

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد السادس عشر : فبراير 2014

➤ من مواضيع العدد السادس عشر : فبراير 2014 :

- السلطة القضائية بالمغرب و استقلال القضاء.
- رابطة القضاة بالمغرب : التنظيم والمطالب.
- جديد قانون السلطة القضائية في اليمن.
- مشروع قانون مكافحة العنف ضد النساء.
- مكافحة تبيض الأموال في المؤسسات بالجزائر.
- حقوق الأقليات بين الشرع والقانون.
- رقابة الجودة في الصناعة الدوائية.
- التسرب كآلية من آليات التحري الخاصة.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديقي عميد جامعة لاهي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفتين المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني للمراة (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	

الصفحة الرئيسية
اللجنة الاستشارية
أهداف المجلة
أخبار المجلة
المؤلفين
المدير المسؤول
شروط النشر
مقالات قديمة
مقالات قسرية
مقالات معاصرة
مقالات بلترسية
حوارات علمية
تقارير جامعية
المساهمون بالمجلة
أعداد المجلة
اشترائه بالمجلة

العدد السادس عشر فبراير 2014

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615 - 2336

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد السادس عشر: لشهر فبراير 2014

محتويات العدد :

➤ دراسات وأبحاث بالعربية :

1. قراءة أولية في مشروع قانون مكافحة العنف ضد النساء بالمغرب : فضيلة الأستاذ أنس سعدون : حاصل على دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص بجامعة عبد المالك السعدي، بكلية الحقوق بطنجة 2007-2008 وباحث بصف الدكتوراه بنفس الكلية بوحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن ، قاض ونائب لوكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بأزيلال عضو نادي قضاة المغرب/ وعضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية.....06
2. دور مجلس الأمن الدولي في الحرب العراقية - الإيرانية 1980 - 1988 (دراسة تحليلية في اطار القانون الدولي العام): فضيلة الأستاذ الدكتور : نايف عبد الجليل الحمايه ، دكتورة في الحقوق - القانون العام - العلاقات الدولية : أستاذ القانون الدولي العام المشارك -كلية القانون - جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا - الإمارات العربية المتحدة من العام الجامعي 2011 وحتى الآن. عضو هيئة تدريس الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية منذ عام 2007 - 2011. محاضر غير متفرغ - الجامعة الاردنية - جامعة مؤتة - جامعة الاسراء - جامعة العلوم التطبيقية منذ عام 2004 - 2011.....15
3. التعديل الأخير لقانون السلطة القضائية في اليمن : قراءة قانونية مُجرّدة : فضيلة الأستاذ الدكتور خالد الجمرة : خبير قانوني ومسؤول سابق في السلطة القضائية باليمن أستاذ الفقه المقارن القانون الجنائي في عديد من الجامعات اليمنية كاتب رأي في عدد من المواقع والصحف اليمنية والعربية.....35
4. مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي : من إعداد فضيلة الدكتورة تيزا - حسين نوارا كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو.....41
5. الجزء المسلط على الشركة التجارية في القضايا الجزائية : عائشة بوعزم باحثة في صف الدكتوراه كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران61
6. " النظام القانوني لمكافحة المؤلف في قانون الملكية الأدبية والفنية " : من إعداد: يحي باي خديجة ماجستير في القانون تخصص قانون الأعمال المقارن وتحضر أطروحة الدكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة وهران.....77
7. أنواع الجريمة الدولية- قبل و بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية- من إعداد مونية بن بو عبد الله ، طالبة دكتوراه تخصص قانون جنائي دولي بجامعة باتنة ، الجزائر.....89
8. آلية المنظمة العالمية للتجارة لتقييم السياسات التجارية : من إعداد : الأستاذة عبد اللاوي خديجة ، محامية معتمدة لدى مجلس قضاء تلمسان ، طالبة باحثة قانون الأعمال المقارن سلك دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة - تلمسان - الجزائر.....103
9. مبدأ حرية الاستثمار بين الحرية والتقييد في الجزائر : من إعداد عبد العزيز العايب ، ماجستير في القانون العام للأعمال باحث في القانون الاقتصادي الجزائر.....130

10. المرتكزات الأساسية للحقوق والحريات بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي : من إعداد الأستاذ بن حيدة محمد ، باحث في قسم الدكتوراه، تخصص القانون العام، جامعة تلمسان ، أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، الجزائر (حاليا) 138
11. نحو تجسيد قواعد الحكومة الإلكترونية : الدكتور زين ميلوى دكتوراه دولة في القانون العام أستاذ محاضر قسم - أ - رئيس قسم الكفاءة المهنية للمحاماة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس..... 142
12. التحكيم في العقود الواردة على حقوق الملكية الصناعية : - عقد تفويت براءة الاختراع نموذجاً - : من إعداد الأستاذ محمد بكار باحث بكلية الحقوق سطات..... 154
13. رابطة القضاة : التنظيم والمطالب : فضيلة الأستاذ مراد العمري ، عضو نادي قضاة المغرب بتطوان ، خريج كلية الحقوق السويسري بالرباط 172
14. مكافحة تبيض الأموال في المؤسسات المالية الجزائرية ، دراسة لمفهوم هذه الظاهرة وسبل مكافحتها في إطار البنوك الجزائرية (دراسة حالة) : من تقديم فضيلة الأستاذ بن صغير عبد المومن ، أستاذ مساعد قسم (أ) بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس - الجزائر..... 178
15. حقوق الأقليات بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي : من إعداد الأستاذ عماد إشوي/ و الأستاذة حنان حاجي جامعة محمد الشريف مساعدية - سوق أهراس - الجزائر - سنة ثانية دكتوراه تخصص قانون دولي إنساني 199
16. موقف الفقه والقضاء من الطبيعة القانونية لوسائل توزيع الاختصاص : إعداد الخالدة الحسين باحث بسلك الدكتوراه تخصص قانون عام جامعة محمد الخامس السويسي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا..... 219
17. تحليل القرارات الإدارية : بين الحماية القضائية المتناقصة والأهمية المتزايدة : الأستاذ أحمد الزر والي باحث بسلك الدكتوراه ، قانون عام جامعة محمد الخامس السويسي (الرباط) 235
18. واقع الرقابة الوصائية في قانون البلدية رقم 11 - 10 : بلال بلعالم باحث بصف الدكتوراه تخصص دولة و مؤسسات عمومية بكلية الحقوق بجامعة الجزائر رقم 1 ، أستاذ مؤقت ، بكلية الحقوق ، بجامعة خميس مليانة ، منذ سنة 2012 ، أستاذ مؤقت ، بجامعة التكوين المتواصل ، بخميس مليانة منذ سنة 2013 248
19. رقابة الجودة في الصناعة الدوائية ودورها في حماية المستهلك : أيت مولود ذهبية باحثة في الدكتوراه ، بكلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر..... 264
20. أثر الممارسات المخالفة للتجارة على فاعلية حماية المستهلك : ديب محمد باحث بصف الدكتوراه - القانون الخاص - بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان - أبو بكر بلقايد..... 283
21. التسرب كآلية من آليات التحري الخاصة في التشريع الجزائري : رابع وهيب ، باحثة مسجلة بالسنة الثالثة دكتوراه - تخصص قانون إجرائي ، جامعة مستغانم - عبد الحميد ابن باديس - بكلية الحقوق والعلوم السياسية عضو بمخبر القانون العقاري والبيئة - جامعة عبد الحميد ابن باديس 296
22. المسؤولية الجزائية للباعث العقاري في القانون التونسي : مباركة رحومه طالبة باحثة بكلية الحقوق ، و العلوم السياسية جامعة تونس المنار - تونس..... 301

23. تصدي القضاء الفرنسي لأوجه قصور قواعد ضمان العيب الخفي في حماية المستهلك : من إعداد بن بعلاش خاليدة ملجستير ، في القانون الإقتصادي جامعة ابن خلدون - تيارت-.....318

➤ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

24. LE DROIT A L'IMAGE DES PERSONNES DANS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE :
Réalisé par Adnane BOUTINZER Doctorant en droit public à la faculté de droit, Université Mohammed Ier Oujda.....327

➤ تقارير :

25. تقرير حول أشغال اليوم الدراسي المنظم بالرباط : من طرف المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية بتعاون مع هانس سايدل حول موضوع : "مسودة مشاريع قوانين السلطة القضائية بالمغرب وسؤال استقلال القضاء"، مقرر الندوة : الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب وعضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية.....335

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية
كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

دراسات وأبحاث بالعربية :

قراءة أولية في مشروع قانون مكافحة العنف ضد النساء بالمغرب



فضيلة الأستاذ أنس سعدون : حاصل على دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص بجامعة عبد المالك السعدي، بكلية الحقوق بطنجة 2007-2008 وباحث بصف الدكتوراه بنفس الكلية بوحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن / قاض ونائب لوكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بأزيلال عضو نادي قضاة المغرب/ وعضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية
email : ANASS.ADOUN@GMAIL.COM

أعلن مؤخرا بالمغرب عن مشروع قانون جديد يتعلق بمحاربة العنف ضد النساء¹، والحقيقة أن الأمر لا يتعلق بموضوع جديد بقدر ما يتعلق بمبادرة ظلت حبيسة رفوف الانتظار لعدة سنوات قبل أن تجد طريقها لترى النور مبدئيا بعيد الاعلان عن خروج مشروع القانون المذكور الذي يندرج ضمن الجهود الوطنية الهادفة إلى النهوض بقضايا حقوق الانسان عامة وقضايا حقوق المرأة على وجه الخصوص².

ونظرا لأهمية اصدار تشريع خاص بمكافحة العنف ضد النساء بالنظر إلى التوصيات الدولية والوطنية في هذا الصدد فإنه لا بد من الرجوع إلى الاطار العام الذي ينظم هذه المبادرة وبالأخص تلك الجهود التي راكمتها منظمات وطنية وأخرى دولية تعمل في المجال، حيث يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى المبادرة القيمة التي قامت بها شعبة النهوض بالمرأة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة التي اعتمدت دليلا للتشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة سنة 2010، ويهدف هذا الدليل إلى مساعدة الدول وباقي القطاعات المتدخلة في هذا المجال في تعزيز القوانين القائمة أو اعداد قوانين جديدة لحماية المرأة من العنف³. فإلى أي مدى استجاب مشروع قانون مكافحة العنف ضد المرأة بالمغرب إلى المعايير الدولية في هذا المجال؟

1 - يتعلق الأمر بمشروع قانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء.

2-أنظر مذكرة تقديم مشروع القانون المذكور أعلاه.

3- الأمم المتحدة، شعبة النهوض بالمرأة، إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية ، دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة، منشورات الأمم المتحدة تحت رمز ST/ESA/329 ، نيويورك 2010.

بالرجوع إلى دليل الأمم المتحدة لتشريعات العلف ضد المرأة نجد أنه وضع ثلاث خطوات أساسية ينبغي الاهتمام بها من أجل اصدار تشريع يتعلق بالعلف ضد المرأة :

تتمثل الخطوة الأولى في تعريف الهدف التشريعي أي تحديد المبتغى الأساسي من اصدار قانون جديد للعلف ضد المرأة حيث ينبغي أن يهدف بالأساس إلى تحقيق هدفين أساسيين: الأول يتعلق بضمان ملاحقة مرتكبي أفعال العلف ومعاقبتهم، والثاني يتعلق بتوفير الحماية والدعم للنساء المعنفات. ويبدو على هذا المستوى أن مشروع القانون الجديد استجاب مبدئياً لهذه التوصيات حيث تضمن نصوصاً تجرم كل أشكال العلف الذي تستهدف النساء في جميع صورها : العلف الجسدي، الجنسي، الاقتصادي والنفسي. كما اهتم بإحداث لجان وخلايا للتكفل بالنساء المعنفات.

وتتمثل الخطوة الثانية في ضرورة التشاور مع أصحاب المصلحة المختصين ويتعلق الأمر بلجهات المعنية بالأساس بتطبيق قانون جديد للعلف ضد المرأة وفي مقدمتهم النساء المعنفات، المنظمات غير الحكومية التي تعمل في مجال العلف ضد النساء، الإدارات الحكومية، المؤسسات الوطنية المعنية بحقوق الانسان¹، القضاة، المحامون، الشرطة، الدرك، الأطباء، موظفو المحاكم..

ويبدو في هذا الصدد أن هذه الخطوة تم القفز عليها وتجاوزها حين اصدار مشروع القانون الجديد الذي كان صريحاً في مذكرته التقديمية حين أشار إلى أنه "ثمرت تعاون فقط بين وزارة العدل والحريات ووزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية"²، وبالتالي تم اغفال أي دور للتشاور مع النسيج الجمعي وباقى الفاعلين من قضاة ومحامين وقطاعات أخرى متدخلة رغم ما راكمته من تجربة ميدانية كبيرة في مجال التعامل مع قضايا العلف ضد النساء.

أما الخطوة الثالثة فتتعلق باعتماد منهجية قائمة على الأدلة ازاء صياغة التشريعات ويقصد بذلك اعداد التشريعات الجديدة اعتماداً على الأدلة الموثوقة المستندة لدراسات وأبحاث وإحصاءات ، وهو ما يبدو أنه غائب أيضاً عن مشروع القانون الجديد الذي تجاهل بشكل واضح مساهمة المجتمع المدني³ بل وأغفل بشكل يثير الاستغراب نتائج دراسات وأبحاث على درجة كبيرة من الأهمية من بينها على سبيل المثال البحث الوطني حول انتشار ظاهرة العلف ضد النساء الذي قامت به المندوبية السامية للتخطيط سنة 2011⁴.

1- منها على سبيل المثال المجلس الوطني لحقوق الانسان..

2- أنظر مذكرة تقديم مشروع القانون سألقة الذكر أعلاه.

3- أنظر على سبيل المثال:

- الدراسة التي أعدتها الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، والجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء حول موضوع "قراءة في القانون الجنائي من أجل تشريع جنائي يحمي النساء من التمييز والعلف، يونيو 2010.

- مذكرة ربيع الكرامة وتحالف الجمعيات النسائية والحقوقية المغربية من أجل قانون يضمن حقوق النساء وحررياتهن ويحميهن من العلف ويناهض التمييز بسبب الجنس، يونيو 2011.

⁴ - قدمت نتائج البحث الوطني حول انتشار ظاهرة العلف ضد النساء الذي أعدته المندوبية السامية للتخطيط بتاريخ 10 يناير 2011، وقد أبرز هذا البحث أن من بين 9.5 مليون امرأة تتراوح أعمارهن ما بين 18 و64 سنة تعرضت ما يقارب 6 ملايين منهن أي بنسبة 63 بالمائة لشكل من أشكال العلف خلال الإثني عشر شهراً التي سبقت البحث، منهن 3.7 مليون (55 بالمائة) عانين من العلف في اطار الحياة الزوجية.

وبالتالي فإن مشروع قانون العنف ضد المرأة يبقى من الناحية المنهجية -مبدئيا- في منأى عن المعايير الدولية المتعلقة بإصدار تشريعات تهم مكافحة العنف ضد المرأة. وبالرغم من هذه الملاحظات الأولية فإن ذلك لا يمنع من محاولة القيام بقراءة لمضامين المشروع الجديد الذي يحمل بين طياته العديد من المؤشرات الايجابية الكفيلة بمحاربة ظاهرة العنف ضد النساء بالرغم من وجود بعض المؤاخذات التي يمكن تسجيلها حول هذه المبادرة.

أولا - المؤشرات الايجابية في مشروع القانون :

لقد شكل مطلب اصدار قانون اطار لمحاربة العنف ضد المرأة أحد المطالب الملحة للحركة النسائية بالمغرب أمام تنامي ظاهرة العنف التي أضحت تشكل ظاهرة مقلقة تلقي بظلالها على الاستقرار الأسري خصوصا والمجتمعي بصفة عامة. وبالرغم من التعديلات الكثيرة والمتلاحقة التي مست القانون الجنائي إلا أنها لم تستطع أن تضمن تحقيق معالجة نوعية للجرائم التي تستهدف النساء لكونهن نساء، أي لاعتبارات تتعلق بالنوع الاجتماعي. كما أنها لم تستطع مناهضة التمييز الذي يستهدف المرأة. لعدة اعتبارات من بينها أن القانون الجنائي المذكور أضحي في حالة تجعله غير قابل لتعديل جزئي اضافي لكثرة التعديلات التي طرأت عليه، واختلاف السياق التاريخي لوضعه عن الواقع المعاش والمستجدات التي لحقت الفكر الحقوقي الوطني والدولي، مما أضحي يحتم ضرورة القيام بمراجعة شاملة لبنوده بعدما عمر زهاء نصف قرن من الزمن.

تحديد الاطار المفاهيمي وتقديم تعاريف متقدمة للعنف :

من أهم مميزات نص مشروع القانون الجديد أنه اهتم بتحديد الاطار المفاهيمي لعدد من المصطلحات الواردة في نص التعديل وتقديم تعاريف متقدمة للعنف ضد النساء، وتعدد أنواعه وأشكاله بصورة شبه متكاملة (الجسدي - النفسي - الجنسي - الاقتصادي) 1.

العنف ضد المرأة : كل فعل مادي أو معنوي أو امتناع أساسه التمييز بسبب الجنس، يترتب عليه ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي للمرأة.

العنف الجسدي : كل فعل أو امتناع يمس أو من شأنه أن المساس بالسلامة الجسدية للمرأة والطفل : أيا كان مرتكبه أو وسيلته أو مكان ارتكابه،

العنف الجنسي : كل قول أو فعل أو استغلال من شأنه المساس بجرمة جسد المرأة والطفل لأغراض جنسية أو تجارية أيا كانت الوسيلة المستعملة في ذلك.

العنف النفسي : كل اعتداء لفظي أو اكراه أو تهديد أو اهمال أو حرمان سواء بغرض المس بكرامة المرأة والطفل وطمأنينتهما أو بغرض تخويفهما أو ترهيبهما.

العنف الاقتصادي : كل فعل أو امتناع عن فعل ذي طبيعة اقتصادية أو مالية يضر، أو من شأنه أن يضر بالحقوق الاجتماعية أو الاقتصادية للمرأة والطفل.

1- المادة الاولى من مشروع قانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، سالف الذكر.

كما عرف التحرش الجنسي بأنه "كل امعان في مضايقة الغير في الفضاءات العمومية بأفعال أو أقوال أو اشارات ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية"¹،

ومن مميزات هذا النص أنه لم يعاقب فقط على التحرش ضد المرأة الصادر من رجل وإنما عاقب على التحرش بجميع صورته وهو ما يبدو من خلال عبارة "الغير" التي تعني الرجل والمرأة على وجه سيات، وهكذا تعد كل صور الإمعان في مضايقة الغير أو الأخر في الفضاءات المفتوحة أمام العموم مجرمة سواء تمثلت في أفعال أو أقوال أو إشارات ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية.

ورغم الصعوبات التي قد يثيرها تطبيق هذا النص على أرض الواقع لكونه يتعلق بالإثبات إلا أنه يشكل إضافة نوعية في مجال مكافحة ظاهرة أضحت متفشية على مستوى الواقع العملي لأسباب عديدة منها انهيار دور القيم داخل المجتمعات وفساد الذوق العام وسيادة أفكار نمطية تشجع على التحرش وتتساهل مع هذه الظاهرة والنظرة الدونية للمرأة باعتبارها مجرد موضوع للجنس².

تجريم عدة أفعال وتصرفات ظلت خارج عن دائرة التجريم وتشكل أوجه متعددة للعنف المسلط على النساء

من إيجابيات المشروع الجديد تجريم عدد من الأفعال التي كانت غير مجرمة خاصة تلك المتعلقة بتطبيق مدونة الأسرة وهو ما كان إلى وقت قريب ينسف كل المظاهر الحمائية التي حاولت المدونة تكريسها في مجال حماية حقوق المرأة خصوصا والأسرة على وجه العموم، وهكذا تم تجريم الامتناع عن ارجاع الزوج المطرود إلى بيت الزوجية في نطاق ما هو منصوص عليه في المادة 53 من مدونة الأسرة³، فضلا عن تجريم اكراه أو اجبار امرأة على الزواج⁴، مع تشديد العقوبة في حال مصاحبة ذلك بعنف جسدي. وتجريم المساس بجسد المرأة من خلال كل تسجيل بالصوت أو الصورة أو أي فعل جنسي بطبيعته أو بحكم غرضه يترتب عليه تشهير أو إساءة لها، مع تشديد العقوبة إذا ارتكبت الجريمة من طرف الزوج أو أحد الاصول أو الكافل أو شخص له ولاية أو سلطة على الضحية، أو مكلف برعايتها⁵، وتم في نفس السياق تجريم السرقة وخيانة الامانة والنصب بين الزوجين⁶.

¹ - أنظر المادة 12 من مشروع القانون سالف الذكر، والتعديل الذي أدخلته على القانون الجنائي باضافة فقرة جديدة للفصل 1-503.

² - أمينة لمريني: حقوق النساء والأطفال في العالم العربي بين الالتزامات الدولية للحكومات وضمائمات الميثاق العربي لحقوق الانسان، مقال منشور ضمن مؤلف جماعي تحت عنوان "لا حماية لأحد"، مركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان، سلسلة قضايا الاصلاح، بدون بيانات أخرى، ص 167.

³ - ينص مشروع تعديل الفصل 1-480 في الفقرة الجديدة التي تم اضافتها على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وغرامة من ألف إلى ثلاثة آلاف درهم على الامتناع عن ارجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية، في نطاق ما هو منصوص عليه في المادة 53 من مدونة الأسرة".

⁴ - ينص مشروع تعديل الفصل 494 على أنه: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر وغرامة من ألفين إلى عشرة آلاف درهم أو باحدى هاتين العقوبتين من أكره أو أجبر امرأة على الزواج. وإذا صاحب الاكراه عنف جسدي تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنة والغرامة من عشرة آلاف إلى ثلاثين ألف، ما لم يكن الفعل جريمة أشد".

⁵ - ينص مشروع تعديل الفصل 495 على انه: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من خمسة آلاف إلى عشرة آلاف درهم كل مساس بحرمة جسد المرأة من خلال تسجيل بالصوت أو الصورة أو أي فعل جنسي بطبيعته أو بحكم غرضه، يترتب عليه تشهير أو إساءة إليها. تضاعف العقوبة في حالة العود وفي حالة ما إذا ارتكبت الجريمة من طرف الزوج أو أحد الأصول أو الكافل أو شخص له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلف برعايتها".

⁶ - أنظر مشروع تعديل الفصول 1-506 و 1-542 و 1-550 من القانون الجنائي.

أحداث اطار قانوني لخلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف.

ومن إيجابيات المشروع أيضا إيجاده لإطار قانوني ينظم عمل خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف¹ والتي تم أحداثها مؤخرا على صعيد أغلب محاكم المملكة. ويتعلق الأمر في هذا المجال بخلايا محلية تتواجد على صعيد كل محكمة ابتدائية، تعنى بتوفير الوقاية والحماية من كافة مظاهر العنف التي يمكن أن تتعرض لها النساء والأطفال، ويبلغ حاليا عددها حوالي 86 خلية، سواء تلك المنتشرة على المستوى الوطني بالمحاكم الابتدائية، أو على صعيد محاكم الاستئناف، وتتواجد مقراتها بالنيابات العامة، وتتألف من مختلف مكونات الجسم القضائي داخل المحكمة حيث تتكون من ممثل عن النيابة العامة، وقاضي التحقيق، وقاضي الحكم، وقاضي الأحداث، وكتابة الضبط، والمساعدة الاجتماعية بالمحكمة. وتشكل هذه الخلايا نقطة الاتصال الأولى بين القضاء والضحايا، حيث تقوم بتقديم كل المساعدات القانونية الهادفة إلى تسريع البت في ملفات قضايا النساء والأطفال ضحايا العنف، وضمان الخدمات الصحية والإدارية لهم وذلك بشكل مجاني، وتحرص على عدم اللجوء إلى تفعيل المسطرة القضائية إلا كحل أخير يلجأ له بعد فشل كل محاولات الصلح بين أطراف النزاع².

وضع تدابير حماية جديدة للنساء المعنفات :

من أهم هذه التدابير الحماية الجديدة للنساء المعنفات³ :

إبعاد الزوج مؤقتا عن بيت الزوجية مع إرجاع الزوجة إليه،

إحالة الضحية وأطفالها على مراكز استقبال النساء وإيوئهن في حالة العنف الزوجي.

منع المعتدي من الاقتراب من الضحية أو من مقر سكنها أو عملها أو دراستها.

عرضه على العلاج النفسي عند الاقتضاء،

جرد ممتلكات الأسرة الموجودة في بيت الزوجية في حالة العنف الزوجي،

تجريدته من السلاح إذا كان من حامليه، في حال استعماله في التهديد،

إشعار المعتدي بأنه يمنع عليه التصرف في الأموال المشتركة..

ثانيا - مؤشرات سلبية في المشروع الجديد :

إن المؤشرات السلبية الواردة في مشروع قانون العنف ضد النساء يمكن إبرازها سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون.

1- حول عمل هذه الخلايا أنظر :

- أمينة افروخي : خلايا من أجل تكفل قضائي ناجح بالنساء والأطفال، مجلة الشؤون الجنائية، العدد الأول، ص 94.

2- وزارة العدل والحريات : دليل عملي للتكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف.

3- المادة 15 من مشروع قانون 13-103 سالف الذكر والتي تضمنت عدة تدابير جديدة لحماية النساء المعنفات أوردها المادة 1-5-82.

فمن حيث الشكل : من المؤاخذات التي يمكن تسجيلها على مستوى مشروع القانون الجديد المتعلق بالعنف ضد المرأة :

تضارب وتنافر بين عنوان مشروع القانون الجديد ومضامينه ، ففي الوقت الذي يتحدث العنوان عن مشروع قانون يتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، نتفاجأ بأن المضمون يشتمل على مقتضيات تتعلق بالعنف ضد النساء والأطفال وهو ما يعد استمرارا للصورة النمطية المنتشرة حول طريقة التعامل مع قضايا المرأة من خلال استمرار الربط بينها وبين قضايا الطفل وكأن المرأة لا تزال قاصرة، بل ويتضمن المشروع نصوصا تجرم العنف ضد الأصول والكافل والأزواج ..أي أن الأمر لا يتعلق بمشروع قانون يهدف لمناهضة العنف ضد المرأة فقط وإنما يتناول العنف الأسري بصفة عامة.

- الأمر لا يتعلق بقانون اطار لمحاربة العنف وإنما مجرد تعديل لعدد من مقتضيات القانون الجنائي الصادر سنة 1961 اما بحذف فصول منه، أو اضافة فقرات اليه، وبالتالي نكون أمام نص مكمل ومعدل للقانون الجنائي الحالي وليس أمام قانون اطار لمحاربة العنف ضد النساء، يمكن تصنيفه ضمن القوانين الجنائية الخاصة .

- لغة المشروع تبقى في كثير من جوانبها غير منسجمة مع التطور الذي تعرفه الساحة الحقوقية الوطنية والدولية، فهي لغة محافظة وأحيانا تكرر نفس المواقف المسبقة المبينة على أفكار جاهزة من قضية المرأة ويكفي هنا ان أشير إلى الفصل 495 في نص المشروع الجديد الذي يجرم المساس بجرمة جسد المرأة حيث يبدو هذا النص يكرر نفس الصورة النمطية عن النساء بكونهن عورة.

- فلسفة المشروع استمرار لفلسفة القانون الجنائي الذي وضع في سنة 1961 وهو ما يبدو من خلال تغليب الهاجس الأمني والمقاربة الزجرية، وسيادة مفهوم شرف الذكور والعائلة وحرمة جسد المرأة . فالتعديلات التي أدخلها المشروع لم تستطع تخفيف الطابع المحافظ للقانون الجنائي في صورته الأولى وهو ما يبرز أيضا على مستوى استمرار نفس التبويب المنتقد : بإدراج جريمة الاغتصاب وهتك العرض ضمن الجرائم المتعلقة بانتهاك الآداب والأخلاق العامة، وإدراج جريمة التمييز بسبب الجنس ضمن جرائم افساد الشباب والبلغاء والتي تم تغيير تسميتها إلى "الاستغلال الجنسي وإفساد الشباب" ، ومعالجة جرائم العنف القائم على النوع الاجتماعي ضمن جرائم العنف بصفة عامة، وليس باعتبارها جرائم تستهدف الحقوق الانسانية للمرأة، وإغفال تخصيص تبويب مستقل لجرائم النوع مما يعني الاستمرار في تغييب مقاربة النوع الاجتماعي بمختلف تجلياتها على مستوى مشروع القانون الجديد.

أما من حيث المضمون : فرغم المؤشرات الايجابية التي تضمنها مشروع القانون الجديد حول العنف ضد المرأة إلا أن غياب المقاربة التشاركية وعدم استشارة المعنيين والمتدخلين في تطبيقه أثر على مضامين هذا المشروع وهو ما يبدو من خلال عدة مستويات :

بالنسبة لمذكرة التقديم : جاءت مقتضبة، وأغفلت الاشارة إلى التطور التاريخي لمكافحة العنف ضد النساء بالمغرب، كما أغفلت الاشارة لدور المجتمع المدني والحركة الحقوقية الوطنية في مجال مناهضة كل أشكال العنف ضد النساء من خلال الترافع ومراكز الاستماع والمذكرات والعرائض والدراسات التي أنجزتها، في حين ركزت على الجهود الحكومية دون سواها من مجهودات وهو ما يبدو بوضوح في نص مذكرة التقديم التي جاء فيها أن هذا المشروع هو ثمرة تعاون بين وزارة المرأة والأسرة والتضامن ووزارة العدل كما سبقت الاشارة إلى ذلك اعلاه.

وقد أغفلت مذكرة التقديم الاشارة إلى الاحصائيات الوطنية الرسمية أو غير الرسمية المتعلقة بواقع العنف ضد المرأة مما كان سيساعد على فهم الاطار الذي تندرج ضمن هذه المبادرة وسياقها العام والخاص.

من جهة أخرى سكت مشروع القانون الجديد على مجموعة من المواضيع التي شكلت محورا لمطالب حركات حقوقية في اطار مناهضة كل أشكال العنف القائم على النوع الاجتماعي بمختلف تجلياته، ومن بينها:

اغفال تجريم الاغتصاب بين الزوجين، رغم أن عدد الشكايات التي ترفع بهذا الخصوص تبقى متزايدة، ولا بد من الاشارة الى غياب نص يجرم العنف الجنسي بين الزوجين، رغم بعض الاجتهادات القضائية المتفرقة حيث يمكن الاشارة في هذا الصدد للحكم الصادر مؤخرا عن محكمة الاستئناف بالجديدة الذي عاقب لأول مرة زوجا على هتك عرض زوجته بالعنف¹.

اغفال المطالب المتعلقة بمراجعة المقتضيات الخاصة بالإجهاض من خلال اباحته في أحوال معينة من بينها زنا المحارم، اغتصاب القاصرات، أو جرائم الاغتصاب المتبوع بحمل²،

اغفال تجريم زواج القاصرات دون الحصول على اذن قضائي خاصة وأن المشروع عاقب على الاكراه في الزواج، ومن باب أولى كان يتعين عليه تجريم تزويج الفتيات القاصرات دون الحصول على اذن قضائي طالما وأن في ذلك الزواج الذي يتم في غفلة عن القانون وبعيدا عن عين القضاء خطورة بالغة على الفتيات القاصرات وحقوقهن، وهو ما يعتبر بمثابة عنف قائم على أساس النوع الاجتماعي.

اغفال التنصيص على عقوبات خاصة في اطار محاربة العنف الاقتصادي الذي تتعرض له عدد كبير من النساء بسبب الأعراف والتقاليد والنظرة الدونية للمرأة ولا سيما في حالات حرمان النساء من الارث أو التصرف في ممتلكاتهن المملوكة على الشيعاء وهي ممارسات منتشرة داخل العديد من الاوساط الاجتماعية، وكان حريا بالمشروع مثلما جرم السرقة والنصب وخيانة الأمانة بين الأزواج أن يجرم أيضا وبنص خاص جرائم التصرف في تركة بسوء نية قبل اقتسامها بين الأقارب في حال وجود امرأة، لكون هذه الجرائم تستهدف النساء لكونهن نساء وبناء على معتقدات تحمل نظرة دونية للمرأة. وهو ما يشكل عنفا اقتصاديا قائما على أساس النوع الاجتماعي.

اغفال التنصيص على ضرورة تخصص العاملين في مجال محاربة العنف ضد النساء سواء بالنسبة للضابطة القضائية أو المحاكم أو حتى خلايا التكفل واللجان الحديثة، فاختيار القائمين على مجال محاربة العنف لا يتم بناء على معايير واضحة وإنما يسند ذلك لجهة التعيين التي تملك سلطة مطلقة في اختيار أعضاء اللجان وخلايا مكافحة العنف، وأحيانا قد يؤدي غموض معايير الاختيار إلى تكليف أشخاص بالقيام بهذه المهام غير مستعدين لذلك، أو غير

1- جاء في قرار فريد لغرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالجديدة: "إذا كانت الزوجة بحكم الرابطة الزوجية مدعوة لتمكين زوجها من نفسها، فإن الزوج مدعو بدوره لحماية شريكته حياته من الأفعال الفاحشة الماسة بعورتها التي لا يجوز العبث بحرمتها، لا أن يمارس عليها الفاحشة بدون رضاها ومن موطن حشمة بالنسبة لها من قبيل إتيانها من الفم أو الدبر بدون رضاها، فالرابطة الزوجية يجب أن توفر الحماية للزوجة، ولا ينبغي أن تستعمل كذريعة من طرف الزوج لارتكاب الفاحشة في حقها بطريقة هي غير راضية عنها". / محكمة الاستئناف بالجديدة: ملف جنائي عدد 2013/2644/36، مؤرخ في: 2013/06/05. غ.م.

2- أنظر على سبيل المثال الدراسة التي أعدتها الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، والجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء حول موضوع: "قراءة في القانون الجنائي من أجل تشريع جنائي يحمي النساء من التمييز والعنف، م.س. إلى جانب مذكرة ربيع الكرامة، م.س.

مدركين للاعتبارات المراعية للجنسين، وغير متفهمين ولا متقبلين للقوانين المتعلقة بمحاربة العنف ضد النساء، ويؤدي غياب التخصص الى ضعف الفعالية خاصة إذا كانوا مثقلين بمهام ومسؤوليات أخرى. وقد أغفل المشروع التنصيب أيضا على الزامية التكوين والتكوين المستمر لمكونات هذه الخلايا واللجان المحدثة. كما أغفل الربط بين عمل اللجان وخلايا التكفل وبين أي محفزات مادية أو معنوية، مما قد يؤثر سلبا على المردودية والنجاعة المتوخاة.

على صعيد المساطر لم يهتم المشروع الجديد بإدخال تعديلات هامة على مستوى التعامل مع قضايا العنف ضد النساء، فلم يهتم بإنشاء قضاء متخصص ولا خلق شعب أو غرف متخصصة داخل المحاكم، ولم يلزمها بتخصيص جلسات خاصة بقضايا العنف ضد المرأة، حتى بالنسبة لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية المتعلقة بسرية البحث التمهيدي لم يستثني منها حالات التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف، فإذا كان دليل التكفل يوصي بضرورة الاستماع إلى ضحية العنف في حضور أي شخص تطمئن له، فإن مشروع القانون الجديد لم ينتبه لهذه الحالة ولم يضع نصا يسمح بحضور مرافق الضحية لمرحلة البحث التمهيدي، التي تبقى متميزة بالسرية، وبالتالي لم يقدم مشروع قانون العنف ضد النساء أي اضافة نوعية لتجربة خلايا التكفل الموجودة على مستوى المحاكم..

غلبة الهاجس الزجري على المقاربة التأهيلية: فمشروع القانون الجديد اكتفى بتجريم مجموعة من الأفعال التي عدّها تشكل عنفا ضد المرأة، وتشديد العقوبة في أحوال أخرى تمثل ظروفًا للتشديد دون أن يهتدي إلى ضرورة محاولة تأهيل الأظناء بارتكاب جرائم العنف أو التحرش بالزامهم للخضوع إلى جلسات تأهيل تطبيقًا لمبدأ العدالة التأهيلية.

المشروع وبالرغم من ايجابيته إلا أنه يتضمن مقتضيات تبقى محل نظر وقد تسهم في الحد من فعاليته، من بينها التنصيب على أن تنازل الزوج المشتكي يؤدي إلى وضع حد للعقوبة في أحوال معينة وهو ما من شأنه أن يكرس سياسة الافلات من العقاب، والتطبيع مع ظاهرة العنف الزوجي، بل وشرعنة الأفكار السائدة التي تضع مئات العقبات أمام الزوجة أو المرأة المعنفة لتقديم شكاية بالعنف تفاديا للعار أو خوفا من الفضيحة أو تجنبًا للضغوط العائلية أو الاجتماعية التي تتعرض لها.

عموما فإن الاعلان عن قرب اصدار مشروع قانون للعنف ضد النساء يعتبر مبادرة محمودة في حد ذاتها، لكن يؤخذ عليها اقضاء المعنيين بهذا القانون من مسلسل التشاور، حيث خرج المشروع الجديد في معزل تام عن التراكمات التي تحققت عبر سنوات من عمل المجتمع المدني في مجال محاربة العنف ضد النساء وكأن المغرب حديث عهد بهذه التجربة¹، والحال أنه كان أول بلد عربي يضع استراتيجية لمحاربة العنف ضد النساء في وقت مبكر كان لا يزال ينظر فيه لهذا الموضوع على أساس أنه جزء من الطابوهات المسكوت عنها²، بل ولم يتم الاستفادة حتى من تقييم تجربة خلايا التكفل الموجودة على مستوى المحاكم والتي أبانت عن قصور بسبب غياب التخصص والتفرغ ووسائل العمل وأدوات التحفيز بالنسبة للقائمين عليها وصعوبة التنسيق بينهم وافتقار عنصر الالزام في طريقة الاشتغال.

وأتمنى أن لا تقف هذه الملاحظات وهذه الانتقادات التي أبدتها عدة جهات عقبه دون خروج القانون الجديد إلى حيز الوجود، إذ أنها ملاحظات تهدف إلى الدفاع عن حصيلة سنوات من العمل الميداني والبحث والدراسة.

ولا بد من الإشارة في الأخير لمسألة تبقى على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة تتعلق بالتعامل الاعلامي مع مشروع هذا القانون، وهو تعامل وبكل أسف افتقد في بعض الأحيان إلى المهنية والموضوعية، حيث تم اختزال النقاش برمته في مشروع القانون الجديد في نقطة التحرش الجنسي، وتمييع هذا النقاش لدرجة نجحت فيها العقلية الذكورية للمجتمع في إلغاء النقاش في جميع فصول المشروع في شموليته، واختزاله في نقطة وحيدة تتعلق بتحرش الرجال بالنساء وتقديم ذلك في صورة كاريكاتورية مضحكة. تتنافى مع الخطورة والألم الذي يثيره موضوع العنف ضد المرأة.

¹ التجربة المغربية في مجال مناهضة العنف ضد النساء- المنجزات والتحديات ، ورقة من اعداد المجلس الوطني لحقوق الانسان، قدمت بالدوحة بتاريخ 28 نوفمبر 2011.

2- يعد المغرب أول دولة عربية إسلامية وضعت استراتيجية وطنية لمحاربة العنف ضد النساء، وذلك منذ سنة 2002 حيث تم إعداد هذه الوثيقة نتيجة مسلسل عرف استشارة واسعة بين مختلف المتدخلين الحكوميين والمجتمع المدني وهو ما سمح ببلورة توافق واسع بخصوص التوجهات والأولويات اللازم وضعها في صدارة الاهتمام لمواجهة كل أشكال العنف الممارس ضد النساء وضبط التدابير اللازم اتخاذها في هذا المجال، وقد تم تفعيل هذه الجهود بالقيام بعدة خطوات مساعدة أهمها الاعلان عن مخطط تنفيذي للإستراتيجية سنة 2005، ثم تدشين عدة برامج أخرى مدعمة. لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع، يراجع: - الوزارة المكلفة بأوضاع المرأة ورعاية الأسرة والطفولة وإدماج المعاقين، الاستراتيجية الوطنية لمحاربة العنف ضد النساء، مطبعة Axions Communication، الرباط، 2003، ص: 26. / - كتابة الدولة المكلفة بالأسرة والطفولة والأشخاص المعاقين، رصد المنجزات في مجال محاربة العنف ضد النساء، بدعم من الوكالة الكندية للتنمية الدولية، مطبعة بني يزناس الرباط، ص: 6.

Minist7re chargé de la condition de la femme la protection de la famille et d'enfance, ensemble contre la violence à l'égard des femmes, Rabat, 2002, p : 26-28.

دور مجلس الأمن الدولي في الحرب العراقية – الإيرانية 1980 - 1988 (دراسة تحليلية في إطار القانون الدولي العام)



فضيلة الأستاذ الدكتور : نايف عبد الجليل الحمايده

دكتورة في الحقوق – القانون العام – العلاقات الدولية

استاذ القانون الدولي العام المشارك – كلية القانون –

جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا – الامارات العربية المتحدة من العام الجامعي 2011 وحتى الآن.

عضو هيئة تدريس الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية منذ عام 2007-2011.

محاضر غير متفرغ – الجامعة الاردنية – جامعة مؤتة – جامعة الاسراء – جامعة العلوم التطبيقية منذ عام 2004-2011.

• ملخص الدراسة :

تتناول هذه الدراسة الحرب العراقية الإيرانية (1980-1988) من ناحية قانونية، أي من جانب ما صدر عن مجلس الأمن من قرارات وتوصيات بخصوص هذه الحرب .

إن الحرب العراقية الإيرانية كانت من أشد حالات الصراع بين الدول التي مرت على الأمم المتحدة، لأن كلا الجانبين كان يطمح إلى أن ينهي بعضهما بعضاً. ناهيك عن الصراع التاريخي بين البلدين الذي زاد من اشتعال نيران الحرب بينهما، إضافة إلى الخلاف العقائدي الذي زاد من تعقيد الأمور. فكل هذه العوامل، ساهمت بشكل مباشر أو غير مباشر في اطالة امد النزاع واشتداد شراسته مما شكل عبئاً على هيئة الأمم المتحدة في حله. وسوف نرى أن قرار الأمم المتحدة (598) الذي أنهى الحرب جاء متوافقاً مع المصالح الدولية، والإقليمية، بالإضافة إلى توافقه مع مصالح أطراف النزاع مما عجل في الأخذ به وتطبيقه.

الكلمات الدالة : السياسة الخارجية العراقية ، الثورة الإيرانية، قرارات مجلس الأمن، الحروب الإقليمية، الأمن القومي العربي، النظام السياسي العراقي، النظام السياسي الإيراني.

The Role of the Security Counsel in the Iraqi – Iranian war (1980 – 1988)

Abstract :

This study deals with the Iraqi – Iranian war from a legal stand point based on the relevant decisions of the security counsel.

The Iraqi – Iranian war was one of the most complicated international conflicts in the age of the United nations, due to its historical and ethnic origins. The decision of the United Nations (598) succeeded in ending this war because it was in conformity with international and regional interests, as well as the interests of the parties to the conflict.

Key words ; Iraqi foreign policy, Iranian revolution, Decisions of the Security Council , regional wars ,Arab national security , Iraqi political regime , Iranian political regime

• هدف الدراسة وأهميتها :

تهدف الدراسة إلى التعرف على الأصول التاريخية للنزاع ودوافع الحرب العراقية الإيرانية وكذلك التعرف على الإطار القانوني لقرارات مجلس الأمن ومعرفة طبيعتها، ومدى تقصير مجلس الأمن الدولي في ممارسة اختصاصاته - لإنهاء حالة الحرب - المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة. وترجع أهمية هذه الدراسة إلى كونها تعالج ظرفاً صعباً عانت ولا تزال تعاني منه الشرعية الدولية كونها مضمراً قانونياً ينظم العلاقات بين الدول ويحدد مدى الحرص على بناء الأمن والسلام الدوليين.

• فرضية الدراسة :

إن عدم اتخاذ مجلس الأمن لقرار حاسم ينهي حالة الحرب، خاصةً ضمن التدابير العسكرية التي يارسها مجلس الأمن والمنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة والتي سبق له ممارستها سابقاً ولاحقاً جعلنا نتساءل عن كيفية تعامل مجلس الأمن مع هذه الحرب وهل كان هناك جدية في اتخاذ القرارات.

• منهجية الدراسة :

اعتمد الباحث المنهج التاريخي الذي يركز على الجانب التفسيري التحليلي لقرارات مجلس الأمن وذلك بإبراز كيفية اتخاذ القرارات وتطبيقها، كما اعتمد الباحث المنهج القانوني الذي يركز على دراسة القرارات من حيث سندها القانوني والتزامها بالشرعية الدولية.

• المجال الزمني :

تغطي هذه الدراسة القرارات الصادرة عن مجلس الأمن الدولي في الحرب العراقية - الإيرانية في الفترة الزمنية منذ 22 سبتمبر 1980 وحتى تاريخ قبول ايران لقرار مجلس الأمن رقم 598 في 18 يوليو 1988.

تقسيم الدراسة :

مدخل تمهيدي.

المحور الأول : نشوب الحرب وموقف مجلس الأمن الدولي.

المحور الثاني : الأحكام القانونية الواردة في قرار مجلس الأمن رقم 598.

المحور الثالث : الموقف العراقي والإيراني تجاه قرار مجلس الأمن رقم 598.

الخاتمة والنتائج.

التوصيات.

• مدخل تمهيدي : الأصول التاريخية للنزاع ودوافع الحرب :

منذ القرن السادس عشر، كانت الإمبراطورية الفارسية، سلف إيران الحالية، تطمع في الأراضي العثمانية الواقعة اليوم داخل نطاق الجمهورية العراقية. وكانت الحدود الفارسية-العثمانية غير واضحة المعالم، وتخضع لتقلبات الولاءات القبلية. كذلك كان الفرس - في أغلبهم - من الشيعة، في حين كان أغلب العثمانيين من السنة في الوقت الذي تقع فيه معظم الأماكن المقدسة لدى الشيعة في أرض العراق.

ونتيجة لهذا كله، كانت الإمبراطوريتان - الفارسية والعثمانية - في حرب مستمرة، واحتلت فارس العراق في الفترات من (1508-1514) ومن (1529-1543) وكذلك من (1623-1638) بالرغم من توقيع معاهدة بينهما عام (1555).

وفي عام (1847) تم توقيع معاهدة ارضروم بين الإمبراطوريتين وبمقتضى هذه المعاهدة أعطيت فارس مدينة عبادان، وميناء المحمرة (خورمشهر) والضفة الشرقية لشط العرب، أي كامل إقليم عربستان¹ تقريباً، في حين احتفظت الدولة العثمانية ببعض مناطق السليمانية. (ومع ذلك استمرت المنازعات التي نشأت عن تفسير كل جانب للمعاهدة، بشكل مختلف عن الآخر. وفي عام (1913) وقع بروتوكول القسطنطينية، وتنازلت الحكومة العثمانية عن جزء من مياه شط العرب أمام المحمرة طوله (7,25) كم بحيث تمر فيه الحدود في منتصف النهر.

وبالرغم من تلك التطورات، ظلت العلاقات بين العراق وإيران - تغير اسمها من فارس إلى إيران في يناير (1935) - أبعد ما تكون عن الود، وتبادل البلدان الإدعاءات حول التلاعب في المياه والممتلكات على الحدود فتم التوصل في عام (1937) إلى ثلاث اتفاقيات :

1. اتفاقية للحدود في (4 يوليو).

2. اتفاقية للصدقة في (8 يوليو).

¹- يقع إقليم عربستان جنوب غرب إيران "أي جنوب شرق العراق" على الخليج العربي، وقد أصبح اسمه فارسياً ولاية "خوزستان" وتقدر مساحة عربستان بما يتراوح بين (160) (185) الف كيلو متر مربع، ويضم أربع مدن رئيسية هي: الأهواز وعبدان والحويزة والمحمرة. وتنبع أهمية عربستان الاقتصادية، من حقيقة أن أكثر من ثلثي البترول الإيراني يُستخرج من أراضيه.

3. اتفاقية للتسوية السلمية للمنازعات في (24 يوليو).

وعلى أية حال، فقد ظلت اتفاقية عام (1937) تعترف بأن شط العرب انظر ماعدا الـ (7,25) كم السابق الإشارة إليها، و (7,75) كم أخرى أمام عبدان هي مياه وطنية بالكامل.

وبموجب هذا، كان العراق هو الذي يتقاضى أجور الملاحة والمرور من السفن، كما يقوم المؤسسون العراقيون بقيادة كافة السفن القادمة من الخليج، منذ وصولها إلى مصب شط العرب، سواء كانت تقصد الموانئ التابعة لإيران مثل عبدان، أو كانت تقصد الموانئ العراقية.

أدى أحلال النظام الثوري في بغداد محل الأسرة المالكة الهاشمية عام (1958) إلى إحداث تدهور حاد في العلاقات بين البلدين، ما لبثت أن انقلب إلى قطيعة مع مجيء حزب البعث إلى السلطة في العراق عام (1968).

فأعلنت إيران عام (1969) إلغاء اتفاقية عام (1937) الخاصة بالحدود من جانب واحد، مدعية أنها وقعت في فترة الأمبريالية البريطانية. وردت بغداد بأن مياه شط العرب مملوكة للعراق، وطالبت بحق الرقابة على كافة السفن التي تمر في النهر.

وفي أثناء انعقاد مؤتمر القمة الأول لدول الأوبك في الجزائر في (6/مارس/ 1975) تم التوصل إلى اتفاقية عرفت باسم "اتفاقية الجزائر" عقب اجتماعين بين شاه إيران وصادق حسين - كان نائب رئيس مجلس قيادة الثورة في العراق آنذاك - في حضور الرئيس الجزائري هواري بومدين⁽¹⁾ وتم التوقيع على اتفاقية الجزائر انطلاقاً من مبدأ حسن الجوار وتطبيقاً لمبادئ سلامة التراب الوطني، وحرمة الحدود المشتركة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية لكلا الجانبين.

لقد تم الاتفاق بينهما على ما يلي :

أولاً: إجراء تخطيط نهائي لحدودهما البرية بناء على بروتوكول القسطنطينية للعام (1913).

ثانياً: تحديد الحدود النهرية بحسب خط "Thalweg-الثلوج".

ثالثاً: سيعيد الطرفان الأمن والثقة المتبادلة على طول حدودهما المشتركة، وذلك من أجل وضع حد نهائي لكل التسلات ذات الطابع التخريبي من حيث أتت.

رابعاً: اتفق الطرفان على أساس الترتيبات المشار إليها كعناصر لا تتجزأ لحل شامل، وبالتالي، فإن أي مساس بإحدى مقوماتهما يتنافى بطبيعة الحال مع روح اتفاق الجزائر.

(1) اسامة الغزالي حرب، "التطور التاريخي ودوافع الحرب"، مجلة السياسة الدولية، العدد 63 (يناير 1981) ص ص 66-69. / سياد الجميل، "الخلافات الحدودية والإقليمية بين العرب وإيرانيين"، في العلاقات العربية الإيرانية، ط1 (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية 1996) ص ص 472-473.

وقد وضعت هذه الاتفاقية نهاية مؤقتة للنزاع بين البلدين⁽¹⁾.

ولم تكذ اللجنة تفرغ من مهمتها، حتى تم التوقيع في بغداد على معاهدة الحدود الدولية وحسن الجوار وبروتوكولاتها الثلاث وملاحقها في (13/ يونيو/1975).

تتألف معاهدة الحدود العراقية الإيرانية من سبع مواد وثلاثة بروتوكولات، أولها يتعلق بالأمن على الحدود بين العراق وإيران ويتشكل من تسع مواد، والثاني خاص بإعادة تخطيط الحدود البرية بين البلدين المتعاقدين ويتألف من ست مواد، والأخير يتناول تحديد الحدود النهرية بين العراق وإيران ويأتي في تسع مواد⁽²⁾.

ويمكن القول أنه في خلال تصاعد حركة الثورة الإيرانية، وحتى رحيل الشاه في (يناير/1979)، احتفظ العراق بعلاقات طيبة مع طهران، تحت شعار عدم التدخل في الشؤون الداخلية⁽³⁾.

ولكن لماذا أدى سقوط الشاه إلى احتدام النزاع مع العراق، رغم أن القائمين بالثورة الإسلامية كانوا يلقون تشجيعاً من حكومة بغداد؟ ومن ثم توقعت هذه الحكومة أن تكافأ على مواقفها السابقة.

لقد انعكست توقعات الحكومة العراقية، فالثورة الإيرانية أحدثت مزيداً من التناقضات بين النظامين. وهذه التناقضات، حسب اعتقادنا، أكثر أهمية من سبب النزاع المباشر، وهو مسألة شط العرب. وتتمثل هذه التناقضات في أن النظام الإيراني الجديد، طرح نفسه بوجوه مختلفة. وجه الشوفونية الفارسية التي لم تجد فيها الأقليات ما توقعته نظير تعاونها مع الثورة، ثم وجه المذهبية الشيعية التي تجتذب ولاء الأقليات الشيعية في العراق والخليج. بل أن الثورة الإيرانية أخذت تظهر نفسها بوجه آخر هو وجه حركة الأحياء الإسلامية العامة المناهضة للنفوذ الأجنبي ولعلمانية البعث. ومن هنا أثارت إعجاب العديد من أهل المنطقة إن خطأ أو صواباً.

وهناك تناقض آخر قد يُستشف من قراءة التاريخ، وهو تأثير العلاقات العراقية الإيرانية، بميزان القوى، فحينما كانت تتوفر عناصر القوة لإيران، تعمد إلى الزحف على وادي دجلة والفرات، حتى إذا تحول ميزان القوى لصالح الدولة العثمانية، بادرت إلى استرداد تلك البلاد.

وقد لعب العراق نفس الدور في حربه مع إيران، ظناً من قاداته أن هناك اختلال في ميزان القوى لصالحهم، فأرأوا أن يسووا خلافاتهم عن طريق الحرب⁽⁴⁾.

وجاء يوم (22-23/سبتمبر/1980) ذروة لتسعة عشر شهراً من المواجهة المتصاعدة بين إيران الثورة وعراق البعث. حيث بدأت القوات المسلحة العراقية بغزو إيران.

(1) سياد الجميل، "الخلافات الحدودية والإقليمية بين العرب وإيرانيين"، في العلاقات العربية الإيرانية، ط1 (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية 1996) ص ص 473-472.

(2) بدر الدين الخصوصي، الجذور التاريخية لأزمة العلاقات العراقية الإيرانية في العصر الحديث"، مجلة العلوم الاجتماعية، العدد 1 (أذار/مارس 1982)، ص 25.

(3) اسامة الغزالي حرب، مرجع ساب، ص 70.

(4) صلاح العقاد، "الأصول التاريخية للنزاع"، مجلة السياسة الدولية، العدد 63 (يناير 1981) ص 65.

(2) اسامة الغزالي حرب، مرج ساب، ص 74.

كانت الدوافع التي أعلنتها الحكومة العراقية، لهذا الغزو تدور في أغلبها حول استعادة الحقوق الإقليمية المسلوبة من العراق ومن الأمة العربية ككل.

على أن التاريخ وحده لا يكفي عادة لتفسير وتبرير الوقائع الهامة، التي هي في مثل حجم وخطورة الحرب العراقية الإيرانية .

وهناك دوافع " حقيقية " لا تستند فقط إلى التاريخ، وإنما ترتبط أيضاً بالوقائع المعاصرة.

وفي اعتقادنا أن هناك دافعين هامين لهذه الحرب :

الدافع الأول : رغبة النظام العراقي، بحكم طبيعته ومصالحه، في القضاء على الثورة الإيرانية، أو على الأقل، تحجيمها إلى أقل حد ممكن، بحيث تحبو تأثيراتها الثورية التي تهدد النظام العراقي، والنظم الأخرى في منطقة الخليج⁽¹⁾.

وفي حقيقة الأمر، أن قيام الثورة الإيرانية، كان قد ازعج بشدة قادة العراق، لأسباب متعددة، لعل أهمها أن هناك أغلبية شيعية في العراق، فقدر هؤلاء القادة احتمال امتداد نفوذ وتأثير الثورة الإيرانية إليها، مما من شأنه أن يقلب موازين التوازن السياسي في العراق⁽²⁾.

أما الدافع الثاني: فهو رغبة النظام العراقي في لعب دور القوة الإقليمية المسيطرة، أو " شرطي الخليج " بعد انهيار نظام حكم الشاه في إيران. ويبدو أن تقديرات النظام العراقي، تمثلت في البداية في تحقيق نصر سريع وحاسم على إيران، يبرز بعده العراق، باعتباره القوة الإقليمية الأكثر بطشاً ونفوذاً في مواجهة إيران المحتلة والذليلة، والسعودية الخائفة والمتردة⁽³⁾. وقد شجع العراق على تحقيق أمله في الزعامة العربية سياسة مصر الجديدة تجاه إسرائيل منذ زيارة الرئيس السادات للقدس التي أعطت المبرر للرئيس صدام على العمل على إبعاد مصر عن الساحة العربية خاصة بعد توقيع اتفاقيتي كامب ديفيد.

فبعد زيارة الرئيس السادات للقدس تكونت جبهة الصمود والتصدي من ليبيا والعراق وسوريا واليمن وصاحب ذلك ابتعاد مصر عن دورها القيادي في النظام العربي، وكان ذلك الغياب فرصة للعراق لتولي مركز الصدارة في العمل العربي بحكم ما كان يتمتع به من إمكانيات مادية وسياسية، وبالرغم من إمكانية قيام سوريا بدور قيادي في الوطن العربي، إلا أن المشكلة اللبنانية وتدخل سوريا في لبنان ظل يمتص طاقتها بالإضافة إلى مشكلاتها الداخلية. وبالتالي وجد النظام السياسي العراقي فرصة لاستكمال مقومات زعامته للمنطقة من خلال توجيه ضربة عسكرية ناجحة لإيران تؤكد هذه الزعامة⁽⁴⁾.

وفي نهاية هذا المدخل سنتحدث بشكل موجز عن موقف الدولتين العظميتين آنذاك وهما الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي سابقاً .

(1) اسامة الغزالي حرب، مرج ساب، ص74.

(2) السيد بيسين ، "الحرب العراقية الإيرانية"، مجلة السياسة الدولية، العدد 63 (يناير 1981) ص58

(3) أسامة الغزالي حرب، مرجع ساب، ص74.

(4) علا سيد عبد العزيز إسماعيل، "السياسة الخارجية للعراق على المستوى الإقليمي (1979-1990)" اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة.

فقد أعلنت الولايات المتحدة عن استعدادها لتقديم الدعم والعون العسكري لدول الخليج العربي بهدف تحجيم الدور السوفياتي في المنطقة وإغلاق الباب على إمكانية استغلال الاتحاد السوفياتي للثورة الإسلامية الإيرانية من أجل تحقيق أهدافه في الوصول إلى مياه الخليج.

كما أنه نتيجة لاستمرار الحرب العراقية الإيرانية وامتداد التهديد الإيراني إلى دول عربية مجاورة فلقد أخذت معظم الدول تتهافت على منح القوات الأمريكية التسهيلات وأخذت تتستر حول شعارات متعددة. ناهيك عن استغلال الحرب من أجل تحقيق أكبر قدر ممكن من المكاسب المادية للمصانع الحربية الأمريكية.

أما بالنسبة لموقف الاتحاد السوفياتي من الحرب فكان موقف متذبذب بين دعم إيران تارة ودعم العراق تارة أخرى. إلا أنه كان قانع بعملية الإنهاك والإجهاد لكلا الطرفين ومنتظر النهاية واحتمالاتها قبل أن يضع ثقله في الكفة، التي يراها تخدم أهدافه لاسيما أن كلا الدولتين تقعان على الخليج العربي الذي ظل لسنوات طويلة بعيداً عن سفن الأسطول السوفياتي.

أما موقف المجتمع الدولي من تلك الحرب ففي واقع الأمر أن كثيراً من دول العالم، وخاصة المصنعة للسلاح كان موقفها استغلال هذه الحرب لتحقيق مكاسب وأرباح مادية وتزويد آتون الحرب بكافة السبل والوسائل الممكنة.

فمنذ بداية الحرب استمر تزويد كل من العراق وإيران بكافة الاسلحة من مصادر متنوعة وكأن دول العالم، قد أجمعت على تدمير الدولتين واستنزاف طاقتهما وثروتهما⁽¹⁾.

وقد مرت الحرب العراقية الإيرانية بأربعة عوامل رئيسية :

المرحلة الأولى : هي مرحلة الهجوم العراقي الذي بدأ مع الحرب وانتهت بإحراز إيران للتوازن في أواخر عام (1981).

المرحلة الثانية : بدأت مع دخول قوات إيرانية إلى الحدود العراقية من ربيع (1982) وحتى صيف (1983) حيث توقع المراقبون أن يحدث انهيار عراقي في تلك الفترة.

المرحلة الثالثة : من عام (1983) وحتى ربيع (1988)، وهي مرحلة تميزت بوجود وهجمات رئيسية إيرانية دون نتائج فعالة واستنزاف مستمر لإمكانات وقوى الطرفين.

المرحلة الرابعة : عندما شعرت إيران بأن الحرب أصبحت محدداً هاماً لتوازنات السلطة في طهران، وأن النظام الدولي وقف ليساند العراق بينما حرصت الضغوط الدولية على منع إيران من إحراز انتصار حاسم. وتحول الحرب إلى حرب توحيدية شاملة انتقلت من حرب الناقلات إلى حرب المدن وحرب الصواريخ ثم الحرب الكيميائية، مما دفع إيران للقبول بقرار الأمم المتحدة رقم (598) الداعي لوقف الحرب⁽²⁾.

(1) حسين عمر توقة، "الحرب العراقية - الإيرانية، أثرها على الأمن القومي العربي"، في الإبعاد الإستراتيجية للحرب العراقية الإيرانية (البصرة: جامعة البصرة، 1988) ص 109-113.

(2) خالد عبد الحميد العوامل، "الثورة الإيرانية وشرعية النظم السياسية العربية" (رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1992) ص 49.

المحور الأول: نشوب الحرب وموقف مجلس الامن الدولي :

بدأت الوساطات الخارجية لإنهاء الحرب بين العراق وإيران فور اندلاع الحرب بينهما*، ولكن لم تكن هناك محاولات للوساطة قبل ذلك لنزع فتيل الحرب. ويمكن القول أن اهم محاولات الوساطة تمت في إطار الأمم المتحدة، حيث بدأت جهود الأمم المتحدة في نيويورك داخل أروقة المنظمة الدولية، والاتصال بالمندوبين العراقي والإيراني، وأسفرت عن توجيه نداء في (22/سبتمبر/1980) من "كورت فالدهايم" (الأمين العام للأمم المتحدة سابقاً) لحكومتَي العراق وإيران لضبط النفس ونبذ استخدام القوة.

وفي (24/سبتمبر/1980) بعث "كورت فالدهايم" رسالتين إلى الرئيس صدام حسين والرئيس أبو الحسن بني صدر، وجاء في هذه الرسالة: "أود أن أعرب لكم بصورة شخصية عن القلق العميق الذي أشعر به إزاء الاستمرار في الصراع بين العراق وإيران".

وإزاء عدم استجابة إيران لنداء الأمين العام اختار فالدهايم السيد أولف بله رئيس الوزراء السويدي في ذلك الوقت ليكون مبعوثاً شخصياً له، على بغداد وطهران.

وقد قام بله بخمس جولات بين العراق وإيران لإيجاد حل للنزاع العراقي الإيراني، ولكنه أعلن في ختام جولته الخامسة أن جميع محاولاته في التوسط لإنهاء الحرب العراقية الإيرانية والتي مضى عليها (17) شهراً قد وصلت إلى طريق مسدود.

وقد اصدر مجلس الأمن مجموعة قرارات وتوجيهات في أوقات متفاوتة دعت إلى الاحتكام إلى قواعد القانون الدولي وإنهاء الحرب بالطرق السلمية ومن هذه القرارات :

قرار مجلس الامن رقم (479) في (28/سبتمبر/1980) .

1. القرار رقم (514) لعام (1982) الذي دعا إلى وقف إطلاق النار وإنهاء جميع العمليات العسكرية وانسحاب القوات إلى الحدود المعترف بها دولياً.

2. قرار مجلس الأمن رقم (522) في (4/أكتوبر/1982)، والذي يدعو إلى وقف الحرب.

3. قرار مجلس الأمن رقم (540) في (31/أكتوبر/1983)، والذي يدعو الأمين العام إلى أن يستمر في مساعيه⁽¹⁾ للوساطة بين الطرفين المعنيين بهدف تحقيق تسوية شاملة وعادلة ومشرفة ومقبولة للجانبين. ويدين كل خرق للقوانين الدولية والإنسانية وبالأخص نصوص اتفاقيات جنيف لعام (1949) في جميع نواحيها ويدعو إلى وقف فوري لجميع العمليات العسكرية ضد الأهداف المدنية. كما يؤكد القرار على الحق في الملاحقة والتجارة الحرتين

* في (22/سبتمبر/1980) أمر مجلس الثورة العراقي القوات العراقية بالهجوم على إيران وبمواصلة الحرب إلى أن تعترف هذه الدول "بالسيادة العراقية على أراضيها وعلى مياهها النهرية والبحرية وأن تضع حداً لاحتلالها الغير شرعي للجزر الثلاث: طناب الكبرى وطناب الصغرى وأبو موسى.. في مدخل مضيق هرمز وأن تكف عن تدخلها في شؤون العراق الداخلية وشؤون الدول الأخرى في المنطقة".

وبالمقابل أعلنت القيادة العسكرية الإيرانية بأن مضيق هرمز والساحل الشمالي من الخليج ما زال تحت سيطرتها. وبأن الخليج منقطة حربية وحذرت من اقتراب أي سفينة من الساحل الإيراني، ورد الرئيس العراقي على هذا التصريح بأنه بمثابة إعلان الحرب من قبل إيران. (نبيه الأصفهاني، يوميات الصراع والحرب،" مجلة السياسة الدولية، العدد 63 (يناير 1981) ص ص 118-119.

(1) رجاء إبراهيم سليم، "حول الجهود الدولية لإنهاء الحرب"، مجلة السياسة الدولية، العدد 85 (يوليو 1986) ص ص 126-127.

في المياه الدولية ويدعو جميع الدول إلى احترام هذا الحق، كما يدعو المتحاربين إلى أن يوقفوا فوراً جميع العمليات الحربية في منطقة الخليج بما في ذلك الممرات البحرية كافة والممرات المائية الصالحة للملاحة ومنشآت الموانئ وجميع الموانئ المتصلة بالبحر بصورة مباشرة أو غير مباشرة وإلى احترام سلامة أقاليم الدول الساحلية الأخرى⁽¹⁾.

4. قرار مجلس الأمن رقم (582) في (24 فبراير/ 1986) والذي أكد على سحب القوات المتحاربة إلى الحدود الدولية المعترف بها، بدون إبطاء.

5. قرار رقم (588) في (20 أكتوبر/1986).

6. قرار رقم (598) في (20 يوليو/1987).

وقد استندت القرارات الستة الأولى التي أصدرها مجلس الأمن من ايلول (1980) وحتى نهاية عام (1986) على الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة، في حين استند القرار الأخير على الفصل السابع من الميثاق.

ويأخذ البعض على تلك القرارات أنها أخذت طابع التوصيات وليس طابع الإلزام.

وهذا الموضوع ظل مثار جدل عند المختصين بالقانون الدولي. ففي حين رأى البعض أن الفصل السادس من الميثاق تأخذ قراراته طابع التوصية والتمني، رأى البعض الآخر أن منطوق فقرات الفصل تعني الإلزام، لأن معظمها تبدأ بكلمة "يدعو" لا "يوصي" أو "يتمني" كما تضمنت تلك القرارات الستة الأولى وأردفها بكلمة "فوراً" و "بدون إبطاء" وهذه تأخذ طابع الإلزام أيضاً.

كما أن المجلس دعا في قراراته الطرفين إلى سحب القوات إلى الحدود الدولية المعترف بها وبدون إبطاء أيضاً.

وقد ركزت القرارات الستة على النقاط الآتية:

1. الامتناع الفوري عن استخدام القوة، والإنهاء الفوري لجميع العمليات العسكرية والاستعجال الفوري إلى وقف إطلاق النار.

2. سحب القوات المتحاربة إلى الحدود الدولية المعترف بها وبدون إبطاء².

3. يبدي المجلس استعداده لمراقبة وقف إطلاق النار بين البلدين من خلال فريق خاص.

إن هذه المطالب التي أرادها أعضاء مجلس الأمن هي الخطوات العملية باعتقادهم للبدء بالمراحل اللاحقة لحل النزاع بين البلدين بالمفاوضات والطرق السلمية. ولم يخف مجلس الأمن مخاوفه من مخاطر اتساع رقعة الحرب، وتهديدها للأمن والسلم في منطقة الخليج العربي. ولذا دعا المجلس في قراراته كذلك إلى:

(1) جهود السلام الدولية لإيقاف الحرب العراقية-الإيرانية للفترة من ايلول 1983 (بغداد: المكتبة الوطنية، 1984)، ص ص 62-63.
 (2) وهذا من قبيل التدابير المؤقتة التي يتخذها مجلس الأمن. أنظر رياض صالح أبو العطاء، المنظمات الدولية، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010، ص296.

1. حث الطرفين المتنازعين على قبول أي عرض ملائم للوساطة أو التوفيق واللجوء إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية لحل النزاع القائم بينهما.

2. دعوة مجلس الأمن إلى الأمين العام إلى الوساطة بين البلدين، وتقديم مقترحاته وخططه بهذا الشأن.

3. دعوة الطرفين إلى التمسك بدقة بالتزاماتهما بموجب ميثاق الأمم المتحدة وعدم تعريض المنطقة الى الخطر، ومن ثم الدعوة إلى إعادة السلم والأمن في المنطقة.

4. الدعوة إلى احترام حق الدول في الملاحة والتجارة الحرتين في المياه الدولية.

5. الحث على تبادل الأسرى خلال فترة قصيرة.

وقد رفضت الحكومة الإيرانية جميع قرارات مجلس الأمن الدولي الستة على اعتبار أن مجلس الأمن منحاز إلى جانب العراق، ولذلك كانت مقرراته منحازة أيضاً إلى جانب العراق كما طالبت إيران المجلس بأن يصدر قراراً يدين العراق بدعوى أنه بدأ الحرب والعدوان عليها، وذلك من أجل أن يظهر المجلس عدم انحيازه إلى جانب العراق.

أما بالنسبة للعراق فكان قد أعلن منذ البدء على لسان رئيسه أنه على استعداد لإيقاف القتال، والتفاوض المباشر أو عن طريق طرف ثالث أو أية جمعية أو منظمة دولية للوصول إلى حل "عادل" و "مشرف" يضمن الحقوق المشروعة للبلدين.

بناءً على ما سبق نستطيع القول أنه بالرغم من صحة القول بأن المؤسسة الدولية متمثلة بالجمعية العامة ومجلس الأمن، تمثل إرادة المجتمع الدولي في تنظيم شؤون العلاقات بين الدول والحفاظ على السلام في العالم، وتطويق النزاعات بين الدول وحلها بالطرق السلمية، إلا أن هذه المؤسسة تبقى تمثل عقلية وسياسة الدول المتمثلة فيها، وبالذات مجلس الأمن الدولي⁽¹⁾.

المحور الثاني: الأحكام القانونية الواردة في قرار مجلس الأمن رقم 598 :

طبقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة فإن مجلس الأمن من سلطاته إصدار قرارات ملزمة للدول الأعضاء في المنظمة الدولية. ومصدر الإلزام القانوني في هذه القرارات يتأتى من أن الميثاق كونه معاهدة دولية جماعية، وقعتها الدول الأطراف وصدقت عليها طبقاً للأوضاع الدستورية الداخلية في كل دولة وهذا يعني ان الدول الأطراف - ومنها إيران والعراق - ملتزمتان قانوناً طبقاً لنظرية المعاهدات الدولية باحترام ما يصدر عن الأجهزة الرئيسية للمنظمة من قرارات لها صفة الإلزام.

فلخضوع لقرار مجلس الأمن لا يعني أن الدول قد خضعت لما تقرره الدول الأعضاء فقط في مجلس الأمن، وإنما هناك التزام باحترام القرارات يركز على مصدر بعيد ألا وهو الميثاق الذي هو معاهدة دولية.

(1) حسن طوالبه، "حقوق إيران من قرارات مجلس الأمن إزاء الحرب بين العراق وإيران"، في الابعاد الإستراتيجية للحرب العراقية الإيرانية (البصرة: جامعة البصرة، 1988) ص ص 126-134.

ولقد ارتضت جميع الدول الأعضاء ومنها إيران والعراق عند تأسيس المنظمة الدولية عام (1945) الدخول في هذا التنظيم الدولي الجماعي واحترام ما يصدر عنه من قرارات في المستقبل.

وبالتالي فإن عدم الخضوع لهذه القرارات يشكل خرقاً لمعاهدة دولية جماعية سبق للدول الأطراف أن وافقت عليها دون ضغط أو إكراه.

وعندما نتحدث عن الأحكام القانونية لقرار مجلس الأمن (598) والصادر بشأن إنهاء هذه الحرب، فإننا نضع في اعتبارنا هذه المبادئ القانونية، فالقرار جاء بأحكام قانونية يُستحسن بالدولتين المتنازعتين اتباعها وإن عليهما الخضوع إلى هذه الأحكام القانونية من أجل الوصول إلى السلام.

قصد القرار وضع حد للحرب الدائرة بين الدولتين منذ عام (1980)، وسبقت صدوره مشاورات عديدة بين الدول الخمس الدائمة العضوية في مجلس الأمن استمرت لمدة ستة شهور. وكان القرار قد صدر بالإجماع دون فيتو أو اعتراض من أحد، وهذه هي بنود القرار:

1- يطالب مجلس الأمن بأن يلتزم كل من إيران والعراق بوقف إطلاق النار على الفور ووقف جميع الأعمال العسكرية في البر والبحر والجو وسحب جميع قواتهما دون تأخير إلى الحدود المعترف بها دولياً كخطوة أولى لتسوية يتم التوصل إليها من خلال التفاوض.

2- يطلب من الأمين العام إرسال فريق من مراقبي الأمم المتحدة للتحقيق والتأكد والإشراف على وقف إطلاق النار والإنسحاب ويطلب أيضاً من الأمين العام إجراء الترتيبات الضرورية بالتشاور مع الطرفين ثم تقديم تقرير إلى مجلس الأمن.

3- يحث على الإفراج عن أسرى الحرب وأعادتهم إلى أوطانهم دون تأخير بعد وقف العمليات الحربية وفقاً لمعاهدة جنيف الثالثة الموقعة في (12/أغسطس/1949).

4- يدعو إيران والعراق للتعاون مع الأمين العام في تنفيذ هذا القرار وفي جهود الوساطة لتحقيق تسوية شاملة وعادلة ومشرفة مقبولة لكل من الجانبين لجميع القضايا المتعلقة وفقاً للمبادئ التي تضمنها ميثاق الأمم المتحدة.

5- يدعو جميع الدول الأخرى إلى ممارسة أقصى قدر من ضبط النفس والامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى مزيد من تصعيد وتوسيع الصراع ومن ثم تسهيل تنفيذ القرار الحالي.

6- يطلب من الأمين العام استكشاف مسألة تكليف هيئة محايدة - بالتشاور مع إيران والعراق - بالتحقيق في المسؤولية عن بدء الصراع ورفع تقرير إلى مجلس الأمن في أقرب وقت ممكن.

7- يعترف مجلس الأمن بحجم الضرر الذي وقع خلال الصراع والحاجة إلى جهود لإعادة الإعمار بمساعدة دولية مناسبة فور أن يعين فريقاً من الخبراء لدراسة مسألة الإعمار ويرفع تقريراً إلى مجلس الأمن.

8- ويطلب من الأمين العام أن يدرس بالتشاور مع إيران والعراق ومع الدول الأخرى في المنطقة إجراءات تعزيز الأمن والاستقرار في هذه المنطقة.

9- يطلب من الأمين العام إحاطة مجلس الأمن علماً بتنفيذ هذا القرار.

10- يُقرر الاجتماع مرة أخرى إذا دعت الضرورة للنظر في خطوات أخرى لضمان الإلتزام بهذا القرار.

11- يأسف مجلس الأمن لإلقاء القنابل على مراكز سكانية مدنية محضة والهجمات على سفن محايدة أو طائرات مدنية وانتهاك القانون الإنساني الدولي والقوانين الأخرى الخاصة بالصراع المسلح وخاصة استخدام أسلحة كيميائية* وهو الأمر الذي يتنافى مع الإلتزامات التي يقضي بها بروتوكول جنيف لعام (1925).

أشار القرار (598) إلى المادتين (39) و (40) من ميثاق الأمم المتحدة، الأمر الذي يؤكد أن القرار قد صدر طبقاً للفصل السابع من الميثاق والذي بمقتضاه يصدر مجلس الأمن قرارات لها قوة الإلزام في مواجهة الأعضاء، وتجعل المجلس في وضع يستطيع معه ممارسة إجراءات القمع والردع ضد الدولة التي تهدد السلام والأمن الدوليين.

فالمادة (39) تنص: "يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان. ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لإحكام المادتين (41) و (42) لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه".

أما المادة (40) المشار إليها أيضاً في ديباجة القرار (598) فهي تنص على ما يلي: "منعاً لتفاقم الموقف، للمجلس، قبل أن يقدم توصياته أو يتخذ التدابير المنصوص عليها في المادة (39) إن يدعوا المتنازعين للأخذ بما يراه ضرورياً أو مستحسناً من تدابير مؤقتة، ولا تخل هذه التدابير المؤقتة بحقوق المتنازعين ومطالبهم أو بمركزهم، وعلى مجلس الأمن أن يحسب لعدم أخذ المتنازعين بهذه التدابير المؤقتة حسابه".

ومما لا شك فيه أن حرب الخليج تشكل تهديداً للسلام الدولي. وقد امتد أثرها إلى جميع الدول تقريباً من خلال الاعتداءات التي وقعت على ناقلات النفط في الخليج. حيث عمدت الدولتان المتحاربتان إلى ضرب العصب الاقتصادي لكل منهما.

تلك كانت أهم أحكام قرار مجلس الأمن رقم (598) والصادر بتاريخ (20/يوليو/1987)، وبالإضافة إلى هذه الأحكام فقد أوكل المجلس إلى السكرتير العام للأمم المتحدة مهمة الوسيط الدولي المكلف بمساعدة الطرفين للوصول إلى السلام.

وأولى المهمات التي باشرها السكرتير العام هي إرسال فريق من المراقبين الدوليين إلى بغداد وطهران للبحث في ترتيبات وقف إطلاق النار تمهيداً للدخول في تنفيذ الخطوات الأخرى حسب قرار المجلس.

* أثير موضوع استخدام الاسلحة الكيماوية في حرب الخليج لأول مرة من جانب الحكومة الإيرانية في (نوفمبر/1983) وذلك في الخطاب الموجه منها إلى الأمين العام للأمم المتحدة وفيه تتهم العراق باستخدام اسلحة ممنوعة دولياً في النزاعات المسلحة، وفي بادئ الامر رفضت بغداد مثل هذه الاتهامات، ورفضت أيضاً استقبال بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق، وكررت إيران اتهاماتها في عديد من الرسائل الموجهة للأمين العام وبصفة خاصة في (فبراير/1984) وكانت بعثة الأمم المتحدة الطبية التي زارت طهران في الفترة (13-19/ مارس/1984) أكدت في تقديرها ذلك.

وقد تم فعلاً التوصل إلى وقف إطلاق النار تحت إشراف السكرتير العام للأمم المتحدة⁽¹⁾.

عُرفت خطة تطبيق القرار (598) التي عرضها الأمين العام للأمم المتحدة آنذاك - بيريز ديكويار - على كل من طهران وبغداد باسم "اليوم-D" * وتتكون تلك الخطة من العناصر التالية:

1. بدءاً من تاريخ محدد، يتم الاتفاق عليه ويشار إليه باسم "D-day" بهدف استخدام ذلك خلال المباحثات (يتم تنفيذ وقف إطلاق النار).

2. في تاريخ محدد بعد "D-day" يجب الاتفاق حوله، يبدأ انسحاب جميع القوات إلى الحدود المُعترف بها دولياً بحيث يكتمل الانسحاب ضمن إطار زمني متفق عليه.

3. في "D-day" أو تاريخ آخر يتم الاتفاق عليه (يبدأ جهاز محايد البحث في مسؤولية النزاع).

4. في "D-day" أو في تاريخ مُتفق عليه بعد ذلك - من يوم D - يبدأ إطلاق وتبادل أسرى الحرب حسب مؤتمر جنيف الثالث في عام (1949).

وكان الأمين العام قد اقترح على طهران وبغداد أنه يجب التوصل إلى اتفاق لتحديد "اليوم-D" على أن يتم إتباع ذلك بمباحثات حول التحضيرات المطلوبة لتنفيذ كل من الإجراءات التي أُشير إليها.

كذلك فإنه شدد على أن جميع هذه المباحثات يجب أن تكتمل في "اليوم-D". كذلك فإنه اقترح الآتي: "في حال عدم التوصل إلى اتفاق حول بعض التحضيرات المطلوبة فإن الطرفين يجترمان قرارات الأمين العام في ذلك الإطار"⁽²⁾.

ومما هو جدير بالذكر في هذا المبحث أنه بالرغم من انتهاء الحرب العراقية الإيرانية في عام (1988) إلا أن هناك العديد من القضايا التي ظلت عالقة بين الجانبين، ومن أبرزها قضية الأسرى، حيث ظلت إيران تتهم العراق بالاحتفاظ لديه بعدة آلاف من الأسرى الإيرانيين منذ انتهاء الحرب بين البلدين بينما نفى العراق هذه المزاعم، قائلاً أنه تمت إعادة جميع أسرى الحرب الإيرانيين إلى طهران، ولا يوجد لدى العراق سوى عدد قليل من الأسرى الإيرانيين ممن رفضوا العودة إلى إيران، بل أن العراق يتهم إيران بالاحتفاظ بأعداد كبيرة من أسرى الحرب العراقيين لديها، وترفض إعادتهم إلى بلادهم وقد ظلت هذه القضية حجرة عثرة أمام محاولات تطوير العلاقات العراقية الإيرانية⁽³⁾.

وما تزال إيران ترى ضرورة تسوية قضية تعويضات الحرب - خلفت الحرب بين الجانبين 450 ألف قتيل وخسائر اقتصادية تقدر بحوالي (350) مليار دولار - وتبني إيران تفسيراً لهذا القرار يقوم على أن العراق يعتبر بمثابة الطرف المتسبب في الحرب، استناداً إلى أن إقدام العراق على إعادة شط العرب والأراضي المتنازع عليها إلى إيران عقب قيامه

(1) علي إبراهيم، مفاوضات السلام العراقية الإيرانية ومستقبل السلام في منطقة الخليج، "مجلة السياسة الدولية"، العدد 99 (يناير 1990) ص 35-40.
* اليوم-D ترجمة عربية لمصطلح "D-uar" الذي أطلقه قادة الحلفاء على ساحل النورماندي في بداية تحرير أوروبا من الاحتلال النازي وأصبح بعد ذلك رمزاً للإنطلاق في تحقيق عمل ما، وقد استخدمه الأمين العام للأمم المتحدة رمزاً لخطة سلام بين العراق وإيران.

(2) خليل مطر، "خطة اليوم-D لتطبيق القرار 598"، مجلة التضامن، العدد 233، (سبتمبر 1987)، ص 14.

(3) خليل مطر، "خطة اليوم-D لتطبيق القرار 598"، مجلة التضامن، العدد 233، (سبتمبر 1987)، ص 14.

بغزو الكويت يعتبر في واقع الأمر دليلاً واضحاً على ان العراق يعتبر الطرف المتسبب في الأصل في الصراع المسلح⁽¹⁾.

المحور الثالث: الموقف العراقي والإيراني تجاه قرار مجلس الأمن رقم (598):

(أولاً) الموقف العراقي:

قبل العراق القرار (598) فور صدوره، حيث أرسل نائب وزير الخارجية العراقي رسالة إلى السكرتير العام للأمم المتحدة بتاريخ (23/يوليو/1987) يعلن فيها قبول العراق للقرار، أي أن هذا القبول جاء بعد ثلاثة أيام فقط من صدور القرار.

وعندما زار السكرتير العام للأمم المتحدة بغداد في (سبتمبر/1987) أعلن له المسؤولون العراقيون عن قبولهم للقرار، واستعدادهم للتنفيذ حسب تسلسل فقراته. أي وقف إطلاق النار، انسحاب القوات إلى الحدود المعترف بها، ثم بقية أحكام القرار دون تقديم خطوة قبل الأخرى.

وفي تقريره الذي قدمه إلى مجلس الأمن بعد عودته قال السكرتير العام بشأن الموقف العراقي: "إن السلطات العراقية أكدت مراراً على أن العراق يعتقد بأنه يجب تنفيذ مختلف أوجه القرار حسب الترتيب والتتابع الواضح في القرار نفسه. وإن موقف العراق تمثل في أنه لو كان الموقف الإيراني متمثلاً في ضرورة تنفيذ الفقرة السادسة من القرار - تشكيل اللجنة المحايدة لبحث مسؤولية من بدأ الحرب - قبل إعلان وقف إطلاق النار، فإن ذلك يُعتبر رفضاً واضحاً للقرار ولقد شرحت لي السلطات العراقية بالتفصيل أسباب هذا الموقف الذي شدد عليه العراق وتمثل في أن العراق لن يتقبل بأي شكل كان وقفاً غير معلن لإطلاق النار وشددوا أيضاً على أنه يجب إتباع وقف إطلاق النار بسحب جميع القوات إلى الحدود الدولية دون تأخير".

وأضاف الأمين العام في تقريره أن السلطات العراقية شددت على أنها ليست ضد تشكيل جهاز محايد للتحقيق في مسؤولية بدء النزاع⁽²⁾.

وشرح السكرتير العام للأمم المتحدة بالتفصيل الموقف العراقي من الفقرة السادسة من القرار (598) قائلاً: "إن المسؤولين العراقيين عبروا لي عن أنه يجب أن تكون لجنة الجهاز المحايد قضائية، لأنها تبحث في مبدأ قانوني لتحديد مسؤولية الطرف الذي بدأ النزاع. وقد اعتبر العراق أن التحديد القضائي هو الضمانة الأفضل لحقوق ومصالح الطرفين المتنازعين"⁽³⁾.

وقال الأمين العام أيضاً أن السلطات العراقية أبلغته أن خطته المقترحة تتطابق والقرار (598) وأعادوا التأكيد على استعدادهم لتنفيذ القرار على أنه كل لا يتجزأ وعن استعدادهم للتعاون معه ومع مجلس الأمن لذلك الهدف. وأن الأمم المتحدة تملك الإمكانية الأفضل لإيجاد نهاية للحرب.

(1) أحمد إبراهيم محمود، "التنافس الاستراتيجي بين العراق وإيران في الخليج"، مجلة السياسة الدولية، العدد 136 (أبريل 1999) ص 121-122؟

(2) علي إبراهيم، مرجع سابق، ص 41.

(3) خليل مطر، مرجع سابق، ص 15.

وهكذا يتضح وعلى لسان سكرتير عام الأمم المتحدة نفسه، بأن العراق قد قبل القرار وعلى استعداد لتنفيذه حسب تسلسل أحكامه.

والموقف العراقي سليم من الناحية القانونية، حيث لا يمكن تطبيق القرار بكل احكامه وتنفيذه إلا إذا حدث وقف لإطلاق النار وعودة للقوات إلى حدودها وتبادل الأسرى ثم تحديد المسؤولية، ولو كان المجلس يريد غير ذلك لبدأ نصوص القرار بضرورة تشكيل لجنة وحدد لها مدة لإصدار قرارها وبعد صدور قرارها يحدث وقف لإطلاق النار.

هذا امر غير منطقي لأن المنطق يقضي أولاً بإيقاف الحريق ثم البحث في خطوات نحو السلام بما فيها تحديد الطرف المسؤول عن إشعال الحريق⁽¹⁾.

هذا هو باختصار الموقف العراقي حسب ما جاء في تقرير الامين العام للامم المتحدة وحسب ما جاء في الرسائل المرسلة من وزارة الخارجية العراقية إلى السكرتير العام نفسه وإلى رئيس مجلس الامن خلال عام كامل تقريباً.

ثانياً: الموقف الإيراني :

كان قبول إيران لقرار مجلس الأمن رقم (598) في (18/يوليو/1988) مفاجأة لجميع المراقبين سواء أولئك الذين توقعوا قرب انتهاء الحرب بين إيران والعراق، أو أولئك الذين لم يروا نهاية قريبة لها وإن اختلفت درجة المفاجأة وتفاوتت. فمسار الأمور في إيران لم يكن يوحى باتجاه إلى قبول قرار مجلس الأمن بدون شروط حتى أيام قليلة قبل اتخاذ القرار. وأنه حتى (13/يوليو/1988) كان الحديث الرسمي، على لسان رئيس مجلس الشورى الإيراني عن صراع ممتد وخوض الحرب على المدى الطويل.

وأنه قبل ذلك بأيام وبالتحديد في (5/يوليو/1988)، اتخذ مجلس الشورى الذي هو بمثابة المجلس التشريعي لإيران قراراً بالتصديق على قانون يقضي بمواصلة الحرب ضد العراق حتى تحقيق النصر النهائي⁽²⁾.

حتى أنه في الرسالة التي بعثت بها الخارجية الإيرانية إلى الأمين العام في (11/أغسطس/1987) بخصوص القرار (598) كان هناك اتهامات لأعضاء مجلس الأمن ومنها:

1. اتهام الولايات المتحدة الأمريكية بأنها وراء صياغة القرار، لتبرير دخولها إلى الخليج، وتحويل أنظار الرأي العام عن الجبهة الداخلية.
2. تكرار الاتهام للمجلس بأنه منحاز للعراق وطرف في النزاع بدعوة أنه "أذعن للقرار الذي قدمته الولايات المتحدة وسعت بنشاط من أجله".
3. ركزت الرسالة على مسألة الملاحة في الخليج وأفردت لها عدة فقرات، بهدف فصل هذا الموضوع عن الحرب كلها، والسعي لإبرام صفقة خاصة بذلك دون قبول إيقاف الحرب⁽³⁾.

(1) علي إبراهيم، مرجع ساب، ص 41.

(2) طلعت حسام، "الأبعاد الإستراتيجية لقبول إيران لقرار مجلس الامن" مجلة السياسة الدولية، العدد 94، (أكتوبر 1988) ص 252.

(3) حسن طولبه، مرجع سابق، ص 132.

ولذا فإنه عند دراسة دوافع إيران لاتخاذ القرار لابد من التركيز على التغييرات التي حدثت في الموقف خلال النصف الأول من شهر يوليو والأيام الأخيرة السابقة لاتخاذ القرار بشكل خاص.

ولا يعني هذا إغفال العوامل المترابطة التي كان لها أثرها على الموقف الإيراني والتي هيأت مسرح الصراع بالدرجة التي جعلت للعوامل الأخيرة أثرها الحاسم.

فإذا كانت هناك عوامل مترابطة قد هيأت القيادة الإيرانية لاتخاذ القرار، فقد ظلت القيادة الإيرانية مع تراكم هذه العوامل لا تقبل قرار مجلس الأمن، وتضع شروطاً وقيوداً لتنفيذه كانت تعني في النهاية عدم تنفيذ القرار دون الإعلان الصريح عن رفضه، مما يعني أن هذه العوامل وإن كانت قد شكلت ضغطاً على القيادة الإيرانية إلا أن الضغط لم يكن كافياً إلى الدرجة التي تدفعها إلى التخلي عن شروطها السابقة، وبالتالي فإن التغييرات التي حدثت في الأيام الأخيرة التي سبقت اتخاذ القرار كانت العامل الحاسم الذي أرغم هذه القيادة على الإذعان للإرادة الدولية ورغبة المجتمع الدولي، وأنه لولا هذه التغييرات، بل وربما بعض هذه التغييرات فقط، لما أرغمت القيادة الإيرانية على قبول ذلك القرار الذي اعتبرته القيادة السياسية الدينية الإيرانية "أكثر صعوبة من تجرع السم"⁽¹⁾.

غير أن الملاحظة الهامة هنا أن تلك التطورات ما كان لها أن تحدث لولا الآثار التراكمية لمعارك السنوات السابقة التي أوضحت بجلاء ما يلي:

1. عجز القوات الإيرانية عن تحقيق النصر الحاسم الذي وعدت به القيادة على العراق في الهجوم الأخير الذي بدأ مع نهاية عام (1986).

2. عجز القيادة الإيرانية عن شن الهجوم الحاسم والأخير الذي كان مفترضاً أن يقع بين (نوفمبر/1986) و (مارس/1988).

3. إخفاق إيران عن غلق مضيق هرمز أو منع الملاحة المدنية في الخليج رغم التهديدات المتكررة بغلق المضيق إذا ما انخفضت نسبة تصدير النفط الإيراني نتيجة الهجمات العراقية⁽²⁾.

فمن الواضح إذاً أن الضغوط العسكرية على القيادة الإيرانية كانت هي العامل الحاسم رغم أنه لا يمكن فصلها عن الدبلوماسية السياسية الخارجية، والضغوط الاقتصادية، والضغوط الإيرانية الداخلية حيث أن الضغوط العسكرية حينما تلعب الدور الرئيسي إنما تستفيد من نتائج الضغوط السابقة.

فالانتصارات العراقية وضعت القيادة السياسية الإيرانية في أحرج المواقف حسب تعبير الأخيرة، وأن دعواتها الشعب إلى التطوع لم تجد استجابة وهذا التخلي الشعبي الإيراني عن قيادته قد تكون له أسبابه الموضوعية بالإضافة إلى أسبابه السياسية، ولكنها تؤكد أن ذلك لم يكن ليؤثر على القيادة الإيرانية إلى درجة قبول قرار مجلس الأمن بدون شروط لو لم تهدد الانتصارات العراقية النظام الإيراني في ذلك الوقت بهجماتها المتتالية وبشكل خاص باختراقها للحدود الإيرانية، وتوغلها فيها، وتدميرها لتشكيلات عسكرية إيرانية داخل الحدود⁽³⁾.

(1) طلعت مسلم، مرجع سابق، ص 254.

(2) فتحي علي حسين، "تسوية الصراع العراقي الإيراني"، مجلة السياسة الدولية، العدد 95 (يناير/1989) ص 117.

(3) طلعت مسلم، مرجع سابق، ص 255.

فمنذ قبول إيران للقرار (598) تعثرت المفاوضات المباشرة بين العراق وإيران من أجل وضع البنود الستة لهذا القرار موضع التنفيذ.

وبمناسبة مرور عام على وقف القتال أرسل الأمين العام للأمم المتحدة مذكرة بتاريخ (18/8/1989) إلى قادة البلدين للتذكير بأن سير المفاوضات قد توقف بالرغم من المحاولات لدفعها. ولفت الأمين العام نظر الطرفين إلى أن أية تسوية للصلح يجب أن تسير بموجب القرار (598) الذي قبله الطرفان ولا يمكن إجراء أي تعديل عليه، ودعا الطرفين إلى اتخاذ مواقف متوازنة⁽¹⁾.

كان قبول إيران لقرار مجلس الأمن خطوة نحو إيقاف الصراع المسلح في الخليج، إلا أن بدء تنفيذ وقف إطلاق النيران تطلب زمناً استمر فيه الصراع ولكن على مستوى منخفض لم تقم فيه العراق بمحاولة استثمار وضعه المتفوق عسكرياً بشكل قوي يكون تأثيره قويا في مجرى المفاوضات بعد ذلك.

كما كان من الممكن للقوات العراقية استغلال وضعها في تحقيق مكاسب عسكرية جديدة، واتخاذ أوضاع أفضل.

وقد تحدث كلا الجانبين كثيراً بعد سريان وقف إطلاق النار عن انتهاكات الجانب الآخر لوقف إطلاق النار، إلا أن تفاصيل المعلومات الواردة عن هذه الانتهاكات تشير إلى أنها أعمال تخرج في أغلبها عن مفاهيم الصراع المسلح وإن كانت لها علاقة بها. إذ عمل الجانبان على تحصين مواقعهما قدر الإمكان وإعادة بناء دفاعاتهما تحسباً لاستئناف الصراع، وكان المظهر الأكبر هو اقتراب قوات الجانبين من بعضهما في كثير من الأماكن إلى درجة كبيرة بحيث تسبب درجة عالية من التوتر.

إذ وصلت المسافة بين الجانبين في أحد الأماكن إلى عشرة أمتار فقط وكانت المظاهر التالية هي رفع الأعلام وحفر التحصينات.

بينما كانت هناك بعض الشكاوي من إطلاق محدود للنيران، ورغم تكرار شكاوي الجانبين إلا أن إيقاف إطلاق النيران ظل جارياً⁽²⁾.

ومما لا شك فيه أيضاً أن هذا القبول للقرار (598) قد قاد إلى كسر طوق العزلة الدولية التي كانت تحيط بإيران. وبالفعل لاحت تباشير الانفراج في الاقح عندما اعلنت فرنسا في (23/أغسطس/1988) تخفيف الحظر على استيراد البترول الإيراني.

كما بدت بوادر تحسن مع لندن، وفي نفس الوقت سعت الولايات المتحدة الأمريكية إلى إنهاء التوترات الكامنة في العلاقات مع إيران، فاستصدر الكونجرس قرارين في (سبتمبر/1988) يقضيان بفرض عقوبات على العراق بتهمة استخدام أسلحة كيميائية ضد الأكراد، الأمر الذي من المحتمل أنه عزز موقف إيران خلال المفاوضات من ناحية وقاد إلى تقارب إيراني أمريكي من ناحية أخرى⁽³⁾.

(1) التقرير الاستراتيجي العربي (القاهرة: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، 1990) ص ص 144-145.

(2) التقرير الاستراتيجي العربي (القاهرة: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، 1989) ص ص 152-153.

(3) فتحي علي حسين، مرجع ساب، ص 121.

الخاتمة والنتائج :

وفي نهاية هذه الدراسة نستنتج أن اشتعال الحرب العراقية الإيرانية كان دافعها الأساسي رغبة النظام السياسي العراقي في القضاء على النظام السياسي الإيراني الجديد- نظام الخميني- خوفاً من أن يؤدي وجود هذا النظام إلى قلب نظام الحكم في العراق أولاً، ثم في دول الخليج ثانياً، خاصة بعد مناداة النظام السياسي الإيراني بمبدأ تصدير الثورة هذا من ناحية، كما أن النظام السياسي العراقي كان مدفوعاً بمباركة دولية من ناحية أخرى وبالذات أمريكية للقيام بهذه الحرب، وليس أدل على ذلك من أن العراق هو الذي بدأ بمهاجمة إيران عسكرياً بحجة الدفاع الشرعي الوقائي عن النفس.

ولم تدين الأمم المتحدة ذلك الهجوم ولم تعتبره عدواناً ويرجع ذلك إلى الضغط الأمريكي على مجلس الأمن، فالولايات المتحدة الأمريكية كانت تُعتبر الحليف الاستراتيجي لنظام الشاه "محمد بهلوي" (1941-1979) ووجود نظام حكم إسلامي في إيران جاء عن طريق الثورة لا بد وأن يؤذن بعواقب وخيمة على منطقة الخليج ذات المصالح الإستراتيجية للولايات المتحدة المتمثلة في النفط، هذا بالإضافة إلى ما حققته مصانع السلاح الأمريكية من مكاسب كبيرة حيث أنها في حقيقة الأمر كانت تزود كلا الطرفين بالسلاح.

إن العراق عندما لم يحقق ما كان يصبو إليه من نصر سريع على إيران أخذ بالموافقة على كل قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالنزاع والتي كانت إيران تنظر إليها باعتبارها "صنيعة أمريكية" ومن هنا كانت ترفض الموافقة على مثل هذه القرارات، حتى صدور القرار (598) الذي توافقت معه المصالح الدولية بوجوب إنهاء النزاع من ناحية، ومع مصلحة العراق وإيران لاسيما أن الأخيرة بدأت تعاني من العطب في آلياتها العسكرية من ناحية أخرى.

فحسب اعتقادي أنه لولا اقتناع طرفي النزاع بضرورة إنهائه لما كتب لهذا القرار النجاح، وعلى أية حال، فإن هذا القرار جاء بمباركة الاطراف الدولية لاسيما الدول الكبرى كالولايات المتحدة والاتحاد السوفياتي آنذاك، بالإضافة إلى دول المجموعة الأوروبية، ودول مجلس التعاون الخليجي التي أنهكت الحرب ميزانيتها، فهي كانت ترى في العراق الدرع الواقى ضد مبدأ تصدير الثورة الذي تبناه النظام الجديد في إيران. ومن هنا نلاحظ أن نجاح قرار الأمم المتحدة (598) في حل النزاع بالرغم من وجود أمور خلافية لا زالت قائمة مثل قضية الأسرى لدى الجانبين يرجع إلى توافق المصالح الدولية والإقليمية والمحلية في ضرورة وقف هذه الحرب، فجاء القرار انعكاساً لجميع هذه المصالح.

• التوصيات :

1. كي يقوم مجلس الأمن بدوره المنوط به في حفظ السلم والأمن الدوليين توصي الدراسة بضرورة تغيير آلية التصويت في هذا الجهاز، بدءاً من إلغاء حق النقض (الفيتو) للدول الخمس دائمة العضوية.
2. إن اشتراط موافقة تسعة أعضاء من مجلس الأمن من بينهم الأعضاء الخمس الدائمين في المسائل الموضوعية يشكل عائقاً امام صدور أي قرار لذا توصي الدراسة بجعل آلية التصويت بأغلبية ثلثي الاعضاء الخمسة عشر في المسائل الموضوعية والأغلبية في المسائل الإجرائية.

3. توسيع نطاق العضوية في مجلس الأمن كي يشمل التمثيل القاري ويراعى في ذلك تمثيل الأمم والشعوب بالرغم مما هو معمول به حالياً وذلك على أساس التوزيع الجغرافي، حيث لا يمكن للدول العشرة ممارسة أي دور أو تأثير فاعل بخصوص أي قرار.

4. تفعيل دور الجمعية العامة بممارسة سلطات مجلس الأمن الدولي في حال عجزه عن ممارستها وجعل آلية التصويت بأغلبية الثلثين في المسائل الموضوعية والأغلبية للمسائل الاجرائية وذلك من أجل الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين.

• قائمة المراجع :

أ- الكتب :

1. الأبعاد الإستراتيجية للحرب العراقية الإيرانية، البصرة: جامعة البصرة، 1988.
2. التقرير الاستراتيجي العربي، القاهرة: مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية، 1989.
3. التقرير الاستراتيجي العربي، القاهرة: مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية، 1990.
4. جهود السلام الدولية لإيقاف الحرب العراقية - الإيرانية، بغداد: المكتبة الوطنية، 1984.
5. العلاقات العربية الإيرانية: الاتجاهات الراهنة وآفاق المستقبل، ط1، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1996.

ب- الدراسات والمقالات :

1. أحمد إبراهيم محمود، "التنافس الاستراتيجي بين العراق وإيران في الخليج" مجلة السياسة الدولية، العدد 136 (أبريل 1999) ص ص 118-128.
2. أحمد أبو الحسن زرد، "الحرب العراقية الإيرانية والقانون الدولي الإنساني" مجلة السياسة الدولية، العدد 85 (يوليو 1986) ص ص 102-107.
3. أسامة الغزالي حرب "التطور التاريخي ودوافع الحرب العراقية الإيرانية" مجلة السياسة الدولية، العدد 63 (يناير 1981) ص ص 66-76.
4. بدرالدين الخصوصي "الجذور التاريخية لأزمة العلاقات العراقية الإيرانية في العصر الحديث" مجلة العلوم الاجتماعية، العدد 1 (مارس 1982)
5. خليل مطر "خطة اليوم - D لتطبيق القرار (598)" مجلة التضامن، العدد 233 (سبتمبر 1987) ص ص 14-15.

6. رجاء إبراهيم سليم "حول الجهود الدولية لإنهاء الحرب" مجلة السياسة الدولية، العدد 85 (يوليو 1986) ص ص 126-129.
7. رياض صلاح أبو العطاء، المنظمات الدولية، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010.
8. السيد يسين، "الحرب العراقية الإيرانية." مجلة السياسة الدولية، العدد 63 (يناير 1981) ص ص 58-60.
9. صلاح العقاد. "الأصول التاريخية للنزاع." مجلة السياسة الدولية. العدد 63 (يناير 1981) ص ص 61-65.
10. طلعت مسلم. "الأبعاد الإستراتيجية لقبول إيران لقرار مجلس الأمن." مجلة السياسة الدولية. العدد 94 (أكتوبر 1988) ص ص 248-267.
11. علي إبراهيم، "مفاوضات السلام العراقية الإيرانية ومستقبل السلام في منطقة الخليج." مجلة السياسة الدولية. العدد 99 (يناير 1990) ص ص 32-60.
12. فتحي علي حسين . "تسوية الصراع العراقي الإيراني" مجلة السياسة الدولية، العدد 95 (يناير 1989) ص ص 117-125.
13. نبيه الأصفهاني. "يوميات الصراع والحرب." مجلة السياسة الدولية. العدد 63 (يناير 1981) ص ص 116-125.

ج- المواد غير المنشورة :

1. خالد عبد الحميد العواملة. "الثورة الإيرانية وشرعية النظم السياسية العربية." رسالة ماجستير. جامعة القاهرة، 1992.
2. علا سيد عبد العزيز إسماعيل. "السياسة الخارجية للعراق على المستوى الإقليمي (1979-1990)" أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1995.

التعديل الأخير لقانون السلطة القضائية في اليمن : قراءة قانونية مُجرّدة



فضيلة الأستاذ الدكتور خالد الجمرة : خبير قانوني ومسؤول سابق في السلطة القضائية باليمن

أستاذ الفقه المقارن والقانون الجنائي في عديد من الجامعات اليمنية

كاتب رأي في عدد من المواقع والصحف اليمنية والعربية

email : khaledalj@hotmail.com

تعرض القانون رقم (1) لسنة 1991م الصادر بشأن السلطة القضائية، للكثير من التعديلات، جُلّها تمّ بتسرّع ودون دراسة، إذ كانت التقديرات الفردية في أحسن الأحوال هي التي تقترحها، لهذا كانت بتعددتها، ترتب، وتنظم، أحكام تعني بالاستحواذ على الاختصاصات فقط، إذ عملت بعض الهيئات القضائية على الافتتاح على اختصاصات هيئات أخرى داخل المؤسسة القضائية، وظهر الأمر كأنه صراع بين أفكار تتابع، للسيطرة والاستحواذ على أكبر قدر ممكن من اختصاصات المؤسسة القضائية.

آخر هذه التعديلات قدّمتها حكومة (الوفاق) كمصفوفة بمقترحات تشريعية تهدف إلى سحب مُجمل وأهم الاختصاصات التي تمنح وزير العدل المشاركة في رسم السياسة العامة للسلطة القضائية، وتسليمها لمجلس القضاء الأعلى، هذه المقترحات، وللأمانة نقولها لم تكن توجد لو لا إصرار، ومتابعة، وزير العدل القاضي مرشد العرشاني الذي على خلاف من سبقه من وزراء العدل دعم، وتبنى هذه المقترحات التشريعية، في حين كان من قبله يسعون بقوة للاستحواذ على اختصاصات أخرى، بل وكانوا يفتأون على اختصاصات الهيئات الأخرى، مع استثناء محدود في فترة قصيرة كان فيها وزير العدل فضيلة الأستاذ اسماعيل الوزير الذي في عهده قُدمت الاستراتيجية الوحيدة حتى الآن لإصلاح وتطوير القضاء، والتي للأسف وأدت بُعيد تعيينه في موقع آخر خارج السلطة القضائية.

لكن هل هذا المشروع المقدم من وزير العدل حالياً القاضي العرشاني والذي تمّ (رسمياً!!) إقراره كقانون قبل أيام قلائل من الآن كافياً لتنقيح مكامن الضعف في المصفوفة التشريعية المرتبة للقضاء؟! وهل صدر هذا القانون بطريقة مشروعة؟!، هذا سيكون محور الحديث الأول لهذه الكتابة، بينما موضوع المحور الثاني سيتعلق بأهداف هذا المشروع وإيجابياته، في حين سيتطرق المحور الثالث لأوجه القصور التي وقعت فيها هذه التعديلات، مع مقترحات بمعالجتها، ومن اللازم التوضيح في ما يتعلق بمنهجية هذه الكتابة أن لفظ "التعديل" الوارد في السطور القادمة، يُقصد بهأين ما ورد (القانون رقم (27) لسنة 2013م بشأن تعديل بعض مواد قانون السلطة القضائية وتعديلاته) ، كما

يلزم الإشارة إلى أن بعض النصوص الواردة في هذا القانون محل القراءة، إنما هي امتداد في حكمها لنصوص سابقة، عدلت اجرائياً مع احتفاظها بجوهر حكمها القديم، ولعدم الجدوى من العودة للنص الأصلي، وحتى يمكن اختصار هذه الكتابة إلى أقل قدر ممكن - ليمكن نشرها - تم الاكتفاء بمناقشة النص الوارد في التعديل، دون الإشارة إلى أصل النص القديم، إلا في حالات معينة استلزم فيها العودة للنص الأصلي لتوضيح حكم ما، على اعتبار أن صدوره في هذا التعديل بالحكم الأصلي نفسه، يعد قبولاً من التعديل بهذا الحكم، فلزم مخاطبته هو دون غيره.

المحور الأول: مشروعية التعديل.

كما سبق الحديث، فقد اقترحت الحكومة مصفوفة لمشروع تعديل لقانون السلطة القضائية، تكفل وزير العدل القاضي مرشد العرشاني بتبنيه ابتداءً، وعمل على إقناع مجلس الوزراء بأهميته، ومن ثم دافع عنه أمام مجلس النواب، بعد إقرار مسودة المشروع من الحكومة، وتقديمه لمجلس النواب، تم مناقشته من قبل المجلس، في عدة جلسات، إلا أن جلسة إصداره الأخيرة، تخلت فترة مقاطعة أحزاب اللقاء المشترك لجلسات مجلس النواب، بسبب خلاف سياسي بين الكتل الممثلة للأحزاب في مجلس النواب حول آلية الموافقة على التشريعات الصادرة من المجلس خلال الفترة الانتقالية التي نعيشها سياسياً الآن، فكان صدور مشروع القانون من المجلس في ظل مقاطعة كتلة المشترك التي ينتمي إليها وزير العدل، ووزير الشؤون القانونية، ومع هذا تتابعت الإجراءات الدستورية، حيث تم رفع مشروع القانون بعد صدوره من مجلس النواب إلى رئيس الجمهورية، الذي وفقاً للإجراءات الدستورية لإصدار التشريعات يتحتم عليها على المادة (103) من الدستور إصداره، أو إعادته إلى مجلس النواب خلال فترة ثلاثين يوماً مسبباً الإرجاع بالبررات، إلا أن ما تم في هذا المشروع، أن الرئيس لم يرجع المشروع إلى مجلس النواب، ولم يصدره كقانون خلال فترة الثلاثين يوماً، أو بعدها بأسبوعين، وهو بهذا ووفقاً لنص المادة السابقة من الدستور، يكون قد تخلى عن حقه الدستوري طواعية، و يكون المشروع قانوناً نافذاً بقوة الدستور، دون الحاجة لإصدار المشروع من رئيس الجمهورية، فامتناع رئيس الجمهورية عن إصدار المشروع لا يعطله، لكن بقت معضلة دستورية تتمثل في ضرورة نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، وهو ما لم تقم به وزارة الشؤون القانونية، فمثل هذا مخالفة دستورية واضحة، إلا أنه بعد التسوية السياسية لأزمة مجلس النواب، وعودة كتلة المشترك إلى قاعته، وتسوية مشاكل أخرى بين الأحزاب الممثلة بمجلس النواب، أصدر رئيس الجمهورية هذا المشروع بقرار متأخر، خلق حالة من الدهول، والاستغراب في الوسط القانوني، إذ كيف يصدر رئيس الجمهورية قانوناً هو نافذاً بقوة الدستور بعد عدة أشهر من نفاذه؟!، بينما الدستور ألزمه بإصدار القانون خلال مدة ثلاثين شهراً وأُسبوعين كحد أقصى وفق ما تقدم تفصيله، فكان هذا مخالفة دستورية أخرى شابت إصدار هذا التعديل، وهي فرصة لدعوة رئاسة الجمهورية بضرورة مراجعة أداء الشؤون القانونية بمكتب الرئيس، إذ لا يُعقل توريث الرئيس في مخالقات دستورية كهذه.

إذن، مما سبق، يُمكن القول: أن إصدار هذا التعديل شابه الكثير من المخالفات الدستورية التي لم تكن ستقع، لو أن جميع المؤسسات التزمت بإجرائاتها الدستورية المنصوص عليها في المادة (103) من الدستور، ومن هنا لا يمكن لأي قانوني يحترم مهنيته، أن يجزم قطعاً، أن هذا التعديل نقياً لا غبار عليه من حيث مشروعيته!

من المهم التنويه في آخر هذا المحور الأول من هذه الكتابة، أن الحكم (المشهور) الصادر من الدائرة الدستورية، القاضي بعدم دستورية مواد في قانون السلطة القضائية، كان قد تضمن سحب مشروعية مجموعة من النصوص القانونية المعدلة بهذا القانون، كما تضمن كذلك سحب مشروعية نصوص أخرى لم يتضمنها هذا التعديل، بعد الحكم تقدم وزير العدل بمشروع جديد، لتعديل قانون السلطة القضائية وفق ما ترتب على هذا الحكم من أحكام

جديدة، إلا أن مجلس النواب رفض من حيث المبدأ مناقشتها، وأصر على التعديل السابق محل هذه الكتابة، وهو ما حدا بوزير العدل، والشؤون القانونية، للعودة على بعث هذا التعديل من جديد، وفقاً للقاعدتين الشرعيتين الشهيرتين (الميسور لا يسقط بالمعسور) ومن ثم (ما لا يترك كله لا يترك جُله)، قبل أن يقنعا من جديد المجلس بنظر حزمة مشروع بتعديلات قانونية جديدة لمعالجة ما ترتب على الحكم المشار إليه آنفاً، مما يعني أن قانون السلطة القضائية سيتعرض في ظرف أقل من ستة أشهر لتعديلين، إضافة إلى التعديلات السابقة التي صدرت في سنوات سابقة.

المحور الثاني: أهداف التعديل وإيجابياته.

بكل تأكيد فإن هذا التعديل مُختلف تماماً من سابقاته، أولاً: من حيث أن غرض التعديل هذه المرة هدف إلى سحب اختصاصات، ومنحها لجهة غير الجهة المتبينة لهذا التعديل، ثانياً: أن هذا التعديل عمل على معالجة، وإكمال أحكام جاءت عبر تعديلات سابقة، منها مثلاً تلك التي رتب فصل موقع رئيس مجلس القضاء الأعلى عن مهام رئيس المحكمة العليا الذي كان يشغل الموقعين وفق تعديلات قانونية سابقة لقانون السلطة القضائية، وهذه تعديلات كان يقتضي أن تتضمن اختصاصات لرئيس المجلس من جهة، وللمجلس بالعموم من جهة أخرى، وهو ما لم يحدث، ثالثاً: صدرت هذا التشريعات وفق الغرض المُعلن، وهو الحد من تدخل السلطة التنفيذية في شؤون القضاء التي تتم بالعادة عبر نافذة اختصاصات ومهام وزير العدل، وهذه كلها في مجملها أغراض سامية، بغض النظر عن أي شيء آخر!، تستلزم الشكر من جديد لمن تبنى هذا التعديل، ودافع عنه.

المحور الثالث: مثالب التعديل.

