة دولية أخرى في عملها أو توجيه الأهداف القانونية النبيلة التي أنشأت من أجلها، ألا وهي العقاب على أخطر الجرائم الدولية موضع اهتمام المجتمع الدولي. إلا أنَّ قرار التعديل خالف هذا المبدأ من خلال منحه مجلس الأمن مجموعة من الصلاحيات تمكنه من التدخل المباشر في عمل المحكمة، جعلت من المحكمة تابعة للمجلس فيما يخص جريمة العدوان ولا تتحرك إلا بعد تقرير منه.

توصية: يرى الباحث من خلال ما توصّل إليه من نتائج في بحثه وتحليله لموضوع مفهوم جريمة العدوان في ظل تطوّر نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إنّه يتوجب على المجتمع الدولي ممثلاً في هيئة الأمم المتحدة بصفة عامة ومجلس الأمن الدولي بصفة خاصة، أن يساعدوا ويساهموا فعلياً في تحقيق الهدف من إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، ألا وهو مكافحة أخطر الجرائم الدولية موضع اهتمام المجتمع الدولي ككل، ومنها جريمة العدوان التي تعدّ بوابة تدخل منها كل الجرائم الأخرى، من خلال ضمان حياد المحكمة أولاً، وعدم التدخل في عملها من أي كان ثانياً، ومساعدتها فعلياً في تحقيق أهدافها من خلال ما نصّت عليه أحكام نظام روما الأساسي.

الهوامش:

¹ - العدوان لغة: الظلم وقوله تعالى: "ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"، بمعنى لا تعاونوا على المعصية والظلم، وعدّاء عليه عدوّاً وعدّاءٌ وعدوّاً وعدّواً وعدّواً وعدّواً وتعذّى وتعذّى، كلّهم، وظلمه، وعدّاء بنو فلان على بني فلان، أي ظلمهم. وفي الحديث: "كتب ليهود تيماء أن لهم الدّمة وعليهم الجزية بلا عدّاء"، العدّاء بالفتح والمدّ: الظلم وتجاوز الحد. وقوله تعالى: "وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا"، قيل: معناه لا تقاتلوا غير من أمرتم بقتاله ولا تقتلوا غيرهم، وقيل: ولا تعتدوا أي لا تجاوزوا إلى قتل النساء والأطفال. - ابن منظور: لسان العرب، المجلد 02، الجزء 32، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون تاريخ، ص 2846.

* وتجدر الإشارة هنا إلى أن الدين الإسلامي الحنيف قد حدد مفهوم العدوان بين الدول وأحكامه وبيّن عدم جوازه (مشروعيته)، ولقد أكّد على ذلك في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، ووضح واقع السيرة تلك الأحكام على مرّ التاريخ الإسلامي.

- عبد السلام عبد القادر: "الحماية الدولية للأمن الجماعي (العدوان)"، مجلة الإحياء، العدد 06، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2002، ص 372-373.

- ² - وهو ما نصت عليه المواد 06؛ 07 و 08 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الذي تم إقراره من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، المؤرخ في 17 جويلية 1998، والذي تضمنته الوثيقة رقم: **A/CONF.183.9** المؤرخة في 17 جويلية 1998.
- وهو ما بيّنته بالتفصيل المذكرة التفسيرية لأركان الجرائم في الوثيقة رقم: **ICC-ASP/1/3** المتضمنة الوثائق الرسمية، الدورة الأولى، جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الجزء الثاني، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، المؤرخة في 10 سبتمبر 2002، ص 132-188.
- ³ - حكيم سياب: **التعاون الدولي مع المحكمة الجنائية**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، الجزائر، 2012، ص 42.
- ⁴ - أحمد قاسم محمد الحميدي: **المحكمة الجنائية الدولية**، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2001، ص 147.
- ⁵ - الوثيقة رقم: **A/CONF.183/2/Add.1** المتضمنة تقرير اللجنة التحضيرية لإنشاء محكمة جنائية دولية، الجزء الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، المؤرخة في 05 جوان 1998، ص 12-15.
- ⁶ - المرجع نفسه، ص 36-37.
- ⁷ - Moussa ALLAFI : **La cour pénale internationale et le conseil de sécurité : Justice versus maintien del'ordre**, Thèse de Doctorat, GERCIE, Université de Tours, France, 2013,p 283.
- ⁸ - وقدمت الجزائر مع مجموعة من الدول الأخرى الاقتراح (الخيار) الثاني المتعلق بتعريف العدوان، وتمّ اعتماده من طرف اللجنة التحضيرية للمؤتمر.
- الوثيقة رقم: **A/CONF.183/C.1/L.37** المتضمنة مقترحات الدول المشاركة، أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، منظمة الأمم المتحدة للزراعة والتغذية، روما، إيطاليا، المؤرخة في 20 نوفمبر 1998، ص 10-12.
- ⁹ - الوثيقة رقم: **A/CONF.183/2/Add.1** المرجع السابق، ص 12.
- ¹⁰ - اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق أو للانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 260 ألف (د-3) المؤرخ في 9 ديسمبر 1948.
- ¹¹ - وهم: اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، المؤرخة في 12 أوت 1949.
- ¹² - وهما: البروتوكول الإضافي الأول إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية، البروتوكول الإضافي الثاني إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، المؤرخين في 8 جوان 1977.

- ¹³ - قرار تعريف العدوان رقم: (A/RES/3314/XXIX) الصادر في 14 ديسمبر 1974.
- ¹⁴ - الوثيقة رقم: **CONF.183/C.1/SR.6** المتضمنة مقترحات الدول المشاركة، أعمال مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، منظمة الأمم المتحدة للزراعة والتغذية، روما، إيطاليا، المؤرخة في 20 نوفمبر 1998، ص 16.
- ¹⁵ - **المرجع نفسه**، ص 9.
- ¹⁶ - عبد الله عبو سلطان: **دور القضاء الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان**، دار دجلة، عمان، الأردن، 2010، ص 127.
- ¹⁷ - الفقرة 04 من المادة 02 من ميثاق الأمم المتحدة، وقّع في 26 جوان 1945، بمؤتمر الأمم المتحدة، سان فرانسيسكو، الولايات المتحدة الأمريكية. والفقرة 07 من ديباجة نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- ¹⁸ - الوثيقة رقم: **A/CONF/183/2/Add.1** المرجع السابق، ص 181-182.
- ¹⁹ - جاء التقرير في 257 صفحة حيث تضمن مقدمة وأربعة محاور: **خُصِصَ المحور الأول للتطور التاريخي لجريمة العدوان من خلال محكمة نورمبرغ والثاني من خلال المحاكم المنشأة عملاً بقانون مجلس المراقبة رقم 10، أما المحور الثالث فتناول محكمة طوكيو، وتعرض المحور الرابع إلى جهود الأمم المتحدة في تعريف العدوان.**
- الوثيقة رقم: **PCNICC/2002/WGCA/L.1** المتضمنة الاستعراض التاريخي للتطورات المتعلقة بالعدوان، الفريق العامل المعني بجريمة العدوان، اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية، الأمم المتحدة، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، المؤرخة في 24 جانفي 2002.
- ²⁰ - شارك في المؤتمر حوالي 4600 ممثل من الدول والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية.
- الوثيقة رقم: **RC/9/11** المتضمنة الوثائق الرسمية للمؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات المحكمة الجنائية الدولية، أمانة جمعية الدول الأطراف، المحكمة الجنائية الدولية، لاهاي، هولندا، 2010، ص 1-2.
- ²¹ - الوثيقة رقم: **RC/9/11** المرفق الأول، المتضمن القرار **RC/Res.6** ص 23-26.
- ²² - الوثيقة رقم: **RC/9/11** المرفق الثاني، ص 27.
- ²³ - الفقرة 02 و 03 من المادة 15 من نظام روما الأساسي.
- ²⁴ - الوثيقة رقم: **ICC-ASP/16/24** المتضمنة تقرير بشأن عملية التيسير المتعلقة بتفعيل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على جريمة العدوان، الدورة السادة عشر، جمعية الدول الأطراف، المحكمة الجنائية الدولية، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، المؤرخة في 15 ديسمبر 2017، ص 9.
- ²⁵ - سليمان النحوي: **"مبدأ الشرعية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، 2014، ص 72-73.
- ²⁶ - محمد عبد المنعم عبد الخالق: **الجرائم الدولية**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 247.

- 27- عبد الرحمان حسين علي علام: المسؤولية الجنائية في نطاق القانون الدولي الجنائي، الجزء الأول، الجريمة الدولية وتطبيقاتها، دار نهضة الشرق، القاهرة، مصر، 1988، ص 34.
- 28- عبد الله سليمان سليمان: المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 205.
- 29- صلاح الدين أحمد حمدي: العدوان في ضوء القانون الدولي، الطبعة الأولى، المكتبة الوطنية، بغداد، العراق، 1986، ص 83.
- 30- عبد الله سليمان سليمان: المرجع السابق، ص 206.
- 31- إبراهيم زهير الدراجي: المرجع السابق، ص 337.
- 32- عبد الله سليمان سليمان: المرجع السابق، ص 207.
- 33- صلاح الدين أحمد حمدي: المرجع السابق، ص 89.
- 34- عبد الله سليمان سليمان: المرجع السابق، ص 207-208.
- 35- المرجع نفسه، ص 208.
- 36- إبراهيم زهير الدراجي: المرجع السابق، ص 353.
- 37- علي إبراهيم: الحقوق والواجبات الدولية في عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 323.
- 38- عمر سدي: دور منظمة الأمم المتحدة في الحد من جريمة العدوان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص 31-32.
- 39- إبراهيم العناني: المرجع السابق، ص 122.
- 40- ندرس هذا الموضوع في بحث مستقل في عدلاق تحت عنوان: "معايير التفرقة بين جريمة العدوان وبعض مفاهيم القانون الدولي الجنائي الأخرى - الدفاع الشرعي؛ التدخل الدولي الإنساني وحق تقرير المصير".
- 41- عبد الوهاب شيتز: "جريمة العدوان في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2011، ص 176-177.
- 42- علي عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي - أهم الجرائم الدولية، المحاكم الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص 58.
- 43- المرجع نفسه، ص 59.
- 44- حسنين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية - دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979، ص 130.
- محمد محي الدين عوض: دراسات في القانون الدولي الجنائي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1965، ص 416.
- 45- إبراهيم العناني: النظام الدولي الأمني، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، مصر، 1997، ص 123.
- 46- إبراهيم زهير الدراجي: المرجع السابق، ص 483.

⁴⁷– المادة 124 من نظام روما الأساسي.

⁴⁸– تقرير عمل لجنة القانون الدولي المتعلق بجريمة العدوان، الدورة 46 المنعقدة في الفترة من 02 إلى 22 ماي جويلية 1994.

– الوثيقة رقم UN Doc. A/49/10 الفقرة 72.

⁴⁹– Sydi Alpha NDIAYE : **Le Conseil de Sécurité et les Juridictions Pénales Internationales**, Thèse de Doctorat, Université d'Orléans, Orléans, France, 2011, p 288.

مساهمة صندوق استثمار أموال الزكاة في دعم سياسة التشغيل

طالبة الدكتوراه: نادية طيبي

طالبة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، الجزائر

ملخص:

تعد ظاهرة البطالة من القضايا الملحة و الحاسمة التي لا تقبل بأي حال التأخير و التأجيل لما لها من أبعاد سلبية و آثار مدمرة على كيان الأسرة و المجتمع و خطرا يهدد الاستقرار و السلم الاجتماعي، مما استدعى من السلطات اتخاذ كل التدابير والآليات التي تساهم في إثراء منظومة التشغيل و تزويدها بفرص إضافية لخلق مناصب الشغل و ذلك بإشراك مختلف القطاعات الحكومية و الغير الحكومية لرسم السياسة العمومية للتشغيل. من بين هذه الآليات تم استحداث صندوق يهتم باستثمار جزء من أموال الزكاة التي يتم تحصيلها في صورة منح قروض حسنة (بدون فائدة) إلى الفئات المحرومة و العاطلة و التي لها استعداد فكري و مهني لإنشاء مؤسسات صغيرة و متوسطة.

كلمات مفتاحية: صندوق استثمار أموال الزكاة، دعم سياسة التشغيل، تمويل المشاريع المصغرة.

Résumé :

Le phénomène du chômage fait parti des problématique sergentes et pertinentes vu son impact néfaste sur la famille et la société, et constitue un danger qui menace la stabilité et la paix sociale, ce qui a poussé les autorités à prendre toutes les mesures et les dispositions qui contribuent à enrichir le marché de l'emploi et fournir de nouvelles opportunités pour la création de l'emploi, et ce en collaboration entre les différents secteurs publiques et privés pour élaborer la politique publique de l'emploi.

Dans cette perspective fut crée une caisse dédiée à l'investissement d'une partie des fonds de la zakat sous forme de crédits sans intérêts destinés aux classes démunies et inactives qui ont une qualification intellectuelle et professionnelle pour la création de petites et moyens entreprises.

Mots clés : le fond de la Zakat, le politique d'emploi, les petites et moyennes entreprises.

مقدمة

تعد البطالة من أخطر المشكلات الاقتصادية والاجتماعية التي تواجه المجتمعات والأسر وما يزيد من خطورتها أن غالبية العاطلين عن العمل هم "فئة الشباب" ما دفع حكومات العديد من الدول منها الجزائر إلى وضع سياسات التشغيل من شأنها ضمان استقرار الطاقات البشرية واستغلالها.

اعتمدت الجزائر عدة آليات لدعم سياسة التشغيل ومن بينها إعطاء البعد التمويلي الاستشاري للمشاريع الممولة من طرف صندوق الزكاة، إذ تساهم في تفعيل سياسة التشغيل وامتصاص البطالة.

لا يقتصر دور الزكاة على كونها فريضة دينية شرعها الله عز وجل الحد وجود طبقة فقيرة بل لها دور ريادي وكبير في التدخل في الحياة الاقتصادية وذلك بالتأثير على الإنتاج والاستهلاك والمداخيل، الثروات تحقيقا لأغراض النمو الاقتصادي ومكافحة البطالة وذلك من خلال الاستثمار الاقتصادي وتوظيف موارد إنتاجية بشرية جديدة بإدخالها كعنصر فعال في عمليات الإنتاج وفي سوق العمل؛ ما دفع بالسلطة العمومية إلى إنشاء صناديق خاصة للزكاة، وباعتبار هذه الأخيرة تضبيب السياسة المالية على مستوى الاقتصاد الكلي كما تؤثر على العرض والطلب على المستوى الجزئي صدرت بها عدة قوانين وتشريعات تنظيها وعلى هذا الأساس يقوم التساؤل حول: دور صندوق استثمار أموال الزكاة في دعم سياسة التشغيل؟ .

قصد الكشف عن دور صندوق الزكاة: في دعم سياسة التشغيل سيتم التطرق لتعريفه وتنظيمه الإداري مع الوقوف عن دوره في خلق مناصب الشغل في (المبحث الأول) بعدها يتم تحديد استراتيجية عمل صندوق استثمار أموال الزكاة وذلك بتحديد آلية عمل الصندوق الذي يكون بتمويل المشاريع للمساهمة في مكافحة دعم سياسة التشغيل في (المبحث الثاني).

المبحث الأول - تحديد الإطار العام لصندوق استثمار أموال الزكاة

تهدف السياسة العمومية للتشغيل إلى اعتماد آليات قانونية وتدابير تساهم في إثراء منظومة التشغيل وتزويدها بالآليات إضافية لخلق مناصب شغل من منطلق المشاركة الجماعية لمختلف القطاعات الموجودة في الدولة ولعل أهمها صندوق استثمار أموال الزكاة:

لإبراز أهمية الصندوق كآلية مؤسساتية قانونية في خلق مناصب الشغل، سيتم تحديد مفهومه في (المطلب الأول) وإلى بيان أهميته في خلق مناصب الشغل ي (المطلب الثاني).

المطلب الأول - مفهوم صندوق استثمار أموال الزكاة

تسعى الزكاة لخلق مجتمع متماسك وتكافل أفرادهِ والقضاء على مشكلة البطالة نظرا لما يترتب عنها من مشاكل اجتماعية واقتصادية وأخلاقية، وذلك إذا ما أحسن استغلال أموالها وصرفها لمستحقيها.

لكي تحقق الزكاة أهدافها المنشودة لابد من مؤسسات قانونية ومخصصة ذات تنظيم إداري محكم ومنظمة بنصوص قانونية تقوم بإدارة شؤونها وتصريف أموالها وهو ما سعت الدولة تحقيقه من خلال استحداث صندوق استثمار أموال الزكاة سيتم دراسة هذه المؤسسة ببيان مفهومها وذلك بالتطرق إلى تعريف صندوق استثمار أموال الزكاة في (الفرع الأول) مع تحديد مجموعة من الخصائص التي تميزها عن المؤسسات التمويلية الأخرى في (الفرع الثاني) وفي الأخير نتعرض إلى تنظيمها الإداري في (الفرع الثالث).

الفرع الأول - تعريف صندوق استثمار أموال الزكاة:

تعود فكرة إنشاء صندوق الزكاة: إلى نهاية الثمانينات عندما قدم وزير الشؤون الدينية آنذاك مشروع قانون الحكومة، هدفه توظيف أساليب النظام الاقتصادي الإسلامي الاستفادة من الجوانب النفعية المختلفة للزكاة بطريقة منظمة ومدرسة إلا أن البرنامج بقي مجرد فكرة إلى غاية 2002 لما قام وزير الشؤون الدينية غلام الله بتنظيم ورشة عمل، إذا كان من أهم محاورها إعداد تصور نظام قانوني وتطبيقي لتنظيم الزكاة في الجزائر. وفي سنة 2003 تم إنشاء صندوق الزكاة وحدد هيكلها الإداري⁽¹⁾.

انطلقت التجربة في البداية بولایتين نموذجيتين هما، عنابة وسيد بالعباس، إذ تم فتح حسابين بريديين تابعين لمؤسسة المسجد على مستوى الولايتين، لنقي أموال الزكاة والتبرعات من المشتركين والمتصدقين في شكل حوالات بريدية. ولا تقبل الزكاة إلا نقدا ووفق هذه الطريقة وفي سنة 2004 تم تعميم هذه العملية على كافة ولايات الوطن: بفتح حسابات بريدية على مستوى كل ولاية تكون تابعة لصندوق الزكاة يعتبر صندوق الزكاة مؤسسة دينية اجتماعية تعمل تحت إشراف ووصاية وزارة الشؤون الدينية والأوقاف. إذ تقوم بتنظيم الزكاة عن طريق ترشيد أداء وصرف أموال الزكاة⁽²⁾.

يستند صندوق الزكاة على مرجعين الأولى متمثلة في المرجعية الشرعية أما الثانية فهي المرجعية القانونية، وهذه الأخيرة تعطي الحق لهذه الهيئة شبه حكومية بجمع أموال الزكاة وتوزيعها وذلك حسب ما نصت عليه المادة 2 من الدستور⁽³⁾. وإلى ما أقره القانون المنظم لصلاحيات المكلف بالقطاع والقانون المنظم لمؤسسة المسجد⁽⁴⁾ وإلى المرسوم التنفيذي رقم 00-146 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ويقتضي القرار المؤرخ في 17 مارس 2004 الذي يتضمن إحداث لجنة الزكاة والقرار رقم 22 مارس 2004 الذي يتضمن إنشاء اللجنة الولائية.

الفرع الثاني - خصائص صندوق استثمار أموال الزكاة:

تتميز مؤسسة الزكاة بمجموعة من الخصائص التي تضبط مهامها وتميزها عن غيرها من المؤسسات، ومن أهم هذه الخصائص ما يلي:

- المحلية والمركزية في الزكاة: اتفق أهل العلم على أن الزكاة توزع في المكان الذي جمعت منه، فما زاد من فضل فيؤخذ إلى غيره من أهل الحاجة، أي أن الزكاة لا يجب إخراجها من البلد الذي استغنى أهلها عنها وكانوا في غير حاجة إلى الزكاة.

- جباية الزكاة وتوزيعها من أعمال السيادة: أجمع الفقهاء على أن الأصل في جباية الزكاة وتوزيعها من أعمال السيادة في الدولة، إذ تتولى الدولة ذلك بنفسها، وذلك بواسطة الأشخاص الذين تقوم بتعيينهم.

- استقلالية مؤسسة الزكاة: تتمتع مؤسسة الزكاة باستقلالية ذاتية، إذ لا علاقة لها ببقية موارد الدولة وأوجه إنفاقها، إنما تؤخذ الزكاة وتصرف على الأصناف الثمانية المحددة شرعا⁽⁵⁾.

الفرع الثالث - التنظيم الإداري للصندوق استثمار أموال الزكاة:

ينشط صندوق الزكاة في بداية نشأته عن طريق اللجان (المركزية، الولائية، القاعدية) بعد ذلك تم إنشاء المديرية الفرعية للزكاة بموجب المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

تكلف بالإشراف على جمع موارد الزكاة وتوزيعها وتحديد طرق صرفها، كما تتكفل بتقديم قرض مصغر يُمنح للقادرين على العمل من الجنسين ويسدد في أجل لا يتعدى أربع

سنوات، هذا على المستوى المركزي، أما على المستوى المحلي فينشط الصندوق بالتعاون والتنسيق مع لجان الأحياء والأعيان واللجان الدينية، وبشكل عام مع المجتمع المدني وبغية تنظيم نشاطه تم استحداث ثلاثة مستويات تنظيمية تمكنه من الوصول إلى عمق المجتمع، وبالتالي تحقيق أهدافه وهي:

1 - اللجنة القاعدية: تتواجد هذه اللجنة على مستوى كل دائرة وتتشكل من هيئة المداولات التي تتكون من الشرائح الاجتماعية التالية، الإمام المعتمد بالدائرة رئيساً، رؤساء اللجان المسجدية بالدائرة، ممثلين عن لجان الأحياء، ممثلين عن كبار الأعيان، ممثلين عن كبار المزمكين أما المكتب التنفيذي يتكون من: الإمام المعتمد بالدائرة، أمين عام بنائين اثنين، أمين عام بمساعدين اثنين.

تقوم اللجنة القاعدية للزكاة بالمهام التالية:

- إحصاء المزمكين والمستحقين.
- التوجه والإرشاد من خلال دروس وخطب الجمعة ودروس دينية مختلفة.
- تحسيس المواطنين بدور صندوق الزكاة والتعريف به عن طريق عقد ندوات وتوجيهات مع تنظيم محاضرات.
- تحصيل الزكاة وتوزيعها ومتابعة العملية⁽⁶⁾.

2 - اللجنة الولائية للزكاة: تكون على مستوى كل ولاية، وتتكون من هيئة المداولات ولجان الهيئة الولائية للزكاة والمكتب التنفيذي.

تتشكل هيئة المداولات بدورها من مدير الشؤون الدينية والأوقاف بالولاية بصفته آمر بالصرف، إمامين من مكانين مختلفين، ممثلين من اثنين إلى أربعة من كبار المزمكين ينتمون إلى أماكن مختلفة، رئيس المجلس العلمي الولائي، عضوين إلى أربعة أعضاء من الفيدرالية الولائية للجمعيات المسجدية، رؤساء الهيئات القاعدية، محاسب له خبرة بالشؤون المالية، رجل قانون ممارس، رجل قضاء ممارس، مساعد أو مساعدة اجتماعية مع الخبرة اثنين إلى أربعة من أعيان الولاية.

يتكون مجلس اللجنة الولائية للزكاة في أربع لجان مختصة هي: لجنة التنظيم، لجنة المتابعة والمراقبة والمنازعات، لجنة التوجيه والإعلام، لجنة التوزيع والتحصيل.

أما المكتب التنفيذي يتكون من رئيس المكتب، الأمين العام وله أربعة مساعدين، أمين المال.

يتمثل دور اللجنة الولائية للصندوق فيما يلي:

- تنظيم العمل الميداني من خلال إنشاء الهيئات القاعدية والتنسيق معها، إنشاء بطاقة ولائية للمستحقين والمزكين، كما تضمن التجانس في العمل، تنظيم عملية التوزيع، الرقابة والمتابعة، التوجيه، النظر في المنازعات، الأمر بالصرف.

3 - اللجنة الوطنية للزكاة: تعتبر الهيئة المنظمة للزكاة فهي تقوم بالمهام الآتية:

ترسم وتتابع السياسة الوطنية للزكاة، لها سلطة التنظيم وذلك بإعداد النظام الداخلي مع اللوائح، كما تقوم بإنشاء الهيئات الولائية والبطاقة الوطنية الخاصة بالزكاة و تعد البرنامج الوطني للاتصال، وتقوم أيضا بمهمة الرقابة على اللجان الولائية والقاعدية وتشكل اللجنة من المجلس الأعلى لهيئة الزكاة، لجان المجلس الأعلى مع المكتب الإداري.

أما عن تشكيلة المجلس الأعلى لهيئة الزكاة فإنه يتكون من الأعضاء الآتي ذكرهم؛ الرئيس، الأمين العام، أربعة مديرين، رئيس الهيئة الشرعية، أربع فقهاء، أربعة من أعضاء التنسيق الوطنية، عشرة من كبار المزكين، عضوين اجتماعيين، عضوين اقتصاديين، عضوين قانونيين، ممثل عن المجلس الأعلى الإسلامي، ممثل عن وزارة التضامن، ممثل عن وزارة المالية، ممثل عن الغرفة التجارية، ممثل عن الغرفة الفلاحية، ممثل عن هيئة المستثمرين.

يتفرع المجلس الأعلى لهيئة الزكاة إلى أربعة لجان مختصة هي؛ لجنة التوزيع والتحصيل، لجنة الإعلام والاتصال والعلاقات، لجنة الشؤون المالية والإدارية والتكوين، لجنة المراقبة والمراجعة.

أما عن المكتب الإداري يتشكل من: المدير العام، الأمين العام، أربعة مديرين، عضو من الهيئة الشرعية⁽⁷⁾.

المطلب الثاني - أهمية صندوق استثمار الزكاة في دعم سياسة التشغيل

يعد إنشاء صندوق الزكاة كمؤسسة مستقلة بصلاحياتها التنظيمية وسلطانها ذا أهمية بالغة في خلق مناصب الشغل سواء بصفة مباشرة إقامة التوازن الاقتصادي عن طريق عدالة

التوزيع وتقارب الملكيات، كما تعمل على إنعاش الطلب الذي يؤدي إلى زيادة الإنتاج و من ثم زيادة الطلب على اليد العاملة (الفرع الأول)، أو غير مباشرة وذلك اجتماعيا بالتصدي لمشكلة البطالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول - الأهمية غير المباشرة لصندوق استثمار أموال الزكاة في دعم سياسة التشغيل:

يهدف صندوق الزكاة إلى إقامة التوازن الاقتصادي داخل المجتمع، إذ يعمل على عدالة التوزيع وتقارب الملكيات عن طريق توسيع قاعدة التملك وإغناء الفقير وسدّ عوز المحتاج مما يجعله ذا أثر إيجابي على العناصر الاقتصادية الذي يعكس بأثر غير مباشر لحل مشكلة البطالة، وذلك بإنعاش الطلب الكلي والذي يعمل على زيادة الإنتاج، ومن ثم زيادة الطلب على اليد العاملة، بالتالي يهدف هذا الصندوق إلى دعم سياسة التشغيل بصفة غير مباشرة.

كما يلعب دورا أساسيا في توزيع الدخل والثروات، إذ يساهم بشكل فعال في ترشيد عمليات توزيع الثروات والدخول سواءً على مستوى التوزيع الأولي لمصادر الثروة، إذ يتحول جزء من تلك المصادر إلى صندوق الزكاة لتكون أو على مستوى التوزيع التوازني، إذ يتم تحويل جزء من عوامل الإنتاج المحققة لتكون موارد زكوية، وتوزع منافعها وعوائدها على الجهات والفئات المستحقة، وكل ذلك يؤثر إيجابيا على حركية النشاط الاقتصادي لأنه يقلل من التركيز السلبي للثروات، بالتالي تصبح صناديق الزكاة آلية من آليات توزيع الثروات والدخول في الاقتصاد الوطني.

الفرع الثاني - الأهمية المباشرة لصندوق استثمار أموال الزكاة في دعم سياسة التشغيل :

يؤثر صندوق الزكاة بصفة مباشرة على سوق العمالة أي يلعب دورا مباشرا في تقليص معدل البطالة عن طريق تعيين العاملين عليها، وهؤلاء يشكلون جهازا متكاملا من الخبراء وأهل الاختصاص ومساعدتهم، فحتى يقوم هذا الجهاز بمهمته على أحسن وجه لا بد من أن يكون له فروع في مختلف الولايات والبلديات، بالإضافة إلى تنظيمه الإداري المحكم الذي يتشكل من إدارة إحصاء الأفراد الذين تُجمع منهم الزكاة وإدارة إحصاء الذين تدفع لهم حصيلة الزكاة.

إنّ الأعباء المرتبطة بحصيلة الزكاة ومصارفها تتطلب أعوانا كثيرين منهم من يقوم بإحصاء من تجب عليهم الزكاة وتحديد مقدارها، ومنهم من يقوم بجمعها وحفظها وتسليمها إلى المصلحة المختصة قبل توزيعها، ومنهم من يقوم بتحديد مواصفات أصحاب الحقوق وإحصائهم، وهم الأصناف التي ذكرها الله سبحانه عزّ وجل في كتابه الكريم، ومنهم من يقوم بتوزيعها بكفأ الطرق حتى تصل إلى مستحقيها في الوقت المناسب⁽⁸⁾.

كذلك يلعب صندوق الزكاة دور الحفاظ على آلية المعاملة عن طريق توزيعها على ذي أصحاب الديون عادة ما يكون هؤلاء أصحاب رؤوس الأموال الذين يوظفون لحسابهم الأيدي العاملة، فإن حرموا من هذا المصدر التمويلي فسوف يعود ذلك بالضرر عليهم وعلى الإجراء، وبالتالي سيكون لذلك الأثر المباشر على تدهور سوق العمالة من جهة، الاستثمار من جهة أخرى، وكلاهما يعملان على تدعيم الركود الاقتصادي، فيفضل سهم الغارمين تتحول الطاقات العاطلة إلى طاقات منتجة، مما يؤدي إلى إنعاش اقتصاد الدولة والحد من الركود⁽⁹⁾.

المبحث الثاني - طريقة تدخل صندوق استثمار أموال الزكاة في تمويل المشاريع الموجهة لدعم سياسة التشغيل

يضاف إلى الدور الأساسي الذي يقوم به صندوق الزكاة في تحصيل الزكاة وصرفها على مصارفها الثمانية، تدخله بتمويل المشاريع المصغرة بصيغة القرض الحسن، وتدخل هذه السياسة ضمن الاستراتيجية العامة لصندوق الزكاة، إذ تستند على مقولة سيدنا عمر (رض): « إذا أعطيتم فأغنوا ».

أمضت على هذا الأساس وزارة الشؤون الدينية والأوقاف اتفاق تعاون بين الصندوق وبنك البركة الجزائري، ليكون وكيلا تقنيا لها في مجال استثمار أموال الزكاة ودعم مشاريع تشغيل الشباب، واعتمد البنك في تمويل هذه المشاريع على صيغ التمويل المستمدة من الفقه الإسلامي.

لإبراز الطريقة العملية لصندوق استثمار أموال الزكاة في إنشاء وتمويل المشاريع الاستثمارية الموجهة لدعم التشغيل، سيتم تحديد آلية عمله (المطلب الأول)، وصيغ تمويل أموال الزكاة لفائدة المشاريع الاستثمارية الهادفة لدعم سياسة التشغيل (المطلب الثاني).

المطلب الأول - تحديد آلية عمل صندوق الزكاة في مجال استثمار المشاريع الموجهة لدعم سياسة التشغيل:

لا يقتصر دور صندوق الزكاة في تقديم الإعانات المالية المباشرة التي تسمح لعائلات كثيرة بتلبية حاجياتها، بل تتعدى ذلك إلى مساعدة الشباب وذلك يكون بتوفير دخل ثابت يغنيه عن طلب المساعدة، كما تساهم الشباب البطال على إنشاء مشاريع صغيرة وذلك باستثمار أموال الزكاة.

والاستفادة من القرض المقدم من طرف الصندوق يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط؛ وهي: أن يكون طالب القرض أو الشاب المنشئ للمشروع قادر على العمل، ولم يجد إمكانية تمويل مشروعه الصغير. شمل صندوق استثمار أموال الزكاة عدة فئات وهي: المتخرجون من الجامعة في مختلف التخصصات. ومن مراكز التكوين المهني، الحرفيون، الأسر المنتجة، أصحاب المشاريع الممولة من مختلف الهيئات الحكومية وهي (الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة).

لهذا يجب الوقوف إلى تحديد آلية عمل الصندوق في مجال استثمار المشاريع الموجهة لدعم سياسة التشغيل، وذلك بتمويل مشاريع الشباب البطال (الفرع الأول)، ومن أجل الحصول على التمويل يجب اتباع عدة إجراءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول - تمويل المشاريع الاستثمارية الموجهة لدعم سياسة التشغيل:

حظيت المشاريع الصغيرة والمتوسطة باهتمام جميع الهيئات سواء كانت حكومية أو شبه حكومية في الدولة، وكذلك مخططي السياسات الاقتصادية والاجتماعية نظرا للدور الحيوي الذي تلعبه في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية منها، ولاستيعابها نسبة كبيرة من القوى العاملة بمختلف مستوياتها المهارية، والرفع من قيمة الدخل والمستوى المعيشي للفرد. ولتقوم هذه المشاريع بالدور التنموي المرجو منها لابدّ عليها من مواجهة العقبات التي تعترضها والمتمثلة في عدم قدرة أصحابها على توفير التمويل اللازم لإنشائها ولاستمرار نشاطها كذلك عدم قدرتهم على توفير الضمانات الكافية التي تشترطها البنوك لتقديم التمويل اللازم لها، وهذه الأخيرة عادة ما تفضل تمويل المشاريع الكبرى.

بالتالي يعتبر التمويل من أهم العقبات والصعوبات التي تواجه المستثمرين الجدد، وهذه الفئة عادة ما تكون من المهنيين الصغار ولا تتوفر لديهم المدخرات المالية الكافية التي

تمكنهم من إنشاء نشاطاتهم الخاصة، كما لا تتوفر على الضمانات الكافية التي تتطلبها البنوك لتقديم قروض، ومن جانب آخر فإنّ مصادر التمويل بصورة قروض بفائدة ترهق كاهل أصحاب المشاريع (إذ تُعدّ الفوائد بمثابة تكلفة ثابتة)، كما يرغب البعض في إنشاء مشاريعهم بعيدا عن المعاملات الربوية، لذلك أصبح من الضروري البحث عن بدائل تمويلية أخرى تكون أكثر ملائمة، وتتماشى مع وضعية المستثمرين وبعيدا عن الفوائد الربوية. فنجد التمويل الإسلامي البديل الأنسب عبر مختلف الآليات المعتمدة منها صندوق استثمار أموال الزكاة.

لم يعد يقتصر دور صندوق الزكاة في تقديم إعانات مالية مباشرة تسمح لعائلات كثيرة بتلبية حاجياتها المتزايدة، بل تتعدى ذلك إلى مساعدة الشباب على إنشاء مؤسساتهم الصغيرة أو المتوسطة التي تعود عليهم بالنفع على المدينين البعيد والمتوسط.

لتجسيد شعار صندوق الزكاة المتحور في "لا نعطيه ليبقى فقيرا إنما ليصبح مزكيا"، والاستغلال الأمثل والفعال للموارد المالية المحصل عليها من طرف صندوق الزكاة، ولتجديد الأمل عند فئة البطالين الشباب لجأت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف باعتبارها المشرف الأول على نشاطات صندوق الزكاة إلى توقيع اتفاقية تعاون مع بنك البركة يوم 20 سبتمبر 2004، وجاءت هذه الأخيرة بمصطلح "صندوق استثمار أموال الزكاة".

يعتبر بنك البركة بنك إسلامي يعمل وفق ما تنص عليه القوانين الأساسية المنظمة بعمل البنوك الإسلامية، حيث ينشأ على مستواه صندوق زكاة منفصل في إدارته عن البنك، زيادة على اعتباره المشرف والوكيل التقني لمختلف المشاريع والاستثمارات الهادفة إلى تشغيل الشباب، إذ يضمن إيصال أموال الزكاة إلى فئة الشباب البطال (الذين يحتاجونها). والذي سيصبحون مساهمين عاديين يرفعوا من رأسمال الصندوق بعد مساهمتهم في دفع الزكاة.

إضافة إلى الفائدة الدينية المحققة فإنه فقد حقق مبدأ أعمال بالتخصيص في مجال الدعم أو التمويل الذي كان مطلبا ملحا من طرف القائمين على تنفيذ سياسة تطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. عندما دعوا إلى ضرورة إنشاء بنك خاص يهتم بالتمويل المباشر.

خصص صندوق الزكاة نسبة 37.5% من موارده لتقدم كقروض للشباب البطال لتمويل مشاريعهم الخاصة بشرط إذا تجاوزت الحصيلة الولائية مبلغ خمسة مليون دينار جزائري.

يتميز التمويل الاستثماري الذي يقوم به صندوق الزكاة بمجموعة من الخصائص وهي:

- مجاني لا مشاركة في الأرباح فيه.
- أداة من أدوات تنفيذ السياسة الاقتصادية.
- خاضع لقيود الإنفاق النافع المقيد غير الرفاهي.
- انتقائي يتم فيه اختيار المشروع أو السلعة التي يمكن تمويلها حسب الأولويات الاقتصادية في المجتمع⁽¹⁰⁾، وتتميز هذه المشاريع التي لها أولوية في التمويل بمجموعة من الخصائص.
- مشاريع ذات آثار اجتماعية إيجابية، إذ لا يبقى الممول فقيرا عند نهاية العقد بل يصبح قادرا على دفع الزكاة.
- مشاريع ذات آثار اقتصادية محفزة إذ يتجسد ذلك من خلال التخفيف من ضغط البطالة على ميزانية الدولة، تلبية لحاجيات اقتصادية لا يمكن أن تلبى إلا من خلال المشاريع المصغرة والصغيرة والمتوسطة⁽¹¹⁾.
- من بين إنجازات صندوق استثمار أموال الزكاة في دعم سياسة التشغيل توفير منصب شغل لأكثر من عشرة آلاف (10000) شاب بطل و بلغت حصيلة الزكاة ب 2.52 مليار دينار كما تم رفع سقف القرض الحسن من 300 ألف إلى 500 ألف سنة 2003 إلى سنة 2010⁽¹²⁾.

كما يهدف الصندوق إلى منح حوالي 1500 قرض حسن لكل سنة لفائدة المشروعات الصغيرة مع توسيع دائرة المستفيدين من القروض الحسنة لتبلغ 100000 قرض حسن في الأعوام القادمة.

ذكر وزير الشؤون الدينية و الأوقاف لدى إشرافه على افتتاح الصالون الجهوي للقرض الحسن في إطار صندوق الزكاة بمشاركة حاملي المشاريع من ولايات مختلفة عبر

ربوع الجزائر أنها أداة فعالة في خلق أنشطة مثمرة لفائدة الشاب البطال إذ تم توزيع مقررات الاستفادة من القروض الحسنة للذين اختاروا إنشاء مشاريع حرفية لعام 2012، و يقدر عدد المشاريع المعتمدة من طرف الصندوق لولاية ميلة على سبيل المثال ب 32 مشروع من أصل 203 مشروع مولها الصندوق منذ إنشائه كما أشار الوزير إلى إمكانية تمويل مشاريع التوسع بعد استيفائها لجميع الشروط المطلوبة.

الفرع الثاني - إجراءات الحصول على تمويل المشاريع الاستثمارية الموجهة لدعم سياسة التشغيل:

حتى يتمكن الشاب البطال من الحصول (الاستفادة) في تمويل صندوق الزكاة من أجل إنشاء نشاط معين يجب احترام مجموعة من الإجراءات.

تستهل بإيداع ملف طلب التمويل على مستوى اللجنة المحلية التي تجري عملية الانتقاء على أساس الدراسة الأولية للاستحقاق ثم إلى عملية القرعة للملفات المقبولة لترسل الملفات المقبولة إلى اللجنة الولائية لصندوق الزكاة للمصادقة النهائية على مبلغ القرض لتصل المرحلة النهائية المتمثلة في دراسة الملف من طرف الشريك الذي يمنح للمستفيد المقبول مشروعه صكا بمبلغ القرض.

1 - إيداع الملف على مستوى صندوق استثمار أموال الزكاة: يودع صاحب المشروع طلب الاستفادة بالتمويل مرفق بملف يحتوي على (نسخة من شهادة الميلاد، نسخة مطابقة للأصل لبطاقة التعريف الوطنية، شهادة إقامة، نسخة من السجل الإداري أو البطاقة المهنية أو بطاقة الحرفي أو الفلاح. الفاتورة الأولية للمشروع صورة شمسية مع إرفاق الملف باستمارة يجب ملؤها بالتحقيق) لدى اللجنة القاعدية التي تتحقق أحقيته على مستوى خلايا الزكاة المتواجدة في المساجد بالتعاون مع لجان وبعد التحقيق من جدية المشروع وأحقيته تصادق اللجنة على طلبه ثم ترسله إلى اللجنة الولائية لصندوق الزكاة التي ترتب الطلبات حسب الأولوية في الاستحقاق على أساس الأشد تصدرا والأكثر نفعا أي المشاريع التي تحقق مردودية عالية وتوفر على أعلى نسبة من مناصب الشغل.

إذ تعمل اللجنة الولائية على مستوى الصندوق بإعداد قائمة بمستحقي الزكاة يتم تصنيفهم حسب السن والمستوى المهني والعلمي إذ يحظى الشباب على اختلاف مستوياتهم ومؤهلاتهم باهتمام صندوق استثمار أموال الزكاة الذي يراعي تخصيص أمواله بين الدعم

الإضافي والتمويل المباشر؛ إذ تقدم المساعدات المالية والمادية اللازمة للمؤسسات التي تم استحداثها في إطار آليات دعم التشغيل وترقيته توجه اللجنة الولائية للصندوق قائمة خاصة إلى كل الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب والصندوق الوطني للتأمين عن البطالة لاستدعاء المستحقين من أجل إعداد ملف وقف الإجراءات المعمول بها. وفي حالة رفض الطلب من طرف اللجنة المحلية للصندوق يمكن الطعن فيه أمام اللجنة الولائية كذلك في حالة رفض هذه الأخيرة يمن الطعن بالقرار أمام مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المتواجدة على مستوى الوزارة.