بكل تأكيد تبقى الأعمال البشرية قاصرة، أقصى ما تتطلع إليه من كمال، هو الكمال الإنساني فحسب، وحتى هذه هيات أن تحدث إلا في ما ندر، وبتوفيق من الله إن أراد سبحانه، إن منما وقع فيه هذا التعديل من قصور ابتداءً، هو ما ظهر وكأنه جهلاً ببعض المصطلحات، والمسميات، وخطأً لها، فالتعديل لم يراع التمييز بين طبيعة قرار رئيس الجمهورية، وطبيعة القرار الجمهوري، إذ من المعلوم أن قرار رئيس الجمهورية في حقيقته قراراً كاشفاً لذات وإرادة، وقناعة رئيس الجمهورية فقط، بينما القرار الجمهوري قراراً يكشف عمل مؤسسي، تقترحه وتنفذه مؤسسات الدولة تسلسلاً من التكوين المختص بالمؤسسة المعنية، مروراً بالوزير المعني، فرئيس مجلس الوزراء، وأخيراً رئيس الجمهورية، ويوقع في مسودته، الوزير، ورئيس مجلس الوزراء، ورئيس الجمهورية، بمعنى انه قراراً يكشف توجه حكومي، وبالتالي فإن اشتراط صدور قرار جمهوري لتعيين القضاة ما دون أعضاء المحكمة العليا كما جاء في المادة (59) من التعديل، يعني من طريق مختلفة، أن وزير العدل حتماً يجب أن يوقع على مسودة هذا القرار، وحينها ستنتهز فكرة، وغرض هذا التعديل، المبينة بالمحور الأول من هذه الكتابة، مادام وأن وزير العدل يستطيع أن يعطل القرار برفض التوقيع عليه، ومادام أن إصداره يستوجب أن يمر على السلطة التنفيذية لتوقيعه!! كما أن من المثلث التي وقع فيها هذا التعديل ترتيبه القاصر لإجراء ترشيح، واختيار، وتعيين، رئيس المحكمة العليا، وكذا النائب العام، ورئيس هيئة التفتيش القضائي، ففي هذه الاجراءات كما سيأتي من الخلل ما يعدم فعاليتها، إذ جاء في المادة (59) من التعديل، أن رئيس المحكمة العليا، يُعيّن بقرار يصدر من رئيس الجمهورية، بناء على عرض من رئيس مجلس القضاء، بعد موافقة المجلس، من بين قائمة ترشيح بأسماء تعدّها، وتقدمها، هيئة التفتيش القضائي، وفي هذا الإجراء خلل واسع يظهر في أكثر من وجه، فمن المنصوص عليه دستورياً، أن المحكمة العليا أعلى هيئة قضائية، ومن ثم فإن إعداد قائمة أسماء مقترحة لشغل موقع رئيس أعلى هيئة قضائية، من هيئة أدنى هي هيئة التفتيش القضائي، يتعارض مع هذا العلو،

وهو ما سينال منالسمو الدستوري للمحكمة العليا عن بقية الهيئات القضائية، إذ سيجعل رئيس المحكمة العليا مرهوناً في إرادته لهيئة أدنى، ومن المفارقات أن التعديل نص على أن يكون ترشيح رئيس هيئة التفتيش من رئيس المجلس مباشرة!، وهذا يُمكن أن يفسر بإنهترفع، وتمييز قانوني لمنصب رئيس هيئة التفتيش القضائي على مناصرئيس المحكمة العليا، وهذا لا يتسق مع الدستور، والتشريع؛ من وجه آخر فإجراءات التعيين هذه بحد ذاتها صادمة جداً للعقل، والمنطق، ولا تتسق مع الواقع العملي بالمطلق، فمن المعلوم أن رئيس المحكمة العليا عضواً بمجلس القضاء الأعلى، بينما النص في التعديل يشترط موافقة مجلس القضاء لتعيينه ابتداءً، فهل يُعقل أن يناقش رئيس المحكمة العليا داخل المجلس باعتباره عضواً في هيئة التفتيش القضائي لاختياره هو رئيساً للمحكمة أو بترشيح غيره بدلاً عنه، وهو ما ينطبق أيضاً على ما جاء في إجراءات تعيين النائب العام، وكذا إجراءات تعيين رئيس هيئة التفتيش القضائي وفقاً للمادتين (92،60/و) من التعديل، ووفقاً لهذه الإجراءات سيتعين على رئيس المحكمة العليا، أن يناقش مقترح بترشيح نائباً عاماً للجمهورية، والنائب العام هو كذلك سيناقد داخل المجلس مقترحتعيين رئيساً للمحكمة العليا، ورئيس المحكمة العليا سيناقد مقترحتعيين رئيساً لهيئة التفتيش القضائي الذي كفل له القانون اعداد قائمة ترشيح يعرض رئيس وأعضاء مجلس القضاء أسماء منها، رئيساً للمحكمة العليا!! وعرضه على رئيس الجمهورية لإصدار قراراً بذلك، والحال ينطبق على رئيس هيئة التفتيش القضائي كذلك الذي سيناقد مقترح بتعيين نائباً عاماً للجمهورية، ورئيساً للمحكمة العليا؛ فتكون النتيجة البديهية لهذا، أن كل واحداً من هؤلاء سيعين الآخر، أو لنقل سيناقد موضوع تعيين نفسه، وكذا تعيين زملائه وفق ما تقدم، وهو ما يعني استحالة تنفيذ هذه الإجراءات بنزاهة، وبدون شبهة تحايل، أو تجاوز، لتداخل المصالح!!، وهذا وضع كان يجب تصوّره عند مناقشة اقتراح هذه الإجراءات في مسودة المشروع الأولى، ومن ثم معالجته، فمع افتراض التطبيق النصي للقانون؛ ستكون أي تعيينات خارج هذه الإجراءات لشغل هذه المواقع باطلة قانوناً، لأنها إجراءات مُعيّنة، ومحددة، تعييناً، وتحديدًا، دقيقاً، لا تقبل اجتهاداً مُخالف.

إن مثل هذه الإجراءات قد تبدو طبيعية جداً، وواقعية، بل وفعالة جداً، في حالة واحدة!!، أن تمت تحديد فترة زمنية محددة لشغل هذه المواقع، بحيث لا يجوز بعد انقضائها تعيين شاغلي هذه المواقع، في ذات الموقع مرة أخرى، هنا يمكن استيعاب فكرة أن يناقش هؤلاء موضوعاً متعلقاً بترشيح، واختيار، و تعيين البديل المناسب لهم، لأن فترتهم القانونية قد انتهت، ولم يعد لهم أي خيار آخر، ووقتها ستظهر هذه الإجراءات بشكل مقبول، ومعقول!!، لكن هل يُمكن هؤلاء أياً كانوا اقتراح أو حتى الموافقة على مثل هذا الحكم؟!، بمعنى هل يقبل هؤلاء باقتراح تشريعات تحدد فترة شغل مواقع المسؤولية هذه بجملة زمنية محدودة؟!، هنا تظهر أهمية مبدأ استقلال السلطة التشريعية، إذ أن السلطة التشريعية في الأصل، لا يهتمها عند التشريع، أن تحمي ألف، أو باء في ما تقره من أحكام، وقواعد، وإجراءات، ولن تسعى لتفصيل تشريعات قانونية تحفظ لرئيس المحكمة العليا، أو النائب العام، أو رئيس هيئة التفتيش القضائي، مواقعهم إلى الأبد!!.

ومن ضمن ما يؤخذ على هذا التعديل أنه تجاهل واقع وطبيعة علاقة النائب العام بأعضاء النيابة عندما لم ينص صراحة أو ضمناً أن للنائب العام الحق المباشر في إدارة عملية التفتيش على وكلائه الذين هم أعضاء النيابة بتدرج صفاتهم، ومهامهم، فعلاقة أعضاء النيابة بالنائب العام وفقاً للمادة (54) من التعديل علاقة تبعية، بكل ما يحكمها من أصول، وقواعد عامة، تُرتب علاقة التابع بالمتبوع، ومن هنا كان من الضروري على التعديل أن يمنح النائب العام سلطات إشرافية على عملية التفتيش على أعمال أعضاء النيابة، من خلالها يناقش، ويوجه، ويرسم حركة هذا التفتيش وإجراءاته، وهو ما كان ممكناً ترتيبه في فقرة خاصة ضمن المواد التي رتب نصوصها آلية عمل هيئة التفتيش

القضائي، فهذا التجاهل من شأنه أن يجعل النائب العام يتحرك مُستقبلاً في هذا الاتجاه بعيداً عن أروقة هيئة التفتيش القضائي، وهو ما سيتسبب في نشوء تصادم وازدواج عند تقييم أعمال أعضاء النيابة بين النائب العام، وهيئة التفتيش القضائي، إلا أنه يُمكن تلافي هذا القصور في لائحة هيئة التفتيش القادمة التي سيصدرها رئيس المجلس وفقاً للمادة (95) من التعديل؛ وعلى هذا المنوال يمكن التساؤل في اتجاه آخر هل لرئيس محكمة الاستئناف حق تنبيه رؤساء، وقضاة، المحاكم الابتدائية وفق ما جاء في المادة (90) من هذا التعديل؟!، في الحقيقة أن علاقة القضاة العاملين في إطار اختصاص محكمة الاستئناف برئيسها تختلف عن علاقة أعضاء النيابة العامة برؤسائهم، ففي القضاء لا تبعية للقاضي لأحد، و تحتكم علاقة القاضي بالقاضي الأرفع منه في مستوى المحكمة الابتدائية، أو الاستئنافية داخل إطار قضائي يرتبها القانون الموضوعي والإجرائي؛ و من المتوقع أنهمع طول الفترة الزمنية لاستخدام رئيس محكمة الاستئناف لهذا الحق سيؤسس هذا بطريقة غير مباشرة، نواة لعلاقة تبعية حتماً داخل نفسية القضاة مُستقبلاً، كما سيتسبب هذا بإثارة شبهات مستمرة بالانحياز ستضر بمصلحة التقاضي؟!، إذ أن مباشرة مثل هذا الحق المُعين في المادة السالفة الذكر، قد يفضي بالأخير إلى وقوع رئيس محكمة الاستئناف في حرج، حال ماتضمن تنبيهه للقاضي، تصرف محدد قام به هذا الأخير، في قضية معينة يختص بنظرها في ما بعد استئنافاً لرئيس محكمة الاستئناف نفسه، ولهذا كان الأولى قصر حق التنبيه لهيئة التفتيش القضائي فقط، ولا يوجد ما يمنع حتى بدون نص رئيس محكمة الاستئناف من العرض على هيئة التفتيش بما يقف عليه من اختلال جسيم، يضر بالعدالة، في شخص، أو تصرف القاضي العامل في إطار اختصاص محكمة الاستئناف، كما لم يكن التعديل موفقاً في تأكيده لحكم ورد في نص سابق ضمن قانون السلطة القضائية، مميّز نعتاً فحسب بين التنبيه الشفهي، والتنبيه الكتابي، فبينما أفرد إجراءات للتظلم من التنبيه الخطي، لم ينص كذلك في ما يتعلق بهذا الجانب عند التنبيه الشفهي، كما لم يبين كيف يصدر هذا النوع من التنبيه، وبأي طريقه يمكن إثباته، لهذا تخلى التعديل عن هذا النوع من التنبيه سريعاً في المادة (91)، عندما نص أنه لرئيس مجلس القضاء تنبيه القضاة كتابة، ولم يشر إلى التنبيه الشفهي المُبتكر في المادة (90) من التعديل وفي أصلها القديم من قانون السلطة القضائية أيضاً!!، ومع هذا حتى في المادة (91) كان التعديل غير موفق وهو يجيل النظر في التظلم من التنبيه الذي يصدره رئيس مجلس القضاء إلى مجلس القضاء!!، إذ كيف يتظلم قاضٍ من تظلم أصدره رئيس المجلس، إلى المجلس الذي يرأسه مصدر التنبيه وهو الذي يسيطر ويهيمن عليه قانوناً ويرأس جلساته، ومداولاته؟! هُنا كان يستحسن أن يحال الحق في نظر التظلم الصادر من رئيس مجلس القضاء الأعلى - في حال كان ولا بد من منحه مثل هذا الحق -، إلى المحكمة العليا لتنظره الدائرة الإدارية بصفة مستعجلة، كما لم يلزم النص في المادة (91) أنتدوع نسخة من تنبيه رئيس المجلس في هيئة التفتيش، بينما أُلزم تسليم نسخة من قرار المجلس إلى الهيئة حال رفض التظلم من هذا التنبيه، أو تم قبوله، بحسب ما يدل عليه مفهوم النص، وهذه هفوة وقع فيها التعديل، إذ قيّد في هذا النص حق التظلم بإجراءات متعددة، بينما لم يرتب أي إجراءات سابقة لإصدار التنبيه، إذ ترك الأمر فقط لقناعة، واجتهاد، وإرادة رئيس المجلس، فبدا هذا النص كأنما أريد به تحصين تصرف رئيس المجلس، وهذا غير عادل، ولا يستقيم مع فكرة أن مجلس القضاء بمكوناته إنما هو مجلس ضمان للقاضي، ولا عبرة بما جاء في المادة (90) في ما يتعلق بإرسال نسخة من التنبيه إلى هيئة التفتيش حال كان التنبيه صادر من جهة غيرها، لكون حق التنبيه الممنوح لرئيس المجلس محكوم بنص خاص لا يسري عليه الحكم العام، بل أنه بالعودة إلى أصل هذا النص قبل التعديل والذي كان فيه حق التنبيه ممنوحاً لوزير العدل، يلاحظ أن ذلك النص اشترط مجموعة من الإجراءات التي تقيد ابتداءً استخدام هذا الحق من مثل تمكين القاضي من حقه في الدفاع قبل توجيه التنبيه، وعموماً يبق حق رئيس مجلس القضاء في تنبيه القضاة غير عملي، وزائد، غير عملي لأن رئيس المجلس ليس له الحق في تقييم عمل القضاة بالمطلق إلا وفق ما تقتضيه طبيعة دور

جلس القضاء عند مناقشة تقارير هيئة التفتيش القضائي، وزائد لأنه مع تبعية هيئة التفتيش للمجلس، وخضوعها لإشراف رئيسه وفقاً للمادة (92) من التعديل، وهي الجهة التي لها فقط الحق في التفتيش على أعمال القاضي المتجاوز لافتراض أن عملها بهذا الصدد ستحكمه لوائح، وأنظمة دقيقة لإجراءات التفتيش، ونتائجه، تمثل ضمانات أكيدة لأن مثل هذا الحق لن يستخدم كسيف مسلط على رقبة القاضي، مع هذه التبعية يكون من اليسير التفتيش سريعاً على أعمال القاضي، وكذلك تمكينه من الدفاع عن نفسه حول الواقعة محل التنبيه المفترض، ومن ثم يكون من غير المناسب منح حق تنبيه القضاة مطلقاً لرئيس المجلس بعيداً عن مداولة المجلس، ودون تقييد هذا الحق بضابط، و ضمانات، تمنع استخدامه بطريقة تعسفية، أو متسرعة.

كما أصر التعديل على الاستمرار في خطأ ورد في قانون السلطة القضائية بنسخته الأصلية (قبل التعديل)، عندما سمح بنسب القضاة لأعمال ومهام خارج السلطة القضائية، وفقاً لنص المادة (66)، وهذا يمكن السلطة التنفيذية من التأثير بوسيلة غير مباشرة على القرار داخل القضاء، فزد على أن العمل في السلطة التنفيذية بمغرياته سيعتبر مكرمة من السلطة التنفيذية لعضو السلطة القضائية المنتدب، فإن هذا العضو خلال فترة الانتداب في أعمال تتبع السلطة التنفيذية، ستتقبل شخصيته للتبعية وتتعايش معها، ومن ثم تتأثر قناعاته بهذا النوع من المصالح!!، كما ستنشأ علاقة مستمرة لأعضاء السلطة القضائية المنتدبين مع السلطة التنفيذية، وهذه شبهة ستعلق بشخص عضو السلطة القضائية عند عودته للعمل من جديد داخل سلطته الأصلية، وفي هذا تجربة عريقة حدثت في جمهورية مصر الشقيقة أثرت مؤخراً، عندما قامت لجنة اقتراح مشروع الدستور الجديد هناك، باقتراح نص دستوري، يلغي ما نص عليه الدستور السابق من جواز انتداب القضاة في جهات غير قضائية، تخصيصاً لاستقلال شخصية القاضي، وضمان لعدم تأثرها بإكراميات، وهدايا، وإغراءات، العمل في السلطة التنفيذية.⁽¹⁾

ولعل من المهم التعرّيج على المادة (104) مكرر من التعديل، التي رتبت بالخصوص اختصاصات لرئيس المجلس، فصياغتها على ما يبدو تمت بتسرع ولم تحظ بالدراسة الكافية!!، إذ لم يكن من المناسب أن ينص التعديل على أن رئيس مجلس القضاء يختص بأعداد جدول أعمال المجلس!!، كما جاء في الفقرة (4) من هذه المادة، ولم يكن مستحسنًا كذلك ملجاء في نص فقرتها رقم (5) من أن من مهام رئيس المجلس أن يطلب التقارير من هيئات، وأجهزة السلطة القضائية؛ فالفقرتين بنصيهما تظهران غير مستوعبتان للمكانة الرسمية العالية لنصب رئيس مجلس القضاء الأعلى، حتى تكلفه بمهام من مثل إعداد جدول اجتماع المجلس، وطلب تقارير!! فهذه أعمال معاونين من موظفي السكرتارية، والمتابعة، لا من مهام رئيس السلطة القضائية في البلاد!!، وعلى ما يبدو أن هذين النصين بصياغتهما الركيكة هذه، إنما وردت هكذا لغرضين، الأول: تقليص صلاحيات أمين عام المجلس، والتي منحت له بتوسّع قبل أعوام إبان ما كان يشغل موقع رئيس المجلس، رئيس المحكمة العليا بحكم منصبه!!، والثاني: التأكيد على مد نفوذ رئيس المجلس إلى كل هيئات القضاء، إذ من الملاحظ أن نص الفقرة الخامسة من هذه المادة، ورد فيه مصطلحان الأول: "هيئات"، والثاني: "أجهزة"، وإذا كان مسمى "الهيئات" له ما يدعمه في الدستور، والقانون، فإن لفظ "أجهزة" - وهو وصف ورد أيضاً في الفقرة الثانية من هذه المادة - غير دقيق، ولا يتفق مع التكوين الدستوري والقانوني للسلطة القضائية، حتى لو كان القصد منه هو "التغول" على وزارة العدل، ومكوناتها!!، هذا والكمال لله سبحانه، والحمد لله رب العالمين.

1- جاء بالمادة (239) من مشروع الدستور المنتظر لمصر بأنه: (يصدر مجلس النواب قانوناً بتنظيم قواعد نذب القضاة وأعضاء الجهات والهيئات القضائية، بما يضمن إلغاء النذب الكلي والجزئي لغير الجهات القضائية أو اللجان ذات الاختصاص القضائي أو لإدارة شؤون العدالة أو الإشراف على الانتخابات، وذلك خلال مدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ العمل بهذا الدستور). تتبع الرابط:

مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي



من إعداد فضيلة الدكتورة : تيزا- حسين نوار

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو

مقدمة :

يرصد المستثمر الأجنبي من خلال استثمار أمواله على إقليم الدولة المضيفة تحقيق أرباح باهظة على كل المستويات، نظراً لكونها دولة تحتاج إلى رؤوس الأموال الأجنبية والتكنولوجيا، وتتوافر على أسواق ذات قدرة عالية على استيعاب كل أنواع الإنتاج والخدمات، لكنه بالمقابل يتخوف من إنهاء الدولة المضيفة لعقد الاستثمار أو اتفاقية الاستثمار بأسلوب معين يجرمه من استثماره كمشروع اقتصادي يشمل رأس ماله وعقاره وعلامته التجارية وبراءة اختراعه، في ضوء قواعد قانونية تقضي بالحماية الشكلية التي في الأخير تقف عاجزة عن حمايته أو التصدي لكل إجراءات التعدي عليه.

إن صلب الحماية التي يكيفها المستثمر الأجنبي بالفعالة هي تلك الحماية التي تخلق توازناً في المراكز القانونية لأطراف عقد الاستثمار، والمتمثلة في الدولة من جهتها باعتبارها صاحبة سيادة تمارس من خلالها حقها في استرجاع أملاكها وعقاراتها مهما كانت جنسية الشخص الذي يستغلها، والمستثمر الأجنبي الذي يستحق مقابلاً مناسباً وعادلاً للأموال التي يفقدها تعويضاً له. و الفعالية الحقيقية للحماية القانونية لأموال المستثمر الأجنبي، تظهر من خلال الحق في الحصول على تعويض عادل يتم تقديره وفق قواعد قانونية تتبناها الدولة المضيفة للاستثمار، باعتباره الأسلوب الوحيد لتغطية الخسائر الناتجة عن حرمان المستثمر الأجنبي من أملاكه ولتجنب آثاره السلبية على اقتصادياته .

لذا اكتسبت مشكلة التعويض أهمية كبيرة جداً في مختلف التحليلات التي تعرضت لها قرارات المنظمات الدولية المتعلقة بالسيادة الدائمة، وبعض التجارب التي تمت في العالم الثالث كتجربة التأميمات الجزائرية والشيلية، حيث يعتبر الحق في التعويض مسلّمة من المسلمات. وهو شرط أساسي من شروط مشروعية إجراءات نزع الملكية وأثر مباشر لفقدان المستثمر الأجنبي لأمواله على إقليم الدولة المضيفة.

و يترتب التعويض عن إجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدولة من أجل تحقيق المصلحة العمومية، كأهم آثار الإجراء المعترف به في كل التوصيات والمواثيق الدولية الصادرة عن الهيئات والمنظمات الدولية⁽¹⁾ من جهة، و شرط إجرائي جوهري لإضفاء المشروعية الدولية على الإجراءات، يجد أساسا له في قواعد الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي، الأمر الذي يجعل تصرف الدولة بحق الملكية غير مشروع لمخالفة قواعد القانون الدولي ومرتبة للمسؤولية الدولية، إذا لم تستتبع بالتعويض المناسب والفوري للمستثمر المجرد من ملكيته⁽²⁾. فالتعويض من حيث المبدأ حق لا خلاف حول مشروعيته، وذلك بسبب مبرراته وأسانيده القانونية التي ترفعه من درجة التصرفات غير المشروعة إلى التصرفات المشروعة (المبحث الأول)، لكن من حيث التقدير والتقييم فقواعد القانون الدولي غير واضحة وغير محدّدة⁽³⁾، لأنّها اكتفت بالتأكيد على الحق في التعويض بالمواصفات المتفق عليها من حال وفعال ومناسب وكامل دون التطرّق للتفاصيل المتعلقة بمقداره، لذلك سنتطرق لطرق تقديرية قيمة التعويض في (المبحث الثاني)، حيث أنّه كلّما كانت قيمة التعويض قادرة على تغطية الخسائر وجبر الضرر كانت الحماية القانونية فعالة. فما هو المفهوم القانوني للتعويض في نظام الاستثمار الأجنبي؟

المبحث الأول: إرساء مبدأ التعويض ومدى إلزاميته:

من المستقر عليه في القواعد العامة المعمولة، أن يلتزم كلّ شخص يتسبب بضرر معين بغض النظر عن طبيعته القانونية أو مركزه القانوني بإعادة الحال إلى ما كان عليه، أو التزامه بدفع التعويض إذا تعذر عليه ذلك، وذلك لتغطية الضرر أو خسائره أو لإصلاح آثاره. ولتستقر قواعد التعويض ما بين الدول المستوردة للاستثمارات الأجنبية والدول المصدرة لها بالمفهوم الحالي للتعويض وأوصافه، واقتناع كلّ الأطراف بأنه التزام من حيث المبدأ غير قابل للنقاش أو التنازل عنه أو المساومة بالمقارنة بالالتزامات الأخرى المتبادلة ما بين الأطراف المعنية، اختلفت المواقف فيما يخص مميزات وأوصافه مقابل إجماعها على إلزامية حصول المستثمر الأجنبي عليه (التعويض) عندما يتعرض للإجراءات التي تؤدي إلى حرمانه من أمواله التي تحظى بالحماية الدولية المقررة للأموال الأجنبية بصفة عامة، وبالحماية الوطنية التي يحصل عليها كضمان مقابل استثماره في الدولة المستضيفة له، وحماية دولته الدبلوماسية في حالة التعرض له لإثارة مسألة المسؤولية الدولية للدولة التي تستضيفه، ويتمّ التعويض عن كلّ الخسائر والفوائد الضائعة عنه أو الكسب الفائت تعويضا ملائماً ومناسباً. لذا سنتناول مختلف المواقف المتعلقة به.

1 - موقف الدول من مبدأ التعويض: لقد نشأت مواقف مختلفة ومتباينة للدول حول حقّ المستثمر الأجنبي في الحصول على التعويض اللازم مقابل تجريدته من أملاكه من اختلاف الإيديولوجيات التي اتبعتها كلّ واحدة منها سواء الرأسمالية والاشتراكية الماركسية من جهة، أو لاختلاف مراكزها القانونية أمام إجراءات نزع الملكية بين

¹ - Selon l'article 2 paragraphe C de la charte des devoirs économiques des Etats : « tout Etat a le droit de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas, il devait verser une indemnité adéquate... ». Résolution N° 3261 et 3202 du 5 Mai et 16 Mai 1974 voir [://www.Un.Org/french/documents/resgahtm](http://www.Un.Org/french/documents/resgahtm).

² - د/ حسين نوار، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 206.

³ - محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلّقه بالنظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص ص 8، 9.

مستضيفه ونازعة للملكية مما يجعلها مؤيدة لمشروعية الإجراء، والدولة المصدرة للاستثمار المعارضة لذلك لتعرض رعاياها في إطار الاستثمار للحرمان من أملاكهم .

ب - موقف الدول الرأسمالية : ترى الدول الماركسية الغربية أنّ التعويض الناتج عن مباشرة أية دولة لإجراءات نزع الملكية أو التأميم أو المصادرة شرط أساسي لقيام حقها في استرجاع ممتلكاتها ولشرعية هذا الحق، حيث ترى - من حيث المبدأ - أنّ الحق في التعويض أمر منطقي يقتضيه مبدأ العدالة والإنصاف، الذي يقضي بإعطاء كلّ شخص بغض النظر عن جنسيته الحق في الحصول على مقابل ما تمّ حرمانه منه، بل وتتمسك بفكرة أنّ التعويض لا يجب أن يدفع إلا كافيًا وفوريًا وفعالاً وفق النظرية التقليدية للتعويض التي ينص عليها القانون الدولي. حيث تقترن أسس التعويض في هذه النظرية بخصائص التعويض أو بالأوصاف الثلاثة التي ذكرت من جهة، وتقترن في وجهة نظر هذه الدول بالزامية دفعه بشكل يتجاوز مجرد النص على إلزامية التعويض كشرط لقيام المشروعية الدولية للإجراء، بل إنّ اقترانه بأوصافه هدفه تغطية أخطر إجراء يمس بأهم عنصر من العناصر التي تقوم عليها النظرية الماركسية الرأسمالية وهو حقّ الملكية.

ج - التعويض حسب مفهوم دول العالم الثالث : كانت الدول التي تنتمي إلى العالم الثالث تنظر إلى إجراءات نزع الملكية والتأميم والتسخير بصفة عامة على أنها إجراءات شرعية تشكل وسيلة قانونية لاستعادة السيطرة على مواردها وثرواتها الطبيعية لتحقيق تنميتها، وأنّه إجراء من حيث كونه يمس بالملكية الخاصة لا يشكل أي التزام معيّن في أوصاف التعويض، ما عدا في التزامها بالتعويض من حيث المبدأ على أساس جبر الضرر الذي يلحق بالمستثمر الأجنبي على إقليمها مثله مثل المستثمر الوطني، ما دام أنه يستند إلى قواعد عدم التمييز في المعاملة بين الوطنيين والأجانب التي تفرضها قواعد القانون الدولي. ومن ثمة فهي تستبعد الأوصاف الثلاثة السابقة للتعويض، الواردة في النظرية الرأسمالية الغربية، والتي تكيفها كقيد على سيادتها الاقتصادية. أمّا في ظل الأوضاع الاقتصادية المعاصرة، وقد أصبحت هذه الدول في صراع مستمر في إطار محاولاتها المستمرة على استقطاب الاستثمارات الأجنبية، فهي تؤكد على موقفها في اعتبار التعويض شرطاً على حقها في استرجاع ممتلكاتها لدواعي الصالح العام، ولكن بأوصاف جديدة، لأنها ترى أنّ القاعدة الكلاسيكية التقليدية للتعويض السابقة ذات المصدر الرأسمالي الغربي تتصف بالجمود، قد أثرت على وجودها وإعمالها السلوك الدولي الجديد ومن ثمّ وجوب استبدالها بقاعدة التعويض المناسب للملائم التي تراعي القدرة المالية و للدولة المؤممة.

2 - موقف القانون الدولي من التعويض : تلتزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية إثر تأميمها أو استيلائها أو نزعها للملكية الخاصة للمنفعة العمومية لاسترجاعها الممتلكات الموجودة لدى المستثمرين الأجانب وكلّ الحقوق التابعة لها دفع تعويض مقابل الحرمان الذي يتعرض له هذا المستثمر الأجنبي باعتباره حقاً من الحقوق الدولية⁽¹⁾، الذي اعترفت به كلّ المواثيق والهيئات الدولية، لإضفاء الشرعية على إجراءات نزع الملكية من جهة، ولجبر الضرر الذي لحقه من جهة ثانية. فطبقاً للنظرية التقليدية للتعويض تكيف هذه الإجراءات بمثابة انتهاك للحقوق المكتسبة، حيث تقضي بتطبيق القواعد العادية للمسؤولية الدولية عن الفعل غير المشروع، والتي تؤدي إلى ضمان الوفاء بهذا الالتزام عن طريق التعويض العادل الذي يكون مساوياً لقيمة المشروع المؤمّم أو المنزوع مضافاً

¹ - « C'est un principe de droit international... qui entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate ». Affaire De l'usine de Chorzhou, Demande d'indemnité. Allemagne/Pologne, 13 Septembre 1928, CPIJ. <http://www.icj-cij.org/cijww/cdecesions/ccpji>.

إليه تعويض عن الخسائر الأخرى كالكسب الفائت والفوائد، وذلك وفق قيمة المشروع السوقية المحتملة في الظروف العادية. نصت عليه أيضاً الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 1803 الصادر في 18 سبتمبر 1962 المتعلق بالسيادة الدائمة للدول على مواردها وثرواتها الطبيعية في المادة 4 كما يلي: "يراعى إسناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس وأسباب المنفعة العامة والأمن والمصلحة الوطنية والتي تعتبر ذات أهمية تفوق المصالح الفردية أو الخاصة البحتة المحلية والأجنبية، ويدفع للمالك في هذه الحالات التعويض المناسب وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ تلك الإجراءات ممارسة منها لسيادتها وفقاً للقانون الدولي". فالدولة عند مباشرتها لهذه الإجراءات باعتبارها حقاً من حقوقها السيادية تلتزم بمحدود القانون فتهدف لتحقيق المنفعة العمومية وتدفع تعويضاً ملائماً يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المستثمر الأجنبي والظروف التي تعرض فيها للنزع وإمكانيات الدولة النازعة اقتصادياً. أما التوصية رقم 3171، تقرر بالمبدأ نفسه والشروط نفسها وتفتح المجال للدولة النازعة للملكية في تحديد مقدار التعويض الملائم وطريقة أدائه ما دام أنه من ضمن اختصاصاتها وسلطاتها السيادية، هذا ورغم الإجماع الدولي العام حول إلزامية أداء التعويض باعتباره قيماً هاماً يرد على حق الدولة في نزع الملكية وتأميمها استعمالاً لسيادتها الاقتصادية، تبقى مسألة تحديد مقداره وطرق أدائه للمستثمر الأجنبي مسألة نسبية تتوقف على القدرات المالية والاقتصادية للدولة من جهة، وعلى اعتبارات سياسية وقانونية من جهة ثانية⁽¹⁾، وقد أكد ذلك التصريح الفرنسي لحقوق الإنسان الصادر في 26 أوت 1798 في المادة 17 كما يلي:

« La propriété étant un droit inviolable est sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »

3 - موقف القضاء الدولي من التعويض: يعتبر التعويض من الجانب القضائي الدولي وسيلة لجبر الضرر عن فعل غير مشروع طبقاً للقانون الدولي الذي تترتب عليه مسؤولية دولية للدولة التي ارتكبتة بحيث يصبح هذا التعويض الوسيلة الوحيدة التي تحمل الفعل غير المشروع إلى طائفة الأفعال المشروعة بإضفاء صفة المشروعية عليه. وقد قضت لجنة المطالبات الأمريكية المكسيكية سنة 1926 بأن: "... الدولة التي ينتمي إليها جنسيته من حقها الثابت اللجوء إلى وسائل التعويض الدولي عما وقع من إخلال بقواعد القانون الدولي أدى إلى الإضرار به، فهذه الحكومة لها دائماً مصلحة في ضمان المحافظة على احترام قواعد القانون الدولي، تفوق حصولها على تعويض لأحد رعاياها في قضية معينة... ". فالقضاء الدولي قد أقرّ بأن الدولة تمارس حقها في مواجهة الدولة التي تعرضت بموجب إجراءات نزع الملكية أو المصادرة أو التأميم للأموال والأموال التابعة لرعاياها المستثمرين في أراضيها، للمطالبة بمسؤوليتها الدولية في دفع التعويض اللازم لهم لأنهم متضررين. أما محكمة العدل الدولية أقرت مبدأ التزام الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية بدفع التعويض، محددة بذلك المبادئ الأساسية التي تحكم إصلاح الضرر، بحيث يجب أن يزيل آثاره ويصلح كل النتائج

1 - أكدت محكمة العدل الدولية ذلك كما يلي: « إن الممارسات تأثرت كثيراً باعتبارها الظروف السياسية في الحالات المختلفة بدرجة لا يمكن لها بوضوح رؤية نشوء عرف قائم ومستقر يكون مقبولاً كقانون ».

المرتبة عنه باعتباره فعلاً غير مشروع، ويعيد الوضع إلى ما كان عليه أو ما كان يجب أن يكون عليه هذا الفعل⁽¹⁾. في حين يكون نقداً مساوياً لقيمة تكاليف التعويض العيني إن لم يكن ذلك ممكناً⁽²⁾.

4 - موقف الاتفاقيات الدولية من التعويض : تؤيد كل الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية فكرة الالتزام بدفع التعويض عن إجراءات نزع الملكية أو التأميم لأنها تؤدي إلى حرمان المالك من حقوقه العقارية والمادية والمعنوية، وتكيفه كقيود أساسي يقف أمام تعسف الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية عند استرجاعها لممتلكاتها وتذرعها بممارسة الحق السيادي الذي تقره كل القوانين الدولية للتوصل من التزاماتها الدولية الناشئة من الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع دول المستثمرين الأجانب المعنيين بالنزع. و تدخل هذه الاتفاقيات الدولية في مجال فرض إلزام الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي مفاده تعزيز نظام الضمان بصفة عامة، ولتأكيد هذا الالتزام بصفة خاصة. لأنها ترمي إلى ضمان تغطية الأضرار التي لحقت بهم من جراء مثل هذه الإجراءات التي تمس أهم عنصر من عناصر الاستثمار وهو كيانه أو وجوده بغض النظر عن الأسلوب أو الوسيلة المستعملة في ذلك، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، بالإجراءات المعهودة للنزع أو بالتدابير المماثلة. فالأصل في الحماية الاتفاقية هو تغطية الثغرات التي أغفل الإشارة إليها القانون الوطني. وذلك لوضع الاستثمار الأجنبي في مناخ استثماري شامل الضمانات، وخاصة تلك التي تتعلق بضمان الإجراءات المتخذة من الدولة بسوء نية لكن بأسلوب متحضر في صورة مستحدثة. فالحماية الاتفاقية وإن لم تكن بعيدة كل البعد عن الحماية الوطنية من حيث المضمون، في كون الاثنتين تقران بمبدأ التعويض وإلزاميته، أو من حيث الآثار التي تكون دائماً متعلقة بفعالية وعدالة وفورية قيمة التعويض من حيث أوصافه أو مقداره، فهي ذات أبعاد أخرى، حيث مفادها حماية المستثمر الأجنبي في الحالات التي تتصل فيها الدولة النازعة من الالتزام أصلاً لأسباب قد لا تكون ذات أساس بديهي فوجهة نظر القوانين وذلك لحمايتها بموجب الحماية الدبلوماسية أو بتحريك مسؤوليتها الدولية لأنها بهذه الطريقة تكون قد أخلت حتى بمضمون التزاماتها التعاقدية التي مصدرها الاتفاقية الدولية المصادق عليها.

المبحث الثاني : الأسانيد القانونية للتعويض : لقد اتفقت كل القوانين الوطنية والدولية والاتفاقية على حق المستثمر الأجنبي في الحصول على مقابل لتعرضه لإجراءات نزع الملكية أو التأميم تعويضاً له عن الأضرار والخسائر التي لحقت به جبراً لها وإزالة لكل آثارها. إذ في الوقت الذي يعد فيه اعتداء صارخاً على العلاقة القانونية التي تربط المستثمر الأجنبي بالدولة المضيفة له وعلى ملكية المستثمر الأجنبي باعتبارها حق مقدس يحاول أطراف العلاقة البحث لإيجاد مبررات قانونية لإضفاء المشروعية على الإجراءات وعلى الحق في التعويض⁽³⁾. حيث ترجع الدول عند التعويض إلى المبادئ العامة للأمم المتحدة التي سادت القانون الدولي، والتي تجد مصدرها في قوانين تلك الأمم الداخلية بشكل رئيسي، بموجبها يقوم الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي يثبت

¹ تؤكد على التنفيذ العيني هيئات تحكيمية كثيرة منها لجنة التحكيم في دعوى Texaco ضد ليبيا: « ... هذه اللجنة تعتبر إعادة إلى ما كان عليه وفقاً للمبادئ العامة في القانون الليبي والقانون الدولي... ».

² يمكن أن يكون التنفيذ بأسلوب آخر مثلما قضت الاتفاقية المبرمة بين الحكومة البوليفية وشركة نفط خليج بوليفيا عام 1971، أي أن يتم التعويض بدفع بوليفيا كمية من الغاز للشركة يعادل قيمة أصولها المؤممة في بوليفيا.

³ - خالد محمد الجمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)"، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1999، ص ص 87، 88.

المستثمر الأجنبي تعرضه لها أمام المحاكم القضائية المختصة⁽¹⁾. تتمثل هذه الأسانيد في مبدأ الحقوق المكتسبة والإثراء بلا سبب و المسؤولية العقدية الذي يستمدّ جذوره من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾.

أولاً - مبدأ احترام الحقوق المكتسبة: يقضي مبدأ احترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي بأنّ الدولة المضيفة للأجانب لها كل الحرية في تغيير أوضاع الأجانب على أراضيها بالنسبة للمستقبل، شرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب في إطار القانون القديم⁽³⁾، وهو مبدأ من المبادئ العامة للقانون استمدّ جذوره من القانون الداخلي، اعترفت به كل من التشريعات والقضاء والتحكيم الدوليين، الأمر الذي يجعل إخلال الدولة بمضمونه خرقاً لقاعدة دولية ثابتة تتحمّل عنها مسؤوليتها الدولية، حيث تلتزم بالتعويض عن كل الأضرار والخسائر المترتبة عن الإخلال بالحقوق المكتسبة وذلك بناءً على هذا المبدأ. إلا أنّ هذا المبدأ قد لاقى معارضة كثيرة⁽⁴⁾ خاصة بسبب تعرضه للكثير من التحفظات التي أفقدته مكانته، وذلك من قبل ممثلي الدول أثناء مؤتمر صياغة قواعد مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تحدثها بالأجانب أو ممتلكاتهم في أراضيها، والذي كان تحت رعاية عصبة الأمم. فالحقوق المكتسبة إذن بحكم الظروف التي اكتسبت فيها في حدّ ذاتها غير مشروعة، والنظرية التي تعمل على حمايتها بعيدة عن الواقع الجائر الذي نشأت فيه أو على الأقل الذي تداولت فيه نتيجة القوة⁽⁵⁾. فالمراكز القانونية كمبدأ عام في القانون تنشأ لكنّها قابلة للتغيير بغض النظر عن الشخص الذي يتمتع بهذا المركز، لذلك يصبح المضمون الذي يوحى به اصطلاح الحقوق المكتسبة بعيد عن الصحة لأنّه يقضي بنشوء المراكز القانونية ويرفض تغييرها. فحتّى في حالة الحقوق المكتسبة في ظل الدول القديمة الموجودة في وضعية الاستعمار تكون الحقوق والالتزامات الاقتصادية أو

1 - أحمد رحمانى، نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مرجع سابق، ص ص 52، 53.

2- في التشريع الجزائري نص دستور 96 على الحق في التعويض في المادة 20 كما يلي: « لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون و يترتب عليه تعويض... ». ونصّت المادة 16 من الأمر رقم 03-01 المتعلّق بتطوير الاستثمار على أنه: « لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به و يترتب عن المصادرة تعويض عادل ومنصف»، أمر رقم 03-01، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001، معدل ومنتّم بالأمر رقم 06-08، المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47، مؤرخة في 19 جويلية 2006. أما في الاتفاقيات الدولية نصّت المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا على أنه: « يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي... ». مرسوم رئاسي رقم 01-94 المؤرخ 2 جانفي 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين بالجزائر، بتاريخ 13 فيفري 1993، ج ر عدد 01، المؤرخة 2 جانفي 1994.

3 - لم يتمكّن الفقه من وضع تعريف محدّد للحقوق المكتسبة، منهم "PILLET" الذي يعتبر مبدأ الحقوق المكتسبة ذا أهميّة بالغة في إيجاد القانون الواجب التطبيق في حالة اختصاص أكثر من قانون على نفس العلاقة العقدية.

4- حتى القضاء والتحكيم الدوليين لم يجدا أساساً في القانون الدولي يبرر الاستناد على هذا المبدأ، حيث في الحالات القليلة التي تمّ فيها الإشارة إلى الحقوق المكتسبة في بعض النزاعات كان على أساس وجود التزام اتّفاقي سابق بين الدولة المضيفة والدولة المصدّرة للاستثمار يكرّس احترام الحقوق المكتسبة.

5- لم يكتسب مبدأ الحقوق المكتسبة في مجال القانون الدولي العام « قوّة القاعدة العرفية الدولية » وخاصة أنّ اتّفاقيات الاستثمار لم تبرم بين دولتين وإنّما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي. لذا يقول الأستاذ الأمين شريط ما يلي: « لا وجود في القانون الدولي ولا يمكن أن توجد قانوناً... قاعدة دولية تسمّى بالحقوق المكتسبة، وهي إن وجدت في الماضي فقد تمّ ذلك بحكم القوة ».

المالية المكتسبة متوقفة على قبولها وإقرارها من الدولة الجديدة⁽¹⁾. وهذا ما يبرر موقف الدّول الجزائرية عند رفضها دفع التعويضات عن تأميم المشاريع التي أقيمت بدون رضائها⁽²⁾، والالتزام بالقواعد المقررة في القانون الدولي في مرحلة الاستقلال وما بعدها. فالدولة الجديدة هي التي تقدر بنفسها مدى مشروعية الحقوق المكتسبة في ظل الدولة السابقة مستعمرة كانت أم لا، لأنّ الحقوق المكتسبة لا تكون مكتسبة في نظر دولة ما إلاّ وفقا لتشريعاتها حصريا وفيما عدا ذلك فهي غير موجودة إطلاقا.

وعليه، فمبدأ احترام الحقوق المكتسبة لا يمنع من مصادرة الممتلكات التابعة للمستثمر الأجنبي أو تأميمها إنّما يدلّ على أنّه في حالة لجوء الدولة لمثل هذه الإجراءات تلتزم بأداء مقابلا لذلك، لأنّ حق التعويض يبقى مضمونا ومبررا قانونا.

ثانيا - مبدأ الإثراء بلا سبب : يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا ذو أهمية بالغة في إنشاء الالتزام وترتيب المسؤولية، قوامه وجوب قيام مسؤولية من أثرى إيجابا أو سلبا بفعله أو فعل غيره على حساب شخص آخر دون أي سبب، يترتب عنه تعويض عما لحقه من ضرر أو خسارة في حدود ما تحقق للمثري من إثراء⁽³⁾، فنظرية الإثراء بلا سبب لا تقوم إلاّ إذا توفر شرط جوهري وهو انعدام سبب الإثراء⁽⁴⁾، نصّت عليه معظم التشريعات في القواعد العامة⁽⁵⁾، ثمّ أدرجته في إطار القانون الدولي في مجال "الاستخلاف الدولي" للاعتماد عليه كأساس لإلزام الدولة التي تقوم بنزع الملكية لتعويض الأجانب المنزوع ملكياتهم.

وبالمفهوم السابق، تكون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي قد حققت إثراء بلا سبب على حساب المستثمر الأجنبي من جراء تعرّضه للتأميم أو المصادرة أو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أو التدابير المماثلة كرفع نسبة الضرائب وسعر الصرف... الأمر الذي جعله انتهاكا لمبدأ عالمي من مبادئ العدالة، لذلك هو مصدر مبرر للالتزام بالتعويض.

وقد أخذت به الكثير من الهيئات التحكيمية، ومنها لجنة التحكيم في قضية "LINA GOLD FILDZ" في حكمها المؤرخ في 2 سبتمبر 1930 والذي أكدّت فيه إلزامية الأخذ بمبدأ الإثراء بلا سبب عند الاستيلاء على أموال

¹ - MARIO Bettati, Souveraineté et succession, La souveraineté au 20^{ème} siècle, édition Acolin, 1971, pp 58-59.

² - لقد قدّمت الدولة الجزائرية اقتراح بتعديل مشروع الإعلان رقم 1803 الذي يعتبر عقود الامتياز حقوقا مكتسبة طبقا للقانون الدولي الكلاسيكي تضمن ما يلي: « بالنظر إلى التزامات القانون الدولي على العقود لا يمكن أن تطبق على الحقوق المزعومة التي اكتسبت قبل صعود البلدان المستعمرة قديما إلى السيادة الوطنية الكاملة، فإنّ هذه الحقوق المكتسبة المزعومة يجب بالنتيجة أن تكون محل مراجعة بين دول متساوية السيادة».

³ - لا يمكن تحقق واقعة الإثراء في ذاتها لالتزام الدولة المثرية بالتعويض لمن تحقق الإثراء على حسابه، بل يجب تحقق الخسارة فعلا في حق من تمّ الإثراء على حسابه أي إفقاره كما لو تمّ نزع الملكية بسبب الاستنزاف اللامتاهي للثروات الطبيعية بشكل لا يؤدّي إلى إفقار الشخص المجرد من أملاكه. أنظر - سليمان مرقص، محاضرات في الإثراء على حساب الغير، تقنينات البلاد العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، 1961، ص 26.

⁴ - أكدّت العديد من السوابق القضائية على أخذ القضاة والمحكمين بالمبدأ بعين الاعتبار عند الفصل في النزاعات المتعلقة بذلك ومنها القضاء الإنجليزي في الحكم التالي: « ولما كان الثابت أيضا أنّ الفقه الإنجليزي الحديث قد اتّجه إلى... بردها إلى فكرة الإثراء بلا سبب معتبرا إيّاها من قبيل المبادئ العامة في القانون الإنجليزي »، أنظر - محمّد مي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، الجزء 2، الطبعة 7، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص ص 318 - 319.

⁵ - نصّت المادة 141 من القانون المدني الجزائري على: « كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبرّرها يلتزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء ».

المستثمرين كما يلي: « ... وقد انتهت المحكمة إلى الحكم للشركة بمبلغ 125.965.000 جنيه إسترليني كمقابل نقدي لما حققته الحكومة السوفيتية من إثراء على حساب الشركة لا سبب له، تمثل في استيلائها على استثمارات الشركة في الإقليم السوفياتي وحرمانه لها من الاستفادة من هذه الاستثمارات المتصلة بعقد الامتياز... ». كما أكدت كذلك لجنة التحكيم في قضية شركة ديسكون لعجل السيارات الأمريكية ضد شركة السكك الحديدية المكسيكية في حكمها الصادر سنة 1931 على أن نظرية الإثراء بلا سبب وإن كانت - وبلا أدنى شك - من النظريات المعترف بها والمطبقة في مختلف دول العالم، إلا أنها لم تنتقل بعد إلى الإطار الخاص للقانون الدولي العام كنظام قانوني يتميز عن النظم القانونية الداخلية، كما انتهت بعد استعراض العناصر الأساسية لدعوى الإثراء بلا سبب إلى أنه لا مجال لتطبيق هذه النظرية بصدد الواقعة موضوع النزاع بالنظر إلى عدم توافر كافة العناصر التي بينتها. وعليه عند إسناد عملية نقل الملكية العقارية الأجنبية الناتجة عن الإثراء بلا سبب يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة بالتعويضات المستحقة مقابل ما لحقه من أضرار وخسائر، فالخطأ المنسوب للدولة وما يترتب عنه من إثراء بلا سبب هو أساس المسؤولية والحق في التعويض.

ثالثا - التعويض على أساس المسؤولية العقدية: تتضمن معظم اتفاقات أو عقود الاستثمار الدولية التي تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي على بند يحظر قيام أحد الطرفين بإنهاء اتفاقية الاستثمار دون موافقة الطرف الآخر⁽¹⁾، تحت ما يعرف بشرط الاستقرار في اتفاقية الاستثمار الذي يهدف إلى منع الدولة المضيفة من اللجوء إلى سلطاتها التشريعية لتغيير أو إلغاء اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي طالما لم يصرح هذا الأخير بموافقة كتابيا⁽²⁾. وبالتالي فمصادرة المشاريع وتأميمها يعد إخلالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لأن عقد الاستثمار يلزم أطرافه على احترام محتواه والتقيّد بالتزاماتهم إلى حين انتهاء مدته، خاصة وأن معظم علماء القانون الدولي يرون أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ مستقر في القانون الدولي، وأن الالتزام به مظهر من مظاهر حسن النية في تنفيذ الاتفاقيات

¹ - « إن المستثمر الأجنبي يحرص على ضمان مستقبل استثماراته بالاتفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية تكفل له أكبر قدر من المزايا والحصانات طوال فترة قيام المشروع... فترتبط المتعاقدين شروطا عقدية غير قابلة للمساس بها باسم السيادة أو المصلحة العامة... والمستثمر الأجنبي الذي يتجنب لجوء الدولة إلى إنهاء العقد بالإرادة المنفردة... ».

أنظر - إفلولي محمد، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، تيزي وزو، عدد 1، جانفي 2006، ص ص 95-97.

² - وقد نصت بعض اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر على هذا الشرط ومنها اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة اتصالات الجزائر للهاتف النقال موبيليس (ATM) في المادة 3/13 و4 كما يلي: « يعد تنازل أحد الطرفين عن تنفيذ أحد أحكام هذه الاتفاقية لا أثر له إلا بعد الموافقة الصريحة والموقع عليها من قبل الطرف الآخر. كل تعديل للاتفاقية الحالية يتطلب الموافقة الكتابية والصريحة، الموقعة من الطرفين»، ج ر عدد 7.

- نصت عليه أيضا اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار) في المادة 15 كما يلي: « كل تعديل للاتفاقية الحالية يقتضي الموافقة الصريحة للطرفين، ويؤدي إلى إعداد ملحق تتم الموافقة عليه في نفس الأشكال التي تمت فيها الاتفاقية »، ج ر عدد 7 مؤرخة في 28 جانفي 2007.

الدولية، مما يؤدي إلى اعتبار الإخلال به إخلالاً بمبادئ القانون الدولي⁽¹⁾ وسببا في إثارة المسؤولية الدولية العقدية، لتحمل الدولة المضيئة تبعة هذا الإخلال بالتعويض على أساس العقد.

إلا أنه تعرض هذا المبدأ للنقد بسبب إلزامية الأخذ بفكرة تدويل عقد الاستثمار المبرم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيئة له لإثارة المسؤولية العقدية الدولية، في حين الطابع العقدي لهذه الالتزامات لا يسمح بتحويلها إلى التزامات دولية من جهة. وإنّ السيادة الاقتصادية والسياسية للدولة على ثرواتها الطبيعية تسمح لها باتخاذ الإجراءات الضرورية لتحقيق المنفعة العمومية للدولة، حتى وإن كانت تمس بالملكية من جهة ثانية⁽²⁾. وإن ما يترتب عن التأميم هو نتيجة طبيعية ومشروعة قانونا ولا تشكل سندا للتعويض، وقد أكدت هذا الاتجاه محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن في الحكم المؤرخ في 1970/02/05، والذي جاء فيه أنّ الدولة ليست مؤمنة للاستثمارات الأجنبية على إقليمها، وبأنّ الأجانب إذ يستثمرون في الخارج على أمل تحقيق أرباحا هامة يتعرضون لمجازفة محسوبة عليهم أن يتحملوا نتائجها، لكن رغم ذلك فإنّ مقتضيات التعاون الدولي في الوقت الحاضر هي التي تدفع بالدول المستقطبة لرؤوس الأموال الأجنبية إلى الاعتراف بالحقوق في التعويض بسبب إجراءات التأميم ونزع الملكية، ويؤكد عليه في قوانينها الداخلية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الاستثمارات الأجنبية.

المبحث الثالث : طرق تقدير التعويض : تعتبر مسألة تقدير التعويض ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، لذلك يعدّ حسن تقديره بالطريقة التي تضمن المصالح الاقتصادية والمالية للطرفين المتعاقدين من العناصر الجوهرية التي تساهم في زيادة نسبة تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، لكن أمام غياب قاعدة قانونية تفصيلية موحدة حول مسألة تقدير التعويض عن إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة أو مصادرة أو التدابير المماثلة، تضاربت الاجتهادات القضائية على المستوى الدولي مع الاجتهادات الفقهية منذ بداية العشرينيات، فمن جملة العوامل التي يجب أن تراعيها كل دولة عند تقديرها لقيمة التعويض عملا بالفقرة ج من المادة 2 من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية هي وضعيتها المالية التي تشمل كل من حالة ميزانها التجاري، ديونها الدولية، مدى توافرها على العملات الصعبة، حاجاتها لرؤوس الأموال... الخ، وذلك بسبب كون طريقة تقدير التعويض قد تعرقل عمليا أهداف نزع الملكية الاقتصادية والتنمية إذا كانت من حيث القيمة تشكل غبنا للدولة المضيئة بل ولا يتفق مع مبدأ السيادة الدائمة. و عموما لا توجد طريقة موحدة تعتمد كقاعدة دولية متفق عليها في مسألة تقدير التعويض، بحيث تحاول كل دولة فرض الطريقة التي تخدم مصالحها، وقد ظهرت عدّة طرق لتقدير التعويض⁽³⁾، نتاولها فيما يلي :

¹ - ومن بينها مبدأ عدم تعديل شروط العقد، لأنه في حالة وجود أي اتفاق صريح في مجال حماية الاستثمار الأجنبي يقضي بالتعويض بسبب المساس بمصالح الأجانب، تتحمل الدولة المستقبلية لرؤوس الأموال الأجنبية مسؤولية النتائج المترتبة عن إخلالها بالتزاماتها طبقا لمبدأ عدم تعديل شروط العقد، خاصة لوجود تصرف قانوني ذي قيمة دولية.

² - تتمتع الدول بسلطة تعديل شروط العقد أو فسخه استنادا إلى امتياز السلطة العامة في إطار ممارسة سلطاتها الت شرعية، لذا يطالب المستثمر الأجنبي بإدراج بند التجميد التشريعي أو شرط الاستقرار لتحمل الدولة المضيئة التعويض كتبعية عن الإخلال بذلك.

³ - إنّ اعتماد طرق مختلفة في تقدير التعويض لم يكن متبعا ما بين مختلف الهيئات التحكيمية لكن في حالات كثيرة نجد الهيئة الواحدة تتبنى عدّة طرق، ومنها ما حدث في دعوى LIAMCO حيث قدر المحكم التعويض بالنسبة إلى الأصول المادية عن 70 بئر نفطي على أساس تكلفتها بما فيها تكلفة الإنشاء المذكورة في دفاتر الشركة، وقد قيم قيمة أصول المشروع على أساس سعر السوق بعد خصم نسبة الاستهلاك وخفض من مبلغ التعويض نسبة الضرائب حسب طريقة القيمة الصافية، أمّا بالنسبة للكسب الفائت فقدّرته حسب كمية النفط المتوقع استخراجها من هذه الشركة وفق سعره في تاريخ التأميم.

أولاً - الطرق المعتمدة في تقدير التعويض: هناك عدّة طرق يعتمد عليها في تقدير التعويض المستحق عن إجراءات نزع الملكية أو تأميمها، بعضها يخدم مصلحة الدولة المضيفة كونها تأخذ بعين الاعتبار الإمكانيات الاقتصادية والمالية التي تعاني منها عند عجزها عن سداد مستحقات المستثمر الأجنبي، والبعض الآخر يخدم مصلحة هذا الأخير باعتباره المتضرر الأوّل من هذه الإجراءات، الأمر الذي يجعله يستحقّ مبلغاً من التعويض كافي لجبر الضرر ومحو آثاره، لأنّه تعويض عادل ومنصف ومناسب، ومن بين هذه الطرق نذكر تقدير التعويض حسب القيمة الحالية للمشروع ثمّ حسب القيمة الحسابية الصافية ثمّ حسب القيمة السّوقية، وأخيراً حسب طريقة المقاصة، أو حسب قيمة المشروع في البورصة.

1 - القيمة الحالية - Les flux nets actualisés: عند تقدير التعويض حسب هذه الطريقة يتمّ تعويض كافة مبالغ الاستثمارات والأرباح التي كانت متوقّعة مع خصم مبالغ الاهتلاك المحققة **Amortissement**، وهي طريقة تقوم على أساس الرفع من قيمة التعويض من خلال الأخذ بعين الاعتبار الفوائد المحتملة خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات التأميم أو نزع الملكية، والملاحظ أنّ هذه الطريقة لا تخدم مصالح الدولة النازعة للملكية أو المؤمّمة، لأنّها لا تدرج في تقدير التعويض كل ما تتوقعه الشركة المستثمرة من أرباح. وقد تبنت هذه الطريقة لجنة التحكيم في قضية "Aminiol" عندما قضت بالزامية التعويض على أساس هذه الطريقة عن كل الفوائد المحتمل تحقيقها من المؤسسة، استناداً إلى القيمة الجارية للمشروع مع تخفيض الضرائب المستحقة ونسبة الاستهلاك للقيمة البديلة للأصول الثابتة. وقد تبنتها الجزائر في حملة التأميمات التي تمّت على الشركات الإنجليزية والأمريكية.

2 - القيمة الحسابية الصافية - La valeur nette comptable des actifs: وتسمى كذلك بطريقة الحصيلة (bilan) لأنّها تعتمد في تحديد قيمة التعويض على عناصر القيمة الحالية مع الأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الأرباح المحققة الواردة في حصيلة الشركة المؤمّمة أو المسخّرة، مقارنة مع معدّل الأرباح التي تحقّقها شركة أخرى شبيهة، في المدّة نفسها لكن في بلدان أخرى. وهي طريقة تعرّضت للرفض من طرف المستثمرين الأجانب ودولهم الأصلية¹، لأنّها تقلّل من قيمة التعويض، وخصوصاً لأنّها مبنية في جانب منها على فكرة المقارنة الأمر الذي يفقدها نوعاً ما الموضوعية، لكن رغم هذه النقائص والانتقادات تبنتها العديد من الاتفاقيات الدوليّة.

3 - القيمة السّوقية - La valeur du marché: تأخذ قيمة التعويض عندما تحدد حسب قيمة المشروع في السّوق بعين الاعتبار الفوائد المحتملة استناداً إلى معطيات السّوق، الأمر الذي يجعلها تحقّق نوعاً من العدل بالنسبة للطرفين، لأنّه تقدير فعلي للقيمة الحقيقية للأموال المنزوعة أو المؤمّمة. لذلك يقول خالد محمد الجمعة في ذلك ما يلي: « يشترط حتّى يعتبر التعويض عادلاً أن يكون تقييم ممتلكات المستثمر الأجنبي التي صادرتها الدولة المضيفة للاستثمار وفقاً لقيمتها السّوقية في الدولة المضيفة للاستثمار في يوم المصادرة ». فحسب هذه الطريقة يستطيع المستثمر الأجنبي الحصول على تعويض ملائم يغطي كافة الأضرار التي لحقت به وقد تبنت هذه الطريقة لجنة

¹ - رغم رفض هذه الطريقة من المستثمر الأجنبي ودولته إلا أنّها قد طبقت من عدّة هيئات تحكيمية ومنها هيئة التحكيم في قضية "CABOT" التي كان جهاز الأوبيك "OPIC" الأمريكي لضمان الاستثمارات طرفاً فيها، والتي قضت بالزامية أخذ جهاز الأوبيك بعين الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض المستحق، انخفاض قيمة صافي الاستثمار المضمون بسبب سلسلة الإجراءات الحكومية التي تمّ التعرض لها، وعليه وجوب تحديد قيمته حسب قيمة صافي الاستثمار والتي كانت عليه قبل الإجراءات التي أثّرت عليه. أنظر - أحمد السعيد شرف الدين، "نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأوّل والثاني، السنة 26، مصر، 1984، ص ص 32-34.

التحكيم الإيرانية - الأمريكية في دعوى "Phillips Petroleum Company". وقضت بها محكمة النقض المصرية في القضية رقم 557 لسنة 35 المؤرخة في 1980/10/26، حيث أنه حسب قانون رقم 95 لسنة 1945 الخاص بشؤون التمويل، والذي يحدّد القواعد الخاصة بتقدير التعويض عن إجراءات الاستيلاء يتمّ تقدير قيمة التعويض على أساس فائدة رأس المال المستثمر وفقا للسعر العادي الجاري بالسوق في تاريخ حصول الاستيلاء مضافا إليه مصروفات الاستيلاء وصيانة المباني.

4 - طريقة المقاصة - La compensation : تتركز عملية تقدير التعويض في طريقة المقاصة على الموازنة بين الأرباح التي تحقّقها المؤسسة وقيمة رأس المال المستثمر في الدولة المضيفة، وبين الأضرار التي تلحقها بالاقتصاد الوطني من جراء عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية أو نتيجة التسرّع في إعادة تحويل رؤوس الأموال وأرباحها المحقّقة إلى الخارج بشكل لا يحقق للدولة الأهداف الأساسية المتوقّعة من تشجيع الاستثمار الدولي أي الإنعاش الاقتصادي والمساهمة في التنمية. فأهمّ ما يؤخذ بعين الاعتبار في هذه الطريقة هي الأرباح التي تحقّقها المؤسسة بشكل غير متناسب مع قيمة الاستثمارات المنجزة، مقارنة مع أرباح تحقّقها المؤسسة نفسها في بلد آخر، وهو ما يجعلها تتشابه مع طريقة الحصيلة.

5 - القيمة في البورصة - La valeur Boursière : تهدف هذه الطريقة إلى تقدير قيمة التعويض على أساس قيمة الأسهم في البورصة في الحالات التي تكون فيها لتلك الشركات الاستثمارية قيمة في البورصة. وقد اعتمدت هذه الطريقة عند تأميم قناة السويس، وهي طريقة تعرّض الأطراف المعنيين بالإجراء إلى نوع من المخاطرة نظرا للتقلبات السريعة التي تتعرّض لها قيمة الأسهم في البورصة من نزول وصعود مستمر، الأمر الذي يجعلها نادرة الاستعمال.

ثانيا - طرق تقدير التعويض في التشريع الجزائري: حاول المشرّع الجزائري في بعض النصوص القانونية اختيار الطريقة الأمثل في تقدير قيمة التعويض عن الإجراءات المتبعة في نزع الملكية أو التأميم بالشكل الذي يتماشى مع الأوصاف المنصوص عليها في كل من الدستور والتشريع والتي تتمثل في العدل والإنصاف والكمال⁽¹⁾، وذلك من خلال النصوص التشريعية الوطنية ومن خلال النصوص الاتّفاقية .

¹ - تعويض الأضرار المادية القابلة للإثبات بالمستندات المتضمّنة حق الملكية بشرط وجود علاقة سببية بين الضرر ونزع الملكية. أمّا الأضرار المعنوية فتعويض إذا تمّ إثبات الضرر أمام الجهات القضائية المختصة.

1 - تقدير التعويض حسب التشريعات الوطنية : لم تركز القوانين الوطنية اهتماما بالغا لمسألة تقدير وتقييم مبلغ التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي عن حرمانه من أملاكه المادية والمعنوية، حيث أشارت في بعض النصوص إلى اعتماد طرق معينة في التقدير أو إضافة عناصر معينة في الحسبان عند التقييم ليقدّر الضرر تقديرا دقيقا، وذلك مع ترك مسائل كثيرة لتقدير القاضي ضمن سلطاته التقديرية⁽¹⁾.

لقد نصّ المشرع الجزائري سنة 1966 على أنه تبنى أسلوب تقييم التعويض على أساس القيمة الحسابية الصافية التي تحدّد طبقا لعناصر رأس المال الذي تسترجعه الدولة المضيفة، وذلك في نص المادة 8 من الأمر رقم 66-284 المتضمن قانون الاستثمارات كما يلي: « في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة للمؤسسات... وقد يشمل ذلك التدبير بحكم القانون استنادا لهذا الأمر دفع التعويض المساوي للقيمة الصافية المحددة بمواجهة الخبراء والعناصر الوطنية التي تسترجعها الدولة وذلك في مهلة أقصاها تسعة أشهر ويزاد على هذا التعويض.

- المبلغ غير المستهلك من نفقات التأسيس أو القيم الأخرى غير المادية المطابقة للمصاريف الفعلية غير المأخوذ بها في حساب ذلك التعويض.

- الفوائد المحسوبة على حسب النسب المثوية القانونية عن مدة سنتين على مبالغ ذلك التعويض ويكون ذلك التعويض قابلا للتحويل للخارج إذا كان المستفيد نفسه أجنبيا أو إذا كان الاستثمار محققا بواسطة مبالغ مستوردة من الخارج». أما في القانون رقم 82-13 الذي يحدّد النظام الخاص بشركات الاقتصاد المختلط، فقد تبنى المشرع أسلوب تقدير التعويض حسب القيمة الحسابية للأسهم التي يمتلكها الطرف الأجنبي في رأس مال المؤسسة، وذلك في نص المادة 48 التي تضمنت ما يلي: « في حالة ما إذا اقتضت المصلحة العامة استعادة الدولة لأسهم الطرف الأجنبي يترتب قانونا عن هذا الإجراء دفع تعويض مساو للقيمة الحسابية لهذه الأسهم وذلك في أجل أقصاه سنة واحدة».

ومن خلال هذه النصوص نلاحظ أنّ تقدير التعويض مرتبط كل الارتباط بمعطيات الفترة التي تمّ فيها مباشرة تلك الإجراءات، وبالإيديولوجيات السلبية والاقتصادية للدولة اشتراكية كانت أو رأسمالية هذا من جهة، ومن جهة ثانية بالقدرات المالية والاقتصادية للدولة ومدى إمكانياتها في دفع مقدار التعويض الذي يغطي القيمة الحقيقية للمشروع والكسب الفائت أو الفرص الضائعة على المستثمر الأجنبي المجرد من أملاكه. الأمر الذي يجعلها في تلك المرحلة لا تدفع إلا القيمة الحقيقية للمشروع. لكن بدخول الجزائر في حملة الإصلاحات الاقتصادية وتبنيها للاستثمار الأجنبي

¹ - الأصل أنّ تقدير التعويض وتقييم الأملاك والحقوق العينية العقارية المنزوعة تعده مصالح إدارة الأملاك الوطنية بعد إخطارها بواسطة ملف يشمل على قرار التصريح بالمنفعة العمومية والتصميم الجزئي المرفق بقائمة المالكين وذوي الحقوق، حسب نص المادة 20 من القانون رقم 91-11. لكن في حالة النزاع يرجع الاختصاص في ذلك للقاضي، الذي يعتمد على الخبراء المختصين. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في القضية رقم 370 لسنة 97 المؤرخة في 17/01/1963 كما يلي: « إنّ المشرع في سبيل توفير الضمانات الكافية لحماية حق الملكية وصيانة حقوق ذوي الشأن قد حرص على أن يتمّ الاتفاق على التعويضات المستحقة عن نزع الملكية الخاصة بالمنفعة العامة أو تقديرها بمعرفة أهل الخبرة في حالة عدم حصول الاتفاق وإيداع هذه التعويضات على ذمّة مستحقيها في ميعاد قصير عقب نزع الملكية وقبل الاستيلاء الفعلي». أما المشرع الجزائري نص في المادة 182 من القانون المدني: « إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره... ». لكن إذا كان الإجراء تأميما فإنه يصدر بموجب نصّ تشريعي، يتضمّن شكل التعويض وشروط وإجراءات نقل الملكية، وهذا ما نصّت عليه اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أفواس دوسكيكة (ADS) في المادة 2/4/7 كما يلي: « في حالة التأميم، يتمّ تحديد شروط و كفاءات التحويل وشكل التعويض بمقتضى القانون طبقا للمادة 678 من القانون المدني » ، ج ر عدد 7.

كأسلوب لتحريك عجلة التنمية واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، تبنت أسلوبا جديدا للتعويض يقترب أكثر من القيمة الفعلية للمشروع ويشمل حتى الكسب الضائع في القانون رقم 91-11 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية حيث نصّ المشرع في المادة 21 على أنه: « يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية »⁽¹⁾. حيث يحدّد مبلغ هذا التعويض حسب القيمة الحقيقية للأموال أو المشروع تبعا لما ينتج عن تقييم طبيعتها ومشتملاتها أو عن استعمالها الفعلي من قبل مالكيها وأصحاب الحقوق العينية الأخرى عليها، أو من قبل التجار والصناع والحرفيين، وتقديم هذه القيمة الحقيقية يتمّ في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم. أما المرسوم التنفيذي رقم 93-186 فقد نصّ في المادة 31 على أنه: « يجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا ومنصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية، ويحدّد استنادا إلى القيمة الحقيقية للممتلكات حسب ما يستنتج من طبيعتها أو قوامها وأوجه استعمالها الفعلي من مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية فيها. تقدّر هذه القيمة الحقيقية على ما هي عليه يوم إجراء التقييم من قبل مصالح الأملاك الوطنية. تحدّد طبيعة الممتلكات أو قوامها في تاريخ نقل الملكية، ويؤخذ بوجه استعمالها ما كانت تستعمل فيه قبل عام من فتح التحقيق الذي يسبق التصريح بالمنفعة العمومية »⁽²⁾. كما تضيف المادة 33 من المرسوم نفسه بعض العناصر التي يجدر بمصالح إدارة الأملاك الوطنية أخذها بعين الاعتبار عند تقييم التعويض وفق القيمة الحقيقية للمشروع كما يلي: « تراعي القيمة الناجمة عن التصريحات التي يدلي بها المساهمون في الضريبة والتقديرات الإدارية التي تعدو نهائية بموجب القوانين الجبائية وفقا للتنظيم الخاص بالأملاك الوطنية المعمول به وذلك لتقدير التعويضات المخصصة للمالكين والتجار والصناعيين والحرفيين ». ونصّت كذلك اتفاقية الاستثمار على التعويض الذي يجدر أن يأخذ بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع، ومنها الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة Hamma water desalination التي نصّت في المادة 2/1/7 على ما يلي: « غير أنه في حالة نزع الملكية، ستمنح الدولة الجزائرية لشركة المشروع تعويضا مسبقا وعادلا ومنصفا ويأخذ التعويض بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع يوما واحدا قبل تاريخ نزع الملكية »⁽³⁾. وحددت بعض النصوص الخاصة ببعض حالات التدابير المماثلة لنزع الملكية عناصر التعويض، ومنها في حالة فسخ الدولة لعقد الامتياز أو التنازل بسبب إخلال المستفيد منها بالالتزامات التي يتضمّنها دفتر الأعباء - باعتبار حالة الفسخ هنا تدبير مماثل لإجراءات نزع الملكية - حيث نصّت المادة 9 من الأمر رقم 06-11 المؤرّخ في 30 أوت 2006 على أنه: « يترتب عن كل تقصير من المستفيد من الامتياز أو التنازل... فسخ عقد منح الامتياز أو التنازل... تدفع الدولة نتيجة الفسخ تعويضا مستحقا بعنوان القيمة المضافة المحتملة إلى أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة قانونا دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة، تحدّد مصالح الأملاك الوطنية المختصة إقليميا القيمة المضافة المحتملة »⁽⁴⁾.

¹ - قانون رقم 91-11، مؤرخ في 21 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21 مؤرخة 1991/05/08.

² - مرسوم تنفيذي رقم 93-186، مؤرخ 27 جويلية 1993، يحدد كليات تطبيق قانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر عدد 51 لسنة 1993.

³ - الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة Hamma water Desalination، ج ر عدد 7، مؤرخة في 28 جانفي 2007.

⁴ - أمر رقم 06-11 مؤرّخ في 30 أوت 2006 يتعلّق بتحديد شروط وكليات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53، مؤرخة في 30 أوت 2006.

2 - تقدير التعويض حسب الاتفاقيات الدولية: لقد تضمنت الاتفاقيات الدولية نوعاً من التفصيل عند التطرق للطرق المعتمدة في تقدير التعويض المستحق من الأجنبي بالمقارنة مع التشريعات الوطنية، وقد اختلفت فيما بينها في تبني الأسلوب المعتمد عليه في تقدير التعويض، حيث بعضها اعتمدت على التقييم على أساس القيمة الفعلية للمشروع الاستثماري والبعض الآخر على أساس القيمة الحقيقية أو القيمة السوقية. وفي كل الحالات يتم التقييم عشية اليوم الذي تتخذ فيه التدابير أو يعلن فيه عنها.

وقد نصت على التقييم على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية بالنزع الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا في نص المادة 2/5 كما يلي: « يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفقاً للظروف الاقتصادية... ». نصت كذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإسبانيا على الأسلوب نفسه في التقييم في نص المادة 2/5 كما يلي: «... يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه وعلى أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفقاً للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها... ». وتشمل القيمة المضافة الحقيقية إلى جانب القيمة الحسابية الصافية للمؤسسة، الفوائد التي تحصلت عليها وكذا الفوائد والخسائر المحتملة التي يمكن أن تترتب عن أي مشروع استثماري، وهذه القيمة تقضي بأن يأخذ بعين الاعتبار كل العناصر المرتبطة بالمشروع من رأس مال أصلي وفوائد وخسائر وغيرها.

بالمقابل، نصت اتفاقيات أخرى على تقييمه على أساس القيمة الفعلية للاستثمار في السوق أو قيمته السوقية، ومن بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال التي نصت في المادة 2/4 على أنه: « إن مبلغ التعويض يجب أن يساوي القيمة السوقية للاستثمار المعني مباشرة، قبل اتخاذ إجراء نزع الملكية أو عشية اليوم الذي أعلن فيه الإجراء، على أن يؤخذ بالإجراء الأول⁽¹⁾، حيث يتم تقدير مقدار التعويض وفق هذا الأسلوب حسب القيمة السوقية المتعارف عليها. وفي حالة عدم إمكانية ذلك بسبب التقلبات التي يعرفها السوق أو التقلبات التي تتعرض لها قيمة الأسهم في البورصة يتم تقدير قيمة التعويض بمراعاة القواعد والممارسات المعترف بها دولياً وخصوصاً المبادئ العادلة التي تأخذ بعين الاعتبار كل العناصر المرتبطة بالاستثمارات والأرباح والخسائر المحتملة واسم الشهرة وغيرها من العناصر المرتبطة بالمشروع الاستثماري. أما الاتفاقيات الأخرى نصت على أسلوب التقييم على أساس القيمة الاقتصادية للمشروع، ومن بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وقطر في المادة 2/5 التي قضت بأنه يشمل تقدير التعويض حسب هذا الأسلوب كل العناصر ذات القيمة الاقتصادية المرتبطة بالاستثمار من رأس مال وفوائد وخسائر محتملة واسم الشهرة وغيرها، وهي إلى حد بعيد شبيهة بالقيمة السوقية للمشروع. كما أنه يجب أن يتم تسديد التعويض بلا تأخير وإلا ينتج عنه حتى تاريخ الدفع فوائد⁽²⁾، تحسب بإحدى الطرق التالية:

¹ - نصت على هذا الأسلوب اتفاقيات أخرى منها: المادة 3/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وسوريا، و المادة 4/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا.

² - « يرى بعض الفقه أن فوائد التأخير عن التعويض الناشئ عن عمل غير مشروع تسري وفق الحكم بهذا التعويض ودون حاجة إلى حصول مطالبة قضائية بها... » ، محمد عبد الطاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلقه بالنظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 34.

- تحديد الفوائد حسب المعدل الرسمي لحقوق السحب الخاصة⁽¹⁾.

- تحديد الفوائد حسب سعر البنك المعمول به⁽²⁾، أو بالمعدل المعمول به بين البنوك⁽³⁾.

- تحديد التعويض بالنسبة التجارية المعمول بها عند الطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار على إقليمه من تاريخ تحديدها إلى غاية التسديد. أما بالنسبة للمشاريع الاستثمارية التي تشملها عقود الضمان فنصت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بضمان الاستثمار أنه لا يجوز للتعويض الذي يبرئ ذمة الدولة أن يغطي كل الخسائر التي لحقت بالمستثمر الأجنبي⁽⁴⁾. لأن التعويض وفق الهيئات الدولية المتخصصة في إبرام عقود الضمان لا يشترط أن يكون كاملا وشاملا لكل الأضرار التي تلحق بالمستثمر المضمون⁽⁵⁾، بل يكون جزئيا يشمل فقط الأضرار التي ترتب خطرا غير تجاري مضمون، وتستبعد الأضرار غير المباشرة كالفرص الضائعة والربح المستقبلي أو الاحتمالي. و يقدر حسب المادة 20 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أساس أقل القيمتين التاليتين:

- قيمة الخسارة التي أصابت المستثمر نتيجة تحقق الخطر المضمون.

- قيمة المبلغ الأقصى للضمان المحدد في العقد.

المبحث الرابع - خصائص التعويض: يعتبر التعويض من خلال ما سبق مبدأ تلتزم به كل الدول، معترف به دولياً وبمبدأ إلزاميته ما دام هو الصورة البسيطة والمباشرة لإصلاح الدولة للضرر الذي تسببه للمستثمر الأجنبي من جراء تعرضه لإجراءات نزع الملكية، على أن يشمل هذا الإلزام كل عناصر التعويض، مع مراعاة الخسائر التي لحقت بالمستثمر الأجنبي والمترتبة عن النزع، فيكون مقداره قادراً على إزالة كل النتائج السلبية للإجراء بقدر المستطاع،

¹ - نصت المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا كما يلي: « ينتج هذا المبلغ حتى تاريخ دفعه فوائد تحسب بمعدل الفائدة الرسمي لحق السحب الخاص كما هو محدد من طرف صندوق النقد الدولي... ».

- ونصت عليه كذلك المادة 3/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد للكسمبورغي كما يلي: « يتم تسديد هذه التعويضات بلا تأخير وتحول بكل حرية، وفي كل حالة تأخر الدفع تنتج فوائد بالمعدل الرسمي لحقوق السحب الخاصة وقت الاستحقاق مثلما حددها صندوق النقد الدولي... ».

² - نصت على ذلك المادة 2/4 ج من الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا كما يلي: « يتم تسديد التعويض بلا تأخير، وينتج في تاريخ الدفع فوائد تحسب بسعر البنك المعمول به... ».

³ - نصت على ذلك المادة 4/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا كما يلي: « ... وفور تحديد مبلغه يسدد التعويض بسرعة أو يسمح بتحويله، وفي حالة التأخر في الدفع، ينتج التعويض فائدة بالمعدل المعمول به بين البنوك والمناسب للعملة الصعبة المستعملة للتسديد في البلد الأصلي للمستثمر... ».

⁴ - نصت على ذلك المادة 16 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار AMGI كما يلي: « ... لا يجوز للوكالة أن تغطي جميع الخسائر التي تلحق بالمستثمر » وأكدته المادة 20 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات كما يلي: « تعد المؤسسة عقود التأمين... على أنه لا يجوز للمؤسسة أن تغطي جميع الخسائر المؤمن عليها... ».

⁵ - « من المستقر عليه لدى الفقه المعاصر أن التعويض العادل لا يعني في هذا الصدد المساواة التامة بين مبلغ التعويض وقيمة المشروع الذي تناوله التأمين » ، علي هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 20.

ويتحقق ذلك إذا قامت الدولة بدفع التعويض الملائم⁽¹⁾ الذي يكون مساويا لقيمة المشروع المنزوع أو المؤتمر وكلّ الخسائر اللاحقة لها، كالكسب الفائت والفوائد، والتي يحدد مقدارها حسب القيمة الفعلية للمشروع في السوق في الظروف العادية في آجال لا تطول بشكل تفقد المستثمر المعني مصالح أخرى اقتصادية ومالية، وذلك بحصوله على المبلغ اللازم بمجرد وضع الدولة اليد على المشروع، ثمّ أن تراعي المسائل الجانبية لعملية التعويض التي تجدر بها تغطية وإصلاح الضرر ومحو كلّ آثاره ليكون التعويض فعلياً. فالمواصفات العامة التي تجعل من التعويض قانونياً بالمفهوم المعاصر هي تلك التي تجعله تعويضاً ملائماً أو مناسباً، سريعاً أو فوراً

أ - التعويض الملائم: يعتبر التعويض الملائم ذلك التعويض الذي يحدّد وفق قاعدتين أساسيتين: أولهما أن يكون التعويض مساوياً للضرر ولا يزيد عنه بحيث يعتمد في قياسه على الضرر المباشر الذي يشتمل على عنصرين جوهريين وهما الخسارة التي لحقت المضرور أي المستثمر الأجنبي من الإجراء والكسب الذي فاتته، دون مراعاة جسامته الخطأ ولا المركز القانوني أو المالي لفاعله أو مدى تأمينه على مسؤوليته، والثانية تراعى في تقدير التعويض الظروف الملازمة لإجراء نزع الملكية أو التأميم، وبهذا تصبح قيمة التعويض مناسبة ومتوقفة على جسامته الضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي، أما عن مسألة تقدير هذا الضرر ومدى جسامته تدخل في صميم السلطات التقديرية الموضوعية للقاضي. بينما وقت تقديره فيكون عادة وقت وقوع الضرر، لأن هذا الضرر قد نشأ عن الإجراء وهو الذي أنشأ الحق في التعويض. إلا أنه يوجد جانب من الفقه يرى أنه ليكون التعويض ملائماً يجدر أن يتم تقدير قيمته وقت صيرورة الحكم القضائي أي وقت رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض لا وقت مباشرة الإجراء بالنزع، ومن الرأيين المتناقضين نشأ رأي وسط مؤداه إلزامية التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر، وذلك ينشأ وقت وقوع الضرر، وبين الإلتزام بدفع التعويض وذلك يتحقق بتقدير مبلغ التعويض وقت صدور الحكم. ويكون التعويض دائماً عن الأضرار المادية الملموسة والواقعية أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقعة، وعليه يجب تقدير قيمتها والتعويض عنها، أما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة أو الكسب الفائت غير المؤكدة أي المستقبلية فلا تلتزم الدولة بالتعويض عنها في أصل الحكم. ومع ذلك تبقى المسألة من صميم السلطة التقديرية للقاضي الذي يستطيع أن يجد مستنداً أو أساساً قانونياً للتعويض عن تلك الأضرار⁽²⁾، أما من وجهة نظر القانون الدولي⁽³⁾، فالتعويض الملائم هو التعويض الذي يكون قادراً بما فيه الكفاية على تغطية القيمة التجارية أو الحقيقية للاستثمار الأجنبي مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار والخسائر التي لحقت بالمستثمر الأجنبي فعلا دون الأرباح المحتملة. أما مسألة تحديد الملاءمة فإلى جانب الدور الذي يلعبه القاضي أو المحكم في تحديدها، فهي تحدد وفق القوانين الوطنية للدولة النازعة للملكية مع العلم أنه كلما كان التعويض ملائماً زاد في تنشيط العلاقات الاقتصادية الدولية بسبب قبول مقداره من المستثمر الأجنبي، ما دامت قيمته تتناسب مع القيمة الحقيقية للمؤسسة في حدّ ذاتها.

¹ - نصّت عليه هيئة التحكيم في قضية: Chase Manhattan C/Banco Nacional de Cuba

« يمكن أن يكون إجماع الأمم على التعويض الكامل لا يحتاج أن يدفع في جميع الظروف... لكن يتطلب من الدولة المؤممة أن تدفع تعويضاً ملائماً حتى مع الأخذ بعين الاعتبار عدم وجود تعريف واضح له... ».

² - وقد قررت محكمة التحكيم الدائمة في دعوى السفن النرويجية في سنة 1922 إلزامية دفع الأرباح المستقبلية.

³ - نصّ ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية في المادة 2 جزء 3 من القرار رقم 3281 للأمم المتحدة المؤرخ في 12 ديسمبر 1974، على أنه: " من حقّ أي دولة تأميم أو مصادرة أملاك أجنبية، لكن يجب أن يكون التعويض ملائماً ".

- يكرس أيضاً الفكرة نفسها الفقه الدولي بحيث قال الفقيه White في ذلك :

« Est adéquate une indemnité qui possède une relation raisonnable avec la valeur du bien transférée ».

ب - التعويض الحال أو الفوري: يقصد بالتعويض الحال ذلك التعويض الذي تؤديه الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية عند مباشرتها لإجراءات التأميم أو نزع الملكية بعد تقديره بصفة ملائمة بمجرد وضع اليد على ممتلكاته أو فور نقل ملكية المشروع الاستثماري لصالح الدولة النازعة للملكية وذلك دون مهلة، بحيث يفترض في حالة التأخر في دفع مبلغ التعويض أن يكون مصحوباً بفائدة تناسب مدة التأخر⁽¹⁾، ما دام الهدف من التعويض الفوري هو كسب الوقت بالنسبة للمستثمر الأجنبي وليس تضييعه وتضييع مصالحه. ولم ينعقد أي اتفاق حول مسألة التزام الدولة بدفع مقابل التأخير كفوائد إضافية على المبلغ الأصلي اللازم لجبر الضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي، بحيث يبرر بعض الفقهاء ذلك على أساس انعدام أي قاعدة قانونية تلزم الدولة الممتنعة عن دفع التعويض بالالتزام بأدائه، فكيف يمكن إلزامها بدفع غرامات أو التعويض عن التأخير. ويذهب جانب كبير من الفقه إلى اعتبار التعويض فوراً عندما يدفع مسبقاً ليكون ضامناً لحق المستثمر الأجنبي من تملص الدولة النازعة للملكية من الوفاء بالتزاماتها في جبر الضرر⁽²⁾، والتعويض الفوري المسبق هو التعويض الموازي لميعاد اتخاذ قرار التأميم أو نزع الملكية والسابق لإجراء نقل الملكية. كما أن الفورية تمتد إلى كل عناصر التعويض، حيث تلتزم الدولة على أساس هذه الخاصية بدفع مقدار التعويض كاملاً، أي قيمة المشروع المقدرة وفق قيمته السوقية وكل فوائده والكسب الفائت ليدفع للمستثمر الأجنبي دفعة واحدة⁽³⁾ في الوقت نفسه وفور تعرضه للإجراء. أما من حيث فعالية وإلزامية هذه الخاصية، فلا توجد أي قاعدة دولية تلزم الدولة عند نزع الملكية أو التأميم بدفع مبلغ التعويض إلى المستثمر الأجنبي في وقت محدد، لأن عملية الدفع الفوري تتوقف على الإمكانيات المادية والاقتصادية للدولة النازعة⁽⁴⁾. كما أن السوابق العملية وما جرى العمل به دولياً تثبت أنه لم يتم دفع التعويض للمستثمر الأجنبي من الدولة المضيفة له في الآجال المعقولة، بل حتى أن التعويض القائم على شرط الفورية لم يلق صدقاً، بحيث أدت الظروف المحيطة بالدولة المضيفة للاستثمار إلى صيرورة هذا الشرط فضفاضاً أو دون جدوى⁽⁵⁾. فالظروف الاقتصادية والاجتماعية المزرية لبعض الدول تحول دائماً دون قدرتها على دفع هذه المبالغ في الآجال اللازمة، الأمر الذي يدفع بالأطراف المعنية إلى إمكانية الاتفاق لتمديد المهلة بمدة لا يجوز أن تتجاوز في كل الأحوال 5 سنوات، وإلا أصبحت المسألة ذات آثار سلبية على مصالح المستثمر الأجنبي. وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية بعض الأحكام التي تقضي بإلزامية دفع التعويض بالشكل الفوري ودون تأخير ونذكر منها المادة 2/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والصين كما يلي: " يجب أن يكون التعويض مساوياً لقيمة الاستثمار الذي تم نزعه عشية اليوم الذي صرح فيه علانية بنزع الملكية أو التأميم وبإجراء مماثل أو بالقرار

¹ - يمكن أن تتحلل الدولة النازعة من هذه المبالغ الناتجة عن التأخر بموجب اتفاق مسبق، وتنص اتفاقية الاستثمار المبرمة بين فرنسا والصين عام 1984 في المادة 4 على أنه: « يجوز التأخير في دفع مبلغ التعويض »

² - أوصى على التعويض المسبق المعهد الأمريكي للقانون الدولي في المشروع الذي أعده عام 1925. و أوصت جمعية القانون الدولي بفينا بذلك عام 1926. أنظر - خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 106.

³ - غير أنه يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك، وهذا ما فعلته الولايات المتحدة الأمريكية وإثيوبيا في الاتفاقية المبرمة سنة 1986، في المادة الثالثة حيث اتفقتا على أن تدفع إثيوبيا 5,5 مليون دولار على أقساط لمدة 10 سنوات.

⁴ - تضمن القوانين الحق في التعويض وفقاً للقواعد العامة، فالتعويض في حد ذاته يظل قائماً طيلة مدة التقادم الطويل المدى المنصوص عليها في المادة 829 من القانون المدني والتي تقدر بـ 33 سنة.

⁵ - لم تدفع الحكومة المكسيكية عند تأميمها للشركات النفطية الأجنبية عام 1928 التعويض إلى المستثمرين الأجانب إلا بعد مرور 9 سنوات من إجراء التأميم وعلى أقساط، ودفعت منغاليا تعويضاً إلى بلجيكا على مدى 10 سنوات ودفعت بولندا إلى فرنسا تعويضاً على مدى 15 سنة وإلى السويد على مدى 17 سنة.

الصادر في هذا الشأن، يتم تسديد التعويض بلا تأخير، وينتج حتى تاريخ الدفع فوائد تحسب بسعر البنك المعمول به...⁽¹⁾

ج - التعويض الفعلي: إنَّ للتعويض المستحق عن إجراءات نزع الملكية أو التأميم أو المصادرة التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي قيمة مادية ومعنوية حقيقية مرتبطة بقيمته الاقتصادية، فيكون التعويض فعلياً إذا أدته الدولة الملتزمة بدفعه بالعملة المناسبة سواء كانت عملة المستثمر الأجنبي أو عملة الدولة المؤممة أو حتى أي عملة أجنبية أخرى بشرط أن لا تسبب خسارة واقعية للمستثمر الأجنبي بسبب عدم قابليتها للتحويل إلى الخارج، أو لأنها عملة لا تتمتع بأية قيمة في السوق⁽²⁾. فالفعالية تتحقق إذا دفع التعويض بالعملة القابلة للتحويل وذلك حسب سوق الصرف الرسمي المعمول به في السوق في التاريخ الموافق لإجراءات نزع الملكية، وذلك حتى وإن لم يتفق الأطراف صراحة على ذلك في بنود العقد المتعلق بالاستثمار. الأمر الذي يدفع في العمل الدولي للاستبعاد الكلي لكل العملات غير القابلة للتحويل لحماية لحق المستثمر الأجنبي من الحصول على التعويض دون فعالية، لعدم تمكنه من التصرف فيه. فالتعويض الفعلي من حيث المضمون يتطلب الحصول على التعويض نقداً بعملة معينة قابلة للتحويل، غير أنه يجوز للدولة النازعة والدولة المستضيفة للاستثمار الأجنبي الاتفاق على غير ذلك أو الاتفاق على سداد مبلغ التعويض بأسلوب آخر أو بمقابل آخر يساوي مقدار التعويض. حيث نصّ الاتفاق المبرم بين ليبيا وشركة "تكساكو" من جهة ومع شركة "كلاستيك" من جهة ثانية لسنة 1977 على أن تدفع الحكومة الليبية لكل منهما كمية من النفط الخام تعادل قيمته المقدرة بـ 76 مليون دولار عن الممتلكات المؤممة، ونصت كذلك الاتفاقية المبرمة بين حكومة بوليفيا وشركة نفط خليج برليفيا لسنة 1971 على أن تلتزم حكومة بوليفيا بإعطاء كمية من الغاز للشركة تعادل قيمة ما تمّ تأميمه في بوليفيا. وانفتحت الجزائر مع فرنسا على خصم مقدار التعويض المستحق عن التأميمات الجزائرية من ميزان التعاون بين الدولتين.

2 - موقف المشرع الجزائري من خصائص التعويض :

لم يعتمد المشرع الجزائري موقفاً واحداً فيما يخص خصائص التعويض عبر مختلف النصوص القانونية رغم اعتباره في كل مرة قيد على حق الدولة في نزع الملكية مفاده جبر الضرر الذي أصاب المستثمر الأجنبي تطبيقاً لنصّ المادة 124 من القانون المدني.

أ - خصائص التعويض في القوانين الوطنية: لقد نصّ دستور سنة 1996 على التزام الدولة بدفع تعويض قبلي أو مسبق وعادل ومنصف عن كل الإجراءات التي تباشرها بهدف استرجاع ممتلكاتها لضمان حماية الملكية العقارية الخاصة بغض النظر عن جنسية صاحبها وطنيا كان أو أجنبياً، حيث تنص المادة 20 منه على أنه: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عنه تعويض قبلي عادل ومنصف " وهو نفس ما جاء في دستور سنة 1989. فيكون التعويض قبلياً أو مسبقاً عندما تقوم الدولة بوضع قائمة المبالغ المستحقة عن نزع الملكية أو التأميم قبل دخول

¹ - نصت على مثل هذه الأحكام معظم الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال منها المادة 4/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا و المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا، و المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا، المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الأردنية الهاشمية .

² - أكدت التعويض الفعلي محكمة العدل الدائمة في قضية "Winblodone" عندما قضت بإلزامية دفع مقدار التعويض بالفرنك الفرنسي وليس بالمارك الألماني المتدهور في السوق، خاصة وأن الفرنك الفرنسي هو عملة المدعي أي المستثمر الأجنبي الذي تمت حساباته بها، لما يجعله العملة الفعالة الكفيلة بتقدير حقيقي للخسائر.

الإجراءات التي تقضي بنزع الملكية حيز التنفيذ، أو قبل وضع اليد على الأملاك المنزوعة أو المؤممة⁽¹⁾. إلا أنه من حيث الجانب العملي تكتفي الدول التي تعرضت رعاياها لهذه الإجراءات بالحصول على التزام قانوني من الدولة النازعة ووعده بدفع التعويضات رسمياً دون اشتراط دفع المبالغ قبل دخول الإجراءات حيز النفاذ أو وضعها اليد بصفة رسمية على هذه الأموال.

ويكون عادلاً عندما يكون شاملاً وكاملاً ويغطي كل الآثار والنتائج التي تترتب عنه، أي يساوي القيمة الحقيقية للمشروع الاستثماري الذي تم تجريد المستثمر الأجنبي منه، بحيث يعتمد في تقديره على أساليب موضوعية⁽²⁾. أما الإنصاف في التعويض فيتحقق عند التقدير الحقيقي للمبلغ الذي يستجيب للرغبة في جبر الضرر أخذاً بعين الاعتبار حقوق والتزامات أطراف عقد الاستثمار. يتم حساب القيمة العادلة للتعويض من جهة أولى وفق قيمة المشروع في السوق ووفق ما فات المستثمر الأجنبي من فوائد وكسب، ومن جهة ثانية دون إهمال حقوق الدولة المستضيفة للاستثمار الأجنبي بتحديد المبلغ في حدود مستحقاتها من ديون ضريبية وفوائد بنكية وغيرها⁽³⁾، أما في إطار قانون الاستثمار فقد نصّ المشرع في المادة 16 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على التعويض العادل والمنصف دون الإشارة إلى التعويض القبلي، لاستبعاد مسؤوليتها في الحالات التي يتعذر فيها عليها إمكانية دفع التعويض قبل وضع اليد أو قبل دخول القرار حيز النفاذ ويكتفي في المادة بالنص على: "يترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف"⁽⁴⁾.

ب - خصائص التعويض في القوانين الاتفاقية :

على خلاف المواصفات التي تبناها المشرع الجزائري في القوانين الوطنية والتي تتمثل في القبلي، العادل والمنصف فهو في إطار الاتفاقيات التي صادق عليها تبنى مواصفات أو خصائص أخرى تتراوح ما بين التعويض المناسب والفعلي ومن بينها ما جاء في نصّ المادة 2/5 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر كما يلي: " ... يجب أن تصاحب إجراءات نزع الملكية إذا اتخذت تدابير دفع تعويض مناسب وفعلي... ". ونصّت المادة 2/5 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وقطر على ما يلي: " ... كما يجب أن تؤدي تدابير نزع الملكية إذا اتخذت إلى دفع تعويض مناسب وفعلي... ". أو التعويض الحقيقي والملائم المنصوص عليه في اتفاقيات أخرى مثل ما جاء في نصّ المادة 1/4 ج من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا كما يلي: " ... تكون التدابير المتخذة مزودة ومصحوبة بأحكام تنص على دفع تعويض حقيقي وملائم وكذلك طرق دفع هذا التعويض ". أو التعويض العادل والفعال المنصوص عليه في بعض

1- انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 4 فيفري 1978 الذي يقضي بأن الاستلام مقيد بإيداع المبلغ لدى الخزينة العمومية وهذا لأن تصرفات الإدارة أصبحت تشكل خطورة على الملكية الفردية.

2- تنص المادة 21 من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بقواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية على ما يلي: « يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلاً ومنصفاً بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية... ».

3- في بعض التأميمات إثر القيام بالعملية الحسابية لتقدير التعويض المستحق تأكد أن مقداره يساوي الصفر مثل عملية تقدير الفوائد والأرباح المستحقة من الدولة والتي حققتها الشركات الأجنبية في تأميمات الشيلي ما بين سنتي 1955 - 1971. وثبت في التأميمات الأخرى أن قيمة الديون تفوق قيمة التعويض المستحق مثل تأميمات الشركات الفرنسية من الجزائر، والتي تأكد فيها أن الديون الضريبية تقدر بـ 300 مليون دولار وقيمة التعويض تقدر بـ 100 دولار.

4- وقد نصّت المادة 25 من القانون رقم 86-13 المتعلق بشركات الاقتصاد المختلط، المعدل للقانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط، على: « دفع تعويض عادل ومنصف... »، ج ر عدد 35، مؤرخة في 27/8/1986، ونصت المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بتشجيع الاستثمار وترقيته على أنه: « ... يترتب على التسخير تعويض عادل ومنصف »

الاتفاقيات الأخرى مثل الاتفاق المبرم بين دول اتحاد المغرب العربي في المادة 1/5 ج كما يلي: " ... تتم مرافقة تلك الإجراءات بدفع تعويض عاجل وفعلي.. " أما باقي الاتفاقيات الدولية فلا تشير إلى الخصائص السابقة وتكتفي بتحديد طريقة حسابه، وتشترط أن يكون مساوياً لقيمة المشروع الحقيقية والفعلية. وتجدر الإشارة في هذه المسألة إلى أن تردد المشرع الجزائري في تبني خصائص مستقرة وموحدة ما بين مختلف القوانين بما فيها الاتفاقية ناتج عن امتناعه عن وضع قاعدة داخلية تحدد له مجال التزامه تجاه المستثمر الأجنبي في مسائل التعويض ومواصفاته من جهة. ولعدم وجود قاعدة قانونية عرفية دولية موحدة يستعان بها في هذا المجال من جهة ثانية.

خاتمة: من خلال ما سبق نقول أن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية تلتزم إذا قامت بإنهاء اتفاقية الاستثمار بسبب نزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية أو بسبب أي إجراء آخر ذي نفس النتائج بالتعويض المادي للمستثمر الأجنبي لإضفاء الشرعية على إجراءاتها، باعتبارها إجراءات تدخل في صميم اختصاصاتها تستمدها من صلب سيادتها الاقتصادية والسياسية، حيث تصبح كل القرارات التي تقضي بحرمات صاحب الملكية من ملكيته بغض النظر عن جنسية صاحبها باطلة وعديم الأثر لأنه تجاوز صريح على حق الملكية الذي تكرسه معظم الدساتير وكل المواثيق الدولية، إذا لم يتم دفع التعويض. فالتعويض بالمفهوم التقليدي هو الصورة العادية لإصلاح الضرر بحيث يجب بقدر الإمكان أن يكون قادراً على أن يزيل كل النتائج المترتبة عنه باعتباره فعلاً غير مشروع إذا باشرت به الدولة بعيداً عن القيود الواردة على حقها في اللجوء إليه باعتباره من الحقوق المقرّ بها دولياً. فلا يعتبر التعويض التزاماً جديداً من الالتزامات الدولية التابعة لمشروع الاستثمار الذي نشأ على إقليمها، بل هو تنفيذ للالتزام أصلي هو الالتزام بعدم اللجوء إلى إجراءات التأميم أو نزع الملكية. فالتعويض وفق ما سبق التزام يقع على عاتق الدولة النازعة للملكية، وهو من أهم المظاهر التي تقترن بالمشروعية التي تلحق بالقرار لا الحق، فعدم دفع التعويض لا ينتج عنه بطلان الحق في استرجاع ما تم نزعه عن المالك، لأنّ التعويض يضمن للمعنيين ولو جزءاً من حقهم في الحرمان بتغطية الضرر الذي لحقهم إذا تعذر على الدولة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه .

الجزاء المسلط على الشركة التجارية في القضايا الجزائية



عائشة بوعزم : باحثة في صف الدكتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران

إن البيئة الاجتماعية التي تعيش في ظل ظروف اجتماعية معينة لا تحتمل أكثر من نسبة معينة من الإجرام لا تزيد و لا تنقص، بالتالي وجب على المجتمع أن يعمل على تغيير الظروف الاجتماعية و تصحيحها لبلوغ درجة التشبع الإجرامي بأسرع وقت؛

كان ذلك رأي الفقيه فيري في نهاية القرن التاسع عشر (19)، الذي كان مناهضا لفكرة العقاب التقليدي القائم على أساس الإيلام و القسوة كجزاء للمجرم الذي يرتكب خطيئة⁽¹⁾.

دون التوسع في مضمون المدارس الفقهية التي اعتنت بالجزاء الجنائي، من حيث فلسفة العقوبة، غايتها، شرعيتها و اختلافها في تعليلها بالتكفير أو الإخافة أو الإصلاح، و تباين آرائها حول تبرير المصلحة العامة و الدفاع المشروع⁽²⁾، و التطور الحاصل خاصة بعد الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات التجارية و ما ترتب عليها من نتائج⁽³⁾؛

يظهر أن المشرع الجزائري، بين نوعي الجزاء الجنائي، عقوبة و تدبيراً، حيث جمع بين المسؤولية الأخلاقية و المسؤولية الاجتماعية⁽⁴⁾.

بناء على ذلك يتبادر إلى الذهن تساءل حول موقف المشرع الجزائري من الجزاء المسلط على الشركة التجارية باعتبارها شخصاً معنوياً هل هو عقاب و/أو تدبير أمن، ما هي درجاته، و ما هي الأسباب التي قد تؤثر عليه؟، خاصة بعدما حسم موقفه و أقر مسؤوليتها الجزائية عن الجرائم المنصوص عليها قانوناً، و المرتكبة لحسابها من قبل أجهزتها أو ممثليها الشرعيين⁽⁵⁾، و بعدما بين قواعد المتابعة، التحقيق و المحاكمة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية مع مراعاة بعض الأحكام الخاصة⁽⁶⁾.

و لما كان من غير الممكن تصور تجريم فعل و إقرار مسؤولية جزائية في جانب الشركة التجارية من دون عقاب رادع، تدخل المشرع الجزائري سنة 2004، فحدد عقوبات تتماشى و طبيعة هذا الشخص المعنوي، في نفس الوقت الذي اعترف فيه صراحة بمسؤوليته الجزائية، بل أكثر من ذلك، ونظراً لأهمية الموضوع، عاد في سنة 2006

وأضاف بعض الأحكام التي وجدها ضرورة لضمان تحقيق أمن و سلامة عالم الأعمال و تطهيره من المخلفات السلبية للإجرام المالي الذي قد يتعرض له.

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للجزاء المسلط على الشركة التجارية :

إن الجزاء بالنظر إلى أنواعه يقسم إلى العقوبة و تدبير الأمن.

المطلب الأول : مميزات الجزاء المسلط على الشركة التجارية :

لا يمكن أن تكون الشركة التجارية موضوع عقوبة الحبس أو السجن، فهي معرضة لجزاءات خاصة، مالية أو مقيدة، بالأحرى سالبة للحقوق⁽⁷⁾، كما أنها عقوبات تتماشى و الطبيعة القانونية للشركة التجارية لأنها كائن قانوني مجرد.

أولاً : جزاءات ذات طبيعة خاصة :

1- عقوبة و ليست تدبير أمن :

إن الطبيعة القانونية للشركة التجارية لا تتماشى و تدابير الأمن لأنها ليست كيانا آدميا يمكن حجزه أو وضعه في مؤسسة استشفائية، فلا يمكن أن يكون الجزاء المقرر لها سوى عقوبة.

بناء على ذلك، يجب أن تكون مميزات العقوبات المطبقة على الشركة التجارية نفسها مميزات العقوبات بصفة عامة، و هي كالتالي :

أ- شرعية العقوبة⁽⁸⁾ و شخصيتها: فالعقوبات الجزائية المسلطة على الشركة التجارية تخضع لمبدأي الشرعية و الشخصية لضمان الشعور بالأمن و الطمأنينة⁽⁹⁾.

ب- تفريد العقوبة : إن العقوبة و إن كانت محددة إلا أنها تتراوح بين حد أدنى و حد أقصى، حتى تتلاءم مع جسامة الجريمة و خطورة الجاني⁽¹⁰⁾.

ج- المساواة في العقوبة⁽¹¹⁾.

هـ - قضائية العقوبة و ضمان التعويض عن الخطأ القضائي⁽¹²⁾.

2- عقوبات مالية :

نظرا للطبيعة الخاصة للشركة التجارية باعتبارها شخصا معنوي، لا يمكن تصور خضوعها لعقوبة الإعدام، الحبس أو السجن كعقوبات بدنية و سالبة للحرية، غير أنه يمكن أن تخضع لعقوبات مالية كالغرامة و المصادرة و نشر الحكم، فهي عقوبات تقوم على إنقاص الجانب الإيجابي من الذمة المالية للمحكوم عليه، و تعد من مصادر الإيرادات للخزينة العمومية ؛

و أخرى بديلة للعقوبات السالبة أو المقيدة للحرية، كحل الشخص المعنوي، الوضع تحت الحراسة و إقفال المحل⁽¹³⁾.

3- عقوبات تطبق على الجرائم المنصوص عليها قانونا :

إعمالا لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات، فقد حدد المشرع عقوبة معينة لكل صنف من الجرائم التي يمكن أن ترتكبها الشركة التجارية، و التي سيأتي تحليلها لاحقا.

ثانيا : عقوبات تتماشى و الطبيعة القانونية للشركة التجارية :

وضع المشرع أحكاما عقابية تتماشى و الطبيعة القانونية للشركة التجارية، فيمكن تقسيم الجزاء الذي قد تخضع له إلى عقوبات أصلية و أخرى تكميلية.

1- العقوبات الأصلية :

إن العقوبة الأصلية الوحيدة التي يمكن أن تتقرر في حق الشركة التجارية هي الغرامة باعتبارها عقوبة مالية، في حين باقي العقوبات الأصلية⁽¹⁴⁾ الأخرى لا يمكن أن تكون محلا للتطبيق عليها، لأنها عقوبات سالبة للحرية، لا يمكن تقريرها في حق كائن قانوني مجرد ؛

بالتالي يجوز الحكم بعقوبة الغرامة المالية دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى⁽¹⁵⁾.

يقرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة في جميع أنواع الجرائم التي ترتكب من قبل إحدى الأجهزة أو الممثل الشرعي، لحساب شركة تجارية معينة، يلتزم المحكوم عليه بها بدفعها للخزينة العمومية، يقدرها القاضي وفق القواعد المقررة في مثل هذا الشأن عملا بمبدأ الشرعية، فيحددها في إطار الحد الأدنى و الأقصى الذي يضعه القانون، كما له في تحديدها أن يراعي مبدأ شخصية الغرامة فلا يحكم بها على المسؤول المدني، و له أن يراعي أيضا ظروف مرتكبها و ظروف ارتكاب الجريمة⁽¹⁶⁾.

2- العقوبات التكميلية :

إن العقوبة التكميلية، هي التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، إلا في الحالات التي ينص القانون صراحة، و هي إما إجبارية أو اختيارية⁽¹⁷⁾، بمعنى عقوبات إضافية أو ثانوية، تتضمن إنقاص بعض الحقوق التي يقدر المشرع مدى ضرورة القضاء بها⁽¹⁸⁾.

بناء على ذلك، فإن العقوبات التكميلية التي يمكن أن تطبق على الشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا هي كالتالي :

1) حل الشركة التجارية⁽¹⁹⁾، و هي تعتبر العقوبة الأكثر خطرا لأنها تضع من الناحية القانونية حدا لوجود الشركة التجارية، فهي بمثابة عقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي، و بالرغم من أهميتها كعقوبة إلا أن المشرع لم يبين الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذها⁽²⁰⁾.

(2) غلق المؤسسة أو فرع من فروعها⁽²¹⁾.

(3) الإقصاء من الصفقات العمومية⁽²²⁾.

(4) المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر⁽²³⁾.

(5) مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها⁽²⁴⁾.

(6) نشر وتعليق حكم الإدانة ؛

(7) الوضع تحت الحراسة القضائية، و تنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه : يبدو أن المشرع لم ينص على أحكام تبين إجراءات الوضع تحت الحراسة القضائية في قانون العقوبات، غير أنه يميز لقاضي التحقيق أن يأمر بالرقابة القضائية و ذلك بإلزام المتهم " الشركة التجارية"، عدم القيام ببعض النشاطات المهنية عندما ترتكب الجريمة إثر ممارسة هذه النشاطات و عندما يخشى من ارتكاب جريمة جديدة⁽²⁵⁾.

المطلب الثاني : تحديد العقوبات المسلطة على الشركة التجارية :

إذا ارتكبت جريمة معينة أدت إلى احتمال قيام المسؤولية الجزائية لشركة تجارية ما، و جب في هذه الحالة على السلطات العامة تطبيق رد الفعل الاجتماعي على انتهاك النص القانوني و الذي أمر به القضاء، ألا و هو "العقوبة".

أولا : العقوبات المسلطة على الشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا مدانا :

إن العقوبات المطبقة على الشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا مدانا هي كالتالي :

1- العقوبات في مواد الجنايات :

تتنوع هذه العقوبات بين عقوبات أصلية و أخرى تكميلية :

أ- العقوبات الأصلية :

أخضع المشرع الشركة التجارية لعقوبة مالية تتماشى و وضعيتها القانونية باعتبارها شخصا مجردا، غير أن القانون لم ينص على غرامة مالية كعقوبة للشخص الطبيعي في مواد الجنايات، إلا أنه نص، أن عقوبة السجن المؤقت لا تمنع الحكم بعقوبة الغرامة⁽²⁶⁾، و لم يبين حديها الأدنى و الأقصى، بل تركها للسلطة التقديرية للقاضي، فتدخل المشرع و أجاب عن إشكالية عدم وجود نص قانوني يحدد عقوبة الغرامة بالنسبة للأشخاص الطبيعية، سواء في الجنايات أو الجنح، و قامت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في نص المادة 18 مكرر 2 قانون عقوبات⁽²⁷⁾، غير أن هذه العقوبة الأصلية وحدها لا تكفي، و إنما أوجب المشرع تسليط عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية إلى جانبها :

ب- العقوبات التكميلية :

أخضع المشرع الشركة التجارية لعقوبات تكميلية وردت على سبيل الحصر، عددها سبعة (7)، تسلط إما واحدة منها أو أكثر، مقترنة مع عقوبة الغرامة، فلا يجوز توقيعها بمفردها، وإنما يجب على القاضي أن ينطق بها في نفس الحكم المقرر للعقوبة الأصلية⁽²⁸⁾.

2- العقوبات في مواد الجنح :

لقد كان ينص المشرع في ظل القانون 04-15 على العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنح، عندما تعرض للعقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنائيات، والتي كانت نفسها، غير أنه في ظل قانون 06-23 عدل النص القانوني وألغى عبارة " الجنح"، ولم يضيف في الباب الأول مكرر أي مادة قانونية أخرى يحدد من خلالها العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي في مواد الجنح.

لكن هذا لا يعني أن الجنح المرتكبة لحساب الشخص المعنوي من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين، تدخل ضمن الأفعال المبررة أو موانع المسؤولية، أو الظروف المعفية من العقاب، لأن المشرع بالرغم من عدم التعرض لها في الباب الأول مكرر، لسبب أو لآخر، إلا أنه حدد العقوبات المطبقة من خلال أحكام قانونية ورد ذكرها في قانون العقوبات و القوانين المكملة له⁽²⁹⁾.

3- العقوبات في مواد المخالفات :

تعاقب الشركة التجارية، إذا ثبتت مسؤوليتها الجزائية عن المخالفات المنصوص عليها في قانون العقوبات و القوانين المكملة له، بغرامة تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على نفس الجريمة؛ كما يجوز للقاضي أن ينطق بعقوبة مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، في نفس الحكم المقرر لعقوبة الغرامة⁽³⁰⁾.

هكذا يظهر أن المشرع جعل النطق بالعقوبة التكميلية في مواد المخالفات أمر جوازي، يرجع للسلطة التقديرية للقاضي، عكس العقوبة التكميلية في مواد الجنائيات التي يجب على القاضي النطق بواحدة منها أو أكثر إلى جانب عقوبة الغرامة، أي أن القاضي لديه سلطة مقيدة في هذا الشأن، غير أن سلطته تكون تقديرية حينما يختار العقوبة التكميلية الأصلح لتوقيعها على الشركة، من حيث العدد و من حيث النوع⁽³¹⁾.

ثانيا : خرق الالتزامات المتعلقة بحكم العقوبات التكميلية :

مبدئيا، يجب أن تنفذ العقوبة بمجرد صدور حكم نهائي مستنفذ لجميع طرق الطعن، و الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، و عدم تنفيذه يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية.

1- خرق الشخص الطبيعي للالتزامات المتعلقة بحكم العقوبات التكميلية :

عندما يعاقب شخص معنوي بواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المقررة له، فإن خرق الالتزامات المترتبة على هذا الحكم من طرف شخص طبيعي، يعرضه للعقاب⁽³²⁾.

بناء على ذلك فإن الشخص الطبيعي الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية الجزائية في جانب الشركة التجارية، عن الجرائم التي ترتكب لحسابها عندما ينص القانون على ذلك⁽³³⁾، يتجسد عادة في: المدير في شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة التوصية بالأسهم، شركة المسؤولية المحدودة و المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية المحدودة، رئيس مجلس الإدارة، المدير العام في شركة مساهمة ذات مجلس إدارة، رئيس مجلس المديرين في شركة المساهمة ذات مجلس مديرين، أي الممثل الشرعي للشركة التجارية.

كما قد يتجسد هذا الشخص الطبيعي في صفة ممثل الشركة التجارية أثناء سير إجراءات الدعوى المرفوعة ضدها، سواء تعلق الأمر بالممثل القانوني الذي يخوله القانون أو القانون الأساسي للشخص المعنوي تفويضا لتمثيله، أو الممثل الذي يعينه رئيس المحكمة بناء على طلب النيابة العامة⁽³⁴⁾.

غير أن هذا الفرض الأخير يحتاج إلى شيء من التفكير، لأن الغرض من تعيين الممثل هو ضمان تمثيل الشركة، و يظهر أن مهمته تنتهي بمجرد انتهاء الإجراءات الجزائية، و لا تمتد إلى غاية تنفيذ العقوبة.

2- خرق الشركة التجارية الالتزامات المتعلقة بحكم العقوبات التكميلية :

يمكن التصريح بقيام المسؤولية الجزائية للشركة التجارية، عن جنحة خرق الالتزامات المترتبة على الحكم بالعقوبات التكميلية، و ذلك إذا ارتكبت هذه الجريمة لحساب الشركة، من قبل أجهزتها أو ممثليها الشرعيين.

تتمثل العقوبة المقررة لها في غرامة مالية تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على نفس الجريمة⁽³⁵⁾.

هكذا يظهر أن المشرع عرض كل من الشخص الطبيعي و المعنوي على حد السواء، في حال ارتكاب جنحة خرق الالتزامات المترتبة على الحكم بالعقوبات التكميلية، لعقوبة أصلية و لم يتطرق لأي عقوبة تكميلية أخرى.

تجدر الإشارة أن الشخص الطبيعي المدان إلى جانب الشركة التجارية كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال⁽³⁶⁾، يتعرض هو الآخر للعقوبات المحددة قانونا للأشخاص الطبيعية إعمالاً لمبدأ شخصية العقوبة.

المبحث الثاني: الأسباب التي تؤثر في العقوبة المسلطة على الشركة التجارية :

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية و رسم له حدودها، لأنه موضع ثقة و الأكثر حكمة في مراعاة الظروف المؤثرة في العقوبة، فهو الأقدر على تحديد ظروف تخفيف أو تشديد العقاب و الإعفاء منه و حتى وقف تنفيذه؛ و على هذا الأساس يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول مدى إمكانية ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في تقدير و اختيار العقوبة الملائمة و الواجب توقيعها على شخص ليس له سوى وجود قانوني كالشركة التجارية، فهل من الممكن أن تستفيد هذه الأخيرة من الأسباب المخففة أو المعفية للعقاب، أو من الظروف المشددة له، و هل تستفيد كذلك من وقف تنفيذه؟

المطلب الأول: قبل النطق بالحكم:

تتمثل في ظروف مخففة للعقاب و أخرى مشددة له، أما الأعذار القانونية⁽³⁷⁾ لم يتعرض لها المشرع بخصوص الشخص المعنوي.

أولا: تطبيق نظام الظروف المخففة للعقاب على الشركة التجارية:

يجوز إفادة الشخص المعنوي بالظروف المخففة حتى و لو كان مسؤولا جزائيا لوحده⁽³⁸⁾، فالمشرع قد سد الفراغ القانوني الذي كان قائما حين إقراره للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي سنة 2004، حيث لم يتطرق لمسألة جواز أو عدم جواز تطبيق الظروف المخففة على الشخص المعنوي، و لكنه تدارك الوضع سنة 2006 و حسم موقفه من هذه المسألة⁽³⁹⁾.

غير أنه حتى تستفيد الشركة التجارية من الظروف المخففة، ميز المشرع بين الشخص الاعتباري المسبوق قضائيا، و الشخص الاعتباري غير المسبوق قضائيا⁽⁴⁰⁾.

يقصد بالشخص الاعتباري المسبوق قضائيا، من الوجهة القانونية، كل شخص معنوي محكوم عليه نهائيا بغرامة مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ من أجل جريمة من القانون العام، دون المساس بالقواعد المقررة لحالة العود⁽⁴¹⁾.

1- أثر الظروف المخففة على الشركة التجارية غير المسبوق قضائيا:

يجوز للقاضي بناء على سلطته التقديرية، تخفيض عقوبة الغرامة المسلطة على الشركة التجارية غير المسبوق قضائيا إلى الحد الأدنى للغرامة المقررة في القانون الذي يعاقب على نفس الجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي⁽⁴²⁾.

بناء على ذلك، إذا كانت العقوبة المقررة للشركة التجارية في الظروف العادية هي غرامة مالية تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على نفس الجريمة؛

و كانت الغرامة المقررة للشخص الطبيعي عن هذه الجريمة تتراوح ما بين عشرون ألف دينار جزائري (20.000 دج) كحد أدنى و مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج) كحد أقصى؛

فإنه إعمالا بالنص القانوني القاضي بتخفيض العقوبة إلى الحد الأدنى للغرامة المقررة عن نفس الجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي، في حال توافر ظرف استثنائي مخفف للشركة التجارية غير المسبوق قضائيا، تطبق عليها إذن، عقوبة عشرون ألف دينار جزائري (20.000 دج) فقط كغرامة.

2- أثر الظروف المخففة على الشركة التجارية المسبوقه قضائيا :

لا يجوز للقاضي بناء على سلطته التقديرية، تخفيض عقوبة الغرامة المسلطة على الشركة التجارية إذا كانت مسبوقه قضائيا، عن الحد الأقصى للغرامة المقررة في القانون الذي يعاقب على نفس الجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي⁽⁴³⁾.

و بناء على ذلك، إذا كانت العقوبة المقررة للشركة التجارية في الظروف العادية هي غرامة مالية تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على نفس الجريمة ؛ و كانت الغرامة المقررة للشخص الطبيعي عن هذه الجريمة تتراوح ما بين عشرون ألف دينار جزائري (20.000 دج) كحد أدنى و مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج) كحد أقصى ؛ فإنه إعمالا بالنص القانوني القاضي بعدم جواز تخفيض العقوبة عن الحد أقصى للغرامة المقررة عن نفس الجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي، في حال توافر ظرف استثنائي مخفف للشركة التجارية المسبوقه قضائيا، تطبق عليها إذن، عقوبة لا تقل عن مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج) دينار جزائري كغرامة.

3- حالات استبعد فيها المشرع تطبيق نظام الظروف المخففة على الشركة التجارية :

إن قاعدة جواز تطبيق الظروف المخففة ليست مطلقة حيث استبعد المشرع تطبيقها حينما يتعلق الأمر بجريمة مرتكبة من قبل أجهزة أو الممثلين الشرعيين للشركة التجارية، و لحسابه، في حالات معينة⁽⁴⁴⁾.

ثانيا : تطبيق نظام الظروف المشددة للعقاب على الشركة التجارية :

يخضع الشخص المعنوي إلى عقوبة مشددة، إذا سبق الحكم عليه من أجل جنائية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي، و قامت مسؤوليته الجزائية من جراء ارتكاب جنائية أو جنحة خلال مدة زمنية محددة و شروط معينة ؛ فالمشرع قد سد الفراغ القانوني الذي كان قائما حين إقراره للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي سنة 2004، حيث لم يتطرق لمسألة جواز أو عدم جواز تطبيق الظروف المشددة على الشخص المعنوي، و لكنه تدارك الوضع سنة 2006 و حسم موقفه من هذه المسألة⁽⁴⁵⁾.

1- شروط تطبيق العود في مواد الجنائيات :

بالرجوع إلى القانون رقم 06-23 السابق الذكر يمكن استخلاص الشروط التالية :

(1) حكم سابق نهائي على الشركة التجارية من أجل جنائية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة حدها الأقصى يفوق خمسمائة ألف دينار جزائري (500.000 دج) ؛

(2) قيام مسؤولية جزائية للشركة التجارية من جراء ارتكاب جنائية.

بتوافر هذين الشرطين يجوز تطبيق النسبة القصوى للغرامة و التي تساوي عشر (10) مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجنائية⁽⁴⁶⁾.

أما إذا لم تكن الجنائية معاقب عليها بغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي، فإن الحد الأقصى للغرامة المطبق على الشركة التجارية هو عشرون مليون دينار جزائري (20.000.000 دج)، عندما يتعلق الأمر بجنائية معاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد، و يكون هذا الحد عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000 دج) عندما تكون الجنائية معاقب عليها بالسجن المؤقت⁽⁴⁷⁾.

2- شروط تطبيق العود في مواد الجرح :

بالرجوع إلى القانون رقم 06-23 السابق الذكر يمكن استخلاص الشروط التالية :

- 1) حكم سابق نهائي و قيام مسؤولية جزائية للشركة التجارية من جراء ارتكاب جنحة.
 - 2) التماثل بين الجريمتين من حيث الطبيعة و من حيث المدة الزمنية الفاصلة بين الحكم النهائي عن الجريمة السابقة و بين ارتكاب الجريمة اللاحقة⁽⁴⁸⁾.
- و بناء على ذلك إذا كانت المدة الزمنية الفاصلة بين الحكم النهائي عن الجريمة السابقة و بين ارتكاب الجريمة اللاحقة هي عشر (10) سنوات أو خمس (5) سنوات على حد سواء، يجوز تطبيق النسبة القصوى للغرامة و التي تساوي عشر (10) مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجنحة⁽⁴⁹⁾؛

غير أنه إذا لم تكن الجنحة معاقب عليها بغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي، فإن الحد الأقصى للغرامة المطبق على الشركة التجارية هو عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000 دج) إذا كانت المدة الزمنية الفاصلة بين الحكم النهائي عن الجريمة السابقة و بين ارتكاب الجريمة اللاحقة هو عشر (10) سنوات⁽²⁾، في حين يكون الحد الأقصى للغرامة المطبق على الشركة التجارية هو خمس ملايين دينار جزائري (5.000.000 دج) إذا كانت المدة الزمنية الفاصلة بين الحكم النهائي عن الجريمة السابقة و بين ارتكاب الجريمة اللاحقة هو خمس (5) سنوات⁽⁵⁰⁾.

تجدر الإشارة أنه إذا حكم نهائيا على الشركة التجارية من أجل جنحة و قامت مسؤوليتها الجزائية خلال خمس (5) سنوات الموالية لقضاء العقوبة من جراء ارتكاب نفس الجنحة أو جنحة مماثلة بمفهوم قواعد العود، يجوز كذلك في هذه الحالة تطبيق النسبة القصوى للغرامة و التي تساوي عشر (10) مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجنحة بالنسبة للشخص الطبيعي⁽⁵¹⁾.

3- شروط تطبيق العود في مواد المخالفات :

بالرجوع إلى القانون رقم 06-23 السابق الذكر يمكن استخلاص الشروط التالية :

- 1) حكم سابق نهائي على الشركة التجارية من أجل مخالفة.
- 2) قيام مسؤولية جزائية للشركة التجارية من جراء ارتكاب نفس المخالفة.
- 3) تكون المدة الزمنية الفاصلة بين الحكم النهائي عن الجريمة السابقة و بين ارتكاب الجريمة اللاحقة هي سنة واحدة. (1)

يجوز في هذه الحالة تطبيق النسبة القصوى للغرامة و التي تساوي عشر (10) مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه المخالفة بالنسبة للشخص الطبيعي⁽⁵²⁾.

هكذا يكون المشرع قد سد الفراغ التشريعي الذي نشأ منذ إقراره صراحة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، و بالتالي الشركة التجارية، عندما سن أحكاما قانونية متعلقة بظروف التخفيف و التشديد التي يمكن أن تستفيد منها الشركة التجارية المدانة.

المطلب الثاني : بعد النطق بالحكم :

إن تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه حق للمجتمع، ذو طابع إلزامي، لكن يمكن أن يوقف أحيانا و يمكن أن ينقضي أحيانا أخرى⁽⁵³⁾.

و بناء على ذلك، ما مدى صحة هذه الفكرة حينما يتعلق الأمر بمحكوم عليه، كائن قانوني مجرد، كالشركة التجارية ؟

أولا : تطبيق نظام وقف تنفيذ العقوبة على الشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا :

بالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات، يظهر أن المشرع نظم سنة 2006 أحكاما قانونية تتعلق بظروف التخفيف التي يجوز الحكم بها لفائدة الشخص الاعتباري⁽⁵⁴⁾، حيث نص صراحة حين تعريفه للشخص المعنوي المسبوق قضائيا، أنه كل شخص معنوي محكوم عليه نهائيا بغرامة مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ من أجل جريمة من القانون العام، دون المساس بالقواعد المقررة بحالة العود⁽⁵⁵⁾.

و بناء على ذلك، يمكن تطبيق نظام وقف تنفيذ العقوبة متى توافرت شروطه المنصوص عليها في الأحكام القانونية الواردة بقانون الإجراءات الجزائية⁽⁵⁶⁾ و التي تتناسب مع الوضعية القانونية للشركة التجارية خاصة، و أن المشرع أورد في قانون العقوبات عبارة " بغرامة، مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ"، فهي توحى أنه بإمكان المجالس القضائية و المحاكم في حالة الحكم بغرامة مالية على الشخص المعنوي، إذا لم يكن قد سبق الحكم عليه بغرامة لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام، أن تأمر بحكم مسبق بالإيقاف الكلي أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية، المتمثلة في الغرامة المالية.

ثانيا : تطبيق نظام انقضاء العقوبة على الشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا :

إن انقضاء العقوبة بتنفيذها ليس هو السبب الوحيد لذلك و إنما أوجد القانون و القضاء أسبابا أخرى، يمكن تصنيفها إلى أسباب تتعلق بانقضاء الالتزام بتنفيذ العقوبة، و أخرى تتعلق بزوال الحكم بالإدانة⁽⁵⁷⁾.

بالرجوع إلى الأحكام القانونية المتعلقة بانقضاء العقوبة، و الواردة في دستور سنة 1996 و قانون الإجراءات الجزائية⁽⁵⁸⁾، يظهر أنها تعرضت لمسألة انقضاء العقوبة المقررة للشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي.

لكن يبدو أنه ليس هناك ما يحول دون إمكانية تطبيق هذه الأحكام على الشخص المعنوي بالنسبة للعقوبات التي قد يتعرض لها.

و بناء على ذلك يظهر أن ليس هناك ما يمنع من صدور عفو رئاسي في حق الشركة التجارية، عن عقوبة الغرامة التي حكم بها ضدها كعقوبة أصلية، بموجب حكم نهائي إما بصفة كلية أو جزئية أو حتى استبدالها بعقوبة أخف، دون أن يمتد آثاره إلى العقوبات التكميلية التي قد تصدر ضد الشركة؛

ليس هناك ما يمنع من صدور حكم في حق الشركة التجارية، يقضي بتقادم عقوبة الغرامة المالية المحكوم بها ضدها بسبب ارتكابها جنائية أو جنحة أو مخالفة بعد مضي مدة زمنية يحددها القانون تبدأ من صدور أو صيرورة الحكم نهائياً، مما يؤدي إلى تخلص الشركة من آثار الحكم بالإدانة، إذا لم تكن العقوبة قد نفذت في آجالها المحددة قانوناً؛

ليس هناك ما يمنع من صدور عفو شامل في حق الشركة التجارية، فتزول على إثره الصفة الإجرامية عن الجريمة، مما يترتب عنه انقضاء عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية، وكذا انقضاء العقوبة التكميلية؛

ليس هناك ما يمنع من رد اعتبار الشركة التجارية، وذلك بمحو الحكم بالإدانة بالنسبة للمستقبل، و انقضاء كل الآثار القانونية التي ترتبت عنه في حق الشركة التجارية لجناية أو جنحة، لكن تبقى جميع هذه الحلول مجرد فرضيات، في غياب نص قانوني يكرسها، إعمالاً لمبدأ الشرعية.

إن الأشخاص المعنوية التي لها صفة التاجر يمكن أن ترتكب جرائم اقتصادية تجلب الاعتداء على المصلحة العامة للبلاد فهي تتجه إلى تعطيل السياسة الاقتصادية التي وضعتها السلطات العامة، مثال ذلك الشركات التجارية التي تباشر الامتناع عن البيع⁽⁵⁹⁾، كما يمكن أن ترتكب على مستواها جرائم من نوع آخر.

و بما أن قانون العقوبات "قانون حقود" (Un droit rancunier) على حد تعبير الفقيهين جاك بوريكون و آن ماري سيمون (Jacques Borricand, Anne-Marie Simon)، لأن آثار إدانة الشخص لا تنمحي بل تبقى راسخة في ذاكرة العقوبات، فالجهات القضائية لديها معرفة دقيقة بسوابق الأشخاص المائلين أمامها لكي يتسنى لها تركيز العقوبة جيداً؛ و بصفة عامة كل شخص يريد أن يتعاقد مع شخص آخر يمكنه أن يتحقق من أخلاقه؛ إذن، صحيفة السوابق القضائية مخصصة لهذا الغرض، فالأحكام المنطوق بها ضد الشخص الطبيعي أو المعنوي تقيد على مستواها⁽⁶⁰⁾، بحسب الكيفية المنصوص عليها قانوناً⁽⁶¹⁾؛

بناء على ذلك فإن لصحيفة السوابق القضائية أهمية في توضيح الوضعية الجزائية للشركة التجارية، و ما على المتعامل معها سوى الاضطلاع على هذه الصحيفة ليتأكد من صمعة هذه الشركة و مدى مصداقيتها.

فقد ألزم المشرع الجزائري منذ إصداره لأول قانون إجراءات جزائية سنة 1966، كل جهة قضائية أوقعت عقوبة جنائية في الأحوال الاستثنائية التي يصدر فيها مثلها على شركة، و كل إجراء أمن أو إغلاق و لو جزئياً أو مؤقتاً، و كل مصادرة محكوم بها على شركة و لو نتيجة لجزاء موقع على شخص طبيعي، أن تخطر بها القاضي المكلف

بمصلحة صحيفة السوابق القضائية المركزية و ذلك في ظرف خمسة عشر (15) يوما، حتى يتسنى لهذا القاضي تحرير بطاقة عامة طبقا للنموذج النظامي الذي تحدده وزارة العدل⁽⁶²⁾.

الهوامش :

(1) : محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، "القسم العام من قانون العقوبات"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002، ص. 512 إلى غاية 542. : " السياسة العقابية".

(2): أحمد الخليلي، "شرح القانون الجنائي"، القسم العام، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 1985، ص. 295 ؛ محمد صبحي نجم، "المدخل إلى علم الإجرام و علم العقاب"، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 1998، ص. 81 إلى غاية 100. : " أغراض العقوبة، أغراض التدابير الاحترازية".

(3): برزت فكرة الشخصية المعنوية للشركة، فأصبحت شخصا قانونيا مستقلا عن أشخاص الشركاء، يكتسب حقوقا و يتحمل التزامات، منذ صدور المجموعة التجارية الفرنسية في 01 جانفي 1808، بالإضافة إلى الجهود المبذولة من قبل القضاء الفرنسي في القرن التاسع عشر، حيث تغير النظام القانوني و تأسست النظرية الحالية للشخصية المعنوية للشركات التجارية خاصة بظهور شركات رؤوس الأموال، التي تقوم على الاعتبار المالي و لا تهتم كثيرا بشخصية الشركاء، فأصبحت تتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان و ذلك في الحدود التي يقرها القانون، لها خصوصا ذمة مالية مستقلة، أهلية، موطن، نائب يعبر عن إرادتها و حق التقاضي، كما تقررت مسؤوليتها الجزائية عن الجرائم المرتكبة لحسابها من قبل أجهزتها أو ممثليها الشرعيين : حول هذا الموضوع : نادية فوضيل، " أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات لأشخاص)", الطبعة الثامنة 2009، دار هومة، ص. 11.

sociétés – groupements , 2^e édition tome 1, 2^e volume : "droit commercial" J. Hamel _ G. Lagarde _ A. Jauffret, d'intérêt économique, entreprises publique par Gaston Lagarde, Dalloz 1980, p. 59.

(4) : عبد الله أوهابيه، "شرح قانون العقوبات الجزائري"، القسم العام، موفم للنشر، الجزائر 2009، ص. 366.

(5) : المادة 51 مكرر من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات، المضافة بموجب المادة 05 من القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، ج.ر. 10 نوفمبر 2004، عدد 71، ص. 08.

(6) : المواد 65 مكرر، 65 مكرر 1، 65 مكرر 2، 65 مكرر 3 و 65 مكرر 4 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، و المضافة بموجب المادة 6 من القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. 10 نوفمبر 2004، عدد 71، ص. 04.

(7) : Haritini MATSOPOULOU, Responsabilité pénale des personnes morales, Rép.7(Société Dalloz,)

Septembre 2002, p. 15.

(8) : المادة 1 ق. عقوبات.

(9) : المادة 142 من دستور 1996 : " تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية و الشخصية".

- (10) : محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 566.
- (11) : المادة 140 من الدستور 1996 " أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة و الكل سواسية أمام القضاء." "
- (12) : المادة 137 من دستور 1996. المادة 1 ق.إج. السابقة الذكر، المادة 46 من الدستور 1996 .
- (13) : بن شيخ حسين، "مبادئ القانون الجزائري العام، النظرية العامة للجريمة، العقوبات و تدابير الأمن، أعمال تطبيقية، القانون العرفي الجزائري، لقراءة تاسلنت (منطقة أقبو)"، الطبعة 2002، دار هومة، الجزائر، ص. 165 ؛ سميح عالية، "قانون العقوبات (القسم العام)، المسؤولية و الجزاء"، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1413 هـ 1993م، ص.24.
- (14) : تطبق العقوبات الأصلية الأخرى فقط على الأشخاص الطبيعية، حسب نص المادة 5 ق. عقوبات.
- (15) : المادة 4 ق. عقوبات.
- (16) : محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.594.
- (17) : المادة 4 السابقة الذكر، ق. عقوبات.
- (18) : عبد الله أوهابيبية، "شرح قانون العقوبات الجزائري"، المرجع السابق، ص. 375.
- (19) : المادة 17 ق. عقوبات.
- (20) : عبد الله سليمان، "شرح قانون العقوبات الجزائري"، القسم العام، الجزء الثاني "الجزاء الجنائي"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، الجزء الثاني، الجزاء الجنائي، ص.489.
- (21) : المادة 16 مكرر 1 ق. عقوبات.
- (22) : المادة 16 مكرر 2 ق. عقوبات.
- (23) : المادة 16 مكرر ق. عقوبات.
- (24) : المواد 15 ، 15 مكرر 1 ، 15 مكرر 2 و 16 ق. عقوبات.
- (25) : المادتان 18 ق. عقوبات،، 125 مكرر 1 فقرة 5 ق.إج.
- (26) : المادة 5 مكرر ق. عقوبات، مضافة بموجب القانون 06-23 السابق الذكر.
- (27) : راجع نص المادة 18 مكرر 2 ق. عقوبات.
- (28) : المادة 18 مكرر فقرة 2 ق. عقوبات.
- (29) : المواد 96 مكرر، 175 مكرر، 253 مكرر، 303 مكرر، 321، 382 مكرر 1، 417 مكرر 3، 435 مكرر، 53 ق.عقوبات معدل و متمم.
- (30):المادة 18 مكرر 1 ق. عقوبات.

- (31) : استعمل المشرع عبارة " يمكن " في المادة 18 مكرر 1، و استعمل عبارة " واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية " في المادة 18 مكرر.
- (32) : المادة 18 مكرر 3 ق. عقوبات.
- (33) : المادة 51 مكرر فقرة 1، السابقة الذكر، ق. عقوبات.
- (34) : المادة 53 مكرر 3، ق.إ.ج.
- (35) : المادة 18 مكرر 3 فقرة 2 ق. عقوبات.
- (36) : المادة 51 مكرر فقرة 2، ق. عقوبات.
- (37): المادة 52 ق. عقوبات.
- (38) : المادة 53 مكرر 7 ق. عقوبات.
- (39) : المادة 53 مكرر 7 ق. عقوبات.
- (40) : المادة 53 مكرر 8 ق. عقوبات.
- (41) : المادة 53 مكرر 7 فقرة 2 ق. عقوبات.
- (42) : المادة 53 مكرر 7 فقرة 3 ق. عقوبات.
- (43) : المواد : 177 مكرر 1 ، 389 مكرر7، 394 مكرر 4 ق. عقوبات و المضافة بموجب القانون رقم 04-15 السابق الذكر، بالإضافة إلى الجرائم المنصوص عليها في المواد 13 إلى غاية 17 من القانون رقم 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها، ج.ر. 26 ديسمبر 2004، عدد 83، ص. 03، و المادة 25 فقرة 1 من نفس القانون.
- (44) : المواد 54 مكرر 5 إلى غاية 54 مكرر 9 المضافة بموجب القانون رقم 06-23 السابق الذكر.
- (45) : المادة 54 مكرر 5 فقرة 1 ق. عقوبات.
- (46) : المادة 54 مكرر 5 فقرة 2 ق. عقوبات.
- (47) : أحسن بوسقيعة، "الوجيز في القانون الجزائري العام"، الطبعة الخامسة 2007 (متممة و منقحة في ضوء قانون 20-12-2006) دار هومة للطباعة النشر و التوزيع، الجزائر 2007، ص. 316.
- (48) : المادتين 54 مكرر 6 فقرة 1 و 54 مكرر 7 فقرة 1 ق. عقوبات.
- (49) : المادة 54 مكرر 6 فقرة 2 ق. عقوبات.
- (50) : المادة 54 مكرر 7 فقرة 2 ق. عقوبات.
- (51) : المادة 54 مكرر 8 فقرة 1 ق. عقوبات.

(52) : المادة 54 مكرر 9 ق. عقوبات.

(53) : بن شيخ لحسين، المرجع السابق، ص. 206.

(54) المادتين 53 مكرر 7 و 53 مكرر 8 ق. عقوبات السابقتين للذكر.

(55) : المادة 53 مكرر 8 ق. عقوبات، السابقة الذكر.

(56) : المواد 592، 593، 594 و 595 ق.إج.

(57) : عبد الله أوهابيه، "شرح قانون العقوبات الجزائري"، المرجع السابق، ص.427.

(58) : المادتان 77، 122 من دستور سنة 1996، المواد 677 إلى غاية 693 ق.إج.

(59) : عبد الرؤوف مهدي، "المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، دراسة مقارنة"، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ص. 465.

(60) : Jacques Borricand, Anne-Marie Simon, 60(2^e édition, DALLOZ 2000, p. "Droit pénal Procédure pénale") : 175.

(61) : المواد 646 إلى غاية 654 ق.إج.

(62) : المواد 546، 647، 650 ق.إج.

المصادر :

أولا : النصوص القانونية حسب التسلسل الزمني :

- 1) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- 2) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات.
- 3) القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. 10 نوفمبر 2004، عدد 71، ص. 04.
- 4) القانون رقم القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، ج.ر. 10 نوفمبر 2004، عدد 71، ص. 08.
- 5) القانون رقم 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها، ج.ر. 26 ديسمبر 2004، عدد 83، ص. 03.
- 6) القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج.ر. 84. ص. 27.

ثانيا : قائمة المراجع :

أ/ المراجع باللغة العربية :

- 1) أحمد الخمليشي، "شرح القانون الجنائي"، القسم العام، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 1985.
- 2) أحسن بوسقيعة، "الوجيز في القانون الجزائري العام"، الطبعة الخامسة 2007 (متممة و منقحة في ضوء قانون 20-12-2006) دار هومة للطباعة النشر و التوزيع، الجزائر 2007.
- 3) بن شيخ لحسين، "مبادئ القانون الجزائري العام، النظرية العامة للجريمة، العقوبات و تدابير الأمن، أعمال تطبيقية، القانون العرفي الجزائري، لقرية تاسلنت (منطقة أقبو)"، الطبعة 2002، دار هومة، الجزائر.
- 4) سمر عالية، "قانون العقوبات (القسم العام)، المسؤولية و الجزاء"، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1413 هـ 1993م.
- 5) عبد الله أوهابيه، "شرح قانون العقوبات الجزائري"، القسم العام، موفم للنشر، الجزائر 2009.
- 6) عبد الله سليمان، "شرح قانون العقوبات الجزائري"، القسم العام، الجزء الثاني "الجزء الجنائي"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005.
- 7) عبد الرؤوف مهدي، "المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، دراسة مقارنة"، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 8) عائشة بوعزم، المسؤولية الجزائية للشركة التجارية باعتبارها شخصا معنويا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، السنة الجامعية 2010/2011، جامعة وهران.
- 9) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، "القسم العام من قانون العقوبات"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2002.
- 10) محمد صبحي نجم، "المدخل إلى علم الإجرام و علم العقاب"، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 1998.
- 11) نادية فوضيل، "أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات لأشخاص)"، الطبعة الثامنة 2009، دار هومة.

ب/ المراجع باللغة الفرنسية :

- 1) Jacques Borricand, Anne-Marie Simon, "Droit pénal Procédure pénale", 2^e édition, DALLOZ 2000, p. 175.
- 2) J. Hamel _ G. Lagarde _ A. Jauffret, "droit commercial", 2^e édition tome 1, 2^e volume : sociétés – groupements d'intérêt économique, entreprises publique par Gaston Lagarde, Dalloz 1980.
- 3) Haritini MATSOPOULOU, Responsabilité pénale des personnes morales, Rép. Société Dalloz, Septembre 2002.

" النظام القانوني لمكافئة المؤلف في قانون الملكية الأدبية والفنية "



من إعداد: يحيى باي خديجة ماجيستير في القانون تخصص قانون الأعمال المقارن
وتحضر أطروحة الدكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران

مقدمة :

يلعب الإنتاج الذهني للمؤلف، دورا فعالا في توفير حياة أفضل للبشر، لذا يتوجب الإهتمام به وحمايته عن طريق وضع آلية قانونية تسمح بإستغلاله، وتحافظ على حقوق المؤلف المعنوية والمالية¹. وعلى هذا الأساس، أقر المشرع الجزائري بموجب أسمى قانون للدولة، بأن حرية الإبتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن. حقوق المؤلف يحميها القانون². وقد حرص على تكريس هذا المبدأ الدستوري في نصوص خاصة بحماية الملكية الأدبية والفنية³ لاسيما الأمر رقم 05-2003 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة المؤرخ في 19 جويلية 2003⁴. لهذا الغرض إعتبر المشرع للمؤلف بالحق في تقرير نشر مصنفة وفي إختيار طريقة نشره⁵، ثم الحق في إستغلاله ماديا سواء بنفسه⁶، وهو الأصل العام، وإستثناءا، بسبب صعوبات مادية محضة يعهد للغير عملية إستغلاله. ويتحمل هذا الأخير نفقات العملية، مقابل مبلغ مالي (المكافئة) يتفقان عليه مسبقا بموجب عقد التنازل⁷.

وباتالي تعد المكافئة من أهم أهداف المؤلف التي تدفعه إلى إبرام عقود تتعلق بإستغلال إنتاجه الذهني. ولما كان المؤلف طرفا ضعيفا في مواجهة المستغلين الأولين لمصنفة، يحرص المشرع الجزائري مسيرا في ذلك مسار معظم

¹ - السعيد رشدي، عقد النشر، الدراسة التحليلية والتأصيلية لطبيعة العلاقات بين المؤلف والناشر وكيفية حماية حقوق الملكية الفكرية على الشبكة المعلوماتية الأولية "الأنترنت"، دار النشر منشأة المعارف، مصر، 2008، ص. 5.

² - المادة 38 الفقرتين الأولى والثانية من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. 8 ديسمبر 1996، عدد 76. ص. 6.

³ - الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. 12 مارس 1997، عدد 13، ص. 3، والأمر رقم 73-14 المؤرخ في 03 أبريل 1973 المتعلق بحق المؤلف، ج. ر. 10 أبريل 1973، عدد 29، ص. 434.

⁴ - ج. ر. 23 يوليو 2003، عدد 44، ص. 3.

⁵ - المادة 22 من الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

⁶ - المادة 27 من الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

⁷ - المادة 61 الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

تشريعات الدول لا سيما التشريع الفرنسي¹ على حماية حقوق المؤلف عندما يتحتم عليه إبرام عقود تتعلق باستغلال ما أبدعه، وتتجلى هذه الحماية في تعويض المؤلف أي بالإقرار له حق الحصول على مكافئة نتيجة تنازله عن حق إستغلال مصنّفه للغير، الأمر الذي يحقق نوعاً من التوازن في الوضع التعاقدى بين المؤلف المتنازل والمتنازل له².

لقد تضمن قانون حق المؤلف الجزائري على غرار تقنين الملكية الفكرية الفرنسي قاعدة أساسية مفادها أن للمؤلف الحق في الحصول على مكافئة نتيجة التنازل عن حق إستغلال مصنّفه مادياً³.

وتم التأكيد على هذه القاعدة في نصوص قانونية عديدة، منها ما تم النص عليه في القواعد المتعلقة بجميع عقود إستغلال الحق المادي للمؤلف بوجه عام⁴، ومنها ما تضمنته أحكام خاصة بالتنظيم الدقيق لأهم العقود النموذجية على وجه الخصوص عقد النشر⁵. وتتسم هذه النصوص بكونها نصوصاً تشريعية أمرة، تتنافى في أغلب الأحيان والمبدأ الراسخ الخاص بسلطان الإرادة، حيث لا تسمح للأطراف المتعاقدة الإتفاق على مخالفتها إلا في حدود ضيقة، والسبب في ذلك هو كما سبق التطرق إليه، حماية حقوق المؤلف الذي يعد طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية.

يثير موضوع النظام القانوني لمكافئة المؤلف عدة تساؤلات تتعلق بطريقة إحتساب المكافئة ومدى إمكانية مراجعتها وكذا الضمانات الممنوحة للمؤلف لإستفائها من مدينه المتنازل له، إضافة إلى معرفة ما إذا كان لدائي المؤلف إمكانية الحجز عليها.

¹ - Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 portant Code de la propriété intellectuelle, J.O.R.F du 3 juillet 1992, p. 8801.

² - C. Colombat, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^{ème} éd. 1999., n°290, pp. 237et 238.

³ - المادة 61 وما بعدها من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

⁴ - المواد 62، 65، 66 من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

⁵ - المواد 84، 95، ف. أولى، 96 من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

1 : تحديد طريقة احتساب المكافأة :

إذا كان المقابل المالي في معظم عقود المعاوضة المنصوص عليها في القانون المدني تعود مسألة تحديده كقاعدة عامة وكذا طريقة احتسابه إلى الأطراف المتعاقدة¹، إلا أن مسألة تحديد المكافأة وطريقة احتسابها تعد على النقيض من ذلك في عقود حق المؤلف، إذ ليس للمتعاقدين أية حرية في ذلك، لأن المبدأ السائد في عقود الإستغلال المادي للمصنف، بما في ذلك عقد النشر، هو تطبيق نظام المكافأة التناسبية، وإستثناء على هذا المبدأ يطبق نظام المكافأة الجزافية².

1- مبدأ المكافأة المحسوبة بطريقة تناسبية :

لقد نص المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي على أن المكافأة التي يستحقها المؤلف نتيجة تنازله عن حق الإستغلال المادي لمصنفه تحتسب كقاعدة عامة تناسبيا مع إيرادات الإستغلال، مع ضمان حد أدنى³. ويرى جانب من الفقه في هذا الصدد أن هذه الطريقة تهدف إلى إشراك المؤلف في العائد الناتج من إستغلال المصنف⁴، كما يرى تيار آخر أن احتساب المكافأة بهذه الطريقة تسمح بتجنب كل تنازل من المؤلف عن حقوقه مقابل مبلغ ضئيل والذي قد يحقق في الأخير للمتنازل له أرباحا طائلة⁵. وهكذا أراد المشرع من هذه الأحكام المشاركة الفعالة للمؤلف في الرواج الفعلي لمصنفه⁶، وتطبق المكافأة التناسبية على أي تنازل عن حق النشر، حق الأداء، وحق الترجمة وحق الإقتباس⁷.

¹ المادة 467 المعدلة (المعدلة بناء على القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر. 13 ماي 2007، عدد. 31، ص. 3) ق.م.ج: "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

المادة 559 ق.م.ج: "تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا إقتضى العرف أو الإتفاق خلاف ذلك".

المادة 356 ف. أولى ق.م.ج: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

² M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009., n°672, p.468: «Les parties ne sont pas cependant entièrement libres de sa fixation. Et l'on s'écarte ici du droit commun. Elles ne sont pas libres des modalités de fixation car le mécanisme bien connu de la rémunération proportionnelle est, sinon imposé, du moins fortement privilégié par le législateur. Elles ne sont pas pleinement libres non plus de la fixation de sa quotité car le droit d'auteur est un des domaines où est présente l'idée, sinon de juste prix, du moins de prix point trop injuste».

A. Bencheneb, *Les contrats et le droit d'auteur en Algérie*, Rev. alg. n° 3, 1983, p.209: « En contrepartie de la "cession", deux types de rémunération sont concevables : l'une proportionnelle aux recettes, l'autre forfaitaire. Cette dernière n'est conçue que dans trois cas, ce qui signifie assez son caractère exceptionnel par rapport à la rémunération proportionnelle ».

³ المادة 65 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003: "يشمل التنازل عن الحقوق المادية بمقابل مكافأة مستحقة للمؤلف تحسب أصلا تناسبيا مع إيرادات الإستغلال مع ضمان حد أدنى".

Art. L. 131-4 al 1 C. fr. propr. intell: «La cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation».

⁴ X. Linant de Bellefonds, *Droit d'auteur et droit voisin, propriété littéraire et artistique*, Delmas, 1997, p. 163.

⁵ A. Françon, , *La propriété littéraire et artistique*, Puf, 2^{ème} éd., 1979, p. 82: «On veut éviter que l'auteur cède pour une somme dérisoire des droits d'exploitation qui procurent finalement aux cessionnaires des gains substantiels».

⁶ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2^{ème} éd., 2005, n° 978, p.595: « Le législateur a voulu, par des dispositions légales, s'assurer que l'auteur participe d'aussi près que possible au succès effectif de son œuvre ».

⁷ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 164 : « la rémunération proportionnelle concerne toutes cessions du droit de reproduction ou du droit de représentation, mais aussi les droits de traduction et d'adaptation ».

أما بالنسبة لأساس المكافأة التناسبية، فإستثناء عقد النشر الذي تكفل المشرع الجزائري بتحديد اساس المكافأة التناسبية فيه، إذ لزم الأطراف المتعاقدة التقيد به، إلا أنه أعطى لهم الحرية المطلقة في تحديد اساس المكافأة التناسبية في باقي عقود حق المؤلف بشرط أن يتفقوا، على حد أدنى¹. و يبدو أن المشرع الجزائري قد ساير مسار نظيره الفرنسي في هذه المسألة الذي لم يضع أي مؤشر أو نسبة عليا أو دنيا للمكافأة التي تحدد بهذه الطريقة²، غير أن الواقع العملي في فرنسا يعرف نسب متغيرة تحدد بالنظر إلى نوعية المصنفات، وطرق الإستعمال وأطراف العقد³.

وفيما يخص عقد اساس المكافأة في عقد النشر فلقد وضع المشرع الجزائري الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه ويتمثل في نسبة 10% من سعر بيع مصنف للجمهور. هذا فضلا عن كل علاوة محتملة تمنح لمصنف لم ينشر بعد⁴ هذا من جهة، ومن جهة أخرى وضع حد أقصى لا يجوز تجاوزه في بعض المصنفات المستعملة في حاجيات التعليم والتكوين التي تحدد ب 5% على الأكثر من سعر بيع نسخ المصنف⁵.

وتجدر الملاحظة أن قانون حق المؤلف الجزائري، على غرار تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، لم ينص على الجزاء المترتب عن عدم احترام أساس المكافأة التناسبية، وإن كان الجزاء يبدو واضحا في القانون الجزائري بالنسبة لمسألة الإخلال بالأساس القانوني للمكافأة في عقد النشر، إذ أن الأحكام القانونية في هذا المجال تعد من النظام العام، فكل اتفاق يقضي بغير ما تم النص عليه يؤدي إلى بطلان العقد. بيد أن المسألة تتعد نوعا ما بالنسبة للجزاء المترتب عن الإخلال بأساس المكافأة في عقود حق المؤلف، بوجه عام والأساس الإتفاقي المسموح به في عقد النشر خاصة. على اعتبار أن المشرع الجزائري وضع حد أدنى يمكن الإتفاق على تجاوزه⁶، وحد أقصى يمكن الإتفاق على النزول عنه⁷.

وقياسا على التشريع والقضاء الفرنسيين، إذ أعطى المشرع الفرنسي كما سبق التطرق إليه للأطراف الحرية المطلقة في تحديد أساس المكافأة التناسبية، هكذا قضت محكمة النقض الفرنسية في حالة الإخلال بأساس المكافأة

¹ المادة 65 من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

² X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p.164: « Le Code de la propriété intellectuelle ne fixe pas le taux ou le pourcentage de la rémunération de l'auteur. Par conséquent, les parties au contrat sont libres de le déterminer » .

F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°980, p. 596: « En revanche, les parties sont libres en ce qui concerne la fixation du taux de la rémunération propositionnelle. La législation n'impose aucun taux minimal ou même indicatif, ce qui serait irréaliste ».

³F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°980, p. 596: « la pratique connaît des taux de « royalties » extrêmement variés, selon les types d'œuvres, les modes d'exploitation et les parties au contrat ».

⁴ المادة 95 ف. 2 من الأمر رقم 2003-05: "وإذا كانت المكافأة محسوبة بالتناسب مع الإيرادات، فينبغي ألا تقل عن نسبة عشرة في المائة (10%) من سعر بيع نسخ المصنف للجمهور وهذا فضلا عن أية علاوة محتملة تمنح لمصنفا لم يسبق نشره".

⁵ المادة 95 من الأمر رقم 2003-05: "غير انه يمكن مؤلف أي دعامة بيداغوجية مستعملة لحاجات التعليم والتكوين الحصول على مكافأة لا تفوق نسبة خمسة في المائة (5%) من سعر بيع المصنف للجمهور".

⁶ المادة 95 ف. 2 من الأمر رقم 2003-05.

⁷ المادة 95 ف. 3 من الأمر رقم 2003-05.

التناسبية المتفق عليها، حيث حكمت تارة بفسخ العقد¹، كما حكمت تارة أخرى على المتنازل له بدفع تعويضات للمؤلف نتيجة الإخلال بهذا الأساس². وتجدر الملاحظة أيضا أن المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي لم يحدد الجزاء المترتب عن عدم إحترام مبدأ تحديد المكافأة بطريقة تناسبية، ولقد إعتبر في القانون الفرنسي أن الإخلال بهذا المبدأ يؤدي إلى بطلان المكافأة المحسوبة بطريقة جزافية. ولما كان النص على هذه القاعدة يهدف إلى حماية حقوق ومصالح المؤلف، فهو بطلان نسبي لذا يحق للمؤلف وحده أو لورثته المطالبة بإبطال العقد للمحافظة على حقوقه المالية، أما المتنازل له فلم يخول له القانون هذه الإمكانية³. ويرى جانب من الفقه كذلك في هذا الصدد، أنه في حالة وجود شرط في العقد يقضي بتطبيق المكافأة الجزافية عوض التناسبية، فهنا يجب التمييز بين حالتين: إذا كانت إرادة الأطراف محددة وتتجه إلى تطبيق هذه الطريقة، فإن هذا العقد يعد باطلا بأكمله، أما إذا لم تتجه إرادة احدهما إلى هذه الطريقة فالشرط يعد باطلا أما العقد فهو صحيح⁴. وقد أعتبر أنه لا يوجد مانع من الجمع بين الأساسين بمعنى إضافة طريقة احتساب المكافأة الجزافية إلى طريقة احتسابها تناسبيا إلا أن الاتفاق على إقصاء هذه الأخيرة يعد باطلا⁵. وبإطلاعنا على إبحاثنا في إحصاء هذه الأخيرة نجد أنها أصبحت أكثر وضوحا، وأخذ بها المشرع المصري صراحة في تقنين الملكية الفكرية هذا على خلاف المشرع الجزائري وكذا الفرنسي⁶. إن المرجع في احتساب أساس المكافأة التناسبية هو سعر بيع المصنف للجمهور بدون رسوم بمعنى أن النسبة تحتسب بالنظر إلى العائد الخام⁷، إذ أن احتسابها بالنظر إلى العائد الصافي دون الخام يؤدي إلى إشراك المؤلف في المخاطر الناجمة عن سوء تسيير المؤسسة التي تستغل المصنف⁸.

وفي الأخير لا بد من الإشارة إلى أن المكافأة التناسبية غير قابلة للمراجعة إلا باتفاق مشترك بين المؤلف والمتنازل له أو في حالة وجود شرط في العقد يقضي بذلك، فإن قبل المؤلف نسبة غير عادلة ليس له حق المطالبة

¹ Civ., 7 juin 1995, D. 1995, p. 494 : « La résiliation du contrat a pour effet comme la résolution, d'anéantir le contrat et remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement sous la seule réserve de l'impossibilité pratique ; que la cour d'appel a pu déduire de la résiliation des contrats qu'elle prononçait l'obligation pour l'éditeur de mettre un terme aux contrats d'exploitation de l'œuvre consentis à des tiers ».

² Civ., 9 janvier 1996, D.A., 1996, p.185 : « la violation par la société M. du principe légal de rémunération de l'auteur ne pouvait être sanctionnée que par l'attribution de dommages-intérêts ».

³ C. Colombet, *op. cit.*, n°305, p. 247 : « La règle de l'article L. 131-4 est une règle de protection de l'auteur : la sanction de sa violation sera donc la nullité relative; l'auteur ou ses ayants droit, mais non l'exploitant, pourront agir en nullité du forfait illicite pendant une durée de cinq ans et cette nullité pourra se confirmer mais à partir du versement du forfait...».

⁴ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°676, p.472 : « Pour répondre, il convient très classiquement de distinguer deux hypothèses. Soit la clause était substantielle et déterminante de la volonté des parties, soit elle ne l'était pas. Dans le premier cas, le contrat doit tomber dans son ensemble. Dans le second, la nullité n'affectera que la clause ».

⁵ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p.163 : « Il est possible de prévoir un forfait cumulé à une rémunération proportionnelle, mais, et la solution est évidente, un forfait en lieu et place d'une rémunération proportionnelle entraîne la nullité du contrat ».

⁶ المادة 150 من تقنين الملكية الفكرية المصري: "للمؤلف ان يتقاضى المقابل النقدي او العيني الذي يراه عادلا نظير نقل حق او اكثر من حقوق الاستغلال المادي لمصنفة الى الغير على اساس مشاركة نسبية في الايراد الناتج من الاستغلال، كما يجوز له التعاقد على اساس مبلغ جزافي او بالجمع بين اساسين".

⁷ F. Pollaud-Dullian, *op. cit.*, n° 882, p. 597 : « Traditionnellement le pourcentage des « royalties » est calculé sur le prix de vente des exemplaires au public, hors taxe, c'est-à-dire sur les recettes brutes ».

⁸ A. Bencheneb, *op. cit.*, p. 210: «Admettre que l'assiette de la rémunération est la recette nette reviendrait incontestablement à obérer les revenus de l'auteur. Mais, en soi, cet argument n'est pas décisif. Cela reviendrait surtout à associer l'auteur aux risques d'une mauvaise gestion de l'entreprise qui exploite l'œuvre».

بمراجعتها أمام القضاء وإن لقي مصنفه رواجاً وحقق أرباحاً كبيرة لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد. غير أن المؤلف يستطيع طلب إبطال العقد للتدليس، وإذا كانت نسبة المكافأة ضئيلة جداً له أيضاً الحق في أن يطلب بطلان العقد على أساس الثمن البخس أو غير حقيقي¹.

2- المكافأة المحسوبة بطريقة جزافية كاستثناء :

إذا كان احتساب المكافأة بطريقة تناسبية يعد الأصل العام، إلا أن المشرع الجزائري، وعلى غرار نظيره الفرنسي أورد استثناء على هذا المبدأ يميز من خلاله احتساب المكافأة بطريقة جزافية في حالات خاصة. لكنه وعلى خلاف المشرع الجزائري الذي اكتفى بوضع نص عام يسري على جميع عقود استغلال الحق المادي للمؤلف بما فيها عقد النشر²، فإن المشرع الفرنسي وضع إلى جانب النص العام³، نص خاص بعقد النشر يتضمن حالات تطبيق المكافأة الجزافية⁴. هكذا يجوز احتساب المكافأة بطريقة جزافية بالاتفاق بين المؤلف والمتنازل له إذا كان احتسابها بطريقة تناسبية صعباً أو مستحيلاً⁵. ومن ثم ففي حالة ما إذا لم تسمح ظروف استغلال المصنف بالتحديد الدقيق للمكافأة التناسبية للواردات أو عندما يكون المصنف رافداً من روافد مصنف أوسع نطاقاً مثل الموسوعات، والمختارات، والمعاجم⁶، مثال ذلك كأن يكون عرض المصنف للجماهير غير خاضع لدفع أي ثمن، فالمتنازل له سيث هذا المصنف مجاناً، أو إذا كان المصنف مستعملاً فقط بالنسبة للومضات الإشهارية ففي الحالتين لا يوجد عائد ناتج مباشرة عن استغلال هذا المصنف⁷. إلا أنه قد لا يوجد مانع من تحديد أساس المقابل النسبي، بيد أن المشرع الفرنسي على خلاف نظيره الجزائري أجاز صراحة أن تحتسب المكافأة بطريقة جزافية في حالة إنعدام وسائل الرقابة على عائدات استغلال المصنف⁸ أو في حالة ما إذا كانت تكاليف الرقابة أو تحديد أساس المكافأة التناسبية باهظين بالمقارنة مع نتائج المبالغ المتوقعة⁹، ومثال كأن يكون حساب أساس المكافأة التناسبية ممكناً، غير أن أساليب رقابته يكون

¹ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 986, p. 598: « l'auteur qui a accepté un taux de rémunération déséquilibré ne peut pas demander sa révision en justice, ni la rescision du contrat pour lésion ou imprévision. Mais il peut, le cas échéant, invoquer l'existence d'un vice du consentement (par exemple, le dol) pour obtenir l'annulation du contrat; il peut aussi, lorsque le taux est très faible, demander la nullité (absolue) du contrat en se fondant sur le caractère dérisoire et pas sérieux du prix ».

² المادة 65 من الأمر رقم 05-2003: «غير أن المكافأة المستحقة للمؤلف تحسب جزافياً في الحالات الآتية...».

³ Art. L 131-4 C. fr. propr. intell: « La cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation.

Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;

3° Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre;

4° La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'oeuvre, soit que l'utilisation de l'oeuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;

5° En cas de cession des droits portant sur un logiciel ;

6° Dans les autres cas prévus au présent code.

Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties».

⁴ Art. L. 132-6.C. fr. propr. intell.

⁵ C. Colombet, *op. cit.*, n° 308, p. 247: « C'est tout d'abord, dès la conclusion du contrat, qu'il est possible de recourir conventionnellement au forfait. Il en est ainsi dans six cas, à propos desquels on peut dire que la rémunération proportionnelle serait difficile ou même impossible à mettre en œuvre ».

⁶ المادة 65 ف. 2 من الأمر رقم 05-2003، وبالنسبة للتشريع الفرنسي:

Art. L. 131-4 C. fr. propr. intell.

⁷ A. Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1994, p. 84: «Or il peut arriver que la communication de l'œuvre au public ne soit pas subordonnée au paiement d'un prix. Le cessionnaire, par exemple, n'a en vue qu'une diffusion gratuite, ou plus généralement il n'entend utiliser l'œuvre qu'à des fins publicitaires. Par hypothèse, il n'existe pas de recettes provenant directement de l'exploitation de l'œuvre ».

⁸ Art. L. 131-4 al. 2 C. fr. propr. intell.

⁹ Art. L. 131-4 al. 3 C. fr. propr. intell.

يكون مستحيلا كالحزائن الموسيقية، لأن أساس الحاسبة يحدد بعدد القطع النقدية التي تدخل في تشغيل الديسك، إلا أن عدد المستمعين لهذا الديسك يبقى مجهولا¹.

كما أجاز المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي، أن تحتسب المكافأة جزافيا عندما يكون المصنف عنصرا ثانويا بالنسبة لمصنف أوسع نطاق مثل المقدمات والديباجات، والتعاريف أو التعقيبات أو الرسوم أو الصور التوضيحية². وتحتسب أيضا المكافأة بهذه الطريقة بالنسبة للمصنفات التي تنشأ لكي تنشر في جريدة أو دورية في إطار عقد عمل أو عقد مقاول³. ويجوز أيضا أن تحتسب المكافأة بطريقة جزافية في حالة تنازل مالك الحقوق مقيم خارج الوطن عن حقوقه، أو على صلة بمستغلين لمصنفات في الخارج⁴.

كما تضمنت أحكام تقنين الملكية الفكرية الفرنسي حالات أخرى يجيز فيها أيضا على حساب المكافأة بطريقة جزافية والتي لا يوجد لها مقابلا في قانون حق المؤلف الجزائري. وهكذا أجاز المشرع الفرنسي في حالة تنازل على برامج الحاسب الآلي أن تحتسب المكافأة جزافيا⁵، كما يمكن احتساب المكافأة بهذه الطريقة في بعض حالات النشر المكتبي عندما تقدم المكتبة أو دار للنشر على نشر مصنف مؤلف بالنسبة للطبعة الأولى بشرط الحصول على الموافقة الصريحة والمكتوبة من المؤلف⁶.

وأجاز المشرع الفرنسي، على خلاف نظيره الجزائري أن يحل تطبيق المكافأة الجزافية محل تطبيق المكافأة التناسبية لمدة زمنية محددة أثناء سريان تنفيذ العقد بالاتفاق بين المتنازل له والمؤلف بناء على طلب هذا الأخير⁷.

وإذا كان الإخلال بمبدأ المكافأة التناسبية يؤدي إلى البطالان النسبي للعقد كما سبق التطرق إليه، إلا أن الأمر يعد على التقيض من ذلك بالنسبة للإخلال بتطبيق المكافأة الجزافية، حيث يجوز للمؤلف والمتنازل له أن يتفقا على أن يحل تطبيق المكافأة التناسبية محل المكافأة الجزافية المسموح بها في النص القانوني⁸.

¹ C. Colombat, *op. cit.*, n° 308, p. 248: « La base de calcul existe mais les moyens de contrôler n'existent pas : l'exemple des juke-box peut être ici cité : la base de calcul pourrait être déterminée par le nombre de pièces de monnaie introduites, mais on ignore le nombre d'auditeurs de chaque disque ».

² المادة 65 ف. 2 من الأمر رقم 05-2003، وبالنسبة للتشريع الفرنسي :

Art. L. 131-4 al. 4 C. fr. propr. intell.

³ المادة 65 ف. 2 من الأمر رقم 05-2003.

Art. L. 132-6 al. 3 C. fr. propr. intell. : « En ce qui concerne les œuvres de l'esprit publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre et par les agences de presse, la rémunération de l'auteur, lié à l'entreprise d'information par un contrat de louage d'ouvrage ou de services, peut également être fixée forfaitairement ».

⁴ المادة 65 ف. 3 من الأمر رقم 05-2003.

Art. L. 132-6 al. 2 C. fr. propr. intell.: « Peuvent également faire l'objet d'une rémunération forfaitaire les cessions de droits à ou par une personne ou une entreprise établie à l'étranger ».

⁵ Art. L.131-4 al. 5 C. fr. propr. intell.: « En cas de cession des droits portant sur un logiciel » .

⁶ Art. L. 132-6 al. 1.C. fr. propr. intell.: « En ce qui concerne l'édition de librairie, la rémunération de l'auteur peut faire l'objet d'une rémunération forfaitaire pour la première édition, avec l'accord formellement exprimé de l'auteur, dans les cas suivants ... ».

⁷ Art. L. 131-4 al. 3 C. fr. propr. intell.

⁸ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 166 : « L'article L. 131-4 du CPI permet de recourir au forfait dans différentes hypothèses dès le début du contrat. Ces dispositions ne sont pas d'ordre public et il est toujours possible de les écarter pour appliquer une rémunération proportionnelle ».

II : مراجعة المكافأة الجزافية والضمانات الممنوحة للمؤلف لإستفء المكافأة :

سيتم التطرق في البداية إلى مراجعة المكافأة المحسوبة بطريقة جزافية ثم التطرق بعد ذلك إلى الضمانات الممنوحة للمؤلف لإستفء المكافأة الواجب أداءها له.

1 - مراجعة المكافأة الجزافية :

إذا كان المبدأ العام انه لا يجوز تعديل الاتفاق المحدد في أي عقد على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين¹، إلا انه قد يحدث في بعض الحالات أن يكون هناك سوء تقدير المكافأة المحسوبة بالطريقة الجزافية المسموح بها، سواء من حيث تحديد المبلغ وقت إبرام العقد أو لظروف قد تحدث بعد ذلك تجعل المؤلف يقع في الغبن². وتجنباً لكل تعسف قد ينتج عن تحديد المكافأة بهذه الطريقة فتح القانون المجال للمتنازل "المؤلف" رفع دعوى المراجعة بسبب الغبن ضد المتنازل له³. لذا، فإن قانون حق المؤلف الجزائري، على غرار تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، أجاز للمؤلف طلب إعادة النظر في المكافأة المتفق عليها في عقد التنازل، كما نص على أن للمؤلف الحق في المطالبة بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه وفي حالة عدم وجود اتفاق بين المتنازل له والمؤلف على هذه المراجعة يجوز لهذا الأخير رفع دعوى قضائية، إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية التي تحصل عليها تقل عن المكافأة العادلة قياساً بالربح الذي حققه المتنازل له وكل اتفاق يخالف ذلك يعد باطلاً⁴. أما المشرع الفرنسي، فقد نص على أنه في حالة التنازل عن حق الاستغلال المالي للمصنف، فإنه إذا أصيب المؤلف بغبن يزيد على سبعة على اثني عشر راجعاً إلى استغلال أو إلى توقع غير دقيق لعائدات المصنف، فإن المؤلف يستطيع أن يطلب إعادة النظر في المكافأة المتفق عليها في العقد ولا يجوز قبول هذا الطلب إلا إذا كانت المكافأة محددة بطريقة جزافية. ويتم تقدير الغبن على أساس الأخذ بعين الاعتبار مجمل عائدات الاستغلال التي حققها المتنازل له⁵.

¹ المادة 106 ق.م.ج: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

² F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°992, p. 600 : «Dans les hypothèses où un forfait licite a été convenu, il se peut que les parties aient mal calculé son montant ou que des circonstances nouvelles surviennent, de telle sorte que la rémunération de l'auteur se révèle lésionnaire ».

³ A. Lucas, *op. cit.*, p.85 : «Pour éviter les abus auxquels pourrait donner lieu le recours au forfait, l'article L. 131-5 ouvre au cédant une action en révision ».

⁴ المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003: "يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه. وان لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياساً بالربح المكتسب. ويعد باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

⁵ Art. L. 131-5 C. fr. propr. intell.: « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'oeuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat.

Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'oeuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire.

La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé ».

إن الحق في رفع هذه الدعوى بمراجعة المكافأة لا يقتصر على المؤلف فقط، بل يؤول لورثته الحق أيضا في رفعها¹، ولن تكون دعوى مراجعة المكافأة بسبب الغبن مقبولة إلا بالنسبة لعقود استغلال الحق المادي للمؤلف، عندما يتم تحديد المكافأة بطريقة جزافية في كل الحالات المنصوص عليها، لذا لا يصح مراجعة المكافأة المحسوبة بطريقة تناسبية²، كما يشترط أن تكون المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن المكافأة العادلة قياسا بالربح المكتسب³، هكذا يتوجب على المؤلف أن يثبت عدم التعادل بين المكافأة المتفق عليها والفائدة المتولدة عن استغلال المصنف⁴.

أما المشرع الفرنسي، فقد أجاز مراجعة العقد في حالتين إما بسبب الغبن أو لتوقع غير دقيق لعائدات المصنف⁵، ويكمن الفرق بين الحالتين في كون أن تقدير الغبن من طرف القاضي يتعلق بالفائدة المتحصل عليها وقت إبرام العقد وقبل استغلال المصنف. إلا أنه في الحالة الثانية، فإن مراجعة العقد لا تكون بسبب سوء تقدير المكافأة وقت إبرام العقد، وإنما راجع لظروف قد تحدث بعد استغلال المصنف⁶. وعلى خلاف المشرع الجزائري الذي اكتفى بالنص على أن مراجعة العقد بسبب الغبن عندما تكون المكافأة الجزافية المتحصل عليها أقل من المكافأة العادلة دون تحديد دقيق للنسبة، فإن المشرع الفرنسي قد حدد هذه النسبة بسبعة على اثني عشر⁷.

ويتم تقديم طلب المراجعة في البداية إلى المتنازل له وفي حالة عدم وجود اتفاق بين المؤلف والمتنازل له يتم رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة⁸. ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنه في حالة رواج المصنف المتعلق بأول نشر، أن تتم مراجعة المكافأة باتفاق بين أطراف العلاقة التعاقدية "مراجعة اتفاقية" دون اللجوء إلى القضاء⁹. أما بالنسبة لسريان مدة تقادم دعوى الغبن، فتسري بمضي خمسة عشر (15) سنة تحتسب من تاريخ إبرام العقد إذا كان رافع الدعوى هو المؤلف¹⁰، ومن تاريخ وفاته إذا تم رفعها من طرف ورثة المؤلف¹¹.

¹ C. Colombet, *op. cit.*, n°313, p. 252: «Quant aux personnes qui peuvent agir en révision du forfait, il y s'agit non seulement de l'auteur mais de ses ayants cause entre vifs ou pour cause de mort».

² F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°993, p.601: «La révision ne joue que pour les contrats d'exploitation du droit d'auteur et seulement pour les cas où un forfait a été stipulé mais elle doit jouer pour tous les cas de forfait...elle ne peut pas être demandée en cas de rémunération proportionnelle».

³ المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

⁴ A. Bencheneb, *op. cit.*, p.213: «Il suffit objectivement à l'auteur de prouver un déséquilibre entre la rémunération consentie et le profit né de l'exploitation de l'œuvre».

⁵ Art. L. 132-4 al 3.C. fr. propr. intell.

⁶ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p.168.

⁷ Art. L. 131-5 al. 1 C. fr. propr. intell.

⁸ المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

⁹ H. Desbois, *Propriété littéraire et artistique, Le droit d'auteur*, Dalloz, Paris, 3^{ème} éd., 1978, n°584, p. 693: «Le meilleur moyen d'éviter cet aléa est, semble-t-il, d'aménager par une stipulation appropriée la révision du forfait, en fixant l'importance des tirages successifs et la durée moyenne de l'écoulement des volumes ou, plus brutalement, de prévoir une procédure de révision, amiable ou arbitrale, à des intervalles réguliers».

¹⁰ المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003: "يمكن للمؤلف أن يباشر دعوى بسبب الغبن الذي لحق به في أمد يسري مدة خمسة عشر (15) سنة ابتداء من تاريخ التنازل".

¹¹ المادة 66 ف. 3 من الأمر رقم 05-2003: "في حالة وفاة المؤلف يمكن ورثته التمسك بأحكام هذه المادة مدة خمسة عشر (15) تسري ابتداء من تاريخ وفاة المؤلف".

أما الجزاء المترتب عن رفع دعوى المراجعة بسبب الغبن، فإنه على خلاف دعوى الإستغلال المتعلقة بالمتقولات المنصوص عليها في القانون المدني¹، فإن هذا النوع من الدعاوى في قانون حق المؤلف لا يرمي إلى إبطال العقد بل إلى تعديل شروطه المالية فقط².

2- الضمانات الممنوحة للمؤلف لاستثناء المكافأة :

إن المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي، أراد أن يضمن للمؤلفين استحقاق المكافأة الواجب أدائها لهم من طرف المتعاقد معهم، لذا فالمبدع لا يعد مجرد دائن عادي بل دائن ممتاز حسب مضمون النص القانوني³. هكذا نص قانون حق المؤلف على أن الأتاوى المستحقة للمؤلف الخاصة بالسنتين الأخيرتين من استغلال مصنفه، تشكل ديونا ممتازة شأنها في ذلك شأن الأجور⁴. كما تضمن تقنين الملكية الفكرية الفرنسي حكما مشابها مفاده أن المؤلف يتمتع بحق الإمتياز بالنسبة لمستحققاته المالية عن السنوات الثلاث (3) الأخيرة الناتجة عن تنازله عن حقوق استغلال أو استعمال مصنفه⁵. يتعلق هذا النص القانوني بجميع عقود الاستغلال وبجميع المكافأة والأتاوات الناجمة من استغلال المصنف⁶. ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على أن مبالغ الإدانان والتعويضات المستحقة لمالك الحقوق تعد أيضا ديونا ممتازة في حالة الاستغلال الغير مشروع للمصنف⁷. وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي سكت عن اعتبار هذه الأخيرة تعد ديونا ممتازة. من ثم، تضاربت مواقف الفقه الفرنسي في هذا المجال، حيث يرى جانب من الفقه أنه من المنطقي إدماج التعويضات المحكوم بها لجبر الضرر عن فعل جنحة التقليد⁸، إلا أن هناك جانب آخر يرى عكس ذلك، فحق الامتياز لا ينبغي أن يخرج عن العلاقة التعاقدية لذا لا يمكن أن يتعلق بالتعويضات المحكوم بها جراء ارتكاب جنحة التقليد⁹، ولقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي الأخير، إذ أقصى صراحة التعويضات من كونها ديونا ممتازة¹⁰.

¹ المادة 90 ف. أولى ق. م. ج. إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيشا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ان ينقص التزامات هذا المتعاقد".

² C. Colombat, *op. cit.*, n°313, p.252: «Enfin, on observera, quant aux effets que, contrairement au droit commun de la lésion, l'action ne peut pas aboutir à une annulation du contrat, mais seulement à une modification de ses conditions».

F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°994, p. 601.

³ C. Colombat, *op. cit.*, n°314, p.252: «Le législateur a voulu garantir aux auteurs le paiement des redevances dues par les cocontractants; les créateurs seront non pas créanciers ordinaires, mais créanciers privilégiés»; et M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°685, p. 477.

⁴ المادة 150 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

⁵ Art. L. 131-8 C. fr. propr. intell: « En vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres, telles qu'elles sont définies à l'article L. 112-2 du présent Code, les auteurs, compositeurs et artistes bénéficient du privilège prévu au 4° de l'article 2331 et à l'article 2375 du Code civil ».

⁶ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p.169: «L'article L. 131-8 du CPI concerne tous les contrats ainsi que toutes les redevances et rémunérations dues du fait de l'utilisation de l'œuvre, dettes éditoriales, redevances de disothèque...».

⁷ المادة 150 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003: «وتعتبر كذلك مبالغ الإدانان والتعويضات المستحقة لمالك الحقوق إذا وقع استغلال غير مشروع لمصنفه أو أدائه».

⁸ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°998, p. 603: «Les rémunérations dues à raison de l'exploitation devraient, en bonne logique, recouvrir aussi les dommages-intérêts dûs à raison d'une contre- façon, puisque ces dommages-intérêts restituent à l'auteur la redevance dont le contrefacteur a cru pouvoir se dispenser pour exploiter l'œuvre sans autorisation ».

⁹ H. Desbois, *op. cit.*, n°603, p. 117: «En revanche, nous ne croyons pas que le privilège puisse être étendu aux sommes dues aux auteurs en dehors de relations contractuelles du fait d'exploitation et d'utilisations non autorisées sur le terrain délictuel ».

¹⁰ Civ., 24 mars 1993, D. 1994, som. 94, obs. C.Colombat.

إن حق الإمتياز الممنوح للمؤلف مقيد بمدة زمنية معينة، ففي التشريع الجزائري يتعلق بالمكافأة المستحقة بالسنتين الأخيرتين¹. أما في التشريع الفرنسي، فهي محددة بالنسبة للسنوات الثلاث الأخيرة²، ولقد إعتبر في هذا الصدد أن مثل هذا الحكم جاء لحماية الدائنين الممتازين الآخرين وعلى وجه الخصوص العمال الأجراء. حيث أن حقوق المؤلف يمكن أن تكون مبالغ معتبرة³ ويتمتع المؤلف بحق الامتياز على أموال مدينه المنقولة والعقارية بنفس المرتبة التي يوجد فيها العمال الأجراء⁴. بيد أنه إذا كان المشرع الفرنسي قد نص على أن المؤلف يوجد في المرتبة الرابعة لإستفائه حقوقه من منقولات المدين قياسا بالعمال⁵، وفي المرتبة الثانية في استفاء حقوقه من عقارات هذا الأخير⁶، غير أن الإشكال يثار بالنسبة للتشريع الجزائري على أساس أن العمال ويقاس عليهم المؤلفين يوجدون وفق وفق القانون المدني في المرتبة الثالثة لإستفائه حقوقهم بعد المصاريف القضائية وديون الخزينة⁷، أما قانون علاقات العمل فيضعهم في المرتبة الأولى⁸. بيد أن المنطق القانوني يقضي بأن يوضع المؤلف في المرتبة الأولى لإستفائه حقوقه هذا لسببين، من جهة كون أن الحكم القانوني المنصوص عليه في قانون علاقات العمل هو نص خاص وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام، فإن قانون علاقات العمل هو واجب التطبيق، ومن جهة أخرى إن أحكام الملكية الأدبية والفنية تهدف أساسا لتحقيق حماية فعالة وناجعة للمؤلف وهذه الأخيرة تتحقق بصورة أكبر إذا ما تم تطبيق الحكم القانوني المنصوص عليه في قانون علاقات العمل.

وفي الأخير تجدر الملاحظة أن قانون حق المؤلف الجزائري لم يتضمن في أحكامه قواعد خاصة بإجراءات الحجز على المكافأة الواجب أدائها للمؤلف إذا كان مدينا، هذا على خلاف القانون الفرنسي الذي تضمن في تقنين الملكية الفكرية قواعد خاصة تطبق على المكافأة عندما تكون محل الحجز، بحيث أعطى للقاضي سلطة الأمر بأداء أو دفع المكافأة للمؤلف إذا كانت ذات طابع غذائي بصفة متميزة ومستقلة⁹. كما نص على أن هذه المكافأة تكون غير قابلة للحجز عليها إذا كان لها طابع غذائي، وعدم قابلية الحجز، لا يستفيد منه المؤلف فقط، بل يمتد أيضا إلى ورثته وزوجه والأطفال القصر¹⁰. أما فيما يتعلق بالنسبة التي حددها المشرع الفرنسي فهي أربعة على خمسة من الدخل

¹ المادة 150 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

² Art. L. 131-8 C.fr. propr. intell.

³ C. Colombat, *op. cit.*, n° 314, p. 253: «Le privilège est limité à ce qui est dû pour les trois dernières années: cette limitation s'avérait indispensable pour la protection des autres créanciers privilégiés, notamment des salariés, les droits d'auteur dus pouvant atteindre des sommes considérables».

⁴ المادة 150 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

⁵ Art. L. 131-8 C. fr. propr. intell, et art. 2101 C. civ. fr.

⁶ Art. L. 131-8 C. fr. propr. intell et art. 2104 C. civ. fr.

⁷ المادة 993 ق. م. ج: "يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار.

- المبالغ المستحقة للخدم، والكتابة، والعمال وكل أجبر آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الاثنى عشر شهرا الأخيرة...".

⁸ المادة 89 من قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. 25 أبريل 1990، عدد 17، ص. 562: "تمنح الأفضلية لدفع الأجور وتسبقيها على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة والضمان الاجتماعي مهما كانت طبيعة علاقة العمل وصحتها وشكلها".

⁹ Art. L. 333-1 C. fr. propr. intell: «Lorsque les produits d'exploitation revenant à l'auteur d'une œuvre de l'esprit ont fait l'objet d'une saisie-arrêt, le président du tribunal de grande instance peut ordonner le versement à l'auteur, à titre alimentaire, d'une certaine somme ou d'une quotité déterminée des sommes saisies».

¹⁰ Art. L. 333-2 C. fr. propr. intell: «Sont insaisissables, dans la mesure où elles ont un caractère alimentaire, les sommes dues, en raison de l'exploitation pécuniaire ou de la cession des droits de propriété littéraire ou artistique, à tous auteurs, compositeurs ou artistes ainsi qu'à leur conjoint survivant contre lequel n'existe pas un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, ou à leurs enfants mineurs pris en leur qualité d'ayants cause».

الأعلى طبقا للفصل الرابع من الكتاب الأول من قانون العمل الفرنسي¹. ويرى جانب من الفقه الفرنسي في هذا الصدد أن هذه الأحكام تجد مصدرها في كون أن المكافأة التي تعود للمؤلف تعد ذات طبيعة غذائية وليس كونها ترجع للطبيعة الخاصة لحقوق المؤلف². وإذا تم أخذ هذا التبرير الفقهي بعين الاعتبار، فهل هذا يعني أنه بالإمكان القياس على هذا الرأي؟ ومن ثم، يطبق على مكافأة المؤلف إذا كان لها طابع غذائي، القواعد الخاصة بالحجز على الأجور، المداخيل والمرتبات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهكذا لا يجوز الحجز عليها إلا في حدود نسب معينة³، أو يتم الحجز عليها برمتها، ويتم بذلك تطبيق القواعد العامة بحجز منقولات المدين.

يستخلص مما سبق أن المكافأة الواجب أدائها للمؤلف تعد تعويضا له عن الإستغلال المالي لمجهوده الذهني من قبل المتنازل له. وحماية لحقوق المؤلف الذي يعد الطرف الضعيف في عقود التنازل عن حقوقه المادية، ألزمت النصوص القانونية أن تحتسب المكافأة كقاعدة عامة بطريقة تناسبية مع إيرادات الإستغلال، واستثناءا يجوز احتسابها جزافيا في حالات خاصة محددة على سبيل الحصر. ولتوفير حماية فعالة وناجعة للمؤلف، أجاز المشرع لهذا الأخير مراجعة هذه المكافأة الجزافية في حالة غبن يضيع حقه إذا تبين له أن المكافأة المتحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب. بيد أنه على خلاف نظيره الفرنسي لم يضع مشرعنا معيارا لمقدار الغبن الذي يميز إعادة النظر لهذه الأخيرة. على هذا الأساس يستحسن أن ينتهج المشرع الجزائري منهج المشرع الفرنسي، الذي وضع معيارا محادا لمقدار الغبن وهو 7/12 من حصيلة بيع المصنف⁴. هذا حتى لا تكون الحقوق المالية للمؤلف محل السلطة التقديرية لقضاة قد يكونون في غالب الأحيان غير متخصصين في مادة الحقوق الفكرية هذا من جهة، ومن جهة أخرى لجعل الأحكام القضائية الخاصة بدعوى الغبن موضوع رقابة من طرف المحكمة العليا.

كما اعتبر المشرع أن الأتاوى المستحقة للمؤلف تعد دينا ممتازا، حيث تأخذ حكم أجور العمال، فالمؤلف والعامل يوجدان في نفس المرتبة، إلا أن قانون حق المؤلف لم يحدد القانون الواجب الإرتكاز عليه في تحديد مرتبة المؤلف، فهل هي المرتبة الثالثة طبقا لنصوص القانون المدني؟ أو المرتبة الأولى وفقا للأحكام القانونية الخاصة بقانون علاقة العمل؟ لهذا يجبذ أن يتدخل المشرع الجزائري ويوضح هذه المسألة مثل ما فعل نظيره الفرنسي⁵، لتفادي أي لبس، وينبغي كذلك على مشرعنا أن يزيح الغموض عن مدى أحقية دائنين المؤلف في الحجز على مجمل المكافأة المستحقة له، أو يتم الحجز على جزء منها فقط، خصوصا إذا كان لها طابعا غذائيا، بمعنى إذا كانت مصدر رزقه الوحيد.

¹ Art. L. 333-3 C. fr. propr. intell : «La proportion insaisissable de ces sommes ne pourra, en aucun cas, être inférieure aux quatre cinquièmes, lorsqu'elles sont au plus égales annuellement au palier de ressources le plus élevé prévu en application du chapitre V du titre IV du livre Ier du Code du travail ».

² F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°1000, p. 605: «Les articles L. 333-1 à L. 333-3 posent des règles spéciales pour préserver les intérêts de l'auteur, à titre alimentaire, en permettant au juge d'ordonner le versement d'une somme à l'auteur, malgré la saisie, et en limitant la possibilité de saisir les sommes provenant de l'exploitation de ses œuvres. Mais la justification de ces mesures se trouvant, non pas dans la nature de droits d'auteur des redevances, mais dans leur caractère partiellement alimentaire ».

³ المادة 775 ق.إ.م.إ.ج: «لا يجوز الحجز على الأجور والمداخيل والمرتبات إلا بموجب سند تنفيذي وفي حدود النسب المذكورة في المادة 776 أدناه». راجع أيضا المادة 776 ق.إ.م.إ.ج.

⁴ Art. L.131-5 C. fr. propr. intell .

⁵ Art. L.131-8 C. fr. propr. intell.

أنواع الجريمة الدولية- قبل و بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية-



من إعداد : مونية بن بوعبد الله ، طالبة دكتوراه
تخصص قانون جنائي دولي بجامعة باتنة ، الجزائر

المقدمة :

منذ القدم عرفت البشرية الجريمة والتي بدورها عرفت تطورات، وزادت معها خطورتها ليس فقط على نطاق إقليمي لدولة معينة وإنما امتد وأصبحت تمثل خطر على السلم والأمن الدوليين وعلى العدالة الجنائية الدولية على حد سواء وهذا نتيجة للعدد الهائل من الضحايا التي يخلفها، والدمار الهائل التي تحدثه.

فالقرن العشرين يعتبر أكثر القرون دموية في التاريخ، حيث نشبت العديد من النزاعات المسلحة، خلفت ملايين من الضحايا في صفوف المدنيين، وألحقت الدمار الكبير بالمتلكات.

تتجلى أبرز معالم الجهود الدولية في إنشاء قضاء جنائي دولي لمجابهة الجريمة الدولية في أعقاب الحرب العالمية الثانية، حيث ظهر عهد عصبة الأمم كتنظيم دولي من اجل تجنب الحروب والكوارث الناتجة عنها.

ولم تعرف الحروب السابقة للحرب العالمية الأولى تلك الخسائر الفادحة التي شهدتها البشرية خلال تلك الحرب، إذ شارك فيها عدد كبير من الدول، استخدمت أسلحة لم يعرفها العالم من قبل حيث أستهدف المدنيون من نساء وشيوخ وأطفال، ولم يلتزم فيها بمبادئ وأخلاقيات كانت الأمم قد أكدت مرارا على ضرورة احترامها. فصدر قرار الجمعية العامة لعصبة الأمم بالإجماع في 24 (ديسمبر) 1927 وجاء فيه: "بأن دول العصبة تتضامن فيما بينها وتؤكد عزمها على حماية السلم العالمي، ولا تقر الحرب العدوانية كوسيلة لفض المنازعات بل تعدها جريمة دولية".

الجريمة لم تصبح فقط بالمفهوم الضيق القيام بعمل غير قانوني، وإنما تطورت و اتخذت أبعاد جديدة مهددة الملايين من الأشخاص في كل أنحاء العالم، و من أجل معاقبة مرتكبيها عدم إفلاتهم من العقاب تم إنشاء محاكم لتابعتهم و لمحاكمتهم، من محكمة نومبرغ إلى طوكيو، إلى المحاكم التي تم إنشائها بناء على أمر من مجلس الأمن (حسب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة)، وهما المحكمة الخاصة بيوغسلافيا و المحكمة الخاصة بروندا إلى غاية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية عام 1998، و التي تم تدوين معظم الاتفاقيات الدولية و الأعراف المتفق عليها المنظمة لقواعد القانون الدولي الجنائي من خلال نظامها الأساسي (نظام روما).

فالجريمة الدولية تعدو من أخطر صور الإجرام لهذا تم تجريمها و معاقبة مرتكبيها،و لكن التساؤل الذي يطرح: ما هو التغيير (القانوني) الذي حدث على تقسيم الجريمة الدولية قبل و بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ؟ .

- و ما هو الإطار العام للجريمة الدولية؟.

- و ما هو تقسيم و صور الجريمة قبل و بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية؟.

و للإجابة عن هذه التساؤلات سيتم تقسيم الدراسة من خلال ما يلي :

المبحث الأول : ماهية الجريمة الدولية.

المبحث الثاني : صور الجريمة الدولية قبل و بعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية .

المبحث الأول : ماهية الجريمة الدولية :

لكل جريمة تعريف و أركان يستوجب التطرق إليها. لهذا تم تقسيم المبحث من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف الجريمة الدولية.

المطلب الثاني : أركان الجريمة الدولية.

المطلب الأول : تعريف الجريمة الدولية :

بعد ظهور الجريمة الدولية إلى الساحة الدولية كواقعة فرضت نفسها سارع الفقه الدولي والعربي على حد سواء وكذا المنظمات الدولية إلى إعطاء تعاريف للجريمة الدولية وأركانها وصورها وهذا ما سنحاول دراسته من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول : في الفقه الدولي :

الجريمة سواء أكانت داخلية أو دولية تمثل عدوانا أو اعتداء على مصلحة يحميها القانون، وان كان القانون الداخلي يتكفل بتحديد ماهية الجريمة الداخلية وأركانها، فان الفقه الدولي يتولى تحديد ماهية الجريمة الدولية، نظرا لعدم وجود قاعدة دولية تقوم بهذه المهمة، فنجد أن في مجال القانون الجنائي، لا يوجد تعريف للجريمة الدولية¹.

وبالرجوع إلى الفقه الدولي، فعرفها الفقيه GLASER بأنها " الفعل الذي يرتكب إخلالا بقواعد القانون الدولي، ويكون ضارا بالمصالح التي يحميها ذلك القانون، مع الاعتراف لهذا الفعل صفة الجريمة واستحقاق فاعله للعقاب، أو هي واقعة إجرامية مخالفة لقواعد القانون الدولي، تضر بمصالح الدول التي يحميها هذا القانون"². وهو بذلك لم يشترط أن يكون التجريم واردا بنص اتفاقي واكتفى بما جرى عليه العرف الدولي، وأضاف أن الفرد أي

¹ - د/ فتوح عبد الله الشاذلي: القانون الدولي الجنائي، (أوليات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص204.

² - د/ عبد الله سليمان سليمان: المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 85.

الشخص الطبيعي هو وحده المسئول عن الجريمة الدولية سواء ارتكبها لحسابه الخاص، أو باسم الدولة ولحسابها، وبذلك فهو رفض المسؤولية الجنائية الدولية للأشخاص المعنوية.

أما الفقيه PELLA فيعرف الجريمة الدولية بأنها " الفعل الذي تطبق عقوبته وتنفذ باسم الجماعة الدولية " ويرى الدكتور منتصر سعيد حمودة أن تعريف PELLA قد جانبه الصواب لأنه ربط بين مفهوم الجريمة الدولية وبين تطبيق العقاب والذي هو أثر من آثارها وربط بين ضرورة وجود محكمة دولية جنائية مختصة وتعريف الجريمة الدولية، ويضيف الدكتور بقوله، وكان لزاما عليه أن يضع تعريفا جامعاً مانعاً للجريمة الدولية، ثم يتعرض فيما بعد للجزاء على ارتكابها، والذي يأتي في مرحلة تالية لوقوع الجريمة الدولية¹.

ويعرف الفقيه LOMBOIS الجريمة الدولية بأنها " عدوان على مصلحة أساسية للمجتمع الدولي تحضى بحماية النظام القانوني الدولي من خلال ما يسمى بقواعد القانون الدولي الجنائي"².

الفرع الثاني: في الفقه العربي:

عرف الدكتور حسنين عبيد، الجريمة الدولية بأنها " سلوك إرادي غير مشروع، يصدر عن فرد باسم الدولة أو بتشجيع أو رضا منها، ويكون منظوياً على مساس بمصلحة دولية محمية قانوناً."³

أما الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، عرف الجريمة الدولية بأنها " سلوك إنساني غير مشروع صادر عن إرادة إجرامية يرتكبه فرد باسم الدولة أو برضا منها، وينطوي على انتهاك لمصلحة دولية، يقرر القانون الدولي حمايتها عن طريق الجزاء الجنائي"⁴.

كما يعرف الدكتور عبد الواحد محمد الفار الجريمة الدولية بأنها " فعل أو امتناع يعد مخالفة جسيمة لأحكام ومبادئ القانون الدولي، ويكون من شأنه إحداث الاضطراب في الأمن والنظام العام الدولي، والمساس بالمصالح الأساسية و الإنسانية للجماعة الدولية وأفراد الجنس البشري، مما يستوجب معه المسؤولية الدولية وضرورة توقيع العقاب الجنائي على مرتكب تلك المخالفة"⁵.

أما الدكتور عبد المنعم عبد الخالق عرفها بأنها " سلوك إرادي متعمد في الغالب يصدر من شخص طبيعي أو مجموعة أشخاص لحسابهم الخاص أو لحساب دولة أو بمساعدة دولة ورضاء وتشجيع منها، يمثل اعتداء على مصلحة دولية يوليه القانون الدولي الجنائي عناية، ويحرص على معاقبة مقترفها، فالجريمة الدولية مثلما ترتكب من شخص طبيعي لصالح دولة أو بمساعدة ورضاء وتشجيع منها فقد يرتكبها الشخص ابتغاء مصلحة مادية لنفسه."⁶

¹ - د/ منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية (أحكام القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 16 .

² - أ.د/محمد عبد المنعم عبد الخالق: الجرائم الدولية (دراسة تأصيلية للجرائم ضد الإنسانية، السلام وجرائم الحرب)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص 77، 80.

³ - د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، (دراسة تحليلية تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص 6.

⁴ - د/ فتوح عبد الله الشاذلي: القانون الدولي الجنائي، ص 206-207.

⁵ - د/ عبد الواحد محمد الفار: الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 40.

⁶ - د/ محمد عبد المنعم عبد الخالق: الجرائم الدولية، ص 79.

وأما الدكتور محي الدين عوض عرف الجريمة الدولية بأنها " أفعال ذات جسامه خاصة، يكون من شأنها إحداث الاضطراب في الأمن والنظام العام للجماعة الدولية¹.

أما الدكتور عباس هاشم السعدي فيرى أنه من الأفضل ترك تعريف الجريمة الدولية وتحديدتها لتقدير جهاز قضائي جنائي في الأمم المتحدة - في حالة قيامه - لتقدير كون التصرف الذي تلجأ إليه الدولة يشكل عملاً غير مشروع أو جريمة دولية على ضوء وظروف وملاسات كل قضية على حدة².

أما الجريمة الدولية التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية حسب الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي هي " فعل أو امتناع، ينطبق عليه وصف الجريمة الواردة في المادة 6، 7، 8، من النظام الأساسي للمحكمة، سواء كانت أفعال إبادة، أو أفعال ضد الإنسانية، أو تلك التي تمثل جرائم حرب، على أن تصدر عن إرادة معتبرة قانوناً، وذلك بأن تكون في إطار دولي يتبنى الفعل ضمن سياسة دولية أو سياسة من قبل منظمة غير حكومية"³.

من خلال التعريفات السابقة يمكن تعريف الجريمة الدولية بأنها ذلك الفعل البشري الصادر عن إرادة إجرامية يرتكب لحسابهم الخاص أو باسم الدولة ولحسابها، والمخالف لقواعد القانون الدولي المقترنة بجزء في حالة مخالفتها.

المطلب الثاني: أركان الجريمة الدولية:

بالإضافة إلى خصائص الجريمة⁴ التي تعتبر مهمة في أي دراسة للجريمة الدولية، حتى تتضح معالمها أكثر، فقد اتفق الفقه على ضرورة توافر ركني الجريمة وهما الركن المادي والركن المعنوي، ذلك باعتبارها سلوك إرادي مصدره الإنسان. وهي كأي سلوك إنساني لها جانبان جانب مادي خارجي نلمسه في الكون المحيط، وجانب باطني داخلي يعبر عن نفسية مرتكبها. وهذا الجانبان ليسا سوى الركن المادي والركن المعنوي، ومن ثم لا بد من توافرها واجتماعهما معاً حتى تقوم الجريمة، وتختلفهما أو تخلف أحدهما يترتب عليه تخلف الجريمة.

¹ - د/ محي الدين عوض: دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، القاهرة، مصر، 1965، ص 295.

² - د/ عباس هاشم السعدي: مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 24.

³ - د/ عبد الفتاح بيومي حجازي: المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 18.

⁴ - يوضح الدكتور أحمد أبو مطر خصائص الجرائم الدولية بأنها وصفت لجنة القانون الدولي الجريمة الدولية بأنها تمس أساس المجتمع البشري نفسه، ويمكن استخلاص خطورتها من طابع الفعل المميز بالقسوة والوحشية أو من اتساع أثاره الضارة، أو من الدافع إلى ارتكابه كجريمة إبادة الجنس البشري، أو من اجتماع بعض هذه العوامل أو كلها، ومثل هذه الخطورة تشكل الركن الأساسي للجريمة المخلة بسلم الإنسانية وأمنها. وكما أوضحنا سابقاً لا يتوافر الفقه الدولي العام على اتفاق كامل بشأن تعريف محدد للجريمة الدولية، ولذا يمكن التمييز بين أكثر من رأي في هذا الخصوص، طبقاً لرأي أول، فإن الجريمة الدولية هي أفعال خطيرة للغاية يكون من شأنها إحداث الاضطراب في امن الجماعة الدولية ونظامها العالم. وطبقاً لرأي ثان فإن الجريمة الدولية هي التي يترتب على وقوعها إلحاق الضرر بأكثر من دولة. وطبقاً لرأي ثالث، الجريمة الدولية هي تصرفات مضادة للقواعد القانونية الدولية. / وتتميز الجرائم الدولية كونها توجب تسليم المجرمين الدوليين، وبعد نظام تسليم المجرمين من ابرز صور التعاون الدولي في مجال المعاقبة على الجرائم الدولية التي يرتكبها الأفراد، وهو نظام الغرض منه كفالة عدم إفلات المجرم من العقاب إذا ما انتقل من منطقة إلى أخرى، أو إذا ما وجد نظاماً سياسياً يتستر على جرائمه أو يسعى لإبعاد الطابع الدولي عنها. وهذا ما أكدته معاهدة فرساي (1919)، وقرارات الأمم المتحدة، ومن ناحية أخرى لا تسري أحكام مرور الزمن على الجرائم الدولية فتبقى المسؤولية عنها قائمة مهما مر من زمن على ارتكابها. وتعتبر الاتفاقية الخاصة بعدم تطبيق مبدأ مضي المدة على مجرمي الحرب والجرائم ضد الإنسانية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 26 تشرين ثاني عام 1968 في قرارها رقم (2391) وثيقة أخرى تدخل في دائرة مصادر القانون الجنائي الدولي .

مقال متوفر على الموقع التالي : <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=82689>

أما الركن الشرعي سواء تمثل في الصفة غير المشروعة للفعل أو النص الشرعي المجرم أي القاعدة الجنائية، فيعتبر ركناً في الجريمة لأن الجريمة لا توجد أصلاً دون توافر القاعدة الجنائية التي تخلق الجريمة وترسم حدودها. أما الركن الدولي فهو الركن الذي تنفرد به الجرائم الدولية عن غيرها من الجرائم العادية التي تجرمها القوانين المحلية، إذ أن مصدر تجريم هذه الأفعال يكون عادة الأعراف والمواثيق والقوانين الدولية. وفي هذا الصدد سوف ندرس أركان الجريمة الدولية، على النحو الآتي وهي الأركان التي يطلق عليها بالأركان العامة¹.

الفرع الأول: عدم مشروعية السلوك:

الفعل الغير مشروع للجريمة هو الذي يجعلها غير مشروعة بتحقيق الأركان الأخرى²، وعدم المشروعية الجنائية تكون في الجريمة في القانون الداخلي، وكذلك تكون في القانون الدولي الجنائي³، فالقاعدة التجريبية الدولية هي تلك التي يقرها العرف الدولي بصفة أصلية، أو تتضمنها الاتفاقيات الدولية ولا تكون بالضرورة مكتوبة فمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الدولي الجنائي يختلف تماما عن نظيره في القانون الداخلي⁴.

فمبدأ الشرعية في القانون الجنائي الدولي يتميز بصفة العرفية بحسب الأصل، أي أنه لا وجود لفكرة الجريمة في نصوص مكتوبة، ويمكن الاهتداء إليها عن طريق ما تواتر عليه العرف الدولي، وإذا فرض وكانت متضمنة في نصوص دولية، فإنها لا تكون منشأة لجرائم، وإنما كاشفة ومؤكدة لعرف دولي في هذا الشأن⁵، ويترتب عن هذه الصفة العرفية صعوبة التعرف على الجريمة الدولية وغموض فكرتها لكونها غير مكتوبة.

وبصدور نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998⁶ تم بموجبه تقنين غالبية قواعد القانون الدولي الجنائي في نصوص مكتوبة ومدونة وأضحت الجرائم الدولية مقننة (جريمة الإبادة الجماعية، جرائم الحرب، الجرائم ضد الإنسانية، جريمة العدوان).

1- أي تلك اللازمة لوجود الجريمة بصفة عامة أيا كان نوعها، وإلى جانب هذه الأركان العامة توجد الأركان الخاصة بكل جريمة دولية على حده، أي الأركان التي تحقق النموذج القانوني لكل جريمة من الجرائم الدولية، ولاشك في أن هذه الأركان الخاصة تختلف من جريمة إلى أخرى، أنظر في هذا: الدكتور عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، ص 228، 229.

2- ويعتبر هذا الركن من الأركان الأساسية في الجريمة، وهذا ما أكد عليه بعض الفقهاء، فعدم المشروعية تكيف قانوني للسلوك ويستند في المجال الجنائي إلى قاعدة التجريم، أنظر في هذا: الدكتور عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ص 229.

3- أنظر في هذا: الدكتور حسنين إبراهيم عبيد، الجريمة الدولية، (دراسة تحليلية تطبيقية)، من الصفحة 13 إلى 25. / و د/ فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، من صفحة 229 إلى 254. / و د/ محمد عبد المنعم عبد الخالق، الجرائم الدولية، ص 54 إلى 76.

4- مبدأ الشرعية في القانون الداخلي له مدلول ونتائج، أنظر في هذا: د/ عبد الله سليمان سليمان، شرح قانون العقوبات، (القسم العام، الجريمة)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 57 وما بعدها / و الدكتور أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 50 وما بعدها.

5- هناك أمثلة عديدة في هذا الشأن في القرن العشرين و من ذلك: جريمة الإرهاب المنصوص عليها في اتفاقية سنة 1937، وجريمة حرب الاعتداء، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، المنصوص عليها في لائحة نورنبورغ الملحقه باتفاقية لندن سنة 1945، وجريمة إبادة الجنس البشري المنصوص عليها في اتفاقية سنة 1948، وجرائم إساءة معاملة ضحايا الحرب المنصوص عليها في اتفاقية جنيف لسنة 1949، وكذا جريمة الاسترقاق المنصوص عليها في الميثاق الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1986.

6- نظام روما المعمم بوصفه الوثيقة رقم: A/CONF.183.9 المؤرخ في 17 يوليو 1998، ودخل حيز التنفيذ في: 01 يوليو 2002.

يترتب على إعمال مبدأ الشرعية في مجال القانون الدولي الجنائي نتائج منها:

- إعمال مبدأ الشرعية واحترامه كأساس مبدأ الشرعية هو حماية حريات الأفراد وحقوقهم سواء ذلك الأبرياء أو المتهمين، كما أن هذا المبدأ تفرضه اعتبارات العدالة¹. فهذا المبدأ واجب الاحترام إلى أن يتم تدوينه يكفل تجريم الأفعال بنصوص صريحة².

- مبدأ عدم الرجعية: يعتبر النتيجة الحتمية لمبدأ الشرعية، وتنص على عدم جواز سريان القانون على الأفعال التي سبقت وجوده من حيث التجريم، أي أن يجب تحديد زمن صدور القانون المجرم للفعل، ومادام مصدر الجرائم الدولية هو العرف، فإنه من الصعب تطبيق هذه القاعدة³.

- التفسير الواسع والقياس: على الرغم من حظره في القانون الجنائي الداخلي إلا أن القانون الدولي الجنائي يترخص في الأخذ به، بالنظر إلى الطبيعة العرفية الغالبة على قواعده فقد تم نص على جواز التفسير الواسع و القياس في بعض المواثيق الدولية والنص على صور الجرائم المعاقب عليها على سبيل المثال لا الحصر وهذا ما يوحى بإمكان القياس عليها عند اتحاد العلة⁴.

- تطبيق القانون من حيث المكان: تتميز الجريمة الدولية بأنها ترتكب في أكثر من دولة وعلى ذلك فإن المبدأ الأساسي الذي يحكمها هو مبدأ العالمية وليس مبدأ الإقليمية⁵.

الفرع الثاني: الركن المادي:

إن مدلول الركن المادي في الجريمة الدولية أوسع مما هو معمول به في القوانين الداخلية بشأن الجريمة الداخلية، إذ لا تتجاوز المسألة الجنائية في النظم الداخلية حد الشروع والتحريض فلا تمتد إلى التهديد، بينما الحال مختلف في القانون الدولي، حيث أن الاتجاه الغالب في القانون الدولي يتجه إلى اعتبار التهديد بالعدوان والإعداد له ضمن الجرائم الدولية، ويجد ذلك سنده في أن ميثاق الأمم المتحدة يحظر التهديد باستخدام القوة واستخدامها في العلاقات الدولية بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة (م 4/2) وغيره من الاتفاقيات*.

إن النشاط المادي المرتكب من الشخص الطبيعي، يجب أن يكون واردا كجريمة محددة في القانون الدولي، وعليه فلا عقاب على الفكر والعزم والتصميم، دون أن يكون ذلك مقترنا بنشاط خارجي ولو صورة تحريض أو تأمر أو تهديد⁶.

¹ - د/ فتوح عبد الله الشاذلي: القانون الدولي الجنائي، ص 244.

² - د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية (دراسة تحليلية تطبيقية)، ص 23.

³ - سكاكيني باية: العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004، ص 31.

⁴ - د/ فتوح عبد الله الشاذلي: القانون الدولي الجنائي، صفحة 248، 249.

⁵ - د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، (دراسة تحليلية تطبيقية)، ص 25 / كذلك اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقب عليها المعتمدة عليها في 09 ديسمبر 1948 تعتبران التآمر على أو محاولة ارتكاب الإبادة الجماعية ضمن الأفعال المعاقب عليها .

⁶ - د/سامي جاد عبد الرحمان واصل: إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008، ص 27.

وبتحليل الركن المادي نجد أنه يقوم على 03 عناصر هي :

* السلوك الإجرامي : وهو السلوك الايجابي أو السلبي الذي يصدر عن الجاني على المصلحة المعنية.

* النتيجة : وهي الأثر القانوني الذي يحدثه النشاط الإجرامي.

* علاقة السببية : وهي الصلة بين السلوك الإجرامي و النتيجة¹.

الفرع الثالث : الركن المعنوي :

يقصد به أن يرتكب الجاني السلوك الإجرامي وهو يعلم أنه مؤثم ومعاقب عليه جنائياً، وبرغم ذلك ارتكبه بإرادة حرة واعيا وهو بذلك يتكون من عنصرين هما العلم والإرادة².

ويتوافر الركن المعنوي في الجريمة الداخلية سواء أكانت إرادة الجاني عمدية أم غير عمدية، ولكن من النادر على المستوى الدولي أن تثار مسألة الجرائم غير العمدية³.

الفرع الرابع : الركن الدولي :

تختلف الجرائم الدولية عن الجرائم الوطنية في هذا الركن فهو الذي يميز بين الجريمتين⁴، ويعتبر من أهم الأركان التي يحمي المصالح أو الحقوق التي ينص القانون الدولي الجنائي على حمايتها ويقدر تعددها وتتعدد المصالح المنطوية على مساس بها⁵.

المبحث الثاني : صور الجريمة الدولية :

و سنتناول هذا المبحث من خلال ما يلي :

المطلب الأول : صور الجريمة الدولية قبل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الثاني : صور الجريمة وفق للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول : صور الجريمة الدولية قبل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية :

اتجه الفقه الحديث إلى تقسيم الجرائم الدولية إلى : جرائم ضد السلام وأمن البشرية، جرائم الحرب، وجرائم ضد الإنسانية*.

¹ - أنظر في هذا: محمد عبد المنعم عبد الغني: القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، مصر 2008، من صفحة 77 إلى 106.

² - د/ منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، ص 33.

³ - د/ سامي جاد عبد الرحمان واصل: إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، ص 28.

⁴ - د/ نايف حامد العليمات: جريمة العدوان في ضل نظام المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة، الأردن 2007، ص 141

⁵ - د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، (دراسة تحليلية تطبيقية)، ص 130. / أما بالنسبة للمحكمة الجنائية الدولية فتختص بالجرائم الواردة في نص المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة والتي تنص أن " يقتصر اختصاص المحكمة على الجرائم الأشد خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية: (أ)- جريمة الإبادة الجماعية (ب)- الجرائم ضد الإنسانية (ج)- جرائم الحرب (د)- جريمة العدوان، أما الجرائم التي ترتكب ضد إقامة العدالة، أشارت لها المادة 07 من النظام الأساسي للمحكمة.

الفرع الأول: الجرائم ضد السلام وأمن البشرية:

تعتبر من أخطر الجرائم الدولية، وقد جاء النص عليها في مقدمة الجرائم الدولية، حيث تصدر عادة المواثيق والمعاهدات الدولية الخاصة بمثل هذه الجرائم، وقد يأتي استلزام الركن الدولي فيما نصت عليه المادة الثانية من مشروع تقنين الجرائم ضد سلام وأمن البشرية حيث جاء فيها " إن العدوان المسلح والتهديد به والتحضير لاستخدام القوة في العدوان وتنظيم العصابات المسلحة بقصد الإغارة على إقليم دولة أخرى، ومباشرة أو تشجيع النشاط الذي يرمي إلى إثارة حرب مدنية أو نشاط إرهابي تابع لدولة أخرى، أو إقليم خاضع لنظام دولي، أو التدخل في الشؤون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى بإجراءات تسوية ذات صفة اقتصادية، أو سياسية بقصد شل اختيارها أو الحصول على فوائد أيا كانت طبيعتها، لا يمكن ارتكابها إلا من قبل سلطات الدولة"

وعلى هذا فإن جريمة شن العدوان، أيا كانت الصورة التي يتخذها السلوك الإجرامي في ركنها المادي، يجب إن تكون بناء على خطة مدبرة من قبل الدولة المعتدية تجاه الدولة المجني عليها.

وتعد جريمة حرب العشوائية من أخطر الجرائم الموجهة ضد أمن وسلم البشرية، وتعددت واختلفت الآراء حول تعريف العدوان وتحديد عناصره ووسائل التحقق منه، وطرق منعه، توصلت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1974 إلى وضع تعريف للعدوان بأنه " استخدام القوة المسلحة من جانب دولة ما، ضد سيادة ووحدة الأراضي الإقليمية، أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، أو بأي صورة تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة "

كما يعد الإرهاب الدولي بكافة صورته من أخطر الجرائم، وكذا جرائم الدعاية الإعلامية لحرب الاعتداء والتآمر ضد السلام، وخطف الطائرات، وهي تدخل ضمن الجرائم ضد سلم وأمن البشرية.

الفرع الثاني: جرائم الحرب:

تعتبر الصنف الأكثر أقدميه بين الجرائم الدولية* فهي تلك الجرائم التي ترتكب ضد قوانين الحرب ونجد أصلها في العرف الذي كان سائدا في القرن التاسع عشر في اتفاقيات لاهاي لسنة 1899، وسنة 1907، ثم في قائمة لجنة المسؤولين لجرائم الحرب سنة 1919، ثم في قائمة لجنة الأمم المتحدة لمجرمي الحرب لسنة 1942، ثم في لائحة محكمة نورنبورغ سنة 1945 في الفقرة ب من المادة 06، وكذا في لائحة محكمة طوكيو الدولية (يناير 1946 م 05) ثم في المبدأ السادس من مبادئ نورنبورغ، وفي مشروع تقنين الجرائم ضد سلام وأمن البشرية (م/12)، وفي اتفاقيات جنيف الموقعة في 12 أوت سنة 1949 لحماية ضحايا الحرب المواد 50 من الاتفاقية الأولى، و المادة 51 من الاتفاقية الثانية، والمادة 130 من الاتفاقية الثالثة والمادة 47 من الاتفاقية الرابعة¹، فجرائم الحرب هي انتهاكات

* الحرب عبارة عن نزاع بين أكثر من حكومة أو داخل حكومة واحدة تستخدم فيه القوات المسلحة أنظر:

- د/ حسين قادري: النزاعات الدولية (دراسة وتحليل)، الطبعة الأولى، منشورات خير جليس، الجزائر، 2007، ص 16.

¹ - د/ محي الدين عوض: دراسات في القانون الدولي الجنائي، ص 474 و 475.

- أبرز الوثائق الدولية التي ساهمت في تطوير جرائم الحرب هي اتفاقية جنيف الأربعة لسنة 1949، والبروتوكولين الإضافيين لعام 1977، فهي التي قننت القانون الدولي الإنساني أو قانون النزاعات المسلحة، إضافة إلى إبرام العديد من الاتفاقيات التي تحد من إدارة المقاتلين في اختيار الأسلحة منها الاتفاقيات لعام 1858 التي تحضر استخدام بعض المقذوفات وقت الحرب مثل الرصاص المتفجر، بروتوكول جنيف لعام 1925 الذي يمنع استخدام الغازات السامة الخانقة والأسلحة الجرثومية، اتفاقية 1973 المتعلقة بالأسلحة الجرثومية، اتفاقية 1973 المتعلقة بالأسلحة البكتولوجية والبيولوجية، كذلك اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1980 بشأن حظر الأسلحة الحارقة والمعمية، بالإضافة إلى اتفاقية 1993 المتعلقة بالأسلحة الكيماوية.

لقانون النزاعات المسلحة الذي يسمى اليوم بالقانون الدولي الإنساني، وهي تفترض وجود حالة حرب أو نزاع مسلح حيث أن اتفاقية جنيف وقوانين الحرب التي تحمي هذا المجال لا تطابق الإخلال بنزاع مسلح دولي أو غير دولي.

كما تم النص عليها في قوانين المحكمتين الجنائيتين الدوليتين الخاصتين بيوغسلافيا ورواندا، وكذلك في قانون المحكمة الجنائية الدولية الدائمة¹⁽²⁾، حيث جاء في المادة 08 الفقرة 2 من نظام روما الأساسي للمحكمة مايلي " لغرض هذا النظام الأساسي تعني جرائم الحرب :

أ- الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 أغسطس 1949 أي أي فعل من الأفعال التالية ضد الأشخاص والممتلكات الذين تحميهم اتفاقيات جنيف ذات الصلة...²، كما أن الانتهاكات الجسيمة المنصوص عليها في البروتوكول الأول لسنة 1977 والبروتوكول الثاني الذين يعتبران أجزاء من القانون العرفي للمنازعات المسلحة، حيث تعد جملة هذه الانتهاكات المنصوص عليها جرائم حرب³.

الفرع الثالث : الجرائم ضد الإنسانية :

لا توجد اتفاقية خاصة بالجرائم ضد الإنسانية ولكن هذه الفئة من الجرائم يدخل ضمنها منذ 1945 حتى 1998، إحدى عشرة (11) فعل كذلك منذ 1943 حتى 1993 هناك 41 جريمة تصنف كجرائم ضد الإنسانية لكنها تدخل ضمن جرائم أخرى كجرائم حرب أو الإبادة الجماعية⁴.

عرفها الفقيه البولوني لمكين LEMKIN بأنها " خطة منظمة الأعمال كثيرة ترمي لهدم الأسس الاجتماعية لحياة جماعات وطنية بقصد القضاء على هذه الجماعات والغرض من هذه الخطة هدم النظم السياسية والاجتماعية والثقافية واللغة والمشاعر الوطنية والدين والكيان الاجتماعي الاقتصادي للجماعات الوطنية والقضاء على الأمن الشخصي والحرية الشخصية وصحة الأشخاص وكرامتهم، بل والقضاء كذلك على حياة الأفراد المنتمين لهذه الجماعات⁵.

فالقضاء الجنائي الدولي أهتم بهذه الجرائم وعرفت أول تجسيد لها في محاكمات نورنبورغ وطوكيو، ونصت المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا في مادتها الخامسة على الجرائم ضد الإنسانية وكذلك بالنسبة للمحكمة الخاصة برواندا، حيث تضمنتها المادة الثالثة من نظامها الأساسي، أما بالنسبة للمحكمة الجنائية،

الدولية فقد وردت في نص المادة 07 من النظام الأساسي وأشارت إلى أركانها والتي تعد شروط لقيامها وهي :

- أن تكون الجريمة من الجرائم المذكورة والمحددة حصرا في المادة 07.

- أن ترتكب هذه الجرائم على نطاق واسع وأساس منهجي.

¹ - Françoise Bouchet- Saulnier : dictionnaire pratique du droit humanitaire, P 139.

² - أنظر المادة 08 كاملة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والذي أشير إليه سابقا.

³ - ROBERT BADINTER, projet de loi constitutionnelle relatif à la cour pénal internationale, rapport n°318 (98-99) SENAT, PARIS, site Internet : www.senat.fr/rapsen

⁴ - Mahmoud Chérif Bassiouni : introduction au droit pénal international, bruyant, bruscelles, Belgique, 2002.

⁵ - د/ عصام عبد الفتاح مطر : القضاء الجنائي الدولي (مبادئه وقواعده الموضوعية والإجرائية)، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 142.

الجرائم التي ترتكب ضد القوانين الإنسانية بعد الحرب العالمية الثانية بعدما شهد العالم من انتهاكات خطيرة من جانب الألمان للقوانين والأعراف الإنسانية* ونجد أن أهم الاتفاقيات الدولية التي عقدت في مواجهة الجرائم ضد الإنسانية قد تناولت جرائم الإبادة الجماعية GENOCIDE والجرائم المشابهة لها، وجريمة الفصل العنصري، وجريمة الرق والاتجار فيه، وجريمة التعذيب، وجريمة استخدام الإنسان في التجارب والاختبارات العلمية، واهتم المجتمع الدولي اهتماما بالغاً بجرمي الإبادة الجماعية والتفرقة العنصرية، وأبرم العديد من الاتفاقيات بشأن تجريم ومعاقبة مرتكبي هاتين الجريمتين¹.

أبرمت العديد من الاتفاقيات لمكافحة جريمة الإبادة الجماعية من بينها²، اتفاقية مكافحة جريمة إبادة الجنس البشري والعقاب عليها وقد تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1948*، حيث عرفت الاتفاقية جريمة إبادة الجنس البشري بأنها "أي فعل من الأفعال التي ترتكب بقصد القضاء كلياً أو جزئياً على جماعة بشرية بالنظر إلى صفاتها الوطنية أو العنصرية أو الجنسية أو الدينية"³.

وبالنسبة لجريمة التفرقة العنصرية فقد اهتم المجتمع الدولي بعد الحرب العالمية الثانية بحقوق الإنسان، وتم إبرام الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله لعام 1965، وأعلنت الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقب عليها لعام 1973 أن الفصل العنصري جريمة ضد الإنسانية⁴.

جريمة الإبادة الجماعية تضمنتها المادة 04 من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الخاصة برواندا وكذلك تم النص عليها في المادة 06 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث عرفت الإبادة بأنها "أي فعل من الأفعال الآتي ذكرها، والتي ترتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفقتها هذه إهلاكاً كلياً أو جزئياً، وتتمثل هذه الأفعال في قتل أفراد هذه الجماعة أو إلحاق الضرر الجسدي أو عقلي الجسيم بهم أو إخضاعهم عمداً للظروف معيشية بقصد بها إهلاكهم، أو نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى، أو فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة"⁵.

* تضمنها المبدأ السادس من مبادئ نورنبورغ، كما نص على هذه الجريمة في ميثاق الأمم المتحدة في المادة الأولى، كما تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 الإشارة إلى هذه الجرائم في مواد 2 و3 و4 و5، كما ورد النص عليها في مشروع قانون الاعتمادات ضد السلم وأمن البشرية الذي وضعته لجنة القانون الدولي سنة 1951، حيث عرفت في المادة الثانية منه، ونص عليها في المادة الخامسة من المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا والمادة الثالثة من المحكمة الخاصة برواندا.

1- د/سامي جاد عبد الرحمان واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، ص 36.

2- الفقيه البولوني LIMKIN أول من دعا إلى تجريمها عام 1933 وأطلق عليها genocide. أنظر

- سكايني بية: العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، ص 34.

- الإبادة الجماعية مصطلح يوناني ولاتيني يعني مخطط يهدف إلى تدمير المكونات الأساسية لحياة الجماعات الوطنية بقصد تدميرهم بالذات، وموضوع مخطط مماثل هو تفكيك المؤسسات السياسية والاجتماعية والثقافية، واللغة، والمشاعر الوطنية، والمعتقد والوجود الاقتصادي للجماعات الوطنية، أنظر:

universitaire de France, - Anne- Marie la rose : juridictions pénales internationales, la procédure et la preuve, presses sans date, P 386.

* Françoise Bouchet- قرار الجمعية العامة 260 أ3، ودخلت حيز التنفيذ سنة 1951، وحتى شهر أكتوبر 2004، صادقت 136 دولة على الاتفاقية أنظر: Saulnier : dictionnaire pratique du droit humanitaire, P 277

³ - المادة الأولى من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية.

⁴ - المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقب عليها.

⁵ - ROBERT BADINTER ; projet de loi constitutionnelle relatif à la cour pénal internationale.

المطلب الثاني: صور الجريمة وفق للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

و سندرس هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: أسباب قصر اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على أشد الجرائم خطورة:

في مناقشات اللجنة التحضيرية المكلفة بإعداد مشروع النظام الأساسي، أكدت عدة وفود على أهمية قصر اختصاص المحكمة الموضوعي على أشد الجرائم خطورة التي تهم المجتمع الدولي، ففيما يتعلق باختيار الجرائم التي تختص المحكمة بالفصل فيها، فقد اقترحت العديد من الوفود، قصر اختصاص المحكمة على ثلاثة أو أربع من الجرائم التي تقع تحت طائلة القانون الدولي العام المذكورة لاحقاً في النظام الأساسي للمحكمة في الفقرات من أ إلى د من المادة الخامسة، نظراً لجسامة هذه الجرائم وخطورة الآثار المترتبة عليها، في حين ارتأت البعض من الوفود ضرورة إضافة بعض الجرائم الهامة و التي تهدد أمن وسلامة المجتمع الدولي، كجريمة الإرهاب والجرائم المتصلة بالمخدرات والتعذيب والفصل العنصري والجرائم المرتكبة ضد موظفي الأمم المتحدة، والأفراد المرتبطين بها، وجرائم البيئة، ونادى جانب بقصر اختصاص المحكمة على جرائم الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، وجريمة العدوان، مع العمل على إيجاد آلية ما لتمكين الدول أطراف في النظام الأساسي من النظر في إضافة جرائم أخرى في مرحلة لاحقة¹، وقد للرأي العام الأخير أن يسود في مناقشات اللجنة التحضيرية²، وقد نصت المادة الخامسة من النظام الأساسي على أنه "1- يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية:

(أ) جريمة الإبادة الجماعية؛

(ب) الجرائم ضد الإنسانية؛

(ج) جرائم الحرب؛

(د) جريمة العدوان.

2- 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.³

¹ - المادة 123 تجيز أن يشمل الاستعراض قائمة الجرائم الواردة في المادة 05 دون أن يقتصر عليها، أنظر:

-Mouro politi : le statut de Rome de la cour pénale international : le point de vue d'un négociateur, in R.G.D.P, Vol 103, issue 4, 1999, P 827.

² - أ.د/ يوسف الشكري: القانون الجنائي الدولي في عالم متغير، ص 143-144.

³ - المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

- حددت الفقرة الأولى من المادة 5 اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بصفة حصرية في المتابعة على أخطر الجرائم الدولية وهي جريمة الإبادة والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان¹.

الفرع الثاني: أنواع الجرائم الدولية وفق لنظام روما:

أولاً- جريمة الإبادة **Génocide**:

عرفت المادة 6 من النظام الأساسي جريمة الإبادة على أنها " لغرض هذا النظام الأساسي، تعنى "الإبادة الجماعية" أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، بصفتها هذه، إهلاكاً كلياً أو جزئياً:

(أ) قتل أفراد الجماعة؛

(ب) إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة؛

(ج) إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً؛

(د) فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة؛

(هـ) نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.²

حيث عرفت قبل ذلك في اتفاقية منع إبادة الجنس البشري في 09 ديسمبر 1949، وأخذ التعريف من هذه الاتفاقية ونصت عليه في المادة 6 من نظام روما، وهو نفس التعريف الذي تبنته محكمة يوغسلافيا في المادة 4.

ثانياً- الجرائم ضد الإنسانية: عرفت الفقرة أ من المادة 7 من النظام الأساسي الجرائم ضد الإنسانية بأنها " لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم:

(أ) القتل العمد؛ (ب) الإبادة؛ (ج) الاسترقاق؛ (د) إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان؛

(هـ) السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي؛

(و) التعذيب؛ (ز) الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري،

أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة، (ك) الأفعال اللاإنسانية الأخرى

ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو

¹ - د/ نصر الدين بوسماحة: المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، الجزء الأول، ص 19.

² - المادة 6 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

البدنية¹، يتضح من خلال هذا أنها أعطت تعريف عام للجرائم ضد الإنسانية تم سرد قائمة الجرائم ضد الإنسانية في نفس الفقرة تحديد المفهوم الخاص بالأفعال المشار إليها في الفقرة الأولى ضمن الفقرة الثانية².

ثالثاً- جرائم الحرب: نصت على هذا وتضمنته المادة الثامنة من نظام المحكمة، حيث ورد في الفقرة 1 منه " يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولا سيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسية عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم." ، وتطرت هذه المادة إلى تحديد اختصاص المحكمة عن طريق تبيان مفهومها، وتطرت فيما بعد في الفقرة 2 إلى ذكر قائمة الأفعال التي تشكل أي فعل منها خرقاً لقوانين الحرب أو القانون الدولي، وقد حظيت هذه الجرائم بقدر من الدراسة على المستوى الدولي مقارنة بالجرائم الأخرى، إذ بلغ عدد الوثائق الدولية المرتبطة بها 71 وثيقة من الفترة الممتدة ما بين 1854 إلى 1998³.

رابعاً- جريمة العدوان : أما بالنسبة لجريمة العدوان حسب المادة 5 الفقرة 2 الذي علق الاختصاص عليها على شرط التوصل لوضع اتفاق يعرف هذه الجريمة و يضبط شروط ممارسة اختصاص المحكمة بشأنها وفق إجراءات مراجعة النظام الأساسي وتعديله وفقاً لنص المادتين 121 و 123.

و بالفعل فقد تم عقد المؤتمر الاستعراضي بكمبالا في 11 جوان 2010 لغرض تعديل نظام روما الأساسي حيث أرسى المؤتمر تعريف جريمة العدوان على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (3314 د -29) المؤرخ 14 ديسمبر 1974 ، واتفق في هذا الصدد على خلع صفة العدوان على

الجريمة التي يرتكبها قائد سياسي أو عسكري والتي تشكل، بحكم طابعها وخطورتها ونطاقها، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة⁴.

الخاتمة :

من خلال ما سبق توصلنا إلى النتائج التالية :

- يحمي القانون الجنائي الوطني القيم والمصالح التي تهتم الجماعة الوطنية، وذلك بمعاقبته على الأفعال و الوقائع التي تعد انتهاكاً له، والقانون الدولي الجنائي هو الآخر يهدف إلى حماية المصالح والقيم التي تهتم الجماعة الدولية، وذلك بتوفير الحماية الجنائية لها، فالفقه الدولي يتولى تحديد مفهوم الجريمة الدولية، بحيث تعددت المفاهيم من طرف العديد من الفقهاء، وبناء على ما تقدم من تعاريف يمكن إستخلاص عناصر الجريمة الدولية أو أركانها التي تتمثل أولاً في عدم مشروعية السلوك أو الركن الشرعي وثانياً في التصرف (عمل أو إمتناع) أو الركن المادي وثالثاً في القصد الجنائي أو الركن المعنوي، ورابعاً الركن الدولي وبه تتميز الجريمة الدولية عن الجريمة الداخلية.

¹- المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

² - Mouro politi : le statut de Rome de la cour pénale internationale, P 831.

³ - cherif Bassiouni: introduction au droit pénal international, P 121.

⁴ - المحكمة الجنائية الدولية، جمعية الدول الأطراف، البيان الصحفي المؤرخ في 2010/06/12 والمتعلق بوقائع المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي المنعقد في كامبالا، وثيقة رقم : ICC-ASP--20100612-PR546.

- و تقسم الجريمة الدولية إلى جرائم ضد السلام، وجرائم ضد أمن البشرية، وجرائم الحرب، وجرائم ضد الإنسانية، أما بالنسبة للمحكمة الجنائية الدولية التي تم التوقيع على معاهدة روما في 17/07/1998 و بعد إكمال توقيع 60 دولة على النظام الأساسي دخلت حيز العمل بتاريخ 01/07/2002، فهي تختص بالجرائم الواردة في المادة 05 من هذا النظام و هي جريمة الإبادة الجماعية، وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وكذا جريمة العدوان.

و بناء على ما تقدم نوصي بما يلي :

- يجب على المحكمة الجنائية الدولية التوسيع من اختصاصاتها، و ليس حصرها فقط في أربعة جرائم، خاصة مع المعطيات الدولية التي تبين أن الجريمة في تطور دائم، و لعل من أبرز هذه الجرائم التي يستوجب إدخالها ضمن صلاحياتها هي الإرهاب الدولي، الذي أصبح يهدد السلم و الأمن الدوليين.

- بالنسبة للجرائم المختصة بها المحكمة الجنائية الدولية نجد أنها ليست جامعة لكل الأفعال المكونة لها، فمثلا جريمة ضد الإنسانية الذي أوردت في النظام الأساسي في المادة 7، تستند إلى معايير تترك المجال مفتوحا للاعتبارات المتعلقة بالنوايا والمقاصد من جهة، و للطابع المنهجي للجرائم المثارة في الدعوى من جهة أخرى، كما أنه بالرغم من تضمن نص المادة 7 على أمثلة دقيقة عن الجرائم ضد الإنسانية، إلا أنها صيغت بعبارات عامة، لهذا يستوجب ضبط مثل هذه المفاهيم و الأركان الخاصة بالجرائم الدولية.

آلية المنظمة العالمية للتجارة لتقييم السياسات التجارية



من إعداد : الأستاذة عبد اللاوي خديجة

محامية معتمدة لدى مجلس قضاء تلمسان

طالبة باحثة قانون الأعمال المقارن سلك دكتوراه

كلية الحقوق : جامعة - تلمسان - الجزائر

مقدمة :

تلعب المنظمة العالمية للتجارة دورا أساسيا في حركة الاقتصاد العالمي، فهي تقوم بالتعاون مع صندوق النقد الدولي والبنك العالمي، برسم ومتابعة السياسات الاقتصادية للعديد من الدول الأعضاء، من خلال الشروط التي تفرضها عليها أثناء طلبها للانضمام، أو عند طلب المساعدة من صندوق النقد الدولي أو البنك العالمي. وقد أدت هذه الشروط في كثير من الدول إلى إصلاح اقتصادياتها وبنائها على أسس واقعية وحقيقية¹، هذا الإصلاح للسياسات التجارية، ناتج عن آلية تعد أحد مظاهر الأجهزة المستحدثة التي أثمرت عنها مفاوضات أوروغواي للتجارة العالمية.