2 - إيداع الملف مستوى الوكالة البنكية: بعد دراسة ملفات التمويل المقدمة من قبل المستحقين والمقترحة من طرف اللجنة الولائية للصندوق الزكاة يودع الملف إلى البنك الذي يقوم بانتقاء المشاريع التي يوافق على تمويلها بعد اقتراح هيكلية التمويل الملائمة لكل مشروع، إذ يملك البنك سلطة تقرير قابلية المشروع للتمويل أم لا.

تختلف الإجراءات الواجب اتباعها باختلاف نوع التمويل الذي يقدمه الصندوق.

أ - حالة منح الصندوق تمويل تكميلي للشباب المستثمر:

- إذا تعلق الأمر بمشروع تشغيل الشباب: يسلم بنك البركة للشباب المستثمر شهادة تثبت أن لديه رصيدا بمبلغ مساهمته الشخصية كليا أو جزئيا وقسط التأمين اللازم، وتكاليف دراسة الملف حسب الحالة أو بالمبلغ اللازم في حالة التمويل المختلط بينه وبين الوكالة على أساس عقد القرض الحسن.

يستكمل الشاب المستثمر إجراءات الحصول على شهادة لدى ANSEJ بعدها يتقدم الشاب (المستثمر) لدى بنك البركة لاستكمال إجراءات الحصول على القرض التكميلي اللازم، وهذا بعد حصوله على شهادة التأهيل من الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب.

- ما إذا تعلق الأمر بالصندوق الوطني للتأمين على البطالة: يسلم بنك البركة للشباب شهادة تثبت أن لديه رصيد بمبلغ مساهمته الشخصية كليا أو جزئيا وقسط التأمين اللازم، وتكاليف دراسة الملف حسب الحالة أو التزام بدفع مستحقات التكوين المشروط من CNAC.

يستكمل الشاب المستثمر إجراءات الحصول على التأمين من CNAC، ثم يتقدم الشاب المستثمر لدى بنك البركة لاستكمال إجراءات الحصول على القرض التكميلي اللازم حسب الحالة، وهذا بعد حصوله على شهادة التأهيل من CNAC.

ب - تمويل الصندوق للمشروع وحده: إذا تعلق الأمر بالتمويل المصغر ففي هذه الحالة يستدعي المستحق إلى بنك البركة لتكوين ملفه وفق الإجراءات المعمول بها، ثم يوقع هذا الأخير على عقد القرض المحسن، ثم يتولى البنك التسديد المباشر للمورد دون أن يسلم المال نقدا للمستحق.

ج - تمويل الصندوق لمساعدة المؤسسات الغارمة: تقترح اللجنة الولائية قائمة بأسماء (الغارمة) ثم يستدعي المشرفون عليها إلى البنك، لتقدم الوثائق الإثباتية اللازمة، ثم يحدد البنك حاجتها ومدى قابليتها للانتعاش.

يمنح البنك قرض على سبيل القرض الحسن لتغطي ديونها كلياً أو جزئياً لكن يغطي أصل الدين دون الفوائد⁽¹³⁾.

المطلب الثاني - صيغ التمويل

تعين على البنك إيجاد أو اعتماد صيغ التمويل أو الدعم الإضافي تتماشى مع طبيعة أموال الزكاة ومع الوضعية المالية لفئة الشباب البطال (المستفيد)، دون مخاطرة بأموال الصندوق التي تعتبر في الأصل ملكاً للفقراء والمساكين، وعلى هذا الأساس اعتمد البنك صيغ تمويلية مستمدة من الفقه الإسلامي، تنوعت بين التمويل التأجيري (الفرع الأول) والتمويل عن طريق المشاركة (الفرع الثاني)، التمويل عن طريق القرض الحسن (الفرع الثالث).

الفرع الأول - التمويل عن طريق التأجير:

يقصد بالتمويل عن طريق التأجير تملك الصندوق لأصول مادية كالألات مثلاً، ويقوم بتأجيرها للمستثمر البطال الفقير على أن تكون الحياة للتمول والملكية للصندوق، ويأخذ هذا النوع شكلين:

- **التأجير التشغيلي:** مؤداه أن يقوم الصندوق بتأجير المعدات والتجهيزات وحتى العقارات التي يمتلكها لمستحقي الزكاة حسب حاجتهم، وطبقا لهذا النظام التمويلي يشتري الصندوق معدات أو تجهيزات حسب المواصفات المقدمة يقوم هذا الأخير إبرام عقد إيجار لمدة معلومة تحددها طبيعة العين المؤجرة وسبب التأجير، إذ يتم الاتفاق على جدول دفع الإيجار طبقا لمقدار مبلغ التمويل وشروطه.

وأثناء فترة الإيجار، يظل الأصل في ملكية الصندوق وتكون الملكية المادية وحق استخدامه للمستأجر (الشاب المستثمر الفقير) وبعد انتهاء مدة العقد تنتقل هذه الحقوق للصندوق.

- **التأجير المتناقض المنتهي بالتمليك:** إذ يمكن من خلاله أن يشتري المستثمر العين المؤجرة بناء على أقساط إضافية يدفعها للصندوق إلى جانب مبلغ التأجير ليتحول العقد عند نهايته إلى عقد ملكية⁽¹⁴⁾.

يشجع الصندوق هذا النوع من التمويل لسبب بسيط هو « أن الملكية تُمكن الشاب المستثمر من التوسع في استثماره، وهو ما قد يحوله إلى مساهم إيجابي في صندوق الزكاة، زيادة على الإمكانية التي ينتجها توسيع النشاط لإضافة أو خلق مناصب شغل جديدة.

الفرع الثاني - التمويل عن طريق المشاركة:

تُعد صيغة التمويل بالمشاركة من أهم أصناف التمويل الإسلامي، إذ تقوم على أساس تقاسم الأرباح والخسائر، إذ يشترك الصندوق والمستثمر الفقير في تقديم المال اللازم لإنشاء مشروع معين، على أن توزع نتيجة الاستثمار بنسبة معلومة ومتفق عليها في عقد التمويل وتوزع العوائد على أساس المردودية، كما أن المستثمر لا يحتاج إلى تقديم ضمانات الأصول على التمويل اللازمة، على أساس أنه:

- في حالة حدوث خسارة فإنّها تنقسم على حسب حصة كل شريك أو حسب الاتفاق، أما في حالة حدوث أو تحقق الأرباح فإنّها توزع بين البنك والمستثمر حسب الاتفاق.

ينتشر هذا النوع من التمويل في مجالات الصناعة التقليدية والحرف.

تنقسم المشاركة كألوسب للتمويل إلى دائمة ومؤقتة.

- المشاركة الدائمة: هي اشتراك البنك في مشروع معين مع المستثمر دون تحديد أجل معين لانتهاء هذه الشراكة، بالتالي يصبح كل شريك ممتلكا لحصة في رأسمال بصفة دائمة ومستحق لنصيب من الأرباح أي مشاركة طويلة الأمد .

- المشاركة المتناقضة (المنتهية بالتملك): إمكانية امتلاك المشروع خلال مدة معينة، إذ يتم تنظيم هذا الأسلوب بالاتفاق المسبق، بحيث يساهم البنك في رأسمال مع حصوله جزء من الربح على أن يتنازل عن حصته إما دفعة واحدة على دفعات متعددة، تتناقص معها المشاركة، لتتحول تدريجيا إلى تنازل نهائي ينتهي بتمليك المستثمر كامل المشروع. تتشابه المشاركة الدائمة والمشاركة المتناقضة بالنظر إلى الحقوق الكاملة التي يتمتع بها الشريك في كل أنواع الالتزامات والمشاركة التي تقع عليهما، وتختلفان في عنصر الدوام والاستمرار، فالبنك في المشاركة المتناقضة لا يقصد الاستمرار في المشروع إنما تمويله الذي ينتهي بالملكية اللاحقة والمطلقة للمستثمر، أما في صورة الشراكة الدائمة تستمر ملكية البنك للمشروع إلى غاية انتهاء المشروع أو تصفيته⁽¹⁵⁾.

تعتبر صيغة المشاركة تمويل ناجحا للمشاريع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة نظرا لما يمتاز به من قلة التكلفة وتحظى بوقوف البنك (الصندوق) إلى جانب المستثمر بتقديم إرشادات ومساعدته على قيام الدراسة الاقتصادية والتقنية للمشروع.

الفرع الثالث - التمويل بالقرض الحسن:

يعد القرض الحسن وسيلة مالية استثمارية تعالج مشكلة البطالة وتعمل على استئصالها من جذورها،

إذ تزود العاطلين بآليات الإنتاج، لذا يلجئ صندوق الزكاة إلى اعتماد هذا النوع من التمويل، وذلك عندما تتأكد لديه ضرورة المحافظة على مناصب الشغل أو مناصب الشغل المرابطة بالنشاطات البسيطة، التي يعجز أصحابها في المحافظة عليها لضعف إمكانياتهم المادية ولعدم توفرهم على الضمانات التي تؤهلهم للحصول على قروض بنكية.

تعتبر صيغة القرض الحسن عن الفائدة العملية للزكاة، إذ يتعامل البنك من خلال صندوق استثمار أموال الزكاة بمنطق إسلامي بعيد عن الفائدة الاقتصادية التي يهدف البنك إلى تحقيقها والدليل على ذلك الفرضيات المحتملة للمستفيدين من صيغة القرض الحسن المتمثلة في:

- إما الحجز عند السداد: يفضل الصندوق في هذه الحالة إعفاء المستفيد من التسديد نظرا لحاجته المبررة.

- طلب تمديد الأجل: يقوم الصندوق بتخفيف الضغط عليه إذ تثبت لديه القدرة على التسديد المستقبلي، إذ يقدم القرض الحسن على سبيل الضمان الشخصي فقط، ودون المطالبة بالفائدة التي تقررها البنوك في الحالات العادية ولو بنسب منخفضة.

خاتمة:

يُعد مشروع صندوق الزكاة في الجزائر تجربة رائدة ومتميزة، بل يقتدى بها في مجال جمع الأموال وصرفها بطريقة رشيدة، ووفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومراعاة توجيه الأموال إلى مستحقيهم. كما تميز باستحداث "صندوق استثمار أموال الزكاة" يهدف إلى دعم سياسة التشغيل، وذلك باستغلال جزء من أموال الزكاة التي تقدم في شكل قروض حسنة للشباب البطال المتخرج من الجامعات، ومراكز التكوين المهني، وأصحاب الحرف والمشاريع الصغيرة، إضافة إلى الأسر الحرفية والمنتجة، وغيرها من الفئات القادرة على العمل، إذ استطاع في ظرف عشر سنوات أن يساهم بشكل فعال في مد يد العون للفقراء والمشاركة الفعالة في خلق مناصب شغل دائمة لصالح فئة العاطلين وذلك بإطلاق مئات من المشاريع لهذا لا يمكن تجاهله، لكن يبق دور الصندوق تساهمي بالمقارنة مع الآليات القانونية للتشغيل وذلك ل محدودية نسبة اليد العاملة المنشأة و المشاريع الممولة مع عدم إمكانية تمويل المشاريع الكبرى التي تحتاج إلى رأس مال كبير، و نظرا لعدم وجود تغطية قانونية للقروض الحسنة الممنوحة يؤدي إلى عدم احترام بعض المستفيدين العقد مما يجعل بعضهم يتهربون من سداد القرض⁽¹⁶⁾ ، كما تواجه الصندوق عدة عراقيل مما تعيق من أداء مهامه منها :

لعل أكبر مشكلة تواجه المشروع مع انطلاقته الأولى تتعلق بكيفية كسب ثقة المزمكين التي تتشكل أهم رهان، لأن عامل الثقة مهم في مثل هذه النشاطات وكذا القدرة على إقناع المزمكين بضرورة دفع زكاتهم إلى الصندوق، بالإضافة إلى جهل أغلبية الجزائريين بفقه الزكاة وأحكامها.

ارتباط حصيلة الزكاة لدى الجزائريين بمناسبة عاشوراء، إذ تكون الحصيلة مرتفعة في مثل هذا الوقت من السنة في حين تصل إلى حد الجفاف في الشهر الأخرى.

ولكي تتجح مؤسسة الزكاة في تحقيق أهدافها وتتعزز الثقة بها تقترح ما يلي:

- وضع قانون الزكاة من خلاله يصبح دفع الزكاة إجباري فهناك مشروع تسعى إليه وزارة الشؤون الدينية والأوقاف يقضي بتقنين الزكاة اقتداءً ببعض الدول العربية الإسلامية، والتي حققت نجاحا هاما في هذا المجال.

- التركيز على جانب الرقابة، وجعله موضوعا جوهريا في جباية أموال الزكاة والحرص على اختيار العاملين وتنصيب الأجهزة الرقابية وتفعيل دورها في مؤسسة الزكاة.

- زيادة دور الإعلام والتوعية خاصة أن عدد كبير من المزمكين يمتنعون عن أداء الزكاة للمؤسسة ويفضلون دفعها بأنفسهم إلى المستحقين بسبب عدم الثقة في المؤسسة.

- الربط بين الجانب الأكاديمي والجانب العلمي بمؤسسة الزكاة وذلك للاستفادة من أفكار الدارسين في هذا المجال.

- إحداث تكامل بين مؤسسات الضرائب ومؤسسة الزكاة.

كما يجب السعي إلى عقد اتفاقيات مع كل الاتحادات المهنية المتواجدة عبر التراب الوطني للمساهمة في تدعيم أداء الصندوق كالاتحاد العام للمقاولين الجزائريين والخواص منهم والعموميين، والاتحاد العام للصيادين، ومؤسسة SIM لاستهداف طبقة المزمكين الكبار وكذا استقطاب جزء من زكاة الجالية الجزائرية المقيمة بالخارج، بالتالي زيادة موارد الصندوق للوصول إلى دولة لا يعيش فيها فقير، وكذا من خلال التوزيع الاستثماري الذي يساهم في توجه أموال الزكاة إلى نشاطات في التنمية الاقتصادية وتوفير مناصب الشغل، من خلال خلق مؤسسات صغيرة لخلق إنتاج دائم ومستمر بالتالي وضع حد للبطالة في بلادنا.

الهوامش:

¹ - عبد الله قادية، الإطار القانوني لدعم التشغيل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010 - 2011، ص 170.

² - سليمان ناصر، عواطف محسن، تجربة الجزائر في تمويل المشاريع المصغرة بصيغة القرض الحسن "دراسة تقييمية"، مداخلة قدمت في المؤتمر العالمي لثاني حول "تطور نظام مالي إسلامي شامل تحت عنوان تعزيز الخدمات المالية الإسلامية للمؤسسات المتناهية الصغر"، تنظيم أكاديمية السودان للعلوم المصرفية والمالية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، الخرطوم، السودان، الأيام 09، 10، 11 أكتوبر 2011، ص 14.

- ³ - المادة 02 من قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج عدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.
- ⁴ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 91-82 المؤرخ في 23 مارس 1991، يتضمن إحداث مؤسسة المسجد، ج ر عدد 16، لسنة 1991. والمادة 15 و 22 من المرسوم رقم 91-81 المؤرخ في 23 مارس 1991، يتضمن بناء المسجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته، ج ر عدد 16، لسنة 1991.
- المادة 14 و 20 من المرسوم التنفيذي رقم 89-99 المؤرخ في 27 جوان 1989، يتضمن تحديد صلاحيات وزير الشؤون الدينية والأوقاف، ج ر عدد 26، لسنة 1989.
- ⁵ - محمد دمان ذبيح، الآليات الشرعية لعلاج مشكلة البطالة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2007 - 2008، ص 142.
- ⁶ - بن حبيب عبد الرزاق، سعيدي طارق، "صندوق الزكاة ودوره في تفعيل سياسة التشغيل"، عرض نموذج الجزائر مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول سياسة التشغيل ودورها في تنمية الموارد البشرية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 13 و 14 أبريل 2011، ص 19.
- ⁷ - المرجع نفسه، ص 19.
- ⁸ - البشير عبد الكريم، "الأبعاد النظرية والميدانية للزكاة في مكافحة البطالة والفقر"، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول مؤسسات الزكاة في الوطن العربي، دراسة تقويمية لتجارب مؤسسات الزكاة ودورها في مكافحة ظاهرة الفقر، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سعد دحلب، البليلة يومي 10 و 11 جويلية 2004، ص 10.
- ⁹ - البشير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 9.
- ¹⁰ - هوارى عامر، دور صندوق الزكاة في الحد من البطالة، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الوطني حول "استراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 13 و 14 أبريل 2011، ص 9.
- ¹¹ - فارس مسدور، استراتيجية استثمار أموال الزكاة، رسالة المسجد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، جويلية 2003، ص 25.
- ¹² - Voir sur site : <http://www.algerie360.com> consulté le 01-09-2016 à 9h00
- ¹³ - بن حبيب عبد الرزاق، سعيدي طارق، مرجع سابق، ص 22.
- ¹⁴ - فارس مسدور، استراتيجية استثمار أموال الزكاة، مرجع سابق، ص 25.
- ¹⁵ - المرجع نفسه، ص 26.
- ¹⁶ - قدر المبلغ الغير المسترجع في ولاية البليلة ب 31168047.00 دينار من أصل 33375000.00 دينار إذ لو التزم المستفيدون من تسديد القرض لمول 89 مشروع بقيمة 350000 دينار.

دور مجلس المنافسة في ضبط النشاط البنكي وفقا للتشريع الجزائري

طالب الدكتوراه: عصام العايب

طالب دكتوراه، جامعة باتنة، الجزائر

ملخص:

أنيط بمجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة ذات اختصاص عام، السهر على ضمان حسن سير المنافسة. ولأجل ذلك كلف بصد الممارسات المقيدة والمعرقلة للمنافسة وكذا التجميعات الاقتصادية الماسة بها في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي، غير أن هذا الدور يبدو غير واضح المعالم في القطاع البنكي أكثر من أي قطاع اقتصادي آخر، كون القطاع البنكي يخضع لتنظيم خاص ورقابة مشددة تمارسها أجهزة متخصصة.

Résume :

Le conseil de la concurrence – comme autorité administrative à compétence générale – est chargé de garantir le bon fonctionnement de la concurrence. Pour ce but, il est chargé d'empêcher les pratiques restrictives de la concurrence, ainsi les concentrations économiques ayant rapport avec les différents secteurs de l'activité économique. En revanche, ce rôle semble ambigu dans le secteur bancaire plus que tous autres secteurs économiques; tant que le secteur bancaire subit une réglementation spéciale et un contrôle strict exercé par des organismes spécialisés

مقدمة:

في إطار التحول من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر أواخر ثمانينيات القرن الماضي، كان لزاما على الجزائر الأخذ بمبادئ الاقتصاد الحر وتكريسها تشريعا، وذلك بإصدار النصوص القانونية التي تتلاءم والتوجه الجديد، فكانت البداية بإقرار أحد أهم مبادئ الرأسمالية ألا وهو مبدأ حرية المنافسة¹، ثم أصدرت بعد ذلك قانونا يعنى بحمايتها وترقيتها " قانون المنافسة"²، وأوكلت مهمة السهر على احترامه والتقيد بأحكامه لجهاز متخصص يتمثل في " مجلس المنافسة"³.

وباعتبار، أن المنافسة هي سمة كل نشاط اقتصادي، فإن نطاق تطبيق قانون المنافسة وبالتبعية مجال اختصاص مجلس المنافسة كان واسعا جدا، حيث أنه يشمل كافة قطاعات النشاط الاقتصادي من إنتاج وتوزيع وخدمات، لذلك لم تكن التطورات التي شهدتها قانون المنافسة وكذا مجلس المنافسة بمعزل عما شهدته قطاعات النشاط الاقتصادي الأخرى على اختلافها من تطورات، حيث وتزامنا مع صدور قانون المنافسة وإنشاء مجلس المنافسة، وحتى قبل ذلك، استحدثت سلطات ضبط قطاعية تعنى كل واحدة منها بضبط نشاط اقتصادي معين.

تتمتع سلطات الضبط القطاعية بسلطات واسعة ومهمة في مجال اختصاصها، منها سلطة التأديب، سلطة التحكيم، سلطة التنظيم (اصدار الأنظمة)، مما جعل دور مجلس المنافسة في ضبط بعض قطاعات النشاط الاقتصادي غير واضح المعالم، في ظل خضوع هذه القطاعات لقوانين خاصة ورقابة أجهزة متخصصة. ولعل ابرز مثال على هذه القطاعات هو قطاع البنوك الذي يخضع بصورة كبيرة للأنظمة التي يصدرها مجلس النقد والقرض، ورقابة مشددة تمارسها اللجنة المصرفية، كونه قطاعا حساسا يؤدي اختلاله إلى آثار وخيمة تتعدى الإضرار بمصالح البنك لتمس مصالح عملائه، وأكثر من ذلك قد يؤدي إلى المساس بالسمعة المالية للدولة.