ففي ظل اتفاقية 1947، كانت اجتماعات الأطراف المتعاقدة تمثل نوعا من الاستقرار العام للسياسات التجارية للدول الأعضاء. غير أن هذه الاجتماعات لم يكن لها إطار تنظيمي محدد يحكمها ويحدد الهدف منها وأسلوب ممارستها².

ظهرت فكرة إنشاء آلية تقييم السياسات التجارية في ظل الجات لسنة 1947. وأثناء مفاوضات جولة أوروغواي تردد من جديد صدى هذه الفكرة، كما أنه، تم التوصل إلى تفاهم وترتيبات من شأنها تقوية الرقابة التي تتولاها الاتفاقية بما يمكنها من متابعة السياسات والممارسات التجارية للأطراف المتعاقدة وانعكاساتها على عمل النظام التجاري متعدد الأطراف. وشكلت لذلك مجموعة تفاوضية خاصة بعمل نظام الجات 1947³.

¹ ناصر دادي عدون، انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة: الأهداف والعراقيل، المدرسة العليا للتجارة متناوي محمد، جامعة الشلف، مجلة الباحث، 2004، عدد 03، ص 65.

² جابر فهسي عمران، منظمة التجارة العالمية (نظامها القانوني ودورها في تطبيق اتفاقات التجارة العالمية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 293.

³ عبد الملك عبد الرحمن مطهر، الاتفاقية الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية التجارة الدولية، دار المتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، (د.س.ط)، ص 489.

وعليه، فإن هذه الآلية بعدما كانت مؤقتة في ظل نظام الجات، أصبحت هذه الآلية المستحدثة ضمن أجهزة المنظمة العالمية للتجارة، لذا تم النص عليها في الملحق 3 لاتفاقيات مراكش لعام 1994 بإنشاء آلية لاستعراض السياسات التجارية.

وبالتالي، فإن السرد الموجز سالف الذكر، يوضح بأن موضوع آلية تقييم السياسات التجارية مهم وحساس، بسبب علاقته مع جميع النشاط الأخرى، وبالأخص الأمن القومي الداخلي، الأمر الذي أدى ببعض الدول التريث للانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، بالإضافة إلى ذلك، فإن أهمية هذا الموضوع تكمن لتطوره السريع في فرع خاص للقانون، وتأثيره الكبير على القوانين الوطنية والجهوية، وحول السياسة المتبعة على هذه المستويات، وكذا بسبب تقنيته وتعقيده. لذا يبقى قانون منظمة العالمية للتجارة في بعض الأحيان غير مفهوم¹.

أما فيما يخص الدولة الجزائرية، فالإصلاحات الاقتصادية والقانونية المنتهجة خلال هذه السنوات الأخيرة، تهدف بالدرجة الأولى إلى إعطاء ديناميكية للمجهودات المبذولة في إطار الانتعاش الاقتصادي والآفاق لسياسة تجارية مبنية على الشراكة مع الأجانب².

وعليه، سبق للجزائر وأن طلبت الانضمام إلي الجات سنة 1987، إذ تمت المفاوضات على المستويين الثنائي ومتعددة الأطراف. انعقد الاجتماع الخامس لفريق العمل في شهر ماي 2003، أين طلب من الجزائر تكثيف مجهوداتها وخاصة في مجال حماية الملكية الفكرية وإصلاح قطاع الطاقة³.

مما سبق ذكره، فللمنظمة العالمية للتجارة إذن آلية مهمتها تقييم السياسات التجارية للدول الأعضاء، مما يؤدي بنا إلى وجودنا أمام إشكالية والتي من خلالها نقوم بطرح عدة تساؤلات، أهمها: ما هي ماهية هذه الآلية؟ والدور التي تلعبه لتحرير التجارة العالمية؟ ما هي الآلية المستعملة لتقييم السياسات التجارية؟ ما هي الأجهزة التي تقوم بهذا التقييم؟ ما الهدف من هذا التقييم؟.

في ضوء التحديد السابق لنطاق البحث وأهميته واشكالياته، سنتطرق في هذا الموضوع إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية آلية تقييم السياسات التجارية.

المبحث الثاني: التقييم الفعلي للدول الأعضاء.

المبحث الأول: ماهية آلية تقييم السياسات التجارية:

من مظاهر المساواة القانونية فيما بين دول أعضاء المنظمة العالمية للتجارة المساواة في التصويت أي صوت واحد لكل دولة، اتخاذ القرارات بالتوافق، الحق في طلب تعديل اتفاقية مراكش والاتفاقات الأخرى، حق الانسحاب، ومراقبة وتقييم السياسة التجارية للدول، وهذا الذي يهمنا في دراستنا، من هنا في إطار مباشرة استعراض السياسات

¹ - Mohamed Tayeb MEDJAHED, Cours d'initiation au droit de l'Organisation Mondiale du Commerce, Editions Houma, Algérie, 2011, p. 9.

² - Mohamed Tayeb MEDJAHED, Le droit de l'OMC et perspectives d'harmonisation du système algérien de défense commerciale, Editions Houma, Algérie, 2008, p. 9.

³ - Osmane BEKENNICHE, L'Algérie, le GATT et l'OMC, Office des Publications Universitaires, Algérie, 2006, pp. 117 et 120.

التجارية لوظائفه المنصوص عليه في الملحق 3 من اتفاقية مراكش، تتعهد كل دولة بتقديم تقرير مفصل عن سياستها التجارية¹.

مما تقدم فإن انضمام الدول إلى المنظمة العالمية للتجارة يوفر الفرصة لجميع الأعضاء من أجل الاستفادة من الفرص التجارية المتاحة ضمن نظام تجاري متعدد الأطراف يكون متمتع بسياسات وإجراءات شفافة، ومن أجل تعزيز شفافية السياسات الخاصة بأعضاء المنظمة العالمية للتجارة وكذلك إفساح المجال لجميع الدول الأعضاء من أجل الاطلاع على هذه السياسات وكذلك مناقشتها.

ولتحقيق هذه الشفافية، فقد عمدت الجات منذ 1988 أثناء المؤتمر الوزاري الذي عقد في مونتريال إلى تبني آلية جديدة عرفت باسم تقييم السياسات التجارية، وجاءت المنظمة العالمية للتجارة هي الأخرى لتعزز هذه الآلية حيث تعتبر من بين أحد الوظائف الأساسية للمنظمة كما هو مبين في الملحق 3 من اتفاقية مراكش

وتطبيقاً لذلك فإن منظمة العالمية للتجارة أجرت خمس عشرة تقييم للسياسات التي أنشئت في عام 1989 منها: تقييمات للمرة الثالثة لكل من: الاتحاد الأوروبي واليابان، وللمرة الثانية لكل من: المغرب والسويد وتايلاند، وللمرة الأولى للعديد من الدول النامية².

ومن ثم من أجل معرفة الدور الذي تلعبه المنظمة العالمية للتجارة في تنمية واستقرار التجارة الدولية من خلال قيامها بهذه الوظيفة سوف نقسم هذا المبحث إلى تعريف آلية تقييم السياسات التجارية وكذا الجهاز المختص بآلية التقييم³.

المطلب الأول: التعريف بآلية تقييم السياسات التجارية:

إن آلية تقييم السياسات التجارية للدول الأعضاء كانت في بال المهتمين بتحرير التجارة الدولية، وعليه، قبل التطرق إلى تعريف هذه الآلية والهدف منها، لا بد أن نتحدث عن ظهور هذه الفكرة وكيفية نموها وذلك من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: ظهور الفكرة و نموها:

إن فكرة تقييم أو استعراض السياسات التجارية الدولية يرجع ظهورها إلى ما قبل مفاوضات جولة أورجواي، فهذه الفكرة كانت ترداد كثيراً في ظل "الجات" 1947 بسبب زيادة المشاكل في حقل التجارة الدولية، وكذلك ظهور مشاكل جديدة، ومن أجل مواجهتها تتطلب ضرورة إيجاد حلول حاسمة، ومن بين هذه المشاكل مثلاً: التكتلات الاقتصادية الإقليمية وأثرها على الدول غير الأعضاء في هذه التكتلات، اختلال أسعار المواد الأولية مقارنة مع السلع الصناعية، اختلال الموازين التجارية للدول النامية نتيجة لعدم ثبات دخولها، انتشار أساليب الحماية، اختلال توزيع عائدات التجارة الدولية لصالح الدول المتقدمة بشكل كبير... مما نتج عن ذلك اختلال مزمن في موازين

¹ - مصطفى سلامة، منظمة التجارة العالمية، النظام الدولي للتجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص 22،

² - طلال محمد نور عطار، منظمة التجارة العالمية "من النشأة وحتى اليوم"، الطبعة الأولى، دار المؤلف للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان، 2007، ص 167.

³ - عبد الملك عبد الرحمن مطهر، المرجع السابق، ص 481.

تجارة الدول النامية نتيجة لإخفاقها في زيادة صادراتها إلى أسواق الدول المتقدمة بنسبة تزيد أو على الأقل تعادل و إرادتها... إلى غير ذلك من المشاكل المتعددة التي واجهت التجارة الدولية¹.

ومن هنا من أجل تخفيف هذه المشاكل ظل البحث قائما في ظل اتفاقية الجات من أجل التوصل إلى وسيلة فعالة، ومن أجل ذلك صدر قرار سنة 1958 فتم تشكيل لجنة من الخبراء من أجل دراسة المشاكل الدولية التي تواجهها التجارة الدولية، وكذلك تقديم تقرير واضح عنها.

هذه اللجنة قد تشكلت من أربعة من كبار رجال الاقتصاد وهذا برئاسة هابرلر haberler، فهذه اللجنة قد قدمت تقريرها تحت اسم تقرير "هابرلر" في أكتوبر سنة 1958 فتضمن ما يلي: "إن التوسع في التجارة الدولية يتطلب برنامج عمل مستمر يستهدف حل المشكلات التي تعوق التجارة الدولية، إدخال مواضيع جديدة في المفاوضات كتنقييد ميزانية المدفوعات، الزراعة... وبالطبع فإن هذا البرنامج كان يتطلب وجود آلية مستمرة تعمل على تطبيقه"².

ففي ظل الجات لسنة 1947، ومن أهم المبادرات التي تتسم بتطور السياسة التجارية الدولية إنشاء لجنة تتمثل في لجنة المفاوضات التجارية الخاصة بالدول النامية سنة 1967، لتكون إطارا للمفاوضات الخاصة بالزوايا التجارية والجمركية بين الدول النامية ذاتها. إضافة إلى ذلك، قام "الجات" بمساعدة الدول النامية من أجل تنشيط صادراتها، إنشاء مركز التجارة الدولية سنة 1964.

مما تقدم يمكن القول أن فكرة إنشاء آلية تقييم أو استعراض السياسات التجارية كانت في ظل الجات لسنة 1947 في بال المهتمين بتحرير التجارة الدولية، فأثناء مفاوضات جولة أوروغواي تردد صدى هذه الفكرة، حيث أشار الإعلان الوزاري في سبتمبر 1986 والذي يتمثل في إعلان بونتاد يلستي في البند E الخاصة بعمل نظام الجات 1947، وكذلك الموضوع الأول من الموضوعات الثلاثة الذي تطرق إليها البند، إلى أن المفاوضات تستهدف إلى التوصل إلى وثائق تفاهم وترتيبات من شأنها تقوية الرقابة التي تتولاها الاتفاقية بما يمكنها من متابعة السياسات و الممارسات التجارية للأطراف المتعاقدة وانعكاساتها على عمل النظام التجاري متعدد الأطراف، وشكلت لذلك مجموعة تفاوضية خاصة بعمل نظام الجات 1947³.

وفي الأخير وافق مجلس الجات على البدء فوراً بصفة مؤقتة و هذا على سبيل التجربة بالعمل بآلية تقييم السياسة التجارية حتى يتم التوقيع على جولة أوروغواي هذا في 19 يوليو 1989، هذه الآلية قد طبقت بالنسبة للسياسة التجارية المتعلقة بالتجارة في السلع، ومن بين هذه التقييمات التي تمت تطبيقاً لهذه الآلية (قرار مجلس الجات 1947 لعام 1989) كندا في عام 1990، وعام 1992، مصر في عام 1992، البرازيل في عام 1992⁴.

أما بالنسبة لتجارة الخدمات و حقوق الملكية الفكرية فلم يكونا على حيز الوجود في ذلك الوقت⁵.

¹ - عبد الملك عبد الرحمن مطهر، المرجع السابق، ص 485.

² - KOLOKYTHA Angeliki, Le mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), Mémoire de Master, recherche droit international public, Université Jean Moulin Lyon 3, Faculté de Droit, 2008-2009, p. 22.

³ - عبد الملك عبد الرحمن مطهر، المرجع السابق، ص 489.

⁴ - موقع منظمة التجارة العالمية على شبكة الإنترنت / <http://www.wtoarab.org>

⁵ - عبد الملك عبد الرحمن مطهر، نفس المرجع، ص 487.

وفي الأخير هذه الآلية نصت عليها المادة 3 فقرة الرابعة من اتفاقية مراكش لإنشاء المنظمة العالمية للتجارة حيث نصت على ما يلي: " تدير المنظمة آلية مراجعة السياسة التجارية الواردة في الملحق 3 من هذه الاتفاقية"، وقد تم تطبيقها في كافة المجالات سلع، خدمات وحقوق الملكية الفكرية، وللتعرف على هذه الآلية أكثر سنحاول أن نبين المقصود بهذه الآلية .

الفرع الثاني: المقصود بآلية تقييم السياسة التجارية :

إن اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للتجارة تطرقت كما سبق ذكره في الملحق 3 إلى بيان أحكام تقييم السياسة التجارية للدول الأعضاء في المنظمة تحت عنوان آلية تقييم السياسة التجارية، إذ يقصد بتقييم السياسة التجارية للدول الأعضاء في منظمة العالمية للتجارة أن يكون مجموع سياسات وممارسات العضو في تجارته مع باقي الأعضاء في كافة المجالات الثلاثة للتجارة متعددة الأطراف، سلع و الخدمات وحقوق الملكية الفكرية محل رقابة المجلس العام... مجتمعاً في هيئة جهاز تقييم السياسة التجارية¹.

ففي حقيقة الأمر، أنه ليس مقصوداً بهذه الآلية أن تكون أساساً لانفاذ التزامات محدودة بموجب الاتفاقات أو أساساً لإجراءات تسوية المنازعات أو لفرض تعهدات بسياسات جديدة على الأعضاء². من ثم فإنه لا يسقط ممارسة الرقابة، فطبقاً للبند ألف الفقرة الثانية فإن وظيفة آلية الاستعراض هي دراسة آثار السياسات و الممارسات التجارية لعضو ما على النظام التجاري المتعدد الأطراف أي ممارسة الرقابة³.

إن عملية التقييم يقصد من ورائها، تحقيق هدف مزدوج إذ يتمثل فيما يلي :

أولاً: معرفة العضو إلى أي مدى يتقيد بالتزاماته وتعهداته، وكذا الالتزام بالأحكام القانونية المنصوص عليها في اتفاقية إنشاء منظمة العالمية للتجارة وكذلك الاتفاقات التجارية الملحق، كالاتفاقات التجارية متعددة الأطراف والاتفاقات التجارية عديدة الأطراف، بالنسبة للاتفاقيات عديدة الأطراف، والتي ينص عليها الملحق الرابع من اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للتجارة مع بدء نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية في أول يناير 1995 كانت تضم أربع اتفاقيات، إلا أنه لم يعد موجوداً منها إلا اتفاقيتين اعتباراً من أول يناير 1997، إذ تتمثل في اتفاق التجارة في الطائرات المدنية واتفاق المشتريات الحكومية، أما بالنسبة للانضمام إلى هذه الاتفاقات فهو اختياري بالنسبة للدول الأعضاء⁴.

ثانياً: فيما يتعلق بالسياسات والممارسات التجارية للعضو يجب تحقيق أكبر قدر ممكن من الشفافية مع باقي الأعضاء في كافة المجالات المتعلقة بتلك الاتفاقات، وكذلك إتاحة الفرصة للعضو من أجل توضيح ما يحتاج إليه من توضيح من جوانب هذه السياسات و الممارسات مما يؤدي إلى المساعدة على التوصل من جانب باقي الأعضاء إلى تفهم أكبر لهذه الممارسات والسياسات.

1- عبد الملك عبد الرحمن مطهر، نفس المرجع ، ص 483.

2- البند ألف من الملحق رقم 3 لاتفاقية مراكش.

3- مصطفى سلامة، المرجع السابق ص 29.

4- عبد الملك عبد الرحمن مطهر، المرجع السابق، ص 484.

الفرع الثالث: الهدف من إنشاء آلية تقييم السياسات التجارية:

إن الهدف من إنشاء هذه الآلية في إطار المنظمة العالمية للتجارة ليس البحث عن مسألة وجود أوجه التطابق أو الاختلاف فيما بين الاتفاقيات التجارية الدولية متعددة الأطراف وسياسات الدول الأعضاء، إنما القيام بتقييم عام وشامل للعلاقات بين السياسات والممارسات من ناحية النظام الدولي التجاري هذا ما تطرقت إليه الفقرة ألف من الملحق 3 من اتفاقية مراكش.

ومن ناحية أخرى، يهدف الجهاز إلى القيام بعملية تقييم من أجل البحث كل من الآثار سواء كانت إيجابية أو سلبية لسريان قواعد النظام الدولي التجاري. و"هكذا ليس المقصود كما تضيف الفقرة ألف اعتبار آلية تقييم السياسة التجارية أساساً لإنفاذ التزامات محددة بموجب الاتفاقيات أو أساساً لإجراءات تسوية المنازعات أو لغرض تعهدات بسياسات جديدة على الأعضاء"¹.

ومن أجل تحقيق هذا الهدف كما سبق ذكره، تم إسناد هذه المهمة إلى المجلس العام للمنظمة العالمية للتجارة، إذ نصت المادة 4 فقرة 4 من اتفاقية مراكش على ما يلي: "ينعقد المجلس العام بحسب ما يكون ذلك مناسباً للاضطلاع بمسؤوليات جهاز تقييم السياسة التجارية المشار إليها في آلية تقييم السياسة التجارية، ولجهاز تقييم السياسة التجارية أن يعين لنفسه رئيساً وأن يضع قواعد إجراءاته حسبما تقتضي الضرورة للنهوض بالمسؤوليات الآتية الذكر"².

ومن هنا يمكن القول أن المشاركون في جولة أوروغواي التفاوضية اتفقوا على أن تسعى آلية تقييم السياسة التجارية لانجاز أهداف عديدة تتمثل فيما يلي:³

1- إن الهدف الأساسي أو الغاية من آلية تقييم السياسة التجارية هو الإسهام في زيادة التزام بالقواعد والضوابط و التعهدات.⁴

2- تسهيل عمل النظام التجاري المتعدد الأطراف، وذلك عن طريق زيادة شفافية السياسات والممارسات التجارية للأعضاء من جهة، وفهمها فهماً صحيحاً من جهة أخرى.

3- تحسين قدرات القطاعات التجارية الخاصة والحكومية على مناقشة القضايا وثيقة الصلة بتعاملاتها التجارية.⁵

4- مداومة التقييم متعدد الأطراف لتأثيرات القرارات والتدخلات السياسية على قواعد النظام الدولي وآلياته.⁶

كما أن التقييم الذي يجري بموجب آلية تقييم السياسات التجارية تراعى فيه الاحتياجات الاقتصادية والتنمية للعضو المعني وكذلك أهدافه وسياسته، إضافة إلى ذلك بيئته الخارجية، بقدر ما تتصل هذه العوامل بالتقييم.

¹ - مصطفى سلامة، المرجع السابق، ص 53.

² - طلال محمد نور عطار، المرجع السابق، ص 155.

³ - محمد عبيد محمد محمود، منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية اقتصاديات البلدان الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 506.

⁴ - سمير محمد عبد العزيز، التجارة العالمية بين جات 94 و منظمة التجارة العالمية، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001، ص 453.

⁵ - محمد عبيد محمد محمود، المرجع السابق، ص 507.

⁶ - محمد عبيد محمد محمود، نفس المرجع، ص 507.

مع هذا، فإن وظيفة آلية تقييم السياسات التجارية هي دراسة آثار السياسات و الممارسات التجارية لعضو ما على النظام التجاري المتعدد الأطراف¹.

كما أن مبدأ هذه الآلية نصت عليه اتفاقية مراكش في الملحق رقم 3 المنشئة لآلية تقييم السياسة التجارية على مبدأ الشفافية المحلية كمنهاج أو طريق لإمكانية الاطلاع بهدف فحص النظام الدولي التجاري ككل.

فبمقتضى الفقرة بء من الملحق سالف الذكر فإنه: يُعترف للأعضاء بالأهمية الراسخة للشفافية المحلية في اتخاذ القرارات الحكومية في الأمور المتعلقة بالسياسات التجارية سواء بالنسبة لاقتصاديات الأعضاء أو للنظام التجاري متعدد الأطراف².

كما تجدر الإشارة إلى أن الأمر لا يقف على مجرد الاعتراف من جانب الدول على أهمية مبدأ الشفافية، بل التزمت الدول بأن تعمل على تشجيع وتعزيز هذه الشفافية في نظمها، وتقر بأن هذه الشفافية المحلية لا بد أن تكون على أساس طوعي وأن يأخذ في الاعتبار النظم القانونية و السياسية لكل عضو من الأعضاء.

وعليه، فهناك اعتراف من جانب الدول أعضاء المنظمة العالمية للتجارة من أجل التخلي عن أية مظاهر تعوق أعمال الشفافية، ومعززا ما تقدم باتخاذ الإجراءات القانونية الداخلية لتطبيقها في إطار الأوضاع الخاصة بكل دولة³. ومن ثم، يعد النشر والمعرفة أمر ضروري لإمكانية ممارسة وظيفة استعراض السياسة التجارية.

وفي الأخير، يمكن القول أن آلية تقييم السياسات التجارية يقوم بها جهاز معين بهدف القيام بتقويم عام وشامل للعلاقات بين السياسات والممارسات من ناحية والنظام الدولي التجاري من ناحية أخرى⁴.

المطلب الثاني : الجهاز المختص بآلية تقييم السياسة التجارية :

إن الجهاز المختص بآلية تقييم السياسات التجارية، هو جهاز استعراض السياسة التجارية، لذلك سنتعرض في هذا المطلب إلى تشكيل هذا الجهاز (الفرع الأول)، ثم إلى اختصاصاته وأسس (الفرع الثاني)، وفي الأخير التطرق إلى الفاصل ما بين آلية التقييم وآلية تسوية المنازعات (الفرع الثالث).

¹ - سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 453.

² - مصطفى سلامة، المرجع السابق، ص 54.

³ - مصطفى سلامة، قواعد الجات الاتفاق العام للتعريفات الجمركية و التجارية "منظمة التجارة العالمية الإغراق، الحماية، الاستثمار، التكتلات الإقليمية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، 1998، ص 62.

⁴ - عبد القادر فتحي لاشين، الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات GATS وعلاقتها بقطاع النقل في الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، بحوث ودراسات، جمهورية مصر العربية، العدد 393، (د،س،ط)، ص 54.

الفرع الأول: تشكيل جهاز تقييم السياسات التجارية (OEPC¹):

إن تأسيس جهاز استعراض السياسات التجارية يعد آخر جهاز في المنظمة العالمية للتجارة. فإنه في ظل "جات" 1947 كانت اجتماعات الأطراف المتعاقدة تمثل نوعاً من الاستعراض العام للسياسة التجارية للدول الأعضاء، غير أن هذه الاجتماعات لم يكن هناك من إطار تنظيمي محدد يحكمها، ويحدد الهدف منها و أسلوب ممارستها².

مما أدى إلى التنصيب في الملحق 3 من اتفاقية مراكش لعام 1994، على إنشاء آلية لتقييم السياسات التجارية، ففي هذا الإطار فقد أنشأت المنظمة جهازاً دائماً لتقييم السياسة التجارية بعد أن كانت آلية مؤقتة في عام 1995³، وأن هذا الجهاز أصبحت له أهمية سواء بالنسبة إلى الهدف من تأسيسه، والمبدأ الذي يحكم عمله، وأسس مباشرته لاختصاصاته.

فعملية تقييم السياسات التجارية يتولاها المجلس العام بصفته هيئة تقييم هذه السياسات التجارية، إذ تنص المادة الرابعة فقرة 4 من اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية على ما يلي: "ينعقد المجلس العام - حسبما يكون ذلك مناسباً- للاضطلاع بمسؤوليات جهاز مراجعة السياسة التجارية المشار إليها في آلية مراجعة السياسة التجارية، ولجهاز مراجعة السياسة التجارية، أن يعين لنفسه رئيساً، وأن يضع قواعد إجراءاته حسبما تقتضي الضرورة للنهوض بالمسؤوليات المذكورة".

من خلال هذا النص، فإن المجلس العام لمنظمة التجارة العالمية بصفته جهاز تقييم السياسة التجارية يقوم بتطبيق هذه الآلية، كما يقوم أيضاً باكتسابه هذه الصفة (جهاز تقييم السياسة التجارية) بتعيين رئيساً له لمدة سنة واحدة غير قابلة للتجديد، إذ يعين هذا الرئيس من بين ممثلي الدول الأعضاء في المنظمة، وهذا في بداية أول اجتماع للهيئة من كل عام، ويتحدد برنامج المراجعة للعام الكامل في منتصف السنة السابقة ويساعد الهيئة في مهامها قسم تقييم السياسات التجارية في السكرتارية وله مدير ويعمل به 16 اقتصادياً يساندهم 11 موظفاً آخرين⁴.

كما أن للمجلس العام أن يضع القواعد والإجراءات التي يراها ضرورية للنهوض بالمسؤوليات التي سوف يقوم بها في مجال تقييم السياسة التجارية حسبما تضمنته وثيقة آلية تقييم السياسة التجارية⁵.

وأخيراً، لهذا الجهاز اختصاصات وأسس من أجل مباشرة تقييم السياسات التجارية.

الفرع الثاني: اختصاصات وأسس مباشرة جهاز تقييم السياسات التجارية:

إن جهاز تقييم السياسات التجارية يقوم بتقييم السياسات التجارية للدول الأعضاء في المنظمة العالمية للتجارة، فلهذا الجهاز اختصاصات معينة والتي سنتطرق إليها.

¹ - Organe d'examen des politiques commerciales.

² - مصطفى سلامة، المرجع السابق، ص 61.

³ - عبد المطلب عبد الحميد، الجات وآليات منظمة التجارة العالمية من أوروغواي لسيتال وحتى الدوحة، دار الجامعة، مصر، 2005، ص 236.

⁴ - تمام الغول، الاطار المؤسسي لمنظمة التجارة العالمية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، عمل المؤتمرات، الجمهورية اليمنية، 2009، ص 30.

⁵ - Mécanisme d'examen des politiques commerciales ; Annexe 3, p. 139.

أولاً: اختصاصات جهاز تقييم السياسات التجارية :

إن اختصاصات جهاز تقييم السياسات التجارية تتحدد فيما يلي :

- 1- مناقشة السياسات والممارسات التجارية للعضو التي يجري تقييمها وفق آلية الاستعراض بما لا يخرج عن إطار الغايات الواردة في الفقرة ألف من ملحق آلية الاستعراض والمتفق عليها بواسطة أعضاء المنظمة¹.
 - 2- لكل سنة من السنوات يتم وضع خطة أساسية لسير المراجعات بالتشاور مع الأعضاء المعينين مباشرة، ويتم كذلك مناقشة تقاريرهم بشأن المستجدات، وكذلك الإحاطة بها علماً².
 - 3- إن عمل آلية استعراض السياسات التجارية يتم تقييمها بعد فترة لا تزيد عن خمس سنوات من تاريخ نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية، ويتم تقديم نتائج التقييم إلى المؤتمر الوزاري، الذي له الحق في إجراء تقييمات لاحقة على فترات يتم تحديدها من قبله³.
 - 4- إعداد عرض شامل لتطورات البيئة التجارية الدولية ذات التأثير على نظام التجارة المتعدد الأطراف⁴.
- ثانياً: أسس مباشرة الجهاز لاختصاصاته :

إن تحريك إجراءات استعراض السياسات التجارية يكون إما من خلال الدول ذاتها، أو من خلال أمانة المنظمة العالمية للتجارة.

أ- الدول: يجب على الدول تقديم تقرير كامل للجهاز، وهو ما نصت عليه الفقرة جيم 5 (أ) من الملحق رقم 3 من اتفاقية مراكش. كما حدد الملحق في الفقرة جيم (2) عدة تفصيلات تتعلق بكل من الدول، الكيانات التجارية، ومواعيد الفحص بالنسبة لها⁵.

ب- الأمانة: تعد أمانة المنظمة العالمية للتجارة تقرير على مسؤوليتها وهذا استناداً إلى المعلومات المتاحة لها وكذلك تلك المعلومات التي يقدمها العضو المعني أو الأعضاء المعنيين، وتلتزم الأمانة من العضو المعني أو الأعضاء المعنيين توضيحات بشأن سياساتها وممارستها التجارية⁶.

كما أن الملحق يشير إلى قيام الجهاز بوضع نموذج لما يجب أن يتضمنه التقرير محل الفحص من مشتملات⁷. إضافة إلى ذلك، منح أهمية خاصة لما يتعلق بكل من مسائل ميزان المدفوعات وتجارة الخدمات طبقاً للفقرة هاء من الملحق⁸.

¹ - الفقرة جيم / 3 من الملحق 3.

² - الفقرة جيم / 4 من الملحق 3.

³ - الفقرة "واو" من الملحق 3.

⁴ - محمد عبيد محمد محمود، المرجع السابق، ص 509.

⁵ - مصطفى سلامة، المرجع السابق، ص 54.

⁶ - الفقرة جيم / 5 ب من الملحق 3.

⁷ - الفقرة دال من الملحق 3.

⁸ - مصطفى سلامة، نفس المرجع، ص 55.

وللاشارة أن المنظمة العالمية للتجارة، لها جهاز آخر مهمته تسوية المنازعات، لذا فمن الضروري، إعطاء نبذة وجيزة عن الفاصل ما بين آلية تقييم السياسات التجارية وآلية تسوية المنازعات.

الفرع الثالث: الفاصل ما بين آلية تقييم السياسات التجارية و آلية تسوية المنازعات.

إن نظام تسوية المنازعات وآلية تقييم السياسات التجارية هما آليتين على حدة، إذ أن لكل واحدة أهدافها الخاصة، ومهامها ونتائجها.

فتسوية المنازعات هو نظام شبه قضائي يبدأ بمجرد ظهور نزاع. فإنه يشبه محكمة التحكيم، ومختص لحل النزاعات المتعلقة بمخالفة قواعد منظمة العالمية للتجارة، أضف إلى ذلك، فإن هذا النظام لا يوقع عقوبات جماعية. كما أن الدبلوماسية تتدخل دائما في أي وقت لحل أي نزاع بالتراضي.

أما فيما يخص آلية تقييم السياسات التجارية فهي تضمن الشفافية والانضباط للأعضاء، كما أنها تقوم بتقدير سلوك كل الأعضاء بالنسبة لالتزاماتهم.

فضلا عن ذلك، فالمرقبة والتقارير الدورية هي نظام معروف في القانون الدولي. من الناحية المادية، آلية تقييم السياسات التجارية تستطيع أيضا أن تمنع من حدوث مستقبلا نزاعات، وكذا تساعد على تسهيل السير الحسن للنظام التجاري متعدد الأطراف.

زيادة عن ذلك، آلية تقييم السياسات التجارية هي نظام دائم لمنظمة العالمية للتجارة تدير حسب المواعيد القصيرة والمحددة مسبقا، وتحترم الدوريات من أجل القيام بهذه التقييمات، هذا لا نجده في نظام تسوية المنازعات التي تعمل سوى عند الحاجة أو الضرورة¹.

على أي حال، فإن الآليتين وجودهما أدى إلى فعالية واحترام قواعد منظمة العالمية للتجارة، وبالتالي فإن الآليتين تكملا بعضهما البعض، وذلك حسب إمكانياتها الخاصة. إذ تعتبر آلية تقييم السياسات التجارية صفاة إنذار لكل الدول لتجنب أي نزاع محتمل مستقبلا.

وفي الأخير، يمكن القول أن آلية تقييم السياسات التجارية تعتبر تمرينا للشفافية والفهم الذي تبنى عليه المبادئ الاقتصادية وكذلك أهداف منظمة العالمية للتجارة الواسعة. وعليه، فإن تقييم السياسات التجارية:

- ليس المقصود منها تقييم مستوى التزام الأعضاء بالقواعد المحددة في منظمة العالمية للتجارة.
- لا يمكن لآلية تقييم السياسات التجارية أن تستخدم كأساس لإجراءات تسوية المنازعات.
- إن هذه الآلية لا تفرض على الأعضاء الخاضعين للتقييم الالتزام بسياسة جديدة².

¹ - KOLOKYTHA Angeliki, op.cit., p. 44.

² - معهد التدريب، منظمة التجارة العالمية "مراجعة السياسات التجارية"، شركة أبو غزالة للترجمة والتوزيع والنشر، www.tagi.com، ص4.

المبحث الثاني: التقييم الفعلي للدول الأعضاء.

إن انضمام الدول إلى المنظمة العالمية للتجارة، يتيح الفرصة لجميع الأعضاء من أجل الاستفادة من الفرص التجارية المتاحة ضمن نظام تجاري متعدد الأطراف، يتمتع بسياسات وإجراءات شفافة.

ومن أجل تعزيز شفافية هذه السياسات الخاصة بالأعضاء وإفساح المجال لجميع الأعضاء من أجل الاطلاع عليها ومناقشتها يخضع جميع أعضاء المنظمة العالمية للتجارة لتقييم السياسات التجارية بإتباع مجموعة من الإجراءات، وإن اختلفت المدة الزمنية بين مراجعة وأخرى لبعض الدول.

فمنذ إنشاء المنظمة العالمية للتجارة في عام 1995 وحتى 2008/12/16 جر 252 تقييم، كانت حصة البلاد العربية منها 12 تقييم، حيث شملت مصر، المغرب والبحرين تم التقييم مرتين لكل بلد، أما بالنسبة لتونس، وقطر، وجيبوتي، والإمارات العربية المتحدة، وعمان وكذلك الأردن، تمت عملية التقييم مرة لكل بلد¹. وعليه، يمكن أن نتساءل عن الإجراءات المتبعة من أجل تقييم السياسات التجارية، الفوائد المستنتجة من تقييم هذه السياسات.

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة في آلية تقييم السياسات التجارية:

إن إجراءات تقييم السياسات التجارية تتم من قبل جهاز استعراض السياسات التجارية، وتتم بصفة دورية وذلك حسب نصيب البلد العضو في المنظمة العالمية للتجارة.

ويؤسس تقييم السياسات التجارية للدول على التقرير التي يقدمها العضو المعني أو الأعضاء المعنيين بالتقييم، حيث يتعين على كل عضو تحقيقاً لأكبر درجة ممكنة من الشفافية، أن يتقدم بتقارير تتضمن وصفاً للسياسات التجارية. وتكون هذه التقارير حسب نموذج معتمد من المنظمة، وكذلك تقرير تعده المنظمة على مسؤوليتها بناء على المعلومات المتوفرة لديها، مع إرسال التقرير إلى المؤتمر الوزاري من أجل الإحاطة به².

وعليه، سنتناول التطرق إلى كل من مبدأ الشفافية وإجراءات استعراض السياسات التجارية وممارسة آلية تقييم السياسات التجارية.

الفرع الأول: مبدأ الشفافية:

تعتمد المنظمة العالمية للتجارة من أجل تقييم سياساتها التجارية على مبدأ هام وهو مبدأ الشفافية، وهذا من أجل تحقيق آلية التواصل بين دول الأعضاء، ومن هنا تعمل على تقييم التشريعات الوطنية واللوائح وذلك بإتباعها مجموعة من الإجراءات.

فمبدأ الشفافية يقوم على التعريف الجمركية بحيث تكون شفافة ويمكن التنبؤ بها، ويكون هذا في نطاق التجارة في السلع، ونشر جميع القوانين والأنظمة لضمان حصول الأعضاء على معرفة كاملة بهذه النظم واللوائح هذا في نطاق التجارة في الخدمات³.

فمبدأ الشفافية يتم تحقيقه الآن أيضاً عن طريق ما يعرف بآلية تقييم السياسات التجارية التي تخضع لها الدول الأعضاء في المنظمة، فيتم الاطلاع لأي بلد عضو في المنظمة العالمية للتجارة بشكل دوري على السياسات

¹ - تمام الغول، المرجع السابق، ص 30.

² - الموقع <http://www.wto.org>

³ - العراق ومنظمة التجارة العالمية، قسم WTO، دائرة العلاقات الاقتصادية الخارجية، 2009، ص 5.

التجارية من أجل التعرف على مدى انسجامها مع التزاماته التي وردت في الاتفاقيات متعددة الأطراف. وإلى جانب ذلك تتم دراسة تأثير هذه السياسات على اقتصاديات الدول الأعضاء في المنظمة العالمية للتجارة.

قبل التطرق إلى إجراءات التقييم لا بد أن نبين أن هناك آلية تواصل بين الدول الأعضاء، وأن هناك شفافية محلية، وأخيراً سنتحدث عن تقييم التشريعات الوطنية واللوائح.

أ- إيجاد آلية تواصل بين الدول الأعضاء

إن الشفافية تلعب دوراً مهماً خاصة مع تعدد التشريعات وتنوع القطاعات التجارية في عملية تسهيل المعاملات التجارية بين الدول، لذلك فابتداءً من سنة 1994، أصبحت "الجات" تنادي بالشفافية في جميع الاتفاقيات المعدلة أو الجديدة¹، واعتبرتها عنصراً أساسياً² المكونة لأي اتفاق.

كما أن المنظمة العالمية للتجارة فرضت على كل عضو بإخطار الأعضاء الآخرين بالتشريعات التجارية والأنظمة والأحكام وخاصة منها المأثرة على شؤون التجارة الدولية³.

كما أن الاتفاقية الخاصة بتقييم السياسات التجارية، تلعب في المجال بشكل دوري دوراً مهماً، فهي تتيح للدول الأعضاء فرصة الاطلاع على النظام التجاري لكل دولة على حدة، وكذلك مناقشة جميع جوانبه مع إبراز النواحي التي قد تتعارض مع الالتزامات والتي تقوم بفرضها اتفاقيات المنظمة.

بالإضافة إلى أن وجود تشريعات قانونية ثابتة وعادلة ضرورية من أجل قيام مشاريع تجارية ضخمة عبر الحدود، فيتطلب الاستثمار العالمي الثبات والاستقرار⁴، إذ تقوم المنظمة بتأمين ذلك. فمثلاً تحاول المنظمة إيجاد سقف للتعريف الجمركية، وهذا من خلال إلزام الدول الأعضاء بقواعد معينة، هذه الأخيرة تكون معروفة للجميع.

ب- الشفافية المحلية :

إن نشر المعلومات الوافية عن السياسات التجارية المحلية، أو تسهيل الاطلاع على التنظيمات واللوائح التجارية الداخلية، يتيح مستويات عالية من المعرفة للشركاء التجاريين وراغبي التمويل والاستثمار تعينهم على اتخاذ قراراتهم بالإقدام على التعامل التجاري مع الطرف المعني أو الإحجام عنه. وفي كلتا الحالتين، فإن تأثيراً مباشراً بالسلب أو الإيجاب سيكون من نصيب النظام التجاري الدولي متعدد الأطراف⁵.

ومن أجل تفادي الخسارة المؤكدة من جراء كبت أو كتمان المعرفة بوضع عراقيل في وجه الشفافية، فقد أكد أعضاء المنظمة العالمية للتجارة في الفقرة (باء) من الملحق 3 فيما يخص آلية استعراض السياسات التجارية، بالأهمية الراسخة للشفافية المحلية في اتخاذ القرارات الحكومية، سواء بالنسبة لاقتصاديات الأعضاء أو للنظام التجاري المتعدد الأطراف، وهذا في الأمور المتعلقة بالسياسات التجارية، وتتفق كذلك في نظمها على تشجيع وتعزيز هذه الشفافية،

¹ - Franck VIOLET, « la norme technique une entrave au commerce international », in OSMAN Filali, L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce, actes et débats, Lyon, 2 mars 2001, Editions Emile BRUYANT, Belgique, 2001, p. 208.

² - Doa Abdel MOTAAL, L'accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce, in OSMAN Filali, Ibid, p. 230.

³ - محمد صفوت قابل، منظمة التجارة العالمية وتحرير التجارة الدولية، الدار الجامعية، السكندرية، 2009/2008، ص 72.

⁴ - Divight H.PERKINS, Steven RADELET et David L.LINDAUER, Economie et développement, 3^e édition, Editions De Boeck Université, Belgique, 2008, p. 493. et Organisation de Coopération et de Développement économiques, Cadre d'action pour l'investissement, Panorama des bonnes pratiques, Editions OCDE, France, 2006, p. 268.

⁵ - محمد عبيد محمد محمود، المرجع السابق، ص 507.

كما تقر بأن يؤخذ بعين الاعتبار النظم القانونية والسياسية لكل عضو من الأعضاء، وتقر أيضا بأن تنفيذ الشفافية المحلية لا بد أن يكون على أساس اختياري.

ج- دور آلية تقييم السياسات التجارية في النظام الاقتصادي العالمي الجديد :

إن آلية تقييم السياسات التجارية تنبئ بتزايد دور منظمة التجارة العالمية في النظام الاقتصادي العالمي الجديد¹ من جهة، وتكفل حق مراجعة السياسات التجارية للدول الأعضاء، وكذلك متابعة التزامها بمقتضى مبادئ وأحكام اتفاقيات أوروغواي من خلال تقديم وإتاحة الفرصة من جهة أخرى. الهدف من كل ذلك هو تعميم هذه المراجعات لكافة الأعضاء للدخول مع بعضهم البعض في مشاورات ومفاوضات من أجل تحقيق التجانس في السياسات، واحترام القواعد والالتزامات المحددة أو المنصوص عليها في الاتفاقيات التجارية المتعددة الأطراف²، وكذلك ضمان المصالح المتبادلة عملاً بمبدأ الشفافية الذي يقضي بأن الرسوم الجمركية تعتبر شكلاً للحماية الوحيد الذي تسمح به منظمة العالمية للتجارة لحماية الصناعة الوطنية من المنافسة الأجنبية³.

كما أنه تمنع الإجراءات والقيود الكمية ومثل ذلك حظر الاسترداد، تقييد الكميات المستوردة هذا فيما يعرف بنظام الحصص. كما أن الاتفاقية في إطار مبدأ الشفافية بين دول الأعضاء تنص على تبادل التنازلات الجمركية، وتشمل كذلك "الإعفاء الجمركي الكامل أو خفض شرائح التعريفات الجمركية أو تثبيت هذه الشرائح عند حد أقصى لا يجوز زيادته"⁴.

بالإضافة إلى ذلك، يطبق مبدأ الشفافية الذي تهتم به آلية تقييم السياسات التجارية على تجارة الخدمات.

ومما تقدم يلاحظ أن بمقتضى هذه الآليات المختلفة للمنظمة العالمية للتجارة تتولى القيام بالدور الرئيسي في إدارة السياسات التجارية الدولية، إذ "تسهل المفاوضات التجارية مستقبلاً وذلك من أجل الوصول إلى ليبرالية"⁵ اقتصادية حقيقية. كما أنها تؤثر في توجيهاتها وكذلك في مستقبلها وهذا بصورة تفوق صلاحيتها لتلك الممنوحة لكل من صندوق النقد الدولي وأيضاً البنك الدوليين، حيث لا تسفر عضوية الدول في هاتين المنظمتين عن أي التزام تلقائي بسياسات محددة بينما يعني الانضمام لمنظمة التجارة العالمية الالتزام تلقائياً بكافة مبادئها وأهدافها وأحكام جميع اتفاقياتها وآلياتها دون استثناء أو شروط، ودون أن يكون لأي عضو الحق في التحفظ على أي من أحكام هذه الاتفاقيات دون الحصول على موافقة سائر أعضاء المنظمة⁶.

¹ - عبد المطلب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 237.

² - Etienne FARVAQUE, Gael LAGADEC, Intégration économique européenne, problèmes et analyses, Editions De Bœck Université, Belgique, 2002, p. 83.

³ - عبد المطلب عبد الحميد، نفس المرجع، ص 237.

⁴ - عبد المطلب عبد الحميد، نفس المرجع، ص 237.

⁵ - Organisation de Coopération et de Développement Economiques, Commerce des services, questions et enjeux des négociations, Editions OCDE, 2001, France, p. 106.

⁶ - عبد المطلب عبد الحميد، نفس المرجع، ص 238.

د- تقييم التشريعات الوطنية واللوائح :

إن تقييم السياسات التجارية يهدف إلى فهم تأثيرها¹، وينطوي على مراجعة التشريعات الوطنية واللوائح والإجراءات التي تنظمها في السلع أو الخدمات على حد سواء، وهذا يعني امتداد ولاية منظمة العالمية للتجارة على التشريعات الوطنية ذات الصلة بالتجارة²، ففي هذه الحالة يثار تساؤل هام جدا وهذا في مجال آلية تقييم السياسات التجارية للدول الأعضاء حول معرفة ما هي قدرة المنظمة العالمية للتجارة من أجل التأثير على السياسات التجارية سواء بالنسبة للدول النامية أو الدول المتقدمة، وللإجابة على هذا السؤال يمكن التطرق في هذا المجال إلى بعض الملاحظات الهامة :

- 1- هناك عدة إمكانيات تراعيها آلية تقييم السياسات التجارية من أجل حماية الصناعات المحلية من الواردات المحلية، وهذا ليس فقط اعتمادا على التعريفات الجمركية، إنما أيضا من خلال ما يعرف بالإجراءات الوقائية. فهذه الأخيرة تجيز لأي دولة من دول أعضاء المنظمة العالمية للتجارة باتخاذ إجراءات حمائية³.
- 2- إن آلية تقييم السياسات التجارية يراعى عند التعامل معها على أنه يجب على كل دولة عضو أن تتخذ الإجراءات الضرورية من أجل حماية الأخلاق العامة أو حماية الصحة العامة أو حياة الإنسان والحيوان والنبات أو لحماية التراث الوطني أو الآثار التاريخية أو للحفاظ على الموارد الطبيعية⁴.
- بالإضافة إلى ذلك، تراعى أيضا في آلية تقييم السياسات التجارية الاستثناءات المعروفة لمادة الإعفاءات. هذه المادة تجيز إعفاء أي دولة عضو من التزام معين موافقة ثلثي الأعضاء وبشرط أن يزيد عدد الموافقين على النصف، ومن أمثلة ذلك ما تتمتع به الولايات المتحدة الأمريكية من بعض الإعفاءات في مجال السياسات الزراعية⁵.
- 3- تواجه آلية تقييم السياسات التجارية دائما من قبل الدول المتقدمة ضغوطا مستمرة، كما هو ملحوظ في صناعة الأدوية من طرف الدول النامية⁶، ففي تلك الدول، فإن صناعات السياسات التجارية يصدق عليهم القول القول الخاص أنهم عندما يتحدثون فهم أصحاب مبادئ وعندما يعملون فهم أصحاب مصالح⁷.
- وفي هذا السياق، نشير إلى أن من بين الأمثلة الشهيرة نجد أن الدول الصناعية المتقدمة تتخذ ما اتفق على تسميته بالإجراءات الرمادية بهدف حماية مصالحها التجارية القومية⁸، هذا المصطلح يطلق على مجموعة من الأساليب والأساليب والترتيبات التجارية. وقد أطلق هذا الاسم على ذلك النوع من الترتيبات التي تقع ما بين المنطقة البيضاء التي تحتوي على المسموحات في اتفاقيات منظمة التجارة العالمية. كما أنها لا تقع تماما في المنطقة السوداء التي تشمل على المنوعات بمقتضى تلك الاتفاقيات، وإنما هي تقع في منطقة بين المنطقتين يتداخل فيها الأبيض مع الأسود، ولذلك سميت بالمنطقة الرمادية⁹.

¹ - Jean-christophe BOUNGOU BAZIKA et Abdellah BENSEGHIR NACIN, Repenser les économies africaines pour le développement, Editions CODESRIA, 2010, p. 182.

² - عبد المطلب عبد الحميد، نفس المرجع، ص 239.

³ - Conseil de l'Europe, assemblée parlementaire, session ordinaire de 1999, quatrième partie, 20-24 septembre 1999, volume VI, documents 8458-8497, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, p.111.

⁴ - Organisation Mondiale du Commerce, Comprendre l'OMC, Editions OMC, Suisse, 2008, p. 31.

⁵ - Marc BENITAH, Fondements juridiques du traitement des subventions dans les systèmes GATT et OMC, Librairie DROZ, Suisse et France, 1998, pp. 105-106.

⁶ - Jean Marie CROUZATIER, Droit international de la santé, Editions des archives contemporaines, France, 2009, p. 47.

⁷ - عبد المطلب عبد الحميد، نفس المرجع، ص 241.

⁸ - عبد المطلب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 241.

⁹ - Gérard Marie HENRY, A quoi sert l'Organisation mondiale du commerce ?, Editions Studyrama, 2001, p. 97.

4- إن آلية تقييم السياسات التجارية تواجه كذلك قانون التجارة الأمريكي الذي صدر في عام 1974 والمعدل في عام 1988 والذي تطرق إلى القسم 301 وتعديلاته المعروفة. يخول هذا القسم للإدارة الأمريكية من أجل فرض عقوبات ضد صادرات الدول الأخرى من طرف واحد والتي قد تتخذ إجراءات تجارية أو غير تجارية يعتبرها المشرع الأمريكي ضارة بمصلحه أو غير عادلة طبقا لمعايير لم ترد في اتفاقيات منظمة العالمية للتجارة، ولا شأن لبعضها بمبادئ حرية التجارة.

وعليه، فإن الولايات المتحدة الأمريكية قد أقامت نظاما للعقوبات التجارية يوازي كل من نظام فض المنازعات وكذلك تقييم السياسات التجارية في المنظمة العالمية للتجارة. فبموجب القانون 301 المعدل، فإن وزير التجارة الأمريكي يعد قائمة سوداء الدول التي تقوم بعرقلة الصادرات الأمريكية¹.

5- إن الدول المتقدمة لازالت تمارس سياسات الدعم بالنسبة للسلع الزراعية، أي بالنسبة للمنتجين الزراعيين، وعلى رأس هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية²، اليابان وكذلك الاتحاد الأوروبي. ويعتبر هذا الدعم استثناء، رغم أن الدول المتقدمة التزمت بتخفيضه إلا أنه بقية مرتفعا³.

6- إن الدول النامية لا زالت تعاني من استمرار إغلاق أسواقها أمام الكثير من صادراتها من طرف الدول الصناعية المتقدمة. وبالتالي فإن ذلك يعتبر تحدي آخر تواجهه آلية تقييم السياسات التجارية⁴. هذه التحليلات السابقة يبدو أنها تشير إلى أن آلية تقييم السياسات التجارية ستواجه مشكلات عديدة، وكذلك القضايا التي يبدو أنها لفترة ليست قصيرة ستظل قائمة، بالإضافة إلى ذلك فإنها تحتاج إلى المزيد من الجهد، كذلك إلى المفاوضات الشاقة وهذا من أجل الوصول إلى أوضاع أفضل خاصة في مجال تحرير التجارة العالمية. كما أنه تتم آلية تقييم السياسات التجارية للدول دون أن يترتب على هذا التقييم آثار قانونية، فهو تقييم عام غير ملزم وفيه تتاح الفرصة للدول لشرح سياساتها التجارية والسياسات المالية والنقدية والإنتاجية التي تؤثر على التجارة الدولية⁵.

وبعد تطرقنا إلى مبدأ الشفافية والدور الذي تلعبه في تقييم السياسات التجارية، سنحاول أن نبين إجراءات تقييم هذه السياسات.

الفرع الثاني: إجراءات استعراض السياسات التجارية:

إن استعراض السياسات التجارية تتم وفق مجموعة من الإجراءات، إذ تتمثل في إجراءات التقييم وتقديم التقارير، العلاقة مع أحكام ميزان المدفوعات وتقييم الآلية، الغرض الشامل للتطورات في البيئة التجارية الدولية.

أ- إجراءات التقييم و تقديم التقارير.

إن تقييم السياسات التجارية تقوم بإتباع مجموعة من الإجراءات، وهي:

1- إجراءات التقييم.

إن هذه الإجراءات تتمثل في ما يلي:

¹ - Alain VEZINA, Godzilla MD : Une métaphore du Japon d'après guerre, Editions L'Harmattan, 2009, p. 67.

² - Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture, Examen des politiques céréalières 1991-1992, Edition FAO, Italie 1992, p.28.

³ - TRAN THI Thuyduong, Aspects juridiques de la participation des Etats de l'ASEAN à l'OMC, Editions L'Harmattan, France, 2008, p. 127.

⁴ - عبد المطلب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 244.

⁵ - عبد المطلب عبد الحميد، نفس المرجع، ص 244.

- إن جميع أعضاء المنظمة العالمية للتجارة تخضع سياساتهم وممارساتهم التجارية للاستعراض الدوري، بالإضافة إلى ذلك فإن مدى تأثير الأعضاء المختلفين على عمل نظام التجارة الدولي المتعدد الأطراف هو العامل المحدد في تحديد التكرار الدوري لهذه الاستعراضات، ويكون ذلك من خلال تقدير حصتها من التجارة العالمية وهذا في فترة نموذجية قريبة.
- إن الأهداف المحددة في الفقرة "ألف" تحكم المناقشات في اجتماعات جهاز استعراض السياسة التجارية، هذه المناقشات تركز على السياسات والممارسات التجارية للعضو التي يجري تقييمها وفق آلية الاستعراض.
- إن جهاز استعراض السياسات التجارية يضع خطة أساسية وهذا من أجل سير الاستعراضات، وله الحق في أن يناقش تقارير الأعضاء عن المستجدات وكذلك الإحاطة بها علماً، كما أن الجهاز يضع برنامجاً للاستعراضات بالتشاور مع الأعضاء المعنيين مباشرة لكل سنة من السنوات. ولرئيس جهاز تقييم السياسات التجارية أن يختار مناقشين من أجل تقديم مواضيع النقاش بصفتهم الشخصية في الجهاز وهذا بالتشاور مع العضو المستعرض أو الأعضاء المستعرضين.
- إن جهاز استعراض السياسات التجارية يبنى عمله على الوثائق التالية :
- أ- تقرير كامل ومفصل مقدم من العضو المستعرض أو الأعضاء المستعرضين أو التكتلات التجارية محل تقييم لجهاز تقييم السياسات التجارية، يتضمن الإجراءات اللازمة حتى تكون منسجمة مع النظام التجاري متعدد الأطراف، كما يتضمن أيضاً وصف السياسات والممارسات التجارية المتبعة من العضو المعني أو الأعضاء المعنيين استناداً إلى نموذج متفق عليه يقرره الجهاز، وترفق به إحصائيات حديثة تبين التطورات التجارية للطرف المراجع، وتقدم أمانة منظمة التجارة العالمية المساعدة الفنية للأعضاء من البلدان النامية والأقل نمواً بصدد إعداد تقريرها¹.
- ب- إن الأمانة العامة للمنظمة العالمية للتجارة تعد تقريراً على مسؤوليتها وهذا استناداً إلى المعلومات المتاحة لها عن تلك التي يقدمها العضو المعني أو الأعضاء المعنيين. وكذلك تلتزم الأمانة بتوضيحات بشأن سياساتها وممارساتها التجارية من العضو المعني أو الأعضاء المعنيين. كما أنها تشير للمشاكل الموجودة في عملية الإصلاح القانوني وأيضاً كذلك في التقدم الملحوظ في مواد قانون الملكية²، وهذا ما قامت به منظمة العالمية للتجارة من خلال تقييم السياسات التجارية للصين³.
- ويقوم قسم تقييم السياسات التجارية، بتحضير تقرير مفصل بشكل واسع في سكرتارية المنظمة، كما يقوم بتغطية السياسات التجارية وممارستها، ومؤسسات اتخاذ القرار ذات الصلة، وحالة الاقتصاد الكلي للبلد المعني⁴.
- فأغلب تقارير الأمانة يتم إعدادها باعتماد صيغة معينة، إذ تتضمن هذه الصيغة ملاحظات تلخيصية، كما تتضمن أربعة فصول تتمثل في: البيئة الاقتصادية، الجوانب المؤسسية في صياغة السياسة التجارية والاستثمارية، السياسات والممارسات التجارية حسب الإجراءات والتي تقوم بتغطية كافة أنواع الإجراءات، السياسات والممارسات حسب القطاع.

¹ - الفقرة جيم/5 و الفقرة دال من الملحق 3.

² - BIN Li, Entre droit humain et droit du commerce, La protection de la propriété en Chine, Tome 2, Editions L'Harmattan, 2011, France, pp. 180-181.

³ - OMC, Examen des politiques commerciales, Rapport de la République Populaire de Chine, WT/TPR/S161/Rev.1, 26 juin 2006.

⁴ - تمام الغول، المرجع السابق، ص 30.

وتجدر الإشارة، إلى أن معدي التقرير يمكنهم زيارة البلد المعني من أجل إجراء مقابلات واستفسار عن تفاصيل عديدة. إن جلسات تقييم السياسات التجارية تختم بملاحظات نهائية من رئيس الهيئة حول كل ما دار من استعراض للتقارير، وكذلك الأسئلة من الأعضاء، والإجابة عليها وهي تقريبا عبارة عن ملخص لوقائع الجلسة.

إن هذه الوثائق الثلاث تصبح ما يعرف بتقرير تقييم السياسات التجارية.

- ينشر فوراً بعد انتهاء إجراءات الاستعراض تقرير العضو محل الاستعراض وتقرير أمانة المنظمة، إضافة إلى ذلك محضر اجتماع جهاز التقييم، وهذا عقب انتهاء المراجعة مباشرة أي بعد فترة وجيزة من الانتهاء من عملية التقييم، وترسل هذه الوثائق إلى المؤتمر الوزاري للإحاطة والعلم بما جاء فيها¹، ولا يقرب جهاز التقييم تقريره المرفوع إلى المجلس الوزاري بتوصيات معينة، ولا يقوم بإصدار أي حكم، بل إن عمله يقتصر على عرض المعلومات بحيادية وتجرد².

2- تقديم التقارير :

كل عضو يقدم إلى جهاز استعراض السياسة التجارية تقارير منتظمة، وهذا من أجل تحقيق أقصى درجة ممكنة من الشفافية. إن هذا التقرير يتضمن "وصف السياسات والممارسات التجارية التي يتبعها العضو المعني أو الأعضاء المعنيين، استناداً إلى نموذج متفق عليه يقره الجهاز"³.

فمبدئياً هذا النموذج يستند إلى نموذج الخطوط العريضة لتقارير البلدان الذي وضع بموجب القرار المؤرخ في 19 يوليو 1989 بعد تعديله حسب الاقتضاء هذا من أجل توسيع نطاق التقارير، إذ تشمل جميع جوانب السياسات التجارية التي تشملها في الملحق 1 الاتفاقات التجارية المتعددة الأطراف، وكذلك الاتفاقات التجارية عديدة الأطراف في حالة تطبيقها، ويجوز للجهاز في ضوء التجربة تنقيح النموذج.

كما أن أعضاء المنظمة العالمية للتجارة يقدمون تقارير موجزة حينما تطرأ تغييرات هامة على سياساتها التجارية و يتم ذلك بين الاستعراضات، وتقدم معلومات إحصائية سنوية حديثة وفق النموذج المعتمد. و تراعى على وجه الخصوص الصعوبات التي تواجهها الأعضاء من البلدان الأقل نمواً في إعداد تقاريرها⁴.

وتوفر الأمانة المساعدة الفنية لمن يطلبها من الأعضاء من البلدان النامية، وخاصة للأعضاء من البلدان الأقل نمواً⁵. كما ينبغي للأمانة تنسيق المعلومات الواردة في التقارير وهذا إلى أبعد حد ممكن، إضافة إلى الإخطارات المقدمة بموجب أحكام الاتفاقات التجارية المتعددة الأطراف والاتفاقات التجارية عديدة الأطراف عند تطبيقها.

ب- العلاقة مع أحكام ميزان المدفوعات و تقييم الآلية :

إن أعضاء المنظمة العالمية للتجارة يعترفون بالحاجة إلى تخفيف الأعباء على الحكومات التي تخضع أيضاً بموجب أحكام ميزان المدفوعات في اتفاقية "الجات" 1994 لمشاورات كاملة، وكذلك للاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات.

¹ - عبد الملك عبد الرحمن مطهر، المرجع السابق، ص 493، 494.

² - محمد عبده محمد محمود، المرجع السابق، ص 511.

³ - سمير محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 455.

⁴ - سمير محمد عبد العزيز، نفس المرجع، ص 456.

⁵ - عبد الملك عبد الرحمن مطهر، المرجع السابق، ص 494.

ومن أجل هذه الغاية فإن رئيس لجنة قيود ميزان المدفوعات يقوم بوضع ترتيبات إدارية، وهذا من أجل التنسيق بين التابع الطبيعي لاستعراضات السياسة التجارية والجدول الزمني للمشاورات بشأن ميزان المدفوعات، دون تأجيل استعراض السياسة التجارية لأكثر من 12 شهرا.

كما أن جهاز استعراض السياسة التجارية يجري تقييمه لعمل آلية استعراض السياسات التجارية في فترة لا يزيد عن خمس سنوات من تاريخ نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية أول يناير 1995¹.

ومن ثم، فإن نتائج التقييم تقدم إلى المؤتمر الوزاري، كما أن للجهاز لاحقا أن يجري تقييمات لآلية استعراض السياسة التجارية بصورة دورية وعلى فترات يقوم بتحديدها الجهاز، أو بناء على طلب المؤتمر الوزاري.

ج- العرض الشامل للتطورات في البيئة التجارية الدولية :

إن جهاز استعراض السياسة التجارية يقوم أيضا بإعداد عرض شامل لتطورات البيئة التجارية الدولية، والتي لها تأثير على نظام التجارة المتعددة الأطراف. هذا العرض يكون مصحوبا من المدير العام بتقرير سنوي يدرج به الأنشطة الرئيسية للمنظمة العالمية للتجارة، وكذلك إبراز مسائل السياسات المهمة التي تؤثر على النظام التجاري.

وأخيرا، فمن الضروري تقديم تعليق ولو وجيز يتعلق بما سرد حول مسألة الشفافية والإجراءات المتبعة لاستعراض السياسات التجارية، فالشفافية هي مبدأ أساسي وجوهري، تعتمد عليه آلية تقييم السياسات التجارية من أجل نشر القوانين المتعلقة بالتجارة الدولية، حتى يتسنى لكل راغب الحصول على المعلومات والدخول إلى أسواق الغير، كما أنها، تهدف إلى وضع اتفاق لتوحيد القوانين التي تمنع الدول المتقدمة على الهيمنة على الدول المتخلفة أو الدول النامية.

الفرع الثالث : تكرر تقييم السياسات التجارية للدول أعضاء المنظمة العالمية للتجارة :

إن تقييم السياسات التجارية للدول الأعضاء يتكرر وذلك حسب الدول، حيث يجري تقييم دوري للسياسات التجارية.

ومن ثم، سنتحدث عن دورات التقييم، دورات المراجعة للأعضاء، إرشادات لمراجعة ناجحة، الاختلافات في دورات التقييم.

¹ - عبد المطلب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 237.

أولا: دورات التقييم:

إن تكرار تقييم السياسات التجارية لعضو معين يكون مرتبط بحجم تأثيره في النظام التجاري المتعدد الأطراف. كما يتم تحديد حصة العضو في التجارة العالمية سواء بالنسبة للبضائع والخدمات. وعليه، فإن فترة التقييم الدوري يختلف حسب قوة الكيانات الاقتصادية والبلدان الأعضاء في المنظمة وحجم مشاركتها في التجارة العالمية¹.

وعلى هذا الأساس، فإن أعضاء منظمة العالمية للتجارة يخضعون لتقييم سياساتهم التجارية بموجب واحدة من ضمن ثلاث دورات مختلفة والتي تتمثل فيما يلي:

- كل عامين بالنسبة لأكبر المنشآت التجارية.
- تخضع الكيانات التي تليها وهي 16 حيث تستعرض مرة كل أربع سنوات وهذا حسب ترتيب حجم نصيبها في التجارة العالمية²، في الأخير، بالنسبة للأعضاء الأخرى يتم استعراض سياساتها التجارية مرة كل ستة سنوات، مع جواز تحديد فترة أطول بالنسبة للأعضاء التي تعتبر من بين البلدان الأقل نمواً.
- من ثم يأتي التفاوت في المدد الزمنية المحددة لكل مجموعة من الدول وفقاً لطبيعة الظروف الاقتصادية، وكذا مدى استقرارها وأيضاً معدلات تطورها، وكذلك نظراً لطبيعة اقتصاديات الدول النامية و الأقل نمواً غير المستقرة، وهذا في ظل ما تشهده من تطورات وتعديلات عديدة ومتعاقبة تتاح فترة زمنية أطول للتقييم لإتاحة الفرصة لاستقرار السياسات الجديدة التي تطبقها هذه الدول، حتى يمكن تقييمها بشكل موضوعي³.

ثانياً: دورات التقييم للأعضاء:

بالنسبة لتكرار التقييم فيكون على أساس التدفقات التجارية أي مرتبة حسب الترتيب التنافسي للتجارة و المتمثلة في:

- دورة كل عامين: تتمثل في المجتمعات الأوروبية (الاتحاد الأوروبي)، الولايات المتحدة، اليابان و كندا.
- دورة كل أربع أعوام: و المتمثلة كما سبق ذكره في البلدان الستة عشر ذات أقل حصة في التجارة العالمية مثلاً ابتداء من سنة 2000 تتكون المجموعة من هونج كونج، الصين، كوريا، سنغافورة، المكسيك، سويسرا، ماليزيا، أستراليا، تايلاند، البرازيل، اندونيسيا، النرويج، الهند، تركيا، شمال إفريقيا، و الفلبين.
- كل ستة سنوات بالنسبة لكافة الأعضاء الآخرين في المنظمة العالمية للتجارة، و المتمثلة في معظم الاقتصاديات النامية و الانتقالية، و يمكن تمديد الفترة أطول بالنسبة للبلدان الأقل نمواً.

ثالثاً: إرشادات لتقييمات ناجحة:

إن المبادئ التي تستخدم من أجل وضع جدول المراجعات الثانية و اللاحقة تتضمن ما يلي:

- تقييم و مراجعات توضع اعتباراً من تاريخ اجتماع التقييم السابق.
- يتم تطبيق دورة التقييمات بمرونة عامة لغاية ستة أشهر.

¹ - محمد عبيد محمد محمود، المرجع السابق، ص 510.

² - موقع المنظمة العالمية للتجارة <http://www.wto.org>.

³ - عبد المطلب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 239.

- لأكثر أربع منشآت تجارية، كل تقييم ثاني يكون ذات صفة مؤقتة¹.
رابعا: الاختلافات في دورات التقييم :

إن الاختلافات في تجارة تدفقات البضائع و الخدمات قد تؤدي إلى تغيير تصنيف الأعضاء، وبالتالي تغيير دورات تقييماتهم مثل ذلك التغيرات في أسعار البضاعة.

إن هذا الأمر لا يؤثر عمليا على دورة التقييم لعضو معين، إلا أنه بالنسبة للبلدان التي شغلت رتبة أقل بالنسبة لتقييم السياسات التجارية أي التي تجرى عملية التقييم كل أربع سنوات، قد تتغير في المستقبل. بالإضافة إلى ذلك فإن انضمام كل من الصين وروسيا قد يؤثر على وضع الأعضاء القائمين في كافة دورات التقييم الثلاث².

المطلب الثاني : ممارسة آلية تقييم السياسات التجارية :

تعمل المنظمة العالمية للتجارة كمنتدى للتقييم الدوري للسياسات التجارية للدول الأعضاء، ومن هنا فإن عملية مراجعة آلية تقييم السياسات التجارية تعتمد على مجموعة من الخطوات والإجراءات. كما أن للمنظمة العالمية للتجارة هيئات مراقبة، حيث تجتمع هذه الأخيرة من أجل تقييم السياسات التجارية، إذ تعتمد على مجموعة من البيانات. وأن لهذه الآلية فوائد عديدة سواء بالنسبة لنظام التجارة متعدد الأطراف، أو بالنسبة للأعضاء الخاضعين للتقييم.

ومن هنا سنتناول كل من عملية مراجعة آلية تقييم السياسات التجارية (الفرع الأول)، هيئات المراقبة (الفرع الثاني)، فوائد تقييم السياسات التجارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : عملية مراجعة آلية تقييم السياسات التجارية :

إن مراجعة آلية تقييم السياسات التجارية، تتألف من خطوات متعددة، حيث يتم الاتفاق على توقيتها بين كل من الأمانة والبلد الخاضع للتقييم. و ما هو مهم بشكل خاص التاريخ المتفق عليه لاجتماع المراجعة³. بالإضافة إلى ذلك، فإنه يحدد إلى حد كبير وقت القيام بالخطوات الأخرى، بالنظر إلى الوقت المطلوب من أجل إكمال المهام المتنوعة، وكذلك قواعد الإجراءات التي تم الاتفاق عليها من طرف أعضاء المنظمة العالمية للتجارة.

وعليه، يمكن تحديد كل من الخطوات والإجراءات وفق التسلسل التالي:مقارنة المعلومات،زيارة العاصمة، التحضير النهائي للوثائق، تنظيم وعقد اجتماع المراجعة، ونشر الوثائق.

1- مقارنة المعلومات : إن الأمانة تقوم بتحضير استبيان قطري مفصل تتم صياغته وفقا للبنية المخطط لها التقرير، إن هذا التقرير يتم إرساله إلى السلطات الوطنية الخاصة للعضو الخاضع للتقييم، ويتاح لهذه السلطات مدة أربعة أسابيع من أجل تحضير الإجابات وتقديمها ، بما في ذلك المطبوعات الحكومية وأيضا البيانات الرسمية الأخرى متعلقة بقضايا رئيسية.

¹ - منظمة التجارة العالمية، مراجعة السياسات التجارية، المرجع السابق، ص 6.

² - منظمة التجارة العالمية، مراجعة السياسات التجارية، نفس المرجع، ص 6.

³ - منظمة التجارة العالمية، مراجعة السياسات التجارية، المرجع السابق، ص 8.

بالإضافة إلى ذلك، فانه بالنسبة لبعض التقارير يتم إرسال استبيان ثاني، وذلك قبل زيارة العاصمة كمتابعة لإجابات الحكومة على الاستبيان الأول.

2- زيارة العاصمة : إن فريق من الأمانة يقوم بزيارة البلد الخاضع للتقييم، حيث تستمر هذه الزيارة من أسبوع إلى عشرة أيام من أجل إجراء مناقشات مع كل من الوزراء الحكومية، وكذلك الوكالات المعنية الأخرى.

إن هذا الفريق يتألف بشكل عام من اثنين أو ثلاث أعضاء من قسم تقييم السياسات التجارية.

وفي العادة تجري هذه المناقشات على أساس الاستبيان أو الاستبيانات التي تم إرسالها مسبقا.

وعلى نحو تبادلي، قد تشكل مسودة تمهيدية لتقرير الأمانة أساسا تستند إليه المناقشات¹.

وفي الغالب خلال زيارة البلد الخاضع للتقييم يتشاور فريق الأمانة مع مشاريع خاصة ومعاهد بحث وليس فقط مع وكالات حكومية (غرف أصحاب المصانع، غرف التجارة... الخ).

3- تحضير الوثائق: إن الأمانة تقوم بصياغة تقريرها و تقدم تدريجيا كافة الفصول من أجل التحقق منها،

إضافة إلى ذلك فانه يمكن على نحو تبادلي انجاز هذا الأمر قبل زيارة البلد المعني بالتقييم.

وتتاح فترة أسبوعين للسلطات الوطنية من أجل التحقق من مسودات الأمانة وتقديم الملاحظات حولها، كما أنه يتم إرسال تقرير الأمانة، وكذلك بيان سياسة الحكومة من أجل القيام بترجمتها إلى اللغات الرسمية الأخرى للمنظمة العالمية للتجارة قبل أربعة أسابيع من نشرها.

وفي الأخير، يتم إعادة صياغة تقرير كل من الأمانة و بيان سياسة الحكومة، ويتم توزيعها بأربعة أسابيع قبل عقد اجتماع التقييم.

بعد أن تعرضنا إلى عملية مراجعة آلية تقييم السياسات التجارية، سنحاول أن تبين الهيئات المختصة بالمراقبة وتقييم السياسات التجارية للدول الأعضاء في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : هيئات المراقبة :

للمنظمة العالمية للتجارة هيئات مراقبة، حيث تتكون هذه الأخيرة من مجموعة من المناقشين والمراقبين، ويبلغ عدد المراقبين 31 دولة مراقبة من بين هذه الدول: الجزائر، إثيوبيا، أذربيجان، أفغانستان، أندورا، أوزبكستان، أوكرانيا، الباهاما، البسنة والهرسك، تونجا، يوغسلافيا، الرأس الأخضر، بيلاروسيا، ساموا، ساوتومي وبري نسيبي، السودان، سيشيل، صربيا والجبل الأسود، طاجيكسان، العراق، غينيا، فيتنام، فاتيكان، لبنان، ليبيا، اليمن.

أما بالنسبة للمنظمات المراقبة في المجلس العام هي 8 منظمات: الأمم المتحدة، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، صندوق النقد الدولي، البنك الدولي، منظمة الأغذية والزراعة، المنظمات العالمية للملكية الفكرية، منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، مركز التجارة الدولي².

¹ - منظمة التجارة العالمية، مراجعة السياسات التجارية، المرجع السابق، ص9.

² - موقع منظمة التجارة العالمية. ar.wikipedia.org/wiki.

ومن هنا، فإن هيئة تقييم السياسات التجارية في المنظمة العالمية للتجارة هي عبارة عن المجلس العام.

أولا : هيئة تقييم السياسات التجارية :

تقوم هيئة تقييم السياسات التجارية بتنفيذ تقييمات السياسات التجارية للدول الأعضاء. هذه الهيئة هي بشكل رسمي عبارة عن المجلس العام، وهي مفتوحة أمام كافة أعضاء المنظمة العالمية للتجارة، وتنتخب الهيئة في الاجتماع الأول في السنة رئيسا لها¹ لمدة عام من بين ممثلي الأعضاء، وتعتمد برنامج التقييمات، والتي ستقوم بها لكل عام في منتصف السنة التقويمية السابقة².

1- المناقشون والمراقبون : في هيئة تقييم السياسات التجارية، يتم اختيار مناقشان من بين الأعضاء للعمل من تلقاء أنفسهم وعلى مسؤوليتهم ، وليس كممثلين لحكوماتهم من أجل النقاش حول السياسات التجارية للدولة الخاضعة لآلية التقييم، ويقوم المناقشان بمساعدة من الأمانة بوضع مخطط للنقاط الرئيسية التي يعتزمون إثارتها في اجتماع التقييم، وتوزيع تلك المخططات على الأعضاء قبل أسبوع واحد على الأقل من ذلك الاجتماع³.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المنظمات الحكومية تحضر كمراقبين مثل صندوق النقد الدولي، البنك الدولي، منظمة التعاون والاقتصاد والتنمية وكذلك مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية.

2- التوثيق و طرح الأسئلة : بموجب التوثيق الخاضع لتقييم السياسات التجارية ينبغي أن يتم توزيع تقرير كل من الأمانة العامة وبيان سياسة الحكومة وذلك باللغات الثلاثة الرسمية المعتمدة في المنظمة العالمية للتجارة، إذ يتم هذا التوزيع على الأقل قبل أربعة أسابيع من اجتماع المراجعة.

وأیضا بالنسبة للأعضاء فإنه من الأحسن تقديم أسئلة خطية للعضو الخاضع للتقييم قبل أسبوع واحد على الأقل من أجل إتاحة الوقت لإعداد الإجابات⁴.

ثانيا : اجتماع هيئة تقييم السياسات التجارية :

تجتمع هيئة تقييم السياسات التجارية من أجل تقييم السياسة التجارية للعضو الخاضع لعملية التقييم، إذ تعتمد هذه الهيئة على الوثائق التالية: البيان المبدئي للعضو المعني، بيانات المناقشون، بيانات أخرى و مخطط للأفكار الرئيسية، الإجابات من قبل العضو المعني، المناقشات و النتيجة، المتابعة و المطبوعات.

ويتم لاحقا نشر كافة الوثائق في أسرع وقت ممكن عقب اجتماع التقييم، إذ تتوفر جميع التقارير بلغات المنظمة العالمية للتجارة (فرنسية، انجليزية و اسبانية)⁵.

فالإجراءات المتبعة لتقييم السياسات التجارية للدول الأعضاء، سمحت لهذه الأخيرة للاستفادة من إعادة النظر في سياساتها التجارية، هذا ما سنحاول تبينه في الفرع الثالث.

¹ - Bob Kieffer, L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public, Editions Larcier, Belgique, 2008, p. 110.

² - منظمة التجارة العالمية، مراجعة السياسات التجارية، المرجع السابق، ص 10، ص 11، و Bob Kieffer, op.cit, p. 110.

³ - منظمة التجارة العالمية، مراجعة السياسات التجارية، نفس المرجع، ص 11.

⁴ - منظمة التجارة العالمية، مراجعة السياسات التجارية، نفس المرجع ، ص 11.

⁵ - موقع منظمة العالمية للتجارة <http://www.wto.org>

الفرع الثالث : فوائد تقييم السياسات التجارية :

إن آلية تقييم السياسات التجارية تعتبر المنتدى الوحيد في منظمة العالمية للتجارة، إذ تخضع كافة جوانب السياسات التجارية للمناقشة من قبل كافة الأعضاء، إن هذه الآلية تمثل تقييم موضوعي ومستقل بالإضافة إلى التدقيق الخارجي لأوضاع أعضاء منظمة العالمية للتجارة التجارية والاقتصادية، كما أن آلية تقييم السياسات التجارية توفر منتدى يمكن فيه شرح ومناقشة السياسات، والسعي للحصول على المعلومات، والتعبير عن المخاوف على غير أساس المجابهة ودون تبعات قانونية¹.

ومن هنا لهذه الآلية فوائد عديدة يمكن إيجازها فيما يلي :

- الفوائد لنظام التجارة متعدد الأطراف اذ قامت آلية تقييم السياسات التجارية بالمساهمة في زيادة الشفافية في السياسات، وكذلك الممارسات التجارية لأعضاء منظمة العالمية للتجارة. وسلطت في كثير من الأحيان الأضواء على جوانب التزامات المنظمة والتي حتى الآن لا تكون قد حظيت بعناية كافية.
- فوائد الأعضاء الخاضعين للتقييم فهذه الآلية تقوم بتشجيع التقييم الداخلي للسياسات التجارية لدى الأعضاء خاصة البلدان النامية.
- إن عمليات التقييم التي نفذت والتي تزيد عن 80 تقييم أكدت على وجود روابط متداخلة بين التجارة والإصلاح الاقتصادي الداخلي، وكذلك بين آثار الإجراءات الحمائية بين القطاعات وتحرير التجارة، وكذلك مدلولاتها بالنسبة للنظام المتعدد الأطراف.

خاتمة :

تشكل آلية تقييم السياسات التجارية، إطار لمناقشة السياسات التجارية بشفافية لدول الأعضاء في المنظمة العالمية للتجارة. ومن خلال القراءة العميقة لتاريخ "الجات" والمنظمة العالمية للتجارة، نلاحظ بأن إنشاء آلية تقييم السياسات التجارية الهدف منه الوصول تدريجياً إلى وضع نظام تجاري دولي².

كما أنها تتيح الفرصة لجميع الأعضاء لشرح نشاطاتهم وسياساتهم التجارية من أجل التكيف مع قواعد المنظمة العالمية للتجارة. زيادة على ذلك، لما يقدمه جهاز تقييم السياسات التجارية من تقارير ذات قيمة عالية لما تحتويه من معلومات تؤدي إلى أعضاء المنظمة العالمية للتجارة للشروع في عملية إصلاح سياساتها التجارية.

وبالتالي، فإن آلية تقييم السياسات التجارية المتبعة من قبل المنظمة العالمية للتجارة فإن النتائج إليها تتجلى فيما يلي :

أولاً : تحتل السياسات التجارية مكانة واسعة، واهتمام كبير في العلاقات التجارية العالمية، لأنها تعتبر في العصر الحديث أداة من أدوات النمو والازدهار.

ثانياً : الأدوات والوسائل التي تتحكم في السياسات التجارية والمعتمدة أصلاً في فكرة الرسوم الجمركية.

¹ - منظمة التجارة العالمية، مراجعة السياسات التجارية، المرجع السابق، ص 4.

² - KOLOKYTHA Angeliki, op.cit., p. 67.

ثالثا: الآلية المستعملة في تقييم السياسات التجارية والجهة التي تقوم بها.

وبالرغم من أن مناقشة السياسات التجارية للبلد المعني يجرى بشكل مفصل، حيث توجه له الأسئلة من الأعضاء الآخرين حول أي موضوع وارد في التقرير الوطني أو تقرير السكرتارية، فإن نتائج التقرير النهائي لا تقوم بإلزام الدولة المعنية بتغيير سياساتها التجارية الوطنية إذا كانت مخالفة للنظام التجاري متعدد الأطراف.

وعليه، فإن التمرين في حد ذاته يجعل الدولة المخالفة تحت ضغط أدبي للتغيير، وفي حالة ما إذا رفعت قضية من دولة أخرى في مجلس تسوية المنازعات ضد ممارستها التجارية فانه عند النظر في الشكوى يمكن الاستناد إلى نتائج التقرير.

ولكن على الرغم من افتقار الآلية إلى الإلزام في تغيير السياسات التجارية الوطنية المخالفة للنظام التجاري متعدد الأطراف، فإنه يساوي في المعاملة بين الجميع في تطبيقه وبشكل دوري، ويوفر معلومات قيمه عن السياسات والممارسات التجارية لكل عضو.

قائمة المراجع :

أولا : المراجع العامة :

أ- المراجع باللغة العربية :

- 1- جابر فهمي عمران، منظمة التجارة العالمية (نظامها القانوني ودورها في تطبيق اتفاقات التجارة العالمية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
 - 2- سيمر محمد عبد العزيز، التجارة العالمية بين جات 94 ومنظمة التجارة العالمية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001.
 - 3- طلال محمد نور عطار، منظمة التجارة العالمية " من النشأة وحتى اليوم"، الطبعة الأولى، دار المؤلف للنشر والطباعة والتوزيع، لبنان، 2007.
 - 4- عبد الملك عبد الرحمن مطهر، الاتفاقية الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية التجارة الدولية، دار المتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، (د.س.ط).
 - 5- محمد صفوت قابل، منظمة التجارة العالمية وتحرير التجارة الدولية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008/2009.
 - 6- محمد عبيد محمد محمود، منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية اقتصاديات البلدان الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
 - 7- مصطفى سلامة، قواعد الجات الاتفاق العام للتعريفات الجمركية و التجارية "منظمة التجارة العالمية الإغراق، الحماية، الاستثمار، التكتلات الإقليمية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، 1998.
 - 8- مصطفى سلامة، منظمة التجارة العالمية، النظام الدولي للتجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006.
- ب- المراجع باللغة بالفرنسية :

1- Alain VEZINA, Godzilla MD : une métaphore du Japon d'après guerre, Editions L'Harmattan, 2009.

- 2- BIN Li, Entre droit humain et droit du commerce, La protection de la propriété en Chine, Tome Editions L'Harmattan, 2011, France.
- 3- Bob Kieffer, L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public, Editions Larcier, Belgique, 2008.
- 4- Conseil de l'Europe, assemblée parlementaire, session ordinaire de 1999, quatrième partie, 20-24 septembre 1999, volume VI, documents 8458-8497, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999..
- 5- Divight H.PERKINS, Steven RADELET et David L.LINDAUER, Economie et développement, 3^e édition, Editions De Boeck Université, Belgique, 2008.
- 6-Etienne FARVAQUE, Gael LAGADEC, Intégration économique européenne, problèmes et analyses, Editions De Boeck Université, Belgique, 2002.
- 7- Franck VIOLET, « la norme technique une entrave au commerce internationale », in OSMAN Filali, L'organisation mondiale du commerce : vers un droit mondial du commerce, actes et débats, Lyon, 2 mars 2001, Editions Emile BRUYANT, Belgique, 2001.
- 8- Gérard Marie HENRY, A quoi sert l'Organisation mondiale du commerce ?, Editions Studyrama, 2001.
- 9- Gérard-Marie HENRY, A quoi sert l'Organisation mondiale du commerce ?, Jeunes éditions Studyrama, 2001.
- 10- Jean Marie CROUZATIER, Droit international de la santé, Editions des archives contemporaines, France, 2009.
- 11- Jean-christophe BOUNGOU BAZIKA et Abdellah BENSEGHIR NACIN, Repenser les économies africaines pour le développement, Editions CODESRIA, 2010.
- 12- Marc BENITAH, Fondements juridiques du traitement des subventions dans les systèmes GATT et OMC, Librairie DROZ, Suisse et France, 1998.
- 13- Mohamed Tayeb MEDJAHED, Cours d'initiation au droit de l'Organisation Mondiale du Commerce, Editions Houma, Algérie, 2011.
- 14- Mohamed Tayeb MEDJAHED, Le droit de l'OMC et perspectives d'harmonisation du système algérien de défense Commerciale, Editions Houma, Algérie, 2008.
- 15- OMC, Examen des politiques commerciales, Rapport de la République Populaire de Chine, WT/TPR/S161/Rev.1, 26 juin 2006.
- 16- Organisation de Coopération et de Développement économiques, Cadre d'action pour l'investissement, Panorama des bonnes pratiques, Editions OCDE, France, 2006.

- 17- Organisation de Coopération et de Développement Economiques, Commerce des services, questions et enjeux des négociations, Editions OCDE, 2001, France.
- 18- Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture, Examen des politiques céréalières 1991-1992, Edition FAO, Italie 1992.
- 19- Organisation Mondiale du Commerce, Comprendre l'OMC, Editions OMC, Suisse, 2008.
- 20- Osmane BEKENNICHE, L'Algérie, le GATT et l'OMC, Office des Publications Universitaires, Algérie, 2006.
- 21- Philippe HUGON et Charles –Albert MICHALET, Les nouvelles régulations de l'économie mondiale, Editions KARTHALA, France, 2005.
- 22- TRAN THI Thuyduong, Aspects juridiques de la participation des Etats de l'ASEAN à l'OMC, Editions L'Harmattan, France, 2008.

ثانيا : المراجع الخاصة :

- 1- عبد المطلب عبد الحميد، الجات وآليات منظمة التجارة العالمية من أوروغواي لسياتل وحتى الدوحة، دار الجامعية، مصر، 2005.

ثالثا : رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير :

باللغة الفرنسية :

- KOLOKYTHA Angeliki, Le mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), Mémoire de Master, recherche droit international public, Université Jean Moulin Lyon 3, Faculté de Droit, 2008-2009.

رابعا : المقالات :

- 1- تمام الغول، الإطار المؤسسي لمنظمة التجارة العالمية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، عمل المؤتمرات، الجمهورية اليمنية، 2009،
- 2- عداد فريق من خبراء المنظمة، إشراف. د.عبد القادر فتحي لاشين، الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات GATS وعلاقتها بقطاع النقل في الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات، جمهورية مصر العربية، العدد 393، (د،س، ط).
- 3- ناصر دادي عدون، انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة: الأهداف والعراقيل، المدرسة العليا للتجارة متناوي محمد، جامعة الشلف، مجلة الباحث، عدد 2004/03.

أ- المعاهدات والاتفاقيات :

- 1- باللغة العربية : اتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية.

2- باللغة الفرنسية :

- 3Mécanisme d'examen des politiques commerciales ; Annexe-

سادسا : مواقع الانترنت :

<http://www.wtoarab.org>

- معهد التدريب، منظمة التجارة العالمية "مراجعة السياسات التجارية"، شركة أبو غزالة للترجمة والتوزيع والنشر،
(www.tagi.com).

الموقع <http://www.wto.org>.

- العراق ومنظمة التجارة العالمية، قسم WTO، دائرة العلاقات الاقتصادية الخارجية، 2009.

مبدأ حرية الاستثمار بين الحرية والتقييد في الجزائر



من إعداد : عبد العزيز العايب
ماجستير في القانون العام للأعمال
باحث في القانون الاقتصادي الجزائري

مقدمة :

تعتبر الجزائر من الدول المضيفة للاستثمار ، إذ قامت بفتح العديد من النشاطات الاقتصادية أمام الخواص ، سواء منهم المواطنين أو الأجانب ، وقررت لهم مجموعة من الضمانات والحقوق الكفيلة بتشجيعهم وتحفيزهم للاستثمار على أراضيها ، وهذا على غرار الدول المجاورة كتونس والمغرب ، حيث أصبح الأصل حرية الاستثمار والاستثناء تقييده ، فهل فعلا تم تجسيد مبدأ حرية الاستثمار في الجزائر ؟ وما هي القيود الواردة على هذا الأخير ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، نقوم بإبراز مظاهر تجسيد مبدأ حرية الاستثمار في الجزائر ، وهذا في المبحث الأول ، ثم نتطرق إلى القيود الواردة على هذا المبدأ ، وهذا في المبحث الثاني.

المبحث الأول : مظاهر مبدأ حرية الاستثمار :

يتجلى مبدأ حرية الاستثمار في عوامل متعددة ، قانونية ، سياسية واقتصادية¹ وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث.

المطلب الأول : المظاهر القانونية :

تشتمل المظاهر القانونية لمبدأ حرية الاستثمار على ما يلي :

الفرع الأول : تكريس المبدأ : تم تكريس مبدأ حرية الاستثمار بصورة ضمنية في قانون النقد والقرض رقم 10.90² الذي يسمح بالاستثمار في المجال المصرفي ، وفي المجالات الأخرى بعد الحصول على الاعتماد المسبق³ ، وبصدور

¹ نزيه عبد المقصود مبروك ، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 1988 ، ص 87.

² قانون رقم 10.90 مؤرخ في 14 أفريل 1990 ، يتعلق بالنقد والقرض ج ر عدد 16 مؤرخ في 18 أفريل 1990 ، (ملغى).

³ يقصد بالاعتماد المسبق الزامية الحصول على الموافقة المسبقة من السلطات المعنية ، ففي المجال المصرفي مثلا يجب الحصول على اعتماد من مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية.

المرسوم التشريعي رقم 12.93 المتعلق بترقية الاستثمار¹. تم النص صراحة ولأول مرة على مبدأ حرية الاستثمار وهذا ما نصت عليه المادة 04 من الامر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

الفرع الثاني : تنظيم المنافسة :

لم تعرف الجزائر قانون للمنافسة في ظل النظام الاشتراكي ، وهذا راجع إلى طبيعة هذا الأخير الذي يقوم على أساس الملكية العامة لوسائل الإنتاج ، حيث لا توجد منافسة بين المؤسسات الاقتصادية العمومية ، بل يوجد تكامل وتناسق بينهما ، إلا أنه وبعد انتهاج الجزائر للنظام الليبرالي في سنة 1989²، تم سن قانون لتنظيم المنافسة سنة 1995 ، هذا الأخير الذي تم إلغائه واستبداله بالأمر رقم 03.03 المتعلق بالمنافسة³، إذ تنص المادة الأولى من هذا الأخير على أن الهدف من إصداره هو تحديد شروط المنافسة في السوق وتفاذي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية ، كما تم إنشاء العديد من أجهزة الضبط الاقتصادي قصد حماية المنافسة وتفعيلها ، منها ما هو قطاعي ومنها ما هو عام⁴.

الفرع الثالث : تشجيع الاستثمار :

سواء عن طريق القانون الداخلي ، كما هو الحال للأمر رقم 03.01 المتعلق بتطوير الاستثمار ، الذي ينص على العديد من الضمانات والامتيازات للمستثمرين ذات طابع جبائي ، جمركي وقضائي أو عن طريق القانون الاتفاقي ، الثنائي منه والمتعدد الأطراف ، كاتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ، وكذا منع الازدواج الضريبي التي أبرمتها الجزائر مع مختلف دول العالم ، العربية منها والغربية⁵.

المطلب الثاني : المظاهر السياسية :

تلعب العوامل السياسية دورا بارزا في مجال تحرير أو تقييد الاستثمار ، ذلك أن الحكومات تعتبر المصدر الرئيسي للأعمال والسياسات التي تنظم الاستثمار على أراضيها⁶ وتتناول هذه المظاهر من خلال :

الفرع الأول : مدى ترحيب الدولة بالمستثمر :

تصنف الدول إلى دول جالبة للاستثمار وأخرى طاردة له، فالأولى تعتمد على سياسة المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين دون النظر إلى جنسياتهم ، كتقديم التسهيلات ، تبسيط الإجراءات المتعلقة بإنشاء المشاريع ... وغيرها ، في حين أن الثانية لا تتوافر على هذه التسهيلات⁷.

إن الجزائر وسعيها منها في تجنب هذه العراقيل قامت بجملة من التدابير تهدف إلى تشجيع المستثمرين وتسهيل إقامة المشاريع ، كإلغاء الاعتماد المسبق في العديد من القطاعات ، وكذا إنشاء جهاز يتعامل معه المستثمرون مباشرة ، وهي

¹ مرسوم تشريعي رقم 12.93 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار ج ر عدد 47 مؤرخ في 22 أوت 2001 ، معدل ومتمم.

² أنظر دستور الجزائر لسنة 1989 ، ج ر عدد 09 مؤرخ في 01 مارس 1989 .

³ أمر 03.03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بالمنافسة ، ج ر عدد 43 مؤرخ في 20 جويلية 2003 ، المعدل والمتمم.

⁴ القطاعي كسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ، لجنة ضبط الكهرباء والغاز ، لجنة ضبط وتنظيم عمليات البورصة ... وغيرها ، أما العام فيتمثل في مجلس المنافسة.

⁵ أبرمت الجزائر أكثر من 28 اتفاقية ثنائية في مجال التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات وكذا منع الازدواج الضريبي ، ك مصر ، ليبيا ، الصين ، فرنسا ، كندا ، إيطاليا ... إلخ.

⁶ قدى عبد العزيز : " الجزائر ومسار برشلونة ، الفرص والتحديات ، أعمال الملتقى الدولي حول التكامل الاقتصادي العربي كآلية لتحسين وتفعيل الشراكة العربية الأوروبية المنعقد بجامعة سطيف يومي 8 و 9 ماي 2004 ، منشورات مخبر الشراكة والاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الفضاء الأورومغاربي ، 2005 ، ص55.

⁷ LOUAT André , Le sous-développement , stratégies et résultats , éditions marketing , Paris , 1999 , p. 105.

الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI التي حلت محل وكالة ترقية ودعم الاستثمار سابقا APSI ، ولهذه الوكالة مهام متعددة منها الإعلام والإشهار بالفرص الاستثمارية المتاحة ، تقديم التسهيلات والمساعدة للمستثمرين قصد إنشاء المشاريع¹ ، كما تم إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والقرض العقاري التي تتولى تسيير حافظة العقار الاقتصادي العمومي وتقديم التسهيلات للمستثمرين قصد الحصول على عقارات صناعية .

الفرع الثاني : الاستقرار السياسي :

يعتبر الاستقرار السياسي شرطا أساسيا لنجاح السياسة التنموية ، فالمستثمرين الأجانب لا يغامرون برأس مالهم في بلد يعرف أزمات أو ثورات أو تقلبات سياسية فجائية ، لذلك نلاحظ أن رؤوس الأموال الخاصة تتجه بصفة أساسية نحو البلدان التي يتوفر فيها الاستقرار السياسي والأمن القانوني والمردودية الاقتصادية².

بالنسبة للجزائر عرفت هذه الأخيرة مع مطلع القرن الحالي استقرارا سياسيا هائلا أساسه الأمن ونظام ديمقراطي يعترف بالحريات الفردية والملكية الخاصة ، إضافة إلى هذا تعرف الجزائر اليوم تقدما ملحوظا في العلاقات الدبلوماسية مع مختلف دول العالم.

المطلب الثالث : المظاهر الاقتصادية :

تبرز المظاهر الاقتصادية لمبدأ حرية الاستثمار في عاملين أساسيين هما : الانفتاح الاقتصادي وزيادة نسبة الاستثمارات.

الفرع الأول : الانفتاح الاقتصادي :

إن انفتاح الاقتصاد الوطني على الاقتصاد العالمي يحسن حظوظ الدولة في جذب الاستثمارات الأجنبية ، لذلك بادرت العديد من الدول النامية إلى فتح اقتصاداتها ، وخصوصة الكثير من القطاعات وإزالة التنظيم القطاعي وإخضاعه إلى المنافسة ، قصد جلب الاستثمارات الأجنبية³ ، وهذا ما انتهجته الجزائر بعد تبنيها للنظام الرأسمالي في سنة 1989 وتخليها عن النظام الاشتراكي ، حيث بدأت تنسحب بصفة تدريجية من المجال الاقتصادي ، فاتحة المجال أمام الخواص ، كما قامت بتبني العديد من الإجراءات الملازمة للخصوصية⁴، كمبدأ حرية الصناعة والتجارة⁵ ، خصوصة المؤسسات العمومية الاقتصادية⁶ ، إزالة احتكار الدولة للعديد من القطاعات الاقتصادية كالتجارة الخارجية ، الطيران المدني ، المحروقات، البنوك... وغيرها.

الفرع الثاني : زيادة نسبة الاستثمارات :

إن من أهم المظاهر الواقعية لمبدأ حرية الاستثمار هو التنامي المتزايد للاستثمارات سواء منها الوطنية، أي المنجزة من طرف المواطنين ، أو الأجنبية وهذا في مختلف المجالات بعدما كانت تركز بصفة أساسية على قطاع المحروقات ،

¹ للاطلاع على صلاحيات هذه الوكالة أنظر المرسوم التنفيذي رقم 356.06 المؤرخ في 09 أكتوبر 2009، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها ، ج ر عدد 64 مؤرخ في 11 أكتوبر 2006.

² يوسف محمد "مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي رقم 12.93 المتعلق بترقية الاستثمارات" مجلة المدرسة الوطنية للإدارة م ت ب إ ، الجزائر ، مجلد 9 ، عدد 2 ، 1999 ، ص 58.

³ COMBE Emmanuel , Economie et politique de la concurrence , 1^{er} édition , Dalloz , Paris , 2005 , p. 429.

⁴ ZOUAIMIA Rachid , « Note introductive de l'Etat interventionniste a l'Etat régulateur » Actes du colloque national sur ARIMEF , organisé par l'université de Bejaia le 23 et 24 mai 2007 , p. 5.

⁵ أنظر المادة 37 من دستور الجزائر لسنة 1996 ، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996 ، معدل ومتمم.

⁶ أنظر الأمر رقم 04.01 مؤرخ في 20 أوت 2001 ، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها ، ج ر عدد 47 ، مؤرخ في 22 أوت 2001 ، متمم بموجب أمر رقم 01.08 مؤرخ في 28 فبراير 2008 ، ج ر عدد 11 مؤرخ في 20 مارس 2008.

حيث عرفت الكثير من القطاعات ازدهارا ونموا ، كما هو الحال للقطاع البنكي ، الاتصالات اللاسلكية ، صناعة الفولاذ ، الصناعات الغذائية ، صناعة الأدوية، البتروكيماويات، السياحة¹.... وغيرها ، وهذه الاستثمارات وافدة من مختلف القارات، وعموما فإن مبدأ حرية الاستثمار قد شهد تطبيقا فعليا على أرض الواقع.

المبحث الثاني : القيود الواردة على مبدأ حرية الاستثمار :

رغم أن حرية الاستثمار مضمونة في الجزائر وتتمارس في إطار القانون ، إلا أن هذه الحرية وردت عليها العديد من الاستثناءات والعراقيل ، وهذا راجع إلى أسباب متعددة.

في هذا المبحث نبين النشاطات الخاضعة للتقييد في (المطلب الأول) ثم مبررات هذا التقييد (المطلب الثاني).

المطلب الأول : النشاطات الخاضعة للتقييد:

تم النص في قانون الاستثمار على نوعين من القيود على حرية الاستثمار ، وهذه الأخيرة يمكن تصنيفها إلى درجتين ، الأولى والتي تعتبر قيد على حرية الاستثمار ، وهي النشاطات المقننة ذلك أنها تشترط لممارستها استيفاء بعض الشروط الشكلية الإلزامية ، والثانية والتي تعتبر استثناء من مبدأ حرية الاستثمار، وهي النشاطات المخصصة والتي يمنع الاستثمار فيها بالنسبة للقطاع الخاص.

الفرع الأول : النشاطات المقننة :

تم النص على هذه النشاطات في المادة الرابعة قانون رقم 01.03 المتعلق بتطوير الاستثمار التي جاء فيها " تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة".

إلا أن الإشكال المطروح يتمثل في كون أن المادة ذكرت مصطلح النشاطات المقننة ، إلا أنها لم تعطي أي تفاصيل عن طبيعة هذه النشاطات ، هذا ما يؤدي إلى غموض ، وكان الأجدر أن يتم حصرها في تنظيم خاص ، كما فعل بالنسبة إلى النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من نظام المزايا المنصوص عليها في قانون الاستثمار.²

إن النشاطات المقننة عبارة عن نشاطات حرة ، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة ، وإنما نسبية فهناك من تتطلب الحصول على الترخيص المسبق ، وهناك من تتطلب مؤهلات خاصة ، فالأولى تعتبر إجراء شكليا، قبلها تهدف الدولة من ورائه إلى تحقيق رقابتها على هذه النشاطات ، خاصة فيما يتعلق بالجانب الوقائي³ ، كما هو الحال بالنسبة للأمن الصناعي والحفاظ على الصحة والبيئة⁴، أما الثانية فتشترط في المستثمر أو المشروع الاستثماري أن يستوفي بعض الشروط المتعلقة بممارسة النشاط كما هو الحال مثلا بالنسبة للمشاريع المتعلقة بتوزيع الأدوية⁵ ، أو المشاريع التي تتطلب استعمال تقنيات من شأنها الحفاظ على البيئة.

¹BENACHENHOU Abdellatif , Les nouveaux investisseurs , Alpha desing , 2006 , p. 86.

² العايب عبد العزيز ، النظام الاتفاقي في مجال الاستثمار (نموذج اتفاقية أوراسكوم تيليكوم الجزائر)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع القانون العام للأعمال ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، 2010 ، ص 54.

³ نفس المرجع ، ص 56.

⁴ من بين الأمثلة نذكر : في المجال المصرفي اشتراط الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقروض، في مجال نقل المنتجات البترولية عبر الأنابيب الحصول على ترخيص من سلطة ضبط المحروقات ، هذه الأخيرة تقوم بصياغة توصية إلى الوزير المكلف بالمحروقات الذي بدوره إما أن يوافق على الترخيص أو يرفضه وبالتالي يصبح عديم الجدوى.

⁵ حيث يشترط في الشخص الممارس لهذا النشاط أن يكون حاملا لشهادة علمية في الصيدلة ، أو أن يمارسها عن طريق شخص آخر له هذه الشهادة.

الفرع الثاني : النشاطات المخصصة :

تعمل الكثير من الدول على تخصيص بعض النشاطات لها، وتمنع الخواص من ممارستها، وهذا راجع إلى اعتبارات مختلفة تناولها في المطلب الثاني، ونجد هذا سواء في الدول المتقدمة أو النامية ويمكن ذكر أمثلة عن ذلك، ففي الدول المتقدمة خاصة الأكثر منها تطورا في المجال الصناعي نجد هذه الأخيرة تقوم باحتكار النشاطات المتعلقة بالصناعة الحربية والفضائية، خصوصا منها ما يتعلق باستخدام الطاقة النووية، أما في الدول النامية كثيرا ما تقوم هذه الأخيرة باحتكار النشاطات الاقتصادية الهامة كالمحروقات، الثروات الباطنية كالحديد، الذهب..... إلخ، والتي تدخل ضمن امتيازات السلطة السياسية.¹

إن الجزائر وكغيرها من الدول، قامت باحتكار بعض النشاطات الاقتصادية خاصة في الفترة الاشتراكية، إلا أنه وبعد انتهائها لنظام اقتصاد السوق تم تحرير العديد من القطاعات، كالمحروقات، الاتصالات، البنوك وغيرها، وأبقت على بعض القطاعات حكرا لها كالصناعة الحربية² والسكك الحديدية.

المطلب الثاني : مبررات تقييد مبدأ حرية الاستثمار:

إنّ فتح الدولة لاقتصادها أصبح ضروري اليوم قصد مواكبة متطلبات النظام العالمي الجديد، إلا أن تدخلها في المجال الاقتصادي أمر حتمي، خاصة في ظل العولمة، إذ تسعى الدول إلى الحفاظ على الشركات الوطنية من الاندثار الذي ينتج من جراء المنافسة الشديدة الآتية من الشركات الأجنبية، والتي تؤدي إلى التخلي عن منتجاتها نتيجة ضعف جودتها، فهناك ارتباط وثيق بين الدولة والاقتصاد لا يمكن التخلي عنه وهذا راجع إلى عدة امتيازات تتعلق بالمصلحة العامة.³ إن الجزائر، ونظرا لاعتبارات متعددة سياسية، اقتصادية واجتماعية قامت بفرض بعض القيود على حرية الاستثمار.

الفرع الأول : اعتبارات السيادة :

يقصد بالسيادة حرية الدولة في تنظيم شؤونها الداخلية والخارجية وهذا في ظل احترام التزاماتها المفروضة عليها⁴، واستنادا لهذا المبدأ يمكن للدولة التصرف وفقا لما يضمن ويحقق لها الحفاظ على سيادتها، وهذا في مختلف النواحي السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، فالعولمة اليوم تؤثر سلبا على العديد من الدول خاصة منها النامية، فالاستثمار الأجنبي إن كان يخلف من ورائه تبعية مهما كان شكلها فانعدامه أحسن من وجوده، ويظهر هذا التأثير على الخصوص عندما يكون الاستثمار الأجنبي تديره شركات كبيرة تتحكم في اقتصاد الوطن حيث توجد شركات يفوق رأسمالها الدخل القومي لأكثر من 10 دول إفريقية مجتمعة، مما يجعلها في مركز قوة يمكنها التأثير في القرارات السياسية والاقتصادية للدول المضيفة للاستثمار⁵.

¹COMBE Emmamel, op.cit.p20

² تمنع المادة الأولى من الأمر رقم 06.97 المتعلق بالعتاد الحربي والذخيرة على أي شخص عبر التراب الوطني أن يقوم بأي نشاط يتعلق بالصناعة الحربية والذخيرة مهما كان نوعها، كما تمنع استيرادها أو تصديرها أو الاتجار بها، للاطلاع على هذا الأمر أنظر الجريدة الرسمية عدد 06 مؤرخ في 22 يناير 1997.

³PAULE T Jean P ierre, Le libéralisme économique depuis 1945 : édition Marketing, Paris 1994, p 53.

⁴ROCHE Jean-jaques, Relation internationales, 3^{ème} édition ,LGDJ, Paris, 2005, p84.

⁵ د. حكال خالد "أثر العولمة على الدولة" مقال منشور في موقع www.2dub.org.pz

لذلك عمدت الدول إلى اتخاذ إجراءات و تدابير للحفاظ على الثروات والموارد الطبيعية وهذا ما فعلته الجزائر في سبعينيات القرن الماضي عندما قامت بتأميم المحروقات والأراضي الزراعية، وكذا الحماية الجمركية للحفاظ على الصناعة والإنتاج المحلي وكذا مراقبة الاستثمارات الأجنبية المقامة على أراضيها.¹

الفرع الثاني : الاعتبارات الاجتماعية :

إن تخلي الدولة على ممارسة النشاط الاقتصادي لا يعني ذلك أنها تتخلى على بعض المفاهيم الأساسية المتعلقة بالنشاط الاقتصادي، فهي ملزمة بتوفير الخدمات العامة وضمان الديمقراطية والمساواة الاجتماعية والاقتصادية وتحقيق ما يسمى بدولة القانون قصد القضاء على الاحتكارات غير الفعالة وضمان الأساسيات وتحقيق نوع من التوازن الاجتماعي، وهذا ما أخذت الجزائر على عاتقها من خلال دعم الأسعار وتوفير الحاجيات الأساسية بصفة مجانية كالصحة والتعليم.... وغيرها.²

الفرع الثالث : الاعتبارات البيئية :

إن من أهم المشاكل التي يعاني منها العالم اليوم مشكل التلوث البيئي الذي يهدد حياة كل الكائنات الحية بما فيها الإنسان، فالكثير من المشاريع الاستثمارية اليوم تخلف آثار ضارة وخطيرة جدا على البيئة نتيجة للأدخنة والنفايات التي تطلقها والتي تتسرب إلى الهواء والبحار والأنهار ومياه الشرب والمراعي ... وغيرها، أي على الجو البيئي بشكل عام لذلك ارتأت الدول اليوم ضرورة إضافة الجدوى البيئية إلى الجدوى الاقتصادية، أي دراسة مدى تأثير المشروع على البيئة وما هي الاحتياطات المتخذة للحفاظ على هذه الأخيرة.³

إن الجزائر كغيرها من الدول أصبحت تهتم بشكل فعال بالبيئة التي أصبحت من أهم الإستراتيجيات المرافقة للتنمية الاقتصادية، وهذا ما نجده في نص المادة 15 من قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة التي تنص على ضرورة خضوع كل الأنشطة والمشاريع المزمع القيام بها إلى دراسة لتبيين مدى تأثيرها على البيئة سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، فورا أو لاحقا، وهذا قصد اتخاذ التدابير اللازمة للحد من هذه التأثيرات أو على الأقل التقليل من حدتها.⁴

¹ شريط الأمين، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 62.

² Mebtoul Abderrahmane , L'Algérie face aux défis de la mondialisation, OPU, Tome 1 , Alger, 2002, p. 73.

³ Prieur Michel, Droit de l'environnement, Seme édition, Dallez, Paris, 2004, p.71.

⁴ قانون رقم 10,03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43، مؤرخ في 20 يوليو 2003.

خاتمة :

من خلال دراستنا لمبدأ حرية الاستثمار يتبين لنا أن القطاع الاقتصادي في الجزائر قد عرف انفتاحا ملحوظا خاصة مع مطلع القرن الحالي إلا أنه ولا اعتبارات معينة تم تقييد مبدأ حرية الاستثمار، هذا من جهة، ومن جهة أخرى وبالرغم من المزايا والضمانات التي منحها الجزائر للمستثمرين الأجانب ورغم المؤهلات الاستثمارية الهائلة التي تسخر بها الجزائر إلا أنه لم يتم تحقيق الغاية المرجوة، حيث مازالت نسبة الاستثمارات الأجنبية ضعيفة، وهذا عكس الجارتين تونس والمغرب حيث يفضل المستثمرون الأجانب الاستثمار في هاتين الأخيرتين.

قائمة المراجع :

أ - باللغة العربية :

I - الكتب :

1- شريط الامين، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

2- نزيه عبد المقصود مبروك، الاثار الاقتصادية للاستثمارات الاجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1988.

II - الرسائل و المذكرات الجامعية :

- العايب عبد العزيز، النظام الاتفاقي في مجال الاستثمار، نموذج اتفاقية اوراسكوم تيليكوم الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للاعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2010.

III - المقالات :

1. حكال خالد " اثر العولمة على الدول " مقال منشور في موقع: www.2dab.org.p2

2. يوسف محمد "مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي رقم: 12.93 المتعلق بترقية الاستثمار" مجلة المدرسة الوطنية للإدارة م ت ب إ، الجزائر، مجلد 9، عدد 2، 1999، ص ص: 5838 .

IV - النصوص القانونية :

1. الدساتير.

▪ دستور الجزائر لسنة 1989 ج ر، عدد 09، مؤرخ في 01 مارس 1989.

▪ دستور الجزائر لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 438/96 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996. - معدل ومتمم.

2. النصوص التشريعية :

▪ قانون رقم 10.90 مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 16، مؤرخ في 18 أفريل 1990 (ملغى).

▪ مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64، مؤرخ في 10 أكتوبر 1993 (ملغى).

▪ أمر رقم 06.97 المتعلق بالعتاد الحربي والذخيرة، ج ر عدد 06، مؤرخ في 22 يناير 1997.

▪ أمر رقم 03.01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، مؤرخ في 22 أوت 2001، (معدل ومتمم).

- أمر رقم 04.01 المؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، ج ر عدد 47، مؤرخ في 22 أوت 2001، (معدل ومتمم).
 - أمر رقم 03.03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 مؤرخ في 20 جويلية 2003، (معدل ومتمم).
 - أمر رقم 10.03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43، مؤرخ في 20 يوليو 2003.
3. النصوص التنظيمية :

- مرسوم تنفيذي رقم 356-06 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 64، مؤرخ في 10 أكتوبر 2006.

ب- باللغة الفرنسية :

OUVRAGES : -I

- 1- Benchenhou Abdellatif , les nouveaux investisseurs,alpha desing,2006.
- 2- Combé Emmanuel, Economie et politique de la concurrence,1^{er} édition, Dalloz ,paris, 2005.
- 3- MEBTOUL Abderrahmane, l'Algérie face aux défis de la mondialisation .O.P.U. tome 1, alger,2002.
- 4- Louat André, le sous-développement, stratégies et résultats, Edition Marketing, paris, 1999.
- 5- PAULET Jean Pierre, le libéralisme économique depuis 1945, Edition Marketing , paris, 1994.
- 6- PRIEUER Michel, Droit de l'investissement, 5^{eme} édition, Dalloz, Paris, 2004.
- 7- ROCHE Jean-jaques , Relation internationales ,3^{eme} édition , LGDJ. Paris, 2005.

II- Articles :

ZOUAIMIA Rachid « Note introductive de l'état interventionniste a l'Etat régulateur » Actes du colloque national sur ARIMEF, organisé par l'université de Bejaia le 23-24 mai 2007.pp.89.107.

المختصرات :

بالعربية : ج ر: الجريدة الرسمية

بالفرنسية :

ARIMEF : les autorités de régulations indépendantes en matière économique et financière.

" المراكز الأساسية للحقوق والحريات بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي "



من إعداد : الأستاذ بن حيدة محمد

باحث في قسم الدكتوراه، تخصص القانون العام، جامعة تلمسان

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، الجزائر (حاليا)

تعتبر الحقوق والحريات مناط الكينونة البشرية على وجه الأرض، واحترامها والحرص الشديد في المحافظة عليها هو جوهر صيانة الكرامة الأدمية والإنسانية، وهي قديمة قدم حركة الفكر الإنساني لإصلاح أوضاع الإنسان وتقويمها، وقدم المعتقدات البشرية المتضاربة في عمق التاريخ، وقدم الديانات الموحدة التي نزل بها الوحي لتخليق الإنسان قصد تأهيله لممارسة خلافة الله في الأرض .

وبالرغم من الإرث الحضاري المشترك لموضوع الحقوق والحريات بين البشرية جمعاء إلا أن جل المراجع التي أرخت لقضية حقوق الإنسان اقتصرت بالفترة التي وقف فيها مفكري الغرب وعلمائه وقفة تأمل وتفحص في ثقافتهم الماضية ومرجعياتها المعرفية، مهملة بذلك الشرائع والديانات الأخرى ومن بينها الشريعة الإسلامية الغراء، والتي تعرضت لانتقاد شديد واتهام خطير وذلك بالقول بإغفالها لموضوع حقوق الإنسان.

و تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع، من خلال تحديد الأسس والمرتكزات التي أسس عليها القانون الوضعي تنظيمه لهذا الموضوع، وكذا الكشف عن الحقيقة المرجعية الفكرية والفلسفية والثورية التي أسس عليها الغرب منظومته الحقوقية كل ذلك مقابل توضيح الإطار العام الذي تناولت الشريعة الإسلامية فيه موضوع الحقوق والحريات.

وقد حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية معالجة جزء من الموضوع، وذلك باعتباره الأساس الذي تبنى عليه القوانين وتقرر على ضوءه التنظيمات واللوائح وذلك من خلال عنصرين أساسيين يشكلان محور هذا الموضوع بداية بالنظرة إلى الإنسان باعتباره صاحب الحق وموضوعه (المبحث الأول)، ثم مفهوم الحق والحرية ومرجعيتها (المبحث الثاني)، وذلك سعيا منا لتقييم الاختلافات ودرء بعض الشبهات بالإجابة على الإشكالية التالية :

ما هي المرتكزات الحقيقية التي أسس عليها موضوع الحقوق والحريات في القانون الوضعي؟ وما هي نظرتهم للإنسان موضوع الحق؟ وما هو الإطار العام الذي تناول التشريع الإسلامي فيه الحقوق والحريات؟

المبحث الأول: نظرة التشريع الإسلامي للإنسان وموقعه في القانون الوضعي:

يعتبر الإنسان المحور الرئيسي لأي ديانة أو تنظيم أو قانون، وتتحدد حقوقه بالمركز الذي يحتله والقيمة التي يتمتع بها، ولا تستقيم الحياة في رحلة عمر الإنسان فوق الأرض إلا إذا كانت له حقوق تصون آدميته وتحفظ له كرامته حتى يكون مؤهلاً للقيام بالأمانة التي عهد الله بها إليه، بل إن كل تطور مرهون بقيمة التكفل بالعنصر البشري، لذا فقد اختلف النظرة إليه والاهتمام به بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي بحسب الرسالة المنوطة به والهدف المرجو منه.

المطلب الأول: نظرة الشريعة الإسلامية إلى الإنسان:

لقد جاء التشريع الإسلامي بقاعدة التكريم المطلق للإنسان فقال عز وجل " ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"¹ وارتقى به عن عبادة نظيره أو ما صنعت يده أو ما تشخصه الأبصار في عالم الشهادة " لا تدركه الأبصار وهو يدرك الأبصار وهو اللطيف الخبير"² وحرره من سلطة الأرض وأخضعه لسلطة السماء وذلك بإتباع التوحيد الكامل والذي يشكل اللبنة الأساسية في صرح التكريم ورفع قيمة الإنسان فلا أحد ولا شيء يعلو فوق الأرض على الجنس البشري عامة ويفضله .