إن ما تتمتع به سلطات الضبط المصرفية من صلاحيات واسعة ومهمة في مجال اختصاصها هو ما يدعونا إلى طرح الاشكالية التالية: على اعتبار أن النشاط البنكي يخضع لتنظيم خاص ورقابة مشددة تمارسها أجهزة متخصصة، فإلى أي مدى تخضع المنافسة في القطاع البنكي لرقابة مجلس المنافسة؟

للإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم الموضوع إلى محورين: فأما المحور الأول فسيتم طرق إلى المنافسة البنكية في الجزائر، حيث سيتم بيان مفهوم المنافسة البنكية بوجه عام، ومن ثم واقع المنافسة البنكية في الجزائر باعتبارها موضوع الدراسة، أما المحور الثاني فسنعالج من خلاله مدى خضوع المنافسة في القطاع البنكي لرقابة مجلس المنافسة، وذلك ببيان صور تدخل مجلس المنافسة لضبط مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي، وذلك لاستخلاص معوقات خضوع النشاط البنكي لرقابة مجلس المنافسة.

المحور الأول: المنافسة البنكية في الجزائر.

على غرار العديد من الدول، تخلت الجزائر عن الاشتراكية كنظام اقتصادي يقوم على التخطيط المركزي والملكية الجماعية لوسائل الإنتاج، وفي المقابل تبنت الرأسمالية كنظام اقتصادي يقوم على تكريس الملكية الخاصة وحرية السوق، وهو ما جعل المنافسة البنكية (أولا) في الجزائر تعرف واقعا جديدا مغايرا لما كان عليه الوضع في السابق (ثانيا).

أولا: مفهوم المنافسة البنكية.

تطلق المنافسة في اللغة العربية على الرغبة في الشيء وحسب الاستئثار به، أما في النظم الوضعية، الاشتراكية منها والرأسمالية فقد ارتبط مفهومها بحسب التفوق في مجال الأعمال بما يعود بالنفع على المنافس والمستهلك في نفس الوقت، ولارتباط المنافسة الوثيق بالنشاط الاقتصادي أصبحت تعد لازمة من لوازم احترامه⁴.

من بين تعاريف المنافسة، نجد تعريف "آدم سميث" (Adam Smith)

لها بأنها: "عملية ديناميكية أو سلوك تمليه المزاومة الاقتصادية"، و المقصود بالمزاومة هنا، هو وجود عدة مؤسسات تنشط في قطاع واحد وتقدم منتجات مماثلة أو بديلة، حيث تسعى كل مؤسسة إلى التفوق على باقي المؤسسات للاستئثار بالسوق أو السيطرة عليه⁵.

من جهة أخرى تعرف القدرة التنافسية بأنها: "المهارة أو التقنية أو المورد المتميز الذي يتيح للمنظمة إنتاج قيم ومنافع للعملاء تزيد عما يقدمه المنافسون، أو يؤكد تميزها واختلافها عن هؤلاء المنافسون من وجهة نظر العملاء الذين يتقبلون هذا الاختلاف والتميز حيث يحقق لهم المزيد من المنافع والقيم التي تتفوق على ما يقدمه لهم المنافسون الآخرون"⁶. من خلال هذا التعريف يتضح، أن مدى قدرة أي مؤسسة على التنافس

والاستمرار مرتبط أساسا بما يتوفر لديها من تقنيات ووسائل تضمن لها التمييز عن باقي المؤسسات.

قياسا على ما تقدم يمكن تعريف المنافسة البنكية على أنها: ذلك التعدد والتنوع في مكونات الجهاز البنكي، الذي يؤدي بكل بنك إلى محاولة التمييز عن باقي البنوك في ما يقدمه من منتجات وخدمات تمكنه من الاستحواذ على أكبر حصة في السوق تضمن له الاستمرار وتوسيع نشاطه وتعظيم أرباحه.

إذا كان هدف البنك من التنافس مع باقي البنوك هو الاستحواذ على أكبر حصة من السوق، بجلب أكبر عدد من العملاء، فإن الأدوات والتقنيات التي يستعملها في سبيل تحقيق ذلك كثيرة ومتنوعة، فقد يلجأ البنك إلى تحسين جودة المنتجات التي يقدمها لعملائه، أو تقديم خدمات نوعية أحسن مما تقدمه باقي البنوك، أو نسب فوائد مغرية، كما أن استقبال ومعاملة الزبائن يعد أحد أدوات المنافسة البنكية.

ثانيا: واقع المنافسة البنكية في الجزائر.

لقد كان للتطورات والمستجدات المصرفية والاقتصادية العالمية تأثيرا كبيرا على المنافسة بين البنوك في شتى دول العالم، كما كان لهذه التطورات والمستجدات تأثير واضح على المنافسة البنكية في الجزائر، خاصة بعدما قررت فتح أسواقها والأخذ بالمبادئ الرأسمالية وتكريسها تشريعيا.

فعلى المستوى العالمي شهدت الساحة المصرفية عديد التطورات والمستجدات التي كان لها أثر كبير في اشتداد المنافسة البنكية، وتتمثل أهم هذه التطورات في:

1- عولمة وتحرير تجارة الخدمات المالية: تعتبر الخدمات المالية من أهم المجالات التي طالتها العولمة الاقتصادية، حيث ظهرت ما تسمى بالعولمة المالية نتيجة لتحرير تجارة الخدمات، هذا التحرير الذي أقرته ووقعت عليه الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات بعدما كان تطبيق القواعد الدولية للتجارة المتعددة الأطراف مقصورا على التجارة في السلع⁷، وهو ما أدى إلى اشتداد المنافسة بين البنوك عالميا ومحليا وفقد البنوك الصغيرة القدرة على الاستمرار بسبب ضعف قدرتها التنافسية⁸.

2- اندماج البنوك: تعد ظاهرة تكوين الكيانات المصرفية العملاقة عن طريق الاندماج البنكي إحدى أهم سمات العمل المصرفي العالمي المعاصر⁹، والتي برزت من

أجل مواجهة العولمة المالية واشتداد المنافسة على المستوى العالمي، كما يعتبر الاندماج البنكي أحد الحلول المعتمدة لتفادي الآثار السلبية لتعثر بنك من البنوك أو إفلاسه¹⁰، والاندماج البنكي بصفة عامة هو اتحاد بنكين أو أكثر في بنك واحد بحيث يفقد البنك المندمج وجوده القانوني وتضاف أصوله وخصومه إلى أصول وخصوم البنك الدامج، وقد يكون هذا الاندماج بين بنوك صغيرة وأخرى كبيرة أو بين البنوك الكبيرة فيما بينها، وتؤدي ظاهرة اندماج البنوك إلى زيادة القدرة على المنافسة العالمية لدى البنوك الناتجة عن الاندماج.

3- التحديث و الابتكار في الصناعة البنكية: من أهم التحولات التي شهدتها القطاع المالي عموما والقطاع البنكي خاصة أواخر ثمانينيات القرن الماضي، ظهور عمليات التطوير والتحديث والابتكار في الصناعة البنكية¹¹. وأكثر من ذلك، لم تقتصر الابتكارات المالية على المشتقات المالية والمشتقات الائتمانية، بل تعدتها إلى الكيفية التي يتم بها تقديم الخدمات المصرفية التقليدية، وذلك نتيجة استغلال البنوك للتطور التكنولوجي في تطوير خدماتها والرفع من قدرتها التنافسية، ومن أهم الابتكارات المالية في الصناعة البنكية أجهزة الصرف الآلي، البطاقات الائتمانية والمقاصة بين البنوك إلكترونيا و التحويل الإلكتروني للأموال¹².

أما في الجزائر، فيمكن تسجيل العديد من التطورات المصرفية التي ساهمت في اشتداد المنافسة بين البنوك الخاضعة للقانون الجزائري، وهذه التطورات في مجملها هي نتاج الانفتاح الاقتصادي الذي شهدته الجزائر أواخر ثمانينيات القرن الماضي، وتتمثل أهم المستجدات والتطورات التي ساهمت في اشتداد المنافسة بين البنوك الجزائرية في النقاط التالية:

1- إزالة احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي: قبل صدور القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض¹³ لم يكن ثمة مجال للحديث عن المنافسة بين البنوك، فكافة البنوك الجزائرية قبل ذلك الوقت كانت عمومية، كما أن وظيفتها كانت تنحصر فقط في تنفيذ المخططات التنموية للدولة وتمويل عمليات التجارة الخارجية باسم ولحساب الدولة، والسبب في ذلك هو احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي بما في ذلك عمليات التجارة الداخلية منها والخارجية، وبصدور قانون 90-10 الملغى، ومن بعده الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم¹⁴، فتح النشاط البنكي للخواص، موازاة مع إزالة احتكار الدولة

للنشاط الاقتصادي، مما خلق تزامنا في السوق المصرفية على نحو أدى إلى اشتداد المنافسة بين البنوك.

2- إزالة التخصيص وتبني فكرة البنك الشامل: فضلا عن كون كافة البنوك الجزائرية عمومية قبل صدور قانون 90-10 الملغى، فإنها كذلك كانت تخضع أيضا لمبدأ التخصيص¹⁵، ما جعل المنافسة بينها شبه معدومة، وإن كان قانون المالية لسنة 1971 قد نزع فكرة تخصص البنوك، إلا أنه في المقابل منح الخزينة العمومية صلاحيات واسعة في توجيه الائتمان وتمويل الاستثمارات المخططة، كما أن تحديد سعر الفائدة و مختلف العملات المستحقة للبنوك عن عملية القرض كانت تحدد من طرف وزير المالية¹⁶. أما حاليا فلا وجود لفكرة التخصص البنكي، وفلا عن ذلك فإن المشرع الجزائري قد تبني فكرة البنك الشامل¹⁷، حيث لم يعد نشاط البنوك ينحصر في تمويل قطاعات اقتصادية دون أخرى، أو ممارسة العمليات المصرفية دون غيرها من العمليات، بل تعداه ليشمل عمليات أخرى كثيرة يصعب حصرها كالمساهمات وتقديم الاستشارات، و التسيير المالي والهندسة المالية وغيرها من الخدمات المالية المتنوعة¹⁸.

3- التنوع في مكونات الجهاز البنكي: شهد الجهاز البنكي¹⁹ الجزائري تنوعا في مكوناته اثر فتح النشاط البنكي للخواص، فبعدها كانت البنوك العمومية هي السائدة في الساحة المصرفية، ظهرت أنواع جديدة من البنوك يختلف بعضها عن بعض من حيث الإمكانات والوسائل، وكذا من حيث الخدمات التي تقدمها، فإلى جانب البنوك العمومية أنشأت بنوك خاصة وطنية وأجنبية، وكذلك ظهر ما يعرف بالبنوك الإسلامية²⁰ والبنوك الالكترونية، وكل بنك من هذه البنوك يسعى إلى توسيع نشاطه وتعظيم أرباحه والاستحواذ على أكبر حصة من السوق.

المحور الثاني

مدى خضوع النشاط البنكي لرقابة مجلس المنافسة.

تدخل عمليات البنوك ضمن النشاطات المنصوص عليها في المادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم²¹، وعليه فهي تخضع مبدئيا لرقابة مجلس المنافسة. غير أنه بالنظر، إلى أحكام قانون النقد والقرض والأنظمة الصادرة تطبيقا له، نلاحظ وجود عدة معوقات قانونية تحول دون تدخل مجلس المنافسة لضبط النشاط البنكي (

ثانياً)، ولبيان هذه المعوقات وتوضيحها لابد من بيان صور تدخل مجلس المنافسة لضبط مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي (أولاً) على اعتبار أن القطاع البنكي يعد واحد من هذه القطاعات.

أولاً: صور تدخل مجلس المنافسة لضبط قطاعات النشاط الاقتصادي.

إن مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة ذات اختصاص عام تسهر على ضمان حسن سير المنافسة، قد أنيط به التدخل في شتى قطاعات النشاط الاقتصادي لصد الممارسات المقيدة للمنافسة²² و التجميعات الاقتصادية الماسة بها، ولأجل ذلك زود بصلاحيات واسعة تظهر من خلال صور تدخله في شتى قطاعات النشاط الاقتصادي، والتي تأخذ صورتين أساسيتين: تدخل مسبق، وتدخل لاحق²³.

1- التدخل المسبق لمجلس المنافسة: يظهر التدخل المسبق لمجلس المنافسة

بغرض ضبط قطاعات النشاطات الاقتصادية، من خلال ما يتمتع به من صلاحيات نص عليها قانون المنافسة والتي تعتبر بمثابة رقابة قبلية، والمتمثلة أساساً في الصلاحيات الاستشارية، حيث يبدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة متى طلبت منه الحكومة ذلك، كما يمكن أن تستشير الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلكين، كما يمكن للجهات القضائية أن تطلب رأي مجلس المنافسة عند معالجتها لقضايا متصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، وفضلاً عما تقدم فإن لمجلس المنافسة أن يبدي أي اقتراح في مجال المنافسة²⁴.

إذا كان ما تقدم ذكره من استشارات، غير ملزمة سواء من حيث المبادرة بها أو الأخذ برأي مجلس المنافسة في حال استشارته، فإن مجلس المنافسة يستشار وجوباً في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة، أو في حالة اتخاذ تدابير من شأنها إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاط ما، أو دخول سوق ما إلى قيود من ناحية الكم، وكذلك عند وضع رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات، أو فرض شروط خاصة لممارسة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، أو تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع²⁵.

2- التدخل اللاحق لمجلس المنافسة: يظهر التدخل اللاحق لمجلس المنافسة من

خلال ممارسته لصلاحياته التنازعية والقمعية، فمجلس المنافسة وإن كان لا يختص بالنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن الممارسات المقيدة للمنافسة أو إبطال

الاتفاقات والعقود المبرمة بين المؤسسات الاقتصادية، لأن ذلك من اختصاص القضاء²⁶، إلا أنه ومع ذلك يتمتع بصلاحيات تنازعية وقمعية واسعة خوله اياها المشرع، حيث أن مجلس المنافسة يملك صلاحية النظر في القضايا التي تدخل في مجال اختصاصه، سواء من تلقاء نفسه أو بإخطار من الوزير المكلف بالتجارة أو بإخطار من المؤسسات والجماعات المحلية والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلكين²⁷، كما يملك مجلس المنافسة صلاحية القيام بكل تحقيق أو خبرة حول القضايا التي تدخل ضمن اختصاصه أو طلب القيام بها من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية²⁸. وإضافة إلى ما تقدم فإن مجلس المنافسة يملك صلاحية توقيع عقوبات مالية على المؤسسات التي تثبت التحقيقات أنها قامت بممارسات مقيدة للمنافسة، وكذلك تقرير غرامات تهديدية على المؤسسات التي لم تحترم الأوامر والاجراءات المؤقتة التي يتخذها المجلس²⁹.

ثانيا: معوقات خضوع المنافسة البنكية لرقابة مجلس المنافسة.

لطالما كان التحريف والاخلال بالمنافسة في القطاع البنكي جليا أكثر من أي قطاع من قطاعات النشاط الاقتصادي الأخرى، كما أن السلطات العمومية لم تعمل دائما باتجاه ترقية المنافسة في المجال البنكي³⁰. وباستقراء مختلف النصوص القانونية النازمة للنشاط البنكي والنصوص ذات الصلة بها، نجد معوقات قانونية عدة تحول دون تدخل مجلس المنافسة لضبط النشاط البنكي أهمها:

1- محدودية خضوع النشاط البنكي لقواعد قانون المنافسة: تشكل عمليات

البنوك في مجموعها ما يعرف بالنشاط البنكي. و بالنظر إلى عمليات البنوك من حيث تصنيفها وشروط ممارستها من طرف البنوك في التشريع الجزائري، نلاحظ أن المشرع يميز بين نوعين من العمليات؛ عمليات مصرفية وعمليات تابعة للمهنة المصرفية.

أما العمليات المصرفية فقد حددتها و عدتها المادة 66 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، وبينت المواد 67، 68، و 69 من نفس الأمر المقصود بكل عملية وهي على التوالي: تلقي الأموال من الجمهور، عمليات القرض، وضع وسائل الدفع تحت تصرف الجمهور وإدارتها. إن ممارسة جميع العمليات المصرفية بشكل اعتيادي يعتبر مجالا محفوظا للبنوك دون غيرها من المؤسسات³¹، حيث أن المؤسسات المالية على خلاف

البنوك لا يمكنها أن تمارس بشكل اعتيادي سوى عملية واحدة من هذه العمليات والمتمثلة في منح القروض³².

أما العمليات التابعة للمهنة المصرفية فتتمثل في ما نصت عليه المواد 72، 74، و75 من الأمر 11-03 المعدل والمتمم وهي: العمليات ذات العلاقة بالنشاط البنكي، المساهمات، وعمليات أخرى³³. إن هذه العمليات على خلاف العمليات المصرفية لا يمكن للبنوك والمؤسسات المالية أن تمارسها بشكل اعتيادي حيث أوجب المشرع لممارسة هاته العمليات توافر مجموعة من الشروط نص عليها الأمر 11-03 المعدل والمتمم وتتمثل في:

- ألا تتجاوز هذه العمليات الحدود التي يضعها مجلس النقد والقرض.
- أن تكون هذه العمليات مهما يكن من أمر محدودة الأهمية بالمقارنة بمجموع نشاطات البنك. وهنا تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان مجلس النقد والقرض هو من يرخص بممارسة هذه العمليات، فإنه لا الأمر 11/03 ولا النصوص الصادرة تطبيقا له قد بينت المعيار المعتمد في تقدير أهمية هذه العمليات مقارنة بمجموع نشاطات البنك.
- ألا تمنع ممارسة هذه النشاطات المنافسة أو تحد منها أو تحرفها³⁴، وهو الشرط الذي لم يوجبه المشرع لممارسة العمليات المصرفية.

إن ما تقدم ذكره من شروط، تظهر محدودية خضوع النشاط البنكي لقواعد قانون المنافسة. ولعل السبب في ذلك هو، أن تعاطي العمليات المصرفية بشكل اعتيادي حكر على البنوك والمؤسسات المالية³⁵ في حين أن العمليات التابعة للمهنة المصرفية لا تخضع لمبدأ الاحتكار، لأنها تمارس بشكل اعتيادي من قبل مؤسسات أخرى من غير البنوك، وهذه المؤسسات قد لا ترقى إلى مستوى البنوك من حيث الإمكانيات المالية والمادية، لذلك ومن أجل حمايتها، ألزم المشرع البنوك لدى ممارستها لهذه العمليات بعدم المساس بالمنافسة أو تقييدها.

2- خضوع النشاط البنكي لتنظيم خاص ورقابة مشددة: يتضح من خلال الأمر

11-03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية الصادرة تطبيقا له، أن العديد من صور الممارسات المقيدة للمنافسة³⁶ بمفهوم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، تخضع في المجال البنكي للأنظمة التي يصدرها مجلس النقد والقرض وكذلك هو الحال بالنسبة للتجميعات الاقتصادية.

فيما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة، فإن العديد من هذه الصور في المجال البنكي لا تخضع لمبدأ المنافسة الحرة وقوى السوق ورقابة مجلس المنافسة بقدر خضوعها لرقابة البنك المركزي واللجنة المصرفية والأنظمة التي يصدرها مجلس النقد والقرض، حيث يتمتع هذا الأخير بصلاحيات واسعة في تنظيم نشاط البنوك، إذ يؤول إليه الاختصاص بتحديد شروط اعتماد البنوك وفروع البنوك، وكذا شروط إقامة شبكاتها وشروط فتح مكاتب تمثيل البنوك الأجنبية. وفضلا عن كونه المحدد لهذه الشروط فإنه كذلك المختص بالترخيص بفتح البنوك وفروع البنوك ومكاتب التمثيل وتعديل قوانينها الأساسية³⁷. هذا وإذا كان للبنوك الحرية في تحديد نسب الفوائد التي تمنحها لقاء ما تتلقاه من ودائع وما تتقاضاه لقاء القروض التي تمنحها للغير، فإن تسقيف معدلات الفائدة هو من اختصاص بنك الجزائر طبقا للمادة 09 من النظام رقم 01-13 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية³⁸، وأكثر من ذلك فإن عرض البنوك لأي منتج جديد في السوق البنكية يستوجب الحصول على ترخيص مسبق بذلك من بنك الجزائر وكذلك هو الحال بالنسبة لوسائل الدفع.

أما فيما يتعلق بالتجميعات المصرفية (البنكية)، فالأصل أن تخضع البنوك باعتبارها شركات مساهمة لذات الأحكام النازمة لاندماج شركات المساهمة، والذي يجد أساسه القانوني في نصوص القانون التجاري³⁹، الذي نص على مشروعية الاندماج والانفصال، وأخذ المساهمات في شركات أخرى⁴⁰. غير أنه وبالرجوع إلى الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم نجد أن الرقابة على الاندماج البنكي كصورة من صور التجميعات الاقتصادية يكتنفه الغموض، خاصة في مرحلة التأسيس. فإذا كان قانون المنافسة يخضع إنشاء كل تجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة أو كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة لترخيص مسبق من مجلس المنافسة⁴¹، فإن قانون النقد والقرض هو الآخر يخضع تأسيس كل بنك خاضع للقانون الجزائري لوجوب الترخيص المسبق من مجلس النقد والقرض⁴²، والتجميع البنكي عن طريق الاندماج يجب لتحقيقه كما هو الحال بالنسبة للبنوك، استيفاء شروط واجراءات التأسيس. ويزداد الأمر تعقيدا إذا ما علمنا أن اندماج الشركات في القانون التجاري الجزائري يمكن أن يتم في صور مختلفة⁴³، فقد يتم الاندماج بطريق بالضم، أو المزج، أو الانفصال.

3- غياب ضبط دقيق لعلاقة مجلس المنافسة بسلطات الضبط المصرفية: من

خلال ما تقدم يتضح جليا، أن خضوع النشاط البنكي لقواعد قانون المنافسة هو خضوع نسبي، حيث أن العديد من الممارسات التي تعتبر مقيدة للمنافسة تخضع في المجال البنكي للأنظمة التي يصدرها مجلس النقد والقرض وكذلك هو الحال بالنسبة للتجميعات الاقتصادية.

إن القول بما تقدم لا يعني إخراج المنافسة البنكية من مجال اختصاص مجلس المنافسة، وعدم ممارسة هذا الأخير سلطاته في هذا المجال، طالما أنه لا يوجد إطار قانوني يضبط بدقة العلاقة بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط المصرفية خاصة منها مجلس النقد والقرض و اللجنة المصرفية، فالمشرع الجزائري على خلاف بعض التشريعات المقارنة⁴⁴، لم يضع حدودا فاصلة بين مجال اختصاص مجلس المنافسة ومجال اختصاص سلطات الضبط المصرفية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض وحتى الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض عاجزة عن احتواء جميع صور الممارسات التي يمكن أن تقيد المنافسة أو تعرقها في المجال البنكي.

إن الوقوف على طبيعة العلاقة بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط المصرفية تقتضي الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لمهام وصلاحيات هذه السلطات⁴⁵، والمتمثلة أساسا في قانون المنافسة وقانون النقد والقرض وكذا النصوص التطبيقية لهذا الأخير.

بالرجوع إلى الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتم، نجد أنه تضمن نصوصا تعنى بضبط العلاقة بين مجلس المنافسة وباقي سلطات الضبط الاقتصادية بوجه عام، حيث نصت المادة 39 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والمعدلة بالمادة 21 من القانون 08-12 على أنه: "عندما ترفع قضية أمام مجلس المنافسة حول ممارسة تتعلق بقطاع نشاط يكون تحت مراقبة سلطة ضبط، فإن مجلس المنافسة يرسل نسخة من الملف إلى السلطة المعنية لإبداء الرأي .

يقوم مجلس المنافسة، في إطار مهامه، بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط"، كما نصت المادة 2/34 من نفس الأمر على أنه: "يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو يستمع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات"، ومن خلال هاتين المادتين يتضح أن المشرع قد تظن لضبط العلاقة بين مجلس

المنافسة وباقي سلطات الضبط، غير أنه لم يورد نصا يلزم سلطات الضبط القطاعية بالتعاون وتبادل المعلومات والتشاور مع مجلس المنافسة.

أما الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، فلم يتضمن أية قواعد ناظمة للعلاقة ما بين سلطات الضبط المصرفية ومجلس المنافسة، وكذلك هو الحال بالنسبة للأنظمة الصادرة تطبيقا له عن مجلس النقد والقرض. وأكثر من ذلك جاء الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم شبه خال من القواعد القانونية التي تلزم البنوك بالامتثال لقواعد قانون المنافسة، ما عدا ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 75 التي نصت، على أن ممارسة العمليات التابعة للمهنة المصرفية ينبغي ألا تمنع المنافسة أو تحد منها أو تحرفها، والمادة 129 منه التي نصت على حظر كل عملية صرف أو تحويل أموال إلى الخارج قد تؤدي إلى أحداث وضع في الجزائر يتسم بطابع الاحتكار أو الكارتل أو التحالف، وكذلك المادة 96 التي ورد فيها أن تحفيز المنافسة ومحاربة العراقيل التي تعترض المنافسة هي إحدى مهام جمعية المصرفيين الجزائريين.

الخاتمة:

وفي الأخير نصل إلى القول، أن النشاط البنكي يعتبر مجالا خصبا للمنافسة كغيره من النشاطات الاقتصادية الأخرى، سواء على المستوى العالمي أو الوطني، وأن المنافسة بين البنوك الجزائرية قد زادت حدتها منذ أواخر ثمانينيات القرن الماضي إلى وقتنا الحالي بسبب إزالة احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي وفتح أسواقها أمام الخواص والأجانب، كنتيجة لتبنيها الرأسمالية كنظام اقتصادي مقابل التخلي عن الاشتراكية.

هذا الوضع جعل المشرع الجزائري يحاول مواكبة التطورات الاقتصادية والمصرفية العالمية، بأن استحدث مجلس المنافسة لضمان حسن سير المنافسة حيث تعد هذه الأخيرة مبدأ جوهرية في القطاع البنكي كباقي القطاعات الاقتصادية الأخرى. غير أن النصوص القانونية الناظمة لصلاحيات مجلس المنافسة من جهة وصلاحيات سلطات الضبط المصرفية من جهة أخرى كشفت عن قصورها في تحقيق تكامل وظيفي في ما بين هذه السلطات.

إن حماية المنافسة بين البنوك الجزائرية وضمان حسن سيرها، صار يشكل أكثر من ضرورة وهذا لا يتأتى دون إزالة الغموض القائم حول مدى خضوع النشاط البنكي لقواعد قانون المنافسة من جهة، و وضع إطار قانوني يضبط بدقة العلاقة بين مجلس المنافسة كسلطة ضبط ذات اختصاص عام و بين سلطات الضبط المصرفية من جهة ثانية.

الهوامش:

- (1) - ظهرت ملامح هذا التوجه بصور القانون 88-01، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية (الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 1988)، ثم صدرت بعد ذلك عديد النصوص القانونية المكرسة لهذا المبدأ، إلى غاية تكريسه دستوريا بموجب دستور 1996 (الجريدة الرسمية عدد 76 لسنة 1996).
- (2) - أول قانون خاص بالمنافسة هو الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 16، صادرة في 18 افريل 1995، (ملغى).
- (3) - استحدث مجلس المنافسة أول مرة في الجزائر بموجب الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة، دون تعريفه أو تحديد طبيعته القانونية، ويصدر الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتم نصت المادة 23 منه على أن: " تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص " مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي"، وقد عدلت هذه المادة بموجب القانون 08-12 وصيغت على نحو يقطع كل شك حول الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة حيث جاء فيها: " تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص " مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة ".
- (4) - حسن محمد محمد بودي: حرية المنافسة التجارية وضرورة حمايتها من الممارسات الاحتكارية " دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية مطابع شتات، القاهرة، 2011، ص. 07.
- (5) - تعريف آدم سميث
- نقلا عن: بوخلالة سهام، " المنافسة البنكية في الجزائر في ظل الإصلاحات الاقتصادية بعد 1990، دراسة حالة عينة من البنوك التجارية"، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير)، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، السنة الجامعية 2005/2006، ص. 28.
- (6) - محمد سمير أحمد: الجودة الشاملة وتحقيق الرقابة في البنوك التجارية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009، ص. 139.
- (7) - عمار بو زعور: السياسة النقدية وأثرها على المتغيرات الاقتصادية الكلية - حالة الجزائر -، الطبعة الأولى، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص. 75.
- (8) - بوخلالة سهام، المرجع السابق، ص. 31.
- (9) - محمد أحمد عبد النبي: الرقابة المصرفية، الطبعة الأولى، زمزم ناشرون وموزعون، عمان، 2010، ص. 22.

- (10)- تقوم هذه الفكرة على دمج الكيانات التي تعاني عدم القدرة على المنافسة مع كيانات أخرى قادرة على الاستمرار، لتشكيل كيان جديد له قدرة تنافسية أكبر، واجتتاب الآثار السلبية لحل الكيان المتعثر.
- هبال عادل، "اشكالية القروض المصرفية المتعثرة"، (مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، " تخصص تحليل اقتصادي ")، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 03، 2011، ص. 101.
- (11)- بوخلالة سهام، المرجع سابق، ص. 32.
- (12)- محمد أحمد عبد النبي: المرجع سابق، ص. 31.
- (13)- قانون رقم 90 - 10، مؤرخ في 14 ابريل 1990، يتعلق بالنقد والقروض، ج ر عدد 16 صادرة في 18 ابريل 1990.
- (14)- مؤرخ في غشت 2003، يتعلق بالنقد والقروض المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 52، صادرة في 27 غشت 2003.
- (15)- يقصد بمبدأ التخصص أن يقوم البنك بممارسة مجموعة من العمليات، وتمويل قطاعات معينة دون أخرى.
- (16)- محفوظ لعشب: الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004الجزائر، ص-ص. 35-36.
- (17)- البنك الشامل هو ذلك البنك الذي لا ينحصر نشاطه في ممارسة بعض العمليات المصرفية، وإنما يمكنه ممارسة كافة عمليات البنوك.
- سامر جلدة: البنوك التجارية والتسويق المصرفي، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص. 224.
- (18)- المواد 72 إلى 75، من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقروض المعدل والمتمم.
- (19)- يقصد بالجهاز البنكي، مجموع البنوك العاملة في بلد ما، وهو جزء من النظام المالي الذي يشمل فضلا عن البنوك المؤسسات المالية والسلطات المسؤولة عن السياسة النقدية، وكذا مختلف الهيئات المكلفة بضمان السير الحسن للجهاز البنكي.
- فضيلة ملهاق: وقاية النظام البنكي الجزائري من تبييض الأموال، (دراسة على ضوء التشريعات والأنظمة القانونية سارية المفعول)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2013، ص. 24.
- (20)- يعتبر بنك البركة أول بنك اسلامي في الجزائر، وقد أسس هذا البنك بتاريخ 6 ديسمبر 1990 بالاكنتاب في رأس مال البنك بنسبة 49 % من بنك البركة الدولي، و 51 % من بنك الفلاحة والتنمية الريفية.
- (21)- أمر رقم 03 - 03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، عدد 43، مؤرخة في 20 - 07 - 2003.
- (22)- تتمثل الممارسات المقيدة للمنافسة في ما نصت عليه المادة 14 من الأمر 03 - 03، المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم وهي: الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات التي يمكن أن تعرقل حرية المنافسة أو

تحد منها أو تخل بها، التعسف في وضعية الهيمنة، عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها، التعسف في استغلال وضعية التبعية، عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي.

(23) - عدنان فارس: " العلاقة الوظيفية بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط الأخرى"، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، يومي 23 و 24 ماي 2007.

(24) - المادة 35، 36، و 38 الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

(25) - المادة 36، الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

(26) - المادة 48، الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

(27) - المادة 44، الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

(28) - المادة 34 والمادة 37، الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

(29) - المواد 56 إلى 62، الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

30) GAVALD Christian – STOUFFLET Jean, Droit bancaire " Institutions- Comptes- Opérations- Services", édition Lexis Nexis, Paris, 2010, p 145.

(31) - أجاز المشرع الجزائري بموجب الأمر لبعض المؤسسات من غير البنوك تعاطي بعض العمليات المصرفية، تحقيقا لأهداف اجتماعية، واقتصادية، المواد 77 إلى 97 الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض المعدل والمتمم.

(32) - المادة 70 و المادة 71 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.

(33) - يقصد "عمليات أخرى" ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 75 من الأمر 11/03 المعدل والمتمم، حيث أجاز المشرع للبنوك والمؤسسات المالية ممارسة عمليات من غير العمليات المصرفية و العمليات التابعة لنشاطها، وكذا المساهمات، غير أن الملفت للانتباه هو أن المشرع لم يحدد هذه العمليات ومضمونها.

(34) - الفقرة 02، المادة 75، الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.

(35) - المادة 76، الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.

(36) - عدد المشرع من خلال مواد الأمر رقم 03-11 المتعلق بالمنافسة صورا لكل ممارسة مقيدة للمنافسة، وقد جاء هذا التعداد على سبيل التمثيل لا الحصر حيث أن كل صورة من صور الممارسات المقيدة للمنافسة يمكن أن تضم بدايتها عدة صور أخرى يصعب حصرها، وقد نصت على هذه الصور المواد 6، 7، 10، 11، و 12 من الأمر 11/03 المعدل والمتمم.

(37) - المادة 62، الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.

(38) - نظام رقم 01-13، مؤرخ في 08 ابريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

(39) - أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر عدد 101.

(40) - تضمنت المواد من 744 إلى 748 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري الأحكام العامة لاندماج شركات المساهمة أما المواد من 749 إلى 762 منه فتضمنت شروط وإجراءات الاندماج.

- (41) - المواد 17، 18، و 19، الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتم.
- (42) - المواد 82 و 94، الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.
- (43) - بن حملة سامي، "مفهوم اندماج الشركات التجارية في القانون التجاري"، (مجلة العلوم الانسانية)، العدد 28، جامعة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2007، ص - ص. 251-252.
- (44) - نخص بالذكر في هذا المجال التشريع الفرنسي، الذي منح الاختصاص بالنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة ووضعيات التعسف والهيمنة في المجال البنكي لمجلس المنافسة سواء تعلق الأمر بالعمليات المصرفية أو بالعمليات التابعة للمهنة المصرفية، بعدما كان هذا الاختصاص يؤول للجنة المصرفية، غير أنه في المقابل أبقى على الغموض القائم حول الاختصاص بمراقبة التجميعات البنكية.
- GAVALDA Christian – STOUFFLET Jean, op.cit., pp.145-146.
- (45) - عدنان فارس: " العلاقة الوظيفية بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط الأخرى"، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، مرجع سابق.

تسيير المرفق العام في القانون الجزائري

طالبة الدكتوراه: صبرينة عصام

طالبة دكتوراه، قسم الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر

ملخص:

لقد أفرزت الأزمة التي عرفها المرفق العام عجز الدولة عن تسيير مختلف المرافق العمومية الموجودة فيها بسبب تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية في البلدان الرأسمالية. أمر أقر ضرورة البحث عن أسلوب آخر لتسيير المرافق العمومية من خلال اعتماد آلية تعاقدية وهي تفويض المرفق العام والذي أثبتت التجربة نجاحه في تحقيق أهداف المرفق العام.

Résume :

La crise qu'a connue le service public a démontré l'incapacité de l'Etat à gérer tous les différents services publics existants en raison du développement de la vie économique dans les pays capitalistes, ce qui a incité à la recherche d'un autre mode de gestion des services publics à travers le mécanisme contractuel, mais sous une autre forme, laquelle est la délégation de service public.

مقدمة:

عرف المرفق العام في الجزائر قبل التسعينات أسلوبين للتسيير وهما: أسلوب التسيير المباشر وأسلوب المؤسسة العمومية. لكن نظرا لتطور الحاجيات العامة وتجدها وزيادة التكلفة المالية التي يتطلبها تسيير المرفق لتبقيتها، أثبت التسيير العمومي عجزه عن تسييره لذلك استدعي على الدولة البحث عن أسلوب أكثر فعالية في التسيير، والتي من شأنها توفير الخدمة العامة والحفاظ على طبيعة المرفق العام وكذا تخفيف العبء على خزينة الدولة، خاصة في ظل التحولات الجديدة التي فرضها النظام المتبع بعد 1989.

أمر دفع بالمشروع إلى تبني أسلوب أخرى لتسيير المرافق العمومية يتمثل في أسلوب ليبرالي يسمح للخواص بالمشاركة في تسيير المرفق العام بهدف تحقيق المردودية الإنتاجية والاقتصادية وكذلك لتعبير عن مفهوم الجديد لدولة. بموجبه تحتفظ الدولة في هذا الأسلوب الحديث بسلطة الرقابة علي تسيير المرفق العام ورعايتها للخدمة العمومية معا ويتجسد هذا الأسلوب في تفويض المرفق العام. وهو ما تجلى في إصدار مختلف القوانين المنظمة للمرفق العام و المتمثلة في قانون البلدية¹ و قانون المياه² و قانون الولاية³، أخير تنظيم الصفقات العمومية⁴. لذا لابد من التساؤل حول مدى تدخل المشرع الجزائري لتبني أساليب لتسيير المرفق العام مراعي التطورات التي عرفتتها الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة الجزائرية؟

إجابة علي الإشكال المطروح يستدعي بداية إبراز طبيعة الأساليب التقليدية المعتمدة من طرف المشرع الجزائري لغرض تسيير المرافق العامة (المبحث الأول) واعتماده لأسلوب تفويض المرفق العام لتسيير المرفق العام (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأساليب التقليدية للتسيير المرافق العامة

المرفق العام هو ذلك النشاط الذي يهدف إلي تحقيق الصالح العام للمواطنين، فهو من حيث التسيير يخضع كأصل لإدارة الدولة أو إحدى هيئاتها من خلال تدخلها المباشر لتسيير المرافق العامة لكن في ظل تزايد دور الدولة و مجال تدخلها لجأت الجزائر لتسيير المرافق العامة عن طريق إنشاء المؤسسة العمومية كما لجأت الدولة إلي إدارة المرفق العام عبر الأفراد عن طريق منح امتياز وهي الأسلوب المعروف بامتياز المرفق العام (المطلب الأول) إلا أن هذا التكريس من الناحية القانونية يستدعي تطبيقه عمليا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التكريس القانوني لأساليب التسيير التقليدي لمرفق العام:

كرس المشرع الجزائري منذ الاستقلال مجموعة من الأساليب لتسيير المرفق العام بحيث اعتمد بداية أسلوب التسيير العمومي (الفرع الأول) كما كرس أسلوب تقليديا آخر لإدارة المرافق العامة وهو أسلوب الامتياز الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اعتماد أسلوب التسيير العمومي أولا: في بداية التفكير في تسيير المرفق العام في الجزائر، تم تبني التسيير العمومي الذي يعتبر من الأساليب التقليدية من حيث الاعتماد الأسلوب المباشر (أولا) أو بواسطة المؤسسات العمومية (ثانيا).

أولا: الاستغلال المباشر لتسيير المرفق العام: يقصد بالتسيير المباشر للمرفق العام أن تقوم الإدارة بنفسها بتشغيل المرفق بأساليب القانون العام مستخدمة في ذلك أموالها وموظفيها، سواء كانت الإدارة مركزية أو محلية علي أساس أن المرفق العام لا يملك استقلالية مالية ولا شخصية معنوية ولا جهاز تسيير خاص به ⁵.

علي هذا الأساس فالموظفون العاملون في هذه المرافق هم موظفون عموميين يخضعون فيما يتعلق بتعيينهم و تحديد مرتباتهم واختصاصاتهم لقانون الوظيفي العمومي. كما أن أموال هذه المرافق هي أموال عامة والقرارات التي تصدرها قرارات إدارية والعقود التي يبرمونها عقود إداري تتضمن شروط غير مألوفة في العقود المدنية ⁶.

ويرجع السبب في ذلك إلي أهمية هذه المرافق وارتباطها بالدور الأساسي للدولة وعدم إمكانية ترك إدارتها لأفراد. كما أن الأفراد لا يرغبون في مشاركة الإدارة هذه المرافق نظرا لكونها مرافق غير مربحة وإنما تتميز بطابع المجانية ⁷. ويتم تسيير هذه المرافق العامة إما:

1- بواسطة الدولة: إن تسيير المرافق العمومية عن طريق الدولة يكون عن طريق الوزارات أو مصالحها الخارجية كونها مرافق ذات طابع وطني يمتد ممارسة نشاطها على كامل التراب الوطني وتقدم خدمة عامة لجميع سكان الدولة. لذلك تحرص الدولة علي أن يكون الإشراف عليها بصفة مباشرة ⁸. فهذه المرافق الوطنية الذات الطابع الاستراتيجي وذات الطابع السيادي تسييرها الدولة لا يمكن لها أن تتخلي عنها مهما كان عبئها المالي لأنها تمس بسيادة الدولة وأهم هذه المرافق الوطنية التي تدار بأسلوب التسيير المباشر هي مرفق الدفاع ومرفق الأمن.

2- الجماعات الإقليمية: إن تسيير الجماعات الإقليمية للمرافق العامة جاءت من منطلق سد حاجات مشتركة ومنافع معينة لسكان إقليم معين. ويتجسد التسيير المباشر على المستوى المحلي وعلى سبيل المثال في خدمات الحالة المدنية، إذ نجد أن البلدية بنفسها

تقوم بتسيير هذا المرفق ولا تستطيع التخلي عنه للأفراد. كما تستخدم البلديات التسيير المباشر كأسلوب لتسيير عدد من المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري⁹. وقد تطرق المشرع لهذا الأسلوب في قانون البلدية بموجب نص المادة 151 التي تنص على أنه : **« يمكن للبلدية أن تستغل مصالحها العمومية عن طريق الاستغلال المباشر، تقيد إرادات و نفقات الاستغلال المباشر في ميزانية البلدية، يتولى تنفيذها أمين خزانة البلدية طبقا لقواعد المحاسبة العمومية »**. وتضيف المادة 150 فقرة 2 منه: **« ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض »**. يتضح من هذه المادة أن المشرع يعطي مكانة أولية ومفضلة لأسلوب الامتياز والتفويض مقارنة بالأساليب الأخرى لتسيير المصالح العمومية البلدية¹⁰. كما أن قانون الولاية الجديد يكرس أهمية معتبرة لهذا الأسلوب، إذ يعتبره من الأساليب الهامة لتسيير المصالح الولائية وذلك وفق لنص المادة 142 من قانون الولاية 11/07/11.