هذا الإنسان الذي استخلفه الله في الأرض بصرف النظر على جنسه ودينه وهويته وخصوصيته، فكل بني آدم مكرمون من الله من آمن منهم ومن لم يؤمن، من أحسن منهم ومن أساء، لكنهم يتفاضلون ويتعامل الله معهم على مقاييس التقوى وطاعته والتحلي بالفضيلة والله في عطائه المتواصل لإسعاد البشرية لا يجرم من هذا العطاء المادي لا كافراً ولا ملحداً ولا مذنباً " كلا عند هؤلاء وهؤلاء من عطاء ربك وما كان عطاء ربك محظوراً"³، وهذا مدخل إلى حق المساواة الذي جاء به الإسلام وأغنى مضامينه .

المطلب الثاني: موقع الإنسان في القانون الوضعي:

أما الإنسان أو الفرد أو المواطن والذي يدعي الغرب اليوم أن ثوراته جاءت لتحريره، وأنها المرجعية الشرعية لمواثيقه، لم تكن سوى سعي وراء مصالحها وضمائنا لمستقبل نفوذها وتفوقها الحضاري بالأساس فقد قامت الثورة الفرنسية والأمريكية لكفالة البرجوازية ضد الإقطاع والبابوية ولتقوي سلطتها ركزت على الحقوق المدنية، ثم جاءت الاشتراكية لتفضح شكلايتها مؤكدة على الحقوق الاجتماعية، وبين مصلحة الفرد التي تتغنى بها البرجوازية ومصلحة الدولة التي تقويها الاشتراكية بقي الإنسان صاحب الحق ضحية لتنازع المصالح ووسيلة لتحقيق نزوات الغرب.

فعن أي إنسان يتحدث الغربيون؟ عن إنسان اللاوعي عند " فرويد"، أم إنسان الجنون عن " فوكو"، أم إنسان البيئة عند " البيثويين"، إن الإنسان في الغرب لا يحمل تكريمه في ذاته وإنما في انتمائه لتسوق تاريخي واجتماعي

1. سورة الإسراء، الآية 70.

2. سورة الأنعام، الآية 103 .

3. سورة الإسراء، الآية 20.

وثقافي معين اسمه "الموطن" أو "الطبقة" أو "الجنس الأوروبي" فهو مجرد ذرة اجتماعية وليس حقيقة متعالية ومتفردة بخصوصيات أخلاقية فليس للإنسان طبيعة وإنما له تاريخ¹.

وما يفرضه الواقع اليوم لخير دليل على ما تراهن عليه بشتى الأساليب على الاستفراد بتملك مجمل سلطات وآليات استصدار صنع القرار وتصريفه على مختلف الصُّعْد والمستويات، وأضحت شرعة حقوق الإنسان وضرورة حمايتها وتعميمها ذريعة للسطو على سيادة الدول والمجتمعات والشعوب، وانتهاك حرمتها الفكرية والدينية والاجتماعية، وغالبا ما تبرر هذه الانتهاكات بالمفاهيم والتأويلات المزيفة كالحفاظ على قيم التسامح والسلم وحقوق الأقليات وترسيخ أسس الحداثة والديمقراطية في العالم².

المبحث الثاني: مفهوم الحقوق والحريات في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي:

يتطلب موضوع الحقوق والحريات تحديد الأساس الذي ارتكزت عليه، وكذا الكشف عن مرجعيته التي يستمد منها شرعيته وذلك بالوقوف على مفهومها وإطارهما العام.

المطلب الأول: مفهوم الحق:

أما فكرة الحق التي يدعي الغرب أنها نتاج إرثه الحضاري والفكري لم تلق إجماعا من طرف مفكره وفلاسفته لا من حيث المفهوم بين من يرفضها أصلا ومن يؤيدها، ولا من حيث المصدر بين من يرى من أن الإنسان يستمد من طبيعته الآدمية (الحق الطبيعي)، وبين من يرى بأن الحق هو ما تقره الدولة للأفراد من مصالح وسلطات ومزايا (الحق الوضعي)، فضلا على أن فكرة الحق التي يمكن للشخص التنازل ليها لأنها سلطة ومصصلحة مقررة له.

أما الشريعة الإسلامية فلم تتناول الحقوق على أنها حقوق يمكن للفرد أو الجماعة التنازل عنها وإنما تناولتها على أنها واجبات مقدسة لا حق لعبد الله المستخلف أن يفرط أو يتهاون فيها، إنها ليست ملكا له - بل لله سبحانه - مالكها الأوحد³، فمحافظة الإنسان على حياته وتوفير مقومات بقائها وتطورها وسعادتها ليس حقا للإنسان يستطيع أن يفرط فيه بالانتحار مثلا أو الإهمال أو التجويع أو الانتقام أو التجهيل بل واجبات يثاب على فعلها ويعاقب على تركها، إن هذه النظرة للحقوق على أنها واجبات يمنحها قدسية تمنع التلاعب بها من طرف حزب أو برلمان أو حاكم إثباتا أو إلغاء أو تعديلا طالما أن مصدرها الله.

المطلب الثاني: مفهوم الحرية:

إن الحرية في الإسلام هي كدح ونضال في طريق العبودية لله وليس انطلاقا حيوانيا كما يرى الغرب والذي أخرج الإنسان من آدميته وجردته من قيمه وكانت بمثابة ترخيصا له يتتبع بها نزواته وشهوته دون أي قيد أو شرط،

1. د. الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومو للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 108.

2. أ. مصطفى محسن، إشكالية التربية على المواطنة وحقوق الإنسان بين الفضاء المؤسسي والمحيط الاجتماعي مجلة عالم التربية، التربية على المواطنة وحقوق الإنسان، العدد 15، ص 2.249.

3. د. الطاهر بن خرف الله، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 118.

وهو ما توضحه تعريفاتهم فقد عرفها الفقيه برتراند راسل بأنها " غياب الحواجز أمام تحقيق الرغبات"، ويعرفها ريمون أرون " غياب الضغوطات والممنوعات"¹، إلا أن المعنى اللطيف الذي بينته الآية الكريمة من سورة البينة بقوله تعالى " لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة"² تؤكد بأنه لا سبيل للانفكاك والتحرر إلا بمنهج العبودية لله منهج التكليف، وأن قمة الحرية تكمن في إخلاص العبودية، وأن الإنسان الجدير بصفة الحر هو المؤمن بالله، وأن التكليف هو أساس الحرية وعلامتها.

الخاتمة:

إن المرجع الأساسي والمُحدّد الوحيد للحريات والحقوق في الغرب لا الله ولا الطبيعة ولا الحق الأزلي وإنما هو إله آخر يسمى موازين القوى... القوة... السيطرة والثروة ... ذلك معبود الغرب ومصدر قيمه - دون التقليل من الجهود التي تبذلها القوى الحرة والمنظمات الإنسانية في الغرب لصالح ضحايا القمع -.

في حين نجد أن الشريعة الإسلامية باعتبارها الديانة التتويجية والتكميلية لإيمان مختلف الشعوب والأمم كرمت الإنسان واختصته عن غيره من الكائنات بالاستخلاف بما استحفظ عليه من أمانات العقل والإرادة والحرية والمسؤولية والمنهج الإلهي المنظم لحياته، وأن احترامها وصيانتها واجب على الإنسان والإخلال بها إخلال بالحق الإلهي، وأن هذه الخاصية التي منحها الشريعة الإسلامية للحقوق والحريات منحها الضمانة الكبرى لاستمرارية التمتع بها، ووضعت للإنسان ميزانا يقيس به أفعاله ويزن به تصرفاته وذلك بتدرج مصالحه من الضروري إلى التحسيني وهو ما خطه العلامة الأصولي أبو إسحاق الشاطبي في رائعته "الموافقات" والذي يضع الإطار العام لنظرية الحقوق والحريات في الشريعة الإسلامية، وهو ما تفتقده اليوم الضمانات القانونية التي يتغنى بها المجتمع الدولي، من صعوبة الفصل بين المصلحة الشخصية والمصلحة العامة وبين إيجاد ضمانات للانتهاكات المتواصلة، فهل يستويان مثلاً؟ الحمد لله بل أكثرهم لا يعلمون.

1. عبد الهادي بوطالب، إسهام المعتقدات والديانات السماوية في ترسيخ قيم حقوق الإنسان، مجلة عالم التربية، التربية على المواطنة وحقوق الإنسان، العدد 15، ص 50.
2. سورة البينة، الآية 01.

نحو تجسيد قواعد الحكومة الإلكترونية



الدكتور زين ميلوى : دكتوراه دولة في القانون العام

أستاذ محاضر قسم -أ- رئيس قسم الكفاءة المهنية للمحاماة

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس

العنوان الإلكتروني : milouazine@yahoo.fr

مقدمة :

تسعى معظم دول العالم المدركة لحقيقة التطورات التكنولوجية في مجال الإتصالات عموماً الى ترسيخ قواعد وضوابط الحكومة الإلكترونية بغرض تيسير الاداء الخدماتي للمرافق والهيئات والمؤسسات المكلفة بإدارة وتيسير شؤون وحاجيات الأفراد أعضاء المجتمع.

وبالفعل فقد شهد النصف الثاني من القرن العشرين انفجاراً في حاضـر شبكة الانترنت على المستوى العالمي، ولعل ما يؤكد ذلك الإشارة مثلاً إلى ارتفاع عدد مستخدمي الشبكة وماستتبع ذلك من مبادرات على المستوى العالمي والإقليمي بهدف بناء نماذج للحكومات الإلكترونية.

وكل ذلك ترك أثراً واسعاً المدى على مضمون وأشكال تقديمها وسرعتها ناهيك عن التوفير في العمالة والوقت اللازمين لأداء إجراءاتها مما اعتبر معه أن هذه النماذج في الحكومة وهذا التطور في شكل ومستوى تقديم الخدمات إلكترونياً من أهم الأنشطة التي يمكن أن تقوم بها الدول في شبكة الانترنت¹.

ويتزايد بل يتضاعف عدد مستخدمي شبكة الأنترنت لتأكيد ما سبق ذكره، ففي سنة 2006 وصل العدد إلى 694 مليون مستخدم للأنترنت في العالم، وحالياً قفز الرقم الى أكثر من مليار مستخدم حسبما أوردته دراسة لشركة كوسمور الأمريكية المتخصصة في الدراسات التكنولوجية.

لهذا الأجدر بنا أن نحدد مفهوم الانترنت، ونبين ماهيته الحكومة الإلكترونية وتصنفها، وضبط المقاصد أو الغايات المتوخاة من إقامتها، وصولاً لمكانة هذه الهيئة في بعض الدول تم استعراض أهم خصائص أنواع الحكومة الإلكترونية.

أولاً : تعريف الأنترنت.

كلمة الأنترنت هي كلمة إنجليزية الأصل مركبة من كلمتين (Inter-Net). (Inter) البينية والإتصال، أما (Net) فتعني الشبكة، ففي المعنى الأول الشبكة الوحيدة، وكلا المعنيين إلا أنها ليست الشبكة الوحيدة، بل الواقع يؤكد أنها شبكة تربط بين الشبكات المتعددة، لهذا يطلق عليها لفظ شبكة الشبكات².

كما يطلق عليها لفظ (WAN) أي الشبكة الواسعة المدى (Wide Area Network) وتعتبر الأنترنت شبكة كوكبية لكل الشبكات تساهم في الربط بينها، وتعد مصدراً مشتركاً للمعلومات والمعرفة فالإنترنت اسم لنظام ضخم منتشر حول العالم، وهو المحرك الرئيسي للعولمة والمجسد الفعلي لمفهوم القرية الإجمالية (الكوكبية)³.

وتوصف شبكة الأنترنت كذلك بالغبابة الكثيفة من مراكز تبادل المعلومات التي تخزن، وتستقبل وتبث جميع أنواع المعلومات في شتى فروع المعرفة، وفي كافة جوانب الحياة⁴.

"واعتبرت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية شبكة الأنترنت بأنها شبكة عالمية للحواسيب مرتبطة خارجياً"
ثانياً : ماهية الحكومة الإلكترونية :

إن الحكومة الإلكترونية هي ظاهرة تكنولوجية في القطاع العام، يعتقد أن أول استخدام المصطلح "الحكومة الإلكترونية" ورد في خطاب للرئيس الأمريكي بيل كلينتون عام 1992.

إن انتشار الإنترنت في دول العالم المتقدم كان في بداية التسعينات من القرن الماضي إذ أدى إلى ظهور المجتمعات الإلكترونية التي حققت مكاسب كبيرة في القطاع الخاص.

وقد كان من العوامل المحفزة للقطاع العام للتطور التكنولوجي لتلبية رغبات المجتمعات الإلكترونية والشركات التي تتعامل من خلال التجارة الإلكترونية، أيضاً وجد القطاع العام فرصة في ذلك لتطوير نفسه من خلال تطبيق تكنولوجيا المعلومات وتحقيق مكاسب مادية، وخدماتية وأحياناً سياسية، ديمقراطية⁵.

لذلك لا يوجد تعريف محدد لمصطلح الحكومة الإلكترونية نظراً للأبعاد التقنية والإدارية والتجارية والاجتماعية التي تؤثر عليها الحكومة الإلكترونية فمنظمة الأمم المتحدة عام 2002 عرفت الحكومة الإلكترونية بأنها "استخدام الإنترنت والشبكة العالمية العريضة لإرسال معلومات وخدمات الحكومة للمواطنين".

كما أن منظمة التعاون والتنمية في المجال الإقتصادي عام 2003 عرفت بأنها "استخدام تكنولوجيا المعلومات وخصوصاً الإنترنت للوصول إلى حكومات أفضل".

وهناك أيضاً تعريفات أخرى لعدد من الباحثين في مجال الحكومة الإلكترونية فمنهم من عرفها كوسيلة لتحسين القطاع العام والحكومي، وآخرون عرفوها بأنها وسيلة لتحقيق الإصلاح وتغيير العمليات الهيكلية والثقافة الحكومية، وآخرون ركزوا على جانب تحسين الإتصال مع المواطن وتحقيق ديمقراطية أكبر، وأخيراً هناك من ذكر أنها قضية تجارية تتعلق بزيادة العوائد وتحسين الأداء والوضع التنافسي للهيئات الحكومية⁶.

ويبدو أن المفهوم الأكثر شمولية للحكومة الإلكترونية E.Gouvernement تعريف البنك الدولي إذ يعتبرها المؤسسات الحكومية لتكنولوجيا المعلومات (مثل شبكة المعلومات العريضة، وشبكة الانترنت القادرة على تغيير وتحويل العلاقات مع المواطنين ورجال الاعمال ومختلف أصناف المؤسسات الحكومية).

ولعل تحديد مفهوم الحكومة الإلكترونية يستعدي في حد ذاته ضبط نطاق الحد الذي تصل إليه وسائل وأدوات عصرنة الإدارة العامة بمرافقها وهيئاتها سواء على مستوى المركزية الإدارية أو على مستوى اللامركزية الإدارية، بإدخال ما تحقق من تطور في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.

فلا يراودنا ادنى شك في تجاوب المرافق العامة بمختلف أنواعها ومستوياتها مع موجبات ذلك الهائل المد من المعلومات في مجال الاتصالات، فالعلوم للتطور والتغير، بحيث يتلائم وينسجم أن المرفق العام يتميز بالقابلية مع المعطيات الجديدة ويواكب المستجدات على مختلف أصناف مجالاتها، لهذا فلحكومة الإلكترونية تجد المناخ المساعد لبلورت مضمونها وتجسيدها مقاصدها في ذاتية المرافق العامة للدولة أصلاً، هذا لا يجعلنا نغض الطرف أهمية دور عن جوانب الإقتصاد وعالم التجارة الإلكترونية وما أحدثته الوثيقة الإلكترونية في هذا الشأن.

إن هذه الحقيقة القائمة تستدعي منح مفهوم واسع للحكومة الإلكترونية.

ثالثاً: تصنيف الحكومة الإلكترونية :

هناك تصنيفان شائعان لأنواع الحكومات الإلكترونية نوردهما فيما يلي:

- التصنيف التفاعلي **interactivity** :

حيث يعتمد التقسيم هناك على مدى التفاعلية في أداء الخدمة، بمعنى هل يقدم الموقع **site** مجرد بيانات عن إجراءات الخدمة، أم أنه يقدم نماذج تقديم الخدمة، أم أنه يقدم الخدمة بالكامل.

- التصنيف على أساس الخدمة من/ إلى، **from who to who** :

حيث يعتمد التقسيم هنا على نوع الخدمة التي يقدمها الموقع وبالتحديد لمن، وهناك أربع أنواع من الخدمات لمستفيدين محددين كالتالي :

ح إلى م من الحكومة للمواطن **G2C Governement to citizen**.

ح إلى ع من الحكومة لمديري الأعمال **G2B Gov.to Business**

ح إلى ظ من الحكومة إلى المواطنين **G2E Gov. To Emplyess**

ح إلى ح من حكومة إلى حكومة **G2G Gov to Gov**

أيضا يمكن إضافة نوعان آخران يتعلقان بإدارة الأعمال هما:

- أ إلى أ من أعمال إلى أعمال **B2B Business to Business**

- أ إلى م من أعمال إلى مستهلك B2C Business to Customer

بمعنى تقديم الخدمات من الحكومة إلى أربع منتفعين من هذه الخدمات وهم المواطنين ورجال الأعمال والموظفون والمؤسسات الحكومية نفسها.

رابعا: أهداف الحكومة الإلكترونية.

يمكن من خلال استقراء أحكام الحكومة الإلكترونية أن نلخص المقاصد أو الأغراض الجوهرية المراد تحقيقها فيما يلي:

1- ضبط وتبسيط التدابير والإجراءات والقواعد التي تستند إليها المرافق والمؤسسات الحكومية بصورة من شأنها أن تقدم خدماتها الكترونيا مما يؤثر إيجابا في تحسين أداء الخدمة *l'Amélioration de prestation de service.*

2- تجسيد شفافية المعلومات وعرضها أمام المواطنين ومجتمع رجال الاعمال بكافة أشكالها وبمستويات عالية الجودة والدقة.

3- الوصول بالخدمات الحكومية الى أقصى المواقع الجغرافية داخل الدولة.

4- تيسير تعرف المواطنين وكل شخص مهتم على المعلومات المتوفرة.

5- إن تطبيق مقتضيات الحكومة الإلكترونية في نطاق النشاط والعمل الإداري والتجاري والصناعي وغير ذلك يشكل أحد الوسائل الهامة لمكافحة الفساد وتحجيم مظاهر البروقراطية.

6- يؤدي أعمال الحكومة الإلكترونية على المستوى المحلي الى تفعيل دور الجماعات المحلية (مثلا البلدية) في تحقيق التنمية المحلية.

7- تساهم الحكومة الإلكترونية في إقامة الحكم الراشد *la bonne gouvernance* ، وينعكس ذلك بالضرورة على استعادة الثقة (المفقودة أحيانا) بين الحاكم والمحكوم بين الإدارة والمواطن أو المتعامل معها عموماً.

8- تهدف الحكومة الإلكترونية أيضا الى إيجاد الحلول للمسائل والإشكالات المستجدة التي تعترض أحيانا الحكومات التقليدية كانهدام او قلة الكفاءة الوظيفية لأعوان الإدارات الخ..

9- تسعى الآليات التي تتيحها الحكومة الإلكترونية الى تبني وإرساء الديمقراطية الإلكترونية لتفاعل المواطنين مع ما توفره هيئات ومؤسسات الحومة الإلكترونية.

خامسا : خصائص أنواع الحكومة الالكترونية.

جدول خصائص أنواع الحكومة الالكترونية.

النوع	المعلومات	الاتصالات	المعاملات المباشرة
الحكومة للمواطن والمواطن للحكومة	طلب معلومات من شركة أو المواطن عن ضرائب. ورخص أعمال وتسجيل، وقوانين، برامج سياسية، ومسؤوليات إدارية... الخ	طلب معلومات ونقاش يتعلق بالعمليات والمنتجات الإدارية والغتصالات مع السياسيين، والمسؤولين... الخ	توصيل الخدمة مباشرة ورصد النتائج، والتصويت الالكتروني، وتوفير الحل مباشرة، والمشاركة المباشرة... الخ
الحكومة للأعمال والاعمال للحكومة	طلب معلومات من شركة أو المواطن عن ضرائب، ورخص أعمال، وتسجيل، وقوانين، وبرامج أعمال، وسياسات أعمال، مسؤوليات ادارية... الخ	طلب معلومات ونقاش يتعلق بالعمليات الإدارية للأعمال والمنتجات والاتصالات مع السياسيين والمسؤولين.. الخ	توصيل الخدمة مباشرة ورصد النتائج، والمعاملات الالكترونية، والحيازة الالكترونية، ومراجعة الحسابات الالكترونية... الخ
الحكومة للحكومة	تبادل المعلومات بين المسؤولين المختلفة والمستويات الهرمية المختلفة، اجتماعات النقاش، والاتصالات في المفاوضات واتخاذ القرارات والتفاعل بخصوص قرارات وقوانين ادارية، ومشاريع أو برامج... الخ	القيام بتبادل المعلومات بين المسؤولين المختلفة والمستويات الهرمية المختلفة، اجتماعات النقاش والاتصالات في المفاوضات واتخاذ القرارات والتفاعل بخصوص قرارات وقوانين ادارية ومشاريع أو برامج... الخ	سريان العمل بين المنظمات وتبادل البيانات وتبادل السياسة والحلول مباشرة، وإدارة المعلومات والمعرفة.. الخ
الحكومة الاريحية والاريحية للحكومة	تبادل معلومات عن قرارات ادارية وسياسات ادارية وبيانات وسجلات وقوانين وبرامج سياسية ومعلومات عن خلفيات قرارات... الخ	القيام بتبادل المعلومات بين مختلف المنظمات والوكالات واجتماعات نقاش والاتصالات بخصوص المفاوضات واتخاذ القرارات والتفاعل بخصوص قرارات وقوانين إدارية... الخ	سريان العمل بين المنظمات وتبادل البيانات وتبادل السياسة والحلول مباشرة وإدارية المعلومات والمعرفة.. الخ
الحكومة والموظفين	تبادل المعلومات بالنسبة للأعمال والاداء وسيااسة الموظفين وبيانات واعلانات بالنسبة لإدارة المستقبل الوظيفي وتنمية موظفي الحكومة... الخ	القيام بتبادل المعلومات بين الأقسام المختلفة والأشخاص المختلفين وحلقات النقاش والاتصالات بخصوص المفاوضات واتخاذ القرارات والتفاعل بخصوص الأعمال والأداء... الخ	سريان العمل بين الموظفين وتبادل سياسات الموظفين وحلول وبيانات وغدارة المعلومات والمعرفة والمساهمة المباشرة... الخ

سادسا: نماذج لإستراتيجية الدول في تجسيد الحكومة الإلكترونية.

ما من شك أنه من غير المعقول استقراء كافة التجارب العالمية في نطاق الحكومة الإلكترونية، ولهذا نكتفي بتسليط الضوء على بعض الدول بالنظر الى الإهتمام والمكانة الخاصة التي تحظى بها الحكومة الإلكترونية لدى كل دولة معينة.

- اليابان :

لقد اعلنت اليابان عن خطة الحكومة الإلكترونية ضمن مشروع الألفين عام 1999، حيث توجهت الخطة الى استراتيجية بناء اليابان الإلكترونية ضمن الخطة الوطنية الإستراتيجية لتقنية المعلومات، ومن بعض الخطوات التنفيذية المرموقة التي احتوتها الخطة:

- التعاون الثنائي والجماعي مع الدول الآسيوية.

- الترويج للحكومة الإلكترونية المحلية.

واتسع نطاق الأعمال والمعاملات اليابانية القائمة على الانترنت ومثال ذلك في يونيو 2004 توسعت وكانت الضرائب الوطنية في نطاق عمليات المعاملات الظرائبية الإلكترونية... كما قامت وزارة المالية بتمكين الدفع المباشر عبر الأنترنت (رسوم التراخيص، والغرامات) 9

- أستراليا :

لقد كان للحكومة الأسترالية رؤية مبكرة لبوابة الحكومة الإلكترونية التي عن طريقها يمكن إنجاز المعاملات مع الحكومة في خطوة واحدة، ولهذا قامت بوضع آلية استراتيجية للحكومة الإلكترونية قائمة على اهمية التكامل في توفير الخدمات الإلكترونية. ولتحقيق أهداف وضع الإطار لبوابة متكاملة اهتمت بالتضامن بين مختلف المصالح الحكومية. وبهذا فإن بوابة الحكومة الإلكترونية تقدم للمستخدمين بما فيهم قطاع الأعمال خدمات متعددة تسهل من التعامل مع الحكومة، فهي تقدم 80 خدمة تفاعلية تتراوح بين طلب شهادات الميلاد وتسجيل الناخبين. كما أنها تزود المستخدم بثلاثة خيارات للدخول على الخدمات والمعلومات: نوع الخدمة، والمكان والأحداث الحية. 10

- فرنسا :

في فبراير 2004 أزاحت الحكومة الفرنسية الستار على خطة الحكومة الإلكترونية للفترة ما بين 2004-2008 ، والتي أسمتها الإدارة الإلكترونية أو "أديل"، حيث يهدف برنامجها، الى دفع تطوير تقديمي ومتناسق للخدمات لتقديم خدمة أفضل للمواطن، والأعمال والموظفين المدنيين بأسلوب متماسك ومنسق، وللمساهمة في تحديث الحكومة الفرنسية. تلك الخطة تتضمن إطار العمل لمباراة في مختلف المجالات، مثل ملف خدمات العديد من فئات المواطنين وموظفي الخدمة المدنية، والبيئة التحتية الفنية، ومعايير العمل التضامني، والامان وبرامج التدريب. كما قامت الحكومة مؤخرا بتحديث الخطة الإستراتيجية للإدارة الإلكترونية بهدف تقديم المزيد من الخدمات التي تركز اهتمامها على المواطن. مع تسهيل الدخول على موقع الحكومة الإلكترونية للجميع وجعل نظام التعامل

شخصي وابتسط في الإستخدام عن طريق تسهيل العمليات وتواصلها وارتباطها ببعضها والحرص على أن تكون الإدارة أكثر استجابة.

- الدنمارك.

إن في الدنمارك الحكومة الإلكترونية قائمة على اساس المبادئ التالية :

- مجتمع معلوماتي للجميع.
 - تحقيق قرية البحوث العالمية.
 - تنفيذ إنترنت ذات حزمة عريضة لمؤسسات البحث.
 - استخدام المطبوعات المباشرة (على الانترنت)
 - استخدام تقنية المعلومات في البلديات.
 - استخدام تقنية المعلومات في الشركات الدنماركية.
 - حفظ الملفات والسجلات إلكترونياً.
 - الثورة المحمولة.
 - استخدام تقنية المعلومات في التعليم.
 - الإدارة والقواعد القانونية المدعومة إلكترونياً.
 - تقنية المعلومات ومعوقات خطة العمل.11
- فنلندا :

الحكومة الإلكترونية تقوم على ما يلي :

- الشراكة في البيانات بين القاعدة السجلات الوطنية.
- البريد الإلكتروني للرسائل.
- تبادل البيانات الإلكترونية في بعض التطبيقات.
- التجارة الإلكترونية.
- العمل عن بعد: استخدام البطاقة الذكية واستخدام الأكشاك والإنترنت.
- خدمات تتم في خطوة واحدة.

- التزايد في الإتصالات والتسجيلات الإلكترونية.

سابعاً: الحكومة الإلكترونية في دول العالم العربي :

خلال الحقبة الممتدة بين عامي 2001-2008 حرصت الدول العربية - على المستويين الرسمي والقطاع القطاع الخاص - على عقد سلسلة طويلة من اللقاءات والاجتماعات والمؤتمرات والندوات، ومنها المؤتمر الذي عقد في مراكش عام 2002 للمندوبين للإتحاد الدولي للإتصالات والإتحاد العربي. وصدر عن هذا المؤتمر مجموعة من القرارات كان من أهمها القرارين (102 و133) والذان يوجهان بضرورة تنظيم وعقد منتديات دولية وإقليمية للإتصالات وتكنولوجيا المعلومات وتطبيقات الحكومة الإلكترونية، وبالتعاون مع الجهات المعنية خلال الحقبة الممتدة بين عامي (2002-2006) لغرض مناقشة السياسات والامور التنفيذية والفنية عن شبكة المعلوماتية (الانترنت) بصفة خاصة، وإدارة وأسماء وعناوين نطاقات الشبكة لمصلحة الأعضاء.

في الإطار ذاته، عقدت في مدينة مسقط العمانية ندوة 10-12 أيار 2003، شارك فيها (340) مشاركاً من (14) دولة عربية وعدد من الدول الإقليمية والعالمية، ومثلي عدد من المنظمات الدولية والقطاع الخاص. خلصت الندوة الى مجموعة من التوصيات كان من أهمها: الدعوة الى تطبيق الحكومة الإلكترونية واعتبار ذلك ضرورة حتمية لما لها من فوائد عديدة، ومنها أيضاً رفع كفاءة تقديم الخدمات والشفافية والتقليل من البيروقراطية بمفهومها التقليدي الشائع، وتوسيع فرص العمل عن بعد للجميع وخاصة المرأة العربية، والتأكيد على الجوانب التشريعية والإدارية والبيئية والإنسانية لغرض الوصول الى تطبيق ناجح للحكومة الإلكترونية عربياً 12

ومن المؤتمرات العربية والدولية الأخرى التي تشارك فيها العرب. كان مؤتمر دبي المنعقد في سنة 2004. والذي حضره ممثلو (17) دولة عربية الى جانب ممثلي الإتحاد البريدي العالمي والصندوق السعودي للتنمية وشركات عربية وعالمية، استعرض المؤتمر واقع الخدمات الإلكترونية ومدى تطبيقها في البلاد العربية واستفادة المواطن العربية أينما وجد من هذه الخدمات.

- الجزائر :

لقد اتجهت الجزائر الى وضع مشروع سنة 2004 يضم عدة محاور لبناء مجتمع المعلومات، وتحريك الإقتصاد وجعله رقمي، إضافة الى تقليص البيروقراطية والوصول الى سرعة اتخاذ القرارات والخطة أو البرامج الذي يستمد الى سنة 2012 يهدف أساساً الى عصنة الإدارة بإدخال تكنولوجيا المعلومات والإتصال.

وتزايد عدد المشاركين في خدمة الانترنت ذات التدفق العالي ليصل الى 900 ألف.

كما يسعى مشروع الحكومة الإلكترونية في الجزائر الى :

- تطوير المعيشة للمواطن
- ضمان فعالية عمل مرافق الإدارة
- إعادة تقييم عون الإدارة

- جعل الإدارة عامل أساسي في عصرنة الإقتصاد.
- تطوير المصارف...الخ
- عصرنة الإدارة المركزية والمحلية وادخال الوثيقة الإلكترونية على مستوى الهيئات الإدارية، وضمان استخراج بطاقة الهوية وجواز السفر البيوميترى..الخ.

- المملكة المغربية :

بادر المغرب بداية من السنوات الأولى لللفية الثانية الى وضع مشروع أو (مبادرة) عرفت تحت تسمية (إدارتي) وهي تقتضي إدخال تكنولوجيات الإتصال والإعلام الآلي على مجال الإدارات من بينها (الجمارك، القضاء...الخ).

واحدثت المملكة المغربية وزارة عصرنة القاطاعات العمومية سنة 2006، وبغرض إرساء فكرة أو حقيقة أن الإدارة في خدمة المواطن.

ويوسع المغرب من نطاق الإستفادة من خدمات التكنولوجيات المعاصرة، بالإجاه نحو برامج البنك الدولي في هذه المؤسسة التي تعد تقارير مستمرة حول الحد الذي وصل اليه المشروع المغربي للحكومة الإلكترونية.

إن الجهود لازالت قائمة وتستدعي إرادة فعلية لتحقيق استراتيجية الحكومة الإلكترونية بالمغرب ، وقد بلغ ترتيب المملكة المغربية الرتبة 140 مقارنة بـ 192 دولة تابعة بمنظمة الأمم المتحدة على نطاق إدخال الحكومة الإلكترونية في إحصائية سنة 2008.

كما حدد المغرب في إطار المخطط الرقمي 2013 في الدورة الحادية عشر للجنة البين وزارية للحكومة الإلكترونية **GTGOV** أهم أغراض وقواعد هذه الحكومة، وتشرف على هذه الدورة وزارة الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة، وقد تقرر التركيز على المشاريع الرائدة مثال ذلك (التعريف الموحد للمواطن) وهو من ابرز وأهم المشاريع للحكومة الإلكترونية في المغرب.

كما تم تشكيل لجنة وزارية توكيل مهمة تقديم تقارير مباشرة لرئيس الحكومة، كما تعهد لها مهمة الحكامة الانتقالية لبرنامج الحكومة الإلكترونية، وذلك في انتظار الوكالة الوطنية.

ومن بين الإنجازات في هذا الصدد إحداث المنصة الرقمية للبريد التي تشمل عرض علبة البريد الإلكترونية (Baride Box)، وعرض التجارة الإلكترونية (Baride Shop).

- تونس :

الجمهورية التونسية أقامت الإطار المناسب لبعث الحكومة الإلكترونية، إذ تم الإتفاق مع البنك العالمي على مشروع اسارتيجي خلال سنتين 2007/2008 من شأنه نشر الإدارة الإلكترونية في تونس، ويشمل الإستشارات والتحليل القانونية، وأقر المشروع ضرورة تشريع نصوص تضم مجمل المجالات في هذا الشأن.

- الإمارات العربية المتحدة :

لعلنا نستطيع تلمس الإيجابية لتطبيقات الحكومة الإلكترونية في لدولة الإمارات فيما تحقق من أهداف على أرض الواقع. فقد أدى مثلاً خدمات الحكومة الإلكترونية الى توافر أكثر من 43 مليون درهم إماراتي عام 2005. وكان من المتوقع آنذاك أن يصل هذا المبلغ الى 118.1 مليون درهم حتى نهاية عام 2007. كما تم تنفيذ أكثر من 50% من المعاملات الحكومية عام 2007، دون أن يكون حاجة للقيام بزيارة شخصية للدوائر الحكومية. وتم خلال السنوات الماضية تقديم أكثر من (1800)، خدمة وما الى ذلك عبر استخدام تطبيقات الحكومة الإلكترونية لدولة الإمارات العربية والحكومات الأخرى المرتبطة بها.

وتوخت دولة الإمارات من هذه التطبيقات أيضاً، تحسين الإقتصاد لدولة الغمارات بصورة عامة، وإمارة دبي بشكل خاص، وذلك عن طريق جذب ألب من الإستثمارات الأجنبية، ولا سيما أن دبي تعتمد ومنذ زمن طويل على إعادة البضائع الى دول تشغل مساحة جغرافية تضم ما يقارب من مليار نسمة، وتشمل دول إيران وباكستين ودول الخليج العربي والدول العربية الأخرى، وجمهوريات آسيا الوسطى وعدد من الدول الأفريقية، إن توفير الخدمات وفي أفضل المستويات يتطلب تنفيذ مثل هكذا مشروعات الكترونية لتسهيل عمليات التبادل والتجارة الإلكترونية والحصول على التراخيص ودفع الضرائب وما الى ذلك عبر استخدام تطبيقات الحكومة الإلكترونية 13

- مصر :

خطت جمهورية مصر خلال العقد الاخير خطوات واسعة وسريعة تجاه تحقيق نهضة تكنولوجية وثورة هائلة في مجال الإتصالات، شكلت ما يمكن تسميته بـ (الطرق السريعة للمعلومات)، وبما أتاح توفير ونشر خدمات الإتصالات لكافة فئات المجتمع، الامر الذي جعل من مصر منتجة لبعض عناصر التكنولوجيا المتطورة وقاعدة رئيسة لصناعة المعلوات في المنطقة بهدف مواكبة التطورات والتكنولوجية والدخول بقوة الى عالم الإتصالات والمعلومات لغرض خلق مجتمع مصري مرموق قادر على التفاعل بكفاءة وفعالية مع متطلبات عصر العولمة وتقنيات صناعة المعلومات .

خاتمة :

إن التطور الملحوظ في المنظومة القانونية للدول المتجهة نحو العصرية والتي تواكب التوجهات الكبرى لعالم الإتصالات والتكنولوجيات الحديثة، يدل بلا تردد عزم أكيد على تبني إستراتيجية واعدة لإقامة كافة قواعد وأسس الحكومة الإلكترونية.

إن الحاجة الماسة لذلك ترتبط مع متطلبات ورغبات أفراد المجتمعات التي لم تعد تطيق الإنتظار لقضاء حاجياتها الأساسية، ولقد نفذ المواطن من تباطؤ وتماطل الأداء المرفقي أو المؤسساتي أو التجاري، الذي يتسم عموماً في دول العالم العربي بالبروقراطية، وسوء الإدارة والتسيير.

لعل ذلك يجعل من التعجيل في إقامة الحكومة الإلكترونية وتعميم أحكامها من المسائل الأولية ذات الصفة الإستعجالية ولقد حان فعلاً الوقت لتدارك التأخر المسجل لدى الدول العربية في معظمها للأخذ بهذه الإستراتيجية الضرورية، والعمل دون كلل على نشر وتوجيه ثقافة الحكومة الإلكترونية، وتسخير كل وسائل الإعلام لإنجاح تلك الغاية.

إن المهمة والمسؤولية حيوية وجدية للغاية تقع على عاتق هيئة مجلس وزراء العرب للإتصالات والمعلومات، وكذا الهيئات المختصة ذات الصلة، ولا تغفل عن دور المنظمات وجمعيات المجتمع المدني.

وما ينبغي التأكيد عليه هو الحرص على إيجاد ثقافة الحكومة الإلكترونية (La culture du (gouvernement électronique) وبت الأفكار وترسيخها على مستوى الجانب التربوي والتكويني لدى أفراد المجتمع فهم المخاطبين والمتفاعلين في ذات الوقت بمنافع الحكومة الإلكترونية.

Résumé : « vers la concrétisation des règles du gouvernement électronique »

Le développement du gouvernement électronique constitue une stratégie de modernisation des institutions de l'Etat.

Le monde contemporain a bien évolué dans se sens, et nombreux les pays qui ont adhérer sont a l'instauration des éléments et fondements de gouvernement électronique.

Certains Etats arabe enregistrent des succès modestes dans la promotion des services de gouvernement électronique, et il reste beaucoup à faire.

Brefs c'est ce que je veux éclaircir à travers cette intervention.

الهوامش :

1- د. زين عبد الهادي، خطوات علمية لتركيز الحكومة في العالم العربي، مداخله لرئيس الإتحاد العربي للمعلومات ص 13.

2- د/ أسامة أحمد بدر، حماية لمستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، مصر، طبعة 2005 ص 16، 17 أنظر أيضا.

LIONNEL BOCHURBERG, INTERNET COMMERCE ELECTRONIQUE, DELMAS, 2eme édition, 2001, p9

فرانسيس بال وجرار إيميري "وسائط الإعلام الجديدة" ترجمة فريد أنطوانيوس دار عويدات، بيروت، لبنان، 91، وما بعدها-3

4- أنبيل علي، الثقافة العربية عصر المعلومات، سلسلة عالم المعرفة المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت طبعة 2001، ص 92.

5- دمعوان مصطفى، التجارة الإلكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، طبعة 2009، ص 24، 25.

6- دمعوان مصطفى، المرجع السابق، ص 25.

- 7- أ.د زين عبد الهادي، الحكومة الإلكترونية في العالم العربي بين النماذج الناجحة ونماذج تتطلع للنجاح، وثيقة صادرة عن المنطقة العربية للتنمية الإدارية، دون تاريخ، ص 19، 2006.
- 8- أ.د محمد نور بن ياسين فطاني، الحكومة الإلكترونية، بحث في نطاق سلسلة نحو مجتمع المعرفة، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية.
- 9- أ.د محمد نور بن ياسين فطاني، نفس المرجع ص 70.
- 10- يراجع أ.د محمد نور بن ياسين نفس المرجع ص 72.
- 11- أنظر أ.د محمد نور بن ياسين نفس المرجع ص 78.
- 12- د.داكر محي الدين عبد الله العرقي، دور الحكومة الإلكترونية في التنمية العربية المستدامة، 2008، ص 16، 17.
- 13- د.داكر محي الدين عبد الله العراقي، نفس المرجع، ص 17.

النكيع في العقود الواردة على حقوق الملكية الصناعية : - عقد نفويت براءة الاختراع نموذجاً -



من إعداد الأستاذ : محمد بكار
باحث بكلية الحقوق سطات

تقديم :

ترتبط براءة الاختراع بالابتكار و الإبداع، إذ تمثل حقا مطلقا يمنح للمخترع لكي يصنع، ينتج، ويبيع المنتج المبرأ. أو يستخدم طرق الإنتاج المبرأة. وهي بهذا الوصف تعد الوسيلة القانونية الكفيلة بإضفاء الحماية القانونية على الاختراع. إذ تعتبر سند الملكية لصاحبها. وما يترتب على ذلك من قصر الاستئثار بالاختراع و الاستفادة منه بالطرق القانونية له وحده.

فضلا على أنها تعد أهم تطبيق للملكية الصناعية، سواء من حيث طبيعة الامتيازات التي تخولها للمخترعين أو ذوي حقوقهم، أم من حيث وسائل الحماية المقررة قانونا لهذه الامتيازات. ولعل ما يؤكد ذلك أن كل القوانين المتعلقة بالملكية الصناعية أو الفكرية بصفة عامة تجعل براءة الاختراع في صلب اهتماماتها، إذ تخصص لها جزءا لا يستهان به من حيث العناية والتنظيم.

وقد يرجع السبب في ذلك إلى كون براءة الاختراع كسائر الأموال المنقولة المعنوية¹ يمكن أن تكون موضوعا لمجموعة من العمليات القانونية² إحداها ذات مصدر إرادي تلعب فيها إرادة المالك الدور البارز في تمكين الغير من الاستفادة من مكناتها، وذلك انطلاقا من التصرفات القانونية التي يجريها صاحب الحق عليها.

وإذا كان الأصل أن من واجب صاحب الاختراع أن يقوم باستغلاله فعليا ، وإلا تعرض للتشطيب على حقه، فالأولى أن يقوم شخصا باستغلال اختراعه إلا أن هذا الأخير قد لا تسعفه الإمكانيات المادية للقيام بذلك أو لعدم تمكنه من استغلال الاختراع لأي سبب كان، مما يفضل معه القيام بتفويته للغير كأبرز وجه من أوجه التعاقد على براءة الاختراع. إلا أن تدخل الغير يختلف حسب طبيعة التصرف الذي سيؤدي إلى انتقال الحق على البراءة. وفي هذا الإطار تنص المادة 56 من قانون 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية على أنه: "يمكن نقل جميع أو بعض الحقوق المرتبطة بطلب براءة أو براءة.

يمكن أن يمنح في شأن مجموعها أو بعضها ترخيصا بالاستغلال يكتسي أو لا يكتسي طابعا استثماريا كما يمكن أن تكون محل رهن..."

واضح من المقتضى السالف أن التعاقد على براءة الاختراع في شقه الأول يؤدي إلى نقل ملكيتها للغير بسبب العقد، هذا الأخير الذي ينتج آثارا والتزامات مزدوجة بين طرفي العلاقة التعاقدية، تنقضي بالوفاء بها اختيارا أو جبرا، لكونهما ملتزمان بالوفاء بها. وهذه القاعدة من آثار مبدأ سلطان الإرادة، تمليها اعتبارات دينية وأخلاقية بل حتى اقتصادية. وهي تفرض تنفيذ العقد بجميع ما اشتمل عليه من التزامات وفقا لمقتضيات القانون والعرف ومبادئ العدالة.

وبغض النظر عن حالة التنفيذ الجيد للالتزامات المترتبة عن العقد، فإنه وعلى غرار سائر العقود يمكن أن يكون عقد التفويت محلا لمنازعات يقتضيها عدم التنفيذ الجيد له ، سواء بين أطرافه أو بين الغير، مما يفتح المجال لتدخل مؤسسات يوكل لها أمر فض وتسوية المنازعات التي تعترض تنفيذ العقد، عبر تحديد وتقدير مسؤولية الطرف المخل بالتزاماته، حيث يبقى للقضاء مبدئيا الاختصاص الأصيل للفصل في كل ما يثار من منازعات. إلى جانب مؤسسة التحكيم باعتبارها وسيلة بديلة لفض وتسوية تنفيذ بنود عقد التفويت.

¹ - Albert chavance, Jean-Jacques Burst : droit de la propriété industrielle. Dalloz Delta 5^e édition 1998.p 180.

² - ما دام أن براءة الاختراع تعتبر مالا معنويا كما تفيد ذلك المادة 80 من القانون رقم 15.95 المتعلقة بمدونة التجارة، فإنه يمكن أن تكون محلا لأعمال قانونية منها ما يتم بناء على إرادة مالك البراءة والمتمثلة في التفويت والترخيص بالاستغلال والرهن وكذا تقديمها حصة في شركة. ومنها أيضا ما يتم دون إرادة مالكها المعني بالأمر والتي تقتضيها طبيعة الحال ضرورة إشباع حاجيات المصلحة العامة للمجتمع ويندرج ضمنها الترخيص الإجباري باستغلال براءة الاختراع أو الترخيص التلقائي بالاستغلال الذي نظمته المشرع لأجل حاجات المصلحة العامة. وكلها عمليات تستدعي إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية كما تم تعديله وتنميته بموجب القانون رقم 31.05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.190 المؤرخ في 14 فبراير 2006.

- تنص المادة 80 من مدونة التجارة "... يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية. ويشمل أيضا كل الأموال الضرورية لاستغلال الأصل كالاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والأثاث التجاري والبضائع والمعدات والأدوات، وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية الملحقه بالأصل".

علما أن الأطراف في هذا النوع من العقود وغيرها من عقود التجارة الدولية كثيرا ما يفضلون اللجوء إلى التحكيم الذي تبث فعاليته في فض منازعات الملكية الصناعية عموما ومنازعات تفويت البراءة بشكل خاص، نتيجة لما يتيح من اقتصاد للجهد والوقت. ونتيجة كذلك للطابع الدولي لمثل هذه العقود.

لذلك يبرز بجلاء التساؤل حول خصوصية التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات المثارة في مجال تفويت براءة الاختراع وحول مبررات اللجوء إلى مؤسسة التحكيم وأوجه تفعيله في العقد المذكور.

ولمعالجة هذا الموضوع نرى أنه من الأنسب أن نقسمه إلى مبحثين نخصص الأول لدراسة خصوصية التحكيم في مجال عقد تفويت براءة الاختراع، بينما نخصص المبحث الثاني لمبررات اللجوء إلى التحكيم وأوجه تفعيله في العقد المذكور.

المبحث الأول: خصوصية التحكيم في مجال عقد تفويت براءة الاختراع:

لم تعد مؤسسة القضاء، الجهة الوحيدة¹ المختصة لسلطة الفصل في المنازعات، التي تنشأ بين المتعاقدين. بل أصبحت مؤسسة التحكيم منافسا للقضاء في هذا المجال. إذ يحصل أن تتعدى المنازعات الناشئة عن عقد التفويت، الحدود الوطنية. مما يكسب هذه الأخيرة طابعا دوليا يتأثر بالاختلاف بين الطابع الوطني للتقاضي أمام المحاكم الوطنية، والنطاق الدولي للنزاع المرفوع أمام القضاء.

حيث يفضل المعنيون باللجوء إلى التحكيم² كمؤسسة للفصل في نزاعاتهم وتفاديا منهم لما يصطلحون عليه بسلبيات القضاء الوطني. وبالتالي تبرز بجلاء معالم خصوصية التحكيم كوسيلة بديلة لحل هذه النزاعات ومن ثمة إيجاد السبل الفضلى التي يتفق عليها الأطراف لحلها.

فقدما قال أرسطو بأن الأطراف يفضلون التحكيم على القضاء، حيث إن المحكم يرى العدالة في حين يكتفي القاضي بتطبيق القانون، سواء كان فيه عدل أم لا.

كما تظهر الخصوصية أيضا من حيث مدى تحكيمية منازعات عقد التفويت، إذ يكتسي عنصر القابلية للتحكيم أهمية بالغة في تحديد المجالات المفتوحة في وجه التحكيم. إذ لا يمكن عرض نزاع على التحكيم إلا إذا كان من المواضيع التي يجوز فيها التحكيم. على اعتبار أن موضوع الملكية الصناعية له ارتباط وثيق بمفاهيم قانونية من قبيل: النظام العام والاختصاص الحصري للقضاء بمنازعاتها، لذلك فلن يكون أي اتفاق أو مقرر تحكيمي صحيحا ينبغي أن يكون منصبا على موضوع يقبل فيه التحكيم. تحت طائلة بطلان المقرر التحكيمي كجزاء لعدم احترام المنع من التحكيم.

فهل فعلا تتأثر المنازعات المترتبة عن عقد تفويت براءة الاختراع بالتحديد السابق، أم أنها تبقى قابلة للتحكيم في جميع أوجهها طالما أن حسمها تتوقف عليه مصالح الطرفين؟

1- علي غزواني. قانون التجار الدولي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة قانون الأعمال. جامعة محمد الخامس. السويبي. الرباط. السنة الجامعية 2007-2006.

2- للمزيد من التفاصيل بشأن خصوصية تسوية المنازعات عن طريق التحكيم يراجع: - أبو زيد رضوان. الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. دار الفكر العربي. 1981. ص. 23.

قبل الإجابة عن التساؤل المثار، نلفت الانتباه إلى أنه توجد مجموعة من المعايير القانونية تتحكم في تحديد القابلية للتحكيم ومن ثمة إبراز بعض خصوصياته في هذا الإطار وذلك وفق الشكل الآتي بيانه:

الفقرة الأولى: معيار حرية التصرف.

ينصرف هذا المعيار بصفة عامة إلى امتلاك السيطرة على الحق، بالشكل الذي يسمح لصاحبه بالتخلي عنه أو التفرغ منه بشتى الأوجه القانونية لمن يشاء ووقتما يشاء، بمقابل أو بدونه.

ولئن كان الأمر كذلك فإن اتفاق التحكيم باعتباره عملا قانونيا- تصرفيا- يعد تجسيدا لحرية التصرف. وقد اعتمدت عدة تشريعات المعيار السابق. وفي هذا الصدد ينص المشرع الفرنسي في المادة 2059 من قانون المسطرة المدنية على أن كل الأشخاص يمكنهم اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها. وهو نفس المعيار الذي اعتمده المشرع المغربي، ويتعلق الأمر بالقانون رقم 05-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-169 بتاريخ 19 ذي القعدة، الموافق ل 30 نونبر 2007. حيث ينص الفصل 308 منه على أنه: «يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، أن يرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا الباب، وذلك مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 12 أغسطس 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود...»

يمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاصات المحاكم التجارية عملا بالمادة 5 من قانون رقم 95-53 القاضي بإحداث محاكم تجارية.»

يتضح من هذا الفصل أن المشرع قد كرس معيار حرية التصرف كأحد مقاييس اللجوء إلى التحكيم، مما يعني أن براءة الاختراع لا تخرج عن إطار الحقوق التي يملك الأطراف حرية التصرف فيها. وبالتالي فإن كل نزاع مرتبط بها قد تتم تسويته عن طريق التحكيم. ومما يعضد ذلك أن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور تشير ضمنا إلى قابلية النزاعات المترتبة عنها للتحكيم، طالما أن النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية تكون محل اتفاق تحكيم عملا بالمادة الخامسة من القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث المحاكم التجارية. هذه المادة التي تسعفنا لإدراج براءة الاختراع في خانة النزاعات القابلة للتحكيم. لسبب جد بسيط، هو أن النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية تشملها مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 308 المذكورة سلفا، علما أن الأصول التجارية غالبا ما يكون ضمن عناصرها حقا من حقوق الملكية الصناعية.

الفقرة الثانية : معيار الطابع المالي للنزاع.

يفيد هذا المعيار أن كل نزاع ذو طابع مالي يكون قابلاً للتحكيم. أو بمعنى أدق كل نزاع يمكن تقويمه بمال يكون بدون أدنى شك، موضوعاً لاتفاق تحكيم أو مشاركة تحكيم. ويعد هذا المعيار أكثر وضوحاً، وقد تبنته كثير من الدول التي عملت على تطوير أنظمتها القانونية الخاصة بالتحكيم¹

وتطبيق المبدأ السابق على منازعات عقد تفويت براءة الاختراع يجعلنا نؤكد أن تسويتها يمكن أن تتم بواسطة التحكيم، طالما أن النتيجة التي يتوخاها طرفا العقد قابلة للتقويم بالمال. أي أنها تكتسي طابعاً مالياً.

الفقرة الثالثة : معيار النظام العام.

تنفرد مادة الملكية الصناعية عموماً بخصوصية مميزة، تستمدتها من ارتباطها الوثيق بمفهوم النظام العام². وهذه الخصوصية قد تنعكس حتى على المنازعات المتعلقة بها. وإذا كانت براءة الاختراع تعد إحدى عناصر الملكية الصناعية فإنها تنهل نفس الخصوصية.

واضح أن للنظام العام علاقة وثيقة مع القابلية للتحكيم، إذ إن كثيراً من الدول تعتمد كمعيار للقابلية للتحكيم. كما تم اعتماده بشكل كبير على مستوى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم³.

وعموماً تعرف براءة الاختراع كغيرها من حقوق الملكية الصناعية حضوراً قوياً لمفهوم النظام العام. إذ إن معظم قواعدها تعتبر أمراً لاتصالها الوثيق بالاقتصاد الوطني للدولة. بما لا يمكن معه ترك هذا المجال حراً لتصرف الأفراد ودون مراعاة المصلحة العامة.

وقد كان لطابع النظام العام في مادة الملكية الصناعية، تأثيراً واضحاً على قابلية المنازعات الناتجة عنها للتحكيم. إلى حد قليل معه بأن اللجوء إلى التحكيم في نزاعاتها، يعتبر خرقاً للنظام العام، يستدعي بالضرورة بطلان المقرر التحكيمي و دون النظر إلى مضمونه⁴.

¹ - ومن بين هذه الدول، هناك سويسرا التي تنص المادة 177 من قانونها الدولي الخاص، على أن كل قضية ذات طابع مالي، يمكن أن تكون موضوعاً للتحكيم، ونفس الاتجاه نهجه المشرع باعتماده على المعيار المالي للإقرار بقابلية النزاع للتحكيم، إذ تنص المادة 30 من قانون المسطرة المدنية الألمانية على أن كل نزاع ذي طابع مالي يكون موضوع اتفاق تحكيم. - للمزيد من التفاصيل بخصوص مركز المعيار المالي كمحدد لقابلية النزاع للتحكيم يراجع :

- محمد باية ، التحكيم التجاري الدولي في منازعات الملكية الصناعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، السنة الجامعية 2005-2006. ص. 53 وما يليها.

1- يقصد بالنظام العام مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية، أو اقتصادية أو اجتماعية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعاً مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية. وذلك لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة. / - للمزيد من التوضيح يراجع : - محمد باية. مرجع سابق. ص. 60. /

2- مثلًا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها في مادتها الخامسة، تخول للبلد الذي يطلب منه الاعتراف بحكم المحكمين رفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين له : أ - / ب- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

3- جلال وفاء محمدين. الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة. دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية. 2000. ص. 85.

و باعتبار التحكيم مبدئياً، وسيلة اتفاقية يمكن اللجوء إليها لحل المنازعات التي تترتب عن عقد التفويت. فإن هذا المبدأ ليس مطلقاً بل يتعين مراعاة الحدود التي يفرضها النظام العام. و بشكل أكثر تحديداً مراعاة مسألة القابلية للتحكيم. على اعتبار أن هناك نوعين من النزاعات. النوع الأول، وهو المتعلق بتنفيذ عقد التفويت أو تفسير بنوده. وهذا النوع لا شك أنه لا يمس النظام العام في شيء و بالتالي يبقى اللجوء بشأنه إلى التحكيم أمر مستساغ ومقبول.

أما النوع الثاني فيتعلق بالنزاعات التي تنصب على صحة السند المفوت في حد ذاته. كالنزاع المتعلق ببطان براءة الاختراع، فهذا النزاع أثار مجموعة من النقاشات بخصوص مدى قابليته للتحكيم¹. إلا أن الرأي الغالب استقر على عدم قابلية التحكيم في مثل تلك النزاعات، طالما أنه لا يمكن استساغة بت المحكم في صحة سند صادر عن سلطة عامة. وعليه ومن خلال ما سبق يمكن القول. بأن النزاعات التي تكون ناشئة عن العلاقة التعاقدية التي يكون موضوعها تنفيذ العقد المذكور تعتبر قابلة للتحكيم. وفي المقابل، إن النزاعات التي يكون موضوعها منصبا على وجود السند المفوت ولو أثرت بمناسبة عقد التفويت، تبقى غير قابلة للتحكيم، حيث تظل من اختصاص القضاء.

لكن ورغم أهمية التمييز السابق، إلا أنه يبقى ذو طابع نظري، ذلك أنه من الناحية العملية يصعب التمييز في مجال التفويت بين النزاعات القابلة و الغير قابلة له².

ولتوضيح ذلك نعطي المثال التالي: إذا عرض نزاع على التحكيم يتعلق بعدم تنفيذ عقد التفويت، يدعي فيه المفوت بأن المفوت له لم يؤد الثمن - مع العلم أن هذا النزاع قابل للتحكيم كما اسلفنا - فيما أجاب المفوت له بأن البراءة موضوع التفويت قد شابها البطلان، و أن أداء الثمن أصبح غير ذي موضوع - علما أيضاً أن المسائل المتعلقة بوجود السند تعتبر غير قابلة للتحكيم. ففي هذا المثال يتضح أن هناك تداخلاً بين ما هو قابل للتحكيم وما هو غير قابل له. فماذا سيكون رد فعل المحكم في هذه الحالة؟ هل سيناقش موضوع البطلان و الذي يدخل في الميدان الغير قابل للتحكيم أم يرفع يده عن النزاع لصالح القضاء؟³

1- محمد باية. مرجع سابق. ص. 56.

2- لقد أكدت محكمة الاستئناف بباريس في أحد قراراتها سنة 1989، «بأن طابع النظام العام ليس من شأنه أن يمنع المحكم من النظر في النزاع الذي له طبيعة تعاقدية أو تقصيرية...»

-C.A PARIS 20 JANVIER 1989.

- هذا القرار أشير إليه عند : - محمد باية. مرجع سابق. ص. 65.

3- إن هذا الإشكال قد يستغله أحد الأطراف لإخراج القضية من يد التحكيم. متى كان ذلك في صالحه. فبمجرد إثارة نقطة غير قابلة للتحكيم، يفرض على المحكم رفع يده عن النزاع والتخلي عن القضية لصالح القضاء. لأن تناول هذه النقطة من طرفه قد يعرض مقررره إلى البطلان. ولكي لا يصبح استعمال مفهوم القابلية للتحكيم وسيلة تعرقل التحكيم في هذه الحالة، بل وتهدده كوسيلة فضلى لحل المنازعات، فإننا نرى أنه يجب أن يترك للمحكم سلطة تقدير جدية الدفوع التي يثيرها الأطراف، والتي تدخل النزاع في المجال الغير قابل للتحكيم، فإذا تبين للمحكم أن تمسك أحد الأطراف بدفع متعلق ببطان السند في نزاع مرتبط باستغلال الحقوق الناجمة عنه لا يعدو أن يكون محاولة لإخراج النزاع من يد التحكيم، وأن الدفع غير جدي، فإنه عليه أن لا يلتفت لهذا الدفع. أما في حالة ما إذا تبين أن الدفع جدي وأن هناك نقطا تدعو إلى الشك في وجود السند أو صحته. فإن عليه التخلي عن القضية، إذ في هذه الحالة يعتبر غير مختص للنظر فيها.

الفقرة الرابعة : معيار الاختصاص الحصري.

يستفاد من هذا المعيار، استبعاد التحكيم في المنازعات التي ينص المشرع على سلطة معينة للبت في القضايا المتعلقة بها. كما هو الحال بشأن إسناد البت في نزاعات معينة للقضاء وحده.

وقد كانت الجدوى من المعيار السابق موضوعا لمناقشات فقهية ، خاصة في فرنسا. حيث رأى البعض منهم أن الطابع الأمر لاختصاص المحاكم لا يؤثر على التحكيم ، فالمحكمون غير معنيين مبدئيا بالتنظيم القضائي. و بالتالي فإن مسائل الاختصاص الحصري للقضاء ليس إلا تعبيراً عن إرادة المشرع في منع إخضاع النزاع لقضاء رسمي آخر، بمعنى أن الاختصاص الحصري يبقى مسألة داخلية للنظام القضائي، تحدد بموجبه المحكمة المختصة لحل نزاع ما، من بين أنواع المحاكم الموجودة.

فيما رأى البعض الآخر أن الاختصاص الحصري يؤكد رغبة المشرع في خص جهة معينة وحدها محل نزاعات معينة¹. وقد كان لمفهوم الاختصاص الحصري، تأثير كبير على قابلية نزاعات الملكية الصناعية للتحكيم. فبالإضافة إلى التأثير الذي كان لمفهوم النظام العام، و الذي خلق نوعا من الغموض بخصوص تحكيمية نزاعات الملكية الصناعية بصفة عامة، فإن النصوص المتعلقة بالاختصاص القضائي ساهمت في الزيادة في الغموض بخصوص هذا الموضوع. و يجسد تطور التشريع الفرنسي مثلا واضحا عن هذه الوضعية².

وبالرجوع إلى المشرع المغربي نجد ينظم مسألة الاختصاص الحصري في المادة 15 من قانون 17-97 و التي تنص على أنه: « يكون للمحاكم التجارية وحدها الاختصاص للبت في المنازعات المترتبة عن تطبيق هذا القانون باستثناء القرارات الإدارية المنصوص عليها فيه. » مما يستفاد منه مبدئيا استبعاد التحكيم بخصوص تلك المنازعات. من

1- وقد عرف الفقه نقاشا بخصوص هذه النقطة، في النزاعات المتعلقة بالملكية الصناعية والتشريعات المنظمة لها. والتي كانت تنص صراحة على أن اختصاص هذه المحاكم لا يمنع من اللجوء إلى التحكيم كما هو الحال في فرنسا.

2- فقد كان قانون 2 يناير 1968 الفرنسي المتعلق ببراءة الاختراع في الفصل 68، ينص على أن جميع النزاعات الناشئة عن تطبيق القانون تبقى من اختصاص محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الاستئناف التابعة لها. إذ كانت صياغة الفصل على النحو التالي :

« L'ensemble du contentieux né de la présent loi est attribué aux tribunaux de grande instance .et aux cours d'appel aux quelles ils sont rattachés .»

وقد أدت صياغة هذا الفصل إلى ربط الإسناد القانوني للاختصاص وبين استبعاد التحكيم. حيث ساهم عنصر النظام العام الذي يميز قواعد الملكية الصناعية ، في تكريس هذا التوجه. إلى درجة أن أحد الفقهاء الفرنسيين (أنكيل باسكال Ancel pascal)، قال بأن إسناد الاختصاص إلى القضاء، بخصوص النزاعات الناشئة عن الملكية الصناعية، ما هو إلا دليل على عدم قابلية هذه النزاعات للتحكيم، مؤكدا أنها من النظام العام. وقد ازداد الأمر تعقيدا بعدما أن تبني الاجتهاد القضائي الفرنسي هذا التوجه. ففي قرار لمحكمة الاستئناف بباريس الصادر في 16 نونبر 1971 قضت فيه بأن قانون 2 يناير 1968 الذي يحيل النزاعات الناشئة عنه بصورة أمرة إلى محكمة الدرجة الأولى، يجعل من البند التحكيمي المدرج في عقد التقويت بين الطرفين غير ذي أثر. إلا أنه سرعان ما عدل عن هذا التوجه وتبنى توجها أقل تشددا مما تبناه. وقد كان من بين القرارات التي جسدت هذا التوجه، قرار محكمة الاستئناف بأميانس بتاريخ 18 يوليو 1974 والذي جاء فيه ما مضمونه، أنه يجب التمييز بين سبب النزاع الذي له طابع تقني ويجد أصله في قانون البراءة، والذي يمكن الحديث بخصوصه عن الاختصاص الحصري. و بين النزاع الذي يجد سببه في القواعد العامة المتعلقة بالعقود. / ونتيجة للتناقض الذي خلقه نص الاختصاص الحصري المتعلق بتسريع الملكية الصناعية، استجاب المشرع لمطالب الفقه وذلك من خلال قانون 78-742 الصادر في 13 يوليو 1978 الذي تم من خلاله نص الفصل 68 من قانون 1968 - تقابله المادة 17-615 L من مدونة الملكية الفكرية الفرنسية الحالية- والذي أصبح ينص على أن... الاختصاص المسند لمحاكم الدرجة الأولى، لا يشكل حاجزا أمام اللجوء إلى التحكيم وفقا للشروط المنصوص عليها في الفصلين 2059 و 2060 من قانون المسطرة المدنية. » وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد فك الارتباط بصورة واضحة بين مسألتى القابلية للتحكيم في منازعات الملكية الصناعية والاختصاص القضائي. وعليه لم يعد بالإمكان التذرع بمسألة الاختصاص الحصري للقضاء لاستبعاد التحكيم. / - للمزيد من التفاصيل يرجع : -محمد باية ، مرجع سابق، ص.66 وما بعدها.

-Ancel pascal.l'arbitrage. juris-classeur commercial.1986.fax 212. /-jean pierre- febrement .l'arbitrage interne et les procédures conventionnelles en matière de propriété industrielle .thèse de doctorat.paris2.1983.p.30.63. /-Oppetit bruno.l'arbitrage en matière des brevets d'inventions après la loi du 13 juillet 1978.revue de l'arbitrage 1979 N.1 janvier-mars.p.83.

خلال هذا المقتضى يلاحظ أن المشرع عندنا قد كرس نفس¹ الوضعية التي كان عليها التشريع الفرنسي قبل تعديل سنة 1978. وهو الأمر الذي لم يتداركه المشرع المغربي كما فعل نظيره الفرنسي.

وعليه يمكن القول بأن إعطاء الاختصاص القانوني للبت في منازعات الملكية الصناعية للقضاء لا يعني البتة استبعاد التحكيم. ذلك أنه للقول بفكرة الاستبعاد، يتعين أن تكون هناك نصوصا صريحة تمنع التحكيم بالإضافة إلى إسناد الاختصاص للقضاء.

مما سبق يتضح أنه يمكن تطويع المعايير السابقة، وخاصة معياري النظام العام و الاختصاص الحصري، للقول بجواز التحكيم بخصوص المنازعات التي يولدها عقد التفويت. أضف إلى ذلك أن تلك المنازعات باعتبارها ناشئة عن رابطة عقدية. وهي بهذا الوصف تبقى خاضعة للقواعد العامة كما سبق الذكر.

وبالتالي فهي لا تمس بشكل مباشر نقطا قانونية متعلقة بتشريع الملكية الصناعية. أي أنها لا تتضمن أي عنصر يمس بالمصلحة العامة. إذ تكون المصلحة فقط ذات صبغة خاصة و محض تعاقدية. الشيء الذي يؤدي إلى قبول

1- وإن كانت المادة 15 من قانون حماية الملكية الصناعية المغربي تحتل تفسيراً مفاده، أن إسناد الاختصاص الحصري للقضاء بخصوص نزاع ما، يعبر فقط عن إرادة المشرع في منع إخضاع هذا النزاع لقضاء آخر. ولا يتعارض هذا بالضرورة مع إخضاعه للتحكيم، فعندما يحدد القانون الاختصاص الحصري لمحكمة ما فإنه يكون بذلك قد قرر توزيع الأعمال بين المحاكم للبت في المنازعات. ولا يتعرض في ذلك للحالة التي يود فيها الأطراف الاستغناء عن القضاء للجوء إلى التحكيم.

التحكيم كآلية لفض المنازعات المثارة بشأن العقد. وهو نفس المبدأ الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، وأكدته غرفة التجارة الدولية في عدة مناسبات¹.

المبحث الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم وأوجه تفعيله في مجال تفويت براءة الاختراع.

لا شك أن عقد تفويت براءة الاختراع يتوخى منه طرفيه تحقيق مصالح خاصة. هذا العقد الذي يكون أحد طرفيه شركة أو هما معاً، وهذه الشركات ترتبط مع بعضها البعض بعلاقات يراد لها أن لا تنقطع. و من أجل ضمان استمراريتها يحرص المتعاقدون على أن تتم تسوية نزاعاتهم بطريقة تراعي خصوصية مصالحهم المشتركة. من هذا المنطلق يبرز التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات يرتضيها الأطراف ويفعلونها.

1- حيث قضت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر سنة 1978، بأن قانون 1968 الذي يمنح اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة ببراءة الاختراع، لمحاكم الدولة لا يشكل أية عبة أمام التحكيم للنظر في المنازعات المتعلقة باستغلالها.

-C.A. paris.18 juin 1975.revue de l'arbitrage.op.cit.p.175.

وقد أكدت نفس المحكمة التوجه أعلاه في قرارها الصادر سنة 1994 حينما قضت: «بأن المنازعات التي تتناول عقود استغلال البراءة وتنفيذها قابلة للتحكيم.»

-C.A paris.24 mars 1994.

-هذا القرار أشير إليه عند : - محمد باية. مرجع سابق. ص.77.

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على أنه :

«Il a été jugé,que tous les litige portant sur des contrats relatifs a l'exploitation des brevets sont arbitrables.»

-Cass.com.paris.23 mars 1994.cité par :

-Albert Chavanne Jean - Jacques Burst: Droit de la propriété industrielle. Dalloz .Delta 5 édition.1998. .p.224

وتعزيزاً لنفس الاتجاه، قضت غرفة التجارة الدولية في أحد قراراتها الصادر سنة 1984 في القضية رقم 6709 : بأن النزاع المتعلق بتنفيذ العقد يدخل في صلب اختصاصها. بل وأضافت نفس الغرفة في قرارها لسنة 1991 في القضية رقم 4491، بأن المنازعات المتعلقة باستثمار البراءة قابلة للتحكيم بصورة لا تقبل الشك. /-للمزيد من التفاصيل بخصوص تحكيمية المنازعات المتعلقة باستغلال حقوق الملكية الصناعية ذات الطبيعة التعاقدية يراجع :

-محمد باية .مرجع سابق.ص.78 وما بعدها.

-Fady nammour. Droit et pratique de l'arbitrage interne et international. 2éme edition Mars 2000.

الفقرة الأولى : مبررات اللجوء إلى التحكيم.

لا يختلف اثنان في أن التحكيم¹ أصبح قضاء أصيلا للفصل في النزاعات التي تثار بمناسبة تنفيذ عقد التفويت. و معلوم أن أهميته أو بالأحرى مبررات تفضيله - سواء على مؤسسة القضاء أم على باقي الوسائل البديلة الأخرى - يمكن الوقوف عليها مما يلي :

- إن الأهمية التي أصبح التحكيم يكتسبها، تتزايد باضطراد و تتنامى في مجال العقود التي تنصب على حقوق الملكية الصناعية. فقد أضحي المتعاملون عليها يعتبرون التحكيم الوسيلة المثلى لحل المنازعات. في ظل عدم إمكان وجود جهة قضائية دولية واحدة متخصصة² وقواعد قانونية موحدة، و في ظل رغبة كل متعاقد في تجنب عرض النزاع على محاكم الطرف الآخر في العلاقة. إما للإيمان بعدم جدوى و فعالية ذلك، أو حتى ذريعة الجهل بالنظام القانوني لهذا البلد و انعدام الثقة في نظامه القضائي³.

واضح أن أهمية التحكيم في مجال تفويت براءة الاختراع، نابعة بالأساس من تميزه بالفعالية المتمثلة في المرونة في الإجراءات و السهولة في المسطرة⁴ وعدم التقيد عادة بقواعد المرافعات. و هذا ما يجعله محافظا على أواصر المودة والاحترام بين المتعاقدين⁵. و بالتالي يعمل على المحافظة على أسرار الأطراف دون أن تسوء علاقاتهم التجارية المتصلة⁶.

ومن ثمة فإن مؤسسة التحكيم تحقق للمتعاقدين إمكانية البت في نزاعاتهم، وفقا لإرادتهم، بما في ذلك تطبيق القانون الذي ارتضاه هؤلاء لحل النزاع⁷. كما أن النزاعات التي تثار بشأن عقد التفويت، قد يكون لها طابع فني و تقني

1- التحكيم كنظام قضائي خاص ليس وليد اليوم، بل هو قديم وأقدم من السلطة القضائية كهيئة تتولى الفصل في نزاعات الأفراد. وقد ظل هذا النظام ولو بعد إنشاء المحاكم من طرف الدولة محتفظا به كأحسن نظام للفصل في نزاعات الأفراد بشكل بعيد عن القضاء. فإذا كانت الحاجة إلى التحكيم في القديم ترجع إلى غياب السلطة القضائية. فإن الحاجة إلى التحكيم في وقتنا الحاضر ترجع إلى الرغبة في ربح الوقت والمصروفات المتطلبة لرفع النزاع أمام قضاء الدولة إلى جانب الرغبة في الحفاظ على العلاقة الطيبة التي تجمع بين المتعاقدين.

- للمزيد من التفاصيل بخصوص مكانة التحكيم يراجع:

-رحال البوعناني. التحكيم الاختياري في القانون المغربي الداخلي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا. فرع القانون الخاص. جامعة محمد الخامس. الرباط. السنة الجامعية. 1986-1987. ص. 29 وما يليها.

2- خاصة في الحالة التي نكون إزاء عقد تجاري دولي محله تفويت براءة اختراع.

-صادق محمد الجبران. التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. 2006. ص. 23.

3- عبد الله درميش. التحكيم التجاري الدولي. مجلة المحاكم المغربية. العدد 72. السنة 1994. ص. 13.

4- شعيب المذكوري. خصوصية التحكيم الدولي في المادة التجارية. مجلة المحاكم المغربية. العدد 72. السنة 1994. مرجع. ص. 78.

5- عبد الإله برجاني. عولمة الاقتصاد رهينة بعولمة القاعدة القانونية. المجلة المغربية لقانون الأعمال. العدد الأول. السنة 1999. ص. 17.

-يراجع أيضا :

- عيسى كتب. براءة الاختراع على ضوء اتفاقية التبادل الحر بين المغرب والولايات المتحدة الأمريكية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة. جامعة الحسن الثاني. كلية الحقوق. عين الشق. الدار البيضاء. السنة الجامعية 2007-2008. ص. 109.

6- وتكمن أهميته أيضا في قابلية القرارات التحكيمية للنفذ بسهولة ويسر بالإضافة إلى النقة التي توضع في حياد الهيئة التحكيمية واستقلاليتها.

7- علي غزواني. قانون التجار الدولي. مرجع سابق. ص. 76.

معقد في بعض الأحيان والفصل فيها يحتاج إلى خبراء متخصصين لهم دراية فنية إضافة إلى دراية قانونية تهم المجالات التي أثرت بمناسبة تلك المنازعات. و غالبا ما يكون عقد التفويت أداة لنقل التكنولوجيا خاصة تلك التي ترد على المعرفة الفنية. هذه الأخيرة يؤدي الكشف عن سريتها أمام القضاء إلى فقدانها لأهميتها الاقتصادية. إذ تزداد أهمية السرية خاصة عندما يحتاج أي طرف من أطراف النزاع، أن يفصح عن بينة من البينات التي يرغب أن تبقى سرا و تحجب عن الطرف الآخر. لذلك يفضل المعنيون بها اختيار التحكيم لتسوية كل خلاف يثار حولها¹ باعتباره وسيلة يفض بها النزاع مع الإبقاء على العلاقة قائمة بين طرفيه. خاصة و أن إرادتيهما هي من أعطت للمحكم سلطة للنظر في النزاع

الفقرة الثانية : أوجه تفعيل مؤسسة التحكيم :

لقد سبق التأكيد على أن التحكيم نوع من العدل الخاص .يعتمد في نجاحه من جهة على اتجاه طرفي النزاع إليه، و ارتضاه كآلية لتسوية ما أثير بينهما من نزاع. كما يتوقف نجاحه من جهة أخرى على تحلي هيئة التحكيم بالموضوعية والحياد والنزاهة و الاستقلال.

واضح إذن، أن التحكيم يتم اللجوء إليه تبعا لإرادة طرفي العقد. و هذه الإرادة تتخذ شكلين مختلفين، وفق ما سيتم توضيحه تباعا.

أ- شرط التحكيم.

نكون إزاء شرط التحكيم، حينما يتفق أطراف العقد على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء أي نزاع بينهم. ويكون هذا الشرط مدرجا بالعقد و ملزما لمن اتفقوا عليه، في حالة حدوث خلاف بينهم بخصوص تنفيذ العقد أو تفسيره لاحقا¹.

ويأخذ هذا الشرط 2 صبغة التوقع، وبالتالي فإن الأطراف غالبا ما يدرجون عبارة من قبيل «عند نشوب نزاع معين بيننا، فإن العقد سوف يحكمه التحكيم و ليس القضاء.»

و إذا رغب الأطراف في إخضاع عقدهم - إذا كان دوليا- إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية. فإن هذه الأخيرة تضع صيغة معينة يتم تضمينها في العقد. وهذه الصيغة منشورة بجميع اللغات في دليل غرفة التجارة الدولية وهي كالاتي.

«جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقا لذلك النظام.3» .

1- عبد الكريم الطالب. : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية مطبوعات المعرفة مراكش الطبعة الثالثة ماي. 2006. ص. 360.

2- ينص الفصل 316 من قانون 05-08 على أن: « شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي تنشأ عن العقد المذكور.»

وأضافت المادة 318 من نفس القانون على أن : « شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته.»

3- علي غزواني. مرجع سابق. ص. 74.

ب- مشاركة التحكيم.

يكتسي التحكيم في الوقت الحاضر أهمية بالغة في مجال المعاملات التجارية المنصبة على براءة الاختراع، سواء على المستوى الدولي أم الوطني، معاملات تتسم بالتعقيد و التخصص¹، الأمر الذي يجعل أصحاب هذه المعاملات يذعنون ويخضعون لما تمليه عليهم قرارات التحكيم²، بعدما يختارون اللجوء إليه.

و لتفعيل التحكيم كآلية لحسم منازعات عقد التفويت. يتم اللجوء إلى مشاركة التحكيم، وهي اتفاق يبرم بين أطراف العقد الذين نشأ بينهم النزاع. وهذا الاتفاق مستقل عن العقد الأصلي الذي يربطهم. حيث يبرم في مرحلة لاحقة على نشوء النزاع. ويتم الإشارة فيه إلى جميع ما قد يتفق عليه أطراف العقد من نوع التحكيم، حر أو مؤسستاي³. واختيار القانون الواجب التطبيق. وعدد المحكمين ومكان التحكيم. مما يجعل اتفاق التحكيم⁴، أكثر توضيحا لإرادة طرفي النزاع. أي أن اتفاق التحكيم هو الأساس لمشروعية لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم، وهو أيضا الأساس الذي تتم بناء عليه جميع الإجراءات التي حددها نظام التحكيم⁵.

1 le compromis peut être considéré comme un contrat particulier par son objet et sa finalité. il s'agit d'une convention par laquelle les parties s'accordent de soumettre leur différend à une ou plusieurs personnes privés.

-Abdellah Boudahrain .L'arbitrage commercial interne et international au regard du Maroc.1ère édition 1999.p.53.

2- عبد الرحيم بحار. الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية. العدد 8 فبراير 2009. ص. 304.
3- في التحكيم الحر، يقوم الاطراف أنفسهم بإدارة عملية التحكيم بالكامل، دون مساعدة من أي مؤسسة تحكيمية. واختيار الأطراف لهذا النوع من التحكيم لا يتطلب سوى الاتفاق مقدما على مجموعة من الاجراءات لتحكم عملية التحكيم. ويمكن أن يتم هذا بسهولة عن طريق إدراج بند في العقد يشير إلى ذلك. ويكون على الأطراف عندئذ اختيار المحكم ومكان التحكيم.... وإن اقتضى الحال تبني الإجراءات التي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

بينما التحكيم المؤسستاي هو الذي يدار بواسطة مؤسسات متخصصة في التحكيم تسوى بواسطتها منازعات العقود الدولية. وعموما نرى بأن هذا النظام- التحكيم المؤسستاي- يعتبر الأنسب لفض نزاعات الملكية الصناعية. لأن المؤسسات التحكيمية الدولية كثيرة =وتتنافس على استقطاب أطراف العقود الدولية. بما تقدمه من تسهيلات أو خدمات لإجراء التحكيم عن طريقها. ومن هذه المؤسسات من لها خبرة كبيرة في هذا المجال، كخرفة التجارة الدولية في باريس وكذلك مركز التحكيم والوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية بجنيف. وقد أشار المشرع المغربي لأنواع التحكيم في القانون رقم 05-08. حيث جاء في لبفصل 319: على أن التحكيم يكون إما خاصا أو مؤسستايا

في حالة تحكيم خاص، تتكفل الهيئة التحكيمية بتنظيمه مع تحديد المسطرة الواجب اتباعها ما عدا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو اختاروا نظام تحكيم معين.

عندما يعرض التحكيم على مؤسسة تحكيمية، فإن هذه الأخيرة تتولى تنظيمه وضمان حسن سيره طبقا لنظامها...

-للمزيد من التوضيح يراجع:

-محمد باية. مرجع سابق. ص. 39 وما يليها.

4- أحمد مخلوف. اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية. رسالة دكتوراه. دار النهضة العربية . القاهرة. 2001. ص. 103 وما بعدها.

5-29- محمد بن ناصر بن محمد البجاد. التحكيم في المملكة العربية السعودية. مركز البحوث والدراسات الإدارية. الرياض. 1999. ص. 15.

الفقرة الثالثة : مظاهر تحكيمية منازعات عقد التفويت.

لقد سبق وأن خالصنا إلى الأهمية التي تكتسيها مؤسسة التحكيم كآلية بديلة لحسم المنازعات المترتبة عن عقد التفويت، كما توصلنا إلى أن خصوصية براءة الاختراع، لا تتنافى البتة مع نظام التحكيم. بل إنه يتلائم و طبيعة المنازعات التي تميز عقد التفويت، منازعات تتمحور في جزء كبير منها حول تنفيذ العقد من جهة ، وتفسيره من جهة أخرى. وإن كانت بدأت تطفح في الآونة الأخيرة و بشكل كبير منازعات من نوع خاص. تنصب على السند محل التفويت.

و يتعلق الأمر أساسا بالمنازعة في تزيف البراءة المفوتة، وما دامت المنازعات المرتبطة بتنفيذ العقد¹ أو تفسيره. قد استقر القضاء وحسم في قابليتها للتحكيم. فإنه أثير تساؤل حول مدى إمكانية التحكيم في المنازعات الناشئة بخصوص إدعاء التزيف²، ثم ما هي خصوصية التحكيم في هذا النوع من المنازعات؟

ومن هذا المنطلق آثرنا أن نركز في الشق المتعلق بمظاهر تحكيمية منازعات عقد التفويت. على تلك المتعلقة بالتزيف اعتبارا لخصوصيتها، واعتبارا لكونها، من أبرز المنازعات انتشارا في الآونة الأخيرة.

يتضح إذن، أن من بين النزاعات التي تثار بخصوص عقد التفويت، نجد أفعال التزيف التي يباشرها المفوت. مما يشكل مسا بحق المفوت إليه، الأمر الذي ينعكس لا محالة على عقد التفويت برمته. ويعجل بفسخه أو المطالبة بالتعويض إن كان له موجب أوهما معا.

1-30- يمكن أن نمثل للمنازعات المرتبطة بتنفيذ عقد التفويت بما يلي :

- عدم تنفيذ الالتزام المنصوص عليه في العقد وفق ما تم الاتفاق عليه.

- عدم ضمان العيوب الخفية التي وقع اكتشافها.

- عدم الالتزام بتقديم المعرفة الفنية، التحسينات الملتمزم بها.

وهذه طبعاً كلها أمور لا ضير في لجوء الأطراف بخصوصها إلى التحكيم، طالما أنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً باستغلال البراءة المفوتة. وفي هذا الصدد قضت غرفة التجارة الدولية بأن النزاعات المتعلقة باستغلال البراءة تكون قابلة للتحكيم.

-CH.COM.INT.juin 1991.Affaire N 6709.

وفي نفس الاتجاه قضت محكمة الاستئناف بباريس قائلة:

« Les litiges portant sur les contrats relatifs à l'exploitation des brevets, qu'il s'agisse d'interprétation ou d'exécution du contrat, sont arbitrables .»

- C.A. paris. 24 Mars 1994. cité par.

- Fady .Nammour.op cit.p.119.

2- Anne-Catherine.Chiariny- Daudet.le règlement judiciaire et arbitral des contentieux internationaux sur brevets d'invention.op.cit.p.324.

وقد يحدث أن يكون العقد الرابط بينهما متضمنا بندا تحكيميا¹. إذ في هذه الحالة يسارع المعنيان إلى مباشرة وتفعيل البند المذكور. بغية فض النزاع المطروح بينهما قبل استحكامه بشكل كبير.

وقبل الإعراج على خصوصية تحكيمية منازعات تزييف البراءة المفوتة، نشير إلى أنه ينبغي التمييز بين الإدعاء الجنائي الذي يترتب عن أفعال التزييف وبين الإدعاء المدني الذي ينتج عنها.

إذا كان الإجماع شبه منعقد بخصوص استبعاد ومنع التحكيم في المسائل الجنائية لعلاقتها الوطيدة والمباشرة بالنظام العام. لأن هذا يبقى من اختصاص القضاء. فإنه بخصوص الجانب المدني، الذي يثير مسؤولية المزييف المدنية، قد أثار خلافا بين الفقه وخصوصا الفرنسي منه².

وقد كان سبب الخلاف في وسط الفقه الفرنسي هو أن المشرع لم يعدل المادة 54 من قانون 2 يناير 1968. التي تنص على الاختصاص الحصري لمحكمة الدرجة الأولى بنظر المنازعات المتعلقة بتزييف البراءات. وذلك على خلاف ما فعله بخصوص المادة 68 التي عدلها بقانون 1978، فقد اعتبر الفقه أن احتفاظ المشرع بنص المادة 54 دليل على أن المشرع اعتبر أن المنازعات المتعلقة بالتزييف غير قابلة للتحكيم. إذ لو كان يرغب في إخضاعها للتحكيم لعدل المادة 54 كما كان الشأن بالنسبة للمادة 68 والتي كانت تقف عقبة في وجه التحكيم³.

وفي المقابل كان هناك اتجاه آخر يؤمن بإمكانية التحكيم بخصوص المنازعات المتعلقة بالدعوى المدنية التي يمكن أن تنشأ على إثر التزييف فالأستاذ "روبير" يعتبر أنه من الخطأ⁴ اعتبار نص المادة 54 من القانون الخاص بالبراءات الذي يخصص اختصاص النظر بتلك المنازعات بمحاكم الدرجة الأولى من النظام العام. ويضيف أنه بالإمكان خرق هذا النص و السماح بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن تزييف البراءة.

وإذا ولينا وجهة الفقه البلجيكي نجد أنه يؤكد على أن منازعات التزييف قابلة للتحكيم خصوصا، أنها لا تمس إلا المصالح الخاصة بأصحاب الحق الذين يبقى من حقهم اللجوء إلى التحكيم لحل هذه المنازعات

أما بخصوص باقي التشريعات باستثناء التشريع الفرنسي الذي يتميز موقفه بعدم الوضوح، فإن التشريعات الأوروبية سواء السويسري أم الألماني أم الإيطالي، لا تمنع من خضوع المنازعات المتعلقة بالتزييف في شقها المدني للتحكيم⁵.

ونرى أنه بصرف النظر عن موقف التشريعات المشار إليها أعلاه، فإنه بخصوص المشرع المغربي، يمكننا القول بأنه يجوز التحكيم في الجانب الذي يهتم المسؤولية المدنية عن التزييف. حيث بإمكان صاحب الحق والطرف المعتدي،

1- كما سبق الذكر، يمكن لطرفي عقد التفويت ارتضاء التحكيم، إما من خلال مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم، بتضمين بند في العقد يحيل ما يثار بينهما من نزاع إلى مؤسسة التحكيم. وغالبا ما يكون هذا البند عاما حيث يستغرق ويجب كل المنازعات التي تنشأ عن العقد. شريطة أن لا تكون داخلية في خانة الأمور المحظورة من التحكيم. وعليه، فإنه لا مانع يمنع المفوت إليه، من الإسراع في طلب اللجوء إلى التحكيم كلما تعلق الأمر بنزاع موضوعه التزييف. وذلك تفعيلاً للبند التحكيمي المنقح عليه

2- Jean pierre .febremont :l'arbitrage interne et les procédures conventionnelles en matière de propriété industrielle thèse de doctorat.paris2.1983-1984page 48.

3- Ancel pascal :l'arbitrage. juris-classeur commercial.1986.page 17

- محمد باية. مرجع سابق. ص 81.

- محمد باية. مرجع سابق. ص 82 .

الاتفاق على إخضاع نزاعهما في جانبه المدني إلى التحكيم. وبإمكان المحكمة أن تبت في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن أفعال التزييف .

ومما يعضد رأينا أن المشرع المغربي يشترط لتحريك دعوى التزييف في جانبها الزجري ضرورة تقديم شكاية من الطرف المتضرر¹. ومن دونها لا يكون للجانب الزجري أي محل.

وفي المقابل يبقى هناك مجال للدعوى المدنية والتالي مجال للتحكيم في حالة اتفاق الأطراف. وإن كان هذا الاتفاق من الصعب حدوثه من الناحية العملية، إذ أنه في الغالب ما يلجأ المزييف إلى التشكيك في صحة البراءة موضوع التزييف وذلك لرفع صفة التزييف عن أفعاله، فيدفع بعدم صحة البراءة أو بطلانها، وفي هذه الحالة يصبح من العسير اللجوء إلى التحكيم. طالما أن تقدير المسائل المتعلقة بوجود السند أو صحته يبقى اختصاصاً قضائياً محضاً.

1- : يجري سياق المادة 205 من قانون حماية الملكية الصناعية المغربي رقم 17-97 والتمتم بمقتضى القانون رقم 05-31 على أنه: لا يجوز أن تقام الدعوى العمومية إلا بشكوى من الطرف المتضرر.

خاتمة :

وأخيرا ينبغي التأكيد على أن براءة الاختراع كسائر الأموال المنقولة المعنوية، يمكن أن تكون موضوعا لسلسلة من العمليات القانونية، إحداها ذات مصدر إرادي، تجسد فيها إرادة المالك الدور البارز في تمكين الغير من الاستفادة من المكنتة التي تتيحها، انطلاقا من تفويتها له وبالتالي نقل ملكيتها له. كما أن التعاقد بشأنها يمكن أن يؤدي إلى نشوب نزاعات بين طرفي العقد، حيث يلجأ بشأنها إلى مؤسسة التحكيم قصد فضها وبالتالي الاستفادة من مميزاتها التي تحافظ على استمرار العلاقة بينهما سيما وأن التعامل على براءات الاختراع يهتم مقاولات تضع الحفاظ على سمعتها وجاذبيتها في السوق أولى الأولويات وأسمى الغايات. أضف إلى ذلك أن دولا كثيرة بلغت شأوا متقدما فيما يخص فض النزاعات المترتبة عن تفويت براءة الاختراع، إلا أنه في بلدنا لا زالت ثقافة التحكيم لم ترسخ بعد في مثل هذه العقود ويعزى ذلك إلى قلة تداول البراءات من جهة، ومن جهة أخرى عدم توفر مقاولاتنا على مستشارين محنكين في مجال الملكية الصناعية كما هو الشأن بالنسبة للمقاولات الأجنبية التي تستفيد من خبرة وتخصص المستشارين المذكورين.

لائحة المراجع حسب الترتيب الوارد بالمقال :

أولا : المراجع باللغة العربية :

- علي غزواني : قانون التجار الدولي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص. جامعة محمد الخامس. السويسي. الرباط. السنة الجامعية. 2006-2007.
- أبو زيد رضوان. الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي 1981.
- محمد باية : التحكيم التجاري الدولي في منازعات الملكية الصناعية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص. جامعة محمد الخامس. السويسي. الرباط. السنة الجامعية 2005-2006.
- جلال وفاء محمددين : الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بحقوق الملكية الفكرية. دار الجامعة الجديدة. للنشر. 2000.
- رحال البوعناني : التحكيم الاختياري في القانون المغربي الداخلي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص. جامعة محمد الخامس. السويسي. الرباط. السنة الجامعية 1986-1987.
- صادق محمد محمد الجبران. التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. 2006 - عبد الله درميش. : التحكيم التجاري الدولي. مجلة المحاكم المغربية. العدد 72. السنة. 1994.
- عيسى كتب : براءة الاختراع على ضوء اتفاقية التبادل الحر بين المغرب و الولايات المتحدة الأمريكية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة. قانون الأعمال. جامعة الحسن الثاني. عين الشق. الدار البيضاء. السنة الجامعية. 2008-2009.
- شعيب المذكوري : خصومة التحكيم الدولي في المادة التجارية. مجلة المحاكم المغربية العدد 72. السنة. 1994 .
- عبد الإله برجاني : عولة الاقتصاد رهينة بعولة القاعدة القانونية. المجلة المغربية لقانون الأعمال. العدد الأول. السنة. 1999.
- عبد الكريم الطالب : الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية مطبوعات المعرفة مراكش الطبعة الثالثة ماي. 2006.

- عبد الرحيم بحار.الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية.العدد 8 فبراير2009.

أحمد مخلوف : اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.رسالة دكتوراه.دار النهضة العربية. القاهرة.2001

محمد بن ناصر بن محمد البجاد.التحكيم في المملكة العربية السعودية.مركز البحوث والدراسات الإدارية.الرياض.1999 .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

- **Abdellah Boudahrain** :l'arbitrage commercial l'arbitrage interne et international au regard du Maroc.1ére édition.1991.

-**Ancel pascal** :l'arbitrage. juris-classeur commercial.1986.

-**Jean pierre .febrement** :l'arbitrage interne et les procédures conventionnelles en matière de propriété industrielle thèse de doctorat.paris2.1983-1984.

-**Oppetit Bruno**: l'arbitrage en matière des brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978.Revue de l'arbitrage N1.janvier-Mars.1979.

-**Albert Chavanne Jean - Jacques Burst**: Droit de la propriété industrielle. Dalloz .Delta 5 édition.1998.

- **Fady Nammour** :Droit et pratique de l'arbitrage interne et international.2éme édition.Mars 2000.

-**Abdellah Boudahrain** :l'arbitrage commercial l'arbitrage interne et international au regard du Maroc.1ére édition.1991.

-**Anne- Catherine chiariny Daudet** :le règlement judiciaire et arbitrale des contentieux internationaux sur brevets d'invention.Bibliothèque de droit de l'entreprise.paris.2006.

رابطة القضاة : التنظيم والمطالب



فضيلة الأستاذ : مراد العمرتي

عضو نادي قضاة المغرب بتطوان

خريج كلية الحقوق السويسي بالرباط

تأسس نادي قضاة المغرب بعد دخول دستور 2011 حيز النفاذ ، فباشر القضاة من خلالهما لواجبهم مدافعين عن استقلال القضاء واستقلال القاضي، إلا أن البعض اعتبر الأمر غير مقبول، في حين رأى البعض الآخر أن ذلك مجرد غضب غير مبرر .

إن القضاة المغاربة في فترة زمنية قصيرة مرتبطة ببداية الاستقلال و دستور 1962 عرفوا تجربة غنية وسباقه في نفس المنحى، غير أنه للأسف لا توجد إلا قلة من الوثائق المنشورة الدالة على هذه الفترة، و إنها في خزانة من يتوفر عليها .

إن الأسطر الآتية ليست سوى نبذة عن تاريخ القضاء المغربي الحديث -سنوات 1961 إلى 1965- الذي يحتاج عموما لجهود الباحثين والمؤرخين للتنقيب عنه وإخراجه للعلن، بل هي في الحقيقة دعوة لمن عاش هذه الفترة من القضاة الى الشهادة ، ولن يتوفر على وثائق تهم هذه الحقبة أو إطاراتها إلى نشرها ، لأن الأجيال الجديدة من القضاة تجهلها تماما.

تعرف المجتمعات تحولات مستمرة يصعب تحديدها زمنيا ، إلا من خلال أحداث اجتماعية فارقة، أو من خلال مؤسسات المجتمع نفسه، في حين تصور واستيعاب التحولات تختلف باختلاف مواقع الفاعلين .

أولا - القضاة و التنظيم :

خلف الاستعمار وضعاً قضائياً منهرا عانى منه المغرب طوال العشر سنوات الأولى من الاستقلال ، فقد قامت سلطات الحماية شمالا وجنوبا بتقويض النظام القضائي المغربي بخلق محاكم للأجانب بقضاة أجانب ، وأخرى تباشرها السلطات الإدارية باختصاصات أوسع خاصة في المجال الجنائي ولا تطبق أي قانون، ومحاكم تطبق العرف

بواسطة الأعيان تحت إشراف سلطات الحماية خاصة في المناطق القروية ، والكل في ظل عملية ممنهجة لأهداف استعمارية لتبخيص القضاء الشرعي - القضاء المغربي ذو الجذور التاريخية العريقة - القائم على الفقه المالكي.

إن هذا القضاء عرف تدهورا خلال مرحلة الاستعمار ، فبالإضافة إلى حصر مجال اختصاصه ، بحيث بيت فقط في الأحوال الشخصية للمغاربة في المجال الحضري أساسا، فقد ظل عتيقا مفتقرا لوسائل مادية للاشتغال أما قضائه فجعلتهم السلطات " يتقاضون أجورهم من الخصوم... ثم كالموظفين ... كما يتقاضاه حكام المخزن " 1.

إن القضاة المغاربة - القضاة الشرعيين - وهم نواة القضاء المغربي المستقل لم يكن عددهم كافيا لتغطية التراب الوطني من ناحية ، وغير مؤهلين التأهيل الكافي لتطبيق أهم فروع القانون العصري التي كانت سارية المفعول وباللغة الفرنسية بالنظر لتكوينهم الفقهي وتخصصهم الشبه الحضري في قضايا الأحوال الشخصية ، بالرغم من دراسة البعض دراسات جامعية حديثة .

إن استمرار النظام القضائي في عهد الاستقلال متعدد ، بوجود محاكم عادية ، عصرية وشرعية، مع ازدواجية الأنظمة القانونية المطبقة، فقه مالكي مشتمت المصادر؛ وقانون عصري بالفرنسية، و استمرار تواجد القضاة الأجانب حتى في المجلس الأعلى.. 2 ، كل ذلك جعل القضاة ينظرون الى تلك القوانين نظرة ارتياب ، وتدعو أغليتهم إلى استلهم قوانين من الفقه المالكي لتمتد لجال المعاملات 3 ، وبالمقابل وجد اتجاه داخل القضاء وهو قلة يتبنى استبعاد الفقه وإرساء قوانين حديثة ، لكنه كان اتجاها فكريا سائدا يجد له صدى أكبر في المجتمع الحضري لمغرب الاستقلال والتحرر 4 .

إلا انه بالرغم من الطابع المحافظ والتقليدي لقضاة الاستقلال ، فذلك لم يمنعهم من تأسيس جمعية مهنية على أسس حديثة، فرمما الظروف العصبية للعمل القضائي كانت حاسمة للتكتل .

خلال شهر مايو 1961 في إطار ظهير الجمعيات لسنة 1958 ، عقد المؤتمر الأول - التأسيسي - بالرباط وتم خلق أول جمعية مهنية للقضاة بالمغرب سميت رابطة القضاة ، تلخصت أهدافها من خلال قانونها الأساسي في :

" أ- توثيق أواصر الصداقة بين قضاة المملكة.

ج- العمل على ضمان حقوق أعضائها ومصالحهم والسهر على احترام كرامتهم كأعضاء في مؤسسة عليا في البلاد.

د- نشر المثل العليا التي تتمسك بها الرابطة وهي العدل ، النزاهة ، نكران الذات ، والكرامة الإنسانية.

1- حماد العراقي : القضاء المغربي بين أمس واليوم ، مكتبة الرشاد الدار البيضاء الطبعة الأولى 1975 ، الصفحة 32-33 .

2- حماد العراقي : القضاء المغربي بين أمس واليوم الصفحة 57.

3- الحسن الحجوي: ثقافتنا القضائية يجب أن نوحدها، مقال منشور بمجلة رابطة القضاة ، العدد الخامس، سنة 1964، الصفحة 49 .

4 الحسن الحجوي ، المرجع السابق.

ه- توسيع النمو الثقافي¹ .

وتشكلت الرابطة في هياكلها من المؤتمر ومكتب وطني ورئيس منتخب من المؤتمر ، عقدت الرابطة خمس مؤتمرات منتظمة سنوية في مدن مختلفة بين سنوات 1961 و 1965 ، في حين عقدت بعد ذلك أربع مؤتمرات فقط : سنة 1967 بالرباط ، سنة 1971 بفاس ، سنة 1979 بالرباط والأخير سنة 1980 بالرباط².

كان للرابطة مجلة شهرية بنفس الاسم إلا أن صدورها لم يكن منتظما صدر منها 22 عددا، تناولت الأعداد الست الأولى ما بين سنة 1964 و 1966 إضافة إلى المواضيع القانونية ، الشؤون المهنية المختلفة ونشرت نبذة عن المؤتمرات الخمسة الأوائل ، ثم توقفت بعد ذلك عن الصدور إلى أن استأنفت سنة 1981 مستمرة إلى سنة 1987، لم تنشر في هذه الأعداد أية مواضيع تهتم الشأن المهني أو تناولت المطالب المهنية أو مؤتمرات 1967 وما بعدها .

اختفت الرابطة بعد ذلك من الوجود الفعلي ، فنجد آخر وثيقة رسمية تشير للرابطة هو الظهير المحدث للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سنة 1990 باعتبارها أحد مكوناته الممثلة للجمعيات والهيئات من فئة " ب".

ثانيا - المطالب :

عرفت سنوات 1961 إلى غاية 1965 ، دينامية للقضاة من خلال الرابطة، إذ أن تأسيسهم لجمعية مهنية شكل في حد ذاته حدثا مهما كما عبر عن ذلك المغفور له الحسن الثاني عند لقائه لمكتب الرابطة ورئيسها يوم 27 نوفمبر 1965 " إن رابطة القضاة تكونت من تلقاء نفسها ومن مبادرتكم انتم معشر القضاة ...³".

من خلال الوضع القانوني والقضائي السيئ الموروث عن الاستعمار و بعض الممارسات المطبوعة بهذه الحقبة والتي تمس القاضي والقضاء⁴ ، فقد كان انتظام القضاة في جمعية نتيجة طبيعية ، وجمعية مهنية جادة ساريت مطالب الرابطة ، من خلال مؤتمراتها الخمسة الأوائل ، والمصاغة في شكل ملتزمات، في اتجاه محورين أساسيين تهمان الدفاع عن استقلال القضاء، ومحاولة بناء سلطته ومن خلال مطالب تهتم الوضع المهني للقاضي والتي هي في نفس الوقت الوجه الآخر للدفاع عن استقلال القضاء والقاضي :

1- استقلال القضاء :

بالنظر لأهمية الملتزمات في هذه المؤتمرات أو من خلال مبادرات مكتب الرابطة، فإنه لا بأس من نقلها كما جاءت في صياغتها، فخلص المؤتمر الثالث للرابطة بطنجة ما بين 20 و 23 شتنبر 1963 ، في الملتمس الأول إلى ما يلي : " إن المؤتمر ... يسجل بكامل الأسف التصرفات غير اللائقة بكرامة القضاة والتي تعرض لها قضاة ببعض جهات المملكة . يلتمس ما يلي :

1 مقال غير موقع منشور بمجلة رابطة القضاة العدد الأول المزدوج لسنة 1965 1966 بعنوان : انطباعات حول المؤتمر الخامس لرابطة القضاة بقلم مؤتمر، الصفحة 30 و 31 .

2- انظر رابط الدوريات الصادرة عن وزارة العدل بالموقع الرسمي للوزارة على الانترنت . / كان وزراء العدل يصدرون دوريات للمسؤولين القضائيين يحتونهم على تسهيل عملية حضور القضاة لمؤتمرات الرابطة،

3- مقابلة صاحب الجلالة مولانا الحسن الثاني لمكتب الرابطة " مجلة رابطة القضاة العدد الأول المزدوج لسنة 1965-1966 الصفحة 6 و5.

4-حماد العراقي، المرجع السابق الصفحة 53 .

أولاً: السهر على تطبيق مبدأ فصل السلطة .

ثانياً: اتخاذ جميع التحريات كلما كان الأمر يتعلق بتفتيش مسكن القاضي أو التحقيق معه.

ثالثاً: تنبيه الشرطة بان تقدم تقاريرها للدوائر القضائية المختصة إذا كان الأمر يتعلق باتخاذ إجراء يمس شخص القاضي أو مسكنه وذلك قبل مباشرتها لهذا الإجراء.

رابعاً: عدم الاعتماد على التقارير السرية المجردة التي ترفع من طرف السلطة الإدارية ضد رجال القضاء."

وهو نفس المطلب الذي جاء في الملتصق الثاني للمؤتمر الرابع سنة 1964 حول مبدأ فصل السلط واستقلال القضاء.

وفي نفس الاتجاه ولمواجهة المنحى الذي اتخذته إمكانية الانتداب التي كانت استثنائية بيد وزير العدل فاستعملت استعمالاً موسعاً جعل "مكتب الرابطة يقدم بتاريخ 10 أبريل 1964 احتجاجاً لوزير العدل حول حركة النقل التي قام بها الوزير في أوساط القضاة :

وحرصاً على الأمانة الملقاة على عاتقنا كممثلين للقضاة نرى من واجبنا أن نشعركم يا معالي الوزير أن حركة النقل التي قمتم بها في صف القضاة قد أحدثت موجة من الاستياء في أوساط القضاة وجعلتهم يتخوفون على مصيرهم ويتساءلون عن مصير الضمانات الضرورية لاستقلالهم والمخولة إليهم بمقتضى الدستور، إننا نطلب منكم بكل إلحاح أن تراجعوا هذه القرارات وتعملوا على إبقاء المعنيين بالأمر على حالها، إلى أن يتم اجتماع المجلس الأعلى¹ .

كما التمس القضاة في مؤتمر الرابطة الرابع والخامس إحداث مسطرة خاصة لنقل القضاة تأخذ بعين الاعتبار أولاً رغبة القاضي، وعلى يد المجلس الأعلى²، معتمدين على صريح نص الدستور في عدم جواز نقل قضاة الأحكام .

2- المطالب المهنية :

عرفت المؤتمرات الثالث والرابع والخامس العديد من المطالب المهنية ، حيث عبر القضاة عن "الحالة القلقة التي يعيش عليها القضاة من عدم توفير أسباب الراحة والطمأنينة والاكتفاء الذاتي"³، كما أن المؤتمر الأول التأسيسي ركز على الوضع المادي للقضاة ، أما التقرير الأدبي للمؤتمر الخامس المنعقد بفاس أكتوبر سنة 1965 طالب بإقرار تعويضات للقضاة عن مهامهم وعطلة سنوية مدتها شهران ، في حين أقر توصل القضاة المستحقين للترقية

1 حماد العراقي ، المرجع السابق الصفحة 47 . المقصود المجلس الأعلى للقضاء .

2 حماد العراقي المرجع السابق الصفحة 48-49 .

3 المرجع السابق ص 48.

4 مجلة رابطة القضاة العدد الأول المزدوج لسنة 1965-1966 المؤتمر الخامس لرابطة القضاة التقرير الأدبي الصفحة 13-17 .

"بحقوقهم بعدما ظلوا ينتظرونها منذ أزيد من ثلاث سنوات"¹ ، و معلنا كذلك صدور "أوراق الجواز الخاصة بالقضاة"².

إن مكتب الرابطة كان نشيطا خلال هذه الفترة سواء باجتماعه المباشر والدوري بوزراء العدل أو مساعدتهم ، للدفاع عن ملتزمات المؤتمرات أو لتدارس بعض القضايا مثل ضرورة فصل السلط من خلال حالات تعسف بعض رجال الإدارة أو التطرق للوضع المادي للقضاة لضمان "الحد الأدنى والضروري للحياة المعيشية"³.

ويظهر من الوثائق المنشورة والشهادات⁴ أن أهمية قضية خاضها القضاة عبر الرابطة هي طرح مبادرة تعريب ومغربة وتوحيد القضاء المغربي في المؤتمر الثالث بطنجة شتنبر 1963 ثم الدفاع عنها إلى أن تم إقرارها بموجب قانون المغربية والتعريب والتوحيد بتاريخ 24 يناير 1965 .

3- العلاقة مع المؤسسات :

لعل إحساس القضاة بعدم تمكنهم من تطبيق القانون بشكل سليم ، للغته الأجنبية ، ونظرتهم له كميراث عن الاستعمار مع استمرار تواجد قضاة أجنب بالحاكم ، مقرونا بتواجد مصالح لا تخدمها عملية تحرر القضاء المغربي من تلك العناصر الثلاث ، قام القضاة بإطلاق مبادرة المغربية والتعريب و التوحيد .

فقد عمل القضاة من خلال الرابطة على الاتصال بالبرلمانيين لإطلاعهم على مشاكل النظام القضاء المغربي آنذاك⁵، الأمر الذي توج ولأول مرة في التاريخ المغربي الحديث باستماع لجنة العدل والتشريع بالبرلمان لتمثيلية القضاة في شخص رئيس الرابطة السيد حماد العراقي حيث قام هذا الأخير بعرض وجهة نظر القضاة حول ضرورة توحيد ومغربة القضاء المغربي وتعريبه ، فنالت الرابطة تنويه رئيس اللجنة في تفهم لوجهة نظر القضاة لتلك العضلات السالفة الذكر .

وبعد انطلاق مناقشة القانون في البرلمان عارضه وزير العدل في غرفتي البرلمان إلا أن ذلك لم يمنع من إقرار قانون المغربية والتعريب والتوحيد⁶، ذلك أن تبني المغفور له الحسن الثاني هذا المشروع في إطار استكمال السيادة الوطنية⁷ الوطنية⁷ ، أعطى نفسا جديدا للقضاة لتعبئة جهودهم لبسط هذه السيادة على القضاء ، لان ذلك يعني تحمل أعباء القضاء بالأطر المغربية القليلة، فعقد المؤتمر الخامس للرابطة في هذه الظرفية تحت شعار "مطابقة التشريع والتنظيم القضائي للواقع المغربي"⁸ ، لان دخول القانون الجديد حيز النفاذ كان مقررا في فاتح يناير 1966.

1 المرجع السابق.

2 المرجع السابق.

3 مجلة رابطة القضاة العدد الثاني يناير 1964 نشاط الرابطة خلال شهر الصفحة 36-37 .

4 وثائقي لقناة 2M بعنوان من صفحات القضاء المغربي، أول بث بتاريخ 14-4-2008 .

5 حماد العراقي المرجع السابق الصفحة 59 .

6 المرجع السابق ص 59.

7 الخطاب الملكي الملقى أمام مؤتمر الخامس للرابطة المنعقد بين 29 و 31 أكتوبر 1965 بفاس.

8 كلمة افتتاح المؤتمر الخامس مجلة رابطة القضاة العدد الأول المزدوج لسنة 1965-1966 ص 12.

كما حضر المؤتمر الملحق الصحفي للمكتب الدائم لتنسيق التعريب التابع للجامعة العربية والقى كلمة فيه¹ ، وذلك ضمن الجهود التي كانت الرابطة تبذلها لتأهيل القضاة في مجال المصطلحات القانونية والفقهية العربية ، حيث عقد اتفاق بين الطرفين لهذا الشأن.

كما كانت الرابطة في محيطها تقوم بتنظيم لقاءات ثقافية بين القضاة ، يعاد فيه إحياء التراث القضائي العريق للمغرب ، والأهم من هذا كان مطمحها الانفتاح أكثر في المستقبل على المجتمع من اجل توظيف وسائل الإعلام لتوعية المواطنين بالقوانين الجاري بها العمل²، دون أن نغفل المساحة التي أتاحتها الرابطة للقضاة في مجلتها خلال هذه الفترة -1961-1965- ، للمساهمة بمواضيع قانونية أو مهنية والتي اتسمت بالجرأة والغرارة .

و في علاقتها مع وزير العدل يستشف ان اللقاءات كان مستمرة ولا توجد عوائق لبلوغها، حيث دام احد الاجتماعات بين مكتب الرابطة والوزير يوم ثاني عيد الفطر الموافق ل16 فبراير 1964 خمس ساعات لتدارس ملتزمات المؤتمر الثالث ومختلف أوضاع القضاة المعيشية .

من خلال بعض أدبيات الرابطة يظهر أن عملها في تفاعله مع محيطها لم يكن محط إجماع فرئيس الرابطة حماد العراقي يقول في التقرير الأدبي للمؤتمر الخامس سنة 1965 "...فالله يشهد أننا لم نكن في عملنا داخل إطار الرابطة أنانيين ولا خياليين ولا شعاريين بل كنا دائما واقعيين ومنطقيين وكان عملنا دائما هادفا إلى الصالح العام وما فيه مصلحة البلاد والعباد ... "

غير أنه وبعد سنة 1965 عرفت الرابطة فتورا في نشاطها ربما ساهمت ظروف المغرب السياسية في ذلك ، كما عرف تراثها قطيعة زمنية تقارب خمسين سنة إلى أن صدر دستور 2011 ليعرف المغرب دينامية جماعية للقضاة بعد تأسيس نادي قضاة المغرب .

ختاما فإن تجربة الرابطة تترك انطبعا قويا يدل أن قضاة تلك الفترة كانوا عن حق ورثة القضاة الأعلام الذين تميز بهم المغرب طوال تاريخه وحلقة وصل بينهم وبين الجيل الحالي الملقاة على عاتقه المساهمة في مسيرة المغرب الحداثية ذات الجذور العريقة .

1 المرجع السابق ص18-19.

2 التقرير الأدبي المؤتمر الخامس لرابطة القضاة المرجع السابق ص 15.

مكافحة تبيض الأموال في المؤسسات المالية الجزائرية

دراسة لمفهوم هذه الظاهرة وسبل مكافئها

في إطار البنوك الجزائرية (دراسة حالة)



من تقديم فضيلة الأستاذ: بن صغير عبد المومن

أستاذ مساعد قسم (أ) بكلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة الجيلالي اليابس بسيدى بلعباس - الجزائر

ملخص المداخلة :

لا تزال إشكالية تبيض الأموال إحدى الظواهر التي تهدد النظام السياسي والاقتصادي والقانوني لدى الدولة ، الأمر الذي حتم على كل دولة من دول العالم المختلفة السعي نحو إحداث قفزة نوعية للتصدي لهذه الظاهرة الخطيرة . وقد تجسد ذلك من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية والثنائية على المستوى الدولي ، وإصدار كل دولة معنية بهذه الظاهرة العديد من التشريعات الوطنية على المستوى المحلي.

إن الجزائر وكغيرها من الدول ليست بمنأى عن هذه الظاهرة ، حيث سارعت في إصدار العديد من التشريعات منها :

01-القانون رقم 05-01 المؤرخ في : 06-02-2005 المتعلق بالوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافئها

02-القانون رقم 06-01 المؤرخ في : 20-02-2006 المتعلق بالوقاية ومكافئها.

03-الأمر رقم 12-02 المؤرخ في : 13-02-2012 المعدل والمتمم للقانون رقم 05-01.

يمكن طرح إشكالية البحث الرئيسية التالية :

إلى أي حد تم تفعيل هذه النصوص القانونية لتصدي لظاهرة تبيض الأموال على أرض

الواقع؟ ما مدى التزام المؤسسات المالية والبنوك الجزائرية بها؟ هل يمكن القول أن النصوص التشريعية وحدها كافية للتصدي لها؟ ما هي الحلول والبدائل الجديدة في ظل قصور التشريعي؟.

Résumé de l'intervention :

Pas encore problématique blanchiment d'argent l'un des phénomènes qui menacent le système politique et économique et juridique de l'État, qui a nécessité pour chacun des différents pays du monde cherchent à provoquer un saut qualitatif pour remédier à ce grave phénomène .

Cela s'est traduit par la conclusion de nombreux accords internationaux et bilatéraux au niveau international , et de l'émission de chaque État concerné par ce phénomène de la législation nationale au niveau local.

Algérie, comme d'autres pays , n'échappe pas à ce phénomène, où se hâta dans beaucoup de versions de la loi , y compris :

01 - la loi n ° **05-01** Jour: **06-02-2005** blanchiment sur la prévention du blanchiment d' argent et le financement du terrorisme et le contrôle .

02 - la loi n ° **06-01** Jour: **20-02 - 2006** sur la prévention et le contrôle .

03 - Ordonnance n ° **12-02** en date : **13-02-2012** , telle que modifiée et complétée par la loi n ° **05-01** .

Le problème peut être demandé à la recherche majeurs suivants: Dans quelle mesure l'activation de ces dispositions juridiques visant à lutter contre le phénomène du blanchiment de l'argent sur le terrain Réalité ? Quel est l' obligation pour les institutions financières et les banques algériennes eux? Vous pouvez dire que les textes législatifs seul suffisant pour y remédier ? Quelles sont les nouvelles solutions et des alternatives à la lumière de l'échec législatif? .

مقدمة :

من المسلم به أن كل دولة من دول العالم المختلفة تسعى إلى إحداث قفزة نوعية نحو بلوغ التنمية⁽¹⁾ بجميع أبعادها لاسيما النمو والتقدم الاقتصادي الذي يلزم لتحقيقه توافر مجموعة من العوامل سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية ، ويأتي في مقدمة تلك العوامل الأموال⁽²⁾، حيث تشكل الأموال عصب الاقتصاد أو شريان التنمية الاقتصادية المعاصرة وأحد مقومات الأنظمة السياسية والاجتماعية السائدة في العالم ، ويقاس رقي وتقدم الشعوب برقي وتقدم اقتصادها ، لذا أصبح الاقتصاد نظاما عالميا ارتبطت به الأسرة الدولية بصورة عصرية فأصبح يشكل كيانا مترابطا تتفاعل أجزاؤه فتتأثر وتتوثر في المتغيرات المختلفة التي تتجاذب العالم المعاصر⁽³⁾ .

ومما لا شك فيه أن الاقتصاد عامل أساسي في استقرار الحياة السياسية الاجتماعية لدى أية دولة من دول العالم ، إذ يوفر التوازن بين الإمكانيات والرغبات ، مما يعطي للسياسة مفهومها الأصيل ، وهذا ما يؤكد ارتباط الأمن السياسي بالأمن الاقتصادي وارتباط الاثنين بالأمن الاجتماعي .