ثانيا: تسيير المرافق العامة عن طريق المؤسسات العمومية: عرفت الدولة الجزائرية هذا الأسلوب لتسيير المرافق العامة في إطار الإيديولوجية الاشتراكية الذي انتهجته الدولة بعد الاستقلال. لذلك قامت الدولة بإنشاء مؤسسات عمومية خول لها المشرع سلطة تسيير المرافق العامة ومنحها نوعا من المرونة من خلال أنظمتها القانونية لغرض تحسين الخدمة العمومية. وقد اعتبر في وقت ما من أكثر الأساليب شيوعا في تسيير المرافق العامة وذلك نظرا لأهميتها، إذا أن هناك الكثير من المرافق العامة في الجزائر تسيير عن طريق المؤسسات العامة.

والمؤسسات العمومية المعنية هي إحدى أشخاص القانون العام تنشأها الدولة أو الجماعات الإقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتعتبر قراراتها قرارات إدارية. ويترتب على تمتع المؤسسة بالاستقلالية¹² تمتعها بذمة مالية مستقلة واكتسابها لحق التقاضي وحق التعاقد دون الحصول على رخصة مع تحملها لنتائج أعمالها والأفعال الضارة التي تلحق بالغير¹³. ومن أمثلة ذلك الجامعة التي تعتبر مؤسسة عمومية خولت لها السلطة العامة مهمة التكوين في مجال التعليم العالي. كذلك الشركة الوطنية لنقل بالسكك الحديدية التي هي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري هدفها تسيير مرفق النقل بالسكك الحديدية من خلال استغلال شبكة السكة الحديدية والتي تعتبر من المنشأة العمومية وبالرجوع إلي القانون الأساسي لشركة الوطنية لنقل بالسكة الحديدية نجد أن المشرع حدد مجال تدخل هذه المؤسسة وذلك بكل دقة ولا يمكن الخروج عنها¹⁴.¹⁵ كما أن هذه

المؤسسات العامة تحض للوصاية مثل ما هو مقرر في المادة 1 من المرسوم التنفيذي 391/90 المتعلق بتغيير الطبيعة القانونية للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية «و توضع الشركة تحت وصاية الوزير المكلف بالنقل»¹⁶.

الفرع الثاني: أسلوب الامتياز الإداري: استعمل الامتياز الإداري في الجزائر بعد الاستقلال مع سياسة التأميمات المنتهجة آنذاك. وذلك لربط العلاقة التعاقدية بين الدولة والمؤسسات العمومية من جهة وبين الدولة والجماعات الإقليمية من جهة أخرى. ويعرف امتياز المرفق العام بأنه العقد أو الاتفاق الذي تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة. ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك. في مقابل القيام بهذه الخدمة يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق مثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأشخاص الخاص استغلال خدمات توزيع المياه، أو تعهد استغلال ميناء¹⁷.

نص المشرع الجزائري على هذا الأسلوب من خلال المادة 155 من قانون البلدية التي تنص: «يمكن المصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه إن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول، يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم»¹⁸. أيضا نص المادة 149 من قانون الولاية: «إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق التنظيم الاستغلال المباشر أو المؤسسة، فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز». يتضح من خلال المادتين أن المشرع الجزائري في قانون البلدية كرس هذا الأسلوب وأعطى له نفس مكانة الأساليب الأخرى بمنح السلطة التقديرية للبلدية في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسب لتسيير المصالح العمومية البلدية. وهذا عكس القانون القديم الذي اعتبر الامتياز من الأساليب الاستثنائية التي تلجأ إليها في تسيير مرفق العام البلدي. في حين في قانون الولاية نجد أن المشرع مازال متمسك بالأساليب التقليدية لتسيير المرافق الولائية والذي اعتبرها من الأساليب الأصل لتسييرها في حين اعتبر أسلوب الامتياز من الأساليب الاستثنائية الذي تلجأ إليه الإدارة لتسيير المصالح العمومية الولائية وهذا وفق لنص المادة امن ضرورة توافر مجموعة من الشروط وهي: تعذر إدارة تسيير المرفق العام

بإحدى أساليب التسيير المباشرة مع ضرورة حصول المؤسسة العامة على رخصة من قبل المجلس الشعبي الولائي.¹⁹

مع الإشارة أن التعليلة الوزارية رقم 94-842/3 المتعلقة بامتنياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها منحت أهمية كبيرة وأولية للامتنياز كأسلوب لتسيير المرافق المحلية. حيث نظمت الامتنياز بدقة أكثر مقارنة بالقوانين الأخرى التي تناولت هذا الأسلوب وهذا من حيث الإجراءات والشروط حقوق كذا واجبات أطراف هذا الأسلوب، كما جعلته محدد المدة إضافة إلى كل هذا نظمت كذلك طرق اختيار صاحب الامتنياز.²⁰

المطلب الثاني: تقييم الأساليب التقليدية في تسيير المرفق العام.

أثبت التسيير العمومي عجزه في تحقيق المردودية الاجتماعية في تسيير مختلف المرافق العمومية في الجزائر خاصة بعد تبني الجزائر لنظام اقتصاد السوق وتنمي حاجات المواطنين سواء من خلال التسيير المباشر أو عن طريق المؤسسات العمومية (الفرع الأول) في حين اثبت أسلوب الامتنياز الإداري نوعا من النجاح في تسيير المرافق العامة في الجزائر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عجز التسيير العمومي: نتيجة تطور حجم تدخل الدولة وزيادة المرافق العامة وعدم البحث عن المردودية الاقتصادية جعل من الدولة مسير فاشل لمختلف المرافق العامة كما اثبت (أولا) كذلك التسيير عن طريق المؤسسات العمومية للمرفق العام محدوديته (ثانيا).

أولا: عجز الاستغلال المباشر لتسيير المرافق العامة: نظرا لتطور حجم تدخل الدولة وزيادة المرافق العامة وعدم البحث عن المردودية المالية والاقتصادية جعل من الدولة مسير فاشل للمرفق العام باعتبار أن هدفها الوحيد هو البحث عن المردودية الاجتماعية وترك المردودية الاقتصادية. لذا نجد أن هذا الأسلوب لا يتماشى وطبيعة المرافق الاقتصادية وذلك لما يترتب عليه من خضوع لعوائق إدارية ومالية. فقواعد المالية العامة تمنع المرفق العام المسيرة عن طريق الاستغلال المباشر من الاحتفاظ بإدارتها مع خضوعها للقواعد المحاسبة العمومية. كل هذه الأمور تتناقض مع المرافق ذات الطابع الاقتصادي لذا يجعل من هذا التسيير للمرفق العام غير فعال.

أيضا، ونظرا لعدم مواكبة المرفق العام للتطور الذي تعرفه المرافق العامة مثل المبادئ الحديثة كالشفافية والمردودية ونوعية الخدمة إضافة إلى عدم مساهمته لمبدأ حرية الصناعة والتجارة. في حين أن هذا الأسلوب يصلح لتسيير المرافق الإدارية البحتة والسيادية

نظرا لأنها لا تهدف إلى تحقيق المرودية الاقتصادية والمالية. ضف إلى ذلك النقل المالي لتسيير المباشر للمرافق العامة بحيث أن إنشاء المرافق العامة يتطلب أعباء مالية ضخمة وإن تسييرها يحتاج أموال كبيرة. كل هذا يولد ضغط كبير على ميزانية الدولة والجماعات المحلية²¹. كما أن هذا التسيير لا يولي الاهتمام من حيث توظيف إلى توظيف موظفين يتمتعون بالكفاءات اللازمة و الذين يمتازون بالتخصص في المهام والوظائف المسندة إليهم²².

ثانيا: محدودية أسلوب التسيير المرافق العامة عن طريق المؤسسات العمومية:

رغم الدور الذي تلعبه المؤسسات العمومية في تسيير المرافق العامة وتخفيضها لعبء الكبير على الدولة والجماعات المحلية ، إلا أن هذا الأسلوب في التسيير لم يقلص الأعباء المالية على الدولة. كما أن هذا الأسلوب يتميز باحتكار من قبل الدولة نظرا لخضوعه لرقابة وصائية وهذا من شأنه تمتع المرافق العامة التي تدار بهذا النوع من الأساليب بالبيروقراطية وطول الإجراءات .

كذلك رغم تكريس المشرع لهذه المؤسسات العامة باستقلالية مالية إلا أنها تتمتع بميزة التبعية بحيث هناك ارتباط وثيق بين ميزانية الدولة وميزانية المؤسسات العامة من الإعانات الموجهة للمؤسسات العامة كل هذا أدى بالمرافق العام إلى عدم قيامها بأهدافها وكذا من تحسين أداء خدمات الجمهور و لم تستطع أن تواكب التطورات²³.

الفرع الثاني: عن نجاح أسلوب الامتياز في تسيير المرفق العام: بفضل أسلوب

الامتياز تم تخفيف نوعا ما النقل على الخزينة العمومية وذلك باعتبار أن صاحب الامتياز هو الذي يتكفل بإنشاء واستغلال المرفق العام. كما ساهم أسلوب الامتياز في إدخال تقنيات حديثة للقطاع العام وتزويده بالوسائل اللازمة. وكذا التحرر من قيود الإدارة وتعقيدها والقضاء نوعا ما على إجراءات البيروقراطية والبطء الشديد في تلبية الخدمات العمومية وبالتالي تحسين نوعية الخدمة العمومية. لذلك نجد أن المشرع الجزائري تبني هذا الأسلوب في تسيير العديد من المرافق العامة وأثبتت نجاحها علي أرض الواقع في حين هناك من التجارب التي أثبتت فشلها لكن بالمقارنة بالأسلوب التسيير العمومي نجد أن هذا الأسلوب نجح نوعا ما.

ومن أهم هذه النماذج الناجحة لتسيير المرفق العام بأسلوب الامتياز نجد مرفق النقل الجوي، أين تم منح امتياز استغلال خدمات النقل الجوي لعدة شركات خاصة وهي

شركة انتينيا للطيران²⁴ شركة الخليفة للطيران²⁵ شركة ايكواير الدولية²⁶. لكن من التجارب الفاشلة في تسيير المرفق العام في هذا الإطار نجد عقد الامتياز الذي إبرام في ولاية باتنة مع شركة خاصة للإنارة العمومية. لكن العقد لم يستمر لأكثر من سنة واحدة لان تكاليف المرفق كانت مرتفعة جدا على ما كان متوقعا، ولم يستطع صاحب الامتياز تمويله، لذا تم فسخ العقد واسترداد المرفق من طرف الجماعات الإقليمية.

نظرا لما تقدم نجد أن معظم عقود الامتياز التي حاولت الجزائر تجسيدها، جعلت مدة العقد غير كافية لانجاز المشروع واستغلاله والحصول على الربح، ثم إعادة تملكه للدولة. خاصة إذا ما علمنا أن الكثير من المرافق تكون الرسوم التي تدفع مقابل الانتفاع منها رمزية لا يمكن الحصول بواسطتها على المردود المالي الذي يحقق الربح المناسب. إضافة إلى ذلك نجد أن الدولة الجزائرية متخوفة من القطاع الخاص خاصة الأجنبي الدليل على ذلك الشروط التي تتضمنها القوانين التي تنظم عقود الامتياز الإداري المتمثلة في ضمان توجد رؤوس الأموال المعني في الجزائر، وهذا الشرط لا يتوفر إلا في المستثمر الوطني. وفي المقابل نجد أن هذا الأخير لا يملك قدرات مالية وبشرية للقيام بتسيير هذه المرافق، كما أن القطاع الخاص يتخوف من إبرام الامتيازات نظرا لضخامة المشاريع و تكاليفها المرتفعة و منح وقت قصير لذلك²⁷.

المبحث الثاني: تبني تفويض المرفق كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام

في ظل المحدودية التي أظهرها تسيير المرفق العام عن طريق التسيير العمومي كان لابد من إعادة النظر في سياسة تسيير المرافق العامة في الجزائر، والتوجه نحو تبني أنجع الطرق لتسييرها بهدف ترشيد الخدمات العامة التي تقدمها المرافق العامة. ذلك تعبير عن المفهوم الجديد لدور الدولة. لذا تم تبني أسلوب تفويض المرفق العام كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام يتلاءم مع الاختيارات الجديدة للدولة (المطلب الأول) حيث أثبت هذا الأسلوب نجاحه في تسيير عدة مرافق خاصة منها ذات الطابع الصناعي والتجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس المشرع الجزائري أسلوب تفويض المرفق العام.

بعد تبني الجزائر النظام الاقتصادي المفتوح من حيث تطبيق قواعد اقتصاد السوق ازداد اهتمام المشرع بالمرافق العامة خاصة ذات الطابع الصناعي والتجاري لذا تم الانتباه إلى آلية التعاقد بواسطة تفويض تسييره إلي الغير لكن هذا الاهتمام مر بمراحل (الفرع الأول) وفق صور معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مراحل تكريس أسلوب تفويض المرفق العام: لقد تم تكريس تفويض المرفق العام كآلية لتسيير المرفق العام في الجزائر بمرحلتين مرحلة أولى تميزت بالتكريس الضمني (أولا)، ومرحلة ثانية تميزت بالتكريس الصريح (ثانيا).

أولا: مرحلة التكريس الضمني: يعتبر أسلوب تفويض المرفق العام من الأساليب الحديثة التي تبناها المشرع الجزائري مؤخرا بحيث يعود أول قانون تضمن هذا الأسلوب في التشريع الجزائري إلى قانون المياه لسنة 2005 الذي تم النص عليه في الفصل 1 من الباب السادس تحت عنوان "أحكام تتعلق بطرق تسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير، بحيث كرس له قسم الثاني تحت عنوان تفويض الخدمة العمومية و تضمن 7 مواد²⁸. لكن لم يصدر المشرع مرسوم تنفيذي يحدد كيفية الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه والتطهير إلا سنة 2010²⁹

ثانيا: التكريس الصريح: تدخل المشرع الجزائري أخيرا ليكرس صراحة هذا الأسلوب وذلك سواء على المستوى الوطني أو على المستوى المحلي. ويظهر ذلك من خلال قانون البلدية رقم 11-10 في المادة 150 فقرة الثانية والتي تنص على: «**يمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض**»³⁰. يتضح من هذه المادة أن المشرع كرس هذا الأسلوب إلى جانب الأساليب تسيير المصالح العمومية البلدية الأخرى، إذ منح السلطة التقديرية للإدارة في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسب لتسيير مصالحها العمومية. لكن يعاب على المشرع في هذا القانون انه نص على أن تفويض المرفق العام يمكن أن يكون في شكل عقد برنامج أو صفقة طلبية. لكن هذا غير صحيح لأن أشكال عقد التفويض لا تتمثل في هذه الأشكال وإنما هي أشكال أخرى وهذه الأشكال هي أشكال الصفقة العمومية³¹.

كما تدخل المشرع الجزائري أخيرا ووضع أحكاما خاصة بأسلوب تفويض المرفق العموم في الجزائر وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15³² الذي يعتبر أول نص عام في الجزائر يعرف أسلوب تفويض المرفق العام ويحدد أنواعه. بذلك نجد أن المشرع الجزائري حذ حذو التشريعات الأخرى مثل التشريع المغربي الذي ينظم هذا الأسلوب بموجب ظهير شريف رقم 54 لسنة 2005³³ وكذا المشرع التونسي الذي ينظمه بموجب القانون رقم 23 لسنة 2008³⁴ والمشرع الفرنسي الذي يعتبر المبتكر الأول لهذا الأسلوب بحيث تضمنه

حتى قبل أن يقره التشريع من خلال قانون (loi sapin 122-93)³⁵ وفيما بعد القانون رقم 2001/1168 (loi murcef) الذي أعطي تعريفا للتفويض المرفق العام³⁶.

يعرف المرسوم الرئاسي 15-247 أسلوب تفويض المرفق العام في نص المادة 207 على أنه اتفاقية يخول بموجبها شخص من القانون العام، تسيير مرفق عام بكل مسؤوليته وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر للمفوض له الذي قد يكون شخصا من القانون العام أو من القانون الخاص بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق³⁷.

وبذلك يقوم أسلوب تفويض المرفق العام على جملة من العناصر تتمثل في وجود مرفق عام لأنه محل النشاط المرفقي المراد تفويضه وكذا وجود العلاقة التعاقدية بين الإدارة المانحة التفويض والمفوض له، وضرورة أن يقوم المفوض له بجميع الأعمال الضرورية التي ترتبط بنشاط المرفق محل التفويض³⁸. كما نص هذا المرسوم الرئاسي على جملة من المبادئ التي يجب احترامها باعتباره أسلوب لتسيير المرافق العمومية وذلك وفق لنص المادة 209 وتتمثل في مبادئ الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكيف. إضافة إلى خضوعها للمبادئ التي تخضع لها الصفقات العمومية سواء احترام قواعد الشفافية والدعوة للمنافسة المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام³⁹.

الفرع الثاني: أشكال تفويض المرافق العام: نصت المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن التفويض يمكن أن يتخذ أحد الأشكال التالية وهي الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو أسلوب التسيير. كما أعطى المشرع إلى جانب هذه الأشكال إمكانية تفويض المرفق العام وفق أشكال أخرى غير تلك المذكورة في هذه المادة.

أولاً: أسلوب الامتياز: هو من أساليب التفويض المرفق العام الأكثر استعمالاً، بحيث تعهد السلطة المفوضة للمفوض له امتياز لتمويل أو إنشاء الهياكل الضرورية للمرفق العام الذي تسييره أو أن يقتصر الامتياز على استغلال المرفق العام فقط، مع ضرورة أن يؤمن المفوض له المرفق على مسؤوليته وبكل مخاطره وذلك مقابل مالي يتقاضاه مباشرة من المنتفعين.

ثانياً: أسلوب الإيجار: هو عبارة عن منح السلطة المفوضة للمستأجر اختارته تسيير أو صيانة مرفق عام. في هذا الأسلوب المستأجر لا يتحمل عمليات البناء المتعلقة بالمرفق وإنما الشخص العام هو الذي يقوم بتسليمه هذه المنشأة وعلى المستأجر بالمقابل أن يدفع مقابلاً لها على ذلك. بحيث نجد أن المقابل المالي الذي يتقاضاه المستأجر عبارة عن أتاوى

يدفعها للمنتفعين متعلقة مباشرة بنتائج الاستغلال. وهذا الأسلوب غالبا ما يستعمل من قبل البلديات من أجل إيجار موقف السيارات أو إيجار أماكن في الأسواق⁴⁰.

ثالثا: أسلوب الوكالة المحفزة: عبارة عن طريقة من طرق تسيير المرفق العام بحيث يضمن فيه المستغل استغلال المرفق ويكون له علاقة مباشرة مع المنتفعين بحيث يتولى المستغل تسيير المرفق العام لحساب السلطة المفوضة وتحت مسؤوليته مع احتفاظ السلطة المفوضة بإدارته⁴¹.

رابعا: أسلوب التسيير: يتم من خلاله منح المفوض له تسيير أو صيانة المرفق العام مع احتفاظ السلطة المفوضة بالتمويل والإدارة، أي يعمل المسير باسم ولحساب السلطة المفوضة في تسيير المرفق العام ضمن استقلالية ومسؤولية محدودة ذلك مقابل مالي جزافي ليس له ارتباط بالاستغلال المرفق بحيث لا يتحمل أرباح أو خسائر التسيير⁴².

المطلب الثاني: عن نجاح أسلوب تفويض المرفق العام لتسيير المرفق في الجزائر.
بعد تبني الجزائر لأسلوب التفويض المرفق كأسلوب حديث لتسيير المرافق العمومية أثبت نجاحه في ذلك سواء من حيث:

الفرع الأول: مبررات اللجوء لأسلوب تفويض المرفق العام: تتمثل هذه المبررات:

- التكريس الفعلي لمفهوم الدولة الجديد الذي يتمثل في انسحاب الدولة من إدارة واستغلال المرافق العامة بما يضمن تطور ورقي الخدمات التي تقدمها هذه المرافق.
- تحسين أداء المرافق العامة: باعتبار أن مميزات التفويض المرفق العام هو إشراك الخواص لتسيير المرافق العامة فيتم الاستعانة أكثر بالخواص اللذين تتوفر فيهم المؤهلات التكنولوجية والخبرانية، أي الاستعانة بالأهل الاختصاص والذي من شأنه تحسين أداء المرافق العامة في الدولة وبالتالي تحسين تلبية حاجات المواطنين وتحسين نوعية الخدمة⁴³.

- تخفيف الأعباء المالية الضخمة علي الخزينة العمومية لدولة و الجماعات المحلية في تسيير المرافق العامة وذلك باعتبار أن المفوض له هو الذي يتحمل العبء المالي لتسيير المرفق العام بكل المخاطر التي يحملها.

- البحث عن الفعالية الاقتصادية والجمع بين مزايا القطاع الخاص الذي يتميز بالسرعة والمرونة في أداء الوظائف والقطاع العام الذي يسهر على مدى احترام القطاع الخاص للمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة.

- تخفيف من كثرة القضايا المنازعات المرفوعة أمام العدالة ضد الدولة والجماعات الإقليمية المرتبطة بأساس تدخلها الغير المحدود في جميع المجالات والتي تسبب خسائر كبير للدولة⁴⁴.

-الحصول على تمويل جديد لتسيير المرافق العمومية: باعتبار أن المرافق العامة تهدف بالأساس إلي تحقيق المصلحة العامة فهي بأمس الحاجة إلى أموال طائلة لعصرنتها وتحسين الخدمات العمومية من اجل استفادة المنتفعين بها، لكن بعد ظهور عجز الدولة عن استجابة لهذه المتطلبات اضطرت إلي البحث عن بديل لتمويل هذه المرافق العمومية خارج الخزينة العمومية وذلك باعتماد أسلوب جديد يتمثل في إشراك القطاع الخاص لتأمين موارد مالية و بشرية اللازمة لتسيير المرافق العمومية أي الحصول علي إمكانيات لتغلب علي صعوبات التمويل⁴⁵.

الفرع الثاني: النموذج التطبيقي لأسلوب تفويض المرفق العام في الجزائر: من أهم التجارب الناجحة في تسيير المرفق العمومي بأسلوب التفويض في الجزائر نجد عقد تسيير المفوض لخدمات المياه لمدينة الجزائر الموقع بين الشركة الفرنسية المسماة سوز للبيئة والجزائرية للمياه والديوان الوطني لتطهير. وقد خصص لتسيير شبكة تزويد بالماء الشرب والتطهير للعاصمة والولايات المجاورة الموقع في 2005.

تم النص في الاتفاقية على أن تتكفل الشركة بمهمة إدارة وتشغيل وصيانة مرفق المياه والصرف الصحي في الجزائر العاصمة. وقد سمح هذا العقد بإنشاء شركة المياه والتطهير للجزائر العاصمة سيال والتي يحوز على أسهمها كل من الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير إلي جانب المتعامل الفرنسي سوز للبيئة. إذ يعمل الشركاء الثلاثة بضمان تموين الجزائر العاصمة بخدمات المياه والتطهير وتسيير محطة الزبائن وفق المعايير الدولية بهدف توفير الماء الشروب للمستعملين على مدار 24/24 ساعة مع تحسين خدمات التطهير بالمدينة. كما ضمن هذا العقد تحويل الخبرة من الشركة الفرنسية سوز للبيئة إلى طاقم سيال، إضافة إلى ان هذه الشراكة بتعزيز كفاءة الإطارات الجزائرية، وكذا إرساء الانضباط والجدية وتحسين مرد ودية المرفق ونظرا لنجاح هذا العقد تم تجديده مرتين الأولى في سنة 2011 والثانية في 2016 لمدة سنتين⁴⁶.

لكن هناك من التجارب التي لم تحقق نجاحا أهمها العقد تسيير بالتفويض المبرم في 2007 بين الجزائرية للمياه لولاية عنابة والمتعامل الألماني المسمى غيلسين واسر لمدة 5 سنوات ونصف من اجل ترقية نوعية الخدمة العمومية لتوزيع مياه الشرب والتطهير.

فيتعهد المتعامل الألماني حسب بنود العقد بنقل التكنولوجيا نشاطات توزيع المياه الشرب والتطهير وضمان استغلال الأمتل للثروة المائية و القضاء نهائيا عن مشكل التسريبات والعمل على ترقية توزيع مياه الشرب لكن للأسف لم يلقي هذا العقد نجاحا مقرنة بالعقد الأول لذلك تم الذي تم فسخه في 2011⁴⁷.

خاتمة:

إن المشرع الجزائري تضمن مجموعة كبير من الأساليب لتسيير المرافق العامة لكن رغم هذا التكريس الكبير نجد أنه لازال متمسك بشكل كبير بالأساليب التقليدية لتسيير المرافق العام، سواء الوطنية والمحلية وسواء الإدارية أو ذات الطابع الاقتصادي. ولم يولي أهمية كبير للأساليب الجديدة على الرغم من أن هذه الأخيرة هي التي بأمس الحاجة إليها، كونها تعتمد علي القطاع الخاص سواء من حيث التمويل أو تحمل المخاطر. وكذا تسيير وتشغيل المرافق العامة إضافة إلي ذلك هي التي تؤدي إلي تحسين الخدمة العمومية وعصرنة المرافق العامة خاصة المرافق الذات الطابع الصناعي و التجاري هذا من جهة. ومن جهة أخرى فهي التي توفر أهمية كبير للخرينة العمومية، بحيث يساعدها في تخفيف من ثقل الأعباء المالية التي يفرضها التسيير التقليدي إضافة إلي ذلك إن هذه الأساليب تخدم بشكل كبير المرافق الاقتصادية لذا على المشرع:

- 1- تفعيل دور القطاع الخاص باعتماد أسلوب التفويض المرافق العام.
- 2-إلغاء الأساليب المباشرة في تسيير المرافق الاقتصادية وتخصيص الأسلوب التفويض لها.
- 3-تأطير الأسلوب الحديث في قانون خاص به والتشجيع علي تبنيه نظرا لفعاليته مقارنة بالأساليب التقليدية، وإزالة كل الغموض في القوانين التي تضمنته.
- 4-حصر الأساليب المباشرة في المرافق الإدارية البحتة.

الهوامش:

¹ - قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37 صادر في 3 يوليو 2011.

- ² - قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 غشت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، صادر في 4 سبتمبر 2005.
- ³ - قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2011، يتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، صادر في 29 فبراير 2012.
- ⁴ - مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015.
- ⁵ - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 372.
- ⁶ - بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 350.
- ⁷ - مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2016، ص 348.
- ⁸ - سمغوني زكرياء، «المرفق العام المحلي في ظل القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية في الجزائر»، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 2، جامعة الطاهر مولاي بسعيدة، 2014، ص 372-377.
- ⁹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 21.
- ¹⁰ - قانون رقم 11-10، مرجع سابق.
- ¹¹ - قانون رقم 12-07، مرجع سابق.
- ¹² - LINOTTE didier , ROMI rphael, Droit du service public, lexis nexis , litec, Paris, 2007,p123-124.
- ¹³ - بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 351.
- ¹⁴ - قانون رقم 01-13 مؤرخ في 7 غشت 2001، يتضمن توجيه النقل البري و تنظيمه، ج ر عدد 44، صادر في 8 غشت 2001.
- ¹⁵ - محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي و الاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 35.
- ¹⁶ - مرسوم تنفيذي رقم 90-391 مؤرخ في 1 ديسمبر 1990 يتضمن تغيير الطبيعة القانونية للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية ج ر عدد 54 صادر في 11 ديسمبر 1990.
- ¹⁷ - RAHAL. «B» La concession de service public en droit algérien, revue idara, n01, 1991,p7-8.
- ¹⁸ - قانون 11-10، مرجع سابق.
- ¹⁹ - قانون 12-07 مرجع سابق .
- ²⁰ - التعليم رقم 94-3/ 842، المتعلقة بامتياز و تأجير المرافق العمومية المحلية، المؤرخة في 7 ديسمبر 1994، صادرة عن وزير الداخلية، نقلا عن بن مبارك راضية، التعليق علي التعليم 94. 3-842 المتعلقة بامتياز وتأجير، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 45-47، (غير منشورة).

²¹-بولكور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2010-2011، ص70.

²²- ضريفي نادية، مرجع سابق، ص42-55.

²³- مرجع نفسه، ص90.

²⁴-مرسوم تنفيذي رقم 02-41، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة علي اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق لها، ج ر عدد 4، الصادر في 16 جانفي 2002.

²⁵- مرسوم تنفيذي رقم 02-40، مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة علي اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة لطيران" و كذا دفتر الشروط المرفق لها، ج ر عدد4 الصادر في 16جانفي 2002.

²⁶-مرسوم تنفيذي رقم 02-42 مؤرخ في 14 جانفي 2002، يتضمن المصادقة علي اتفاقية امتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "ايكوإير الدولية" و كذا دفتر شروط المرفق لها، ج ر عدد4، الصادر في 16 جانفي 2002

²⁷-ضريفي نادية، مرجع سابق، ص222.

²⁸- قانون رقم 05-12، مرجع سابق.

²⁹-مرسوم تنفيذي رقم 10-275 مؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كفايات الموافقة علي اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، ج ر عدد 68، صادر في 10 نوفمبر 2010.

³⁰-قانون رقم 11-10، مرجع سابق.

³¹- مرجع نفسه.

³²-مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، متعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015.

³³-ظهير شريف رقم 15. 06. 1 صادر في 14 فبراير 2006 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 05-54 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة، ج ر عدد 5404 بتاريخ 16 مارس 2006.

³⁴-قانون عدد23 لسنة 2008 مؤرخ في 1 افريل 2008، يتعلق بنظام للزمات،الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد28، صادر في 4 افريل 2008.

³⁵-loi n93-122du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.JO n25 du janvier 1993,www.legifrance.fr.

³⁶-loi n 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.JO n 288 du12 décembre2001.

³⁷-مرسوم رئاسي 15-247 مرجع سابق.

³⁸ -BAUBY pierre, CASTEX Françoise, Europe:une nouvelle chance pour le service public, jean jaures, Paris,2010,p29.

³⁹ -مرسوم رئاسي 15-247 مرجع سابق.

⁴⁰ -ZOUAIMIA rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, maison d'édition belkeise, Alger,2012,p 75.

⁴¹ -MECHERIAKOFF alain serge, Droit des services publics, presses universitaires de France, Paris,1991,p352.

⁴² -ibid,p 353.

⁴³ -إرزيل الكاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام، الملتقي الوطني حول التسيير الإداري و المالي للهيئات المحلية ، جامعة باجي مختار ، عنابة، يومي 11 و 12 نوفمبر 2015 ص12-13.

⁴⁴ -بولكور عبد الغني، مرجع سابق،ص75.

⁴⁵ -إرزيل الكاهنة، مرجع سابق،ص13.

⁴⁶ -محسن زوييدة، التسيير المتكامل للمياه كأداة لتنمية المحلية المستدامة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية و التجارية، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة قسدي مباح ورقلة، 22 سبتمبر 2013، ص186.

⁴⁷ -REVUE DE PRESSE,03 février 2016, p20.www.fce.dz.

دور المحكم في العملية التحكيمية

طالبة الدكتوراه: مريم بن عبد الكريم

مسجلة دكتوراه ل م د، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر

ملخص

التحكيم التجاري الدولي مرّن في إجراءاته بخول الأطراف إمكانية الاتفاق على القانون الذي يحكم الإجراءات و موضوع النزاع ، كما أنه يكفل لهم السرعة والسرية التي تقتضيها التجارة الدولية بشكل عام أين صار التحكيم أحد أهم ضمانات الاستثمار إذ لا تكاد تجد عقدا من العقود الدولية إلا وتضمن شرطا تحكيميا .

نظرا لحاجة التحكيم إلى القضاء في جميع مراحله حرص المشرع الجزائري على تنظيم العلاقة بين القضاء والتحكيم من خلال القانون رقم : 08—09 المؤرخ في : 18 صفر 1429 الموافق لـ : 25 فيفري 2008 المتضمن : قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل السادس : في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المواد من (1039_1059).

كما أن مهمة المحكم تثير الكثير من الغموض سواء كان ذلك في شخصيته أو دوره أو طبيعة مهمته أو مركزه القانوني.

Résumé

L'arbitrage commercial international est flexible dans ses procédures et habilite les parties à s'entendre sur la loi régissant la procédure et l'objet du différend, Il garantit également la rapidité et la confidentialité requises par le commerce international en général. Lorsque l'arbitrage est devenu l'une des garanties les plus importantes de l'investissement, vous pouvez difficilement trouver un contrat de contrats internationaux n'incluant pas une clause d'arbitrage

Compte tenu de la nécessité d'arbitrer le pouvoir judiciaire à tous les stades, le législateur algérien a tenu à réglementer les relations entre eux par le biais de la loi n ° 08-09 Du 25 février 2008, qui contient le Code de procédure civile et administrative du chapitre VI des dispositions sur l'arbitrage commercial international Articles 1039 à 1059.

La tâche de l'arbitre soulève également beaucoup d'ambiguïté, que ce soit dans son caractère, son rôle, la nature de sa mission ou son statut juridique.

مقدمة

يعد التحكيم من أقدم الوسائل لحل المنازعات فقد ركزا مؤتمرا لاهاي لسنوات 1899 و 1907 على أهمية التحكيم في اطار تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية.فاذا كان التحكيم ينتمي بجميع عناصره سواء كان ذلك من حيث المنازعات أو الإجراءات أو القانون الواجب التطبيق الى دولة واحدة سمي تحكيما وطنيا ، وعلى العكس لو ارتبط هذا التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية سمي بالتحكيم الأجنبي ، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعتمد مصطلح التحكيم الأجنبي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الا ان الإشارة اليه كانت من خلال المادة الأولى من اتفاقية نيويورك 1958 ، أما التحكيم الدولي حسب ما اعتمدته المشرع الجزائري اعمالا للمعيار الاقتصادي حسب ما جاء في المادة 1039:(يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ،التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل .)

دور المحكم في العملية التحكيمية يعتمد بشكل أساسي على الطبيعة القانونية لنظام التحكيم نظرا لاعتبار المحكم قاضيا اختاره الأطراف فهو يخضع لمجموعة من القيود والضوابط لضمان سريان إجراءات العملية التحكيمية بطريقة صحيحة،وهو ما يثير إشكالية هامة تتجسد فيما تكمن الطبيعة القانونية لعمل المحكم ؟.

نظرا لأهمية موضوع المقالحول: دور المحكم في العملية التحكيمية ارتأينا معالجته من خلال النقاط التالية :

مقدمة

المبحث الأول: المركز القانوني للمحكم

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم

المطلب الثاني: الطبيعة القضائية لعمل المحكم

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لعمل المحكم

المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة لعمل المحكم

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم

المطلب الأول: الشروط القانونية

المطلب الثاني: الشروط الاتفاقية

المبحث الثالث: طرق تشكيل هيئة التحكيم

المطلب الأول: التشكيل الاتفاقية لهيئة التحكيم

المطلب الثاني: تعيين المحكم بواسطة القضاء

المبحث الرابع: سلطات المحكم في خصومة التحكيم الدولي

المطلب الأول: سلطات المحكم أثناء سير العملية التحكيمية

المطلب الثاني: سلطات المحكم أثناء انتهاء العملية التحكيمية

خاتمة

المبحث الأول: المركز القانوني للمحكم

سنتناول في هذا الجزء المركز القانوني للمحكم في ضوء النظريات الفقهية المختلفة حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم .

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم (1)

التحكيم وفقا لهذه النظرية يقوم على أساس الاتفاق ما بين الأطراف وتمتد حريتهم في الاتفاق على اختيار المحكمين، فالتحكيم وفقا لهذه النظرية ذو طبيعة تعاقدية ، أي يخضع لمبدأ سلطان الإرادة ، فقرار المحكم يتقيد بإرادة الخصوم . كما أن انصار هذا الاتجاه اختلفوا حول تكييف هذا العقد ، فمنهم من كيّف العلاقة التي تربط المحكم بالخصوم على أنها عقد مقاوله ، على أساس أن هذا العقد يقترب من مهمة المحكم ، واتجه جانب الى تكييفها بأنها عقد وكالة بمعنى أن المحكم وكيل عن المحتكمين أو أحدهم ، كما كيّفه البعض على أنه عقد غير مسمى لم تنظمه أحكام القانون المدني أو هو عقد ذو طبيعة خاصة (2).

إنّاهم ما يؤخذ على هذه النظرية أنها ركزت على الجانب الارادي في خصومة التحكيم .

المطلب الثاني: الطبيعة القضائية لعمل المحكم (3)

خلافا للنظرية أعلاه فالتحكيم يعتبر طريقا قضائيا يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية ومستقلة للفصل فيما يطرحه الخصوم عليه من نزاع ، فهو يؤدي مهمة القضاء بين الخصوم بحكم حاسم للنزاع يحوز حجية الأمر المقضي (4).

كما أن هذه النظرية تعرضت للنقد ، أنكر جانب من الفقه اكتساب المحكم مركز القاضي ، فالمحكم لا يستند الى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام واستقرار، فالتحكيم يتميز بأنه أداة خصوصية للفصل في النزاع تتشكل في كل حالة على حدى حسب المقتضيات الخاصة للنزاع ، أما القضاء هو طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية، وتحكمه قواعد عامة ومجردة .

رأينا فيما سبق موقف كل من النظرية التعاقدية والقضائية وأسانيدهم في دعم نظرياتهم لمركز المحكم القانوني والنقد الموجه لكل من النظريتين ، سننتقل الى نقطة أخرى لمعرفة ما يراه الفقه الآخر الذي يعطي المحكم مركزا وسطا بين النظريات السابقة .

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لعمل المحكم (5)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم له صفتان : الصفة التعاقدية والصفة القضائية لتدخل السلطة القضائية ، وذلك بأن قرارات هذا النوع من التحكيم تعد بمثابة الحكم القضائي عندما تخضع للتنفيذ لقواعد التنفيذ القضائية (6).

هذه النظرية لم تسلم من النقد كذلك ، كونها اختارت أيسر الحلول وذلك بالجمع بين النظريتين التعاقدية والقضائية وربطت ربطا خاطئا بين حجية أحكام التحكيم وقوتها التنفيذية . وينتهي منتقدوا هذه النظرية الى ان التحكيم ليس نظاما مختلطا ، وانما هو نظام مستقل مختلف في وظيفته وطبيعته، وغايته ، وبنائه الداخلي عن القضاء .

المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة لعمل المحكم (7)

يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم له طبيعته الخاصة ، وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود ، وعن أحكام القضاء العام في الدولة (8).

فالتحكيم نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية أو القضائية مما يكفل السرعة الضرورية في نظر القضايا ، وأن اتفاق التحكيم لا يعتبر عقدا مدنيا ، لأن العقد المدني لا يرتب بذاته آثارا إجرائية ، كما أن اتفاق التحكيم لا يدخل في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم خارج اختصاص قضاء الدولة ، كذلك تختلف عدالة التحكيم عن القضاء لأن عدالة التحكيم طبيعية سبقت ظهورها قضاء الدولة .

هذه أيضا لم تسلم من النقد على أساس أن التحكيم يقدم عدالة خاصة تختلف عن القضاء، حيث أنه لا يمكن الوصول لطبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يربته ، وإنما من خلال الأصل الذي ينتهي إليه .

فان كان الأصل مبدأ سلطان الإرادة فالطبيعة عقدية ، أما اذا كان الأصل هو سلطان القضاء كانت الطبيعة قضائية ،أما اذا كانت غير ذلك فإننا نكون أمام طبيعة مستقلة يجب تأصيلها الأمر الذي لم تفعله تلك النظرية .

مما تقدم النظريات الأربعة المقدمة تجمع على أن التحكيم يمر بأربع مراحل:أولها اتفاق ،وأوسطها اجراء ،وأخرها حكم ملزم .

كما أن المشرع الجزائري قد اعترف بنظام التحكيم،ونظم قضاؤه كتنظيم القضاء العام في الدولة.فيأخذ المحكم مركزا يتشابه لحد ما مع مركز القاضي القانوني ، مما يتوجب على الأطراف احترامه وتنفيذ حكمه اذا صدر صحيحا ، وتوافرت في محكمهم الذي ارتضوه صفات القاضي المستقل والنزيه ، وكافة الشروط الأخرى الواجب توافرها في المحكم .

المبحث الثاني : الشروط الواجب توافرها في المحكم

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم الذين أولوه عناية الفصل في الخصومة القائمة بينهم ، اذ يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط حتى يكون مؤهلا لإدارة العملية التحكيمية ،فهناك شروط اتفق الفقه ومراكز التحكيم على وجوب توافرها في المحكم ،وهناك شروط مختلف فيها متروكة لتقدير الطرفين .

المطلب الأول : الشروط القانونية (الوجوبية)

اشتراط القانون في المحكم عدة شروط قبل اعتلائه منصة التحكيم وتتمثل هذه الشروط في :

أولا: تمتع المحكم بالأهلية المدنية :

نص المشرع الجزائري في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :
(لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي ،اذا كان متمتعا بحقوقه المدنية) .

كما أنه يشترط في المحكم أن تكون أهليته سليمة ، فلا يعتريه عيب عقلي ، أو نفسي أو جسدي ، ويقدر سن الرشد في القانون الجزائري تسعة عشر سنة كاملة وهذا ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني.

ثانيا: الحياد والاستقلالية:

يعد حياد المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي ،فهما شرطان لمباشرة العملية التحكيمية أي كان القائم بها قاضيا أو محكما ، كما يعتبران ركيزتان أساسيتان لنجاح المحكم في مهمته.

كما ان المشرع الجزائري جعل على عاتق المحكم التزام وهذا ما نصت عليه المادة 1015 /2 (اذا علم المحكم بأنه قابل للرد ،يخبر الأطراف بذلك ،ولا يجوز له القيام بالمهمة الا بعد موافقتهم)(9).

وبذلك جعل المشرع الجزائري من الاستقلالية أحد الأسباب التي تسمح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم الذي تحوم حوله شبهة عدم الاستقلال حيث نص في الفقرة 3 من المادة 1016 على أنه : (عندما تتبين من الظروف الشبه المشروعة في استقلاليته،لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط)(10).

المطلب الثاني: الشروط الاتفاقية

الشروط الاتفاقية حتى وان نص عليها القانون الا أنها تأتي بصيغة جوازية واعمالها مقيد بعدم اتفاق الأطراف على مخالفتها ، كونها غير متعلقة بالنظام العام . ومن هذه الشروط :

أولا : جنس المحكم وجنسيته :

التشريعات تركت للأطراف الحرية الكاملة في تحديد جنس ، أو جنسية المحكم ،وذلك تأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة التي يتميز بها نظام التحكيم عن القضاء.