غير أنه غالباً ما يهتز كيان الأمن الاقتصادي بجميع أبعاده لدولة ما نتيجة نشاطات غير شرعية تحدث بسبب تأثير حياة الأفراد من حيث المواقف والسلوكيات تتصف بعضها بالمادية المطلقة ، فتحقيق الربح و بأي طريقة هو المعتقد السائد لدى بعض الأفراد، حاملين بذلك شعار الغاية تبرر الوسيلة، لإعطاء تفسير و تبرير لما يقومون به من النشاطات الغير شرعية، ونقصد بذلك غسل الأموال القذرة، أو تبييضها.

وقد توسعت هذه الظاهرة لتشمل مختلف دول العالم يستعملها حاملي تلك الأموال لإضفاء الشرعية على أموالهم.

ولقد ازداد النشاط الإجرامي لهذه الفئة مع التطور المالي والتقني الذي عرفه العالم، ومن مظاهر ذلك هو استحداث أساليب و تقنيات يتم من خلالها غسل الأموال خاصة مع ظهور ما يسمى بالعملة المالية وتحرر الأسواق.

فلقد شهد العصر الحالي كثيراً من المتغيرات⁽⁴⁾، وظهرت العديد من التحديات ، والأفكار المستحدثة ؛ كفكرة العملة ومظاهرها الاقتصادية ، كالحُدود المفتوحة ، وتحرير وتدويل الأسواق والنمو الكبير في حجم النشاطات التجارية ، والتي أدت إلى تدفق ضخم للسلع والخدمات بين مختلف الدول .

ونظراً للتقدم التقني ، والتطور الهائل في مجال تقنية المعلومات والاتصالات ، فقد ظهرت عدة ظواهر لم تكن معروفة من قبل كظاهرة "غسيل الأموال" أو "تبييض الأموال" التي صارت تسبب قلقاً هائلاً للعالم في الفترة الأخيرة ، من حيث حجم الأموال غير الشرعية المغسولة ، ومن حيث صعوبة الكشف عن الظاهرة بله القضاء عليها مما يستدعي تفكيراً جديداً لمواجهتها. والجزائر كغيرها من الدول مسّها شيءٌ من هذا الخبث في السنوات الأخيرة بحكم التوجه من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحرّ ، وبما مرت به من أوضاع مزرية خلال سنوات عدم الاستقرار .

وفي خضمّ تزايد ترويج المخدرات⁽⁵⁾ ، واستفحال ظاهرة الفساد الإداري بتعرجاته المختلفة من اختلاس ورشوة وتزوير ونصب واستغلال نفوذ... وغيرها ، وجدت الجزائر نفسها أمام ديدان طفيلية تسرق غذاءها وتمنع نماءها ، وسوس ينخرُ برامجها الاقتصادية الطموحة ، ويحول بينها وبين استرداد كامل هيبتها في المحافل الدولية ، فكان لا بد من الدخول في اتفاقيات دولية من أجل تجسيد التعاون الدولي لمواجهة هذه الظاهرة القذرة ، وإصدار العديد من القوانين الرادعة لاجتثاث هذه الظاهرة ، كان آخرها قانون 05-01 المتعلق بجريمة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها ، وقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

وتشكل ظاهرة تبيض الأموال أحد الأخطار المهددة للنظام القانوني والاقتصادي والاجتماعي للدولة ، ومن أجل ذلك جرمها القانون ، وهي أيضاً معصية من الناحية الشرعية لأن محلها مستمد من مصادر محرمة . وبالتالي فهي أموال محرمة شرعاً وقانوناً.

ولهذا بات من الضروري على مجموع دول العالم تفعيل التكتلات الإقليمية و الدولية في إطار محاربة هذه الظاهرة. وموقف الجزائر من هذه الظاهرة وعليه يمكن طرح إشكالية البحث الرئيسية ، إلى أي حد تم تفعيل هذه النصوص القانونية لتصدي لظاهرة تبيض الأموال على أرض الواقع ؟ ما مدى التزام المؤسسات المالية والبنوك

الجزائرية بها؟ هل يمكن القول أن النصوص التشريعية وحدها كافية للتصدي لها؟ ما هي الحلول والبدائل الجديدة في ظل قصور التشريعي؟.

ويندرج ضمن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات التالية :

ما هو مفهوم هذه الظاهرة؟ ما هي مراحل نشأتها؟ وما هي أسباب ظهورها؟ ما هو واقع ودرجة تعرض الجزائر لهذه الظاهرة؟ إلى أي حد تم مكافحتها؟ ما هي العراقيل التي واجهت الجزائر في التصدي ومكافحة هذه الظاهرة؟ ما هي الآليات الجديدة والفعالة التي اتخذتها الجزائر نحو احتواء هذه الظاهرة؟

وقد حاولنا في بحثنا هذا فهم هذه الظاهرة ودراستها من جوانبها المختلفة حيث قسمنا الورقة البحثية إلى :

أولا : مفهوم ظاهرة تبيض الأموال .

ثانيا : إسقاط هاته الأمور على الجزائر لمعرفة واقعها ودرجة تعرضها لهذه الظاهرة.

أولا : مفهوم ظاهرة تبيض الأموال.

01- تعريف ظاهرة تبيض الأموال.

-التعريف الاقتصادي.

-التعريف القانوني .

02- تحديد خصائصها .

03- . مراحل نشأتها.

04- أساليب ظاهرة تبيض الأموال.

ثانيا : آثار تبيض الأموال على الاقتصاد الجزائري وسبل مكافحتها .

01- الآثار المترتبة على تبيض الأموال.

02- سبل مكافحة ظاهرة تبيض الأموال.

أ- الآليات الجديدة والفعالة المتخذة من طرف الدولة الجزائرية لمكافحة هذه الظاهرة.

ب- دور البنوك الجزائرية في مكافحتها.

أولا : مفهوم ظاهرة تبيض الأموال :

تعتبر ظاهرة تبيض الأموال من الإشكاليات التي لا زالت تشكل هاجس لدى المجتمع الدولي ككل ليس من حيث انتشارها الواسع فقط، بل وأيضا من حيث صعوبة بلورتها وتحديدها، وطرق علاجها والقضاء عليها.

تشير العديد من المؤشرات إلى تزايد ظاهرة تبييض الأموال كأحد المخاطر الكبيرة للعولمة وبخاصة العولمة المالية⁽⁶⁾.

إذ تعتبر ظاهرة تبييض الأموال من بين المشاكل التي تصيب اقتصاديات الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، حيث تعد صورة من صور الجرائم الاقتصادية التي تفتشت بصورة كبيرة في الوقت الراهن، كما أنها ظاهرة تتصل بالمؤسسات المالية لا سيما البنوك، بما توفره بعملياتها من قنوات كوسيلة يقوم عن طريقها متورطون في العمليات مشبوهة لتنظيف الأموال. وسنقوم فيما يلي بتقريب المفهوم عن ظاهرة تبييض الأموال كافة اقتصادية حيث يخطأ البعض فهمه لهذه الظاهرة، فمنهم من يراها أنها نافعة للاقتصاد من حيث التردد ولكن الواضح والجلي أن هذه الظاهرة من أخطر المشاكل الاقتصادية التي تعصف باقتصاديات الدول⁽⁷⁾.

ونظرا للخطورة البالغة فقد تزايد الاهتمام بدراسة هذه الظاهرة خاصة في الآونة الأخيرة الأمر الذي استدعى تناولها من قبل كافة المعنيين بها ليس فقط من طرف رجال القانون، بل وحتى من قبل رجال السياسة والاقتصاد⁽⁸⁾، وأخيراً من قبل علماء الشريعة الإسلامية.

وتتبع هذه الخطورة أساسا من الآليات والتقنيات المتنوعة والمتطورة باستمرار في ترويج هذه الظاهرة⁽⁹⁾.

01- تعريف ظاهرة تبييض الأموال.

لا يوجد تعريف متفق عليه دوليا لظاهرة تبييض الأموال، إلا أن هناك مجموعة من التعاريف الإجرائية والوظيفية بالإضافة إلى التعريف الاقتصادي والقانوني.

أولا: - التعريف الاقتصادي:

اختلف الاقتصاديون في وضع تعريف جامع ومانع لتبييض الأموال، إلا أنهم يكادوا يتفقون على أن هذه الظاهرة مصدرها أموال غير مشروعة، وتتمثل مجمل هذه التعاريف على النحو التالي⁽¹⁰⁾:

01- عمليات تبييض الأموال هي عمليات يقوم بها ناشطين في محاولة منهم لإخفاء أعمالهم غير المشروعة لتمكنهم فيما بعد بالتمتع بالأموال التي جنيت من غير أن تتعرض مصادر أموالهم لأي خطر.

02- عمليات تبييض الأموال هي عمليات متتابعة ومستمرة في محاولة معتمدة لإدخال أموالهم القذرة الناتجة عن الأنشطة الخفية غير المشروعة التي تمارس من خلال ما يسمى بالاقتصاد الخفي في دور النشاط الاقتصادي للاقتصاد الرسمي أو الظاهر، لإكسابها صفة شرعية عبر الجهاز المصرفي أو أجهزة الوساطة المالية الأخرى.

03 - تبييض الأموال هو فن توظيف الوسائل المشروعة في ذاتها من مصرفية خصوصا و اقتصادية على وجه العموم لتأمين حصاد وإخفاء المحصلات غير المشروعة لإحدى الجرائم.

04- يعني مصطلح تبييض الأموال أن هذه الأموال القذرة إذا بقيت في أيدي حائزها فإن ذلك يؤدي إلى اكتشافهم، وبالتالي فإن عمليات التبييض هي محاولة منهم بكافة الطرق إلى إلغاء الأصل غير الشرعي لهذه الأموال، وذلك كي يعاد استثمارها في أعمال اقتصادية بعيدة كل البعد عن الأعمال غير المشروعة التي حصلت منها هذه الأموال.

وتجدر الإشارة أنه يجب التفريق بين مصطلح الأموال القذرة والأموال السوداء، فالأموال القذرة هي التي يتم الحصول عليها بوسائل غير شرعية مثل الاتجار في المخدرات، الدعارة...إلخ، بينما الأموال السوداء هي التي يتم الاحتفاظ بها سرا للتهرب من الضرائب .

ثانيا: التعريف القانوني :

إن تعريف ظاهرة تبيض الأموال من الناحية القانونية⁽¹¹⁾ هي جريمة قائمة بذاتها ، حيث تنوعت التعاريف التي قيلت في جريمة تبيض الأموال منها التعاريف الفقهية و التشريعية و الدولية و سنتطرق لهذه التعاريف ، و موقف المشرع الجزائري منها تبعا للنقاط التالية :

01-التعريف الفقهي لجريمة تبيض الأموال :

لم يتوصل فقهاء القانون الجنائي إلى تعريف جامع مانع لهذه الجريمة نظرا لحدائتها و سرعة تطورها الذي يساير تطور التكنولوجيا الحديثة حيث أن كل المحاولات الرامية إلى إيجاد تعريف خاص لها فضفاضة في محتواها ، ذلك لكثرة الأساليب المستعملة في ارتكابها فقد يتميز تعريف جريمة تبيض الأموال من حيث غايتها و طبيعة هذه الظاهرة أو الجريمة.

- من حيث غايتها : تستهدف ضخ الأموال غير النظيفة (كأموال التجارة بالمخدرات و السرقات الكبرى و سرقة الأعمال الفنية و الإيجار غير المشروع في الأسلحة و التجارة في الرقيق عبر مختلف شبكاته ...إلخ) .

و ذلك داخل حيز الأنشطة الاقتصادية و الاستثمارية المشروعة سواء على المستوى الوطني أو العالمي على نحو يكسها صفة المشروعية في نهاية المطاف و هكذا تتخلص الأموال من مصدرها الأصلي غير النظيف و تنحدر بذلك من جديد وسط اقتصاد طبيعي مشروع .

- من حيث طبيعتها : لعل أهم ما يميز هذه الجريمة أنها جريمة تبعية من ناحية و قابلة للتداول من ناحية أخرى .
- فمن ناحية أنها جريمة تبعية : تفترض وقوع جريمة أصلية سابقة و ينصب نشاط تبيض الأموال بالتالي على الأموال أو المحصلات الناتجة عن هذه الجريمة الأصلية .

- أما من ناحية قابليتها للتدويل : هو وقوع الجريمة الأم على إقليم دولة ما ، بينما يتوزع نشاط تبيض الأموال على إقليم دولة أخرى و هكذا تتبعثر الأركان المكونة للجريمة عبر الحدود، و هو الأمر الذي يصعب من الملاحقة الجنائية لاسيما مع ما يثيره ذلك من مشاكل جمة في مجالي الاختصاص و مدى الاعتراف بحجية الأحكام الجنائية الصادرة في موطن الجريمة الأم .

- و تعرف أيضا جريمة تبيض الأموال على أنها عبارة عن عملية يلجأ إليها من يتعاطى الاتجار غير المشروع بالمخدرات لإخفاء وجود دخل أو لإخفاء مصدره غير المشروع أو استخدام الدخل في وجه غير مشروع ، ثم يقوم بتمويه ذلك الدخل ليجعله يبدو و كأنه دخل مشروع أي بعبارة أبسط التصرف في النقود بطريقة تخفي مصدرها و أصلها الحقيقيين .

و في الواقع أن كلمة تبييض الأموال و غسيل الأموال حسب فقهاء القانون يلتقيان في دلالة مفهومها و يختلفان في المصطلح فقط إذ كلاهما يعني استخدام حيل و وسائل و أساليب للتصرف في أموال مكتسبة بطريقة غير مشروعة و غير قانونية لإخفاء الشرعية و القانونية عليها و هذا يشمل الأموال المكتسبة من الرشوة و الاختلاس و الغش التجاري و تزوير النقود و مكافآت أنشطة الجوسسة.

هذه الظاهرة الخبيثة هي و لا شك إحدى ثمار العولمة الاقتصادية⁽¹²⁾ التي يروج لها الغرب ، فاصطلاح غسيل الأموال و تبييض الأموال اصطلاح عصري و هو بديل للاقتصاد الخفي أو الاقتصاديات السوداء أو اقتصاديات الظل و هو كسب الأموال من مصادر غير شرعية و أحيانا يتم خلط هذه الأموال الحرام بأموال أخرى حلال و استثمارها في أنشطة مباحة شرعا و قانونا لإخفاء مصدرها الحرام و الخروج من المساءلة القانونية بعد تضليل الجهات الأمنية و الرقابية .

من خلال ما تقدم نستنتج أن هناك تعريفان بحسب وجهة نظر الفقهاء لجرمة تبييض الأموال تعريف واسع و تعريف ضيق⁽¹³⁾ .

أولاً: التعريف الضيق : يقتصر التعريف الضيق للتبييض على الأموال غير المشروعة الناتجة عن تجارة المخدرات و من بين المنظمات والدول التي أخذت بهذا التعريف اتفاقية فيينا عام 1988 - قانون المخدرات و المؤثرات العقلية اللبناني - التوصية الصادرة عن مجلس المجموعة الأوروبية عام 1991 .

ثانياً: التعريف الواسع : يشمل جميع الأموال القذرة الناتجة عن جميع الجرائم والأعمال غير المشروعة ليس فقط تلك الناتجة عن تجارة المخدرات و من التشريعات التي اعتمدت هذا التعريف القانون الأمريكي لعام 1986 وإعلان المبادئ الخاص لمنع استعمال القطاع المصرفي لتبييض الأموال ولجنة بازل (Pasle) في كانون الأول عام 1988.

وهذا التعريف الأخير هو التعريف الأوسع⁽¹⁴⁾ والذي يجب أن يكون لتبييض الأموال إذ أنه يعني بتبييض الأموال "كل فعل يقصد به تمويه أو إخفاء مصدر الأموال الناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن ارتكاب إحدى الجرائم المذكورة سلفاً."

02- تعريف جريمة تبييض الأموال على ضوء الاتفاقيات الدولية :

قد عرفت المادة 03 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالمخدرات و المؤثرات العقلية التي اعتمدها المؤتمر السادس في جلسته العامة المنعقدة في فيينا بتاريخ 19 ديسمبر 1988 ، حيث جرمت الأعمال التي من شأنها تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها مستمدة من أية جريمة من جرائم المخدرات أو من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجريمة أو الجرائم بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال قصد مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب هذه الجريمة على الإفلات من العواقب القانونية .

و يعد تعريف دليل اللجنة الأوروبية لتبييض الأموال الصادر لعام 1990 الأكثر شمولاً و تحديداً العناصر تبييض الأموال من بين التعريفات التي تضمنتها عدد من الوثائق الدولية و التشريعات الوطنية ، ووفقاً للدليل المذكور فإن تبييض الأموال هو "عملية تحويل الأموال المتحصلة من أنشطة جرمية تهدف إخفاء أو انكسار المصدر غير

الشرعي و المحظور لهذه الأموال أو مساعدة أي شخص ارتكب جرماً ليتجنب المسؤولية القانونية عن الاحتفاظ بممتلكات هذا الجرم" و عملية الإخفاء أو الإنكار تمتد لحقيقة أو مصدر أو موقع أو حركة أو ترتيبات أو طبيعة الحقوق المتحصلة من هذه الأموال أو ملكيتها مع توافر العلم أن هذه الأموال متحصلة من جريمة جنائية ووفقاً لهذا التعريف فإن تبييض الأموال بالمعنى البسيط هو إظهار المال الناتج عن جرائم جنائية كترويج المخدرات والإرهاب أو الفساد أو غيرها بصورة أموال لها مصدر قانوني ومشروع.

ويرى البعض بأنها: (تطهير الأموال القذرة من اللامشروعية، والأموال القذرة هي كل مبلغ من النقود، أو كل ما يمكن تقييمه بالنقود يحصل عليه الشخص بالمخالفة لأحكام القانون⁽¹⁵⁾).

ويرى آخرون بأنها: (قبول ودائع أو تحويل أموال مع العلم أن هذه الودائع أو الأموال مستمدة من عمل غير مشروع أو إجرامي، وذلك بإخفاء مصدر تلك الأموال أو التستر عليه أو لمساعدة أي شخص يعد فاعلاً أصلياً أو شريكاً في ذلك العمل على الإفلات من النتائج القانونية للفعل⁽¹⁶⁾).

03- تعريف جريمة تبييض الأموال على ضوء التشريع الجزائري :

صادقت الجزائر وبتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية الصادرة سنة 1988، صادقت عليه بمرسوم رئاسي رقم 95-41 المؤرخ في 18/01/1995، ومن ثم انطلقت في بناء ترسانتها القانونية الكفيلة بالحد من هذه الظاهرة، فكان أن أصدرت قانوناً خاصاً بهذه الظاهرة سبقه وتبعه تشريعات أخرى .

وتمشيا مع المخطط الاستعجالي الذي بادرت به وزارة العدل سنة 2001 و تجسيدا للتوصيات المنبثقة عن اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة المتعلقة بضرورة إعادة النظر في مجمل النصوص القانونية لهذا القطاع، وقصد جعل قانون العقوبات يساير التحولات الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية التي تعرفها بلادنا و قصد التكفل بالأشكال الجديدة للإجرام التي تهدد الأمن الفردي و الجماعي، و كذا من أجل جعل القانون الوطني يتجانس مع المعايير الدولية و الالتزامات الاتفاقية لبلادنا، و تبعاً لذلك تم ظهور أول نص قانوني يتكلم عن تبييض الأموال في الجزائر، و عند تفحصنا لهذا النص القانوني نجد أن المشرع الجزائري قد نهج منهج التشريعات الدولية السابقة في الأخذ بالتعريف الفقهي الواسع لجريمة تبييض الأموال، حيث عرفتها المادة 389 مكرر و الذي جاء بها القانون رقم 04 - 15 المؤرخ في 27 رمضان 1425 هـ الموافق 10 نوفمبر 2004 المعدل و المتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات بما يلي :

يعتبر تبييض الأموال :

أ- تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تأتت منها هذه الممتلكات على الإفلات من الآثار القانونية لفعلة.

ب- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها مع العلم بأنها من عائدات إجرامية.

ج- اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقيها بأنها تشكل عائدات إجرامية .

د- المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها و محاولة ارتكابها و المساعدة و التحريض على ذلك و تسهيله و إسداء المشورة بشأنه.

ويلاحظ أن هذا التعريف تضمّن في بيان تبييض الأموال ما يلي⁽¹⁷⁾ :

- تحويل أو نقل الممتلكات بغية إخفاء مصدرها أو مساعدة المرتكب الأصلي

- إخفاء أو تمويه طبيعة الممتلكات أو الحقوق المتعلقة بها .

- اكتساب أو حيازة أو استخدام الممتلكات التي مصدرها غير مشروع .

وفي كل النقاط السابقة يشترط علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية .

- المشاركة أو التواطؤ أو التآمر أو المساعدة أو التحريض أو إسداء المشورة في عملية غسيل الأموال .

ويلاحظ أيضا أن هذا التعريف قد أخذ بالتعريف الواسع لمفهوم تبييض الأموال الذي لم يحددها في المخدرات بل عمّمها ووسّعها إلى "عائدات إجرامية" التي تشمل كافة الأموال الإجرامية .

وبعد صدور قانون العقوبات المعدل والمتمم ، مواكبة ومسايرة للاتفاقيات الدولية عزّزت المنظومة القانونية بقانون خاص يهتم بظاهرة غسيل الأموال فقط ، وهو القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق لـ 6 فبراير 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما ، ويحتوي على خمسة فصول وستة وثلاثين مادة ؛ الفصل الأول تناول أحكاما عامة ، الفصل الثاني تناول الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ، الفصل الثالث تناول سبل استكشاف ظاهرة غسيل الأموال ، الفصل الرابع تناول التعاون الدولي للقضاء على هذه الظاهرة ، الفصل الخامس تناول الأحكام الجزائية ، الفصل السادس تناول أحكاما ختامية .

وقد جاء في المادة 02 منه تعريفا لظاهرة تبييض الأموال - وهو تعريف لا يختلف عن التعريف الوارد في قانون العقوبات السالف الذكر - كالآتي : " يعتبر تبييض الأموال :

أ- تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل أنها عائدات إجرامية بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تأتت منها هذه الممتلكات على الإفلات من الآثار القانونية لفعلة .

ب- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها مع علم الفاعل علم أنها عائدات إجرامية .

ج- اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وفق وقت تلقيها أنها تشكل عائدات إجرامية .

د- المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها أو محاولة ارتكابها والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه" وهكذا يلاحظ بأن القانون الجزائري سواء قانون العقوبات أو القانون الخاص لم يأت بتعريف محدد لظاهرة غسيل الأموال بقدر ما عُدَّ آلياتها وأشكالها المختلفة وقد يُبرر هذا بكون المشرع الجزائري ساير نصوصاً دولية في هذا الشأن كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية ، التي لم يأت فيها تعريف دقيق لظاهرة غسيل الأموال أكثر من ذكرها لأضرب وأشكال هذه الظاهرة ، ويعاب عليها أنها حصرتها في العائدات الإجرامية المتأتية من طريق المخدرات ، وهذا ما لم يسايرها فيه القانون الجزائري . كما يلاحظ على هذا القانون شيئا من الغموض المتمثل في عدم توضيحه ومقصوده من كلمة "الممتلكات" الواردة في المادة 02 فقرة أ .

وقد جاء في القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 في المادة 674 ("الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة ") ، فهذا يعني أن الملك هو اختصاص بالشيء يؤهل صاحبه للتصرف فيه والانتفاع به (ولكن الملك قد يطلق على الشيء المملوك ، فيكون بهذا الاعتبار أعم من المال ... فالأصل في المال أنه قابل بطبيعته للتملك مادام يقبل الاحتراز والانتفاع به ... فيتنوع المال بالنسبة لقبليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :- أموال لا تقبل التملك ولا التملك كالأموال العامة ... - أموال لا تقبل التملك إلا بمسوغ شرعي كالأموال الموقوفة ... - أموال تقبل التملك وهي ما عدا النوعين السابقين)).

وبالتالي فهذا غموض بين ذكر "الأموال" وذكر "الممتلكات" فأيهما المراد في هذا النص ؟ ومن هنا كان الأولى ضبط المصطلحات ، بحيث يتعارف على مصطلح واحد سيما في هذا القانون الذي اهتم بتوضيح القصد في الأموال عند نصه على تمويل الإرهاب ، واهتم عندما ذكر لفظ الممتلكات في حوض حديثه عن تبييض الأموال ، حتى لكأنه يُخَيَّل إلى القارئ أن الممتلكات أشياء أخرى لا تعدُّ من قبيل الأموال .

كما أنه في المادة 02 من قانون تبييض الأموال قد نص على كلمة "عائدات إجرامية" ، وكان الأولى استبدالها بمصطلح "أموال غير مشروعة" فهذه أوسع من تلك ، لما يفهم منها أن أي مال اكتسب بطريق غير مشروع فهو يدخل ضمن "العائدات الإجرامية" ، وفي هذا فيه من المصلحة ما فيه حماية للأموال الخاصة والعامة لئلا تستهلك حرمتها⁽¹⁸⁾ .

ثم جاء بعد ذلك - قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 هـ الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006 ، يتعلق بالوقاية في الفساد ومكافحته.

حيث نص في المادة 16 على مكافحة الفساد التي تأتي عبر مراقبة البنوك والمصارف من عمليات غسيل الأموال ، وفي المادة 42 نص على تبييض العائدات الإجرامية وعقوباتها.

وأخيراً فإن التصدي لجريمة غسيل الأموال بنصوص خاصة أملتتها التطورات العلمية والتكنولوجية ، لهذه الظاهرة المعقدة التي تستلزم نصاً خاصاً ومستقلاً يشمل كافة بنيناها القانوني .

ويلاحظ على هذا القانون اتجاه المشرع الجزائري إلى تجريم كافة صور وأشكال غسيل الأموال المتحصلة⁽¹⁹⁾ في الجرائم دون الوقوف على جرائم المخدرات فقط ، كما يلاحظ عليه أيضا توسعه في مفهوم حيازة الأموال غير

المشروعة⁽²⁰⁾ بشرط علم الجاني بها لأنها عائدات إجرامية ، وتوسعه في مفهوم الجريمة الأولية المكونة لهذه الظاهرة ليشمل كل العائدات الإجرامية، بالإضافة إلى تجريمه كافة أشكال المساعدة أو التحريض أو المشورة.

02- خصائص تبيض الأموال :

تتميز جريمة تبيض الأموال بالخصائص التالية⁽²¹⁾ :

- جريمة تبيض الأموال جريمة عالمية : من الأسباب التي ساعدت على تجاوز جريمة تبيض الأموال نطاق الإقليمي للدولة لتصبح عالمية هو ذلك الانفجار الهائل في ثورة الاتصالات واستخدام التكنولوجيا المتطورة من وسائل إلكترونية حديثة في العمليات المصرفية ، الأمر الذي شكل عجزا واضحا في مواجهة آثار هذه الجريمة داخل الدولة ، وهو ما استدعى ضرورة تكثيف الجهود الدولية للتصدي لها.

وبالرغم من الجوانب الإيجابية لظاهرة العولمة الاقتصادية والمالية وتحرر الأسواق من خلال الفوائد التي تجنيها اتفاقيات تحرير التجارة العالمية وما يرافقها من إزالة الحواجز الجمركية واستخدام التجارة الإلكترونية وشيوع المناطق الحرة وعمليات الخصخصة ، إلا أن ذلك له أثر سلبي على تنشيط عمليات تبيض الأموال ، خاصة وأن تشريعات بعض الدول تسهل إمكانية إنشاء شركات وهمية والتحويلات الإلكترونية واستخدام بطاقات الصراف الآلي والتي غدت الظاهرة بموجبها الأكثر شيوعا على العمليات المصرفية⁽²²⁾ .

- جريمة تبيض الأموال جريمة منظمة : إذا نظرنا إلى جرائم تبيض الأموال نجدها جرائم دولية خطيرة تؤثر سلبا على الاقتصاد الوطني للدولة ، ومن أهم سماتها أنها تعتبر جريمة من الجرائم المنظمة ، وهي تفترض تعدد الجناة ووحدة الجريمة ماديا ومعنويا بحيث يساهم كل منهم بعنصر أو أكثر من العناصر المؤثرة في الجريمة خاصة وأن المصدر الأساسي لهذه الجريمة يتأتى من : المخدرات بشكل كبير .

- لجوء مبيضي الأموال إلى وسائل تقنية حديثة لتفادي كشف عمليات تبيض الأموال : إن تطور الثورة التكنولوجية الحديثة بشكل هائل في مجال الاتصالات والعمليات المصرفية قد ساهم إلى حد بعيد في تفاقم ظاهرة تبيض الأموال ، فأصبحت العمليات تتم عبر وسائل جد متطورة كالانترنت والهاتف الجوال والتحويلات الإلكترونية ، الأمر الذي سهل في إخفاء عمليات تبيض الأموال ، لا سيما إذا تمت عبر شبكات دولية تتميز بالتخطيط المحكم⁽²³⁾ .

ووفقا لإحصائيات الصندوق النقد الدولي فإن حجم عمليات تبيض الأموال يتراوح ما بين 590 مليار دولار إلى 1.5 تريليون دولار سنويا ، أي ما يعادل 2-5 بالمئة من إجمالي الناتج المحلي العالمي ، ويقدر البعض أن إجمالي الدخل المحقق من المخدرات يعادل 688 مليار سنويا " ، وأن هناك مجموعة منهم من المهنيين المتخصصين ومن ذوي الكفاءات العليا ، وبالتالي أصبحت عمليات تبيض الأموال صناعة لها أطقمها. وتحتل مكانة هامة من بين الصناعات ذات القيمة .

03- مراحل نشأتها :

تمر تبيض الأموال بثلاثة مراحل أساسية وهي :

أ- مرحلة الإيداع أو الإحلال : وتعني هذه المرحلة التخلص من الأموال المشبوهة من خلال إيداعها في البنوك والمؤسسات المالية أو شراء العقارات أو الأسهم أو السندات أو الشيكات السياحية والمشاركة في مشاريع استثمارية قد تكون حقيقية، وقد تكون وهمية ثم بيع تلك الأسهم ثم نقل تلك الأموال إلى خارج حدود البلد الذي تم فيه الإيداع ويتم عادة اللجوء إلى الأوراق التجارية أو أوامر الدفع، من خلال كتابة المبالغ النقدية على تلك الأوراق وتسهيل حركة تلك الأوراق أو إيداع تلك الأوراق في البنوك التجارية بحيث تنصهر في عملياته التجارية .

وتعتبر هذه المرحلة من أكثر المراحل صعوبة باعتبار أن مبيض الأموال يكون طرفاً في المعادلة ، وغالباً ما تتم بشكل خفي يجعل من تلك الأموال تظهر في نشاطات تجارية كي تظهر تلك الأموال في النهاية بأنها حصيلة معقولة لتلك الأنشطة⁽²⁴⁾ .

ب- مرحلة التغطية : تتم هذه المرحلة بعد دخول الأموال إلى القطاع المصرفي ، وذلك من أجل فصل هذه الأموال عن نشاطاتها الأصلية غير المشروعة ، أي القيام بعملية التمويه، ويتم ذلك من خلال القيام بمجموعة من العمليات المعقدة والمتابعة وكل ذلك من أجل إخفاء مصادر هذه الأموال ، وتتميز هذه المرحلة باعتبارها المرحلة التي يمكن كشف مصادر تلك الأموال أكثر صعوبة ، ويكون ذلك من خلال استخدام الأوراق المالية التي من السهل تحويلها إلى خطابات الضمان وشيكات الصرف والأسهم والسندات وعمليات الدفع من خلال الحساب ، حيث يقوم البنك الأجنبي بفتح حساب في أحد البنوك المحلية ، ويقوم عملاء البنك الأجنبي بالسحب والإيداع في ذلك الحساب لإدارة أنشطتهم المشبوهة وشراء رؤوس الأموال ذات القيمة العالية ، ومن ثم إعادة بيعها⁽²⁵⁾ . ومع التطور التكنولوجي أصبح مبيضو الأموال يلجأون إلى الوسائل الإلكترونية الحديثة لتمويه نشاطاتهم من أجل محو آثار الجريمة ، وذلك كون تلك العمليات تتم بالسرعة والمسافات البعيدة والقدرة على إخفاء الاسم ، ومحو أية آثار المحاسبية في هذا الإطار⁽²⁶⁾ .

ج- مرحلة الدمج : تعتبر هذه المرحلة الأخيرة في عمليات تبيض الأموال ، وتمتاز بعلنية نشاطاتها ، وذلك من خلال دمج هذه الأموال في الدورة الاقتصادية وخلطها في بوتقة الاقتصاد الكلي ، بحيث يصعب معها التمييز بين الثروة ذات المصدر المشروع وغيرها من الثروات ذات المصادر غير المشروعة ، وإضفاء الطابع القانوني عليها ، بحيث يصعب اكتشافها باعتبارها قد خضعت على عدة مستويات متباينة⁽²⁷⁾ .

04- أساليب تبيض الأموال :

أ- الأساليب التقليدية :

- تهريب وتبادل العملات : يمكن وصف هذه العملية من خلال وضع الأموال المشبوهة في حساب جار بنك آخر ، ومن ثم يعمل على تحويلها أو نقلها إلى حساب آخر من خلال حركات متعددة ومتشابهة ، بحيث يصعب معها التمييز بين الأموال النظيفة والأموال القذرة ، كما أن عملية تسهيل تلك الإجراءات السياسية المالية والنقدية في الدول النامية ، والتي ترغب في تشجيع الاستثمار الأجنبي لتحسين البيئة الاقتصادية الوطنية لديها ، الأمر الذي يرغمها في بعض الأحيان على اتخاذ إجراءات تشريعية واقتصادية أكثر مرونة وسهولة ، بحيث تتساهل في نقل

عمليات الأموال وتحويلها دون الحصول على موافقات مسبقة من جهات حكومية ذات علاقة ومنها البنوك المركزية (28).

- إنشاء شركات وهمية : ويتم أحيانا تأسيس شركات بصورة قانونية ، ولكنها لا تمارس في الواقع أي نشاطات تجارية فعلية أو مشاريع ، ويتم فتح حسابات باسم شركات داخلية وخارجية ، وتكون بذلك الملاذ القانوني لعمليات تبيض الأموال ، وتكون هذه الشركات منتشرة بصورة فعلية في الدول التي تفتقر إلى الرقابة المحكمة ، أو تمتاز بمنظومة السرية المصرفية في عمليات البنوك ، وفي ظل سهولة تأسيس الشركات الوهمية وشراؤها.

- الصفقات الوهمية ودور السمسرة والقمار وشراء الأصول المادية :

وتستخدم الصفقات الوهمية كأحد الوسائل التقليدية في عمليات تبيض الأموال ، ويتأتى ذلك من خلال استخدام الأسعار العالمية و تضخيم الأرقام الفعلية واستخدام الفواتير الزائفة ، وكل ذلك لغايات لتبرير الأموال المتأتية كأثمان لتلك الصفقات الوهمية أو الأرباح الكبيرة التي تثير بعض الشكوك .

ب- الأساليب التكنولوجية المتقدمة :

برزت الأساليب التكنولوجية الحديثة كإحدى الوسائل السريعة لعمليات تبيض الأموال ، الأمر الذي صعب من مأمورية مراقبة تلك الأموال ، وتتم استخدام الأدوات التكنولوجية الجدة المتقدمة من خلال شراء الأصول المادية ، بخلاف الوسائل التقليدية التي تتم عبر الإيداع في المصارف ولعب القمار بواسطة بطاقات الائتمان دون الحاجة لوساطة البنوك وعلى نحو من السرقة والدقة والسرية ، ويمكن ذكر الأدوات التكنولوجية الحديثة بما يلي :

- أجهزة الصراف الآلي .

- الخدمات المصرفية الإلكترونية . ويمكن استخدامها في مرحلتي التغطية والدمج.

- بنوك الانترنت ، وتستخدم في عمليات الحوالات الإلكترونية ، دون إمكانية تحديد هوية المتعاملين بدقة إذا كان البنك الآخر في دولة أخرى .

- النقود الإلكترونية والتشفير .

- الاتصالات الإلكترونية .

- البطاقات الذكية .

ثانيا : آثار تبيض الأموال على الاقتصاد الجزائري وسبل مكافحتها :

أ- الآثار الاقتصادية لتبيض الأموال :

من أبرز تلك الآثار الاقتصادية التي تحدثها ظاهرة تبيض الأموال ما يلي (29) :

01- تأثير الدخل القومي وانخفاضه : بحيث (تتحول دخول الفئات المنتجة التي تحقق دخلا مشروعا إلى فئات غير منتجة وتحصل على دخول غير مشروعة مما يزيد الفجوة بين الأغنياء والفقراء ويضعف الخلل الاجتماعي في البلد المعني)⁽³⁰⁾.

حيث تؤدي هذه الظاهرة إلى هروب الأموال إلى الخارج وبالتالي خسارة عملية الإنتاج لأهم عناصرها وهو رأس المال مما يعيق إنتاج السلع والخدمات فينعكس بشكل سلبي على الدخل القومي بالانخفاض.

ولهذا كانت الدخول غير المشروعة في بلد كالولايات المتحدة الأمريكية مثلا سببا في انخفاض الإنتاج بنسبة 27% لأن أساس الاقتصاد غير المشروع ينمو بمعدل أسرع من الاقتصاد المشروع⁽³¹⁾.

2- هبوط معدل الادخار : كلما زادت ظاهرة غسيل الأموال قلَّ معدل الادخار الوطني ، وسبب ذلك هروب رأس المال خارج الوطن ، وبالتالي نقل المدخرات التي يمكن أن توجه للاستثمارات⁽³²⁾.

كما أنه في حالة شراء التحف الفنية وبعض السلع الترفيهية فإن الأموال تتجه إلى طريق الاستهلاك ومن ثم يقلُّ القدر الموجه إلى الادخار الوطني⁽³³⁾.

3- حدوث ضغوط تضخمية في الاقتصاد : ظاهرة تبيض الأموال تؤدي إلى وجود مداخيل كبيرة لدى غاسلي الأموال دون أن يقابلها زيادة في إنتاج السلع والخدمات مما يؤدي إلى ارتفاع الأسعار وتدهور القدرة الشرائية⁽³⁴⁾.

4- تدهور قيمة العملة الوطنية : حين تهرب الأموال إلى الخارج يزداد الطلب على العملات الأجنبية التي يتم تحويل الأموال المهربة إليها بهدف إيداعها في البنوك الخارجية ومن هنا تنخفض قيمة العملة الوطنية مقابل العملة الأجنبية⁽³⁵⁾.

5- إفلاس المؤسسات الوطنية : حين تتمكن عصابات غسيل الأموال من التفوق في المنافسة على المؤسسات التي تمارس أعمالا مشروعة متوفرة في أيديها ، فتخرج حينذاك المؤسسات المشروعة من السوق لإفلاسها بسبب عدم قدرتها على المنافسة.

وهكذا فظاهرة تبيض الأموال تمثل خطرا اقتصاديا محققا بالدول الصغرى قبل الكبرى لانعدام آليات الشفافية والمراقبة مما يولد ضغوطا اجتماعية رهيبية على حكومات تلك الدول ما لم تعجل بالمبادرة إلى مكافحتها .

06- تشويه صورة الأسواق المالية : إن الأموال غير المشروعة التي يجدي تبيضها من خلال المصارف وغيرها من المؤسسات المالية، تمثل عائقا أمام تنفيذ السياسات التي ترمي إلى تحرير الأسواق المالية من خلال العولمة المالية، والتي تدعو إليها المؤسسات المالية و النقدية الدولية، كصندوق النقد الدولي.

07- إفساد مناخ الاستثمار: لا يهتم غاسلو أو مبيضو الأموال بالجدوى الاقتصادية لأي استثمار يقدمون عليه باعتبار أن اهتمامهم ينصب على إيجاد الغطاء على عمليات التوظيف التي تسمح بشرعية هذه الأموال الأمر الذي يفسد مناخ الاستثمار .

08- تشويه المنافسة: خاصة داخل القطاع المالي وتبقى بصورة مصطنعة على نشاط بعض المؤسسات المالية الضعيفة، مما يؤدي إلى تحويل هذه المؤسسات إلى محل لتبييض الموال وتقوم بمنافسة المؤسسات المالية الأخرى بطريقة غير مشروعة.

ب- دور البنوك الجزائرية في مكافحة تبيض الأموال :

01- الرقابة على مستوى البنوك و المؤسسات المالية :

عُني القانون 05 - 01 في المواد 6 . 7 . 8 . 9 بفرض عدد من الالتزامات والضوابط لتعزيز دور البنوك والمؤسسات المالية المشابهة في مكافحة جريمة غسيل الأموال تهدف إلى الحيلولة دون تحول هذه المؤسسات إلى قنوات مفتوحة لغسيل الأموال و يتعين على هذه المؤسسات ما يلي :

أ - إجراءات الرقابة على دفع مبالغ مالية كبيرة : نصت المادة 06 من قانون 05 - 01 على أنه " يجب أن يتم كل دفع يفوق مبلغا يتم تحديده عن طريق التنظيم بواسطة وسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية ، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم." وهنا نلاحظ أن القانون فرض على البنوك والمؤسسات المالية التزام قيامها بفرض الدفع عن طريق قنواتها إذا تجاوز المبلغ المدفوع مبلغا معيناً، جاء تحديده بناء على المرسوم التنفيذي رقم 05 - 442 المؤرخ في 14 / 11 / 2005 . بمبلغ 50.000 دج⁽³⁶⁾.

ويلاحظ أن القانون في هذه المادة فرض أن يكون الدفع إذا تجاوز المبلغ المذكور عن طريق المؤسسات المالية كالبنوك ومصالح البريد ويكون عن طريق وسائل الدفع كالصكوك والحوالات ونحوها وفي هذا منع للمؤسسات المشبوهة التي تستخدم أجراء أو عمالاً أن يتم دفع أجرهم عن هذا الطريق ليلاً يقعوا في أحبولة تمرير الأموال المغسولة .

ب - التأكد من هوية الزبائن: نصت المادتان 7 و 8 على التحقق والتأكد من هوية الزبائن عل النحو الذي يفهم منها كما يلي :

01- التأكد من هوية الزبائن الاعتياديين : لم تنص المواد على هذا التعبير، تعبير الزبائن الاعتياديين، ولكنه يفهم من خلال نص المادة 8 ، وإن كان هناك غموض وجب على القانون إزالته و توضيحه ، ويمكن أن نستنتج من خلال المادتين المذكورتين أن وصف الزبائن الاعتياديين يكون على حالتين :

- حالة الشخص الأصيل :

سواء كان هذا الشخص شخصا طبيعيا ، فيكون التأكد من هويته عن طريق :

- تقديم وثيقة رسمية أصلية سارية الصلاحية متضمنة لصورة هذا الشخص المادة 7 فقرة 02 وهذا مثل بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة أو جواز السفر.

- تقديم وثيقة رسمية تثبت عنوان الشخص الطبيعي المادة 7 فقرة 2 وهذا مثل بطاقة الإقامة أو فاتورة الغاز والكهرباء أو صندوق بريد، أو كان هذا الشخص شخصا معنويا ، فيكون التأكد من هويته عن طريق :

- تقديم القانون الأساسي المادة 7 الفقرة 03 وهذا مثل الجمعيات و الشركات و غيرها .

- تقديم أي وثيقة تثبت تسجيله أو اعتماده وبأن له وجودا فعليا أثناء إثبات شخصيته المادة 7 فقرة 03 ، وهذا مثل السجل التجاري أو وثائق الضرائب أو نحوها .

- حالة الشخص الوكيل :

حيث نصت المادة 7 في فقرتها الأخيرة على أنه يتعين على الوكلاء والمستخدمين الذين يعملون لحساب الغير ، فضلا عن الوثائق السابقة المذكورة يتعين عليهم :

تقديم التفويض بالسلطات المخولة لهم تقديم وثائق تثبت شخصيته و عنوان أصحاب الأموال الحقيقية .

02- التأكد من هوية الزبائن غير الاعتياديين : وقد جاء هذا المصطلح في المادة 8 من قانون 05 - 01 ولعل المقصود من ذلك هم الزبائن غير النظاميين كما نصت على ذلك المادة 6 من القانون النموذجي من غسيل الأموال الذي أعده مكتب الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات والجريمة سنة 1999 ، ويتم التأكد من هوية وحقيقة الزبائن غير الاعتياديين ، بنفس الطريقة التي يتم بها تحديد هوية الزبائن الاعتياديين سواء كانوا عبارة عن أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتياديين وهذا الالتزام هو نفسه ما أكده القانون النموذجي في المادة 5 والتوصية 12 من التوصيات الأربعين⁽³⁷⁾ ولا شك أن مثل هذه الضوابط والإجراءات تهدف إلى التحقق من هوية الزبائن من خلال المستندات الرسمية بغية الحصول على المعلومات الكافية عن الشخصية الحقيقية للزبون ، إذ غالبا ما يتستر غاسلو الأموال تحت أسماء وهمية أو شركات وهمية ، ولعل في هذا الإجراء ما يحقق الشفافية الكاملة في كل عملية .

ج- الاستعلام حيال العمليات المالية المعقدة : تنص المادة 10 من قانون 05-01 على أنه إذا تمت عملية ما في ظروف من التعقيد غير العادية أو غير مبررة أو تبدو أنها لا تستند إلى مبرر اقتصادي أو إلى محل مشروع يتعين على البنوك أو المؤسسات المالية أو المؤسسات المالية المشابهة الأخرى الاستعلام حول مصدر الأموال ووجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاملين الاقتصاديين.

"يجر تقرير سري ويحفظ دون الإخلال بتطبيق المواد من 15 إلى 22 من هذا القانون".

و يفهم من هذه المادة أن القانون الجزائري فرض إجراءات رقابية صارمة على العمليات المالية التي تتوفر بشأنها خصائص وظروف معينة ، أو مؤشرات ودلائل كافية ، كأن تتم في ظروف معقدة أو غير مبررة أو يكون تبريرها واهيا ، فمثل هذه العمليات التي تثير الشكوك والشبهات حول مصدرها ووجهتها ، يتعين على المؤسسات المالية الاستعلام والتأكد من ذلك مع مراعاة واجب الإخطار بالشبهة المادة 15 وعدم السرية المصرفية لهذه العمليات المادة 22 والاحتفاظ بتقرير سري يخص هذه العمليات المادة 10 الفقرة 2 .

د- الاحتفاظ بالوثائق : لما كانت الرقابة على حركة الأموال و العمليات المصرفية والصفقات التجارية تقتضي احتفاظ المؤسسات المالية بسجلات هذه العملية ، وتحسبا لما قد يثور مستقبلا بصدد هذه العمليات من تدايعات المساءلة القانونية فقد أوجبت المادة 07 والمادة 10 وخصوصا المادة 14 على المؤسسات المالية السالفة الذكر الاحتفاظ بجميع السجلات والوثائق المثبتة للتعاملات المالية سواء تمت في شخص طبيعي أو شخص معنوي المادة 07 ويتعين تحديد المعلومات الخاصة بالزبائن كل سنة وعند كل تغيير والاحتفاظ بالوثائق الجديدة المادة 07 والاحتفاظ بالتقارير السرية التي تخص المعاملات المشبوهة.

كما أوجبت المادة 14 على المؤسسات المالية الاحتفاظ بالوثائق المتعلقة بهوية الزبائن وبعملياتهم ومدة حفظها خمس 05 سنوات على الأقل بعد غلق الحسابات أو وقف علاقة التعامل ، وتنفيذ العمليات.

وواضح أن العلة في هذه الإجراءات تتمثل في معرفة كل البيانات عن الزبائن والعمليات التي قاموا بها لمراجعة ذلك أو لإجراء تحقيقات إذا لزم الأمر ، وبذلك يتوافق القانون الجزائري مع ما جاء في القانون النموذجي المادة 09 والتوصية 14 من التوصيات 40.

2- الرقابة على مستوى اللجنة المصرفية : إضافة إلى الضوابط و الإجراءات الرقابية السابقة الذكر التي يتعين التقييد بها في مواجهة و مكافحة جريمة غسيل الأموال ، وزيادة في مستوى التحقق والرقابة فرض القانون 05-01 إجراء آخر يتمثل في وظيفة اللجنة المصرفية ودورها في مكافحة جريمة غسيل الأموال طبقا للمادة 143 من قانون النقد والقرض تنشأ مصرفية مكلفة بمراقبة حسن تطبيق القوانين والأنظمة التي تخضع لها البنوك والمؤسسات المالية وبمعاينة المخالفات المثبتة⁽³⁸⁾ ، وبناءً على ذلك فإن دور اللجنة المصرفية يتمثل في سلطة تنظيم وتطبيق الرقابة على أساس القيود والمستندات وفي مركز البنوك والمؤسسات المالية وهذا ما تقضي به المواد 147 إلى 152 من قانون النقد والقرض⁽³⁹⁾.

وتعزيز الرقابة يتمثل دورها أيضا في اتخاذ مجموعة من التدابير والعقوبات عندما تحل إحدى المؤسسات الخاضعة لرقابة اللجنة المصرفية بقواعد حسن سلوك المهنة ، وهذا ما تقضي به المواد 153 إلى 157 من قانون النقد والقرض⁽⁴⁰⁾.

و في هذا الإطار وتعزيزاً لمسعى الرقابة الصارمة على النظام المصرفي كخطوة من خطوات مكافحة جريمة غسيل الأموال نص قانون 05-01 على بعض الإجراءات والتدابير المخولة للجنة المصرفية بشأن المراقبة على البنوك المالية وعلى الزبائن ووثائقهم وعملياتهم المالية ويتمثل ذلك الدور الرقابي للجنة المصرفية فيما يلي :

أ- إرسال تقارير سرية من طرف مفتشي بنك الجزائر المفوضين من قبل اللجنة المصرفية إلى خلية معالجة الاستعلام المالي في حال اكتشافهم لعمليات تمت في ظروف معقدة أو غير مبررة أو لا تستند إلى مبرر اقتصادي أو نحو ذلك مما جاء في المادة 10 من قانون 05-01 وعلى هذا الإجراء جاءت المادة 11 من قانون 05-01 .

ب- مباشرة إجراءات تأديبية ضد البنوك والمؤسسات المالية التي يثبت عجزها في مجال إجراء الإخطار بالشبهة وطبقا لنص المادة 156 من قانون النقد والقرض فإن هذه الإجراءات التأديبية تمثل في : - التنبيه ، - اللوم ، - المنع من ممارسة بعض الأعمال.

- منع واحد أو أكثر من المقيمي على المؤسسة المعنية بممارسة صلاحياته لمدة معينة مع أو بدون تعيين مدير مؤقت ، - إنهاء خدمات واحد أو أكثر من المقيمين مع أو بدون تعيين مدير مؤقت ، - إلغاء الترخيص بممارسة العمل⁽⁴¹⁾.

ج- القيام بالتحريات عن وجود التقرير السري الذي يتعين على البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى في حال العمليات المالية المعقدة الاحتفاظ به بمقتضى المادة 10 من 05-01 ، ويمكن أن تطالب بالاطلاع عليه وعلى هذا الإجراء جاءت المادة 12 من قانون 05-01 .

د- السهر على توفير البنوك والمؤسسات المالية لبرامج مناسبة من أجل الكشف على جريمة تبيض الأموال وبهذا جاءت المادة 12 من فقراتها الأخيرة من قانون 05-01 وتجدر الإشارة إلى أن هذه اللجنة المصرفية تعمل تحت سلطة خلية معالجة الاستعلام المالي وهذا ما في المادتين 11 و13 ، حيث أوجبت المادة 13 أن يتم إخطار خلية معالجة الاستعلام المالي بنتائج الإجراءات التي اتخذتها اللجنة المصرفية.

الخلاصة :

على ضوء ما تقدم تمّ التوصل إلى النتائج التالية :

01-مدى القصور والغموض الملاحظ على مستوى التعريف وضبط المصطلحات ، فمصطلح تبيض الأموال لم ينل سبكا علميا أو قانونيا دقيقا ، الأمر الذي حدا ببعض القوانين ومنها القانون الجزائري إلى عدم تعريف هذه الظاهرة ، والاكتفاء بتحديد الأطر العامة التي تفهم من خلالها .

02- تقدير صحوه القانون الجزائري لمكافحة ظاهرة تبيض الأموال واعتبارها جريمة مستقلة قائمة بذاتها لها بنيانها القانوني الذي يميزها عن مختلف الجرائم الأخرى ، وتتمين دوره في توسيع كافة صور وأشكال غسيل الأموال المتحصلة في الجرائم دون الوقوف على جرائم المخدرات فقط ، كما فعلت بعض النظم والقوانين الأخرى ، ولا شك أن هذه الإيجابية من المشرع الجزائري تنسجم مع نظرة الشريعة الإسلامية للظاهرة.

03- لم يُشر القانون الجزائري صراحة إلى العلاقة الموجودة بين ظاهرة تبيض الأموال وظاهرة الإرهاب ، بيد أنه يُستشف منه أو من الوقائع ما يؤيد وجود علاقة مضطربة بين غسيل الأموال والإرهاب إذ لا يمكن تجاهل العلاقة بينهما ، من حيث إن كل واحدة منهما تتخذ الأخرى مطية لتحقيق أغراضها المشينة ، وحسنا فعل المشرع الجزائري حين نص على جريمة تمويل الإرهاب في المادة 03 من قانون 05-01 ، وبذلك تعد الجزائر من الدول السبابة التي تفتنت إلى العلاقة الوثيقة والوطيدة بين ظاهرة تبيض الأموال وظاهرة الإرهاب

04- كما أن هناك علاقة وطيدة بين ظاهرة تبيض الأموال وظاهرة الفساد كما أشار إلى ذلك قانون الفساد 06-01 في المادتين 16 و42 ، إلا أنه يلاحظ أن في قانون تبيض الأموال 05-01 لم يتعرض بالنص الحرفي لجريمة الفساد ولم يسمها بهذا الاسم ، كما فعل عندما تحدث عن جريمة تمويل الإرهاب ، وكان يمكن أن يشير إلى هذه العلاقة خاصة أن هذا القانون كان يفترض فيه أن يكون شاملا لمختلف الصور، والأشكال التي تحكم علاقات تبيض الأموال.

هناك مجموعة من التوصيات المقترحة بغية الحد من انتشار تبيض الأموال وهي :

- إعطاء الأولوية العليا لمحاربة الفساد بجميع أنماطه وأوجهه المستحدثة لا سيما تبيض الأموال.

- زيادة وعي الجماهير والشعوب بخصوص استفحال هذه الظاهرة.

- العمل على تحسين النظم المصرفية خصوصا، وإنها تعتر بوابة تبيض الأموال .

-مراجعة كافة القوانين التي لها علاقة وطيدة بتبييض الأموال .

-الحرص على تشديد العقوبات على مرتكبي جرائم التبييض بما يتلاءم مع خطورة الجريمة وضررها على المجتمع .

- استحداث وحدات رقابية داخل أجهزة العدالة الجنائية للحد من وقوع ظاهرة تبيض الأموال وإنشاء أجهزة متخصصة لملاحقة مرتكبي هذا النوع من الجرائم بعد وقوعها.
- تفعيل دور وسائل الإعلام المختلفة في إبراز الصورة السيئة لجرائم تبيض الأموال والكشف عنها ومحاربتها ، وإبراز أهمية الإصلاح من كل جوانبه .
- الدعوة إلى تعزيز التعاون بين المؤسسات الحكومية والمجتمع المدني لاحتواء هذه الظاهرة ومحاربتها.
- إجراء البحوث والدراسات العلمية الميدانية حول موضوع تبيض الأموال في المجتمعات وما ينجر عن هذه الظاهرة من أثار وخيمة على الاقتصاد الوطني .
- إنشاء مركز وطني لجمع ورصد معلومات تبيض الأموال والفساد بصفة عامة وتطوير قاعدة بيانات وطنية لخدمة أجهزة الفساد والجريمة المنظمة وتبيض الأموال بصفة خاصة .
- العمل على حرص وتفعيل ونشر مبادئ سلوك الموظفين الحكوميين .
- تطوير استراتيجيات وخطط العمل في المرافق الحكومية وتبسيط الإجراءات وكشفها للعامه ونشر الوعي العام بأضرار تبيض الأموال.
- تفعيل أجهزة الرقابة المالية المستقلة ومنحها سلطات قضائية في مجال اختصاصها.
- الفحص الدوري لموظفي الدولة ومراجعة ظروفهم المالية ، وإبعاد ذوي السوابق والسمعة السيئة والسلوك المنحرف .
- تعزيز مشاركة المجتمع المدني وإشرافه على مشاريع التنمية .
- المساءلة والمحاسبة والمقاضة لجميع مرتكبي جرائم تبيض الأموال.
- وأخيرا ما من سبيل للقضاء على ظاهرة تبيض الأموال سوى الرجوع إلى أخلاقيات الاقتصاد الإسلامي، وذلك بالتوعية الدينية في المساجد لغرس المثل والقيم العليا في نفوس الأجيال .

قائمة الهوامش والمراجع :

- ¹ - أنظر نور الدين بوسهوة ،المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة سعد دحلب البليلة، 2005ص20.
- ² - محمود لبيب شقير ، مفهوم التنمية العربية ومتطلباتها في ضوء الفكر التنموي المعاصر ، صندوق النقد العربي الكويت 1981 ، ص 07.
- ³ - منيعي حسني ستي ، جريمة تبيض الأموال ،مذكرة التخرج للحصول على إجازة المعهد الوطني للقضاء ،الدفعة الثانية عشر ، ص 02.

⁴ محمد شريط، ظاهرة غسيل الأموال في نظر الشريعة والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية، تخصص شريعة وقانون 2008/2007، ص 02-03.

⁵ د. عايش نواصر، استهلاك المخدرات ورد الفعل الاجتماعي، مطبعة عمار قرني، باتنة 1990، ص 120.

⁶ عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسيل الأموال بين الوسائط الالكترونية ونصوص التشريع، دار الكتب القانونية، مصر، (د.ط.)، 2007، ص 08.

⁷ صلاح الدين حسن السيبي، غسيل الأموال، الجريمة التي تهدد الاقتصاد الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003، ص 13.

⁸ عبد المطلب عبد الحميد، العولمة واقتصاديات البنوك، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 53.

⁹ - أجد سعود قطيفان الخريشة، جريمة غسيل الأموال، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2006، ص 33.

¹⁰ - صلاح الدين حسن السيبي، غسيل الأموال، الجريمة التي تهدد الاقتصاد الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003، ص 123.

¹¹ - نجيب رمزي، غسيل الأموال جريمة العصر، دار وائل للنشر، عمان 2000، ص 25.

¹² - عبد المطلب عبد الحميد، العولمة واقتصاديات البنوك، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 45.

¹³ - عاصم إبراهيم الترساوي، غسيل الأموال، بدون دار نشر، بدون بلد و سنة نشر، ص 120.

¹⁴ - جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 60.

¹⁵ - د. إبراهيم الحمود، ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، ندوة عقدتها مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - السنة العشرون، العدد الثالث، ص 60.

¹⁶ - عبد القادر غالب، غسيل الأموال، دراسة قانونية نشرت بمجلة اتحاد مصارف العربية، العدد 232 المجلد 02 لسنة 2000، ص 174.

¹⁷ - محمد شريط، ظاهرة غسيل الأموال في نظر الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص 29-30-31.

¹⁸ - المجلس الشعبي الوطني، الجلسة العلنية المنعقدة يوم 02 ديسمبر 2004، مشروع القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها ومناقشتها، الجريدة الرسمية للمداولات، السنة 03، رقم 141، ص 12.

¹⁹ - أحمد الرييش، جرائم غسل الأموال في ضوء الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، (د.ط.)، 1425هـ، ص 20.

²⁰ - نفس المرجع السابق، ص 23.

²¹ - صلاح الدين حسن السيبي، غسيل الأموال، الجريمة التي تهدد الاقتصاد الدولي، المرجع السابق، ص 54.

²² - أروى الفاعوري وايناس قطيشات، جريمة غسيل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، دار وائل الطبعة الأولى، 2002، ص 156.

23- حسن العلالى ، صحيفة الوطن الكويتية :

www.alwatan.com/graphics/2000/oct.1.10/heads/ots.htm

24- عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مكافحة غسل الأموال، دار المطبوعات، القاهرة 2003، ص 15.

25- قاسم سعاد، البنوك وتبيض الأموال، مذكرة نهاية الدراسة، علوم التسيير، تخصص مالية، معهد العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، المركز الجامعي المدية، دفعة 2006، صص 45.

26- نفس المرجع السابق، ص 125.

www.transparency.org - 27

28- قاسم سعاد، البنوك وتبيض الأموال، المرجع السابق ، ص 103.

29- عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مكافحة غسل الأموال، المرجع السابق ، ص 23.

30- سيلان جبران العبيدي ، غسيل الأموال وآثاره الاقتصادية ودور الجهاز المصرفي ، المجلة العربية للدراسات الأمنية جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، المجلة 21 ، ع 41 ، ص 301.

36- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، مرجع سابق ، (412/1).

37- هدى حامد قشقوش ، جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي ، مرجع سابق ، ص 142.

38- محفوظ لعشب ، القانون المصرفي ، الطبعة الحديثة للفنون ، الجزائر ، (د.ط) ، 2001، ص 46

39- محفوظ لعشب ، القانون المصرفي ، المرجع السابق ، ص 48.

40- محفوظ لعشب ، القانون المصرفي ، المرجع السابق ، ص 50.

41- محفوظ لعشب ، القانون المصرفي ، المرجع السابق ، ص 51.

حقوق الأقليات بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي



من إعداد الأستاذ: عماد إيشوي/الأستاذة : حنان حاجي
جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس - الجزائر
- سنة ثانية دكتوراه تخصص قانون دولي إنساني -

مقدمة :

كفل الإسلام لغير المسلمين من مواطني الدولة الإسلامية حقوقا مختلفة فتساواوا في ذلك مع أتباع الإسلام. كالحق في الحياة والحق في الاعتراف لكل فرد بالشخصية القانونية المستقلة، والحق في مباشرة الشعائر الدينية بحرية والحق في التملك وفي العمل والحق في المعارضة السياسية البناءة المبينة على المنافسة الديمقراطية وغيرها من الحقوق المختلفة.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد جاءت بمبدأ المساواة بين الناس جميعا من غير تمييز ومن أي نوع كان، وأثبتت أن التمايز لا يكون بمقدار تقوى العبد وخدمته للإنسانية، فإن الغرب وإن كان يناهز بحقوق الإنسان على وجه العموم وحقوق الأقليات على وجه الخصوص من خلال موافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة على اتفاقيات ومعاهدات كثيرة تخص هذه الفئة من المواطنين فإن الواقع اليوم يكذب ذلك من خلال ما نراه من إهدار لحقوق الإنسان والانتقائية والازدواجية الدولية في حمايتها.

➤ أهمية الموضوع :

فالشريعة الإسلامية ومنذ خمسة عشر قرنا حافظت على الأقليات الدينية في المجتمع الإسلامي في كيانها الديني، الثقافي والاجتماعي، لكن ذلك لم يمنع من اندماجها في الحياة العامة واكتساب حق المواطنة الكامل. وفي الجهة الأخرى شهدت الدول الغربية وجود أقليات قومية، ومذهبية، ودينية تعرضت إلى اضطهاد وقمع.

➤ أسباب اختيار الموضوع :

(1) بروز ظاهرة الاهتمام الكبير للمنظمات الدولية بحقوق الإنسان عامة وحقوق الأقليات خاصة في الفترة الأخيرة وكثرة الحملات الدعائية والإعلامية بهدف خلق بؤر للتوتر ومحاولة التدخل في الشؤون الداخلية للدول بدعوى حماية الأقليات.

(2) المجازر والانتهاكات التي تحدث للأقليات من إبادة و ترحيل قسري، وتطهير عرقي وديني، ولغوي في الكثير من مناطق العالم، وازدواجية المعايير في التعامل معها.
➤ أهداف الدراسة :

(1) محاولة التاصيل المقارن لفكرة حقوق الأقليات في ظل دراسة مقارنة هادفة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي من خلال النصوص والممارسات العملية.

(2) الخروج بنتائج تؤكد سبق الشريعة وشموليتها وعالميتها في ما يخص معاملاتها الداخلية والخارجية مع غير المسلمين.

➤ الإشكالية :

وعلى هذا يطرح موضوع الدراسة إشكالا جوهريا يحتاج للبحث والتمحيص يتمثل في ما يلي:
أيهما كفل حقوق أفضل للأقليات الشريعة الإسلامية أم القانون الدولي؟
➤ المنهج المتبع :

إن طبيعة الموضوع هي التي تحدد طبيعة المنهج المتبع وبما أن الموضوع هو حقوق الأقليات بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي فإن المنهج المتبع هو المنهج الوصفي التحليلي والنقدي المقارن.

➤ الخطة المتبعة :

أولا : مفهوم الأقليات بين الإسلام والقانون الدولي.

ثانيا : الحقوق المقررة للأقليات في الفقه الإسلامي.

ثالثا : الحقوق المقررة للأقليات في القانون الدولي.

رابعا : أوجه التقارب والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي في تقرير حقوق الأقليات.

أولا : مفهوم الأقليات بين الإسلام والقانون الدولي.

1- مفهوم الأقلية في اللغة العربية :

ترجع لفظة أقلية لغة إلى مادة قلل وبالرجوع لهذه المادة في المعجم نجد أنها تنتظم ثلاثة معان : فمنها معنى القلة التي هي ضد الكثرة قال الله تعالى : "واذكروا إذ كنتم قليلا فكثركم"¹ قال في اللسان : " القلة خلاف الكثرة"، وقال أيضا: " وفي حديث ابن مسعود: الربا، وإن كثر، فهو إلى قل؛ معناه إلى قلة أي أنه وإن كان زيادة في المال عاجلاً فإنه يؤول إلى النقص، كقوله : يحق الله الربا ويربي الصدقات"^{2,3}

¹ سورة الأعراف، الآية 86.

² سورة البقرة، الآية 276.

³ ابن منظور، لسان العرب، ج 11، ط 6، دار صادر، بيروت، لبنان، 1997، ص 563 وما بعدها.

2- مفهوم الأقليات الوطنية في الشريعة الإسلامية :

الأكيد أن مصطلح الأقلية مصطلح محدث في الفكر الغربي وليست له أصول إسلامية ولكن هذا لا ينفي وجود معنى ومقصد للأقلية في الفقه الإسلامي ولكن ليس باللفظ نفسه (أي لفظ الأقلية) وإنما تحت اسم (أهل المذمة) وعليه فلا قيام للأقلية إلا على أساس ديني فقط لأن الإسلام لا يفرق بسبب اللون أو العرق أو اللغة كما هو حاصل عند فقهاء القانون الدولي عند تحديدهم لمفهوم الأقليات وأنواعها.

رغم ذلك نجد أن بعض الفقهاء قد قاموا بتعريف هذا المصطلح ومنهم الدكتور يوسف القرضاوي حيث عرفه بأنه: " كل مجموعة بشرية في قطر من الأقطار، تتميز عن أكثرية أهله في الدين أو المذهب أو العرق أو اللغة أو نحو ذلك من الأسباب التي تتميز بها المجموعات البشرية بعضها عن بعض".¹

أ- المقصود بأهل الذمة :

● لغة :

الذمة في اللغة هي العهد والأمان والضمان.²

هي العهد، لأن نقضه يوجب الذم، ومنهم من جعلها وصفا فعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتا فعرفها بأنها: نفس لها عهد، فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له، وعليه عند جميع الفقهاء، بخلاف سائر الحيوانات.³

● الذمة فقها :

يعرفها البعض بأنها الأمان والضمان والعهد وهي إقرار بعض الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزية والتزام أحكام الملة،⁴ بينما يرى البعض أن أهل الذمة هم غير المسلمين الذين يعيشون في كنف الدول الإسلامية على أن يكون لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم، فتبذل لهم الحماية من الاعتداء الخارجي، والمنع من الظلم الداخلي، مقابل مبلغ من المال لا يفرض إلا على القادر منهم، ولهم على ذلك ذمة الله ورسوله.⁵ كما عرفهم آخرون بأنهم الأقلية غير المسلمة في المجتمع الإسلامي إلا أنهم مواطنون وليسوا أجنب فيهم لأنهم يحملون جنسية دار الإسلام أي الجنسية الإسلامية.⁶

¹ يوسف القرضاوي، في فقه الأقليات المسلمة، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 2، 2005، ص 15.

² محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، اعتناء ومراجعة: أحمد جاد، دار الغد الجديد، القاهرة، مصر، 2007، ص 126.

³ علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر، ص 93.

⁴ البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تقديم: كمال عبد العظيم العناني، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، ط 1، ج 3، 1997، ص 132.

⁵ د حسين حامد حسان، حقوق الذميين في دار الإسلام، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، ص 4.

⁶ د عبد الكريم زيدان، في معاملة الأقليات غير المسلمة والأجانب في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة، العدد الثالث، سبتمبر 1983، ص

ب- تعريف عقد الذمة :

يعرفه الدكتور صبحي الحمصاني بأنه: " عقد يكتسب بموجبه غير المسلم من أهل الكتاب حق الإقامة الدائمة في دار الإسلام مع حماية الشريعة الإسلامية وذلك بمقابل دفع الجزية والقيام ببعض الواجبات العقدية."¹

وعليه فهو عقد يكسب صاحبه حق الإقامة والمواطنة في دال الإسلام مع حماية الشريعة الإسلامية وذلك مقابل دفع ضريبة تسمى بالجزية ولقاء القيام ببعض الواجبات العقدية أو العرفية.

وعليه فإن الأقليات الوطنية في الشريعة الإسلامية يقصد بها: "مجموعة من الأشخاص يحملون جنسية الدولة الإسلامية تقل عددياً عن بقية سكان الدولة الإسلامية، ويكون هؤلاء الأشخاص ديناً يختلف عن الدين الإسلامي، كل هذا مع ضرورة اتحادهم في الشعور والتضامن والترابط، من أجل الحفاظ على هذه الخاصة، ولا تتقرر الحماية لهؤلاء الأشخاص إلا بمقابل دفع الجزية لمن له القدرة على دفعها منهم."

3- مفهوم الأقليات الوطنية في القانون الدولي :

يعتبر مصطلح "الأقلية من أكثر المصطلحات إثارة للجدل والخلاف بين فقهاء القانون الدولي، وقد انعكس هذا الخلاف على موقفهم من العناصر الواجب توافرها لإمكان القول بوجود الأقلية. فما قد يراه البعض عنصراً أساسياً لهذا الوجود، قد لا يراه البعض الآخر على هذا النحو، حتى ولو اتفق البعض منهم على ضرورة وجود عنصر معين، فسرعان ما يدب الخلاف بينهم حول مضمون هذا العنصر.

لكن هذا لا يمنع من وضع تعريف يجمع أغلب عناصره لهذا يمكن تعريف الأقلية بأنها: " هي الجماعة الأقل عدداً من بقية مواطني الدولة الواحدة ذات السيادة وغير المهيمنة، يعاني أفرادها بسبب خصائصهم العرقية أو القومية أو الدينية أو اللغوية المميزة لهم عن باقي مواطني الدولة، مع تولد شعور لديهم بالانتماء لهذه المجموعة، وتضامنهم فيما بينهم للحفاظ على ذات الخصائص وتوريثها للأجيال القادمة، مما يترتب عليها حماية هذه الجماعة وأفرادها."²

ومن هذا التعريف يتبين لنا أن هناك أربعة عناصر يتعين توافرها لأية جماعة بشرية لكي توصف بالأقلية وهذه العناصر هي: عنصر المواطنة، العنصر العددي المتمتع بخصائص موضوعية خاصة والرغبة في الحفاظ على تلك الخصائص وتنميتها.

أ- عنصر المواطنة :

من المتفق عليه أن يكون أفراد الأقلية من مواطني الدولة التي يقيمون بها؛ أي أنهم يتمتعون بحقوق المواطنة بها والذي يقصد به، حسب ما جاء في دائرة المعارف البريطانية: "علاقة بين فرد ودولة كما يحددها قانون تلك الدولة، وبما تتضمنه تلك العلاقة من واجبات وحقوق في تلك الدولة."

فالمواطنة في الدولة الديمقراطية ذات مفهوم شامل، يحوي عضوية كاملة في دولة أو في بعض وحدات الحكم، وأداء واجبات محددة، وتمتع كل من يحمل جنسية الدولة من البالغين الراشدين بحقوق المواطنة السياسية فيها، كحق الانتخاب وتولي المناصب العامة.

¹ د صبحي الحمصاني، القانون والعلاقات الدولية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1982، ص 101.

² د النذير بولعالي، العالم الإسلامي والتوظيف السياسي لحقوق الأقليات في عصر العولمة، مجلة علوم إنسانية، السنة السابعة، العدد 45، ربيع 2010، ص 3.

وانطلاقاً من اعتبار الأفراد المنتمين إلى أقليات يتمتعون بحقوق المواطنة في الدولة التي يوجدون بها، يمكن استبعاد بعض من مجموعة الأفراد، التي تجد نفسها في حالات مماثلة لحالات الأقليات وتشمل العمال المهاجرين، واللاجئين، وعديمي الجنسية، وغيرهم من الأفراد ممن ليسوا من المواطنين الأصليين، من دائرة وصف الأقلية حتى ولو كانوا يشاطرون بعض الخصائص الإثنية أو اللغوية المشتركة للأشخاص الذين ينتمون إلى الأقليات.¹

ب- العنصر العددي :

من الطبيعي أن يقل عدد أفراد الجماعة البشرية عن بقية سكان الدولة التي يقيمون بها، لكي توصف هذه الجماعة بأنها "أقلية"، فوصف الأقلية يقوم إن على معيار عددي. إذ لا يشترط أن يبلغ عدد أفراد الجماعة البشرية حداً معيناً، أو أن يشكلوا نسبة محددة من سكان الدولة، حتى يمكن وصفها بالأقلية فأي عدد من الأفراد يكفي لتشكيل الأقلية، كل ذلك بشرط أن يتوافر لهذه الأخيرة العناصر الأخرى لوجود الأقليات.²

يعد العنصر العددي داخلاً دون شك في تحديد ماهية الأقلية. فالأقليات هي بالتأكيد أقل عدد من الأغلبية، إلا أن الأقلية لا تشكل بالضرورة، وبصورة أساسية، من خلال الضابط العدد وحده. فعلاقة الهيمنة والخضوع القائمة بين الأغلبية والأقلية لا يكون منشؤها بالضرورة الكم أو العدد، وخير دليل على هذه الفكرة حالة جنوب إفريقيا سابقاً.³

ت- العنصر الموضوعي :

للأقلية سمات وخصائص إثنية أو دينية أو لغوية ثابتة، تختلف عن سمات وخصائص أغلبية السكان في الدولة، مما يؤدي إلى توفر خاصية الشعور بالتمايز لدى أفراد الأقلية الواحدة. وهو ما أسماه الباحثون في شؤون الأقليات "بالصحة" أو "الوعي الذاتي"، الذي يعد بمثابة القوة الدافعة لتحرك الأقلية في سبيل تضامنها وتعزيز انتمائها.⁴

ث- العنصر الشخصي :

يتمثل الشعور بالتضامن بين الأفراد المكونين لأقلية ما قانونياً في التعبير عن شعور هؤلاء الأفراد بالانتماء لدى الأفراد المنتمين للأقلية كشرط أساسي وجوهري في تعريف مفهوم الأقلية ينصرف عادة الشعور بالانتماء لمجموعة معينة إلى المحافظة على الشعور بالتضامن بهدف صيانة وتعزيز الخصائص الموضوعية أو المادية المميزة للمجموعة أو للأقلية.⁵

وفي الأخير يمكن القول أن تعريف الأقليات الوطنية في الشريعة الإسلامية يختلف عنه في القانون الدولي وهذا من خلال :

¹ ليتيم نادية، الحريات العامة للأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية بعد 11 سبتمبر 2001، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2007 - 2008، ص 45.

² د حسام أحمد محمد هندواوي، القانون الدولي العام وحماية حقوق الأقليات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 82-83.

³ محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان (الحقوق المحمية)، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007، ص 459.

⁴ ليتيم نادية، المرجع السابق، ص 46.

⁵ محمد الموسى، مفهوم "الأقلية" في القانون الدولي العام، مجلة الندوة، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، محرم 1421هـ - نيسان 2000، ص 43.

(1) أن مصطلح الأقلية مصطلح محدث في الفكر الغربي وليست له أصول إسلامية ولكن هذا لا ينفي وجود معنى ومقصد للأقلية في الفقه الإسلامي ولكن ليس باللفظ نفسه (أي لفظ الأقلية) وإنما تحت اسم (أهل الذمة).
 (2) ويختلف تعريف الأقلية في الشريعة الإسلامية عنه في القانون الدولي من حيث العنصر الموضوعي حيث أنه لا يمكن الحديث عن الأقلية في الشريعة الإسلامية إلا إذا كانت تحمل دينا يختلف عن الدين الإسلامي لأن الإسلام لا يفرق بسبب اللون أو العرق أو اللغة. في حين أن العنصر الموضوعي في القانون الدولي هو مجموعة خصائص دينية إثنية لغوية عرقية قومية... الخ.
 لكن هذا لا يمنع من اتفق الشريعة الإسلامية والقانون الدولي في تحديد المصطلح الأقلية في الأمور التالية:

(1) تتفق الشريعة الإسلامية وكذا القانون الدولي في إعطاء لفظ أهل الذمة أو الأقلية للقاطنين في الدولة والذين يحملون جنسية هذه الدولة دون الأجانب.
 (2) كما تتفق الشريعة الإسلامية مع القانون الدولي في العنصر العددي والشخصي المميز للأقلية، من حيث أن الأقليات أقل عددا من باقي مواطني الدولة وكذا شعور الجماعة المكونة للأقلية بالتضامن والترابط بهدف صيانة وتعزيز العنصر الموضوعي للجماعة.
 ثانيا: الحقوق المقررة للأقليات في الفقه الإسلامي :

إن المتصفح لكتب التشريع الإسلامي والمتفحص فيها، يجدها قد أوردت الكثير من الحقوق لأهل الذمة، ويستشف ذلك من النصوص القرآنية، وما بينته السنة النبوية الشريفة من أقوال، وأفعال ومن عهد الصحابة وسيرهم، ومن تبعهم من الأئمة والفقهاء من بعد ولذلك يتطلب منا البحث التركيز على أهم هذه الحقوق التي تخدم الغرض المقصود وقد تم تقسيمها إلى مجموعات منها الحقوق السياسية، والحقوق العامة، وأخيرا الحقوق الخاصة.
1- الحقوق السياسية :

هي الحقوق التي يكتسبها الشخص باعتباره عضوا في هيئة سياسية مثل حق تولي الوظائف العامة، وهذه الحقوق يساهم الفرد بواسطتها في إدارة شؤون البلاد أو حكمها.¹

وإذا نظرنا إلى هذه الحقوق بالنسبة للذمي، فإننا نلاحظ أنه ليس فيها كالمواطن المسلم، فليس له حق تولي الوظائف العامة مثل رئاسة الدولة، وقيادة الجيش؛ لأن رئاسة الدولة في عرف الفقه الإسلامي هي خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به،² فمن البديهي أن لا يتولى هذا المنصب إلا من يدين بالإسلام. أما الجهاد ومنه القتال، فإنه يقوم على معنى ديني، فمن البديهي أن لا يكلف به ولا تناط أعماله إلا بمن يدين بالإسلام.

ولكن يجوز للذمي أن يتولى وزارة التنفيذ، ووزير التنفيذ كما قال الفقهاء يبلغ أوامر رئيس الدولة ويقوم بتنفيذها ويمضي ما يصدر عنه من أحكام وقرارات، كما نص الفقهاء على جواز إسناد الوظائف الأخرى للذمي مثل جباية الخراج والجزية.³

¹ د عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 312.

² أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المكتب الإسلامي، 1996، ص 3.

³ لتفصيل أكثر حول هذا الموضوع أنظر إلى: سليم سرار، استتيزار الذمي في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2004 - 2005.

2- الحقوق العامة للذمي :

يقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التي تستمد أصلها من إنسانية الشخص (أي لكونه إنساناً) فتثبت له منذ ولادته حياً وحتى وفاته، بهدف المحافظة على كيانه المادي والمعنوي، فضلاً عن تمكينه من مزاولة نشاطه المشروع بطريقة معتادة. ويرجع اتصاف هذه الحقوق بوصف

العمومية لكونها تثبت للناس كافة دون أدنى تفرقة بينهم في التمتع بها لأي سبب من الأسباب.¹

والذمي الذي يتمتع بهذه الحقوق العامة مثل حرية التنقل وحماية شخصه من أي اعتداء وعدم جواز حبسه أو توقيفه إلا بمقتضى القانون الإسلامي.

والتزام دار الإسلام بالمحافظة على الذميين لا يقف عند حد حمايتهم من الاعتداء الداخلي بل يمتد إلى حمايتهم ضد الاعتداء الخارجي، وإذا ما وقعوا أسرى في يد العدو فإن دار الإسلام تستنقذهم من أيديهم ولو بدفع الفداء عنهم من بيت المال.

أ- حرية العقيدة :

أقر الإسلام حرية الاعتقاد للناس، بمعنى أن لا يكرهم على اعتناق الإسلام وأن كان يدعوهم إليه، ولكن الدعوة إلى الإسلام شيء، والإكراه عليه شيء آخر، فالأول مشروع والثاني ممنوع قال تعالى: "ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ"² وقال تعالى: "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ"³.

ومن القواعد المقررة في الفقه الإسلامي بشأن الذميين قاعدة "تركهم وما يدينون" فلا نتعرض لهم في أمور دينهم، وعلى هذا فإن حرية العقيدة حق مضمون للذميين، بل أن هذا الحق واضح لأنه ولو لم يكن مقرر لأهل الذمة لما شرع الإسلام عقد الذمة ولما جاز لأن عقد الذمة يتضمن إقرار الذمي على دينه وعقيدته وعدم التعرض له بسبب ديانتها، وقد جاء في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل نجران "ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبي رسول الله على أنفسهم، وملتهم، وأرضهم، وأمواهم، وغائبهم، وشاهدهم، وعشيرتهم، وتبعهم، وأن لا يغيروا مما كانوا عليه، ولا يغير حق من حقوقهم ولا ملتهم، ولا يغير أسقف من أسقفيتهم، ولا راهبا عن رهبانيتها، ولا واهه عن وفهيتها، وكل ما تحت أيديهم من قليل أو كثير، وليس عليهم ريبة ولا دم جاهلية، ولا يحشرون، ولا يعشرون، ولا يبطأ أرضهم جيش، ومن سأل منهم حقاً فينبهم النصف غير ظالمين ولا مظلومين، ومن أكل ربا من ذي قبل، فذمتي منه بريئة، ولا يؤاخذ رجل منهم بظلم آخر، وعلى ما في هذه الصحيفة جوار الله وذمة محمد النبي رسول الله حتى يأتي الله بأمره ما نصحوا وأصلحوا فيما عليهم غير منقلبين بظلم."⁴

¹ خالد جمال أحمد حسن، الوسيط في مبادئ القانون البحريني، ص 733.

² سورة النحل، الآية 125.

³ سورة البقرة، الآية 256.

⁴ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الأحاديث مخرجة على كتب الشيخ الألباني، تحقيق محمود بن الجميل، دار الإمام مالك للكتاب، ج2، 2007، ص 63

ب- حرية العمل :

وللذميين حرية العمل في دار الإسلام ومباشرة النشاط الاقتصادي الذي يرغبون فيه، فقد قال الفقهاء أن الذميين في المعاملات والتجارات والبيوع وسائر التصرفات كالمسلمين إلا ما استثني من معاملات الربا فهي محظورة عليهم كالمسلمين.¹ ويمنع الذميون من بيع الخمر والخنازير في أمصار المسلمين. ولكن لهم بيعها في قراهم وأمصارهم.²

والواقع ليس هناك ما يحول دون تمتع الذميين بحق حرية العمل إلا في مسائل قليلة ذكرناها لعلاقتها بالنظام العام لدار الإسلام. ولهذا كانوا يباشرون أنواع التجارات والأعمال، ومن ذلك جلبهم الطعام من الشام إلى المدينة.³

ت- حق التمتع بمرافق الدولة وكفالة بيت المال :

وللذميين حق التمتع بالمرافق العامة في دار الإسلام مثل وسائل المواصلات ومشروعات الري والإنارة ومياه الشرب، ولهم أيضا التمتع بمرفق القضاء إذا اعتبرناه مرفقا عاما. وفي الحديث النبوي الشريف: "الناس شركاء في الماء والكلاء والنار"⁴ ولفظ الناس بعمومه يشمل الذميين.

ويتمتع الذميون بكفالة بيت المال في حالة عجزهم وحاجاتهم لأنهم من رعايا دار الإسلام ويحملون جنسيتها فهم من جملة مواطنيها ورعاياها. وفي ما رواه الإمام أبو عبيد في كتابه الأموال عن سعيد بن المسيب أنه قال: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بصدقة على أهل بيت من اليهود فهي تجري عليهم"⁵ وروى الفقيه محمد بن الحسن الشيباني صاحب الإمام أي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلى أهل مكة مالا لما قحطوا ليوزع على فقرائهم، وأهل مكة كانوا آنذاك مشركين حربيين ولم يكونوا ذميين، فأهل الذمة أولى بالرعاية من الحربيين لأنهم من رعايا دار الإسلام.

3- الحقوق الخاصة للذميين :

الحقوق الخاصة هي التي تنشأ من علاقات الأفراد فيما بينهم وفقا لأحكام القانون الخاص سواء كانت هذه العلاقات علاقات عائلية أو علاقات مالية، فهي تشمل حقوق الأسرة والحقوق المالية. فمن الحقوق العائلية حق الزواج والطلاق وغيرها. ومن الحقوق المالية الحق في تملك الأموال ومباشرة التصرفات القانونية للحصول على الثروة وما يتبع ذلك من الحق لهم في أن يصبحوا دائنين ومدنيين.

والذميون في دار الإسلام يتمتعون بالحقوق الخاصة، فهم فيها كالمسلمين لأن هذه الحقوق لا تؤسس على أساس العقيدة الدينية الإسلامية حتى يمنع منها الذميون ولهذا صرح الفقهاء بأن الذمي في المعاملات كالمسلم. والحقوق العائلية من المعاملات. وعلى هذا فللذمي الحق في الزواج وإنشاء أسرة والتمتع بجميع حقوق الأسرة من نفقة وارث وغير ذلك. وله حق مباشرة جميع التصرفات القانونية لكسب الأموال سواء كانت هذه التصرفات مع

¹ أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، تحقيق على محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ج 5، ص 193.

² أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع نفسه.

³ ابن قدامة الحنبلي، المغني، دار الكتاب، بيروت، 1983، ط 3، ج 8، ص 530.

⁴ أبي عبيد، الأموال، تحقيق محمد عمارة، ط 1، بيروت، دار الشرق، 1989، ص 290.

⁵ أبي عبيد، المرجع السابق، ص 613.

المسلمين أو مع الذميين. فقد صرح فقهاء الشريعة الإسلامية على "أن معاملة أهل الذمة جائزة" وأن كانوا يستحلون بيع الخمر والخنازير ويعملون بالربا. وحق الملكية لهم حق مصون لا يجوز لأحد التعرض لهم به، فقد نص الفقهاء على أن "حكم أموالهم حكم أموال المسلمون في حرمتها".

ثالثا: الحقوق المقررة للأقليات في القانون الدولي :

1- الحقوق العامة للأقليات :

أ- حق الحياة :

رغم أن هذا الحق هو حق طبيعي و يتمشى و حياة الإنسان، و وجوده، إلا أنه اعتبر أول حق من حقوق الإنسان، و اهتمت به كل المواثيق الدولية المتعلقة بذلك، ويعود السبب إلى هذا الاهتمام ما بينته وقائع الحياة من قيام بعض الأنظمة الحاكمة إلى إهدار هذا الحق لأسباب عنصرية، أو عقائدية، أو سياسية.¹

و في المادة 3/6 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ورد: " ليس في هذه المادة إذا كان حرمان الحياة، بشكل إبادة للجنس، ما يخول أية دولة طرف في الاتفاقية الحالية التحلل بأي حال من التزام تفرضه نصوص الاتفاقية الخاص بالوقاية من جريمة إبادة الجنس والعقاب عليها."

فهذه الفقرة توضح طريقة حرمان الفرد من الحياة عن طريق إبادة الجنس بشكل عنصري باعتباره أقلية داخل الدولة، فإن هذه الدولة و باعتبارها طرفا في الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية.

و يمكن أن تحلل من هذا الالتزام فإذا حدث و أن وقعت جريمة إبادة الجنس من طرف الدولة فلا بد من توقيع العقاب عليها.

ب- الحق في الحرية الدينية :

إن الحق في الحرية الدينية له وجهان :

الأول : حق الإنسان في أن يختار المعتقد الذي يريده، أي الحرية في اعتناق أي دين و في تغييره.

و الثاني : له الحق في عدم الإيمان بدين معين انطلاقا من معنى الحرية نفسه الذي يجب أن يوفر لهذا الإنسان إمكانية الاختيار.²

و قد تأكد هذا الحق المهم في المحافظة على كيان الجماعات و تماسكها خاصة أفراد الأقليات في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، منها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 27 منه.

و تنبع قيمة هذه الاتفاقية، التي وقعتها 144 دولة من تشديدها على عدم التمييز بين الناس بسبب عرقهم، أو لونهم، أو جنسهم أو لغتهم أو ديانتهم إلى غير ذلك، و كذلك من محاولة إعطائها تعريفا واسعا للمعتقد الديني الذي يشمل على الديانات التوحيدية المعروفة وغيرها من المعتقدات و المذاهب.

¹ محمد شريف بسيوي، وآخرون - حقوق الإنسان ، ط 2، بيروت ، دار العلم للملايين 1998 م ، ج 2 ، ص 38 .

² حضر حضر، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط 3، 2008، ص 346.

و يشكل إعلان الأمم المتحدة حول إزالة كل أشكال التعصب و التمييز بسبب الدين أو المعتقد، الذي تم تبنيه في عام 1981 م وثيقة أساسية لحماية الحقوق الديني، فهو يركز بصورة تفصيلية، الحقوق المتعلقة بحرية التفكير والوجدان، والدين، وينص على حرية ممارسة العبادة والطقوس الدينية في الأماكن المخصصة لهذا الغرض، مثلما يطالب بالسماح للجماعات الدينية بإصدار منشورات تتعلق بمعتقداتها و بتعليم المبادئ الدينية في المراكز التابعة لها و بالحصول على العطل المناسبة للاحتفال بالأعياد الدينية إلى غير ذلك من الأمور.

ت- حق المشاركة في تدبير الشؤون العامة :

إن الحديث عن حق الأفراد أو الجماعات في المشاركة في إدارة شؤون الدولة لا يكاد ينفصل عن النظام الديمقراطي، على اعتبار أن الديمقراطية من وجهة نظر مؤيديها أفضل نظام للحكم تصان فيه حقوق وحرية الأفراد من الاعتداء.

و انطلاقاً من مبدأ المساواة الذي أعلنته المواثيق الدولية خاصة فيما يتعلق بالحقوق السياسية في المشاركة في إدارة و تدبير الشؤون العامة، عن طريق الانتخاب والترشح على أساس حق المواطنة، وحق تولي الوظائف العامة في البلد الذي تنتمي إليه¹.

كما سجل ذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية إذ نصت المادة 25 منه: " يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكورة في المادة 2، الحقوق التالية، التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة :

(أ) أن يشارك في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية،

(ب) أن ينتخب و ينتخب، في انتخابات نزيهة تجرى دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين،

(ج) أن تتاح له، على قدم المساواة عموماً مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده."

ث- حق الخصوصية :

لقد جاءت إعلانات الحقوق والاتفاقيات الدولية الخاصة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية مؤكدة لحق الخصوصية المتمثل في كل ما يتعلق بجرمة مسكنه، وشؤون أسرته وكل ما يتعلق بمراسلاته.

كما تناولت المادة (09) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية هذا الحق حيث نصت على ما يلي: " لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً. ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبق الإجراء المقرر فيه."²

و نصت المادة (17) من العهد ذاته: "لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته."

¹ هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، درا الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص 148.

² حضر حضر، المرجع السابق، ص 390.

كما لا ننسى وثيقة منظمة المؤتمر الإسلامي لحقوق الإنسان التي تنص في المادة (20) منها على أن: " لكل إنسان حقه في الاستقلال بشؤون حياته الخاصة في مسكنه و أسرته وماله و اتصالاته ، ولا يجوز التجسس عليه أو الإساءة إلى سمعته ، و يجب حمايته من كل تدخل تعسفي."

ث - الحق في إبداء الرأي و التعبير :

يعتبر حق إبداء الرأي و التعبير المرآة الحقيقية العاكسة لشخصية الإنسان لأنها تميزه عن غيره من الكائنات الحية، ومن الطبيعي أننا لا نستطيع الفصل بين شخص الإنسان و حقه في التعبير عن آرائه كما يريد بشرط واحد هو عدم استخدام هذا الحق كوسيلة ضغط أو تأثير على آراء الآخرين الذين يجب أن يسمح لهم بالتعبير عنها بنفس المستوى من الحرية، وأنّ الرأي يكون في البداية عبارة عن فكرة داخلية ثم تتبلور إلى أن تصل إلى مرحلة التعبير بشكلها الخارجي¹.

كذلك الأقليات إذا حرمت من هذا الحق، فكأنما حرمت من حق الحياة لأن إبداء الرأي و التعبير عنه هو المتنفس لها عن تلك الرغبة فتعبر الأقلية اللغوية عن لغتها و الأقلية الدينية عن دينها و الأقلية العرقية عن انتمائها وهكذا.

و أكدت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية و السياسية على هذا الحق فقد جاء في المادة 19 منها على : " لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب أو بأية وسيلة أخرى يختارها."

ج - الحق في النقل و الإقامة :

كانت حرية التنقل و الإقامة من الحقوق المطلقة للأفراد و الأقليات بحيث يمكن لجماعة أو فرد أن يتنقل بحرية و يقيم في أي مكان يخلو له و مع شيوع ظاهرة الحدود، فإن هذه الحرية أصبحت تخضع للقوانين الخاصة بكل دولة، حيث كل دولة تحاول تنظيم التنقل و الإقامة وفق ما يتلاءم و مصلحتها الوطنية.

هذه القيود التي تفرضها بعض الدول على رعاياها، أو على الأجانب القادمين إليها كانت وراء تكريس الوثائق العالمية لهذا الحق².

و المتمثل في حرية تنقل الفرد داخل دولته، و حق مغادرة إقليمها و العودة إليه. فقد جاء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية مفصلاً في بيان حرية التنقل، حيث أجاز وضع قيود لها، تكون ضرورية لحماية النظام العام، أو الصحة العامة، أو الأخلاق، أو حقوق و حريات الآخرين المنصوص عليها في العهد، و ترك لقانون كل دولة لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل فقد جاء في المادة 12 منه: " لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته. لكل فرد حرية مغادرة أي بلد، بما في ذلك بلده. لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، و تكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين و حرياتهم، و تكون متمشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد. لا يجوز حرمان أحد، تعسفاً، من حق الدخول إلى بلده."

¹ هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص 148.

² حضر حضر، المرجع السابق، ص 344.

2- الحقوق الخاصة للأقليات :

هي الحقوق التي تتمتع بها الأقليات بوصفها كيانات جماعية لها من الخصائص الذاتية ما يميزها عن غيرها من الجماعات الأخرى. وتستهدف هذه الطائفة من الحقوق تمكين الأقليات من البقاء والاستمرار والحفاظ على ما لها من خصائص خاصة.¹

أ- حق الأقليات في الوجود ككيانات جماعية متميزة :

لكل أقلية الحق في أن تبقى وتستمر كجماعة لها من الخصائص الخاصة ما يميز بينها غيرها من الجماعات البشرية الموجودة في الدولة التي تقيم بها. وتختلف هذه الخصائص من أقلية إلى أقلية أخرى، فقد تكون عرقية أو دينية أو لغوية... الخ فينبغي ألا تتعرض الأقلية للممارسات التي يكون من شأنها القضاء على هذه الخصائص، لما يؤدي إليه ذلك من خطر التعرض للذوبان والاستيعاب في شعب الدولة التي تنتمي إليها.

ويقابل حق الأقليات في الوجود حق الأفراد في الحياة. فكما أن حق الإنسان في الحياة يمثل الأساس الذي يتأسس عليه تمتعه بالحقوق والحريات الأخرى، فإن حق الأقليات في الوجود يعتبر حجر الزاوية الذي دونه تجد الأقليات نفسها عاجزة عن التمتع بما لها من حقوق وحريات. من ناحية أخرى، فإن هذا الحق يرتبط ارتباطاً وثيقاً بحق أفرادها في الحياة. فالاعتداء على حق هؤلاء الأفراد في الحياة ينال بالتأكيد من حجم الأقلية التي ينتمون إليها، مقارنة بحجم باقي سكان الدولة. وقد تتحقق ذات النتيجة، إذا مورس الضغط والإكراه ضد الأفراد المنتمين لأقلية معينة، بما يحملهم على الفرار واللجوء إلى دول أخرى، فعندها تجد الأقلية نفسها وقد حرمت من عدد من أبنائها.

إن المحافظة على وجود الأقليات كجماعات تتميز بخصائصها الخاصة عن بقية الجماعات الأخرى لا تتحقق فقط بواسطة الإجراءات التي تستهدف الحيلولة دون القضاء عليها من الناحية العضوية، وإنما تتحقق أيضاً من خلال التدابير التي تمكن هذه الأقليات من المحافظة على تلك الخصائص وتنميتها باستمرار. ولعل من أهل هذه التدابير ما يلي:²

● الاعتراف لأقليات بحق استخدامها الأصلية في الحياة الخاصة والصحافة وإصدار المطبوعات :

أفسحت بعض الوثائق الدولية التي أبرمت، بعد الحرب العالمية الثانية، مجالاً للنصوص التي تضمن لأفراد أقليات معينة حق استخدام لغاتهم الأصلية، في علاقاتهم الاجتماعية، وأمام المحاكم، وفي المؤسسات الاجتماعية والخيرية، وفي المنشآت الدينية والتعليمية، وفي وسائل الإعلام المختلفة كالصحافة والراديو والتلفزيون. ومن هذه الاتفاقيات معاهدة اليونسكو الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم والموقعة في 14 ديسمبر 1960، المادة 27 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية المادة 28 من الاتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الشعوب الأصلية والقبلية في البلدان المستقلة لعام 1989، المادة 1/1 من الإعلان بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات عرقية أو أثنية وإلى أقليات دينية ولغوية عام 1992.³

¹ د حسام أحمد محمد هندواوي، المرجع السابق، ص 245.

² د حسام أحمد محمد هندواوي، المرجع السابق، ص 246 - 248.

³ د حسام أحمد محمد هندواوي، المرجع نفسه، ص 249.

● حق الأقليات في إنشاء وإدارة والإشراف على مؤسساتها الدينية والخيرية :

لا ريب أن من شأن الاعتراف للأقليات بهذا الحق تمكينها من المحافظة على خصائصها الثقافية والدينية الخاصة، والحيلولة بالتالي دون استيعابها في باقي سكان الدول التي تقيم بها. ولقد تم الإشارة إلى هذا الحق في المادة 4/1 من الإعلان بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات عرقية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية عام 1992 وإن كان قد أثر التعبير عنه بطريقة عامة، أي عدم قصره على أنواع معينة من الجمعيات الخاصة بالأقليات. وعليه، يستطيع الأفراد المنتمون للأقليات، الاستناد إلى هذا النص، في إنشاء ما يرغبون من جمعيات خاصة بهم، دينية كانت أو خيرية أو تعليمية...الخ.¹

● حق الأقليات في الحصول على نصيب عادل من الإعانات التي تخصصها الحكومات للأغراض التعليمية :

يمكن هذا الحق للأقليات من المحافظة على خصائصها الثقافية الخاصة، مما يحول بينها وبين الذوبان في بقية أفراد سكان الدول التي تنتمي إليها. وقد نص قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 181 في الدورة الثانية بشأن الحكومة المستقبلية لفلسطين في الجزء الأول من الفصل الثاني من البند 6 على : " تؤمن الدولة لأقلية العربية أو اليهودية القدر الكافي من التعليم الابتدائي والثانوي بلغتها، ووفق تقاليدھا الثقافية. ولن ينكر حق كل طائفة في الاحتفاظ بمدارسها لتعليم أبنائها بلغتها الخاصة ما دامت تلتزم بمقتضيات التعليم العامة التي قد تفرضها الدولة...."²

● حق الأقليات في حماية أماكن عبادتها والمقابر الخاصة بها :

تشتمل بعض الوثائق الدولية على نصوص تضمن للأقليات المحافظة على أماكن عبادتها وعلى مقابرها الخاصة. فمن ذلك، نشير على سبيل المثال إلى اتفاقية لوزان مع تركيا في 24 جويلية 1923 (المادتين 42 و 45).³

ب- حق الأقليات في ألا تكون محلا للتمييز :

تتأسس فكرة حقوق الإنسان على أساس اتحاد جميع البشر في أصلهم الإنساني، وأنهم يولدون أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق وعليه، يتعين احترام ما للإنسان من حقوق وحريات أساسية، بصرف النظر عن الاختلاف في العرق أو الجنس أو اللون أو الدين.....وجاءت الوثائق الخاصة بحقوق الإنسان، والتي أبرمت بعد الحرب العالمية الثانية، لتؤد هذه الحقيقة وتثبت فساد منطق أية دعاوى تدعو إلى تفوق جنس على آخر، لا لشيء إلا لاختلاف العرق أو اللون.....الخ. وتجدر الأقليات أساس حمايتها من سياسات التمييز العنصري في الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان.⁴

● الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري :

تنص المادة 4/1 من الاتفاقية: " لا تعتبر من قبيل التمييز العنصري أية تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد من اتخاذها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الإثنية المحتاجة أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية

¹ د حسام أحمد محمد هندراوي، المرجع نفسه، ص 250.

² د حسام أحمد محمد هندراوي، المرجع السابق، ص 251.

³ د حسام أحمد محمد هندراوي، المرجع نفسه، ص 252.

⁴ د حسام أحمد محمد هندراوي، المرجع نفسه، ص 252 - 253.

التي قد تكون لازمة لتلك الجماعات وهؤلاء الأفراد لتضمن لها ولهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو ممارستها.....".

فهذا النص يريد، من طرف خفي تشجيع الدول على أن تتخذ ما يلزم من تدابير تفضيلية لتحقيق التقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الإثنية المحتاجة إلى الحماية، والتي هي في الغالب جماعات أقلية. ولكن يؤخذ على النص أنه قصر اتخاذ هذه التدابير على الأقليات العرقية أو الدينية، ولم يمدّها لتطول الجماعات الأخرى كالجماعات اللغوية أو الدينية...الخ.¹

• الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم :

نصت المادة 2/ب من الاتفاقية : " القيام، لأسباب دينية، أو لغوية بإنشاء أو إبقاء نظم أو مؤسسات تعليمية منفصلة تقدم تعليماً يتفق ورغبات آباء التلاميذ أو أولياء أمورهم الشرعيين...."، فهذا النص يمكن الأقليات، وخاصة الأقليات الدينية أو اللغوية، من إنشاء أو الإبقاء على النظم أو المؤسسات التعليمية الخاصة بها. ويساعد ذلك، بالتأكيد، الأقليات في المحافظة على خصائصها الخاصة، مما يمكنها من الاستمرار والبقاء كجماعات بشرية متميزة عن غيرها من الجماعات الأخرى.

ولضمان إزالة ومنع أي تمييز في مجال التعليم، أُلقت المادة 3 من الاتفاقية، على عاتق الدول الأطراف بالالتزامات التالية :

- أن تلغي أية أحكام تشريعية أو تعليمات إدارية وتوقف العمل بأية إجراءات إدارية تنطوي على تمييز في التعليم.
- أن تضمن بالتشريع عند الضرورة عدم وجود أي تمييز في قبول التلاميذ بالمؤسسات التعليمية.
- ألا تسمح بأب اختلاف في معاملة المواطنين من جانب السلطات العامة، إلا على أساس الجدارة أو الحاجة.²
- ت- مدى حق الأقليات في التمتع بالحكم الذاتي :

إن الممارسة الدولية التي شهدتها فترة بعد الحرب العالمية الثانية تكشف عن اعتراف العديد من الدول بهذا الحق لبعض أقلياتها التي تقيم في أقاليم محددة. ولقد جاء اعتراف هذه الدول بذلك الحق كوسيلة، لوضع نهاية لحركات التمرد والثورة التي تقودها بعض الأقليات للاستقلال بالأقاليم التي توجد بها. وفي ذات الوقت، كان الحصول على هذا الحق يمثل، بالنسبة لهذه الأقليات، انتصاراً مرحلياً قد تستند إليه في المطالبة بالمزيد من الحقوق، ولاسيما الحق في تقرير المصير. فالحصول على هذا الحق يشكل، إذن، حلاً توفيقياً بين مطامح الأقليات في الحصول على الاستقلال، وبين رغبة الدول التي تنتمي إليها في المحافظة على سلامة ووحدة أراضيها. ولعل من أهم تطبيقات حصول بعض الأقليات على الحق في الحكم الذاتي تتمثل في الاعتراف به إلى جنوب السودان عام 1972،³ وإلى الأكراد في كردستان العراقية عام 1974،⁴

¹ د حسام أحمد محمد هنداي، المرجع نفسه، ص 256.

² د حسام أحمد محمد هنداي، المرجع السابق، ص 260 - 261.

³ لتفصيل أكثر أرجع: د عبد الملك عودة، مستقبل جنوب السودان بين وحدة الدولة أو الانفصال، مجلة السياسة الدولية، العدد 109، يوليو 1992.

⁴ لتفصيل أكثر أرجع: محمد مصطفى شحاته، الحركة الكردية في العراق وتركيا، مجلة السياسة الدولية، العدد 107، يناير 1992

وإلى إقليم إلباسك الإسباني عام 1979¹ ولكن للأسف الشديد لم يكتب لأي من هذه التجارب من النجاح ما يشجع على اتخاذها نموذجا يقتدي به.

ث - الأقليات وحق تقرير المصير :

من المهم عند دراسة مدى تمتع الأقليات بالحق في تقرير المصير التمييز بين حالتين: الحالة التي تتمركز فيها الأقلية فوق منطقة جغرافية محددة داخل الدولة، والحالة التي تكون فيها مبعثرة وموزعة على سائر أرجاء إقليم الدولة. في الحالة الثانية لا يكون ممكنا أو حتى منطقيًا القول بتمتع الأقلية بحق احتياطي في تقرير المصير، حيث يكتفي في أغلب الحالات بإعطائها "حكما ذاتيا شخصيا".

أما الحالة التي يقبل فيها إعطاء الأقلية حقا احتياطيًا في تقرير المصير، فهي الحالة التي ترتبط فيها الأقلية المعنية بإقليم معين داخل الدولة، وهذا النوع من الأقليات يكون في الغالب من ضمن فئات الأقليات القومية.

وحتى تتمكن الأقلية من ممارسة حق تقرير المصير وفقا لمعناه الخارجي المذكور آنفا فهناك شروط معينة لابد من وجودها وهي :

1) أن يتحقق للأقلية وصف الشعب لغايات الحق في تقرير المصير، أي لابد أن تثبت ذاتها بصفتها شعبا جديرا بهذا الحق، ولا يكفي أن تستند الأقلية في ذلك إلى مجرد رغبة في أن تكون شعبا - أقلية - وإنما لابد أن تستند إلى واقع موضوعي أساسه وجود هوية خاصة بها ومميزة لها.

2) أن لا يتاح لهذا "الشعب - الأقلية" أية فرصة للمشاركة ديمقراطيا في الحياة العامة لدولته، أي أن يكون خاضعا للأغلبية ومحروما من الحقوق الأساسية، ومجردا من حقه في أن يكون ممثلا في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

إن القانون الدولي المعاصر لا ينظر بعين الرضا لانفصال الأقليات عن دولها، وأن حق الأقليات في تقرير المصير هو حق احتياطي يتم اللجوء إليه عند استنفاد الوسائل الأخرى الكفيلة بحمايتها بحماية حقوق أفرادها الأساسية. رغم ذلك فإن عددا من الصكوك الدولية، خاصة إعلان العلاقات الودية الصادر عام 1970 بموجب توصية الجمعية العامة رقم 2625، تعد بمثابة محاولات للاعتراف بمشروعية انفصال الأقليات في حالات معينة وضيقة حيثما تكون الأقليات تعاني من القهر ومن اضطهاد يستعصى رفعهما إلا بانفصال الأقلية عن الدولة.²

رابعا: أوجه التقارب والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي في تقرير حقوق الأقليات :

1- أوجه التقارب بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي بالنسبة للحقوق الأقليات :

و منه نخلص إلى أوجه المقاربة في الحقوق بين الفقه الإسلامي و القانون الدولي، فأول ما يمكن ملاحظته في أنهما يشتركان في الاعتراف بنفس الحقوق، و أنّ هذه الحقوق عامة أي شاملة لجميع أفراد المجتمع دون تمييز و أنها ملزمة، وعلى الجميع ضمان حمايتها، وأنها مدونة في وثائق سياسية و إعلانات و اتفاقيات دولية، وتعتبر بذلك ضمانات أساسية لحماية الأقليات.

¹ لتفصيل أكثر أرجع: محمد علي المداح، مشكلة الباسك بين الاستقلال والحكم الذاتي، مجلة السياسة الدولية، العدد 59، يناير 1980.

² د محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 497 - 499.

إن المتتبع لهذه الحقوق يجد أن الأقلية الدينية في الفقه الإسلامي والأقليات في القانون الدولي، تتمتع بنفس الحقوق، خاصة فيما يخص حق الحرية الدينية، ففي الفقه الإسلامي يحكمها المبدأ القرآني العام: " لا إكراه في الدين"¹، وأن لكل شخص حرية الاعتقاد وحرية العبادة وفقاً لمعتقده، حيث يقول الله تعالى في ذلك: " لكم دينكم ولي دين"².

وفي المادة (18) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية جاء: " لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يعتنقه"، فحرية العقيدة مضمونة للجميع، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الدولي، فلا يمكن إكراه أحد على إتباع الدين الإسلامي.

يقول في ذلك المفكر الإسلامي المرحوم محمد الغزالي: " إن الحرية الدينية التي كفلها الإسلام لأهل الأرض، لم يعرف لها نظير في القارات الخمس، ولم يحدث أن انفرد دين بالسلطة ومنح مخالفه في الاعتقاد كل أسباب التقدم والازدهار، مثل ما صنع الإسلام."³

فالإسلام لم يفرض على نصراني أن يترك نصرانيته، أو على يهودي أن يترك يهوديته بل طالب كليهما ما دام يؤثر دينه القديم أن يدع الإسلام و شأنه، يعتنقه من يعتنقه، دون تهجم حر أو جلد سيء كما نجد هذه المقاربة في القانون الدولي على أنه يجب احترام الديانات السماوية الأخرى، و قبول مبدأ التعايش السلمي معها.

2- أوجه الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي بالنسبة للحقوق الأقلية :

أما بخصوص أوجه المفارقة في الحقوق التي تتمتع بها الأقليات فإننا قبل أن نقوم بتفصيلها، يجدر بنا أن نبرز حقائق أربع نراها مهمة في إطار مقارنتنا هذه.

أول هذه الحقائق هو الأصالة و الاستقلالية في تشريع الحقوق و الحريات في النظام الإسلامي، ذلك أن هذا النظام إنما هو ثمرة عقيدة مستقلة مميزة، فوجب أن يكون كذلك كل نتاجه، و ما تفرع عنه، فليس للحقوق و الحريات فيه جذور غير إسلامية، استعيرت من هنا وهناك من نظام وضعي، يؤكد البحث التاريخي لتطور الحقوق والحريات، فلم يكن لهذا النظام الوضعي وجود أيام وجود النظام الإسلامي.

و الحقيقة الثانية هي التوازن في تشريع الحقوق والحريات في النظام الإسلامي، ذلك أن هذا النظام كالإسلام نفسه، قائم على أساس التوازن أو الوسطية أو العدل، وهي صفات يقصد بها أن خير الأمور الوسط وأن الفضيلة ما بين رذيلتين، فليس فيما جاء به من حقوق وحريات وكس و لا شطط، فمثلاً أعطى الحاكم حق الطاعة على الرعية، ومنع أن تسلب السلطة منه أو أن يكون صورة بلا مضمون، إلا أنه حرم عليه الاستبداد بالحكم، فأوجب عليه رعاية شؤون الأمة بالعدل و إقامة حكم الله فيها.

¹ سورة البقرة، الآية 256.

² سورة الكافرون، الآية 6.

³ محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، نضمة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005، ص 75.

و مما يؤكد هذه الحقيقة و يعززها في القانون الدولي من تباين واضح مما أدى إلى مشكلات عانت منها الشعوب التابعة لها، الأمر الذي دفعها إلى التنقيح و التعديل، وإعادة صياغتها حتى تتوازن و تتلاءم مع المتغيرات التي طرأت و الأوضاع الجديدة التي نشأت.

أما الحقيقة الثالثة و هي الثبات في تشريع الحقوق و الحريات في الفقه الإسلامي فقد أقام الإسلام ما جاء به من حقوق و حريات على معايير ثابتة لا تقبل التبدل و التغيير بتغير الظروف، فهي حقوق دائمة تحتفظ بصحتها و أصالتها في كل الأحوال والأزمنة لأنها من شريعة الله، المحكمة المضبوطة التي تسع مجال الحياة البشرية بأكملها، وتتعرض لكل مظاهرها المادية والروحية، والفردية منها والجماعية.

أما الحقيقة الرابعة و هي سمو الغايات و الأهداف من تشريع الحقوق و الحريات في النظام الإسلامي، فغاية هذا النظام من تشريع الحقوق والحريات، هو تحقيق أهم مقصد يعنى بالأقليات و هو إصلاح المجتمع بإقامة علاقة أفراد على أسس من العدل، والمساواة والتكافل.

أما القانون الدولي فغايته غاية نفعية محدودة، تتمثل في استقرار المجتمع على أي نحو، و لو كان هذا على حساب قواعد الأخلاق، والدين لذلك نجد معاني الخير والشر، أو العدل والظلم في تلك النظم الوضعية لا تتمتع بصفة الثبات أو الصحة المطلقة، لأنها نتيجة تفكير هو عرضة للتغيير أو الزوال، أو الاختلاف بتغير الظروف والأحوال.

و بناء على ذلك نصل إلى تبيان أوجه المفارقة في الحقوق بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي بالقول أن في الحقوق العامة هناك مفارقة فيما يخص:

حق التنقل و الإقامة، ففي هذا الحق يرى الفقه الإسلامي أن الذمي أو الأقلية الدينية لا يمكن لها أن تقيم في أماكن معينة كالحرمين، و كذلك سائر أراضي الحجاز، أما فيما يخص التنقل فيسمح لهم دخول هذه الأماكن من أجل التجارة مثلا، و لكن دون أن تتجاوز مدة الإقامة فيها ثلاثة أيام، و ذلك لخصوصية هذه المناطق، أما في القانون الدولي ومواثيق الأمم المتحدة فهي تعطي لكل فرد مهما كان انتمائه، حق التنقل و اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة.

وهناك الحقوق السياسية للأقلية الدينية داخل المجتمع الإسلامي، بحيث لا يسمح لأفراد الأقليات بتولي بعض الوظائف الهامة في الدولة الإسلامية، وخاصة ما كان الإسلام من أهم شروط توليها، كالخلافة، وإمارة الجهاد، و إمارة الجيش، ووزارة التنفيذ، ولا يجوز توليته القضاء، لأنه من باب الولاية، بل هو من أعظم الولايات، ولا يجوز ولاية الكافر على المسلم، لقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"¹ كما أن غير المسلم ليست له أهلية أدنى الولايات و هي الشهادة على المسلمين.

و هناك رأي جمهور الأحناف و القائل بجواز تقليد غير المسلم القضاء على أهل ذمته، أما من حيث القانون الدولي، فإنه جعل جميع أفراد الأقليات متساوون أمام القانون مع غيرهم في حق الترشح و الانتخاب، والمشاركة في

¹ سورة النساء، الآية 141.

تدبير الشؤون العامة، و ما وصول أوباما، و هو من الأقلية السوداء في الولايات المتحدة الأمريكية إلى سدة الحكم إلا دليل على ما أوردناه¹.

الخاتمة :

وفي الأخير يمكن القول أن ما كرسه الشريعة الإسلامية من حقوق للأقليات تعد كافية، على خلاف ما يوجد في القانون الدولي ويظهر هذا من خلال النتائج التي تم التوصل إليها:

- 1- يعتبر المعيار الديني هو المعيار الوحيد لإعطاء مفهوم للأقلية في الفقه الإسلامي واصطلاح على ذلك بلفظ - أهل الذمة - للتعبير عن غير.
- 2- بينما مصطلح الأقلية في القانون الدولي، شائع و معروف، و متداول في المواثيق الدولية، لكنهم أي فقهاء القانون لم يتفقوا على تعريف جامع لاختلافهم في المعايير التي تتبع في تحديد هذه الفئة مما يترتب على ذلك تقسيمهم إلى أقليات دينية، أو لغوية، أو عرفية وهذا التقسيم لم يعرفه الفقه الإسلامي.
- 3- منح الفقه الإسلامي أفراد الأقليات الدينية باعتبارهم رعايا الدولة الإسلامية جميع الحقوق و الحريات التي يتمتع بها باقي سكان الدولة الإسلامية من المسلمين، فهم في معظم الحقوق سواء، بل أكثر من هذا قد نجده قد أكد على حقوق خاصة ذات صلة عميقة بمقوماتهم الدينية و أحوالهم الشخصية.
- 4- أما في القانون الدولي، فرغم أن مبدأ المساواة هو السائد في هذه المجتمعات إلا أن الواقع يثبت اضطهاد الأقلية أمام الأغلبية بدليل حرمان الأقلية من أبسط حقوقها بناء على هذا التصنيف الذي جاءت به الديمقراطية. وبعد دراسة هذه الدراسة يمكن الخروج بمجموعة من التوصيات :

- 1) ينبغي تيسير اعتراف الدولة بالأقليات وخاصة تيسير شروط الاعتراف الرسمية والفعالية، وإعطاء القضاء دوراً فعالاً في هذا المجال، وكذا في حالة انتهاك حقوق الأقلية سواء من قبل السلطات أو الأفراد والمؤسسات.
- 2) ينبغي أن تراعى قوانين الانتخاب في الدول التي بها أقليات اعتماد نظم التمثيل النسبي الكفيلة بإتاحة فرصة تمثيل الأقلية في المجالس النيابية بما يتناسب مع نسبتهم العددية.
- 3) تعتبر سلطات الأمن في كل بلد مسئولة مسئولية خاصة عن حماية الأقلية الموجودة بالبلد، سواء كانوا مواطنين أو أجانب.

قائمة المراجع :

القرآن الكريم.

الكتب :

- 1) ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الأحاديث مخرجة على كتب الشيخ الألباني، تحقيق محمود بن الجميل، دار الإمام مالك للكتاب، ج2، 2007.
- 2) ابن قدامة الحنبلي، المغني، ط 3، ج 8، دار الكتاب، بيروت، 1983.

¹ الطاهر بن أحمد، حماية الأقليات في ظل النزاعات المسلحة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الدولي الإنساني - دراسة مقارنة - كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009 - 2010، ص 161 - 165.

- (3) ابن منظور، لسان العرب، ج 11، ط 6، دار صادر، بيروت، لبنان، 1997.
- (4) أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المكتب الإسلامي، 1996.
- (5) أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، تحقيق على محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- (6) أبي عبيد الأموال، تحقيق محمد عمارة، ط 1، بيروت، دار الشرق، 1989 م.
- (7) البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، تقديم: كمال عبد العظيم العناني، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، ط 1، ج 3، 1997.
- (8) حسام أحمد محمد هندراوي، القانون الدولي العام وحماية حقوق الأقليات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- (9) حسين حامد حسان، حقوق الذميين في دار الإسلام، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.
- (10) خالد جمال أحمد حسن، الوسيط في مبادئ القانون البحريني.
- (11) خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط 3، 2008.
- (12) صبحي الحمصاني، القانون والعلاقات الدولية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1982.
- (13) علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيحة، للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، مصر.
- (14) محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005.
- (15) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، اعتناء ومراجعة: أحمد جاد، دار الغد الجديد، القاهرة، مصر، 2007.
- (16) محمد شريف بسيوني، وآخرون - حقوق الإنسان، ط 2، بيروت، دار العلم للملايين 1998 م، ج 2.
- (17) محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان (الحقوق المحمية)، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007.
- (18) هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، درا الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص 148.
- (19) يوسف القرضاوي، في فقه الأقليات المسلمة، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 2، 2005.
- الدوريات :**
- (1) عبد الكريم زيدان، في معاملة الأقليات غير المسلمة والأجانب في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة، العدد الثالث، سبتمبر 1983.
- (2) عبد الملك عودة، مستقبل جنوب السودان بين وحدة الدولة أو الانفصال، مجلة السياسة الدولية، العدد 109، يوليو 1992.
- (3) محمد موسى، مفهوم "الأقلية" في القانون الدولي العام، مجلة الندوة، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، محرم 1421هـ - نيسان 2000.
- (4) محمد علي المداح، مشكلة الباسك بين الاستقلال والحكم الذاتي، مجلة السياسة الدولية، العدد 59، يناير 1980.

- (5) محمد مصطفى شحاته، الحركة الكردية في العراق وتركيا، مجلة السياسة الدولية، العدد 107، يناير 1992.
- (6) النذير بولعالي، العالم الإسلامي والتوظيف السياسي لحقوق الأقليات في عصر العولمة، مجلة علوم إنسانية، السنة السابعة، العدد 45، ربيع 2010.

الرسائل:

- (1) سليم سرار، استيزار الذمي في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2004 - 2005.
- (2) الطاهر بن أحمد، حماية الأقليات في ظل النزاعات المسلحة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الدولي الإنساني - دراسة مقارنة - كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009 - 2010.
- (3) ليتيم نادية، الحريات العامة للأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية بعد 11 سبتمبر 2001، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2007 - 2008.

موقف الفقه والقضاء من الطبيعة القانونية لوسائل توزيع الاختصاص



إعداد الحايطة الحسين : باحث بسلك الدكتوراه

تخصص قانون عام جامعة محمد الخامس السويسي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية / سلا

إن الاختصاص هو مقدار ما لجهة قضائية أو محكمة من ولاية الحكم في نظر النزاع، فهو الحيز الذي في حدوده تقوم هذه الجهة أو المحكمة مباشرة ولايتها القضائية¹.

ويرجع كل من الفقه والقضاء وهو بصدد بحث مدى تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام إلى الفكرة العامة والأساسية المتمثلة في تعلق قاعدة قانونية بالنظام العام، باعتبار قواعد الاختصاص ضربا من ضروب القاعدة القانونية².

هكذا إذن تعتبر القاعدة القانونية المتعلقة بالاختصاص من النظام العام إذا كان المقصود بها تحقيق مصلحة عامة تهم المشرع أكثر مما قد تهم الأفراد، أما إذا ظهر أن الهدف من قاعدة الاختصاص إنما هو تحقيق مصلحة الأفراد. كنا آنذاك أمام قاعدة لا تتعلق بالنظام العام.

ومن الجدير بالذكر ففي ظل نظام وحدة القضاء لم يكن لوسيلة الدفع بعدم الاختصاص سوى وظيفة ثانوية أو احتياطية بالنظر إلى تركيز الاختصاص بالبت في الدعاوى المدنية والإدارية على السواء بين يدي نفس الجهة القضائية المنتمية إلى جهاز قضائي وحيد، وتبعاً لذلك، فإن المشرع لم يعن بتضمين قانون المسطرة المدنية أحكاماً صارمة بشأن استخلاص الآثار القانونية المترتبة عن كون الدفع بعدم الاختصاص من متعلقات النظام العام. كما أنه لم يفرق في أصل الأحكام بين الدفع بعدم الاختصاص النوعي والمحلي³.

¹ - أبو جعفر عمر المنصوري: " فكرة النظام العام والأداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني - عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002 - 2003، ص 416.

² - ذ. جلال محمد أمهلول: " الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام" مجلة المرافعة، العدد الأول - السنة الأولى - يونيو 1992، ص 109.

³ - د. جيلالي أمزيد: " مباحث في مستجدات القضاء الإداري " منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 50، الطبعة الأولى، 2003، ص 25.

لكن ومع إحداث المحاكم الإدارية أصبح الدفع بعدم الاختصاص خاصة النوعي متبوئا لموقع مركزي، باعتباره وسيلة لازمة لتفعيل ضوابط توزيع الاختصاص بين المحاكم العادية والإدارية وما يترتب عن ذلك من ضمانات على مستوى ترسيخ المبادئ الجوهرية للتنظيم القضائي الجديد، وحماية حقوق المتقاضين نتيجة التخصص والفعالية في الأداء المرفقي.

إن هذا الاهتمام المتزايد بوسائل توزيع الاختصاص سرعان ما سيصل إلى ذروته مع تبني المشرع المغربي لوسيلة الدعوى الموازية كنظام فصل بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري من جهة، وبين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل من جهة أخرى.

وتبعاً لما ذكر نتساءل عن حقيقة تعلق الدفع بعدم الاختصاص النوعي (الفرع الأول) والدفع بانعدام الدعوى الموازية (الفرع الثاني) كوسائل لتوزيع الاختصاص بفكرة النظام العام وموقف الفقه والقضاء من ذلك؟.

الفرع الأول: الدفع بعدم الاختصاص النوعي وفكرة النظام العام:

نتيجة لتوزيع المشرع المغربي لأحكام الدفع بعدم الاختصاص النوعي بين قانون المسطرة المدنية وقانون المحاكم الإدارية¹، أمسى الإشكال المتعلق باندرج الدفع بعدم الاختصاص النوعي ضمن مشمولات النظام العام أكثر إثارة للجدل، بسبب وجود مرجعيتين تشريعتين وازدواجية في تركيبة النظام القانوني لهذا الدفع.

فما هو موقف التشريع والفقه والقضاء من طبيعة الدفع بعدم الاختصاص النوعي في ظل كل من ق.م.م والقانون رقم 41/90؟ وما هي أهم الإشكاليات المترتبة عن ارتباط الدفع بعدم الاختصاص النوعي بالنظام العام؟

الفقرة الأولى: طبيعة الدفع بعدم الاختصاص النوعي بين ق.م.م وقانون إحداث المحاكم الإدارية:

بالرجوع إلى الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية، يتضح لنا أنه يتضمن خمس فقرات، تنص الأولى على أنه يجب على الأطراف إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي والمكاني قبل كل دفع أو دفاع، وتنص الفقرة الثانية على أنه لا يمكن إثارة هذا الدفع (النوعي والمكاني) في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية، وجاء في الفقرة الثالثة على أنه يجب على من يثير الدفع أن يبين المحكمة التي ترفع إليها القضية وإلا كان الطلب غير مقبول، وورد بالفقرة الرابعة أنه إذا قبل الدفع بالمعنى المذكور، رفع الملف إلى المحكمة المختصة التي تكون الإحالة عليها بقوة القانون وبدون صائر، وأخيراً جاء في الفقرة الخامسة منه: " أنه يمكن الدفع بعدم الاختصاص النوعي تلقائياً من لدن قاضي الدرجة الأولى".

وعليه فباستقراء الصياغة الحرفية للفصل 16 أعلاه، يتبين أن المشرع سوى بين الاختصاص النوعي والحلي، معتبراً الدفع المتعلق بهما من الدفوع الشكلية التي يجب أن تثار قبل الدخول في مناقشة موضوع الدعوى لكونه ليس من متعلقات النظام العام.

¹ - ظهير شريف رقم 225 - 91 - 1 صادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41/90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية ج.ر عدد 4227 بتاريخ 3 نوفمبر 1993، ص 2168.

ولقد أكد المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قراره الصادر بتاريخ 1996/11/20 هذا التوجه التشريعي معتبرا " حيث إن مقتضيات الفصل 16 من ق.م.م الموماً إليه أعلاه، صريحة في وجوب التمسك بعدم الاختصاص النوعي قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر وأن الحكم بعدم الاختصاص النوعي يمكن أن يقع تلقائيا من لدن قاضي الدرجة الأولى، وحيث إن المطعون ضده لم يسبق له أن تمسك بعدم الاختصاص النوعي في أية مرحلة من مراحل التقاضي، كما أن قاضي الدرجة الأولى لم يصرح بعدم اختصاصه نوعيا للبت في النزاع فإن محكمة الاستئناف ما كان لها دون أن تحرق مقتضيات الفصل 16 أن تحكم تلقائيا بعدم الاختصاص.

كما جاء أيضا في قراره بتاريخ 1988/06/29 " حيث تبين صحة ما عابته الوسيلة، ذلك أن محكمة الاستئناف أثارت عدم الاختصاص تلقائيا على أساس أنه من النظام العام مع أنه تطبيقا للفصل 16 من ق.م.م فإن عدم الاختصاص النوعي ليس من النظام العام على إطلاقه... مما تكون معه إثارة المحكمة له تلقائيا خرق للمقتضيات المقررة مما يعرض قرارها للنقض"¹.

غير أنه إذا كان كل من التشريع والقضاء حسما في مسألة عدم ارتباط الدفع بعدم الاختصاص النوعي في ظل ق.م.م بخاصية النظام العام، فإنه وخلافا لذلك انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات، الأول يقول بأن الاختصاص النوعي لا يتعلق بالنظام العام، حيث يؤكد أنصار هذه النظرية ويمثلون الأغلبية² أن المشرع المغربي في ق.م.م لسنة 1974 قد غير نظرتة للدفع بعدم الاختصاص النوعي إذ جرده من صفة النظام العام بكل ما يحمله لفظ التجريد من معنى. ومن رواد هذا الاتجاه الأستاذ الطيب الفصائلي³ الذي يذهب إلى أن الفقرة الخامسة ما هي إلا نتيجة لتجريد الاختصاص النوعي من صفة ارتباطه بالنظام العام حيث يصبح قاضي الدرجة الأولى غير ملزم بإثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا وإنما له ذلك على سبيل الاختيار لا الإلزام، وبذلك فهو يستبعد أي إمكانية للقول بأن لفظ " يمكن " أريد به الإيجاب أو أن هذه الفقرة تتناقض مع الفقرة الثانية، فكل واحدة منهما تكمل الأخرى وتصب في اتجاه واحد ألا وهو تجريد الدفع بعدم الاختصاص النوعي من صفة ارتباطه بخاصة النظام العام.

كما يذهب الأستاذ محمد ميكو⁴ في نفس الاتجاه مشيرا إلى أن القواعد التي تبناها المغرب في الفصل 16 متناسقة مع التنظيم القضائي الجديد الذي جعل جميع القضايا من اختصاص المحاكم الابتدائية باستثناء ما وقع إسناده إلى محاكم الجماعات والمقاطعات... أو إلى رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات، وبديهي أن الدفع المثار في إبانه أمام المحكمة الابتدائية يمكن التثبيت به في مراحل الدعوى المختلفة إذا وقع رفضه، ولا يعتبر هذا التثبيت إثارة جديدة بل هو تأكيد لدفع سبق استعماله في إبانه أمام قاضي الدرجة الأولى.

وفي مقابل هذا الاتجاه الفقهي الراض لفكرة تعلق الاختصاص النوعي في ظل ق.م.م بخاصية النظام العام، يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن المشرع المغربي لم يغير نظرتة للدفع بعدم الاختصاص النوعي في ق.م.م الحالية بل استمر في اعتباره من متعلقات النظام العام.

1 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1988/01/21، منشور بمجلة المحامي، عدد 17، ص 113، وما يليها.

2 - ومن بينهم ذ. الطيب الفصائلي، عبد اللطيف هداية الله، الجزولي، المرحوم محمد ميكو وغيرهم كثير...

3 - ذ. الطيب الفصائلي: " حقيقة الدفع بعدم الاختصاص النوعي في ظل ق.م.م" مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون المقارن، عدد 10، ص 9 - 20.

4 - أشار إليه محمد صابر في مقال له بعنوان: " الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام المحاكم التجارية وعلاقته بالنظام العام " منشورات مجلة المنتدى، العدد الأول، أكتوبر 1999، عدد خاص بالمحاكم التجارية، ص 61.

ولقد حاول رواد هذا الاتجاه¹ إثبات نظريتهم من خلال اعتماد منطوق الفقرتين الثانية والخامسة من الفصل 16 من ق.م.م فقد ورد في الفصل 16 أنه: " يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع ودفاع، وأنه لا يمكن إثارة هذا الدفع في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية..."

يرى رواد هذا الاتجاه أن لفظ " هذا " وهو اسم إشارة يعود في علم اللغة إلى أقرب اسم مذكور، وهو والحالة هذه لفظ " المكاني " فالمقصود إذن بالفقرة الثانية - في منظور رواد هذه النظرية - عدم إمكانية إثارة الدفع بعدم الاختصاص المكاني في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية وبإعمال مفهوم المخالفة فيمكن إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام محكمة الاستئناف في جميع الحالات.

وعلى مستوى فقه القانون الإداري يذهب الأستاذ القصري² إلى القول بأن الفصل 16 لا يعالج في ضوء مبناه ومعناه إلا الاختصاص المحلي وأن صياغته لا يمكن أن تحمل إلا على ذلك لاعتبارين أساسيين، أولهما أن صياغته المعيبة تتعارض مع قواعد الاختصاص النوعي الذي يعتبر من النظام العام والذي لا يمكن تقييد إثارته قبل كل دفع أو دفاع أو بتعيين المحكمة المختصة، ولا يمكن أن يحال بقوة القانون وبدون صائر إلى الجهة المختصة أو تكون إثارته مقصورة على القاضي الابتدائي على اعتبار أنه من النظام العام ويثار في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام المجلس الأعلى، وثانيهما أن صياغة الفصل 16 من ق.م.م في ظل الحقبة التاريخية التي صدر بها لا يمكن أن نتصور خلاله تنازع الاختصاص على اعتبار أن المحكمة الابتدائية كانت لها الولاية العامة للبت في جميع القضايا المدنية والتجارية والإدارية حسب مقتضيات الفصل 16، ولم تكن تنافسها أية جهة قضائية أخرى، ومن ثم لا نتصور إحالة قضية من المحكمة الابتدائية على جهة قضائية أخرى والتي لم تكن موجودة أصلا.

وعلى خلاف الاتجاهين السالفين نعتقد على غرار بعض الفقه³ إلى أن الدفع بعدم الاختصاص النوعي في ق.م.م يحتل مركزا وسطا بين النوعين فما هو بالمطلق ولا بالنسبي، فلا يمكن أن ننفي عنه صفة النظام العام، وإلا كيف يمكن تفسير مقتضيات الفقرة الخامسة من الفصل 16 التي أجازت لقاضي الدرجة الأولى إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا، وفي نفس الوقت لا يمكننا أن نصرح باتصاله بالنظام العام بكيفية مطلقة وإلا كيف نبرر مقتضيات الفقرة الأولى والثانية من نفس الفصل.

في الواقع لا يمكن الحسم في مسألة تعلق أو عدم تعلق الدفع بعدم الاختصاص النوعي بفكرة النظام العام، فهو لم يعد من صميم النظام العام وفي نفس الوقت لم يفقد كل علاقاته به⁴. ومع ذلك فانطلاقا من مقتضيات الفصول 9 و 16 و 149 و 152 وكذا 359 من ق.م.م يمكننا أن نقول بأن الدفع بعدم الاختصاص النوعي في ق.م.م الحالية من النظام العام لكن بشروط خاصة اقتضتها إرادة المشرع لاختصار إجراءات التقاضي، وللحسم في مسألة الاختصاص أمام قاضي الدرجة الأولى خصوصا وأن قواعد نظام التقاضي بإجماع الفقه من النظام العام.

1 - الأستاذ أحمد بلحاج الشهيدي: " الاختصاص النوعي في الفقرتين 2 و 5 من الفصل 16 من ق.م.م وعلاقتها بالنظام العام " مقال منشور بمجلة المحامي عدد 2، السنة الأولى، 1980، ص من 11 على 17.

2 - د. محمد القصري: " تنازع الاختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية"، م.م.ا.م.ت، عدد مزدوج 51 و 52، 2003، ص 15.

3 - أنظر الأستاذ د. جلال أمهلول، المرجع السابق، ص 102 - 103 وكذا 117.

4 - نجيب بن الشيخ العلوي: " الاختصاص النوعي في قانون المسطرة المغربي " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 2001 - 2002، ص 125.

كخلاصة إذا كان المشرع المغربي قد وقع في لبس تحديد طبيعة الدفع بعدم الاختصاص النوعي في علاقته بالنظام العام على مستوى ق.م.م، فإنه على العكس من ذلك كان صريحا في اعتبار هذا الأخير من قواعد النظام العام في ظل القانون المحدث للمحاكم الإدارية، فقد أقر في المادة 12 منه على أنه: " للأطراف أن يدفعوا بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل إجراءات الدعوى وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائيا".

كما نص في المادة 13 من نفس القانون أنه إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام أي جهة قضائية وجب عليها أن تبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز أن تضمه إلى الجوهر، وللأطراف أن يستأنفوا الحكم المتعلق بالاختصاص النوعي أيا كانت الجهة القضائية الصادرة عنها أمام المجلس الأعلى"، وقد جاءت المادة 14 من القانون المذكور بأحكام جديدة مفادها أن الفقرات الأربع من الفصل 16 من ق.م.م تطبق فقط على الدفع بعدم الاختصاص المحلي.

ولقد عمل القاضي الإداري بدوره على تكريس هذا التوجه، إذ صدرت عدة قرارات تقضي بوجوب إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع، كما للأطراف حق إثارته في جميع مراحل الدعوى بل ولأول مرة أمام المجلس الأعلى، منها القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 1998/11/19 والذي جاء فيه: " حيث إن الاختصاص النوعي يعتبر من النظام العام وعلى المحكمة المثار أمامها هذا الدفع أن تبت فيه بحكم مستقل.

وحيث إن الفصل 9 من القانون المشار إليه (41/90) يحدد اختصاص المجلس الأعلى بالبت ابتدائيا وانتهائيا في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة المتعلقة بالمقررات التنظيمية والفردية الصادرة عن الوزير الأول وقرارات السلطة الإدارية التي يتعدى نطاق تنفيذها دائرة الاختصاص المحلي لمحكمة إدارية.

وحيث إن القرار المطلوب إلغاؤه صادر عن وزير التربية الوطنية برفض طلب ترقية الطاعن وليس عن الوزير الأول ولا يتعدى نطاق تنفيذه الاختصاص المكاني لمحكمة إدارية واحدة، مما يرتب عدم قبول الطعن"¹.

كما ذهبت أيضا في قرارها بتاريخ 2002/10/17 وهي تلغي الحكم المستأنف إلى أن " عدم توفر القاضي الإداري على صلاحية تقييم شهادة مدلى بها أمام القضاء العادي للقول بوجود الضرر أم لا وبالتالي الحكم بالتعويض لأن الأمر يتعلق بنقطة الاختصاص في مادة القضاء الإداري وهو أمر متصل بالنظام العام مما يجعل المحكمة الإدارية غير مختصة في الطلب ويتعين معه إلغاء الحكم المستأنف"².

ولقد أتيح للمحاكم الإدارية بدورها التأكيد على خاصية النظام العام على مستوى الدفع بعدم الاختصاص النوعي، فقد ذهبت إدارية الرباط في حكمها بتاريخ 2009/12/12: " حيث إن الاختصاص النوعي يعتبر من النظام العام، وعلى المحكمة المثار أمامها هذا الدفع أن تبت فيه بحكم مستقل.

¹ - قرار الغرفة الإدارية عدد 1047 بتاريخ 1998/11/19 في قضية عزيز العلوي ضد الوكيل القضائي للملكة، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة " دلائل التسيير " عدد 16، 2004، ص 33.

² - قرار الغرفة الإدارية رقم 102، بتاريخ 2002/10/17 ملف عدد 2002/01/04/1468، منشور بمجلة المحاماة، العدد 25، ص 107.

وحيث إن حاصل طلب المدعية هو الحكم لفائدتها بإلغاء القرار الصادر عن رئيس المجلس البلدي للخميسات القاضي بإلغاء رخصة احتلال الملك الجماعي العمومي.

وحيث برجوع المحكمة إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه صادر عن جهة إدارية في إطار تسييرها لمرفق عمومي وبذلك يكون متوفرا على مقومات القرار الإداري، مما تبقى معه المحكمة الإدارية مختصة نوعيا للبت في الطلب¹.

كما قضت إدارية الدار البيضاء في حكمها بتاريخ 2008/09/25: " وحيث أن الاختصاص النوعي من النظام العام. وهو من ثمة محدد تحديداً دقيقاً بمقتضى المادة 8 من قانون 41/90.

وحيث لئن كان الثابت أن مؤدى دعوى الطعن هو الحكم بإلغاء قرار حجز الوثائق الصادرة عن إدارة الجمارك والضرائب الغير المباشرة... المنجز في إطار المادة 42 من مدونة الجمارك والضرائب... فإن ذلك يعتبر من قبيل الأعمال الضبطية المخولة لأعوان إدارة الجمارك التي تخضع في كل ما يتعلق بها لمراقبة وإشراف النيابة العامة باعتبارها أعمالاً ضبطية قضائية وليست قرارات إدارية، الأمر الذي تكون معه المحكمة الإدارية غير مختصة نوعيا للبت في الطلب².

وللإشارة فقد أتيح لمحكمة الاستئناف بمراكش في حكمها بتاريخ 2007/04/03 أن تحدد الجهة التي لها حق إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي إذ جاء فيه: " حيث لئن كان الاختصاص النوعي يعتبر حسب مقتضيات المادة 12 من القانون رقم 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية من النظام العام وللأطراف أن يدفعوا بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل الدعوى، وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها أن تثيره تلقائياً، فإن ما قد يثيره السيد المفوض الملكي في هذا الصدد من دفع لا يلزم المحكمة في شيء ما دام أنه لا يعتبر طرفاً في الدعوى..."³.

وصفوة القول، إذا كان الدفع بعدم الاختصاص النوعي في ظل القانون رقم 41/90 لم يعد يثير أي لبس على مستوى طبيعته الآمرة، فإنه في المقابل ما زال يثير عدة إشكاليات على مستوى مسطرة البت فيه؟

الفقرة الثانية: الإشكاليات المترتبة عن ارتباط الدفع بعدم الاختصاص النوعي بالنظام العام:

إن المشرع بتنصيبه صراحة في مقتضيات المادة 13 من قانون المحاكم الإدارية على أنه: " إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تضمه إلى الموضوع"، يكون معه قد استبعد أي تطبيق لمضمون الفصل 17 من ق.م.م والذي يجيز الضم.

لكن الملاحظ أن المحاكم العادية بالرغم من وجود هذا النص المشترك، مازالت تضم الدفع بعدم الاختصاص النوعي إلى الجوهر، لكون المشرع لم يرتب جزاء محددًا عن عدم البت في الاختصاص بحكم مستقل، مما

¹ - حكم إدارية الرباط رقم 828 بتاريخ 2009/12/12، ملف عدد 183 - 1 - 05 غير منشور.

² - المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 1711 بتاريخ 2008/09/25 ملف عدد 2007/229 غير منشور.

أنظر أيضا - حكمها رقم 809 بتاريخ 2008/04/28 ملف عدد 2007/289 غير منشور.

- وحكمها رقم 100 بتاريخ 2009/01/29 ملف عدد 2007/224 غير منشور.

³ - قرار رقم 58 بتاريخ 3 أبريل 2007 ملف رقم 06/07/33 غ 1 غير منشور.

يطرح العديد من الإشكاليات، منها أن صاحب المصلحة الذي يريد الطعن بالاستئناف سيتعذر عليه ذلك نظرا لضم الدفع بعدم الاختصاص النوعي إلى الجوهر، وبالتالي سيضطر إلى استئناف الحكم برمته أمام محكمة الاستئناف العادية، عوض الغرفة الإدارية صاحبة الاختصاص الأصيل في البت في مسألة الاختصاص طبقا للمادة 13 أعلاه.

جوابا على الإشكال المطروح يذهب الأستاذ مصطفى التراب¹ مستندا إلى قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 2000/05/11 بالملف 299/6973² إلى وجوب استئناف الحكم في الشق المتعلق بالاختصاص أمام الغرفة الإدارية ولو ضم للموضوع اعتبارا لما أراده المشرع من وحدة الجهة الاستئنافية التي تنظر في الاختصاص، ويبقى الموضوع قابلا للاستئناف أمام محكمة الاستئناف التي تكون ملزمة بإيقاف البت في النازلة إلى حين صدور قرار المجلس الأعلى.

وإذا كانت مقتضيات الأحكام المشتركة السالفة الذكر التي تخاطب كلا من المحاكم العادية والإدارية صريحة في وجوب البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بحكم مستقل واستئنافية أمام الغرفة الإدارية، فإن الاجتهاد القضائي سار في اتجاه مخالف، فقد صدر عن المحكمة الابتدائية بالناظور³ حكم يقضي بعدم الاختصاص النوعي لفائدة المحكمة الإدارية وتم استئنافية أمام محكمة الاستئناف بالناظور⁴ والتي قضت بتأييده اعتبارا لكون الاختصاص يرجع إلى المحكمة الإدارية، كما صدر عن المجلس الأعلى (الغرفة الاجتماعية)⁵ وهو يجيب على الوسيلة المتعلقة بحرق الفصلين 12 و 13 من القانون رقم 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية قرار يسير عكس تلك الأحكام المشتركة، جاء في حثياته: " لكن حيث إن عدم جواب الحكم الابتدائي المؤيد على الدفع بعدم الاختصاص النوعي، هو بمثابة رفض ضمني لأن المطلوب في النقض هو مجرد أجير يرتبط بمكتب الطاعن بعقد عمل يعود النظر فيه بمقتضى الفصل 20 من ق.م.م إلى المحاكم الابتدائية العادية التي يحق لها بمقتضى الفصل 17 من نفس القانون الذي لم يقع إلغاؤه أو تعديله أن تبت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي إما بحكم مستقل أو بإضافة هذا الدفع إلى الجوهر، وأجاب عنه بأن المحكمة الابتدائية العادية هي المختصة، يكون قد طبق تطبيقا صحيحا المقتضيات القانونية المتعلقة بمجال اختصاص القضاء العادي والوسيلة على غير أساس".

إضافة إلى هذا الإشكال يطرح إشكال آخر في الحالة التي تبت فيها المحكمة الابتدائية بحكم مستقل دون أن يتم استئنافية؟

لقد تواتر العمل القضائي في هذا الإطار على إحالة القضية على المحكمة الإدارية المختصة سواء أثير هذا الدفع من طرف المدعى عليه أو ثم إثارته تلقائيا من لدن المحكمة، غير أن المحاكم الإدارية في البداية⁶ كانت لا تقبل الإحالة عليها على اعتبار أن ذلك سيؤدي من جهة إلى إفراغ النص القانوني من إلزاميته، ومن جهة أخرى إلى حرمان صاحب المصلحة من الطعن بالاستئناف في الحكم القاضي بعدم الاختصاص أمام المجلس الأعلى، وحتى إذا

1 - د. مصطفى التراب: " إشكالية الدفع بعدم الاختصاص النوعي بين المحاكم العادية والإدارية منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 146، ص 18.

2 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 2000/05/11 بالملف 99/6973، أورده مصطفى التراب، المرجع نفسه، ص 19.

3 - حكم ابتدائية الناظور بالملف عدد 97/21 في قضية الحداوي ضد المكتب الوطني للماء الصالح للشرب أورده محمد القصري في مقاله تنازع الاختصاص بين المحاكم حول مدونة تحصيل الديون العمومية منشور بمجلة عدد مزدرد REMALD وج 51-52 يوليوز-أكتوبر 2003.

4 - حكم استئنافية الناظور بالملف عدد 97/720 في نفس القضية.

5 - قرار عدد 1283 بالملف الاجتماعي عدد 97/01/04/264 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 21، ص 354.

6 - عبد الوهاب رافع، المرجع السابق، ص 172.

طعن فيه بالاستئناف فسوف يكون الملف قد وجه بجميع وثائقه إلى المحكمة المختصة وقد تكون هذه الجهة القضائية تبت فيه بحكم يتعارض مع موقف المجلس الأعلى.

ولقد سار في هذا المنحى حكم إدارية الرباط¹ والذي جاء فيه أنه: " إذا قضت محكمة عادية ابتدائية أو استئنافية بعدم اختصاصها النوعي مع إحالة الملف على المحكمة الإدارية... فإن المحكمة الإدارية المحال عليها الملف، لا يسعها إلا أن ترجعه إلى المحكمة المصدرة تفاديا لوقوع تعارض بين حكيمين، الأول صادر عن المحكمة الإدارية، والثاني عن المجلس الأعلى، في الحالة التي يتم طعن فيها أمام هذا الأخير لاحقا ضد الحكم القاضي بعدم الاختصاص".

هذا فضلا عن ذلك، فإن الإحالة من جهة قضائية إلى أخرى من شأنه أن يثير عدة إشكاليات أخرى بالنسبة لكتابة الضبط، منها هل تحيل الملف مباشرة على الجهة المختصة بمجرد إصدار الحكم القاضي بالإحالة، أم تنتظر فوات أجل الطعن فيه بالاستئناف؟ وماذا لو أن وقت الإحالة صادف الطعن فيه بالاستئناف، كيف تتعامل مع هذا المعطى هل يوجه أصل الملف إلى جهة قضائية ونسخة منه إلى الجهة القضائية الأخرى؟²

ثم كيف يمكن لمحكمة الاستئناف العادية أن تنظر في الطعن المعروض عليها والحال أن الملف بجميع وثائقه وجه إلى المحكمة المحال عليها؟ هل تواصل المحكمة النظر في القضية المحالة عليها، أم ترجع الملف إلى محكمة الاستئناف، أم توقف النظر في القضية إلى حين صدور قرار عن هاته الأخيرة؟ ثم ماذا لو تقدم المعني بالأمر بالطعن بالاستئناف ضد الحكم المذكور أمام الغرفة الإدارية تطبيقا للفصل 13 من القانون رقم 41/90.

إن الخروج من هذا الإشكال يفرض وجوب تدخل المشرع لتوحيد قاعدة الاختصاص النوعي بين المحاكم العادية والإدارية وكذا التجارية بجميع مقتضياتها.

ونافذة القول، إذا كان القاضي الإداري من خلال أحكامه قد ساهم بشكل واضح في تكريس الحماية لخاصية النظام العام على مستوى الاختصاص النوعي، فإنه والحالة ما ذكر يرى بعض الفقه أن هذا المسعى سرعان ما سيضيع هباء نتيجة تبني المشرع المغربي لشرط انعدام الدعوى الموازية كشرط جوهرى يترتب عن وجوده عدم قبول الطلب.

فماذا عن الطبيعة القانونية لشرط الدعوى الموازية؟ وما هو أثر وجودها على اختصاص قاضي الإلغاء؟ وإلى أي حد مازال القاضي الإداري متمسكا بهذا الشرط في التطبيقات القضائية؟

الفرع الثاني: مدى اقتران الدعوى الموازية بخاصية النظام العام:

لقد اكتسبت نظرية الدعوى الموازية في أدبيات القضاء الإداري مضمونا خاصا بها تتمتع بموجبه الدعوى الموازية بكيان ذاتي متميز، جعلها تندرج في نقاشات فقهاء القانون الإداري، وتحفظ بمكانتها بين شروط قبول دعوى الإلغاء، كشرط جوهرى بانتفائه تستقيم دعوى الإلغاء.

¹ - حكم إدارية الرباط بتاريخ 1995/12/21 بالملف عدد 394، أورده محمد القصري، المرجع السابق، ص 21.

² - لقد وقع هذا الإشكال في قضية مقالة فترما ضد الشركة الوطنية للحديد والصلب، ملف رقم 98/1993 أورده، محمد القصري، المرجع السابق، ص 21.

ويعود أصل شرط الدعوى الموازية، لابتكار عقل منطقي لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي تبناه لاعتبارات عملية لاسيما بعد صدور مرسوم 2 نونبر 1864¹ والذي أحاط دعوى الإلغاء برعاية خاصة من خلال إعفائها من الرسوم القضائية وتوكيل محام لرفعها، فكان شرط انتفاء الدعوى الموازية إجراء يقصد منه الحد من تدفق طلبات الإلغاء على مجلس الدولة وتوجيهها نحو مسلك قضائي آخر.

لكن هذه الاعتبارات لم تكن وحدها لتصلح أساسا لنظرية الدعوى الموازية، فأنصار الدعوى الموازية في أوساط الفقه الفرنسي أسسوها على فكرة كانت سائدة في القرن 19 فحوها أن دعوى الإلغاء دعوى احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا عند تعذر اللجوء إلى طريق قضائي آخر.

لكن وبصدور قانون 1872 الذي منح لمجلس الدولة الفرنسي سلطة قضائية مفوضة ونهائية، أصبح من المستحيل الاستناد إلى فكرة الدعوى الاحتياطية كأساس لنظرية الطعن الموازي، الأمر الذي جعل الفقه يبحث عن أساس جديد آخر، هذا الأخير سرعان ما سيظهر تدريجيا مع محاولات الفقهاء ومفوضي الحكومة لتفسير اختصاصات مجلس الدولة وتوزيعها بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل.

فقد أكد الأستاذ DEJARDIN بأنه: " ليس هناك مبررات حقيقية لمخالفة التنظيم القضائي المطبق بنصوص قانونية خاصة، وذلك عندما يكون للمواطنين وسيلة أخرى مباشرة لإسقاط القرار المطلوب إلغاؤه"².

وعليه يمكن القول بأن مجلس الدولة الفرنسي احتفظ في هذه الفترة بنظرية الدعوى الموازية تحت تأثير نظرية الاختصاص كآلية لضمان احترام قواعد توزيع الاختصاص بين محاكم القضاء الإداري نفسها، وبينها وبين محاكم القضاء العادي، فهي قواعد قانونية تتعلق بالنظام العام³ مما يطرح بالتالي تساؤلا حول طبيعتها القانونية وآثار تواجدها على سلطات قاضي الإلغاء؟ (الفقرة الأولى) من جهة ثم عن الوظيفة الإجرائية التي تلعبها، ومدى استمرارها على مستوى النظريات الفقهية و التطبيقات القضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: طبيعة وآثار شرط انتفاء الدعوى الموازية:

إن إلغاء قرار إداري معين تترتب عليه نتائج تؤثر على وضعية طالب الإلغاء بالإضافة إلى تأثيرها على وضعيات أشخاص آخرين، أو على المصلحة العامة، ولهذا فقد أحاط المشرع دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة بكثير من الشروط منها أنه لا يمكن قبولها إذا كان في وسع رافعها المطالبة بحقوقه لدى المحاكم الأخرى أو عن طريق دعوى أخرى أمام المحكمة.

وهذا ما نصت عليه الفقرة السادسة من الفصل 360 من ق.م.م التي جاء فيها: "... لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد القرارات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعينهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى المحاكم العادية".

¹ - Cité par Auby (J.M) et Drogo (R), traité de contentieux administratif, 3ed, Paris, LGDJ, 1984, p: 431.

² - M. Rousset « L'exception de recours parallèle dans le contentieux administratif marocain » in Revue juridique et politique – indépendance et coopération, n°3, 1969, p: 367 – 382.

³ - علي خطار الشنطاوي: " موسوعة القضاء الإداري " الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية.

وهي نفس العبارات الواردة في الفصل 14 من ظهير 1957 المحدث للمجلس الأعلى، وهو ما أكدته أيضا الفقرة الأخيرة من المادة 23 من قانون 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية والتي جاء فيها " لا يقبل الطلب الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية إذا كان في وسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما يدعونه من حقوق بطريقة الطعن العادي أمام القضاء الشامل".

ولقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لشرط انتفاء الدعوى الموازية فقد ذهب البعض¹ إلى اعتبارها من أركان صحة دعوى الإلغاء، التي ينظر فيها القاضي قبل البت في الموضوع، هذه الأركان تتحد في طبيعتها القانونية لكونها جميعا من أنواع الدفع بعدم القبول، المتعلقة بالنظام العام، مما يجعلها قابلة لأن تثار تلقائيا من طرف القاضي، ولأن يقع التمسك بها من طرف دفاع الإدارة في أية مرحلة من مراحل التقاضي. وهي كشرط لا تندرج ضمن شروط التقاضي الشكلية التي تؤدي بالحكمة إلى التصريح بعدم قبول النظر في الدعوى والتي يجب إثارتها قبل كل دفع ودفاع في الجوهر تطبيقا لمقتضيات الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية² وإنما تندرج ضمن شروط الدعوى الموضوعية، لكن دون أن يكون لوجودها أي أثر مباشر على إنهاء الخصومة الإدارية - في حالة قبولها أو إثارتها تلقائيا - بقدر ما يقتصر هذا الأثر على توجيهها عبر مسالك القضاء الشامل³.

غير أن هذه النتيجة تبقى في اعتقادنا غير ذات أهمية إذا علمنا أن شرط انعدام الدعوى الموازية هو شرط من النظام العام، ويمكن إثارته طيلة مراحل الدعوى سواء من طرف المحكمة أو الأطراف، بعلّة أن المشرع في الفقرة السادسة من المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية استعمل عبارة " لا يقبل " التي تحيل إلى عدم قبول الطعن، ولم تستعمل عبارة ترفض " التي تحيل إلى رفض الطعن والمحكمة عندما تصرح برفض الطعن أو الدعوى فإنها تكون منطقيا قد قبلته.

ويذهب الأستاذ أمزيد⁴ في هذا الإطار إلى أن ممارسة سلطة القاضي في الإثارة التلقائية لوجود هذا الشرط يرتبط على المستوى العملي بهذا التمييز (بين الشروط الشكلية والموضوعية) حيث أنه إذا لم يوجد بالملف ما يمكن القاضي من أن يقف من تلقاء نفسه على ما يفيد وجود أو انتفاء هذا الشرط، فإن القانون يفترض وجوده إلى أن يثبت العكس⁵ فيما يكون مجبرا أن يقوم بتحقيق واستقصاء حاسمين لما يفيد توفر أو عدم توفر هذا الشرط الجوهري.

وفي مقابل هذا الاتجاه المدعم لأطروحة اعتبار شرط انعدام الدعوى الموازية شرطا جوهريا من النظام العام بالاستناد إلى التنصيص عليه صراحة من طرف المشرع⁶ فإن اتجاه آخر من الفقه يفند هذه الطبيعة بل ويرى بأنه لا جدوى من شرط انتفاء الدعوى الموازية أمام وجود قواعد خاصة بتوزيع الاختصاص⁷ وهذا ما يعبر عنه الأستاذ طعيمة الجرف في قوله " من الأمور المسلم بها، أنه متى كانت قواعد الاختصاص تجري على حرمان مجلس الدولة من ولاية النظر في نزاع معين، لتحويله في ولاية جهة قضائية أخرى، فإنه لن يكون ثمة محل في هذه الحالة لغير دعوى

1 - د. الجليلي أمزيد: " مباحث في مستجدات القضاء الإداري " منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 50، 2003، ص 79.

2 - د. عبد الواحد القرشي " القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب " الشركة المغربية لتوزيع الكتب، طبعة 2009، ص 46.

3 - د. الجليلي أمزيد، مرجع سابق، ص 8.

4 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

5 - قرار المجلس الأعلى رقم 815 بتاريخ 3 أبريل 1985، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 37 يونيو 1986، ص 35.

6 - تم التنصيص على شرط الدعوى الموازية في كل من المادة 23 من القانون رقم 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية، وكذا المادة 360 من قانون المسطرة المدنية، والفصل 14 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى.

7 - أنظر د. محمد صقلي الحسيني: " الدعوى الموازية بين القانون والممارسة " م.م.ا.م.ت، سلسلة دراسات العدد 28 يوليو - شتنبر 1999، ص 62.

قضائية واحدة يتعين رفعها أمام الجهة المختصة بنظرها قانونا، فإذا رفعت الدعوى خطأ أمام مجلس الدولة وجب عليه الحكم بعدم الاختصاص، ولا مجال في هذه الحالة لتطبيق فكرة الطعن بالدفع المقابل¹ ويأخذ الدكتور سليمان الطماوي بالنهج نفسه معتبرا أن " إعمال قواعد الاختصاص العادية يؤدي إلى النتائج عينها التي رتبها مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر على فكرة الدعوى الموازية كدفع بعدم القبول، ولهذا نفضل استبعاد هذه الفكرة من بين شروط قبول دعوى الإلغاء اكتفاء بأحكام الدفع بعدم الاختصاص المعروفة².

ويبرر فريق ثالث من الفقه ضرورة استبعاد هذه الوسيلة من وسائل النظام العام بناء على مبرر تماثل النتائج والآثار المترتبة. فعلى مستوى النتائج يرى الأستاذ عوابدي " أن شرط انتفاء الدعوى الموازية لا قيمة قانونية، نظرية ولا عملية لها... فهي عبارة عن تقليد أعمى لنظرية قضائية ميتة ومهجورة من جانب القضاء الإداري الفرنسي خالقها حيث لا يمكن لكل من دعوى التعويض، ودعوى العقود الإدارية، وكل من دعوى التفسير، ودعوى فحص وتقدير الشرعية أن تكون دعوى موازية لدعوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة إلغاء قضائيا..."³

أما على مستوى آثار الحكم بوجود دعوى موازية فإن الأمر يختلف بحسب إذا ما كان الاختصاص فيها من نصيب القاضي الإداري أم القاضي العادي، ففي الحالة الأولى يبقى السؤال مطروحا لمعرفة ما إذا كان في وسع القاضي الإداري المقرر أو المكلف بالقضية الذي انتهى إلى وجود دعوى موازية أن يأذن للطاعن بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده، قبل التصدي للحكم وفق قضاء شامل، أو يصرح بعدم قبول الدعوى دون إنذار.

أما في الحالة الثانية عندما يكون القاضي العادي هو من أثار تلقائيا الدعوى الموازية، فإن الأثر القانوني الذي يترتب عن سقوط الطلب بسبب وجودها، يكون هو الأثر نفسه المترتب عن الحكم بعدم الاختصاص النوعي. فالدفع بعدم الاختصاص والدفع بوجود دعوى موازية يعتبر كلاهما من الدفعات الموضوعية المتعلقة بالنظام العام، إذ يكون من واجب الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيرهما تلقائيا، كما يمكن للأطراف أن يتمسكوا بهما في أية مرحلة من مراحل التقاضي، كما أنهما أيضا من الدفعات المتعلقة بعدم القبول⁴ الذي يعني أن القرار لم يكن في موضوع الطعن، وإنما اكتفى برد الطعن شكلا⁵ ولذلك يأتي الحكم بأيهما مستقلا عن الجوهر.

إن وحدة الأثر بين الدفيعين لم يكن ليتحقق - في اعتقادنا - على هذا النحو لولا أن المشرع قد أعاد في قانون المحاكم الإدارية صفة النظام العام لكل من الدفع بعدم الاختصاص والدفع بوجود الدعوى الموازية، لكن ومع ذلك فالاختلاف يبقى قائما بينهما على مستوى بعض الإجراءات المسطرية، ذلك أن الطرف المتمسك بعدم الاختصاص يكون ملزما بتعيين المحكمة المختصة وإلا كان دفعه غير مقبول، كما أن القاضي يكون أيضا ملزما عمليا بذلك. لأنه سواء في حالة قبول الدفع أو إثارته تلقائيا، سيحيل القضية إلى الجهة المختصة بقوة القانون وبدون صائر (الفصل 16 من ق.م.م)، وفي حالة استئناف الحكم المتعلق بالاختصاص على المجلس الأعلى، فإن هذا الأخير يكون ملزما بالبت في هذا الاستئناف داخل 30 يوما (المادة 13 من القانون رقم 41/90) في حين أن الحكم بعدم القبول

1 - د. طعيمة الجرف: " رقابة القضاء لأعمال الإدارة، قضاء الإلغاء" دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 161.

2 - د. سليمان الطماوي: " القضاء الإداري" الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، القاهرة، دار الفكر العربي، 1986، ص 224.

3 - د. رشيد خلوفي: " قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل" ديوان المطبوعات الجامعية بدون ذكر سنة الطبع، ص 13.

4 - ذهبت محكمة العدل العليا بالأردن إلى أن الدفع بوجود دعوى موازية هو دفع بعدم اختصاص المحكمة وليس دفعا بعدم القبول في حكمها الصادر بتاريخ 1964/11/07، أنظر مؤلف الأستاذ علي خطار الشنتاوي، المرجع السابق، ص 511.

5 - قرار المجلس الأعلى رقم 127 بتاريخ 1985/01/16، مجلة المحاكم المغربية، عدد 43، سنة 1986، ص 66.

لوجود دعوى موازية لا يخضع لهذه الإجراءات نظرا لاختلاف موضوع دعوى الإلغاء في دعوى القضاء الشامل، حيث يبقى السؤال المطروح حول ما إذا كان القاضي سيعمل على تعيين الجهة القضائية التي ينعقد لديها الاختصاص بشأن الدعوى الموازية وحول ما إذا كانت هذه الجهة ملزمة بالحكم الصادر بعدم القبول ثم مآل الدعوى في حالة انصرام الأجل المتعلقة برفع الدعوى الموازية.

يبدو أن المشرع لم يول اهتماما خاصا لهذه الاحتمالات، بل ترك أمرها للقاضي الذي يستولي صياغة الحلول الملائمة في إطار التنظيمات والاجتهادات التي سيخوضها على المستوى العملي.

وعموما إذا كان من الواضح أن شرط الدعوى الموازية بدأ يفقد بريقه وأهميته في أوساط الفقه الإداري، إضافة إلى تحلي بعض التشريعات عن تطبيقه في إجراءاتها، فإن التساؤل يبقى مطروحا حول مدى استمرار الوظيفة الإجرائية لشرط انتفاء الدعوى الموازية في أحكام القاضي الإداري المغربي؟ وهل مازال القاضي الإداري يعتبرها وسيلة نظام عام؟

الفقرة الثانية: الوظيفة الإجرائية لشرط الدعوى الموازية في أحكام القاضي الإداري استمرار أم أفول؟

قبل إحداث المشرع المغربي للمحاكم الإدارية والذي نسق بمقتضاه نظاما دقيقا لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، كانت جميع المحاكم تعتبر شرط الدعوى الموازية كوسيلة من النظام العام مجرد تحصيل حاصل لارتباطها بقواعد توزيع الاختصاص¹.

ولقد ذهب المجلس الأعلى - بدوره - في هذه الفترة في كثير من أحكامه سواء المتعلقة بالقضايا الخاصة بفصل الأشخاص الحاصل توظيفهم خارج نطاق الوظيفة العمومية² أو الخاصة بالنزاعات المرتبطة بالعقود الإدارية³ والضرائب⁴ أو الاعتداء المادي⁵ إلى إثارة هذه الوسيلة تلقائيا موجهها الطعن إما في اتجاه دوايب القضاء العادي أو القضاء الذي كان مختصا في تلك الفترة بالمنازعة الإدارية، مستبعدا بذلك فكرة إثارة عدم الاختصاص النوعي.

فالمجلس الأعلى بمناسبة هذه النزاعات دائما ما كان يؤكد على: " أن المقررات الصادرة عن الجهات الإدارية المذكورة هي مقررات إدارية قابلة للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، إلا أن قابلية هذا الطعن مشروطة بعدم وجود دعوى موازية طبقا لما ورد في الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية، وأنه في إمكان الطرف الطاعن المطالبة بحقوقه أمام المحاكم العادية، ويحصل على نفس النتيجة التي يتوخاها من دعوى الإلغاء الأمر الذي يجعل الطعن غير مقبول لوجود دعوى موازية".

فبإمعان النظر في هذا التعليل والذي كان يرد في العديد من القرارات المماثلة، يتبين أن المجلس الأعلى ظل متمسكا بصورة صريحة بشرط الدعوى الموازية إلى حد أنه ذهب إلى موازاة دعوى الإلغاء بدعوى القضاء الشامل،

1 - جميلة العامري: " حماية المواطن في المساطر الإدارية غير القضائية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحسن الأول، وجدة، سنة 2006 - 2007.

2 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1990/03/08 تحت رقم 89 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص 133.

3 - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1986/11/09 في الملف الإداري 86/7300، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42 - 43 - ، ص 204.

4 - قرار المجلس الأعلى عدد 321 بتاريخ 1963/07/18.

5 - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1989/06/08، عدد 184 في الملف الإداري عدد 85/7069 غير منشور.

بالرغم من أن هذه الأخيرة لا تقدم للمعني بالأمر ضمانات دعوى الإلغاء الغير مؤهلة أصلا المحاكم العادية للبت فيها¹.

ومن الجدير بالذكر فإنه حتى بعد إحداث المشرع المغربي للمحاكم الإدارية لم تفقد الدعوى الموازية أساسها من الناحية القانونية بحكم أن المشرع قد نص عليها كشرط جوهرى في مقتضيات الفصل 23 بما معناه أنه: ".... لا يقبل الطلب الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية إذا كان في وسع المعني بالأمر أن يطالبوا بما يدعونه من حقوق بطريق الطعن العادي أمام القضاء الشامل"، وإن كان يلاحظ أن المشرع قد أحدث تغييرا في منطوق المادة من خلال استبدال عبارة " المحاكم العادية" بعبارة القضاء الشامل " وهي لصياغة تعني أن الدعوى الموازية إما أن تكون أمام جهة القضاء الإداري أو جهة القضاء العادي.

غير أنه في الحقيقة إذا كانت إثارة الدعوى الموازية لصالح القضاء العادي أمر يمكن استساغته على نحو ما كان سابقا، فإن التساؤل يطرح حول جدوى إثارة هذه الوسيلة أمام القاضي الإداري باعتبار انفراد هذا الأخير بالبت في المادة الإدارية بجميع صورها؟ فهل يوجد حقا محل لتطبيق الدعوى الموازية في ظل ما بعد إحداث المحاكم الإدارية؟

من خلال تفحصنا لمجموع الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري منذ إحداث المحاكم الإدارية إلى يومنا هذا نلاحظ أن القاضي الإداري قد حصر تطبيق الدعوى الموازية في المنازعات التي يمكن للطاعن اقتضاء نفس النتيجة عنها أمام القضاء العادي (المحاكم الابتدائية)، كالمنازعات المتعلقة بالفصل 91 من ق.ل.ع الذي ينص على رفع مضار الجوار حيث صرحت الغرفة الإدارية في حكم لها بتاريخ 18/01/1996: " لكن حيث إن سبب الطعن بالإلغاء هو حصول ضرر للطاعنين من حمام مجاور لهما وأن الفصل 91 من ق.ل.ع ينص على أن للجيران الحق في إقامة دعوى على أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المتعلقة للراحة... ولا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون مباشرة هذه الدعوى حسب مقتضيات الفصل 91 المذكور الذي يعطي للطاعنين إمكانية المطالبة برفع مضار الجوار أمام محكمة القضاء الشامل، وبالذات أمام المحكمة الابتدائية حسب وقائع النازلة مما يجعل طلب إلغاء قرار الترخيص بفتح الحمام المذكور طلبا غير مقبول لوجود دعوى موازية من شأنها أن تحقق للطاعنين نفس ما يطلبونه في دعوى الإلغاء..."² وسيرا على هذا النهج، دأبت المحاكم الإدارية من جهتها على اقتفاء أثر المجلس الأعلى، كما فعلت إدارية الرباط والتي ذهبت في حكم لها بتاريخ 22/05/2007: " حيث من جهة أخرى فإنه حسب مقتضيات الفصل 91 من ق.ل.ع التي تنص على أنه للجيران الحق في إقامة دعوى على أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المتعلقة للراحة بطلب إما إزالة المحلات وإما إجراء ما يلزم فيها من التغيير لرفع الأضرار التي يتظلمون منها ولا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون مباشرة هذه الدعوى مما تكون هناك دعوى موازية كان بإمكان الطاعنين سلوكها أمام القضاء العادي لجبر الأضرار... مما يتعين معه عدم قبول الطلب"³.

هذا وقد طبق القاضي الإداري وسيلة الدعوى الموازية أيضا في حق فئة الأشخاص الحاصل توظيفهم خارج نظام الوظيفة العمومية حيث ذهبت إدارية مكناس: " وحيث أن الطاعن لا يعتبر من فئة الرقابة والتوجيه،

¹ - د. محمد صقلي الحسيني: المرجع السابق، ص 49. وأنظر أيضا حكم إدارية الرباط 2002/09/26، رسالة المحاماة، عدد 21، ص 179.

² - المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ 18 يناير 1996، المختار الوريثلي وعبد القادر الناظمي: قرارات المجلس الأعلى في المادة الإدارية سنوات 1958 - 1997، ص 383.

³ - إدارية الرباط، حكم رقم 1041 بتاريخ 22/05/2007 ملف رقم 04/01/345 غير منشور.

انظر أيضا حكما حديثا إدارية وجدة في حكمها رقم 16 بتاريخ 23/02/2002، ملف رقم 2005/101، غير منشور.

بل مجرد مستخدم تربطه مع إدارة البنك علاقة تعاقدية خاضعة لأحكام القانون الخاص ولاختصاص المحكمة العادية نظرا لما يتميز به البنك من استقلال في التسيير، ولأن المقرر المطعون فيه مرتبط بعقد الشغل بالمفهوم المدني، ويمكن للطاعن اقتضاء حقوقه عن طريق دعوى موازية¹.

كما طبقها أيضا في المنازعات المتعلقة بالانتخابات المهنية حيث صرح المجلس الأعلى بعدم اختصاص المحاكم الإدارية للبت فيها لوجود دعوى موازية أمام القضاء العادي فيما عدا تلك التي أسندت على سبيل الحصر للمحاكم الإدارية².

هذا وقد ثم إثارتها أيضا في المنازعة المتعلقة بالاعتداء المادي حيث اعتبر المجلس الأعلى في قضية ورثة نيكولا كوليديس ضد عامل إقليم إفران " أن عدم وجود دعوى موازية أمام القضاء الشامل شرط جوهري لقبول دعوى الإلغاء كما هو الشأن بالنسبة للاعتداء المادي الصادر عن عامل الإقليم والذي يمكن اللجوء لوقفه إلى القضاء العادي".

في الحقيقة إذا ما تفحصنا بإمعان تعليقات الأحكام أعلاه نخلص إلى حقيقة واحدة هو أن الأخذ بالدعوى الموازية لم يكن له ما يبرره بالنظر إلى وجود دعوى واحدة فقط وهي المنعقد الاختصاص بشأنها إلى القضاء العادي، في حين أن الدعوى الموازية تشترط قيام دعويين، وعليه فمثلا كان حريا بإدارية مكناس أن تحكم بعدم الاختصاص وليس بعدم القبول لوجود دعوى موازية على اعتبار أنها ليست مختصة، فحكمها بعدم القبول يفترض اختصاصها وهو ما لا يعقل.

وللإشارة فإن القضاء الإداري بدوره قد وقع في تناقض في أغلب أحكامه، حيث أنه وبعد أن كان يوجه المنازعة بشأن وضعية الأشخاص العاملين بطريقة غير نظامية في المرافق العامة إلى دواليب المحاكم العادية لوجود دعوى موازية فإنه في أحكام أخرى تراجع عن تطبيق الدعوى الموازية لحساب إثارة الاختصاص وهو ما أكدته في قرار الغرفة الإدارية بتاريخ 1996/05/26 حيث اعتبر: " أن المستأنف عليه وإن كان يخضع في علاقته مع بنك المغرب لأحكام القانون الخاص باعتباره لا يندرج ضمن فئة الموظفين الخاضعين لأحكام القانون العام ولظهير 1958/02/24 إلا أن هذه العلاقة وما يترتب عنها من نزاعات تهم وضعيته الفردية تظل من اختصاص المحاكم الإدارية بصريح الفصل 8"³.

وهو نفس الاتجاه الذي تبنته إدارية أكادير في حكمها الصادر بتاريخ 2001/02/08 والذي جاء فيه: " وحيث لم يميز المشرع في الأعوان المؤقتين والمرسمين لتحديد اختصاص المحاكم الإدارية كما ذهب إلى ذلك الوكيل القضائي في مذكرته الجوابية، وحيث إن الطاعن يعمل كعون سلطة بقيادة الداركة ويقوم بهذه الصفة خدمة عادية لإحدى مرافق الدولة"⁴.

1 - حكم إدارية مكناس، صادر بتاريخ 1995/02/09، في قضية محمد الزموري "أوردته جميلة العامري، المرجع السابق، ص 377.

2 - المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية 1995/10/12، الوكيل القضائي عبد الله بوكاري، قرارات المجلس الأعلى في المادة الإدارية 1958 - 1997، ص 329.

3 - المجلس الأعلى غ إ د 1996/05/26، بنك المغرب، قضاء المجلس الأعلى، عدد 51، ص 63.

4 - إدارية أكادير 2001/02/08، أحمد المغفور، م م ا م ت، عدد 41، ص 162.

بل الأكثر من ذلك فالقاضي الإداري قد عمل على إثارة الدعوى الموازية حتى أمام المحكمة الإدارية نفسها، حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة بعدم اختصاصه كقاضي إلغاء وإنما كقاضي شامل وذلك في إطار كل من المنازعة العقدية، حيث ذهبت استئنافية الرباط في بتاريخ 2007/09/26 إلى أنه: " وحيث إن القرارات التي تستند إلى أحكام العقد يكون الطعن فيها أمام قضاء الإلغاء، باعتبار أن هذا الأخير جزءا لمخالفة المشروعية بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية مما يكون معه طلب الإلغاء غير مقبول لوجود دعوى موازية باعتبار أن القرار موضوع الطعن متصلا بالعقد الإداري، وأن المحكمة حينما صارت في هذا المنحى يكون حكمها صائبا واجب التأييد."¹ أو منازعات المعاشات إذ اعتبرت إدارية مراكش: " أن البت والنظر في المنازعة الناشئة عن تطبيق الظهير المذكور إنما يرجع إلى القضاء الشامل للمحاكم الإدارية، بمقتضى المادتين 8 و 41 من القانون رقم 41/90. ومعلوم أن دعوى إلغاء القرارات الإدارية لا تقبل إذا كان في وسع الطاعن أن يطالب بما يدعيه من حقوق بطريق الطعن العادي أمام القضاء الشامل. الشيء الذي يستوجب بالتالي التصريح بعدم قبول الطعن بالإلغاء نظراً لوجود دعوى موازية"².

وفي نفس السياق اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط بمناسبة بتها في نزاع متعلق بالصفقة التي جمعت بين المكتب الوطني للكهرباء وشركة مقاوله الأشغال العمومية والعقارية إلى " أن طلب إلغاء الصفقة التي تقدمت به الشركة المذكورة يدخل في إطار المنازعة حول تنفيذ عقد إداري الذي يختص بالنظر فيه القضاء الشامل والقرار المطعون فيه يعد قرارا متصلا بالعقد الإداري موضوع النزاع لا منفصلا عنه. لذا فالدعوى الموازية قائمة في هذه النازلة وكان بإمكان الطاعنة أن تحصل على نفس النتائج بتقديم دعواها أمام القضاء الشامل وهو ما لم تفعله مما يتعين معه الحكم بعدم القبول"³.

نعتقد أيضا في هذا الإطار أن القاضي الإداري قد جانب الصواب بإعمال وسيلة الدعوى الموازية على اعتبار أنه لا محل لإعمالها أمام المحكمة الإدارية نفسها. بل كان الأجدر منه تكييف الطلب من طلب إلغاء إلى طلب شامل من خلال إنذار الطرف بتصحيح المسطرة وأداء الرسوم القضائية ولا يهم بعد ذلك أن يكون القاضي المقرر بمناسبتها هو قاضي الإلغاء أو القاضي الشامل ما دام أن نفس القاضي الإداري هو صاحب الولاية الأصلية للبت في المنازعة الإدارية، أما في حالة إذا ما أصر الطاعن على طلبه ففي هذه الحالة يجب على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم استيفاء الرسوم القضائية وليس لوجود دعوى موازية.

خاتمة :

كخلاصة لما سبق نستنتج على انه إذا كانت وسائل توزيع الاختصاص المتمثلة في كل من الدفع بعدم الاختصاص النوعي والدفع بوجود الدعوى الموازية قد فقدت فعليا أهميتها على مستوى النقاشات الفقهية و التطبيقات القضائية (المدنية) وذلك بالنظر إلى أن المشرع - كما سبق أن اشرنا إلى ذلك - لم يعن في ظل نظام وحدة القضاء بتضمين قانون المسطرة المدنية أحكاما صارمة بشأن استخلاص الآثار القانونية المترتبة عن كون الدفع

¹ - محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها عدد 638 ملف عدد 05/07/03، مؤرخ في 2007/09/26.

² - إدارية مراكش حكم عدد 155 بتاريخ 2008/11/24، علي أفينيس، م م ا ت ، عدد 36، ص 102.

³ - حكم إدارية الرباط عدد 67 الصادر بتاريخ 1996/4/11 في الملف رقم 46 ت/95 أورده الأستاذ محمد الصقلي حسيني في مقاله " الدعوى الموازية بين القانون والممارسة" منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية عدد 28 يوليو- سبتمبر 1999.

بعدم الاختصاص والدفع بوجود الدعوى الموازية من متعلقات النظام العام.. فانه وبعد الإصلاح القضائي لسنة 1993 المحدث للمحاكم الإدارية والذي سمح بالتطبيق الحقيقي لوسائل النظام العام ، أضحت إشكالية توزيع الاختصاص التي كانت تثير - فيما قبل - صعوبات بين قاضي الإلغاء المتمثل في المجلس الأعلى، والقاضي الشامل المتمثل في المحكمة الابتدائية متجاوزة نتيجة :

- أولاً: لتكريس المشرع لاستقلالية القضاء الإداري عن العادي، حيث أحال للمحاكم الإدارية المحدثه مجموعة الاختصاصات التي كانت تمارسها المحاكم العادية.

- ثانياً: رد الاعتبار لقواعد النظام العام المسطري من خلال منح المشرع للأطراف الحق في إثارة وسيلتي الدفع بعدم الاختصاص النوعي و الدفع بوجود الدعوى الموازية في جميع مراحل الدعوى ، إضافة إلى إعطائه الحق للجهة القضائية المعروضة عليها النزاع أن تثيرهما تلقائيا وهو أمر نثمنه من جانبنا على اعتبار أن هذه القواعد وكما سبق أن اشرنا إلى ذلك - أنفا - ترتبط ارتباطا وثيقا بحماية العلاقات القضائية وتحقيق المصلحة العامة.

وفي الختام لا يفوتنا أن نشيد بدور القاضي الإداري في التأكيد على الطبيعة الآمرة لقواعد النظام العام على مستوى وسائل تقويم الاختصاص، فهذا الأخير وعلى خلاف القاضي العادي عمل على الإثارة الموسعة و التلقائية لهذه الوسائل الجوهرية في المنازعة الإدارية ولو لم تكن محل دفع سابق من لدن الأطراف مسائرا بذلك المشرع الإداري في تبني الصفة الإلزامية اللصيقة بقواعد الاختصاص باعتبارها من النظام العام، كما عمل على ترتيب جميع أثارها القانونية على المستوى الموضوعي بما يخدم استقرار العلاقات القانونية ووحدة النظام الاجتماعي داخل الدولة

تعليق القرارات الإدارية : بين الحماية القضائية المناقصة والأهمية المتزايدة



الأستاذ : أحمد الزروالي باحث بسلك الدكتوراه

قانون عام جامعة محمد الخامس السويسي (الرباط)

تحتل الرقابة القضائية على قرارات الإدارة المرتبة الأولى من حيث فعاليتها المباشرة في الحفاظ على مبدأ المشروعية، وبالتالي يكون لهذه الرقابة أثر فعلي وملموس يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري الغير المشروع، أو إلى تقديم تعويض لمن أصابهم ضرر من جراء قرار الإدارة¹.

ويعتبر تعليق القرارات الإدارية² أحد أوجه هذه الرقابة، حيث يساهم وبشكل فعال (أي التعليل) في تسهيل مأمورية القاضي الإداري من خلال تفحصه لوثيقة القرار الإداري وبالتالي مراقبته ومطابقة العلة المعبر عنها للعلة الحقيقية، عوض إضاعة وقته في استجلاء الأسباب إذ لم يتم ذكرها في صلب القرار.

وقد اعتبر بعض الباحثين³ في هذا الإطار، أن للتعليل حكمته بالنسبة إلى القاضي الإداري إذا ما تعرض للقرار بمناسبة دعوى الإلغاء يختص برقابته، فعرض الأسباب في صلب القرار يمكنه من تركيز رقابته، وبالتالي من إحكامها.

وبالرغم من الأهمية التي يكتسبها التعليل بالنسبة للقاضي الإداري في تأسيس رقابة فعالة على مشروعية القرار الإداري، إلا أنه لا يحظى بحماية كافية من جانب هذا القضاء في ظل الاختصاص المقيد، إذ تحكم التعليل قاعدتان أساسيتان من قواعد المساطر الإدارية القضائية، حيث تتجلى الأولى في أن عدم المشروعية الناتجة عن الإخلال بالتعليل الوجوبي لا تعتبر من النظام العام، مما يغفل يد القاضي عن البحث من تلقاء نفسه في هذا الوجه، والثانية تتجلى في أن عدم المشروعية في حالة الإخلال بالالتزام بالتعليل لا يشكل سببا من أسباب قيام المسؤولية الإدارية.

وبالتالي فإن معالجتنا لهذا الموضوع يكون على الشكل التالي :

¹ سليمان محمد الطماوي " السلطة التقديرية والسلطة المقيدة" مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، السنة الرابعة، العدد الأول والثاني سنة 1950 ص:

97

² يقصد بالتعليل حسب المادة الأولى من القانون 03-01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية" هو الإفصاح كتابة في صلب القرار الإداري عن الأسباب الواقعية والقانونية الداعية إلى اتخاذه"

³ حسن عبد الفتاح"التسبب كشرط شكلي في القرار الإداري"مجلة العلوم الإدارية السنة الثامنة عدد2، 1966، ص:174

المبحث الأول: تجليات قصور الحماية القضائية للتعليل الوجوبي.

المبحث الثاني: الأهمية المتزايدة للتعليل في الرقابة على مشروعية للقرار الإداري .

المبحث الأول: تجليات قصور الحماية القضائية للتعليل الوجوبي.

بالرغم من الأهمية المتزايدة للتعليل في الرقابة على مشروعية القرار الإداري من خلال تسهيل مهمة القضاء في بسط رقابته على مختلف أوجه عيوب المشروعية. إلا أنه - أي التعليل - لم يحظى بعد بحماية كافية من جانب هذا الأخير في ظل الإختصاص المقيد، حيث أن القضاء وهو يراقب مشروعية القرار خاصة عيب إنعدام التعليل لم يعترف لنفسه بعد بإمكانية إثارة هذا العيب من تلقاء نفسه حتى ولو لم يثره الأطراف أي إعتبره من أسباب الطعن المتعلقة بالنظام العام، (المطلب الأول) وفي ذلك حماية لحقوق وحريات الأفراد المخاطبين بالقرارات الإدارية المعيبة شكلا.

هذا وإذا كان القصور في التعليل يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري إذا ما طعن فيه، فهل يجوز أن يكون سببا من أسباب قيام المسؤولية الإدارية؟ وبالتالي الحكم بالتعويض لصالح المعني بالقرار الذي يزعم أنه قد ألحقه ضرر من جراء القرار المعيب وفي هذا ضمان ولو بشكل نسبي حماية قضائية في نطاق قضاء التعويض. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعليل القرارات الإدارية وأسباب الطعن المتعلقة بالنظام العام.

أيا كان الخلاف في تحديد فكرة النظام العام، فإنه يترتب على اعتبار إجراء أو قاعدة ما متعلقة بالنظام العام عدة نتائج قانونية، أهمها أن القاضي يمكن إثارته من تلقاء نفسه، كما يجوز الدفع به في أية مرحلة من مراحل الدعوى، وأنه لا يجوز التنازل عنه.

وفي هذا الإطار هل يمكن اعتبار التعليل الوجوبي من أسباب الطعن المتعلقة بالنظام العام باعتباره يدخل ضمن قواعد الإجراء والشكل؟

من المستقر عليه قضاء أنه لا يجوز بعد انقضاء مدة الطعن أن يثير المدعي أسباب تتعلق بالإجراء أو الشكل الخاص بالقرار الإداري، إذ كانت الأسباب التي أثارها خلال مدة الطعن تتعلق بالمشروعية الداخلية فقط.

وفي هذه الحالة، يرفض القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، حتى وإن كان السبب الخاص بالإجراء أو الشكل قائما على أساس سليم.

واستنادا إلى هذا الاتجاه قرر مجلس الدولة الفرنسي أن عدم التعليل في الحالة التي يكون فيها إلزاميا لا يعتبر من الوسائل المتعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يجوز قبولها أول مرة في مرحلة الطعن بالنقض¹

وفي مقابل هذا الاتجاه، يرى جانب من الفقه² أن رفض اعتبار قواعد الشكل بصفة عامة وشكلية التعليل بصفة خاصة من النظام العام، يعتبر بلا شك من أوجه قصور الحماية القضائية للتعليل الوجوبي كما يعد كذلك أمرا يصعب التسليم به لأكثر من علة.

أولا: فإن كل من الإختصاص و الشكل ينتميان إلى المشروعية الخارجية للقرار، وبالتالي يبدو أمرا غير مفهوم أن يكون الأول دون الثاني متعلقا بالنظام العام.

¹ C.E 26 Juillet 1946 – Rec. p 217

² (R) Adent, "Contentieux administratif" les cours des droit, 1980 p : 120

ثانيا : إن قواعد الإجراء والشكل تؤدي وظيفة هامة ،حيث تهدف إلى حماية حقوق الأفراد ،ومن أهم التطبيقات لذلك ،حق الموظف في الاطلاع على الملف وتمكينه من إبداء دفاعه ،وقد انتقد بعض الفقه⁽¹⁾ عدم اعتبار القاضي الإداري مثل هذه القواعد متعلقة بالنظام العام لأن ذلك يعني معاقبة المدعي الذي لا يحتاط بإثارة هذه المخالفة وقت رفع الدعوى ، ولم يفتن إليها إلا في مرحلة الاستئناف.

ثالثا : أليست دعوى الإلغاء دعوى موضوعية فلما لا تكون كل أوجه الإلغاء فيها متعلقة بالنظام العام؟ إن موقف القاضي الدستوري في هذا الإطار يتفوق كثيرا على القاضي الإداري، إذ يعتبر جميع أوجه عدم الدستورية تتعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز له بل يجب عليه أن يثيرها ولو من تلقاء نفسه.

ومن خلال هذه التبريرات التي ساقها الفقه المغربي والمقارن لتفنيده القول بأن التعليل الوجوبي لا يعتبر من النظام العام جعل بعض الاجتهاد القضائي خاصة في المغرب يغير من موقفه بخصوص ذلك ،حيث جاء في أحد أحكام إدارية أكادير² " وحيث ثبت للمحكمة من خلال القرار موضوع الطعن أنه مشوبا بعيب التعليل استنادا إلى القانون رقم 03/01 المتعلق بإلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية. وحيث إن عيب تعليل القرار الإداري يعد من النظام العام حسب مقتضيات المادة الأولى من القانون 03/01 التي نصت على إلزامية تعليل القرارات الإدارية الصادرة عن الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام. وحيث من آثار ارتباط تعليل القرار الإداري بالنظام العام الحق في إثارته من طرف المحكمة تلقائيا"

وهو الأمر الذي جعل البعض ومنهم الأستاذ محمد قصري إلى القول بضرورة تعميم هذا الاجتهاد على مختلف المحاكم الإدارية وبالتالي اعتبار التعليل الوجوبي من النظام العام لأن الأمر يتعلق بخرق واضح لمقتضى قانون جديد يهدف إلى خلق جو من الشفافية والديمقراطية والتخلي عن أسلوب البيروقراطية والتسيب بين الإدارة مصدر القرار والمرتفقين المتعاملين معها.

المطلب الثاني : المسؤولية الإدارية عن القرار الإداري الغير المعلن.

إذا كان القصور في التعليل يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري إذا ما طعن فيه ،فهل يجوز أن يكون سببا للحكم بالتعويض عن ضرر مادي أو أدبي يزعم المعني بالقرار أنه قد أصابه من جراء القرار المعيب؟

لمعالجة هذا الإشكال لا بد من استحضار موقف القاضي الإداري الفرنسي الذي يميز بهذا الخصوص ما إذا كان الشكل ثانويا أو جوهريا ،وبالتالي فهو يحكم بالتعويض إذا كان الأمر يتعلق بخرق لإجراء جوهري يترتب عنه الإخلال بحقوق الأفراد ،حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه³ بمساءلة الإدارة عن فصل موظف دون استشارة المجلس التأديبي على أساس أن هذا الشكل أساسي وجوهري وبالتالي الحكم بالتعويض.

¹ محمد الأعرج "تعليل القرارات الإدارية على ضوء القانون 03-01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية" م.م.إ.م.ت. سلسلة مواضيع الساعة العدد 43 لسنة 2003 ص 83.

² حكم إدارية أكادير رقم 2005/123 بتاريخ 2005/10/06 ملف عدد 2004/166 حكم غير منشور

³ حكم مجلس الدولة في قضية "GULDI CCILI" أشرنا إليه في مرجعنا "تطور تعليل القرارات الإدارية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي-دراسة مقارنة"- رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام ،كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، سلا، 2010/2009، ص: 119

أما إذا كان عيب الشكل غير ذلك ولا يؤثر على سلامة القرار موضوعا (كما هو الحال بالنسبة لانعدام التعليل) لإمكانية تصحيحه لاحقا فلا يرتب الحق في التعويض على خلاف الأسباب الموضوعية كعيب السبب والانحراف في استعمال السلطة حيث يرتب مسؤولية الإدارة بالتعويض عن الحكم بإلغاء القرار الإداري المشوب بعيب الموضوع .

وبالرجوع إلى موقف القضاء الإداري المغربي نجد تضارب في الأحكام الصادرة في الموضوع، حيث اعتبرت بعض المحاكم¹ أن المسؤولية الإدارية تقوم بمجرد الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع سواء أكان الأمر يتعلق بعيب الشكل (ومنه انعدام التعليل) أو بعين الموضوع، غير أن إدارية وجدة كان لها رأي آخر حيث ميزت بين عيب الشكل الذي يمكن تداركه والذي لا ينال من صحة القرار والوقائع المبنية عليه وعيب الموضوع، واعتبرت في أحد أحكامها² "أن مسؤولية الإدارة عن القرار الإداري رهين بأن يكون القرار معيبا في موضوعه وليس في شكله القابل للتصحيح والذي لا يؤثر على سلامة القرار الإداري" والأمر نفسه أكدته إدارية مراكش في أحد أحكامها³ حيث جاء فيه "بأن عيب الشكل أو الإجراءات في القرار الإداري لا يكون مصدر للمسؤولية الإدارية والتعويض ما لم يكن مؤثر في موضوع القرار وجوهه"

وبالتالي فإن إشكالية التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة لعيب الشكل بما فيه عيب انعدام التعليل تشكل إحدى مظاهر القصور على مستوى الحماية القضائية مما يعني أن الأمر لازال مطروحا للنقاش سواء على مستوى الفقه أو القضاء.

المبحث الثاني : الأهمية المتزايدة للتعليل في الرقابة على مشروعية القرار الإداري.

يقوم التعليل بأدوار متعددة في سبيل الرقابة على مشروعية القرار الإداري سواء كنا نقصد الجوانب الشكلية أو الجوانب الموضوعية من القرار الإداري، فالالتزام بالتعليل سواء أكان مصدره القانون أم الإلزام القضائي يرقى بالتعليل لدرجة الشكليات الجوهرية والتي يعد القرار باطلا عند إهمالها⁴ ويعتبر التعليل بالنسبة للقاضي الإداري "مصدر للمعلومات" وهذا يؤدي إلى تسهيل مهمة الرقابة على مشروعية القرار، خاصة الرقابة على السبب (المطلب الأول) والانحراف في استعمال السلطة (المطلب الثاني)

المطلب الأول : دور التعليل في الرقابة على سبب القرار الإداري.

يتجلى عنصر السبب في مجموعة من الوقائع السابقة على اتخاذ القرار الإداري والتي تدفع الإدارة إلى إصداره، فهو إذا المبرر والدافع إلى اتخاذ القرار الإداري، والتعليل بما يتضمنه من إعتبرات قانونية وواقعية تشكل كل منها أساس القرار الإداري يعد بذلك أساسا فنيا للرقابة على القرار الإداري، ويؤدي دورا يتناسب مع درجة الرقابة التي يمارسها القاضي على السبب⁵.

¹ حيث جاء في حكم صادر عن إدارة فاس بالملف 02/9 بتاريخ 2002/9/17 "حيث إنه لا خلاف قضاء وفقها أن المسؤولية الإدارية تترتب عن عدم المشروعية كعيب الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القانون أو الانحراف في استعمال السلطة أو الشطط فيها"

² حكم إدارية وجدة بالملف 00/1/18 بتاريخ 2000/1/30 في قضية العرابوي عبد الرحمان ضد جماعة وجدة سيدي زيان

³ حكم إدارية مراكش عدد 83 بتاريخ 2003/4/9 عمار بوليل ضد وزير الداخلية منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 35، 2003، ص: 240

⁴ أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد "تسيبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء" منشأة المعارف الإسكندرية - 2007 ص 395

⁵ نفس المرجع أعلاه ص 410

الفقرة الأولى: أهمية التعليل في الرقابة على مشروعية القرار الإداري.

يقصد بهذه الرقابة تلك التي لا تتعدى الوجود المادي للوقائع (أولا) وتكييفها القانوني والتي تعارف الفقه على أنها تمثل الرقابة العادية على عيب السبب (ثانيا)

أولا: دور التعليل في الرقابة على الوقائع المادية للسبب.

يكون القرار الإداري غير مشروع إذا انبنى على واقعة مادية غير صحيحة هنا نجد القاضي يمارس رقابته على مادية الوقائع، فكل قرار إداري يتصل بالضرورة بحالة مادية في عالم الوقائع، وعندما يصدر رجل الإدارة قرارا معيناً فإنه يأخذ في اعتباره واقعة مادية تكون تجسيدا لقاعدة قانونية عامة ومجردة، فإذا لم توجد هذه الواقعة المادية فإن ذلك يعني أن المحتوى القانوني لهذه القاعدة لا يمكن أن يكون ساريا وموضوع تنفيذ في مواجهة حالة مزعومة ليس لها قوام في الواقع لهذا - وكما سلفت الإشارة - يمارس القاضي رقابته عن طريق بحث ومعرفة ما إذا كانت الوقائع التي استندت إليها الإدارة صحيحة وثابتة لأنه بانعدامها يكون القرار الإداري غير مشروع، وحتى يتمكن القاضي من ذلك يجب على الإدارة أن تبرر قرارها.

وقد مارست الغرفة الإدارية بمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) من خلال التعليل الرقابة على مادية الوقائع منذ نشأتها. ففي قضية أحمد بن يوسف بتاريخ 9 يوليوز 1959 حرصت على التأكد من صحة الوقائع المادية للقرار عندما استندت في إحدى حيثياتها على ما يلي "وحيث إنه من جهة أخرى يستنتج من فحص الأوراق المدلى بها في الملف بأن المآخذ التي بررت بها الإدارة فصل الطاعن هي عدم الكفاءة الوظيفية والمهنية والتعارض باستمرار مع رؤسائه وعرقلة سير المرفق العام تستند إلى وقائع صحيحة"¹.

كما قررت في قضية مماثلة بأن القرار القاضي بالتشطيب على الطاعن من أطر وزارة التربية الوطنية والفنون الجميلة "لم يكن يحتوي على أية واقعة جدية ويتعرض بالتالي للإلغاء لأن الوزير لم يدل سوى بعللة غير واضحة لم يتأكد وجودها المادي"².

هذا وقد سارت المحاكم الإدارية منذ نشأتها على نفس نهج الغرفة الإدارية بمحكمة النقض.

ففي حكم³ صادر عن إدارة البيضاء اعتبرت هذه الأخيرة "وحيث إن القرارات الإدارية لما كانت تعتبر من التصرفات القانونية التي تعبر عن إرادة السلطة الإدارية فإنه لا بد لهذه القرارات من سبب علما أن القرار الإداري يجب أن يهدف إلى تحقيق الصالح العام، ويكون انعدام الباعث من الناحية الواقعية حينما تدعي الإدارة أن ظروف مادية دفعتها لاتخاذ القرار ثم يتبين عدم وجودها في الواقع ...

وحيث بناء على ما ذكر تكون الأسباب الواقعية الداعية لاتخاذ قرار رفض الترخيص منعدمة ويكون قرار رئيس الجماعة الحضرية للمعاريف غير معلل وبالتالي طعن متسما بالشطط في استعمال السلطة ويتعين إلغاؤه"

¹ الحسن السيمو "تطور قضاء الإلغاء لدى الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى" أشغال ندوة عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية المنعقدة بتاريخ 18-20 دجنبر 1997 ص 396

² قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قضية محمد بن شقرون الصادر بتاريخ 1958/12/4

³ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 48 ملف رقم 2000/508 غ الصادر بتاريخ 31 يناير 2001

كما ألغت إدارة وجدة¹ قرار التخفيض من نقطة السلوك الممنوحة سابقا للطاعنة وذلك لعدم بيان الأسباب المؤدية إلى ذلك عن طريق تعليل القرار الإداري.

ونفس الاتجاه عبرت عنه إدارة مراكش² "أن سلطة الإدارة في منح أو رفض الترخيص لموظفيها من أجل التفرغ لمتابعة التكوين مع احتفاظهم خلال المدة المطلوبة لذلك بوضعيتهم الإدارية ومرتباتهم ليس سلطة مطلقة وإنما تخضع لرقابة القضاء فيما يخص صحة وشرعية السبب المعتمد في الرفض متى أعلنت عنه في صلب القرار أو كشفت عنه أمام القضاء، ومجرد توجيه النصح أو اقتراح لطالب الترخيص للجوء إلى رخصة الاستيداع من أجل تحقيق نفس الغاية لا يعتبر تعليلا للقرار المطعون فيه، مما يتوجب معه إلغاء القرار الإداري لعيب السبب"

وجاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط³ "وحيث أنه فيما يخص الوسيلة الأولى المستمدة من عيب إنعدام التعليل... فإنه بعد اطلاع المحكمة على صلب القرار المطعون فيه... تبين لها أنه قد أوضح بدقة جميع العلل والمعطيات المتعلقة بالمتابعة التأديبية... وخلص القرار في الأخير إلى ترتيب عقوبة العزل المقترحة من طرف المجلس التأديبي الذي مثل أمامه الطاعن. وعلى هذا الأساس فإن القرار يبقى معلل تعليلا سليما ومنطقيا بما فيه الكفاية"

ومن خلال هذا القرار يتبين بأن محكمة الاستئناف الإدارية مارست الرقابة على توفر شرط التعليل لتتوصل إلى أن القرار المطعون فيه يستند على وقائع موجودة فعلا.

هذا ومن خلال مختلف الأحكام المشار إليها سلفا يتضح أن التعليل يلعب دورا بارزا بالنسبة للرقابة القضائية، وذلك من خلال تمكين القاضي الإداري من بسط رقابته على الوجود المادي للوقائع والتأكد من مدى صحتها ووجودها فعلا. هذا فضلا عن أهميته - أي التعليل - في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، كما أن التعليل لا يسمح للإدارة بتقديم مبررات جديدة بعد الطعن في القرار وبالتالي رفضها من طرف القاضي.

ثانيا: أهمية التعليل في الرقابة على التكييف القانوني للسبب.

عندما يطلق المشرع وصفا لحالة معينة أو وقائع مادية محددة، فإن تطبيق هذا الوصف على الوقائع التي تواجه الإدارة وتستلزم تدخلها بقراراتها الإدارية يطلق عليه اصطلاح "التكييف القانوني للوقائع"، فالمقصود من عملية التكييف هو إدراج عملية واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية⁽⁴⁾ وبمعنى آخر يعني التحقق من صحة الوصف القانوني أو التكييف القانوني الذي خلعتة الإدارة على الوقائع المادية. فمثلا إذا كان البحث في وجود الأفعال المنسوبة إلى الموظف يشكل رقابة على مادية الوقائع فإن البحث فيما إذا كانت تلك الأفعال تشكل خطأ هو رقابة على التكييف القانوني للوقائع⁵

وبفضل إبراز الاعتبارات الواقعية والقانونية التي كانت وراء إصدار القرار الإداري، يبسط القضاء رقابته على التكييف القانوني في إطار مطابقة الواقع للقانون.

¹ إدارية وجدة، حكم عدد 98/224، ملف 98/148 بتاريخ 1998/12/23، السيدة بزمضان عمارة ضد النائب الإقليمي لوزارة التربية الوطنية وجدة (حكم غير منشور)

² إدارة مراكش حكم عدد 2/1 بتاريخ 2002/04/17 بين السيد مالك امسيفي ضد وزارة التربية الوطنية منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 47، نونبر - دجنبر 2002 ص: 168-169

³ محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط قرار رقم 53 بتاريخ 2007/05/29 ملف رقم 2006/29 غ السيد دمني الهواري ضد الوزير الأول بالرباط (قرار غير منشور)

⁴ سلمى جمال الدين "قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة" دار النهضة العربية القاهرة 1992 ص: 172

⁵ Vedel(g) et delvolve(P) "droit administratif" pvF, paris 9^{ème} édition 1984, P : 196

ويعد حكم "Gomel" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 4 أبريل 1914 الحكم المؤسس لهذا النوع من الرقابة¹.

وبدوره القضاء الإداري المغربي وعلى رأسه محكمة النقض (الغرفة الإدارية) أقر لنفسه - من خلال التعليل - الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، ففي قضية كورتيني بتاريخ 1998/12/4 اعترف القاضي لنفسه بصلاحيته مراقبة التكييف القانوني للوقائع التي استند إليها قرار العزل، وكذلك في قضية أحمد بن يوسف المشار إليها سابقا حيث اعتبرت بأن الوقائع المنسوبة للطاعن والمثلة في عدم الكفاءة وعرقلة سير المرفق العام تشكل خطأ جسيما يبرر العقوبة، وفي قضية مولاي يزيد العلوي بتاريخ 1999/12/19 اعتبرت المحكمة بأن الطاعن الذي تم طرده من الامتحان لضبطه وهو يقوم بعملية الغش ونظرا لاعترافه بالرجوع إلى الدفتر أثناء الامتحان، فإن فعله هذا من طبيعته أن يبرر قرار طرده.

وعلى نفس النهج سارت مختلف المحاكم الإدارية منذ نشأتها. ففي حكم المحكمة الإدارية بمكناس مؤرخ في 1998/2/5 قضية الغنيمي ضد المدير العام للجمارك والضرائب الغير المباشرة اعتبرت المحكمة أن ثبوت واقعة قيام جمركي بعملية مراقبة سائقي الناقلات بالطريق الوطنية خارج دائرة وظيفته وبدون أمر المصلحة التي ينتمي إليها يشكل مخالفة مهنية، ومن شأنه أن يبرر الإجراءات التأديبية المتخذة ضده².

كما جاء في حكم صادر عن إدارة الرباط³ "إن التكييف القانوني للوقائع الذي انتهت إليه الإدارة غير سليم ... فإنه يتضح من خلال الوقائع المعروضة وتقرير السيد مدير السجن الذي يعمل به الطاعن من أن هذا الأخير لم يطلب شيئا من مساعد المفتش بل إن هذا الأخير هو الذي قام بدس ورقة عشر دراهم في جيب الطاعن وبالتالي يبقى القرار متسما بالشطط في استعمال السلطة".

هذا ومن خلال ما سلف يتضح أن التعليل يلعب دورا هاما في تمكين القضاء من بسط رقابته على الوقائع المبني عليها القرار وتكييفها القانوني وحتى ما إذا تبين له أن وقائع القرار غير صحيحة وغير ثابتة أو غير محددة أو كان التكييف الذي منحه إياه الإدارة غير صحيح ولا يوصل إلى النتيجة القانونية للقرار الإداري، قضى بإلغائه ليعيب السبب.

الفقرة الثانية: أهمية التعليل في الرقابة على ملائمة القرار الإداري.

إن تعليل القرار الإداري يصبح ضروريا للقاضي حينما يمارس رقابة الحد الأقصى والتي تسمح له أن يراقب ملائمة القرار، ذلك أن القاضي هنا لا يبحث فقط عما إذا كان من شأن الوقائع تبرير القرار ولكن يبحث أيضا عما

¹ M.Long et autres "les grands arrêts de la jurisprudence administrative" dalloz- paris 11^{ème} édition 1996 p : 163 "وتتلخص وقائع هذه القضية في تقديم الطاعن السيد كومل بطلب الترخيص بالبناء في ميدان بوفو، لكن طلبه قوبل بالرفض تطبيقا للمادة 118 من قانون 13 يوليوز 1911 الذي أعطى للعامل الحق في رفض الترخيص بالبناء في حالة ما إذا كان في المشروع مساس بإحدى المعالم الأثرية، وفي هذه القضية اعتبر مجلس الدولة أن له الصلاحية للتحقق مما إذا كان الموقع المرخص بالبناء فيه يدخل في إحدى المعالم الأثرية، وهكذا أقر لنفسه سلطة الرقابة على مسألة إقرار صفة المعلم الأثري، ليصل إلى كون ميدان بوفو لا يشكل موقعا أثريا".

² حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 7-89-3 بتاريخ 1998/2/5 منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 24 شتنبر 1998 ص: 149
³ حكم إدارية الرباط في قضية الوث عبد الرحمان ضد وزير العدل ملف 94/3 غ أشار إليه محمد قصري في مقاله "إلزام الإدارة بتعليل قراراتها ضمانا للحقوق والحريات ورقابة قضائية فعالة" منشورات م.م. إ.م ت سلسلة مواضيع الساعة العدد 43 لسنة 2003 ص: 192

إذا كانت هذه الوقائع أن تبرر مضمون القرار، إنه يقوم بتقدير أهمية الوقائع وصولاً لتقدير مشروعية القرار. وتبدو أهمية التعليل في هذا المجال واضحة للأفراد ذوي الشأن وكذا لقاضي الموضوع خصوصاً في مجال الضبط الإداري.

هذا وأمام توسع نطاق السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة، حاول القضاء الإداري تحقيق فعالية أكثر في رقابته على أنشطة الإدارة وضمان التوازن بين متطلبات الحقوق والحريات العامة للأفراد واعتبارات نجاعة العمل الإداري في ظل الظروف المتغيرة دوماً.

وبالتالي عمل - وبفضل تعليل القرار الإداري - على الحد من حرية الإدارة في تقدير ملائمة قراراتها الإدارية، بحيث أخضع هذا التقدير لرقابته حتى لا يتحول إلى سلطة تعسفية، ومن هنا جاءت نظرية " الخطأ الظاهر في التقدير " لسد الثغرات الموجودة في الرقابة على القرارات التي تصدر استناداً إلى السلطة التقديرية.

هذا ويرجع الفضل في ابتداء هذه النظرية إلى مجلس الدولة الفرنسي من خلال حكمه الشهير المعروف بحكم "La grange" في 15 فبراير 1961 حيث جاء فيه " إذا مارست السلطة الإدارية المختصة حرية تقدير أعمالها في حالة تمتعها بالسلطة التقديرية، فإن القرارات التي تتخذها يجب أن لا يشوبها ... الخطأ الظاهر في التقدير"¹

والملاحظ أن هذه النظرية تتداخل بشكل كبير مع نظرية اعتمادها القضاء الإداري المصري و هي نظرية "الغلو في التقدير" والتي تعرف تطبيقاً واسعاً في مجال المنازعات المتعلقة بتأديب الموظفين.

وقبل إبراز أهمية التعليل في الرقابة على ملائمة القرار الإداري في ظل القضاء الإداري المغربي، نسجل أن هذا الأخير ولعقود طويلة من الزمن رفض بسط رقابته على ملائمة القرار الإداري، ويظهر ذلك في العديد من قرارات الغرفة الإدارية بحكمة النقض ففي قرارها المتعلق بقضية التادلي الصادر في 15 يوليوز 1963 اعتبرت أنه " لما كان الخطأ يبرر العقوبة فإن اختيار هذه الأخيرة يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي لا يمكن مناقشتها أمام قاضي الإلغاء" وتؤكد هذا الموقف في قرارات أخرى لاحقة²

إلا أنه وبفضل التعليل وأهميته في تسهيل الرقابة القضائية على ملائمة القرار الإداري عدل القضاء الإداري المغربي عن موقفه السابق وقام ببسط رقابته على ملائمة القرار ويظهر ذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية بالرباط في قضية أجدع رشيد حيث اعتبرت " أن قيام الطاعن بالاحتفاظ بالأشياء المذكور أعلاه دون تسليمها إلى مخزن المعدات بشكل قانوني أو على الأقل إخبار رئيسه المباشر له، كما أن قيامه بتسليمها إلى الشرطي بالعروي دون أن يحضره بذلك يعد خطأ جسيماً نظراً لإمكانية استعمال تلك الأصفاة خارج إطارها القانوني وهو ما حدث فعلاً.

¹ سلمى جمال الدين "قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة" مرجع سابق ص 290.

² قرار الغرفة الإدارية عدد 251 صادر في 20 نونبر 1963 قضية محمد الدانج.

قرار الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 1980/04/25 قضية محمد بن ادريس.

وحيث إن المحكمة وعلى افتراض أحقيتها في مراقبة ملائمة بين الأفعال والعقوبة المتخذة فإنها ترى استنادا إلى ما ذكر بأن الأخطاء المرتكبة من طرف الطاعن تبرر العقوبة المتخذة في حقه بالنظر إلى مهمته كرجل للقوة العمومية، وإن أي إخلال بذلك يعد خطأ جسيما من جانبه، مما تكون معه هذه الوسيلة غير مرتكزة على أساس¹

كما ورد في قرار الغرفة الإدارية بعد استئناف الحكم المذكور " حيث إنه وكما أشار إلى ذلك الحكم المستأنف فإن الطاعن باعتبار مهنته كرجل للقوة العمومية كان عليه أن يحافظ ما أمكن على سلامة المواطنين وألا يفرط في أدوات أو إشارات لا يستعملها عادة إلا رجل الشرطة، وأن الخطأ المرتكب من طرفه بتسهيل حصول شخص مدني عليه بصورة غير مباشرة يعد خطأ جسيما يبرر العقوبة المتخذة في حقه. وأن تمسك الإدارة بأن عقوبة العزل كانت مبررة بالأفعال المنسوبة إلى الطاعن والعقوبة المتخذة ضده مما يكون معه الحكم المستأنف مرتكزا على أساس قانوني سليم ومعللا تعليلا كافيا يقتضي تأييده²

لقد كان هذا الموقف الذي تبنته المحكمة الإدارية بالرباط ثم الغرفة الإدارية بمحكمة النقض بمثابة الضوء الأخضر لباقي المحاكم الإدارية لسيط رقابتها على تبرير القرارات الإدارية ومن ثم مراقبة وجود الملائمة بين المخالفة والجزاء التأديبي من عدمها، ومن ثم تمديد الرقابة على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة³

ويرى الأستاذ آمل المشرفي⁴ أن القاضي في هذه المرحلة لا يلجأ إلى نظرية الغلو والخطأ في التقدير لإلغاء الأخطاء الإدارية، إلا في الحالة التي لا يوجد فيها شك حول صبغتها الفادحة والمبالغ فيها فكل من يتحلى بجد معقول من المنطق سيخلص إلى اعتبار التصرف الإداري متسما بالغلو.

وصفوة القول أنه إذا كان التعليل يؤدي دورا مهما في الرقابة على سبب القرار الإداري وذلك من خلال الرقابة على الوجود المادي للوقائع والرقابة على التكييف القانوني للوقائع وكذا الرقابة على أهمية الوقائع وخطورتها وعلاقتها بالقرار، فإنه يؤدي كذلك دورا فعلا في الكشف عن عيب الانحراف في استعمال السلطة.

المطلب الثاني: دور التعليل في كشف عيب الانحراف في استعمال السلطة.

يقصد بعيب الانحراف في استعمال السلطة استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي تتوخاه أو حده لها القانون⁵.

وهكذا نكون أمام الانحراف في استعمال السلطة إذا قامت الإدارة بإصدار قرار لتحقيق غاية أو هدفا بجانب و يتعارض مع المصلحة العامة. كما لو استعمل الموظف السلطة لتحقيق غرض شخصي له⁶، أو الانتقام لغيره⁷

¹ حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 321 بتاريخ 1995/11/9 قضية أجدع رشيد ضد المدير العام للأمن الوطني.

² قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 136 بتاريخ 1997/2/13

³ أنظر في هذا الشأن:

✓ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 550 ملف رقم 2001/230 غ الصادرة بتاريخ 2001/11/21 احمد تازي ضد وزير العدل.

✓ حكم المحكمة الإدارية بأكدير عدد 2004/26 بتاريخ 2004/01/29 ملف رقم 29-2003 حكم غير منشور.

✓ حكم المحكمة الإدارية بأكدير عدد 2008/192 بتاريخ 2008/07/02 ملف عدد 054-2007 غ.

⁴ آمل المشرفي " رقابة الملاءمة للجزاء التأديبي وسلطات قاضي الإلغاء" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 40 شتنبر -أكتوبر 2001 ص: 147

⁵ حسن العفو " عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 41 نونبر - دجنبر 2001 ص: 58

⁶ إدارية وجدة حكم عدد 106/00 بتاريخ 2000/05/24 بين السيد حسن بوزرايب ضد رئيس المجلس الجماعي لأولاد ستوت ، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 35 ص: 110.

⁷ حكم إدارية وجدة عدد 123 بتاريخ 1999/10/6، أشار إليه محمد الأعرج " تعليل القرارات الإدارية على ضوء قانون 03/01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية " مرجع سابق ص: 143.

،ونكون كذلك أمام الانحراف في استعمال السلطة إذا قام الموظف بإصدار قرار يحقق المصلحة العامة ولكن تلك المصلحة ليست هي ذات المصلحة العامة أو الغاية العامة التي حددها القانون لهذا النوع، أو ذاك من أنواع القرارات الإدارية¹، وفي أي من هاتين الحالتين يكون القرار معيبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة وجديرا بالإلغاء².

ويعتبر عيب الانحراف في استعمال السلطة أشد العيوب صعوبة في الإثبات إذ أنه يتعلق بالهدف أو الغاية التي قصدت إليها الإدارة من إصدار القرار، وإثبات المقاصد والنوايا مسألة صعبة وعسيرة، وهذا ما يوضح المعاناة التي يقاسيها المدعي للإثبات سوء نية الإدارة.

هذا ولا تختلف القاعدة العامة في إثبات الانحراف في استعمال السلطة عن بقية العيوب الأخرى حيث يقع على عاتق المدعي إثبات دعواه باستهداف الإدارة هدفا بعيدا عن المصلحة العامة أو بانحرافها عن الهدف الخاص المحدد لها.

ولا يملك القاضي أن يثير هذا العيب أو يتعرض له من تلقاء نفسه بل لا بد أن يطلب المدعي ذلك كما هو الشأن بالنسبة لبقية العيوب التي تصيب القرار الإداري فيما عدا عيب الاختصاص الذي يتعلق بالنظام العام وانعدام التعليل حسب بعض الاجتهادات القضائية كما أسلفنا في السابق.

ويتقيد الإثبات بما يقتضيه ملف الدعوى من أوراق ومستندات أي أن إثبات الإساءة أو الانحراف ينحصر بين دفتي كأصل عام، وفي هذا الإطار ذهبت الغرفة الإدارية في أولى اجتهاداتها في قضية الحياحي³ إلى أن " إثبات الانحراف الانحراف يمكن أن يتأتى بالرجوع إلى الأوراق التي يحتويها ملف الدعوى وفي هذه الحالة من المفروض أن كل جهاز إداري يخصص لكل موضوع نزاعي ملف خاص يتضمن تعليمات السلطة الإدارية وكذا جميع المراسلات السابقة واللاحقة على القرار المطعون فيه ".

ونظرا لصعوبة موقف المدعي في الإثبات، ولشدة المبدأ الخاص بإثبات العيب من أوراق الملف، فإن مجلس الدولة الفرنسي وكذا نظيره المصري خففا من وطأة صعوبة الإثبات ويسرا تلك الصعوبة بتوسيعهما في معنى ملف الدعوى، واستعانتهما بظروف الدعوى وملابساتها، وأخذهما ببعض الأدلة على وجود العيب ولهذا فإن القضاء الإداري حاول التخفيف من الصعوبات التي يلاقيها المعنيون بالأمر في سبيل إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة⁴.

ويختلف دور القاضي الإداري في عملية إثبات عيب إساءة استعمال السلطة بحسب ما إذا لم تقم الإدارة بالكشف عن هدفها أو في حالة كشفها عن هدفها وفي هذه الحالة الأخيرة تبرز أهمية التعليل بحيث يقوم القاضي الإداري بمقارنة الهدف الذي قصدته الإدارة من استعمال سلطتها والهدف الذي حدده المشرع لها، فإذا وجد توافق بين الهدفين فإن القرار يكون صحيحا، أما إذا اتضح للقاضي أن هناك تباين واضح بين الهدفين، وأن الإدارة قد استخدمت سلطتها لتحقيق غاية تختلف عن الغاية التي حددت لها فإن القرار يكون في هذه الحالة مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

¹ حكم إدارية مراكش، عدد 249 بتاريخ 20 نونبر 1996 حكم منشور بمجلة المحاكم الإدارية عدد 2001/1 ص: 309

² محمد الأعرج "تعليل القرارات الإدارية على ضوء قانون 03/01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية..." مرجع سابق ص: 143

³ C.S.A., arrêt n° 135 du 17 avril 1961 Mohammed EL HIHI c/ Ministre de l'Education national, Rec. p. 56.

⁴ حسن عفو "مرجع سابق" ص: 59

وارتباط عيب الانحراف في استعمال السلطة بغاية القرار، يجعله عيباً متصلاً بنفسية ونوايا مصدر القرار، فهو يتصل بعناصر ذاتية وشخصية في عواطف مصدر القرار، لذلك فرقابة هذا العيب من الصعوبة بمكان خصوصاً وأن إثبات الانحراف يقع على مدعيه وأنه عيب خفي مستتر ومستقر في بواعث الإدارة الخفية ودوافعها الباطنة، ولكن مع ذلك تسهل رقابته بإبرازه والكشف عنه في صلب القرار الإداري من خلال قاعدة إلزامية التعليل وفي هذا الإطار يقول الأستاذ الطماوي¹: "وإن كان هذا في القليل النادر أن تكشف من مجرد قراءة القرار عن عيب الانحراف، ويحدث هذا عندما تعلن الإدارة طائفة أو مرغمة عن أسباب قرارها... فإن هذه الأسباب، لما بينها وبين الأغراض من روابط قوية، تكشف عن الأهداف الحقيقية التي تتوخاها الإدارة... فإذا أضفنا أن القانون الفرنسي ومعه القضاء في بعض الحالات، يستلزم تعليل القرارات الإدارية، لأدركنا أن وسائل إثبات عيب الانحراف هي في الوقت الحاضر من السهولة بمكان".

وجاء في إحدى أحكام إدارية أكادير² ما يلي: "وحيث إنه فيما يتعلق بالوسيلة الثانية المتعلقة بعيب الانحراف في استعمال السلطة فإن عيب الانحراف في استعمال السلطة المبرر لإلغاء القرار الإداري يجب أن ينطوي في القرار ذاته لا في وقائع سابقة عليه أو لاحقة له وأن يكون مؤثراً في توجيه هذا القرار وأن يقع ممن يملك صلاحية إصداره لا من أجنبي عنه، وعليه فإن الأمر ينحصر في تقدير النتيجة التي انتهى إليها القرار المطعون فيه والأساس الذي قام عليه للوصول إلى هذه النتيجة، فمتى كان قد استند إلى وقائع صحيحة ثابتة من وثائق الملف المؤدية إلى النتيجة التي استخلصها فلا يكون هناك وجه للطعن بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

وحيث أن الطاعن تخلف أثناء جميع مراحل الدعوى وكذا بجلسة البحث المنعقدة بمكتب المستشار المقرر عن إثبات العيب المشار بهذا الصدد، مما يكون معه الوسيلة المذكورة غير مبنية على أساس ويتعين من أجل ذلك ردها".

كما يقوم التعليل بدور كبير في الكشف عن الانحراف بالإجراءات، علماً أن الانحراف بالإجراءات يتحقق إذا تعمدت الإدارة إخفاء الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه وذلك بإتباع إجراءات أكثر بساطة من تلك التي كان يجب اتخاذها، ويعتبر الانحراف بالإجراءات **"Le détournement de procédure"** أحد أشكال إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، ولكنه يحدث في ميدان الإجراءات الإدارية، إذ تلجأ الإدارة إلى استعمال إجراء بعينه تراه أيسر من الإجراء المحدد لها قانوناً لإنجاز هدف معين، فيصبح قرارها في هذه الحالة مشوباً بإساءة استعمال السلطة عن طريق الانحراف بالإجراءات³

وقد صدرت عدة أحكام عن مجلس الدولة الفرنسي بصدد إساءة استخدام الإجراءات منها ما يتعلق بالتجاء الإدارة إلى الإستلاء المؤقت على العقارات بدلاً من سيرها في طريق إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة تفادياً منها لطول ودقة هذه الإجراءات⁴.

وبالتالي فإن التعليل يساعد القاضي، في الكشف عن الانحراف في استعمال السلطة بما فيها الانحراف في الإجراءات، فحين تشير الإدارة إلى السند القانوني أو الإجراء القانوني في قرارها، فإنه يكون في استطاعة القاضي

¹ سليمان الطماوي، "نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بها)" دراسة مقارنة الطبعة الثانية، دار الفكر العربية ص: 176

² حكم إدارية أكادير رقم 2008/16 بتاريخ 2008/02/6 ملف عدد 2006/92 غ قضية حسن فاضل ضد النائب الإقليمي لوزارة التربية الوطنية بوجردور (حكم غير منشور)

³ - (CH), DEBBASCH "contentieux administratif" Dalloz 1990 p : 145.

⁴ C.E, Juillet, Rec .p :297. مرجع سابق. أشار إليه حسن العفو،

تحديد ما إذا كان الهدف الذي تسعى إليه الإدارة يمكن تحقيقه بواسطة هذا النص أو الإجراء أم كان يجب إتباع نص أو إجراء قانوني آخر.

وحيث إن الإدارة وإن كانت تتوفر على سلطة تقديرية واسعة في مجال نقل موظفيها وتوزيعهم على مختلف المصالح والمرافق التابعة لها في إطار المصلحة العامة، إلا أن ذلك لا يحول بين القضاء ومراقبة هذه القرارات واستنباط أسبابها وخلفياتها كلما طعن فيها بالإلغاء، كما هو الوضع في هذه النازلة " لكن حيث إن الإدارة لم تدلي ببيانات وإيضاحات دقيقة حول النقص الذي تدعيه في الأطر الإدارية ... وما المقصود بالأطر الإدارية التي حصل فيها النقص... إلى ذلك من التوضيحات التي من شأنها أن تمكن المجلس الأعلى من بسط رقابته في خصوصية مشروعية مقرر النقل"¹ وجاء في حكم لإدارية فاس² وهي تلغي قرار النقل " وحيث أنه من الثابت كذلك أن قرار نقل الطاعن إلى إعدادية ابن البناء صدر لاحقاً على تاريخ صدور الحكم أعلاه، مما يعني ذلك إصرار الإدارة في شخص النائب على تأكيد تعيين الطاعنة بالإعدادية المذكورة بصفة مبيتة وحياداً على مضمون الحكم المشار إليه، مما يتضح بشكل لا غبار عليه اتجاه نية مصدر القرار إلى تفعيل قراره الأول ولم يكن الغرض منه، كما تدرج بذلك، المصلحة العامة في إطار إعادة الانتشار وإنما يتضح صراحة على تأكيد استعمال لسلطته الذاتية وليس الموضوعية في مواجهة الطاعنة جزاء لها على مقاضاتها إياه في شأن العقوبة التي تم إلغاؤها في حقها، مما يكون معه القرار مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة " كما يلغي القضاء الإداري قرار اتخاذ عقوبات مقنعة حياداً على الضمانات القانونية المخولة لاتسامه بعيب الانحراف في استعمال السلطة حيث جاء في حكم لإدارة البيضاء³ " ظروف الأحوال تبين أن نية الإدارة الصريحة اتجهت إلى عقاب الموظف دون إتباع الإجراءات التأديبية المقررة في القانون... وقد كان على الوزارة متى ثبت لها أن الطاعن قد ثبتت في حقه بعض المخالفات الإدارية أن تقوم بعرضه على المجلس التأديبي حتى يتمكن من الدفاع عن نفسه، وبالتالي إلغاء القرار المطعون فيه " .

كما يعتبر الانحراف في استعمال السلطة أحد أوجه الإلغاء الذي يعتمده القضاء الإداري لرقابة السبب وهذا ما أوضحتته إدارة أكادير في إحدى أحكامها⁴ " حيث أن قرار إلغاء الترخيص الممنوح للطاعنة باستغلال قاعة الأفراح البلدية في تنظيم ندوة حول الميثاق الجماعي الجديد ليوم 2003/11/15 تم تعليقه بكون قاعة الأفراح منشغلة نتيجة تتابع المناسبات الوطنية وعلى رأسها عيد المسيرة الخضراء وعيد الاستقلال المجيد وذكرى 23 نونبر لانتفاضة قبائل أيت بعمران.

وحيث تبين للمحكمة بعد الاطلاع على وثائق الملف بأن السبب المعتمد من طرف الإدارة في إلغاء الرخصة الممنوحة للطاعنة غير مرتكز على أساس سليم فقد أصدر المجلس البلدي بتاريخ 2003/11/14 قرار تحت عدد 1656 تم التحديد بموجبه لجمعية الاتحاد النسائي المحلي باستغلال القاعة لمدة يومين إضافيين 14 و 15 نونبر 2003 وهو ما حال دون الطاعنة من الاستفادة من الرخصة المخولة لها من طرف المجلس باستغلاله قاعة الأفراح البلدية يوم 2003/11/15.

¹ قرار المجلس الأعلى الغرفة الإدارية، عدد 313 بتاريخ 2002/2/28 بريد المغرب ضد صادبيق بهيجة منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 44-45 ص: 170.

² حكم إدارية فاس بالملف 01/344 غ بتاريخ 2002/10/8 قضية بهيجة البوصوغي ضد وزير التعليم.

³ حكم إدارة البيضاء ملف 95/231 غ قضية شاكر محمد ضد وزير التربية الوطنية أشار إليه محمد قصري، مرجع سابق، ص: 194.

⁴ حكم إدارية أكادير 2004/115 بتاريخ 2004/10/14 ملف رقم 2004/01 غ (حكم غير منشور).

وحيث أن المناسبات الوطنية المحتج بها لها تواريخ محددة (6 نونبر بالنسبة لعيد المسيرة و 18 نونبر بالنسبة لعيد الاستقلال و 23 نونبر بالنسبة لذكرى انتفاضة قبائل ابن باعمران) والإدارة لما أصدرت مقررهما بالترخيص للطاعنة باستغلال قاعة الأفراح البلدية لتنظيم ندوة حول الميثاق الجماعي بتاريخ 2003/11/15 تعلم علم اليقين تواريخ المناسبات الوطنية المذكورة والتي لا تتزامن مع أيام الاحتفال بها مع التاريخ المرخص به للطاعنة في استغلال القاعة.

وحيث تكون بذلك التبريرات التي تمسكت به الإدارة لإلغاء الترخيص للطاعنة غير مرتكز على أساس سليم مما يكون معه القرار الطعين مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة يناسب معه للحكم بإلغائه " .

وصفوة القول أن التعليل ضمانه هامة في الرقابة على عيب الانحراف في استعمال السلطة وكذا الرقابة على الكشف عن الانحراف بالإجراءات حيث أن الإدارة كانت تحجم عن الإفصاح في القرار عن الدوافع التي من أجلها أصدرت قرارا ما وتكتفي بالتذكير أنها أصدرت ذلك القرار تحقيقا للمصلحة العامة، مما يجعل عيب الانحراف في استعمال السلطة خفي متستر يصعب الكشف عنه وإظهاره لأنه يكمن في بواطن الإدارة الخفية ودوافعها الباطنة، إلا أن الإدارة عندما تعلن مرغمة ولزوما عن أسباب قرارها، فإن تلك الأسباب تكشف عن الأهداف الحقيقية التي تتوخاها الإدارة وبالتالي فإن عيب الانحراف أصبح إثباته من السهولة بمكان.

ونحتم بالدور الذي يضطلع به التعليل في تحسين عمل الإدارة من خلال حملها على مراقبة نفسها بنفسها مما يجنبها اتخاذ قرارات متسرعة وطائشة، كما يهدف إلى تناسق سلوك العمل الإداري في إطار مرجعية قانونية قائمة، باعتبار التعليل عمل عقلائي يعتمد على التنسيق والتحليل والتدقيق ومن شأنه أيضا أن يؤدي إلى الانسجام والاستمرارية التي يجب أن تطبع العمل الإداري. وبالتالي يبقى هدفه وغايته هو التوصل إلى الوضوح والدقة وضمان تناسق سلوك الإدارة في المواقف المتشابهة، لأن التعليل على حد تعبير الأستاذ سليمان محمد الطماوي " يلزم الإدارة أن تفكر وتتروى قبل أن تتدخل، إذ أن مجرد شعور رجل الإدارة بأنه ملزم بأن يعلل قراره، وأنه سيخضع لعدة أنواع من الرقابة -رقابة رؤسائه أولا، ورقابة المعني بالأمر وذوي المصلحة ثانيا ورقابة القضاء ثالثا... كل هذا سيجعله ينجح إلى جانب الروية ويهدئ من نزواته وهمزات نفسه"¹

¹ سليمان محمد الطماوي "السلطة التقديرية والسلطة المقيدة" مرجع سابق، ص: 97

واقع الرقابة الوصائية في قانون البلدية رقم 11 - 10



بلال بلغال: باحث بصف الدكتوراه تخصص دولة

و مؤسسات عمومية بكلية الحقوق بجامعة الجزائر رقم 1

أستاذ مؤقت، بكلية الحقوق، بجامعة خميس مليانة، منذ سنة 2012

أستاذ مؤقت، بجامعة التكوين المتواصل، بخميس مليانة منذ سنة 2013

البريد الإلكتروني: bilalb3@hotmail.fr

مقدمة:

سعت الدولة الجزائرية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، إلى بناء دولة الحق والقانون، فقامت إخضاع كل أعمال السلطات العمومية إلى القانون، وقاعدتها إعطاء الحرية الكاملة للشعب بممارسة سيادته و سلطته التي لطلما تطلع إليها في عهد الاستعمار، و المشاركة في اتخاذ كل القرارات من خلال ممثليه الذين اختارهم، و هذا لتحقيق الديمقراطية التمثيلية.

و تتجسد صورة هذه الديمقراطية، في العديد من مواد الدستور الجزائري لسنة 1996، على غرار المادة 10 و المادة 14 و المادة 15 و المادة 16 و المادة 71 و المادة 101 منه، بحيث تنص المادة 14 في فقرتها الثانية على ما يلي: " المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته، و يراقب عمل السلطات العمومية." كما تنص المادة 16 أيضا " يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية و مكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية."

و عليه تعتبر المجالس المنتخبة المحلية منها (المجلس الشعبي البلدي و الولائي) و الوطنية (المجلس الشعبي الوطني) الأداة المناسبة لتحقيق مبادئ الديمقراطية و قواعد العدالة الاجتماعية.

و منه تعتبر البلدية حسب نص المادة 15 الجماعة القاعدية اللامركزية في تقديم الخدمة العمومية للمواطن المحلي، و تحسين وضعيته الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، و هذا بفضل الاحتكاك الدائم و التواجد اليومي معه، و على هذا الأساس اعتنى بها المشرع ونظمها بمجموعة من النصوص القانونية و تتمثل:

1 - الأمر رقم 67-24 ، المؤرخ في 18-06-1967 ، المتعلق بالبلدية¹ ، بحيث صدر هذا القانون في الظروف جد صعبة ، و هذا من أجل وضع حدا للنظام القانوني الموروث من الدولة الفرنسية ، حتى يكتمل المعنى الحقيقي للاستقلال الإداري و السياسي للدولة الجزائرية حديثة الاستقلال .