ثانيا :خبرة وكفاءة المحكم :

من الخيارات المتروكة للأطراف إمكانية اتفاقهم على اشتراط الخبرة والكفاءة في المحكم الذي سوف يختارونه للقيام بإدارة العملية التحكيمية .

المبحث الثالث :طرق تشكيل هيئة التحكيم

الأصل أن يقوم الأطراف بتعيين المحكمين وهذا تجسيدا للطابع الاتفاقي للتحكيم خصوصا في التحكيم الحر ، كما يمكن لهم اللجوء الى أحد مؤسسات التحكيم الدائمة مما يستوجب احترام لوائح هذه المراكز في موضوع تشكيل هيئة التحكيم، كما يمكن للقضاء التدخل لمساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم عند تقاعس أحدهما عن تعيين محكمه أو اختلافهما حول تعيين المحكم الراجح، وعليه سنتعرض لمختلف طرق تشكيل هيئة التحكيم وفقا لما يلي :

المطلب الأول: التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم

يحكم تعيين المحكم وتشكيل هيئة التحكيم مبادئ أساسيين :

المبدأ الأول : أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فاذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين ،فانه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه .

المبدأ الثاني : مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين، فلا يكون لأحدهما أفضلية عن الآخر، بمعنى أنه لا يجوز أن يسند لأحدهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر .

والتشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم يكون اما عن طريق التحكيم الحر،و بطريق التحكيم المؤسساتي(11).

أولا :اختيار المحكم في التحكيم الحر

نص المشرع الجزائري في المادة 1041 على أنه : (يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم)(12).

وهذا يعد تجسيدا للطابع الاتفاقي الذي يقوم عليه نظام التحكيم ، حيث جعل إرادة الأطراف في مركز ارادي فيما يتعلق بالعملية التحكيمية ، كما أعطاهم الحق في اللجوء الى احد الهيئات ومراكز التحكيم الدائمة لتشكيل محكمة التحكيم ،وأعطى الأطراف لاتفاق التحكيم الحرية الكاملة في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكم حتى توكل اليه مهمة الفصل في النزاع .

— قاعدة العدد الوتري للمحكمين :نص المشرع الجزائري في المادة 1017على أنه : (تتشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي)(13).

— اتفاق الأطراف حول كيفية اختيار المحكم: نص المشرع الجزائري في المادة 1008/2 على أنه:

(يجب أن يتضمن شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، تعيين المحكم أو المحكمين ، أو تحديد كيفية تعيينهم).

كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن اتفاق التحكيم مشاركة التحكيم، أسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم (14).

— مراعاة مبدأ المساواة بين الأطراف في اختيار المحكمين: المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ المساواة بين الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم ، فمرجع ذلك أن مبدأ المساواة يعد من المبادئ الأساسية في التقاضي ، مما يعني أنه يجب اعماله عند تشكيل محكمة التحكيم ، والا كان حكم التحكيم عرضة للبطلان لتعلق مبدأ المساواة كباقي مبادئ التقاضي الأساسية بالنظام العام .

ثانيا : **تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي (15)**

هذه المراكز التحكيمية لا تقوم بنفسها بدور المحكم ، وإنما يقتصر دورها على تنظيم الإجراءات الخاصة بالتحكيم ، وقد تخضع العملية التحكيمية برمتها بقواعد المركز ، أو تخضع له بعض مراحلها وهذا مرتبط بإرادة الأطراف .

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية (16) المادة 1014 على أنه : (اذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضوا أو أكثر من أعضائه بصفة محكم).

المطلب الثاني: تعيين المحكم بواسطة القضاء

نظم المشرع الجزائري هذا التدخل من خلال المادة 1041 على أنه : (في حالة غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

- رفع الأمر الى رئيس المحكمة الي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، اذا كان التحكيم يجرى في الجزائر .

- رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر ، اذا كان التحكيم يجرى في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر). (17)

من خلال النص فإن المشرع سمح للطرف الذي يهيمه التعجيل بان يطلب المساعدة من القاضي الوطني ،وهذا الأخير لا يمكنه التدخل والتصدي الا في حالة ثبوت عدم قيام الأطراف بتعيين المحكمين بسبب عدم اتفاقهم أو بسبب عدم وجود طريقة لتعيينهم ضمن اتفاقية التحكيم أو شرط التحكيم ،أو عدم وجود طريقة لتعيين المحكمين ضمن النظام القانوني لهيئة التحكيم التي اتفق الأطراف على اللجوء اليها .

المبحث الرابع : سلطات المحكم في خصومة التحكيم الدولي

سنتناول في هذه الجزئية السلطات المخولة للمحكم التي تضيق وتتسع حسب اتفاق الأطراف .

المطلب الأول :سلطات المحكم أثناء سير العملية التحكيمية

تحدد سلطة المحكم بموجب عاملين رئيسيين وهما :

اتفاق التحكيم والقانون .

فاتفاق التحكيم قد يحد من سلطات المحكم ، أو العكس ، وعلى المحكم قبل القيام بمباشرة مهمته أن يتحقق من السلطة المخولة اليه بمقتضى عقد التحكيم .

وتتضمن مشاركة التحكيم القواعد التي اتفقت الأطراف المعنية تطبيقها على النزاع القائم بينهما (18) وفي الوقت نفسه هناك سلطات منحها القانون للمحكم لتنظيم وتسيير مهمته ، وهو ما سنتناوله في النقاط التالية :

أولا : سلطات المحكم في تحديد القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم

لا يملك المحكم أو المحكمون سلطة الحكم الا في النزاع المتفق على عرضه عليهم ، وقد أعطى المشرع للأطراف المحتكمة سلطة تخويل المحكم بعض السلطات ، بحيث لا يجوز ممارستها الا اذا اتفق الخصوم على ذلك ، حيث يتمتع المحكم بسلطات إجرائية واسعة في مختلف مراحل الخصومة تبدأ باختيار الأشكال الإجرائية التي يقرر اتباعها ، وذلك في بدء الإجراءات لحسم النزاع ، وسلطات إجرائية تتعلق بالسلطة الفعلية التي يمارسها أثناء سير الإجراءات .

— سلطة المحكم في التنظيم الاجرائي للخصومة - قبل السير في الإجراءات -

1. البت في وجود اتفاق التحكيم وصحته: هو عمل من صميم اختصاص المحكم يقوم به من تلقاء نفسه، أو حالة ما اذا دفع أحد الخصوم بعدم وجود اتفاق التحكيم، فيقوم المحكم بتفحص العرض المقدم من الأطراف المتنازعة باختياره ليفصل بينهم عن طريق التحكيم فيقرر المحكم ، ويحدد ما اذا كان هناك شرط تحكيمي أم لا .
2. اختيار مكان التحكيم: الأصل في اختيار التحكيم هو اتفاق الأطراف على مكان التحكيم بتحديد ضمن عقد التحكيم أو في اتفاق لاحق ، ويلتزم المحكم بذلك المكان المتفق عليه بين الأطراف المتخاصمة ، لكن اذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد مكان التحكيم أو لم تتفق الأطراف عليه ، كان ذلك من اختصاص هيئة التحكيم ،وتجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة مكان التحكيم .
3. تحديد لغة التحكيم: يتولى المحكم أو هيئة التحكيم تحديد اللغة التي يجرى بها التحكيم ،وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد لغة التحكيم، أما اذا اتفقوا فان المحكم يلتزم بلغة الأطراف.

— سلطة المحكم الاجرائية أثناء سير الخصومة التحكيمية

يمارس المحكم سلطات موضوعية أثناء سير الإجراءات ، فيتحقق باعتباره قاضي النزاع من تتابع سير الإجراءات في المواعيد المحددة لاجرائها ، ولا تخضع هيئة التحكيم الا للقواعد التي اتفق عليها الأطراف فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ،تختار الهيئة القواعد والإجراءات الملائمة تبعا لطبيعة النزاع. وسلطة المحكم الاجرائية تظهر على النحو التالي :

1. سلطة المحكم في التأكد من ثبوت اختصاصه بالفصل في النزاع (مبدأ الاختصاص الاختصاص COMPETENCE DE LA COMPETENCE)(19): هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر فيما اذا كانت مختصة بالنزاع المعروض عليها أم لا .
2. سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم(20): لا يملك المحكم في نطاق خصومة التحكيم الا الفصل في موضوع النزاع وفق القانون المتفق عليه بين أطرافه كما لا يملك تطبيق إجراءات غير التي اختارها الأطراف ، وقد جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في الفصل الخامس منه في المادة 19 في فقرتها الأولى والثانية مايلي :

- مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم .

- فان لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة قبول جواز الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجداولها وأهميتها.

ثانيا : سلطات المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

المعيار الذي بواسطته يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة هو المعيار الموضوعي ، والأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق هو اتفاق بين الأطراف ، لكن قد يختلف الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق ، أو عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق أين يلجأ المحكم الى اتخاذ قواعد ليطبقها على النزاع المعروض عليه منها :

1. اختيار قانون دولة معينة (محل العقد أو محل تنفيذ العقد) : هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع ، أو أي قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى.
2. تطبيق هيئة التحكيم لأعراف التجارة الدولية : يلجأ المحكم الدولي الى تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية حتى يتبين له استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع سواء بسبب نقص في العقد أو بسبب تناقض وتعارض موقف أطراف الخصومة .
3. تطبيق هيئة التحكيم لقواعد العدالة والانصاف: ان تخويل المحكم اجراء تسوية للنزاع يحرره من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها، ليجد المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه، فهو يقوم بعمل بحرية طالما انه حقق مبدأ المساواة، وأتاح للأطراف ابداء أوجه دفاعهم .

ثالثا: سلطات المحكم فيما يتعلق بإصدار التدابير الوقائية والتحفظية (21):

التدابير الوقائية : هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية فهذه الأوامر هو منح حماية قضائية تصدر في شكل أحكام تحوز حجية الأمر المقضي به.

أما التدابير التحفظية فتهدف لضمان الحق المستقبلي مثل : الحجز التحفظي الذي يهدف للمحافظة على أموال المدين .

رابعا: سلطات المحكم فيما يتعلق بإصدار أدلة الإثبات (22)

تدير هيئة التحكيم وفقا لما تحدده إرادة الأطراف ، فإذا تم الاتفاق على إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الاثبات تعين مراعاة أحكام هذا القانون ، وإذا ترك الاختيار للهيئة فلها أن تختار قانونا معيناً أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها من الأطراف لتنظيم كيفية الاثبات وما لا يقبل من أدلة .ومن قواعد الاثبات ما يتعلق بالإجراءات ولا يتعلق بالموضوع منها :

1. الزام الأطراف بتقديم المستندات: أعطى المشرع الجزائري لهيئة التحكيم إمكانية طلب مساعدة القضاء في تقديم الأدلة(23).
2. مضاهاة الخطوط والتزوير: للمحكم الاختصاص في تحقيق الخطوط عندما ينكر أحد الخصوم نسبة أحد المستندات اليه ، أو التوقيع على أحد المستندات ،أو يدعي أن المحرر مزور من الأصل (24)
3. المعاينة: لهيئة التحكيم الانتقال لمعاينة محل النزاع كأن تقوم بنفسها بمعاينة البضائع،أو الأموال أو غيرها من الأشياء المتعلقة بالنزاع .
4. سماع الشهود(25): الشهادة هي قيام شخص من غير أطراف الخصومة - بعد أداء اليمين - بالإدلاء في مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول حقيقة تصلح محلا للإثبات .وللمحكم سلطة استجواب الشهود وله سلطة تقديرية في عدم الأخذ بشهادتهم كلها ، أو بعضها في حالة عدم اتفاق المحكّمين ،إذا رأى أن ما توفر لديه من أدلة اثبات كافية لإصدار الحكم على أن يبدي مبررات مقبولة للرفض.
5. الاستعانة بالخبراء(26): يمكن أن يعهد الخبير بأية مهمة أو حسابية ، أو هندسية ،وللهيئة أن تستعين بخبير قانوني وبيّاشر الخبير مهمته بحضور الأطراف ، وعليه أن يحترم مبدأ المساواة وحقوق الدفاع .

المطلب الثاني: سلطات المحكم أثناء انتهاء العملية التحكيمية

تنتهي مهمة المحكم بإصدار حكم منهي للخصومة في النزاع محل التحكيم ،وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1030 التي تنص على أنه : (يتخلّى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه).

وهناك استثناءات ترد على مسألة استنفاد هيئة التحكيم لولايتها وفق ما نص عليه المشرع الجزائري:

1. سلطة المحكم في تفسير حكم التحكيم (26): ويقصد بتفسير الحكم توضيح ما قد يكتنف الحكم من غموض ، حيث يقوم المحكم بتوضيح حقيقة ، اذا شاب منطوق الحكم غموض أو ابهام من شأنه أن يجعل الحقيقة المقصود منها مثارا للبس والاختلاف .
2. سلطة المحكم في تصحيح حكم التحكيم (27): يصدر حكم التحكيم في شكل مكتوب واحتمال انطوائه على أخطاء مادية كالخطأ في أسماء الخصوم أو الخطأ الحسابي ، فتمتد مهمة هيئة التحكيم لتشمل تصحيح حكم التحكيم ، ويجب أن تكون الأخطاء المادية المطلوب تصحيحها واردة في طلبات التحكيم أو مذكرات ، أو تقارير الخبراء أو محاضر الجلسات ، ويتم التصحيح خلال الثلاثين يوما التالية لصدور الحكم ويمكن للمحكم مد الميعاد اذا رأى ضرورة لذلك وإذا انقضت تلك المدة فلا يمكن مداها الا باتفاق الأطراف .
3. سلطة المحكم في اصدار حكم إضافي في الطلبات التي أغفلها (28): يقصد بسلطة المحكم في اصدار حكم إضافي في الطلبات التي أغفلها ، استكمال هيئة التحكيم الفصل في المسائل المعروضة عليها أثناء النزاع ، الا أنها عند الفصل في النزاع لم تتعرض لها في حكمها بالفصل فيها ، مما يترتب على المحكم أو هيئة التحكيم اصدار حكم تكميلي يشمل ما أغفله من مسائل في حكم التحكيم الأصلي.

خاتمة

خصوصية التحكيم قوامها الرئيس المحكم ، وبقدر كفاءة المحكم تكون سلامة التحكيم واجراءاته فالمحكم يستمد سلطاته من إرادة أطراف اتفاق التحكيم ، ومن إرادة المشرع الذي أجاز له ممارسة مهمة التحكيم ، ومنحه سلطة اصدار الحكم ، ومما لا شك فيه أن النشأة الاتفاقية لسلطة المحكم تقيد المحكم وتحد دوره في خصوصية التحكيم، ومن ناحية أخرى وبموجب الطبيعة القضائية لمهمة المحكم أعطاء المشرع بعض السلطات التي تمكنه من القيام بالعملية التحكيمية في النزاع محل التحكيم .

وعليه من خلال الدراسة توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات .

أولاً- النتائج:

1. أدى اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للمحكم الى صعوبة تحديد المركز القانوني الذي يتمتع به المحكم وطبيعة الدور الذي يقوم به.

2. بالرغم من تنظيم المشرع الجزائري كيفية اختيار المحكم أو المحكمين تنظيما تفصيليا الا أننا نجد أن هذا التنظيم يأخذ الطابع الارشادي في مواضع عديدة والذي لا يلائم طبيعة المحكم ، ولم ينظم أبعاد مهمة المحكم وممارسته لها .
3. التحكيم قضاء خاص يلعب فيه مبدأ سلطان الإرادة دور مهم .
4. قيد المشرع الجزائري كمعظم تشريعات التحكيم من يعتلي منصة التحكيم ببعض الشروط حتى نخلص الى حكم عادل .
5. حياد المحكم ضرورة لنجاح التحكيم الداخلي والدولي على حد سواء وهو التزام على عاتق المحكم
6. اعمال مبدأ الوترية عند تشكيل الهيئة التحكيمية يعتبر أساسا لتفعيل ميزة التحكيم ،والتي من أهمها السرعة في عملية الفصل في الخصومة التحكيمية .
7. تأكيد المشرع الجزائري وحرصه على تدعيم النظام المؤسسي وصحة الالتجاء اليه كنظام قانوني معترفا به لتسوية المنازعات التي يوجد بشأنها اتفاق التحكيم .
8. القاضي الوطني بتدخله في تعيين المحكم يلعب دور القاضي المساعد ، وهذا مفهوم جديد لوظيفة القاضي الوطني إزاء خصومة التحكيم .
9. المشرع الجزائري كغيره من الأنظمة خول المحكمين الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم .
10. تلعب إرادة الأطراف دور هام في تحديد سلطات المحكم حتى لا يتعسف المحكم في تحديده لهذه السلطات .

ثانيا- التوصيات :

1. على اطراف الخصومة القيام بتحديد أهم المسائل التي تحكم سير العملية التحكيمية كتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وعدم ترك أمر تحديده للمحكم حتى لا تطبق هيئة التحكيم قانون يتعارض وتوقعاتهم .
2. عدم ترك الحرية المطلقة و مبدأ سلطان الإرادة في تسيير العملية التحكيمية .
3. وضع نظام دقيق ينظم ويحدد أهم السلطات التي يتمتع بها المحكم أثناء قيامه بدوره.
4. انشاء مؤسسات ومراكز تقوم بتدريب المحكمين وضمان كفاءتهم لهذا النوع من القضاء.

5. وضع حملات تحسيسية للتعريف بهذا النوع من القضاء الخاص ، لما له من أهمية في المعاملات التجارية والحياة الاقتصادية والمعاملات المالية ، فضلا عن السمات التي يتمتع بها وهي سرعة الفصل في المنازعات على عكس القضاء العادي .

الهوامش:

1. مقال :فيصل عبد الحافظ الشوابكة ،محمد خلف بني سلامة ، الطبيعة القانونية للتحكيم ،مجلة دفاتر السياسة والقانون ،جامعة ورقلة ، العدد 12 ، 2015، ص 17.
2. أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه في حكمها الصادر عام 1812 أكدت فيه الصفة التعاقدية للتحكيم برمته منذ ابرام وثيقة التحكيم الى صدور القرار .
3. محمود السيد عمر التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف مصر ، 2003 ، ص 50.
4. وان أسندت مهمة المحكم في وجودها لاتفاق التحكيم.
5. مقال :فيصل عبد الحافظ الشوابكة ،محمد خلف بني سلامة، المرجع السابق ، ص 18.
6. يبدأ باتفاق ثم ينتهي بقضاء حكم المحكم .
7. محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق ، ص 60.
8. يقول الدكتور أحمد أبو الوفاء : (أن التحكيم لا يعتبر بمثابة وكالة أو صلح أو خبرة ، وانما هو عقد له ذاتيته المستقلة تماما عن سائر العقود المتقدمة ، ويختلف عنها من ناحية أركانه وانعقاده وأثاره على الخصوم جميعا ، وهم لا يملكون التدخل في عمله ، وقد يحكم على أحد طرفي الخصومة بكل ما طلبه الآخر ، ولهذا يختلف تمام الاختلاف عن الوكيل والخبير والمصالح).
9. قانون رقم : 09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية رقم 21 .
10. قانون رقم : 09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع نفسه .
11. أساس التفرقة هو اتفاق التحكيم ذاته فحيث يشير الاتفاق الى نسوية النزاع عن طريق تحكيم مؤسسة تحكيمية ما ، نكون أمام تحكيم مؤسسي والا كان التحكيم حرا ، فمعيار التفرقة هو شكلي من حيث وجود مثل تلك الإشارة أو عدم وجودها في اتفاق التحكيم .
12. قانون رقم : 09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
13. أعطى المشرع الجزائري للأطراف المتخاصمة مكنة الاتفاق على اختيار محكم واحد ، أو أكثر بشرط أن يكون العدد وترا .
14. قانون رقم : 09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
15. التحكيم المؤسسي هو منح المتخاصمين مهمة الفصل في النزاع الى مراكز التحكيم ، كمركز لاهاي ، أو غرفة التجارة الدولية بباريس ، أو محكمة التحكيم لندن ، أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، أو غيرها

- من مراكز التحكيم الدائمة. أنظر: معوض عبد التواب ، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 1997 ، ص ص 205 وما بعدها .
16. قانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
17. قانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
18. أحمد بلقاسم ، التحكيم الدولي ، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2005 ، ص103.
19. المادة 1044 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
20. المادة 1043 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق ،للمزيد أنظر مقال :فؤاد ديب،المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية ،المجلد 24 ،العدد الثاني ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ،2008 ، ص 40 وما بعدها .
21. المادة 1046 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق.،لزهر بن سعيد ،كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة ، الطبعة الأولى ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،2010، ص 202.
22. المادة 1047 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
23. المادة 1048 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
24. المادة 1021 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق
25. المادة 1048 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق،لزهر بن سعيد ،كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص 187 وما بعدها .
26. المادة 1030 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
27. المادة 2/1030 من القانون رقم :09.08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المرجع السابق .
28. _____، المرجع السابق،لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق ، ص ص(304.305) .

Dépôt Légal: 2006-1660



UNIVERSITE MOHAMED SEDDIK BEN YAHYA
JIJEL-ALGERIE
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUE



RECHERCHES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Revue Scientifique Semestrielle Agrée Spécialisée en Droit et Sciences Politiques



Numéro 05



Décembre 2017

ISSN 1112-7090