2 - القانون رقم 90-08 ، المؤرخ في 07-04-1990 ، المتعلق بالبلدية² ، فهذا القانون صدر وفقا لمبادئ و أحكام جديدة أقرها الدستور لسنة 1989 ، و على رأسها إلغاء نظام الحزب الواحد و اعتماد التعددية الحزبية ، بحيث تضمن العديد من الأحكام منها ، أنه حدد بدقة عمل و سير و صلاحيات كل من المجلس الشعبي البلدي و رئيسه ، كما أعطى الحق لأعضاء المجلس سحب الثقة من رئيسه ، مع العلم أن هذا القانون تم تعديله بموجب الأمر رقم 05-03 المؤرخ في 18-06-2005 ، الذي حدد بدقة حالات المجلس ، و هذا للقضاء على ظاهرة الانسدادات التي عرفتها المجالس الشعبية البلدية ، مما أضر بمبدأ استمرارية و السير الحسن للبلدية .

3 - القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22-06-2011 ، المتعلق بالبلدية³ ، الذي صدر بمناسبة الإصلاحات السياسية التي باشرتها الجزائر ، لتغطية الثغرات القانونية المتواجدة في القوانين السابقة المنظمة لنظام البلدية ، و استجابة للتطور العلمي و الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي و البيئي التي عرفته البلاد ، و هذا من أجل جعل هذه البلدية المكان المناسب و الفضاء الواسع لتقديم الخدمة العمومية الحوارية للمواطن ، لأنها أكثر احتكاكا به مقارنة بباقي أجهزة الدولة الأخرى⁴ .

و على هذا الأساس حمل هذا القانون العديد من الأحكام الجديدة التي مست عمل و سير و صلاحيات المجلس الشعبي البلدي و رئيسه ، و الموارد المالية للبلدية ، و الرقابة الوصائية الممارسة على أعمال و أعضاء المجلس الشعبي البلدي ، فهذه الأخيرة تم توسيعها تارة و تشديدها تارة أخرى من أجل جعل البلدية تمارس صلاحياتها في إطار مبدأ وحدة الدولة ، و على هذا الأساس سيتم من خلال هذه الدراسة المتواضعة معرفة معنى الرقابة الوصائية في المبحث الأول ، ثم معرفة في المبحث الثاني مظاهر توسيع و تشديد هذه الرقابة على أعضاء المنتخب البلدي و أعماله في قانون البلدية الجديد .

¹ راجع الأمر رقم 67-24 ، المؤرخ في 18-01-1967 ، المتعلق بالبلدية ، جريدة رسمية ، رقم 18 ، المؤرخة في 18-01-1967 .

² راجع الأمر رقم 90-08 ، المؤرخ في 07-04-1990 ، المتعلق بالبلدية ، جريدة رسمية ، رقم 15 ، المؤرخة في 11-04-1990 .

³ راجع القانون رقم 11-10 ، المؤرخ في 22-06-2011 ، المتعلق بالبلدية ، جريدة رسمية ، رقم 37 ، المؤرخة في 03-07-2011 .

⁴ أنظر عمار بوضياف : شرح قانون البلدية ، الطبعة الأولى ، دار جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 116 .

المبحث الأول: مفهوم الرقابة الوصائية:

سيتم التعرض إلى تحديد معنى الوصاية الإدارية في المطلب الأول، ثم التطرق إلى أهداف وجود الوصاية الإدارية في المطلب الثاني وأخير التعرض في المطلب الثالث إلى تمييز الوصاية الإدارية عن بعض المصطلحات المشابهة لها.

المطلب الأول: تحديد معنى الوصاية الإدارية:

سأتناول بالدراسة في الفرع الأول إلى التعريف التشريعي للوصاية الإدارية، ثم التعرض في الفرع الثاني إلى التعريف الفقهي للوصاية الإدارية.

الفرع الأول: التعريف التشريعي للوصاية الإدارية:

تكلمت كل الدساتير و المواثيق و القوانين الوطنية الجزائرية عن فكرة " الرقابة " على حساب فكرة " الوصاية الإدارية " ، فنجد على سبيل المثال : الدستور الجزائري لسنة 1976 ، تكلم بشكل واضح على فكرة الرقابة لا الوصاية في مادته 184 ، و التي تنص : " تستهدف المراقبة ضمان تسيير حسن لأجهزة الدولة في نطاق احترام الميثاق الوطني و الدستور و قوانين البلاد ."

كما أكد دستور 1996 هو آخر على فكرة الرقابة في مادته 14 و التي تنص : " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي و العدالة الاجتماعية ."

المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته و يراقب عمل السلطات العمومية ."

أما فيما يخص المواثيق الوطنية ، فنجد على سبيل المثال ، الميثاق الوطني الجزائري لسنة 1976 نص على فكرة الرقابة ، و هذا ما نستشفه في إحدى فقراته و التي تنص " يجب أن تمتد المراقبة إلى تطبيق القوانين و توجيهات الدولة و تعليماتها تطبيق حقيقيا و تسهر على احترام أصول الانضباط و الشرعية و تجارب البيروقراطية و شتى أنواع التباطؤ الإداري ."

أما القوانين المتعلقة بالبلدية (الأمر رقم 24-67 ، القانون رقم 08-90 ، القانون رقم 10-11) ، و القوانين المتعلقة بالولاية (الأمر رقم 38-69 ، القانون رقم 09-90 ، القانون رقم 07-12) ، كلها كرست فكرة " الرقابة الوصائية " على حساب فكرة " الوصاية الإدارية " ¹.

و منه نستنتج أن المشرع الجزائري ، لم يعط تعريفا شاملا للرقابة الوصائية ، و إنما اكتفى بالإشارة إليها في مختلف الدساتير و المواثيق و القوانين الوطنية التي سبق الإشارة إليها .

¹ سيتم التعرض إلى صور الرقابة الوصائية الممارسة على المنتخب البلدي بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا المقال .

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للوصاية الإدارية:

هناك محاولات عديدة لفقهاء القانون لتعريف الوصاية الإدارية¹، نذكر منها، التعريف الذي ورد للأستاذ " شارل دباش "، بحيث يعرفها على النحو الآتي: " الرقابة التي تمارسها الدولة على الوحدات الإقليمية، التي تنشأ عن سوء الإدارة، من جانب الوحدات اللامركزية مع ضمان تفسير القانون، بالنسبة لإقليم الدولة، بأكمله على ألا تتم هذه الوصاية إلا في الحالات المحددة قانوناً، حماية لاستقلال الوحدة المشمولة بالوصاية المذكورة²."

كما يمكن ذكر تعريف آخر، الذي ورد للأستاذ " زين العابدين "، بحيث يعرف الوصاية الإدارية، بأنها: " الوصاية الإدارية هي السلطات الإدارية المحددة، و الممنوحة بموجب القوانين النافذة لسلطة العامة العليا، لمراقبة التصرفات الإدارية للسلطات العامة المحلية، بهدف حماية المصلحتين العامة والمحلية³."

و ما يجب التنبيه إليه أن هذه التعاريف، أهملت العناصر الأساسية للوصاية الإدارية، و من بين هذه العناصر مثلاً: مبدأ المشروعية، الجهات المخولة لممارسة الوصاية الإدارية، الوسائل المستعملة في ممارسة الوصاية الإدارية.

و عليه نستنتج من خلال هذين التعريفين، تعريفاً بسيطاً للوصاية الإدارية بأنها " مجموع الصلاحيات و السلطات التي يقرها القانون، لأشخاص السلطة المركزية أو ممثلهم على المستوى المحلي، لمراقبة أشخاص الجماعات الإقليمية، و أعمالهم، بهدف حماية المصلحة العامة من جهة، و المحافظة على وحدة كيان الدولة، و إحترام مبدأ المشروعية من جهة أخرى."

و عليه يمكن أن نستنتج من خلال هذه التعريف، العناصر الأساسية للوصاية الإدارية و هي:

- 1- تعتبر الوصاية الإدارية هي حلقة وصل بين المركزية و اللامركزية من جهة، و ركن من أركان اللامركزية الإدارية من جهة أخرى.
- 2- تنصرف الوصاية الإدارية على أعضاء و أعمال هيئات اللامركزية، بهدف حماية مبدأ المشروعية و المصلحة العامة.
- 3- تنصرف الوصاية الإدارية على الجماعات الإقليمية المتمتعة بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي.

¹ غالباً ما يستعمل الفقهاء عوض فكرة " الوصاية الإدارية " عبارة الرقابة الإدارية لأن هذه الأخيرة تتماشى أكثر مع فكرة اللامركزية الإدارية القائمة على استقلال المجموعات المحلية، عكس فكرة " الوصاية الإدارية " التي تدل على الخضوع و التبعية.

و تجدر الإشارة أن القانون الفرنسي تخطى صراحة عن فكرة " الوصاية الإدارية " في دستور 1946 و كذلك الدستور الحالي 1958. مع العلم أننا نحيد فكرة " الوصاية الإدارية أو الرقابة الوصائية في هذا المقال لأن هذه الفكرة أكثر دلالة لتعبير عن الرقابة الخائفة الممارسة على المنتخب المحلي، في إطار القوانين الجديدة المنظمة للجماعات الإقليمية.

² Charles débâches: institutions administratives, 2éme édition, paris, 1972, page 73.

³ راجع زين العابدين بن بركات: مبادئ القانون الإداري، مطبعة دمشق، 1979، ص 97.

4- لا وجود لوصاية الإدارية ، بدون نص قانوني صريح ، و لا وجود لوصاية الإدارية ، تتعدى محتوى النص القانوني¹ .

المطلب الثاني : أهداف وجود الوصاية الإدارية :

تقررت الوصاية الإدارية ، بناء على جملة من المبررات و الأهداف ، و يمكن إيجاز هذه المبررات و الأهداف فيما يلي :

1 - احترام مبدأ المشروعية :

تعتبر الوصاية الإدارية أداة قانونية تربط الجماعات الإقليمية اللامركزية بالسلطات الإدارية المركزية ، للمحافظة على مبدأ وحدة الدولة ، و جعل كل تصرفات و أعمال هذه الجماعات تحترم جميع القواعد القانونية مهما كان شكلها و مصدرها المقررة في الدولة .

و عليه تلزم الوصاية الإدارية الجماعات الإقليمية بإتباع و خضوع لأحكام مبدأ المشروعية من جهة ، و إبعاد هذه الجماعات من السلوكيات و مناهج التعسف ، و الاستبداد من جهة أخرى ، و بهذا تستقيم الصلة بين الجماعات الإقليمية و المواطنين ، و بين هذه الجماعات و الدولة .

2 - حماية مصلحة الدولة :

تقررت الوصاية الإدارية على الهيئات المحلية ، لحماية المصلحة العامة من الناحية السياسية و الاقتصادية و المالية و الاجتماعية و الإدارية ، بحيث وجود و قيام نظام اللامركزي ، يؤدي إلى وجود أشخاص لامركزية متعددة ، إلى جانب شخصية الدولة و هو ما يهدد وحدة هذه الدولة ، لذلك يستوجب من الناحية السياسية ، وجود وصاية إدارية² . و منه تهدف هذه الوصاية إلى :

1 - الحفاظ على كيان الوحدة السياسية و الفكرية و الجغرافية للدولة ، و ابتعادها عن أي شكل من التقسيمات السياسية الجغرافية التي تعارض مبدأ الدولة البسيطة و الموحدة .

2- إن وجود فكرة الوصاية الإدارية لا تخدم الدولة بمفهومها المركزي و السياسي و الإداري فقط ، و إنما تخدم أيضا الجماعات الإقليمية اللامركزية ، لأن هاتين المؤسستين لها ارتباط عضوي و أصيل بعضهما البعض .

3- تعتبر الوصاية الإدارية الممارسة على الجماعات المحلية وسيلة لسير هذه الجماعات بانتظام حسب المخططات العامة للدولة .

بالإضافة إلى ذلك أن مصلحة الدولة تستوجب مجموعة من المبررات الاقتصادية و الإدارية و المالية ، و هي :

¹ راجع ناصر لباد : الوجيز في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص 95 .

² أنظر خالد القباني : اللامركزية و مسألة تطبيقاتها في لبنان ، الطبعة 1 ، منشورات عويدات ، بيروت ، 1981 ، ص 93-94 .

1- المبررات الاقتصادية :

تتمثل هذه المبررات في المحافظة على النظام الاقتصادي و المخطط العام للتنمية الذي تنتهجه الدولة سواء على المستوى الوطني أو على المستوى المحلي ، و عليه لا تخرج مخططات الجماعات الإقليمية عن المخطط الوطني المحدد من طرف الدولة على المستوى المركزي .

2- المبررات الإدارية :

تستوجب مصلحة الدولة من الناحية الإدارية وجود رقابة وصائية لضمان وحدة أعمال السلطة الإدارية المركزية من جانب أعضاء الهيئات اللامركزية و خاصة المنتخبين ، بحيث نجد أن هؤلاء المنتخبين عادة يفتقرون إلى الخبرة الإدارية و الكفاءة الفنية . و عليه وجود هذا النوع من الرقابة أمر ذو حيوية لتنسيق بين عمل السلطة الإدارية المركزية و الجماعات المحلية في إعطاء تفسير و تطبيق واحد و موحد للنصوص القانونية¹.

3- المبررات المالية :

فمصلحة الدولة تستوجب من الناحية المالية ، وجود رقابة وصائية صارمة على الهيئات اللامركزية في مراجعة الأعمال المالية لها ، و منع أيضا أي انحراف أو تجاوز في المسائل المالية ، و أحسن مثال على ذلك نص المادة 55 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية ، التي تنص: " لا تنفذ إلا بعد مصادقة الوزير المكلف بالداخلية عليها في أجل أقصاه شهران مداوات المجلس الشعبي الولائي المتضمنة ما يأتي :

- الميزانيات و الحسابات ، الهبات و الوصايا الأجنبية ."

و نفس الحكم وارد في نص المادة 57 من قانون البلدية رقم 10-11 التي نصت على أنه لا تنفذ مداوات المجلس الشعبي البلدي إلا بعد المصادقة عليها من قبل الوالي في أجل أقصاه ثلاثين يوما ، متى تعلق الأمر بالميزانيات و الحسابات ، الهبات و التوأمة .

4 - مصلحة المواطنين :

يرى العديد من الفقهاء من بينهم محمد جعفر أنس قاسم، و صالح فؤاد ، أن الوصاية الإدارية ، هي من بين الأمور الضرورية ، لحماية مصلحة المواطن المحلي ، و ذلك أن اللامركزية لا تثبت نجاعتها و نجاحها إلا إذا أحس المواطن بعزته و كرامته و ليس بمشاركته في تفسير شؤونه المحلية فقط ، بل بوجود أجهزة تراقب و تسهر على مصلحته و تحميه من سوء إدارة هذه الهيئات ، من الإهمال أو التعسف أو الاستبداد .

المطلب الثالث : تمييز فكرة الوصاية الإدارية عن بعض المصطلحات المشابهة لها :

سيتم التطرق في الفرع الأول إلى تمييز فكرة الوصاية الإدارية عن الوصاية المدنية ، ثم التطرق في الفرع الثاني إلى تمييز الوصاية الإدارية عن السلطة الرئاسية .

الفرع الأول - تمييز الوصاية الإدارية عن الوصاية المدنية : تختلف الوصاية الإدارية عن الوصاية المدنية في العديد من الجوانب و التي يمكن إيجازها فيما يلي :

¹ راجع مريم أسماء العباسي ، و نسيمة حديدي : الوصاية الإدارية و تطبيقاتها في الإدارة المحلية في الجزائر ، مذكرة ليسانس ، كلية الحقوق ، جامعة البليدة ، 2004-2005 ، ص 28 .

- 1 - تعتبر قواعد القانون الخاص المجال الحُصَب للوصاية المدنية على غرار القانون المدني و قانون الأسرة ، بينما يعتبر القانون الإداري المجال الوحيد للوصاية الإدارية .
 - 2 - تقررت الوصاية المدنية لصالح شخص ناقص الأهلية ، على خلاف الوصاية الإدارية فلا يرجع تقريرها إلى نقص في الأهلية ، بحيث نجد مثلا الجماعات الإقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن السلطات الإدارية المركزية ، حسب نص المادة 50 من القانون المدني المعدل و المتمم .
 - 3- تهدف الوصاية المدنية بالدرجة الأولى و الأخيرة إلى حماية مصالح القاصر الخاصة و أمواله ، في حين تهدف الوصاية الإدارية كما قلنا آنفا إلى حماية المصلحة العامة و المحافظة على مبدأ وحدة الدولة¹ .
 - 4 - يمارس الوصي في الوصاية المدنية جميع الأعمال القانونية باسم و لحساب الشخص الموصي له حسب نص المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم ، و هذا على خلاف الوصي في الوصاية الإدارية ، الذي يباشر جميع الأعمال القانونية باسم و لحسابه الخاص ، لأنه يملك حرية التصرف .
 - 5 - الوصي في الوصاية المدنية هو الذي يملك حرية التصرف فقط دون الشخص الموصي له ، بينما نجد أن الوصي (السلطة الإدارية المركزية) و الشخص الموصي له (الجماعات الإقليمية) كل واحد منهما يملك حرية التصرف .
- الفرع الثاني - تمييز الوصاية الإدارية عن السلطة الرئاسية :**
- تختلف الوصاية الإدارية عن السلطة الرئاسية في العديد من الجوانب ، و تتمثل فيما يلي :
- 1 - لا تمارس الوصاية الإدارية إلا بوجود نص قانوني صريح ، و لا تتعدى الوصاية الإدارية محتوى النص القانوني ، و عليه الوصاية الإدارية لا تمارس بصفة التلقائية ، و هذا على خلاف السلطة الرئاسية التي تمارس بصفة التلقائية من طرف الرئيس على أعمال مرؤوسيه .
 - 2 - تعتبر الوصاية الإدارية ركنا من أركان النظام اللامركزية ، و هذا على خلاف السلطة الرئاسية التي تعتبر ركن من أركان النظام المركزي .
 - 3 - يملك الشخص الموصي له في الوصاية الإدارية كامل الصلاحيات في إصدار الأوامر و القرارات ، لأن هذه الصلاحيات ممنوحة له قانونا ، هذا على خلاف السلطة الرئاسية ، فالمرؤوس لا يملك الصلاحيات التي يملكها الشخص الموصي له في الوصاية الإدارية ، بل يملك صلاحيات مفوضة .
 - 4 - لا مجال الحديث عن علاقة الخضوع و التبعية في الوصاية الإدارية ، على خلاف السلطة الرئاسية قوامها علاقة الخضوع و التبعية بالأساس بين الرئيس الإداري و المرؤوس .
 - 5 - لا يملك المرؤوس سلطة الطعن القضائي في أعمال رئيسه في ظل السلطة الرئاسية ، و هذا ما أقره القضاء الفرنسي ، لأنه لا يعقل أن نعترف من جهة للرئيس الإداري بسلطة إصدار الأوامر و التوجيهات للمرؤوسين بغرض تنفيذها ، ثم نعطي بالمقابل لهؤلاء حق الطعن في هذه الأوامر و مساءلة رؤسائهم أمام السلطة القضائية ، و هذا خلاف ذلك في الوصاية الإدارية التي تعطي الحق بصفة صريحة الطعن في قرارات السلطات الإدارية المركزية² .
 - 6 - يتحمل الرئيس الإداري المسؤولية الكاملة عن جميع الأعمال القانونية التي اتخذها مرؤوسيه ، بحيث يفترض في الرئيس أنه مصدر القرار ، و أن له حق الرقابة و الإشراف و التوجيه ، بينما لا تتحمل سلطة الوصاية أية مسؤولية بشأن الأعمال الصادرة عن الجهاز الإداري المستقل .

¹ أنظر عمار بوضياف : شرح قانون البلدية ، المرجع السابق ، ص 39 .

² أنظر عمار بوضياف : التنظيم الإداري بين النظرية و التطبيق ، الطبعة الأولى ، دار جسر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 40 .

المبحث الثاني: توسيع و تشديد الرقابة الوصائية الممارسة على المنتخب البلدي :

تطبيقا للمبدأ لا وصاية بدون نص قانوني ، و لا وصاية تتعدى محتوى النص القانوني ، بحيث يلاحظ أن قانون البلدية الجديد على خلاف من قانون البلدية القديم ، وسع و شدد من نطاق الرقابة الوصائية ، الممارسة على أعضاء المجلس ش ب و أعماله ، لذا سنحاول معرفة مظاهر توسيع الرقابة الوصائية على أعضاء المجلس في المطلب الأول ، ثم التطرق في المطلب الثاني إلى مظاهر تشديد الرقابة الوصائية على المجلس ككل ، و أخيرا معرفة في المطلب الثالث إلى مظاهر توسيع الرقابة الوصائية على أعمال المجلس .

المطلب الأول: مظاهر توسيع الرقابة الوصائية على أعضاء المجلس :

تتمثل صور هذه الرقابة من خلال أحكام المواد 41 و 42 و 43 و 44 و 45 من قانون البلدية رقم 10-11 في ثلاثة حالات و هي : التوقيف ، و الإقصاء ، و الاستقالة .

أولا - التوقيف :

يعتبر الإيقاف تجميدا مؤقتا لعضوية المنتخب ، بحيث نظمت أحكامه بموجب المادة 43 من قانون البلدية رقم 10-11 و عليه نلاحظ أن قرار توقيف العضو المنتخب يكون بناء على جملة من الشروط :

1- من حيث السبب : يكون توقيف العضو المنتخب إذا كان محل متابعة قضائية بسبب جنائية أو جنحة لها صلة بالمال العام أو لأسباب مخلة بالشرف، لا تمكنه من متابعة عهده الانتخابية وهنا يتم استبعاد "المخالفة" ، و هذا ما نستشفه من عبارة " بسبب جنائية أو جنحة " ، بالإضافة إلى ذلك هناك عبارة جديدة و هي "...أو كان محل تدابير قضائية.." وهذا ما يدل على توسيع من مجال إيقاف المنتخب البلدي .و ما يجب التنبيه إليه أن المادة 32 من قانون البلدية رقم 90-08 لم تحدد بدقة نوع المتابعة القضائية ، وهذا ما لاحظناه من عبارة "إذا تعرض عضو منتخب لمتابعة جزائية.." و هذا ما يفهم من منح السلطة التقديرية للوالي في توقيف العضو المنتخب أو عدم توقيفه ، و بالتالي هذه السلطة تشكل خطر على مناصب أعضاء المجلس ش ب ، مما يؤدي إلى المساس باستقلالية البلدية.

وفي الأخير إذا صدر حكم قضائي نهائي من طرف المجلس القضائي ، يقضي ببراءة المنتخب ، فإن هذا الأخير يستأنف ممارسة مهامه الانتخابية مباشرة ، و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 43 من قانون البلدية . و عليه هذه الفقرة تعتبر جديدة و غير منصوص عليها في المادة 32 من قانون البلدية رقم 90-08 .

2- من حيث الاختصاص : حددت الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون البلدية رقم 10-11 ، الجهة المخولة بإصدار قرار توقيف العضو المنتخب و المتمثلة في الوالي ، و مع العلم أن هذه الفقرة حذفت استشارة المجلس ش ب ، التي كانت مكرسة في الفقرة الأولى من قانون البلدية رقم 90-08 ، و هذا ما يؤدي إلى تقوية من مكانة سلطة الوالي على حساب الهيئة التمثيلية .

3- من حيث المحل : يتمثل موضوع محل قرار التوقيف ، في تعطيل ممارسة العضو المنتخب البلدي لمهامه الانتخابية ، كأن لا يحضر لأشغال و أعمال المجلس الشعبي البلدي مثلا ، وهذا ما نصت عليه صراحة في الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون البلدية رقم 10-11 من خلال عبارة " لا تمكنه من الاستمرار في ممارسة عهده الانتخابية بصفة صحيحة " ، و منه لا يمكن تصور المنع هنا خارج إطار الحبس .

4- من حيث الشكل و الإجراءات : انطلاقا من الفقرة الأولى و الثانية من المادة 43 من قانون البلدية رقم 11-10 ، يتضح لنا أن قرار توقيف المنتخب البلدي ، يتم بموجب قرار من طرف الوالي ، و الحكمة التي أرادها المشرع تحقيقها من خلال ذلك هو المحافظة على مصداقية هيئة المداولة .

ثانيا - الإقصاء :

نظم قانون البلدية رقم 11-10 أحكام الإقصاء في المادتان 44 و 41 . فتنص الفقرة الأولى من المادة 44 على أنه يقضى بقوة القانون ، إذا كان أي عضو من أعضاء م ش ب محل إدانة جزائية نهائية بسبب ارتكابه جنحة أو جناية لها صلة بالمال العام أو لأسباب مخللة بالشرف كل منتخب بالمجلس ش ب ، و يثبت بقرار من الوالي ، لكن نلاحظ أن عبارة " إدانة جزائية نهائية" توفر الحماية القانونية للمعني بالقرار ، و تفعل مبدأ التقاضي على درجتين ، بحيث استبعد المشرع صراحة حكم المحكمة حتى و لو كان يدين العضو المنتخب ، و انتظار القرار النهائي الذي يصدر عن المجلس القضائي¹ ، لكن قرار الوالي لا يضمن الحماية القانونية للمنتخب البلدي ، و هذا على خلاف أحكام المادة 46 من قانون الولاية رقم 12-07 بحيث تجعل قرار الإقصاء الصادر من وزير الداخلية يكون بناء على مداولة المجلس الشعبي الولائي ، و هذا ما يستتشف من عبارة " يثبت الوالي هذا الإقصاء بموجب قرار . " ، و ما يلاحظ أن المادة 44 من قانون البلدية الجديد لم تلزم الجهة الوصية بتسيب قرارها المتعلق بالإقصاء ، و هذا ما يعقد من مهمة القاضي الإداري في مراقبته لقرار الإقصاء خاصة و أن الجزائر ، لا يوجد فيها قضاة إداريين متخصصين² .

و في حالة إقصاء المنتخب ، يجب استخلافه في أجل لا يتجاوز الشهر بالمرشح الذي يلي مباشرة آخر منتخب من نفس القائمة ، بقرار من الوالي ، وهذا ما أكدته المادة 41 من قانون البلدية الجديد .

و عليه نستنتج أن قانون البلدية رقم 11-10 كسابقه عالج الإقصاء بشيء من الاختصار و الاقتضاب ، لذا كان من المفروض أن يتناوله بشيء من التفصيل ، بحيث أصبح الإقصاء يشكل في وقتنا الراهن أحد الوسائل الضاغطة بيد الأجهزة المركزية اتجاه الجماعات الإقليمية ، و هذا ما يمس باستقلالية هذه الجماعات .

ثالثا - الاستقالة :

نظم قانون البلدية رقم 11-10 أحكام الاستقالة بموجب المادتان 42 و 45 ، بحيث نجد الفقرة الأولى و الثانية من المادة 42 تنص أن استقالة العضو المنتخب تكون سارية إذا قرر أعضاء المجلس الشعبي البلدي ذلك بموجب مداولة ، على خلاف ما كان معمول به في الفقرة الثانية و الثالثة من المادة 30 من قانون البلدية رقم 90-08 ، بحيث تكون استقالة العضو المنتخب سارية من تاريخ استلام رئيس المجلس الشعبي البلدي الاستقالة أو بعد شهر من تاريخ إرسالها إليه ، و منه نفهم أن المجلس الشعبي البلدي ليس له أي قرار أو رأي بشأن استقالة العضو المنتخب ، خاصة من خلال عبارة " يعلم رئيس المجلس الشعبي البلدي بذلك فورا ، المجلس الشعبي البلدي و الوالي.." الواردة في الفقرة الثالثة من المادة 30 من قانون البلدية رقم 90-08 ، و الجدير بالملاحظة أن استقالة العضو المنتخب في المادة 42 من قانون البلدية رقم 1-10 جاءت مضبوطة و دقيقة، لكنها تمتاز بالصعوبة ، هذا من

¹ راجع عمار بوضياف : شرح قانون البلدية ، المرجع السابق ، ص 285 .

² أنظر رشيد خلوفي : قانون المنازعات الإدارية ، تنظيم و اختصاص القضاء الإداري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2011 .

أجل المحافظة على مبادئ حسن وسير البلدية بانتظام في أداء مهامها من جهة و تفادي حدوث ظاهرة كثرت الاستقالات المقدمة من طرف أعضاء المجلس الشعبي البلدي من جهة أخرى ، و هذا ما يتماشى مع سياسة مبدأ اللامركزية .

وفي الأخير نصت المادة 45 من قانون البلدية رقم 11-10 على مسألة جديدة فيما يخص الاستقالة لم تكن موجودة في قانون البلدية رقم 90-08 ، بحيث يعتبر كل عضو مستقيلًا تلقائيًا إذا تغيب بدون مبرر في أكثر من ثلاث دورات عادية خلال نفس السنة ، و يثبت ذلك بموجب مداولة من طرف المجلس الشعبي البلدي ، و يخطر الوالي بذلك ، و هذا لمحاربة ظاهرة الغياب من طرف المنتخبين خاصة و أن هذه الظاهرة بدأت تشق طريقها نحو التوسع¹ .

و حسنا ما فعل المشرع أيضا حين وفر لأول مرة للمنتخب المتغيب ضمانته تتمثل في سماعه من قبل المجلس لتبرير غيابه فإذا تخلف عن حضور جلسة السماع رغم صحة التبليغ اتخذ قرار المجلس في غيابه ، و يعتبر حضوريا .

لكن ما يلاحظ أن نص المادة 45 عاجت الدورة العادية فقط ، دون التطرق إلى غياب العضو المنتخب في الدورة الاستثنائية .

المطلب الثاني : مظاهر تشديد الرقابة الوصائية على الهيئة التمثيلية ككل :

يتضح لنا من خلال أحكام المواد 46 و 47 و 48 و 49 و 50 و 51 من قانون البلدية رقم 11-10 ، أن الرقابة الوصائية الممارسة على المجلس الشعبي البلدي ككل ، تتمثل في صورة واحدة و هي الحل ، بحيث يعتبر أخطر إجراء لأنه يعكس خطورة السبب الداعي له ، لذا نجد أن أحكام المادة 46 حصرت 08 حالات حل المجلس و تتمثل :

1- حالة خرق أحكام دستورية : و هذا أمر معقول و طبيعي ، فكيف يتسنى لمجلس شعبي بلدي أن يتجاوز القانون الأسمى في الدولة ، بدل أن يكون هو أول المحافظين عليه ، و عليه فإن المجلس الشعبي البلدي بهذه الممارسة لا يستحق الاستمرار و البقاء ، لذا يتعين حله ، مع العلم أن هذه الحالة غير مكرسة في أحكام قانون البلدية رقم 90-08 .

2- إلغاء انتخاب جميع أعضاء المجلس: يتضح لنا من خلال عبارة " إلغاء انتخاب جميع الأعضاء " تفيد العموم بحيث لم تحدد بدقة طبيعة إلغاء انتخاب ، هل إلغاء انتخاب يكون دائم أم مؤقت ؟ ، و تجدر الإشارة أن قانون البلدية القديم لم ينص على هذه الحالة كذلك .

3- في حالة استقالة جماعية لأعضاء المجلس الشعبي البلدي : هذه الحالة هي نفسها مكرسة في أحكام المادة 34 من قانون البلدية رقم 90-08 .

4- عندما يكون الإبقاء على المجلس مصدر اختلالات خطيرة تم إثباتها أو من طبيعته المساس بمصالح المواطنين و طمأنينتهم : و يتضح لنا من عبارة " مصدر اختلالات خطيرة " أنها جاءت غامضة و غير واضحة ، لذا يجب على المشرع تكملة عبارة " عندما يكون الإبقاء على المجلس مصدر الاختلالات خطيرة ، تعرقل السير العادي له " ، و هنا تكون عبارة واضحة ، كما يبدو لنا من عبارة " في حالة خلافات خطيرة بين أعضاء م ش ب تعيق السير العادي لهيئات

¹ أنظر عمار بوضياف : شرح قانون البلدية ، المرجع السابق ، ص 286 .

البلدية" الواردة في المادة 46 من قانون البلدية الجديد ، تفيد نفس المعنى و الغاية الحالة التي تطرقت إليها النقطة الرابعة الواردة في نفس المادة ، أما عبارة " من طبيعته المساس بمصالح المواطنين و طمأنينتهم " هي جديدة غير مكرسة في أحكام المادة 34 من قانون البلدية القديم ، و هذا أمر منطقي بحيث نجد أن المجلس الشعبي البلدي وجد من أجل حماية مصالح المواطنين وخدمته لا غير ، و في حالة المخالفة لا يستحق البقاء أو الاستمرار.

5- عندما يصبح عدد المنتخبين أقل من الأغلبية المطلقة : و تجدر الإشارة أن المادة 34 من قانون البلدية القديم، استعملت عبارة " عندما يصبح عدد أعضاء المنتخبين أقل من نصف الأعضاء" ، و عليه فإن هناك اختلاف بين مصطلح " الأغلبية المطلقة" و مصطلح " نصف الأعضاء" ، و بالتالي مصطلح " الأغلبية المطلقة" أوسع بكثير من مصطلح " نصف الأعضاء" ، و عليه نستنتج أن قانون البلدية رقم 11-10 ، شدد من حل المجلس الشعبي البلدي في هذه الحالة .

6- حالة اندماج بلديات أو ضمها أو تجزئتها : و هذا الأمر يستدعى حل المجلس و انتخاب مجلس جديد يراعي الوضعية الجديدة للبلديات ، فهذه الحالة منصوص عليها في قانون البلدية القديم .

7- حالة حدوث ظروف استثنائية تحول دون تنصيب المجلس المنتخب : فهذه الحالة جديدة غير مكرسة في قانون البلدية القديم ، و ما يتضح لنا من خلال مصطلح "ظروف استثنائية" أنها أعطت للسلطة الوصية ، السلطة التقديرية في حل المجلس الشعبي البلدي لأن النص لم يحدد بدقة طبيعة الظروف الاستثنائية . و منه نستنتج أن المادة 46 من قانون البلدية الجديد وسعت من مجالات حل المجلس الشعبي البلدي ، بحيث ذكرت ثلاث حالات جديدة سبق و أن أشرنا إليها سابقا . أما المادة 47 من نفس القانون ، تعطي الحق لرئيس الجمهورية إصدار مرسوم رئاسي لحل المجلس الشعبي البلدي ، بناء على تقرير من وزير الداخلية ، و هذا على خلاف أحكام المادة 35 من قانون البلدية رقم 90-08 ، لم تحدد طبيعة مرسوم حل المجلس الشعبي البلدي ، و ما يلاحظ أن المرسوم الرئاسي يتميز بحصانة ضد الرقابة القضائية ، لأنه من أعمال السيادة¹ .

أما المادة 48 من قانون البلدية رقم 11-10 ، تلزم الوالي بتعيين متصرف و مساعدين ، خلال عشرة أيام التي تلي حل المجلس الشعبي البلدي ، و هذا للحفاظ على مبدأ استمرارية البلدية و ممتلكاتها و أمنها من جهة و من جهة أخرى منعا لتسيب الأمور و أعمال المصالح المحلية خلال الفترة الواقعة بين قرار حل المجلس الشعبي البلدي ، و تنصيب المجلس الجديد . لكن ما يمكن ملاحظته أنها لا تفعل مبدأ المشاركة ، بحيث نجد أن الوالي له الحق في تعيين متصرف و مساعدين ، دون أن يمنح هذا الاقتراح إلى سكان إقليم البلدية ، و هذا لا يتماشى مع مبادئ اللامركزية² .

و تجدر الإشارة أن المادة 36 من قانون البلدية رقم 90-08 تعطي الحق للوالي بتعيين مجلس مؤقت لتسيير البلدية في حالة حل المجلس الشعبي البلدي .

يجب أن تجرى انتخابات تجديد المجلس الشعبي البلدي كقاعدة عامة ، في أجل أقصاه 06 أشهر من تاريخ حل المجلس الشعبي البلدي ، و هذا ما أكدته المادة 49 من قانون البلدية الجديد ، وهذا من أجل المحافظة على استقرار الأوضاع و المحافظة على مستقبل الجماعات الإقليمية و الابتعاد عن ظاهرة شغور المجالس الشعبية البلدية ، كما لا

¹ راجع علاء الدين عشي: شرح قانون البلدية رقم 11 - 10 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2011 ، ص 54 .

² أنظر محمد بركات : النظام القانوني للمنتخب ، رسالة الماجستير ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1998 ، ص 156 - 157 .

يمكن تجديد عملية المجلس الشعبي البلدي ، خلال السنة الأخيرة من العهدة الجارية ، و هو ما يعني استمرار المتصرف و المساعدين في مواصلة عملهم ، إلى غاية إجراء الانتخابات العامة ، و هذا لحماية المال العام ، و عدم الإنفاق و بذل الجهد في تنظيم انتخابات جزئية في منطقة معينة قبل سنة من بدء موعد انتخابات عامة ، تشمل كل الوطن ، لذا يكون من الأنسب المحافظة على المندوبية ، و عدم إجراء الانتخابات في المنطقة المشمولة بالحل إلى غاية بدء الانتخابات العامة ، و هذا حل مناسب و موضوعي .

المطلب الثالث : مظاهر توسيع الرقابة الوصائية على أعمال المجلس :

نظم قانون البلدية رقم 11-10 الرقابة الوصائية الممارسة على أعمال المجلس في أحكام المواد 56 و 57 و 58 و 59 و 60 و 61 ، و تتمثل صور هذه الرقابة في المصادقة و الإلغاء و الحلول .

أولا - المصادقة :

يتضح من أحكام المادتين 56 و 57 و 58 من قانون البلدية رقم 11-10 ، أن هناك نوعين من المصادقة ، و هي المصادقة الضمنية ، و المصادقة الصريحة .

1 - المصادقة الضمنية :

نصت أحكام المادة 56 من قانون البلدية رقم 11-10 ، على أن مداوات المجلس الشعبي البلدي تكون قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد مرور واحد وعشرين يوما من تاريخ إيداعها بالولاية ، بعدما كانت بمرور خمسة عشر يوما من تاريخ إيداعها بالولاية ، في نص المادة 41 من قانون البلدية القديم .

2 - المصادقة الصريحة :

نصت المادة 57 من قانون البلدية رقم 11-10 على أنه لا تنفذ مداوات المجلس الشعبي البلدي إلا بعد المصادقة عليها من قبل الوالي متى تعلق الأمر بما يلي :

* الميزانيات و الحسابات ، و ردت هذه الحالة في قانون البلدية رقم 90-08 . مع العلم أن هذه الحالة بطبيعتها تفرض تدخل السلطات المركزية ، لذلك استثنائها المشرع ، و حسنا ما فعل .

* التنازل على العقار و اقتناؤه أو تبادله ، و هذه حالة جديدة بحيث لم ينص عليها قانون البلدية رقم 90-08 ، و هذا للمحافظة على الوعاء العقاري ، و إضفاء صفة الشرعية على المعاملات العقارية .

* الهبات و التوأمة ، فهذه الحالة هي الأخرى ، لم ينص عليها قانون البلدية القديم ، و هذا أمر طبيعي فالهبات و الوصايا من مصدر أجنبي تحتاج إلى تحريات لازمة في الموضوع ، و تدخل جهات متعددة ليمنح الترخيص للمجلس ، بقبول الهبة أو الوصية الأجنبية .

و يبقى أن نشير في الأخير ، أن المداولة المتعلقة بإحداث مصالح و مؤسسات عمومية بلدية تنفذ بقوة القانون و لا يحتاج تنفيذها إلى المصادقة الصريحة ، كما كان معمول به في أحكام المادة 42 من قانون البلدية رقم 90-08 . و تجدر الإشارة أن أحكام المادة 57 من قانون البلدية رقم 11-10 ، و كذلك أحكام المادة 43 من قانون البلدية رقم

08-90 ، حددت المدة المخولة للسلطة الوصية ، و تتمثل في أجل 30 يوما من تاريخ إيداع المداولة في الولاية ، لأن عدم تحديد هذه المدة ، يؤدي إلى نتائج سلبية منها تعطيل النشاط الإداري اللامركزي ، و عرقلة السير العادي لمجلس الشعبي البلدي .

ثانيا : الإلغاء :

عالج قانون البلدية رقم 11-10 الإلغاء في المواد 59 و 60 و 61 ، مع العلم أن المشرع استعمل مصطلح البطلان بدل من مصطلح الإلغاء ، لكن يا حبذا لو يستعمل في مجال القانون الإداري مصطلح الإلغاء بدل البطلان ، بحيث أن مصطلح البطلان يستعمل أكثر في القانون المدني ، بينما الإلغاء يستعمل أكثر على صعيد المنازعات الإدارية و كذا على المستوى القضائي ، فنجد على سبيل المثال دعوى الإلغاء ، و ليس دعوى البطلان .

فانطلاقا من أحكام المواد المذكورة أعلاه نلاحظ هناك نوعين من البطلان و هما البطلان بقوة القانون و البطلان النسبي.

1 - البطلان بقوة القانون :

تطرق أحكام الفقرة الأولى و الثانية من المادة 59 من قانون البلدية رقم 11-10 ، إلى 03 حالات تكون مداوات المجلس الشعبي البلدي باطلة بقوة القانون ، و تتمثل في :

- المداوات المتخذة خرقا للدستور أو القوانين أو التنظيمات :

إن هذه الحالة ، هي نفسها مكرسة في المادة 44 من قانون البلدية رقم 08-90 ، و هذا سبب معقول للمداولة التي تصطدم مع القوانين أو التنظيمات تفقد شرعيتها ، و لا يمكن أن يكتب لها التنفيذ أو المصادقة .

- المداوات التي تمس رموز الدولة وشعاراتها :

لم تنص أحكام المادة 44 من قانون البلدية رقم 08-90 على هذه الحالة ، و الغرض من ذلك هو المحافظة على رموز الدولة و شعاراتها ، فلا ينبغي أن نتخذ من التعددية الحزبية و حرية الرأي قناعا للمساس برموز الدولة و شعاراتها ، بل يقتضي الأمر المحافظة عليها ، مع العلم أن مصطلح رموز الدولة وشعاراتها واسع ، و هذا لا يتماشى مع سياسة اللامركزية الإدارية .

- المداوات غير المحررة باللغة العربية :

لم ترد هذه الحالة في المادة 44 من قانون البلدية رقم 08-90 بشكل صريح إلا أنها أشارت إليها بصفة ضمنية و هذا ما يستشف من عبارة " لا تكون مخالفة للدستور لا سيما المواد 2 و 3 و... الخ الواردة في نص هذه المادة ، و هذا تماشيا بطبيعة الحال مع أحكام المادة 38 التي جاءت على صفة الإلزام ، أما المادة 59 من قانون البلدية الجديد أشار هذه الحالة بصفة صريحة و هذا تماشيا من جهة مع أحكام المادة الثالثة من دستور 1996 ، و أحكام المادة 53 من قانون البلدية الجديد .

- المداولات التي تتناول موضوعا لا يدخل ضمن اختصاصات المجلس :

كرست المادة 44 من قانون البلدية رقم 90-08 ، و هذا أمر طبيعي فلا يمكن للمجلس الشعبي البلدي مثلا ، أن يتجاوز حدود صلاحياته ، كأن يتداول في مسألة تخص قطاع العدالة أو الشؤون الخارجية أو الدفاع لأنها لا تدخل ضمن قواعد التسيير المحلي ، لكن الإشكال يطرح لا يوجد هناك أي معيار للتمييز بين الاختصاصات المحلية و الاختصاصات الوطنية بالإضافة إلى ذلك أن الصلاحيات الممنوحة للمجلس الشعبي البلدي ، بموجب مواد قانون البلدية ، ليست واردة على سبيل الحصر ، لأن المجلس الشعبي البلدي ، يمارس صلاحياته في إطار مبدأ وحدة الدولة. مع العلم أن قانون البلدية الجديد لم ينص على هذه الحالة مما يدل على إلغائها.

- المداولات المتخذة خارج الاجتماعات القانونية للمجلس :

يتضح لنا من أحكام قانون البلدية رقم 90-08 ، المتعلقة بإجراءات و أشكال مداولات المجلس سواء تعلق الأمر بفترات الدورة أو بمدتها أو النصاب المطلوب لانعقادها ، جاءت ملزمة ، و منه في حالة مخالفتها يترتب عليها بطلان المداولة لأن الإجراءات و الأشكال من النظام العام ، لكن لاحظنا أن أحكام قانون البلدية الجديد حذف هذه المسألة ، و بالتالي كان غير موفق بحيث لاحظنا أن أحكام المواد المتعلقة بتحديد فترات الدورة أو بمدتها أو النصاب المطلوب لانعقادها لقد جاءت ملزمة.

و في الأخير تطبيقا لأحكام المادة 59 في فقرتها الثانية تعطي الحق إلى الوالي في أي لحظة إصدار قرار يقضي ببطلان مداولات المجلس إذا تحققت حالة من الحالات المنصوص عليها في هذه المادة .

2 - البطلان النسبي :

نظم قانون البلدية رقم 11-10 ، أحكام البطلان النسبي في المادتين 60 و 61 ، فنجد أحكام الفقرة الأولى من المادة 60 تنص بصفة صريحة أنه " لا يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي عضو في المجلس أن يكون في وضعية تعارض مصالحه مع مصالح الولاية بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء ، حضور المداولة التي تعالج هذا الموضوع . " و ما يمكن ملاحظته أن هذه الفقرة ، وسعت من مجالات إبطال مداولات المجلس ، بحيث نجدها أضافت رئيس المجلس الشعبي البلدي و الأصول و الأزواج و الفروع إلى غاية الدرجة الرابعة ، مقارنة بنص المادة 45 من قانون البلدية رقم 90-08 ، و هذا للمحافظة على مصداقية الهيئة التداولية ، و إضفاء صفة الشفافية في أعمالها حتى لا تطغى المصلحة الخاصة على المصلحة العامة .

أما الفقرة الثالثة من المادة 60 تلزم كل عضو من أعضاء المجلس ، تقديم التصريح إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي ، إذا كان في وضعية تعارضه مصالح المجلس ، أما الفقرة الرابعة هي الأخرى تلزم رئيس المجلس الشعبي البلدي ، بتقديم تصريح إلى المجلس الشعبي البلدي إذا كان في وضعية تعارض مصالح متعلقة به ، مع العلم أن هاتين الفقرتين لم ينص عليهما قانون البلدية القديم ، و هذا شئ إيجابي ، لكن ما يلاحظ من هاتين الفقرتين لم تنص على الحلول التي يمكن أن يلجأ إليها رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة عدم تقديم أي عضو هذا التصريح ، أو الحلول التي يلجأ إليها المجلس الشعبي البلدي ، في حالة عدم تقديم رئيس المجلس الشعبي البلدي هذا التصريح .

أما الفقرة الثانية من المادة 60 من قانون البلدية رقم 10-11، تعطي للوالي الحق في بطلان مداولة المجلس الشعبي البلدي بموجب قرار معلل، إذا ثبت توافر حالة الجمع بين المصلحة الشخصية أو مصلحة الزوجة أو أحد الأصول و الفروع إلى غاية الدرجة الرابعة مع مصلحة البلدية. مع العلم أن المادة 46 من قانون البلدية القديم تثير إشكالا إجرائيا، بحيث نجد أنها تعطي الحق للمجلس الشعبي البلدي أن يطعن قضائيا في قرار الوالي القاضي ببطلان مداولة المجلس الشعبي البلدي و بالتالي يصبح الوالي طرفا مدعى عليه، و المجلس الشعبي البلدي طرفا مدعيا، مع العلم أن الوالي له أهلية التقاضي طبقا لأحكام المادة 828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما المجلس الشعبي البلدي لا يملك الشخصية المعنوية، و بالتالي ليست له أهلية التقاضي، فكيف يتم مقاضاته، لذا تظل مشكلة التمثيل القضائي مطروحة بالنسبة للمجلس الشعبي البلدي، و لكن هذا الإشكال لا يطرح تماما في قانون البلدية الجديد لأن نص المادة 61 تعطي الحق لرئيس المجلس الشعبي البلدي في رفع دعوى إبطال قرار الوالي القاضي ببطلان مداولة المجلس الشعبي البلدي أو رفض المصادقة على مداولاته.

و ما يجب الانتباه إليه أن المشرع الجزائري في قانون البلدية رقم 10-11 لم يشجع التسوية الودية، بحيث يعطي للوالي الحق في إعطاء فرصة للمجلس الشعبي البلدي لإعادة النظر في المداولة المخالفة للقوانين و التنظيمات، من أجل استدراك الخطأ و العدول عن هذه المداولة، بدل عرض الأمر على القضاء مباشرة، و في حالة إذا تبادى المجلس الشعبي البلدي في الخطأ، صار الاحتكام للقضاء الإداري أمرا مقضيا.

ثالثا: الحلول :

يعتبر الحلول أشد صور الرقابة الوصائية، بحيث نجد أن السلطة التنفيذية أو ممثليها تحل محل الهيئة اللامركزية في أداء عملها التي رفضت القيام به، و منه لا تمارس سلطة الحلول هذه إلا بتوافر جملة من الشروط :

1- لا بد من وجود نص قانوني صريح، يفرض على المجلس الشعبي البلدي القيام بعمل معين .

2- دعوة السلطة التنفيذية أو ممثليها، المجلس الشعبي البلدي القيام بعمل يفرضه القانون، و في حالة إذا امتنع هذا المجلس عن أداء مهامه، كان للسلطة الوصية بوصفها القائمة على التنفيذ، أن تحل محل هذا المجلس في أداء هذا العمل. و عليه أعطى قانون البلدية رقم 10-11، الحق للوالي أن يحل محل المجلس الشعبي البلدي و رئيسه، فيما يلي :

1- سلطة حلول الوالي محل المجلس الشعبي البلدي :

و تتجلى سلطة الحلول هذه في العديد من الحالات :

الحالة الأولى : إذا لم يتم المجلس الشعبي البلدي بعد 08 أيام من تاريخ اعذاره من طرف الوالي، بالإجراءات التي تضمن توازن ميزانية البلدية، فان الوالي يقوم بضبط ميزانية البلدية، و هذا ما نصت عليه المادة 183 من قانون البلدية الجديد.

الحالة الثانية : يقوم الوالي بتسجيل النفقات الإجبارية التلقائية في ميزانية البلدية، إذا لم يتم المجلس الشعبي البلدي بذلك بعد اعذاره .

الحالة الثالثة : إذا لم يقيم المجلس الشعبي البلدي المصادقة على ميزانية البلدية في الدورة غير العادية بسبب اختلال داخل المجلس ، فإن الوالي يتولى بعد ذلك عملية ضبط ميزانية البلدية ، وهذا ما نصت عليه المادة 186 من قانون البلدية الجديد ، مع العلم أن أحكام هذه المادة غير منصوص عليها في قانون البلدية القديم .

الحالة الرابعة : في حالة إذا لم يقيم المجلس الشعبي البلدي ، باتخاذ كافة الإجراءات الرامية لامتناع العجز الذي ظهر بمناسبة تنفيذ ميزانية البلدية ، فإن الوالي هو الذي يقوم بهذه الإجراءات لامتناع هذا العجز لمدة سنتين فأكثر .

2 - سلطة حلول الوالي محل رئيس المجلس الشعبي البلدي :

نظم قانون البلدية رقم 10-11 هذه الحالة بموجب أحكام المادتين 100 إلى 102 من قانون البلدية رقم 10-11 بحيث تعطي المادة 100 للوالي سلطة الحلول محل رئيس المجلس الشعبي البلدي ، باتخاذ كافة الإجراءات الرامية للحفاظ على الأمن و النظافة و السكنية العمومية ، بشرط إذا تقاعس رئيس المجلس الشعبي البلدي بذلك ، مع العلم أن الوالي وحده الذي يقدر درجة الأمن و النظام العام ، و هذا ما يوسع من سلطة الحلول ، بالإضافة إلى ذلك لاحظنا أن هذه المادة وسعت من هذه السلطة بدليل أضافت عبارة " التكفل بالعمليات الانتخابية و الخدمة الوطنية و الحالة المدنية" لم يتم تكريسها في قانون البلدية القديم . أما المادة 101 من قانون البلدية الجديد تعطي للوالي سلطة الحلول في حالة إذا رفض رئيس المجلس الشعبي البلدي القيام باتخاذ القرارات المؤكدة له بمقتضى القوانين ، لكن بعد إنذاره .

الخاتمة :

و في الأخير تعتبر الرقابة الوصائية ركن من أركان النظام اللامركزي ، بحيث تتضمن مجموعة من السلطات التي يقررها القانون إلى السلطات الإدارية المركزية أو ممثليهم على أعضاء و أعمال الجماعات الإقليمية ، بقصد حماية المصلحة العامة و ضمان مبدأ المشروعية ، و المحافظة على مبدأ وحدة الدولة ، لكن ما لاحظناه أن واقع هذه الرقابة في إطار القوانين المنظمة للنظام البلدية و خاصة قانون البلدية الجديد (10-11) ، اتسمت بالتوسع و التشديد على أعمال و أعضاء المنتخب البلدي ، و هذا من أجل تشجيع المركزية في التسيير ، و تغليب المتطلب الإداري أكثر فأكثر على المتطلب الديمقراطي ، و إقامة علاقة قانونية دائمة و مستمرة و قوية بين البلدية و السلطة الإدارية المركزية.

رقابة الجودة في الصناعة الدوائية ودورها في حماية المستهلك



أيت مولود ذهبية باحثة في الدكتوراه

بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر

مقدمة :

تعتبر صناعة الأدوية من الصناعات الدقيقة شديدة الأهمية عظيمة الخطر، لما لها من خصوصية، باعتبارها مركبات كيميائية معقدة لا يتمكن من الوصول إلى أسرارها إلا المتخصصون، مما دفع المشرع الفرنسي ونظيره الأوروبي ومن قبلهما القضاء، بالتوسع في فرض مزيد من الالتزامات القانونية المتعين مراعاتها في هذا المجال الهام، بإلقاء على عاتق منتجها واجب الحيطه والحذر من مرحلة إنتاجها إلى غاية إطلاقها للتداول، لإحداث ضمانات وقائية تجنباً لوقوع الأضرار، ولعل أهمها، التأكيد على الجودة ومطابقة المنتجات الدوائية للصيغة الكيميائية المطلوبة، وللقواعد الفنية لصناعة الدواء التي تتطلب التدقيق والتمحيص قبل طرح أي دواء للتداول، لاختلاف الطبيعة البيولوجية عن الطبيعة الكيميائية أو الفيزيائية في الصناعات الأخرى.

كما تبدو خصوصية المنتج الدوائي، التي تؤهله عن سائر المنتجات الاستهلاكية، من أهمية الدور الذي يلعبه في حياة الانسان، لتعلقه بسلامته الجسدية، من كونه يهدف إلى الشفاء الكامل أو على الأقل التخفيف من الآلام، فإذا كان الانسان يستطيع الاستغناء عن المنتجات الأخرى، على اختلاف أشكالها وأنواعها، فلن يستطيع أبدا الاستغناء عن الدواء لارتباطه بصحته وسلامة جسمه، بل وحياته كلها.

فاستهلاك الدواء مرحلة مهمة في علاج المريض، الذي لا يعتبر مستهلكا عاديا لسلعة أو خدمة معروضة في السوق، فليس له حرية اختيار الدواء المزمع تعاطيه، إذ الأمر يخص استهلاك منتج ذا تأثيرات على صحة وحية الشخص، ليقصر دوره في بيان الأعراض المرضية ثم ترك المجال للطبيب لتشخيص الداء ووصف الدواء. فمن حق المستهلك أن ينتظر من المتعامل معه تقديم النصيحة ولفت الانتباه، اللذين تفرضهما مؤهلات منتجي وبائعي الأدوية، ونوعية المواد المعروضة للبيع. فالأمر يتعلق بقطاع لا يخضع فيه التحريض على الاستهلاك للممارسات التجارية، بل

وتحارب فيه تجاوزات الاستطباب الذاتي¹، وإن برزت ظاهرة تناول الأدوية، فالمستهلك لا تدفعه تلك النوايا التي نجدها عند المستهلكين العاديين. فهل تطبق المعايير العامة في رقابة الجودة والتقييم لحماية المستهلك في مجال صنع الأدوية وطرحها للتداول؟ أم هناك معايير مشددة تتلاءم وخصوصية هذا المنتج الخطر؟ مع العلم، بأنه منتج مقصى من طائفة المنتجات الخاضعة لقانون حماية المستهلك، لتخضع لقانون الصحة، نظرا لمساسه المباشر بصحة الأشخاص.

المبحث الأول: ماهية رقابة جودة المنتج الدوائي:

إن للصناعة الدوائية دور حيوي هام، لارتباطه بصحة الفرد وسلامته، لذا كان لزاما أن تستوفي المستحضرات الصيدلانية متطلبات قياسية في الجودة للتأكد من وصول أدوية للمستهلك على أعلى درجات الأمن. وقبل التطرق إلى صلب محور الدراسة، لابد من ضبط مفهوم المنتج الدوائي (المطلب الأول)، لإمكانية ضبط نوع الرقابة التي يخضع لها لضمان مطابقته للمقاييس والمواصفات المطلوبة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف المنتج الدوائي:

تعد صناعة الأدوية واحدة من أكثر الصناعات ربحية وأهمية في العالم، إذ بلغ حجمها في عام 2005/2004 على المستوى العالمي 550 دولار أمريكي، بمستوى نمو بلغ 16%، وتحتل صناعة المستحضرات الصيدلانية الأمريكية مركزا رائدا في هذا المجال، إذ أن إنتاجها يمثل حوالي 46% من حجم السوق العالمي لإنتاج المستحضرات الصيدلانية². ولضبط مفهوم الدواء لابد من التطرق إلى تعريفه العلمي والقانوني على التوالي.

الفرع الأول: التعريف العلمي للدواء:

يقصد بالدواء لغة كل ما يتداوى به، أما علميا، فيعرف الدواء باعتباره مركب كيميائي له القدرة على القيام بعمله داخل الجسم، وبطرق عديدة، سواء عن طريق قتل البكتيريا أو إيقاف نشاطها أو التأثير على بعض الأنزيمات والهرمونات داخل الجسم أو زيادة مناعة الجسم. أو هو أية مادة من أصل نباتي أو حيواني أو كيميائي يستخدم لعلاج الأمراض في الإنسان أو الحيوان أو للوقاية منها، ويتم تناولها عن طريق الفم أو الحقن أو بالاستعمال الخارجي أو بأية طريقة أخرى أو ما يوصف بأن له هذه المزايا³.

كما يمكن تعريفه بمجموعة من مفردات أو مركبات كيميائية تستخدم إما لتغيير وظيفة من وظائف الجسم، أو القضاء على جرثومة ناقلة للعدوى، وهي تحدث تأثيرها بالتفاعل مع أجزاء الخلايا قادرة على التجاوب معها تسمى مستقبلات الدواء، وتتناسب فاعلية الدواء في معظم الحالات مع التركيز الذي يصل إليه بشكل فعال عند هذه

¹ - د/ ديدن بوعزة، عرض الدواء للتداول في السوق في قانون الاستهلاك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2008، ص 208.

² - <http://www.wikipedia.org/>

³ - د/ سي يوسف زاهية حورية، خصوصية شروط مسؤولية منتج الدواء البشري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، 2010، ص 131.

المستقبلات. كما يعرف بأي مركب يستخدم للعلاج أو لتفسير أو استكشاف نظم فسيولوجية أو حالات مرضية لصالح متلق هذه المادة¹.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للمنتوج الدوائي:

تعتبر الأدوية من المواد الصيدلانية²، والتي عرفتها المادة 170 المعدلة من قانون الصحة على: " يقصد بالدواء في مفهوم هذا القانون:

- كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية وكل المواد التي يمكن وصفها للإنسان أو للحيوان قصد القيام بتشخيص طبي أو استعادة وظائفه العضوية أو تصحيحها أو تعديلها،
- كل مستحضر وصفي يحضر فوراً في صيدلية تنفيذاً لوصفة طبية،
- كل مستحضر استشفائي محضر بناءً على وصفة طبية وحسب بيانات دستور الأدوية بسبب غياب إختصاص صيدلاني أو دواء جنيس متوفر أو ملائم في صيدلية مؤسسة صحية والموجه لوصفه لمريض أو عدة مرضى،
- كل مستحضر صيدلاني لدواء محضر في الصيدلية حسب بيانات دستور الأدوية أو السجل الوطني للأدوية والموجه لتقديمه مباشرة للمريض،
- كل مادة صيدلانية مقسّمة معرّفة بكونها كل عقار بسيط أو كل منتج كيميائي أو كل مستحضر ثابت وارد في دستور الأدوية والمحضر سلفاً من قبل مؤسسة صيدلانية والتي تضمن تقسيمه بنفس الصفة التي تقوم بها الصيدلية الاستشفائية،
- كل إختصاص صيدلاني يحضر مسبقاً ويقدم وفق توضيب خاص ويتميز بتسمية خاصة،
- كل دواء جنيس يتوفر على نفس التركيبة النوعية والكمية من المبدأ (المبادئ) الفاعل (الفاعلة) ونفس الشكل الصيدلاني دون دواعي استعمال جديدة والمتعاوض مع المنتج المرجعي نظراً لتكافئه البيولوجي المثبت بدراسات ملائمة للتوفر البيولوجي،
- كل كاشف الحساسية وهو كل منتج لتحديد أو إحداث تعديل خاص ومكتسب للرد المناعي على عامل مثير للحساسية،
- كل لقاح أو سمين أو مصل وهو كل عامل موجه للاستعمال لدى الانسان قصد إحداث مناعة فاعلة أو سلبية أو قصد تشخيص حالة مناعة،
- كل منتج صيدلاني إشعاعي جاهز للاستعمال لدى الانسان والذي يحتوي على نوكليد إشعاعي أو عدة نوكليدات إشعاعية،
- كل منتج ثابت مشتق من الدم، / كل مركز تصفية الكلى أو محاليل التصفية الصفاقية،
- الغازات الطبية".

¹ - محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء (مشكلاتها، وخصوصية أحكامها)، رسالة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2012، ص 10.

² - انظر المادة 169 من قانون الصحة المعدلة بموجب القانون رقم 08-13 مؤرخ في 20/07/2008، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 مؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر 44، الصادرة بتاريخ 03/08/2008.

في الحقيقة أن مفهوم الدواء يثير خلافا كبيرا، إذ هناك الكثير من المواد التي تحتوي على الخاصية العلاجية، فاختلاف فيها الفقه والقضاء في تصنيفها لقصور المواد القانونية، خاصة في فرنسا، لكن لا يسعنا موضوع البحث الخوض فيه بالتفصيل، لنذكر فقط أمثلة منها. فنجد أن محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1980/09/24 اعتبرت المواد الكحولية بدرجة معينة، وماء الأكسجين بتركيز معين، وبعض الكريمايات منتجات دوائية. وبتاريخ 1987/04/09 قضت محكمة دووي أن فيتامين H، يعتبر من الأغذية إذا قدم بنسب ضئيلة، أما إذا قدم بنسب كبيرة اعتبر دواءً، لا يصرف إلا بوصفة طبية ومن الصيدليات. أما محكمة النقض بدوائرها المجتمعة لم تعتبر فيتامين H دواءً ما دام ليس له فعالية علاجية، بل مجرد منشط، وأن بيان استعماله وطرقها المسجلة على علبته لا تعدو أن تكون مجرد إرشادات ونصائح لا وصفا للجرعات. كما أثرت مشكلة تحديد مفهوم الدواء مرة أخرى، بمناسبة الحليب المخصص لرضاعة الأطفال حديثي الولادة، لتعتبره الحكومة الفرنسية دواءً إذا كان مخصصا للأطفال الذي لا يزيد عمرهم عن العام الواحد¹.

حسنا فعل المشرع الجزائري بتعديل قانون الصحة سنة 2008، إذ حسم الخلاف الذي كان يحوم حول مفهوم الدواء، ففيما يخص مشتقات الدم حسن فعل باعتبارها دواءً، ذلك أن الدم سواء في مجمله أو في أحد مركباته ومشتقاته المأخوذة من الأدميين لا يقدم إلا لقصد العلاج أو الوقاية من الأمراض، كالعلاج بالبلازما وحالات النزيف والجفاف الشديد (نقص الهيموجلوبين).

كما اعتبر من قبيل الأدوية، بموجب نص المادة 171 من قانون الصحة المعدلة²، مستحضرات التجميل التي تحتوي على مواد سامة تتجاوز النسب المتعارف عليها وتدخل في تركيبها. وفي هذا الصدد حرصت محكمة النقض الفرنسية، على التأكيد في حكمها الصادر بتاريخ 2002/06/04، والخاص بمنتوج يعرف باسم Hansaplast، وهو مطهر عام وموقف للنزيف الدموي في ذات الوقت، على أنه يدخل في مفهوم الدواء³. بذلك، يدخل في معنى الدواء كل منتوج يجمع في آن واحد بين خواص التجميل والعلاج. على أن تبقى باقي مواد التجميل والتنظيف البدني العامة، التي لا تدخل في مفهوم الدواء، خاضعة للأحكام الخاصة بها عند صنعها أو توضعها أو استيرادها، فتشترط رخصة مسبقة تسلم على أساس ملف يرسل إلى المصالح المختصة إقليميا، يحتوي على عناصر عديدة منها ما يثبت خضوع المنتج للرقابة قبل عرضه للاستهلاك، كنتائج التحاليل والإختبارات التي أجريت على المواد الأولية

¹ - د/ راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 160.

² - تنص المادة 171 قانون الصحة وترقيتها على: "تكون مماثلة للأدوية، أيضا :

- مواد النظافة ومنتجات التجميل التي تشتمل على مواد سامة بمقادير وكثافة تفوق ما يحدده بقرار الوزير المكلف بالصحة،
- المواد الغذائية الحيوية أو المخصصة لتغذية الحيوان، التي تحتوي على مواد غير غذائية تمنحها خاصيات مفيدة للصحة البشرية،
- منتجات التغذية الحميوية التي تحتوي على مواد غير غذائية تمنحها خاصيات مفيدة للصحة البشرية، الجسيمات المعدلة وراثيا أو جسيمات تعرضت لتعديل غير طبيعي طرأ على خصائصها الأولية بإضافة جين واحد على الأقل أو حذفه أو تعويضه والتي تستعمل في العلاج أو إنتاج الأدوية أو اللقاحات .

³ - د/محمد سامي عبد الصادق، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص

والمنتجات المصنعة¹. كما اعتبر لمشروع الجزائري من قبيل اللأدوية، الأغذية الخاصة التي تجمع بين خاصية العلاج والتغذية، كالمخصصة للحمية، قصد إنقاص أو زيادة الوزن، والمنشطات والمقوية والفاحة للشهية...

المطلب الثاني : مفهوم رقابة الجودة :

تلعب الرقابة على الجودة دورا هاما في حماية المستهلك من السلع غير المطابقة للمواصفات والمقاييس الدولية، سواء المنتج محليا أو المستوردة، ومحاربة الاحتكار. فتهدف إلى حماية المستهلك في جميع مراحل الانتاج، والتسويق، والتصدير والاستيراد، إذ باشتداد المنافسة أدى إلى إغراق الأسواق بمنتجات متنوعة، أتحت الفرصة أمام المستهلكين بالاختيار الواسع، ما قد يؤدي إلى انفلات سلعي مشكوك النوعية، باعتبار المبدأ العام هو حرية عرض المنتجات والخدمات في السوق دون أية رقابة مسبقة، لهذا قد تكون القوانين غير فعالة عند تحقق أضرار لا يمكن إصلاحها، رغم بقاء المنتج أو البائع المسؤول الوحيد عن التعويض، فتعتبر الرقابة على جودة المنتج الدوائي ذا أهمية عظمى، لما لها من انعكاس على صحة المستهلك، مما يؤدي في النهاية إلى التخفيف من أعباء القطاعات الصحية، وتزيد من إنتاجية الشخص المستهلك.

الفرع الأول : تعريف الجودة الدوائية :

إن الجودة مفهوم اقتصادي أكثر من قانوني، كانت تعرف في البداية على أنها التخفيض قدر المستطاع من عيوب المنتج، لتعرف بعد ذلك على أنها قابلية وقدرة منتج أو خدمة معينة على جعل المستهلك في مستوى من الإشباع والرضا. أما النوعية، فهي الخصائص الخارجية للمنتج كاللحجم واللون والشكل، فهي التي تمكن من تعداد المنتجات وتجعل منها أنواعا مختلفة، فهي تمثل الجانب الفني للمنتج، أي تعبر عن المفهوم الضيق للجودة².

تعتبر الجودة والتقييس من الآليات الهامة التي تعتمد في ضمان حماية المستهلك، خاصة بعد هيمنة الاتجاه المتزايد إلى عوامة الأسواق واشتداد المنافسة، وتزايد ظاهرة الغش والخداع التسويقي. فاعتماد الجودة والتقييس يعني أن المؤسسة تتجه للبحث عن ما يميزها في الأسواق عن منافسيها، كما أن ذلك يعني في الوقت نفسه أنها تركز على المستهلك وتسعى لكسب رضاه وضمن وفائه، من منطلق أنه هو المبرر الرئيسي لوجودها واستمرارها في السوق.

ولتحقق هذا الهدف، تلجأ المؤسسة إلى بذل كل ما بوسعها من أجل حماية المستهلك من الغش التسويقي عن طريق ضمان جودة المنتجات المقدمة للتداول، من خلال التقييد بمتطلبات المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (ISO)، والتي يعتبرها المستهلك بمثابة مرجع للتمييز بين المنتجات المعروضة في الأسواق. كما أن عدم تقييد المؤسسات بعنصر الجودة يجعلها تخل بمبدأ حماية المستهلك، مما يفقدها أجزاء هامة من أسواقها ومن مستهلكيها، وجعلها في وضعية تنافسية ضعيفة، نظرا للعلاقة القوية بين الجودة والتسويق.

¹ - انظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 97-37، مؤرخ في 14/01/1997، يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، ج.ر. 04، الصادرة بتاريخ 15/01/1997، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-114، مؤرخ في 18/04/2010، ج.ر. 26، الصادرة بتاريخ 21/10/2010.

² - شعباني (حنين) نوال، التزام المتدخل بضمن سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012، ص 91.

تعتبر المطابقة أحد الشروط الأساسية في الجودة، فجودة منتج تتضمن سلامته وحمايته وفعالته وغياب الغش فيه، بالتطابق مع المواصفات القانونية والمقاييس التقنية التي تحددها اللوائح التنظيمية والفنية، قصد توفير منتج خالي من كل عيب أو نقص من شأنه المساس بصحة وسلامة المستهلك، أو قصد إيقاف ضرر واقع، بوضع نظام رقابة للتأكد من استجابة المنتجات للطلبات المشروعة للمستهلك. من هذا المنطلق يمكن تعريف الجودة الدوائية، بمدى امتلاك الدواء لجميع الخواص والمواصفات والعناصر التي تساهم بشكل مباشر أو غير مباشر في فعالته، وتقبله وثباته، وأمان استعماله بأن تفوق فوائده المرجوة المخاطر المحيطة به.

الفرع الثاني: إلزامية المطابقة للمواصفات والمقاييس المعتمدة :

أوجب المشرع، رقابة وقائية إجبارية، تكشف عن المخالفات التي قد تمس سلامة المستهلك قبل وقوعها، بالإضافة إلى رقابة قمعية عن طريق إيقاف تجاوزات شكلت خطراً على أمن وسلامة المستهلك، وهو دور تتقاسمه الإدارة مع السلطة القضائية التي تمارس دورها التقليدي في توقيع الجزاء، فيكون للرقابة دور قبلي وقائي يمنع وقوع الخطر، ودور بعدي قمعي يكشف عن انتفاء المطابقة¹.

تدخل المشرع الجزائي بوضع آليات تضمن حماية المستهلك، عن طريق فرض المزيد من الالتزامات على المهنيين المحترفين الذين عليهم احترام تقاليد المهنة، من بداية الإنتاج إلى غاية طرح المنتج للاستهلاك، بإحداث ضمانات وقائية لتجنب وقوع الأضرار. ولعل أهم هذه الالتزامات، الالتزام بالمطابقة، لا طبقاً للقانون المدني، الذي يشترط مطابقة الخلل لما اتفق عليه الأطراف، بل طبقاً لقانون حماية المستهلك²، الذي يشترط المطابقة للمواصفات القانونية والمقاييس التقنية، التي تحددها اللوائح الفنية والتنظيمية، قصد توفير الجودة في منتج خالي من كل عيب أو نقص من شأنه المساس بصحة وسلامة المستهلك بموجب نص المادة 18/3 من قانون حماية المستهلك. ونجده، في نص المادة 11، من القانون نفسه، أعطى للمطابقة مفهوماً واسعاً، إذ يحقق المنتج النتائج المرجوة من استعماله وعدم انطوائه على أخطار تعيب صنعه أو نقص المعلومات المقدمة والمتعلقة بكيفية استعماله أو احتياطات ذلك.

رقابة الجودة عبارة عن أنشطة تنظيمية منهجية تهدف إلى جعل الأنشطة المختلفة والخطط والنتائج منسجمة مع التوقعات والمعايير المستهدفة، بهدف التأكد من أن الإنتاج يحقق يتطابق مع المعايير الموضوعة سلفاً، وفي حالة وجود أخطاء تؤثر الأسباب وتتخذ الإجراءات التصحيحية اللازمة³. يستنتج من ذلك، أن رقابة الجودة لا تهدف إلى إنتاج سلع أو خدمات بمستوى جودة عال، ولكنها وظيفة تستهدف فقط التأكد من أن ما تم إنتاجه يتطابق تماماً مع المواصفات الموضوعة. أما تحدي مستوى الجودة المناسب، يندرج تحت مفهوم تأكيد أو ضمان الجودة⁴.

تنص المواد 193 مكرر ومكرر 1 و2 من قانون الصحة، المستحدثة بموجب القانون رقم 08-13، على وجوب خضوع الأدوية إلى مراقبة النوعية والمطابقة وفقاً للتشريع المعمول به، عملاً بالمادة 12 من قانون حماية

¹ - د/ براق محمد وعمان مريزق ويحيات مليكة، رقابة الجودة ودورها في حماية المستهلك (إشارة إلى حالة الجزائر)، مداخلة مقدمة ضمن الملقي الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، منظم من قبل معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي - الوادي، يومي 13 و14 أبريل 2008، ص 40.

² - قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25/02/2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر 15، الصادرة بتاريخ 08/03/2009.

³ - د/ براق محمد وعمان مريزق ويحيات مليكة، مرجع سابق، ص 40.

⁴ - مرجع نفسه، ص 41.

المستهلك، التي تلزم المتدخل على إجراء رقابة على مطابقة منتوجه للمواصفات والمقاييس القانونية والتقنية، للتحقق من جودته وحقيقة قيمته، بهدف منع احتمال أي خطأ قد يحصل وإصلاحه إن وقع، قبل عرضه للاستهلاك.

المبحث الثاني: الرقابة آلية لضمان جودة المنتج الدوائي:

على المنتج البحث في مدى توافر المقاييس والمواصفات في منتوجه قبل عرضه للتداول، والاستمرار في الرقابة للتأكد من استمرار الجودة وثبات النوعية فيه، في حين أنه هناك بعض المنتجات، ونظراً لخطورتها، تخضع لرقابة خارجية إجبارية، استكمالاً للفراغ الذي تتميز به الرقابة الذاتية التي يقوم بها المتدخل أثناء مزاولة نشاطه في الإنتاج والتوزيع والبيع، وذلك بإيداع صيغتها الكاملة لدى الجهات المختصة، قصد الحصول على رخصة مسبقة للإنتاج، لاستظهارها لدى كل عملية مراقبة.

هذه الرقابة الإجبارية السابقة للإنتاج، نجدها على وجه الخصوص في مجال صناعة الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، حيث سلامة المريض وشفائه مما يعانيه من أمراض، أمر يتوقف على سلامة الدواء ومطابقته للصيغة الكيميائية وللقواعد الفنية لصناعة الدواء (المطلب الأول)، وهو خير دليل على التزام المنتج بضمان الجودة الدوائية، باتخاذ مجموعة من التدابير التنظيمية المتخذة لمطابقة الدواء للنوعية المطلوبة للاستخدام، على أن لا تتوقف هذه الرقابة عند طرح الدواء للتداول، بل تستمر بعد ذلك إلى غاية وصول المنتج سليماً إلى المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بالمطابقة في مرحلة إنتاج الدواء (الرقابة السابقة):

تقابل الأهمية الاستراتيجية التي يتمتع بها الدواء، ميزة أخرى تعكس مدى خصوصيته، كونه منتج خطير بالطبيعة، لما يتضمنه من عناصر كيميائية بعضها سام يندرج باحتمال وقوع أضرار، والبعض الآخر لها آثار جانبية، وبعضها يفسد ويتحلل إلى مواد ضارة مع مرور الوقت أو لتعرضها إلى مؤثرات خارجية، كأن تتعارض مكونات دواء مع آخر بحيث يزيد أحدهما من سمية الآخر، أو يحدث الأثر السام بسبب التفاعلات الكيميائية التي من الممكن أن تحدث أجساماً مضادة داخل جسم الإنسان¹.

تبدو خطورة الدواء، من ناحية ثانية، في أن مستهلكيها هم أناس يجهلون في كثير من الأحيان، اسم الدواء المدون في الوصفة الطبية، وعلى فرض أنهم يعرفون اسمه، فإنهم يجهلون صيغته الكيميائية وطريقة استخدامه. أضف إلى ذلك، حتى الطبيب نفسه والصيدلي المتخصص، يجهلان الإجراءات العملية والطبية والوسائل المستخدمة في سبيل إنتاج الدواء، ففي كثير من الأحيان، ما يلجؤون إلى قراءة النشرة المصاحبة له، ليتزودوا بالمعلومات الكافية عنه. كما أنه، وبالعكس المنتجات الاستهلاكية الأخرى، تكون الدعاية الصيدلانية موجهة للمتخصصين من أهل المهنة، من أطباء وصيادلة وإلى المستهلكين²، لكن حتى وإن كانت كذلك، فهم يجهلون طبيعة العناصر التي يحتويها الدواء وخواصه العلاجية، فدائماً ما يلجؤون إلى المتخصصين للاستفسار عن ذلك³.

¹ - محمد محمد القطب مسعد، مرجع سابق، ص 30.

² - المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 92-286 مؤرخ في 1992/07/06، يتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ر 53، الصادرة بتاريخ 1992/07/12.

³ - جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية لمنتجات وبائعي المستحضرات الصيدلانية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1993، ص 307.

يترتب عن هذه الطبيعة الخطيرة للمنتجات الدوائية، خروجها من طائفة المنتجات الاستهلاكية سهلة التداول، فيلزم المنتج ابتداءً بإجراء رقابة داخلية ذاتية، على جميع المواد الأولية والمنتجات النهائية، وإجراء اختبارات الثبات عليها حسب المواصفات الفنية الخاصة بالمنتجات الدوائية (الفرع الأول)، لتمنح له رخصة بتسجيل الدواء وطرحه للتداول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة الذاتية للمنتج الدوائي :

لا يتحقق إنتاج دواء جديد بمجرد ورود الفكرة في ذهن الصيدلي المنتج، بل لابد من المرور من مراحل عدة تسبق طرحه في السوق، إذ تستغرق دورة إنتاجه منذ اكتشاف المادة الفاعلة إلى غاية ظهوره في السوق ما يقرب من خمس إلى سبع سنوات في المتوسط، ليبدأ مولد منتج دوائي جديد أولاً بمرحلة ابتكاره وتصوره ذهنياً، ثم تليها فرصة إجراء التجارب البحتة والأبحاث المستفيضة حول الفائدة المرجوة منه والآثار الجانبية المحتملة، لتحذير المستهلك منها. فيمر الدواء بمراحل إنتاج متتابعة تبدأ بمجموعة من الأبحاث الكيميائية التي تجريها بعض المعامل التابعة لشركات الأدوية بهدف الكشف عن العناصر المعالجة أو الوقائية من أمراض معينة، ثم بعد ذلك تجرى سلسلة من التجارب على الحيوانات بغرض انتقاء المواد التي تثبت فاعليتها، مع استبعاد غيرها من المواد التي لها تأثيرات ضارة على الجسم البشري¹.

يلتزم منتج الأدوية بضرورة إخضاع منتوجه لرقابة ذاتية صارمة، لإثبات أن الدواء المزمع إنتاجه، لا يسبب أضراراً وفق الظروف العادية للاستعمال، ويبين الفائدة العلاجية المرجوة منه، ليتحقق من جودته في مراحل الصناعة المتكررة، طبقاً لنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 92-284. فعليه إثبات أنه يملك منشآت وأساليب لصنع ورقابة الدواء تضمن جودته، وإجراء رقابة تحليلية لكل المواد الأولية والمستحضرات النهائية والأجزاء الداخلة في تركيب وتصنيع الدواء، للتأكد من تمتعها بالجودة المطلوبة قبل دخولها العملية الإنتاجية، طبقاً للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 92-285².

ير نظام الرقابة الداخلية بمراحل، أولها تحديد المعايير والمواصفات، إذ يحتاج أي نظام الفحص والتفتيش إلى وجود مواصفات محددة للمنتج المطلوب فحصه، ومكان إجراء الفحص والأسلوب المتبع في ذلك، وتجهيز الأدوات والمعدات اللازمة، وإعداد نماذج تسجل عليها نتائج الفحص، والثانية هي التفتيش عن المواد الأولية والإنتاج في جميع مراحلها التي تتضمن:

- 1- تقرير نوع القياس المستعمل في الرقابة، حيث يختلف التصميم بالنسبة للسلعة الواحدة، فيعكس كل تصميم مستوى جودة معينة، يتناسب وأوجه الاستخدام والفائدة المرجوة³.
- 2- معاينة المنتج الدوائي النهائي، الذي يشترط أن يكون مطابقاً للصيغة الكيميائية التي سبق وأن حصل على ترخيص بناء عليها.

¹ - د/ محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 12.

² - مرسوم تنفيذي رقم 92-285 مؤرخ في 06/07/1992، يتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها، ج.ر. 53، الصادرة بتاريخ 12/07/1992.

³ - د/ براق محمد وعثمان مريزق ويحيات مليكة، مرجع سابق، ص 42.

تتمثل المهمات والأعمال التحليلية الموكلة لقسم الجودة ضمن الشركات الدوائية والمختبرات الوطنية في: الاختبارات الكيميائية والفيزيوكيميائية، الاختبارات الفيزيائية التكنولوجية، والاختبارات الميكروبيولوجية والحيوية، اعتمادا على المواصفات الموجودة بدستور الأدوية، والكتب المرجعية العلمية المعتمدة، والنشرات الدورية العلمية، وأقسام البحوث والتطوير. وبعد التحقق من أقصى درجات الفاعلية وأقل درجات التأثير الجانبي، والتأكد من مطابقة المقاييس والمواصفات القانونية، يتم الانتقال إلى مرحلة التصنيع التي تبدأ بخلط المواد الفعالة المستخلصة بحسنا مذاق، ليخرج الدواء في شكل أقراص أو كبسولات أو سوائل أو مراهم بعد التعبئة والتغليف.

الفرع الثاني: الرقابة الخارجية للمنتوج الدوائي :

يتباين الدواء عموما في خطورته ويختلف في شكله ومصدره وطرق تناوله، وهو لا يجوز على هذا الوصف ما لم تتوفر فيه الشروط القانونية، التي لا تجعله بالضرورة مباحا لكل الحالات المرضية، بل فقط للغايات التي رخص لأجلها وتعارف أهل الطب عليها، والتي تكفل دستور الأدوية¹ la pharmacopée ببيان كل ما يتصل بالدواء المقبول، كونه المرجع في تحديد مواصفات المواد الدوائية ومكوناتها بالنسبة لخصائصها الفيزيائية وطرق الكشف عنها، وآثارها ومقاومتها وشوائبها وثباتها واستعمالها، وكيفية تخزينها، وجميع المعلومات التي تساعد الصيدلي على تحضيرها وتوزيعها. ليأتي دور المدونة الوطنية للأدوية المستعملة في الطب البشري² la nomenclature لمنح الوصف القانوني للدواء³، إذ تلزم المادة 174 من قانون الصحة وترقيتها⁴، الممارسين الطبيين أن يصفوا ويستعملوا فقط الأدوية المسجلة بالمدونة الوطنية، أو على الأقل، كانت محل ترخيص مؤقت للإستعمال.

إن خطورة المنتج الدوائي تفرض شروط خاصة لتصنيعه، وإجراءات إضافية لطرحة للتداول، بالمقارنة بالمنتجات الاستهلاكية الأخرى، بحيث يمنع تصريفه إذا لم يرخص مسبقا بإنتاجه وعرضه في السوق، سواء المنتج صناعيا أو المستورد أو المصدر، بموجب مقرر تسجيل صادر من الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، بعد أخذ رأي لجنة تسجيل الأدوية المنشأة لدى هذه الوكالة، طبقا لنص المادة 175 و176 قانون الصحة⁵.

¹ - مرسوم رقم 76-139 مؤرخ في 23/10/1976، يتضمن تنظيم منتجات الصيدلة، ج.ر. 01، الصادرة بتاريخ 02/01/1977.

² - تعرف المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية بمصنف المواد الصيدلانية المسجلة أو المصادق عليها. انظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 مؤرخ في 06/07/1992، يتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ر. 53، الصادرة بتاريخ 12/07/1992. والمادة 175 مكرر من القانون رقم 08-13 سالف الذكر.

انظر قرار رقم 52 مؤرخ في 10/07/1995 والقرار رقم 107 المؤرخ في 18/11/1996، المعدل والمتمم للقرار رقم 51 المؤرخ في 26/11/1994، المتضمن المدونة الوطنية للأدوية للاستعمال البشري.

³ - HANNOUZ Mourad et KHADIR Mohammed, Eléments de droit pharmaceutique, a l'usage des professionnels de la pharmacie et du droit, OPU, Alger, 2000, p 28 et p 29.

⁴ - المعدلة بموجب القانون 08-13 سالف الذكر.

⁵ - كان قرار تسجيل الدواء بالمدونة الوطنية والترخيص بطرحه للتداول، تتخذه الدولة ممثلة في الوزير المكلف بالصحة بعد استشارة لجنة المدونة الوطنية، ليصبح من اختصاص الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري تحت وصاية وزارة الصحة، التي استحدثت بموجب القانون رقم 08-13 سالف الذكر.

كما أغفل القانون 09-03 التطرق صراحة، لضرورة حصول المتدخل على رخصة لإنتاج وتسويق منتج ما، تاركا المجال للتنظيم، عكس القانون 89-02 الملغى الذي اشترطها صراحة في المادة 16.

استثناء يمكن استهلاك دواء دون رخصة، إذا كان ذلك لأغراض بحثية في حالة إجراء تجارب طبية تسمح بتحديد الفوائد العلاجية لهذا الدواء وأضراره المحتملة، رغم صعوبة توفير حماية كاملة للشخص الخاضع للتجربة¹، رغم اشتراط القانون بتوفير هذه الحماية للإقرار بشرعية مثل هذه الأعمال الطبية²، وينبغي التأكيد على أن التوزيع لمصانع الأدوية أو لمعامل ومستودعات التركيب الدوائي، لا يعتبر في حد ذاته طرحا للتداول³.

ولهذه الأحكام تأثيرها وفعاليتها، إذ تساهم في تجسيد المبدأ الذي وضعته القواعد العامة لحماية المستهلك في المادة 1/12 من قانون حماية المستهلك⁴، وذلك بغرض خلق مناخ أفضل في السوق وتفادي تلك البيوع للمنتجات دون أدنى شرط لضمان سلامة المستهلك، ومن أحد أهداف العرض في السوق، يكمن في ممارسة النفوذ والتأثير على المستهلك، أكثر منه حماية الصحة العامة من قبل المهنيين، لذا تقيّد صانعو الأدوية، ومنذ وقت بعيد بضرورة المراقبة، وقد تجسد ذلك في ظهور نظام التأشير visa سنة 1941، الذي يتمثل في الترخيص المسبق الإلزامي للسلطات العمومية من أجل استغلال أي مستحضر طبي⁵.

منحت المادة 175 مكرر 1 من قانون الصحة وترقيتها، للوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، سلطة منح رخصة مؤقتة لمدة محددة لاستعمال أدوية غير مسجلة في الجزائر عندما توصف، في إطار التكفل بأمراض خطيرة و/أو نادرة لا يوجد علاج مناسب لها في الجزائر، وتكون لها منفعة علاجية جد مفترضة. لتبقى، في المقابل، المستحضرات الوصفية للأدوية في الصيدليات أو المستحضرات الجاهزة ذات الاستعمال البشري، والتي يتولى الصيدلي تحضيرها وتسليمها في صيدليته⁶ ودونما إشهار، معفية من التسجيل طبقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي 92-284، إلا أن هذا لا يعفي الصيدلي من أن يكون حذرا في اختيار المواد التي تدخل في تركيب الدواء وأن يضمن سلامتها.

¹ - Jacques-Antoine Robert et Alexandre Regniault, Les effets indésirables des médicaments: information et responsabilité, Recueil DALLOZ, N°8, 2004, p 511.

² - راجع بالتفصيل شروط إجراء التجارب الطبية: أيت مولود ذهبية، ضوابط إجراء البحوث والتجارب العلمية على الجسم البشري، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الانسان، المنظم يومي 27 و28 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

³ - د/ محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 145.

⁴ - ما يؤخذ على قانون حماية المستهلك وقمع الغش، عدم تحديد رقابة المتدخل ما إذا كانت قبل الشروع في الانتاج أم أنها رقابة دورية تتم خلال كل مراحل الانتاج، ومن ثم صلاحيتها للعرض والاستهلاك، والأحسن جعلها دورية تتلاءم مع التجدد الدائم والتطور المعروف في مجال المواصفات الفنية. شعباني (حنين) نوال، مرجع سابق، ص 93.

⁵ - د/ ديدن بوعزة، مرجع سابق، ص 213.

⁶ - يعرف الدواء الوصفي ككل دواء يحضر لوقته في المحل الصيدلاني تنفيذا لوصفة طبية، أما المستحضر الاستشفائي كل دواء يحضر بوصفة طبية حسب بيانات المدونة الوطنية للأدوية بسبب انعدام الاختصاصي أو الدواء الجنيس المتوفر أو الملائم في صيدلية أو مؤسسة صحية وموجها إلى مريض أو عدة مرضى، فهو بذلك يعد من المستحضرات الصيدلانية. د/معوان مصطفى، حكم استهلاك الأدوية الجنيسة وأثارها الصحية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والادارية، عدد خاص، 2005، ص 209.

لكن من المسلم حاليا، أن المستحضرات الصيدلانية التي يقوم الصيدلي بتحضيرها، لم تعد تمثل في الوقت الحالي سوى نسبة ضئيلة من جملة الأدوية التي توفرها الصيدليات، فأصبحت الشركات العاملة في مجال الأدوية، تطرح المستحضرات الصيدلانية للتداول والتي توصف من الأطباء هي التي تشكل الجانب الأكبر من الأدوية المتوفرة في الصيدليات. د/ ديدن بوعزة، مرجع سابق، ص 219.

يتم الحصول على ترخيص بطرح المنتج الدوائي في الأسواق بناء على طلب يتقدم به المنتج على أساس ملف علمي وتقني، طبقاً للمادتين 10 و11 من المرسوم التنفيذي 92-284، مرفقاً بكافة البيانات المتعلقة بالدواء المبتكر، سواء الاسم العلمي الجديد أو المواد الداخلة في تركيبه وتقارير خبراء المعامل الذين قاموا بتجريبه لمعرفة آثاره الجانبية والتأكد من فائدته العلاجية، فضلاً عن بيان تاريخ إنتاجه وتاريخ نهاية صلاحيته للاستهلاك¹، ليُحوّل الملف من أجل الخبرة، إلى المخبر الوطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية، من أجل مراقبة نوعيتها وخبرتها، وفعاليتها وانعدام الضرر فيها، وضبطها باستمرار².

في حالة ما إذا كانت نتائج الخبرة تقضي بتطابق المنتج الدوائي مع المواصفات والمقاييس القانونية والفنية، وتبينت فعاليته العلاجية، تمنح الرخصة التي تعتبر كشهادة ميلاد للدواء الجديد³، تستدل على عبارة مسجل بوزارة الصحة تحت رقم معين، لمدة معينة قابلة للتجديد لمراجعة المعطيات العلمية والفنية المستجدة، ويمثل هذا الإجراء إبرازاً للتقدير الرسمي بصلاحية المنتج الدوائي، وما له من أثر في نفس المستهلك.

يهدف هذا الشرط الإجرائي، إلى تحفيز عملية التصنيع في مجال الصناعة الدوائية وتشديد رقابة الدولة على المنتجين، للتأكد من جودة المنتج خلال عملية الإنتاج الضخمة التي يمر بها، والوقوف على مدى صلاحية الوسائل المستخدمة على الدواء والمواد الأولية، للثبوت من سلامة وصوله إلى المستهلك بالشكل المطلوب، حتى يحقق الغاية المرجوة منه، سواء بالشفاء أو الوقاية من الأمراض. وقد عمد المشرع من خلال هذه الرخصة، تجديد الرقابة على منتج الدواء، للتأكد من جودته والثبوت من سلامة وصوله إلى المستهلك.

لهذه الأغراض، أخضع المشرع الأدوية المستوردة أيضاً لذات الإجراءات، لإثبات مطابقتها للمواصفات والمقاييس المعمول بها، بإلزام المستورد بتقديم شهادة مطابقة تثبت قيامه بالمراقبة اللازمة طبقاً لنص المادة 38 من المرسوم التنفيذي 92-284، وإثبات أن الدواء المستورد متداول في البلد المصدر، حماية للمستهلك الجزائري من اعتباره حقلاً للتجارب، بالتستر وراء الحق في حماية المعلومات السرية⁴.

¹ - د/محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 19.

² - انظر المادة 1/4 من المرسوم التنفيذي رقم 93-140 مؤرخ في 14/06/1993، يتضمن إنشاء مخبر وطني لمراقبة المنتوجات الصيدلانية وتنظيمه وعمله، ج.ر. 41، الصادرة بتاريخ 20/06/1993.

³ - HANNOUZ Mourad et KHADIR Mohammed, op.cit, pp 33-37.

⁴ - جرت بعض الشركات الأجنبية مجرى التحايل على الاتفاقيات والقوانين الدولية، بتصدير مواد صيدلانية سامة على أساس أنها أدوية صالحة للاستعمال البشري أو أقل تركيز، وحين تقدم الشركات المصدرة للدول النامية المستوردة شهادات مطابقة الأدوية للمعايير العالمية، تتعمد إخفاء أضرارها وجوانبها السلبية، تحت غطاء الحماية الدولية للملكية الصناعية وسرية المعلومات المتعلقة بالمنتجات الصيدلانية. بن داود عبد القادر، إشكالية الوقاية لحماية المستهلك في مجال الخدمات الصيدلانية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد خاص، 2005، ص 118 وص 119. انظر في شروط مراقبة المواد المستوردة، المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 93-47 مؤرخ في 06/02/1993، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 92-65 مؤرخ في 12/02/1992، والمتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محلياً أو المستوردة، ج.ر. 09، الصادرة بتاريخ 10/02/1993. والرسوم التنفيذية رقم 05-467 مؤرخ في 10/12/2005، يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات ذلك، ج.ر. 80، الصادرة بتاريخ 11/12/2005.

للكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، أن تؤجل منح الرخصة إلى حين استكمال الضوابط العلمية المستقر عليها عند تداول الدواء، إما بتعديله كله أو جزء منه أو استبداله، لكن إذا تبين لها عدم كفاية أو عدم ملاءمة الفائدة العلاجية المرجوة، أو كانت هناك احتمالات ضارة في الظروف العادية لاستعمال الدواء، لها رفض منح الرخصة طبقاً للمادة 23 من المرسوم التنفيذي 92-284.

المطلب الثاني: الالتزام بالمطابقة بعد طرح الدواء للتداول (الرقابة اللاحقة):

يعتبر الترخيص بتسجيل دواء، أهم شرط إجرائي لإنتاجه وتداوله في الأسواق، بعد التأكد من صلاحيته وفعالته، وتطابق مختلف مكوناته مع الصيغة الكيميائية المعلن عنها، إلا أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل تستمر رحلة التأكد من جودة المنتج الدوائي بعد طرحه في السوق وقبل التسليم النهائي للمستهلك (الفرع الأول)، ولأكثر حماية، تتدخل الدولة عن طريق أجهزتها المختصة لضبط الجودة، تفادياً لوقوع الأضرار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة الذاتية للمنتج الدوائي:

لم يكتفي المشرع بإلزام الصيدلي المنتج برقابة منتوجه قبل طرحه في السوق، بل أُلزمه بتتبع آثاره بعد استهلاكه (ثانياً)، كما أُلزم كذلك الصيدلي البائع بالرقابة قبل تسليم المنتج للمستهلك مباشرة (أولاً).

أولاً: الالتزام بالتسليم المطابق:

ارتبطت خصوصية المنتج الدوائي بالاحتكار الصيدلي، إذ تنص المادتين 1 و2 من القرار رقم 67 المؤرخ في 1996/07/09، على منع تصريف الأدوية من قبل أشخاص غير الصيادلة، فمتى كُيف مركب على أنه دواء يعني إدخاله ضمن قائمة الاحتكار الصيدلي، فلا يمكن لغير الصيادلة المرخص لها أن تقوم بصرفه للمستهلكين، ولو كان ذلك بوصفه طبية¹، فلا يجوز صرف الدواء من مخازن أو شركات الدواء ولا من محلات تجارية أو محلات عطارة أو أندية صحية أو توزيعه في مؤتمرات طبية، وذلك لاعتبار الصيادلة مهنيين محترفين، تقع على عاتقهم التزامات تضمن أمن وسلامة المستهلك. فعلى الصيادلة التحقق من سلامة وصحة الأدوية التي تورد إليهم من مصانع الأدوية، طبقاً لنص المادة 189 قانون الصحة، ولهم في سبيل ذلك، إجراء التحاليل البيولوجية عليها للتأكد من سلامتها وخلوها من العيب، وقد اكتفى المشرع بالنص على الإجراء دون تبيان بيان تطبيقه.

¹ Ibid, pp 45-47, et / د/ ديدن بوعزة، مرجع سابق، ص ص 228-230.

ولضمان الحفاظ على جودة المنتج الدوائي، على المنتج تنبيه الصيدلي إلى كافة الوسائل الواجبة اتخاذها في التخزين والحفظ، خاصة ما يخص اللقاحات، بضبط درجة الحرارة، والضوء، والرطوبة، والتهوية، والعزل، والأمان. فمن الأدوية ما يجب حفظها في أماكن باردة، وأخرى بعيدة عن أشعة الشمس، أو حفظها في أماكن رطبة وأخرى في مكان جاف... كما يجب التحذير من خطورة مزج وخلط نوعين من الأدوية¹، فلا بد من الالتزام بهذه الارشادات كي لا يتحول المنتج إلا داء بدل من دواء.

تبنى اجتماع الصحة العالمي السابع والأربعون في ماي 1994، القرار WHA47.12، خاص بدور الصيدلي في دعم استراتيجية الدواء المعدلة التي أصدرتها منظمة الصحة العالمية، تضع على كاهل الصيدلانية التزام المشاركة في ضمان الجودة في المنتجات التي يصرفونها. كما وضع الاتحاد الفيدرالي الصيدلاني الدولي FIP، مجموعة معايير تضمن جودة الخدمة الصيدلانية منها²:

- إجراء تفتيش شهري للصيدلية من أجل التحكم في القياسات والطرق الموصى بها، لعملية استرجاع الأدوية التي طلبت خطأً أو منتهية الصلاحية، أو بها عيب بالتصنيع والأدوية التالفة. وكذا من أجل التخلص من المنتجات الصيدلانية غير المستخدمة والفضلات الصيدلانية، حفاظاً على سلامة باقي المنتجات المتواجدة بالصيدلية.
- معرفة التعارض بين الأدوية والغذاء الذي يتناوله المريض.
- الإبلاغ عن الأخطاء الطبية والحوادث الطبية، وعن وجود أدوية مزورة أو غير مطابقة لمقاييس الجودة المطلوبة.
- ضمان جودة التراكيب الصيدلانية الفورية.

ثانياً: الالتزام بتتبع المنتج الدوائي :

لا بد من إخضاع الأدوية للرقابة بعد تداولها في الأسواق، رغم الإجراءات الصارمة التي تسبق إنتاجها وتوزيعها وتسويقها، خاصة منها المستوردة من الدول المتقدمة، لأن الأعراض الجانبية لدواء، لا تظهر إلا بعد فترة من تناوله، إذ لا تكفي التجارب المخبرية للإحاطة بجميع الآثار المضرة، مادامت تقتصر على عينة من المرضى، فلا ضمان على عدم ظهورها على أجساد مختلفة البنية عن التي كانت محل تجربة. فعلى المنتج تتبع تطور المعرفة العلمية والتقنية ومراعاة التكنولوجيا الخاصة بمنتجاته، على ما قد يظهر فيه من عيب خلال العشر سنوات التالية لتداوله في السوق، وجمع المعلومات والإحصائيات الخاصة عن المرضى المستخدمين للدواء، للوقوف على حالتهم الصحية بعد استخدامه، وكذلك طلب التقارير الخاصة حول آراء الأطباء والمعامل المختلفة في الدواء، وبذلك يكون للمنتج صورة واضحة وسليمة عن حقيقة المنتج، حتى يتمكن من تحديد مخاطره لاتخاذ الإجراءات المناسبة في الوقت المناسب.

¹ - محمد محمد القطب مسعد، مرجع سابق، ص 82.

نقدياً لوقوع أضرار بسبب التفاعلات الكيميائية عند مزج أنواع مختلفة من الأدوية، استحدث نظام التنبيه الإلكتروني للخطأ التفاعلي الدوائي CPOE (Computerized Physician Order Entry)، يسمح بالتعرف على التفاعلات الدوائية والمخاطر العلاجية، تساعد الأطباء على وصف الدواء حسب الحالة المرضية المعروضة أمامه، كما تساعد الصيدلي على مراقبة الوصفة الطبية قبل صرف الدواء للمستهلك. انظر تفصيل ذلك: د/عبد الحميد النجاشي الزهيرى، الجوانب القانونية والاقتصادية لأضرار التفاعل في الوصفة الطبية في ضوء قانون المسؤولية الطبية الاتحادي، مداخلة مقدمة في إطار ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المنظمة من قبل جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 8 و9 ديسمبر 2009.

² - http://www.wikipedia.org/...

فالتزام المنتج لا يتوقف عند حد طرح منتج سليم، بل عليه تتبعه بإجراء رقابة دورية لاكتشاف المخاطر المستجدة في الدواء من خلال الدراسات والأبحاث، ليتدخل ويعدل من المعلومات التي قدمها ويعززها بتحذيرات إضافية، أو سحبه من السوق لو وصلت درجة خطورته المساس بأمن وسلامة المستهلك¹.

الفرع الثاني: الرقابة الخارجية للمنتج الدوائي:

تعتبر المواد الصيدلانية عامة، والأدوية خاصة، منتجات متطورة من الناحية التقنية، ومعقدة في تكوينها وتركيبها، تتسم بالخطورة في حد ذاتها أو في ظل الظروف المصاحبة لاستعمالها، لذا لا تكفي الرقابة الذاتية التي يجريها سواء الصيدلي المنتج أو الصيدلي البائع، لتتدخل الأجهزة الرقابية في المواد الصيدلانية لضمان أكثر حماية، التي قد تصل إلى حد سحب المنتج الدوائي من السوق.

منح المشرع السلطة الادارية المختصة، مهمة القيام في أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل عرض الدواء للاستهلاك، بإجراء تحريات مراقبة المطابقة، قصد تفادي المخاطر التي قد تهدد المستهلك، ورقابة هذه الأجهزة هي منظومة متكاملة تبدأ من تسويق المنتج، وممارسة أسس التصنيع الجيد، إلى إجراءات واختبارات المطابقة، للتأكد من فعالية المنتج الدوائي ومطابقته للشروط المطلوبة، مروراً بالتأكد من أداء المنتج للغرض الذي حدد له.

يتمثل دور أجهزة الرقابة الخاصة بالمواد الصيدلانية، في التحقق من جودة المنتجات الدوائية المعروضة في السوق وتوفرها على المقاييس القانونية والفنية المعتمدة، وأهمها مفتشية الصيدلة التي من المهام الموكلة لها، السهر على احترام ممارسة الصيدلة والعمل على جودة المنتجات الصيدلانية، سواء في إنتاجها وتسويقها، والتحري ومعاينة المخالفات الواقعة على الأدوية، حيث تنص المادة 194 مكرر 5 من قانون الصحة على أنه: " يراقب الصيادلة المفتشون الصيدليات وملحقاتها ومستودعات المواد الصيدلانية ومؤسسات إنتاج و/أو تسويق المواد الصيدلانية وأماكن الاستيراد والشحن والتخزين وكذا مخابر التحاليل الطبية مهما كانت أصحابها، وتطبيق كل الترتيبات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها والمتعلقة بممارسة الصيدلة..."².

يمكن للصيدلي المفتش، أثناء تادية مهامه، أخذ عينات³ للفحص ومباشرة إجراءات تحفظية، وإرسال إحداها إلى مخبر التحليل التابعة للمخبر الوطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية⁴، لمراقبة انعدام الضرر فيها، ومدى نوعيتها وفعاليتها، طبقاً لنص المادة 5/4 من المرسوم التنفيذي رقم 93-140. فإذا تبين من تقارير الخبرة، أن الدواء غير مطابق للمعايير والمواصفات المتعارف عليها، أو تبينت آثار جانبية تلحق أضراراً تفوق الفائدة العلاجية المرجوة منه، يرسل المدير المكلف بالصحة نتائج التحليل، مرفقاً بمحضر أخذ العينات، إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً⁵، ويوقف مفعول الرخصة الممنوحة لسحب المنتج من السوق.

¹ - HANNOUZ Mourad et KHADIR Mohammed, op.cit, p 71 et p 72.

² - انظر كذلك المادة 4/2 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-129 مؤرخ في 11/06/2000، يحدد شروط ممارسة تفتيش الصيدلة وكيفية ذلك، ج.ر. 34، الصادرة بتاريخ 2000/06/14.

³ - انظر المواد من 06 إلى 11 من المرسوم نفسه، تحدد كيفية أخذ العينات.

⁴ - انظر المادة 12 من المرسوم نفسه.

⁵ - انظر المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-129 سابق الذكر.

طبقاً للمادة 31 من المرسوم التنفيذي 92-284، يمكن سحب رخصة سبق وأن قدمت لتداول دواء معين، إذا تبين إضراره بالصحة العامة، كأن يثبت عدم صلاحيته للاستعمال الطبي أو حال مخالفته التركيبية الكيميائية نوعاً وكماً، التي سبق وأن حصل على أساسها على الترخيص بالتسجيل والتداول، أو كانت ظروف الصنع والرقابة لا تسمح بضمان جودة المنتج الدوائي.

كما تنص المادة 173 مكرر 4، في فقرتها 13 من قانون الصحة، على أنه يمكن للوكالة: "توقيف كل اختبار أو إنتاج أو تحضير أو استيراد أو استغلال أو توزيع أو توضيب أو حفظ أو وضع في السوق، مجاناً أو بمقابل، أو حيازة لغرض البيع، أو التوزيع مجاناً أو إشهار أو استعمال أو تسليم أو وصف دواء خاضع أو غير خاضع لتسجيل إذا ما شكل هذا المنتج أو قد يشكل خطراً على الصحة البشرية في ظروف استعمال عادية".

فعلى الرغم من منح رخصة لإنتاج وتداول دواء جديد، وتجديدها، إلا أن هذا لا يمنع من وقف وتعليق مفعولها لمدة معينة، إلى حين إجراء تحقيق حول الأضرار التي تحققت. فإن تأكد أن المخاطر تفوق الفوائد العلاجية المرجوة، تصدر السلطة الإدارية المختصة، قراراً بوقف مفعول الرخصة وسحب الدواء فوراً من مسار عرضه للاستهلاك، وإعلام المستهلكين بكافة وسائل الإعلام، المرئية والسمعية والمقروءة. وهو ما اتبعته الوكالة الفرنسية للسلامة الصحية للمنتجات الطبية (AFSSPS) عند سحب دواء *Kétoprofène* من السوق، بموجب قرارها الصادر بتاريخ 2009/12/17، ونشره في موقعها الرسمي على الإنترنت. لكن بالمقابل، فيما يخص مرهم *Ketum* ورغم تضرر حوالي 30 شخص من بين الملايين المستعملين له، بسبب الحساسية المكونة لديهم، لم تصدر (AFSSPS) قراراً بسحبه من السوق، لأن آثاره الجانبية كانت معروفة من قبل، وتم التحذير منها عند الاستعمال، وقد منحت رخصة تداوله في السوق على هذا الأساس¹.

على المنتج اتخاذ كل ما يلزم للتوقف عن إنتاج الدواء محل السحب، وإخطار كافة الموزعين بما يمثله من خطر، بإيقاف تداوله وضرورة سحبه من السوق، وإلا كان من حق الدولة التدخل لاتخاذ كافة الإجراءات اللازمة في مدة معقولة، دون إغفال مسؤولية المنتج الذي تقاعس في القيام بما يلزم، ومسؤولية الصيدلي عن الأضرار التي لحقت بالمستهلك، لإغفاله تنبيهات المنتج بضرورة الوقف الفوري عن صرف الدواء محل الخطر².

تنص المادة 26 من القرار المؤرخ في 2008/10/30، يحدد دفتر الشروط التقنية الخاصة باستيراد المنتجات الصيدلانية، على أنه في حالة توقيف أو سحب منتج صيدلاني أو مستلزم طبي يتعين على كل مستورد والباعة بالجملة والموزعين والصيدلة، أن يتخذوا وبدون أي تأخير أو تهاون التدابير اللازمة حفاظاً على الصحة العامة، إذ أنه قد تقع أخطاء أثناء إنتاج الدواء أو تغليفه أو تسويقه. مثلما حدث مؤخراً في الجزائر، عندما ارتكب مجمع صيدال خطأ في تغليف دواء رومافيد الخاص بالأنفلونزا، بغلاف دواء كارتيدال الخاص بأمراض القلب، وأكد المنتج أن الخطأ فقط في الغلاف الداخلي، إلا أن وزارة الصحة تداركت الخطأ وأمرت بسحب الدواء قبل توزيعه على الصيدليات³.

¹ - Julien Martin, Le renforcement du contrôle de la précaution à l'occasion de l'examen d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament, Gazette du Palais, N° 176 à 177, 2010, p 32.

² - محمد محمد القطب مسعد، مرجع سابق، ص 193.

³ - منور أسماء، مجمع صيدال يطرح دواء للأنفلونزا معلب في شكل دواء للقلب، مقال منشور في جريدة النهار، الصادرة بتاريخ 2011/02/13، ص 04.

كما نجد إلى جانب مفتشية الصيدلة، المركز الوطني لليقظة بخصوص الأدوية والعتاد الطبي، والذي تحدد المادتين 3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 98-192¹ عمله في :

- مراقبة التفاعلات غير المرغوب فيها، التي يسببها استهلاك الأدوية المعروضة بالسوق، بجمع المعلومات الخاصة بالآثار الجانبية، واستغلالها وتقييمها، وإخبار الوزير المكلف بالصحة بها على الفور بعد تأكيدها.
 - تنظيم تحقيقات حول اليقظة بخصوص الأدوية، بمتابعة جودة الدواء المتوفر في السوق، والكشف عن أي خلل قد يحدث فيه سواء في التصنيع أو التخزين، والتأكد من خلو السوق من أدوية غير مرخصة بالتداول، وتلقي البلاغات حول جودة الأدوية المتداولة.
 - إنجاز كل دراسة أو أشغال بحث خاصة بتأمين استعمال الأدوية أثناء مختلف التناولات أو الاستخدامات، قصد إنجاز أعمال وقائية وتشخيصية وعلاجية، باقتراح أعمال تصحيحية ومتابعة إنجازها.
- إلى جانب هاذين الجهازين، نجد كذلك الديوان الوطني للأدوية، والذي تحدد المادة 4 من مرسوم التنفيذي رقم 94-247² مهامه في :

- استيراد المنتجات الصيدلانية كما هي محددة في قانون الصحة، وبهذه الصفة يتولى تقويم المخزون المتوفر والحلجات على المستوى الوطني دوريا مع المؤسسات والهيكل والمتعاملين المعنيين.
 - المبادرة في جميع الأعمال اللازمة وإنجازها، لتجسيد برنامجه في مجال الاستيراد، والتحقق من مراقبة جودة المنتجات المكتسبة عن طريق هيئات الرقابة المعتمدة قانونا.
 - اتخاذ جميع التدابير اللازمة لتوزيع عقلائي ومتوازن للمنتجات المستوردة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، وعند الإقتضاء على المتعاملين المعتمدين المكلفين بالتوزيع.
- خاتمة :**

لاحظنا من خلال هذه الدراسة، أن المنتج، يلتزم إضافة إلى التقيد بالضوابط الفنية للإنتاج، بإخضاع منتجاته للرقابة الذاتية، وهو التزام جوهري يقع عليه في كل مراحل الإنتاج، مما يسمح له بالتأكد من سلامتها واتخاذ ما يلزم في الوقت المناسب، قبل طرحها في السوق، لكي لا تكون مصدر خطر على أمن وسلامة المستهلك.

هذه الرقابة تملئها اعتبارات المحافظة على المصلحة العامة، لكن الرقابة الخارجية تبقى اختيارية، للمنتج عرض منتجاته على رقابة هيئات متخصصة، لكسب الثقة الرسمية التي تميز منتجاته، بضمان يسمح بزيادة الإقبال عليها. لكن المنتجات الدوائية تحظى بتأطير قانوني خاص من طرف الدولة، باعتبارها منتجات خطيرة، منذ إعدادها إلى غاية وصولها إلى المستهلك، لتكون هذه الرقابة الخارجية إجبارية، تشترط لإنتاج الدواء وطرحه للتداول وإقبال المستهلكين عليه.

يجب أن لا يكتفي المستهلك بهذه الأنواع من الرقابة في مجال الأدوية، فحتى وإن كانت فعالة من الجانب الوقائي والعلاجي، لكنها تبقى قاصرة في توفير حماية كاملة أمام هذا المنتج الحساس، نظرا لخطورته وتعقيد الكميائي،

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 98-192، يتضمن إحداث مركز وطني لليقظة بخصوص الأدوية والعتاد الطبي وتنظيمه وسيره، مؤرخ في 03/06/1998، ج.ر. 39، الصادرة بتاريخ 07/06/1998.

² - مرسوم تنفيذي رقم 94-47، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأدوية، مؤرخ في 09/02/1994، ج.ر. 09، الصادرة بتاريخ 16/02/1994.

فالرقابة تكون غير مجدية إذا كان الدواء بين أيدي مستهلك متهاون، لا يعير للنشرة الطبية أهمية، فلا يبالي بالتحذيرات من الأخطار التي يواجهها. زد إلى ذلك، مخاطر الاستطباب الذاتي وتناول الأدوية دون حذر، أو النصح بالأدوية لأفراد العائلة.

على أن يبقى التزام المنتج بتوفير دواء فعّال، التزاما ببذل عناية، إذ لا يضمن الفعالية المطلقة، فقد تكون الأدوية غير فعّالة لا تقدم الفائدة المرجوة منها، بسبب الحالة الخاصة للمريض، لكن التزامه بتوفير دواء سليم، عن طريق مراقبته في جميع مراحل إنتاجه، وتتبعه لكشف المخاطر التي تحيط به، تفاديا لأضرار جديدة لا علاقة لها بحالة المريض السابقة، أو تؤدي إلى تفاقمها، يبقى التزاما بتحقيق نتيجة¹، لثثار مسؤوليته المدنية لتعويض المستهلك عن الأضرار التي لحقت به بسبب الدواء، دون تجاهل مسؤوليته الجزائية، طبقا لنص المواد 193 مكرر 1 و 2 و 3 من قانون الصحة، التي تحدد العقوبات الجزائية التي يتعرض لها المنتج في حالة تقاعسه في تسجيل الدواء محل الإنتاج أو مراقبته، أو عدم احترام شروط إنتاجه واستيراده أو تصديره، لتعززها بعقوبات تكميلية طبقا لقانون العقوبات، بموجب المادة 193 مكرر 7 منه.

قائمة المراجع :

I- باللغة العربية :

1- الكتب :

1- د/ رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هوم، الجزائر، 2012.

2- د/ محمد سامي عبد الصادق، مسؤولية منتج الدواء عن مضر منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

2- الرسائل :

1- جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية لمنتجي وبائعي المستحضرات الصيدلانية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1993.

2- محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار الدواء (مشكلاتها، وخصوصية أحكامها)، رسالة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2012.

3- شعباني (حنين) نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2012.

3- المقالات :

1- د/ براق محمد وعدمان مريزق ويحيات مليكة ، رقابة الجودة ودورها في حماية المستهلك (إشارة إلى حالة الجزائر)، مداخلة مقدمة ضمن الملقى الوطني الأول حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، منظم من قبل معهد

العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي - الوادي، يومي 13 و 14 أفريل 2008.

2- بن داود عبد القادر، إشكالية الوقاية لحماية المستهلك في مجال الخدمات الصيدلانية، مجلة العلوم القانونية والادارية، عدد خاص، 2005.

¹ - انظر تفصيل ذلك : محمد محمد القطب مسعد، مرجع سابق، ص 76، ود/ محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص 101.

- 3-د/ ديدن بوعزة، عرض الدواء للتداول في السوق في قانون الاستهلاك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2008، ص ص 207-237.
- 4-د/عبد الحميد النجاشي الزهيري، الجوانب القانونية والاقتصادية لأضرار التفاعل في الوصفة الطبية في ضوء قانون المسؤولية الطبية الاتحادي، مداخلة مقدمة في إطار ندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المنظمة من قبل جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 8 و 9 ديسمبر 2009، ص ص 153-196.
- 5-د/ سي يوسف زاهية حورية، خصوصية شروط مسؤولية منتج الدواء البشري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، 2010، ص ص 129-157.
- 6-د/معوان مصطفى، حكم استهلاك الأدوية الجنيسة وآثارها الصحية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والادارية، عدد خاص، 2005، ص ص 150-173.
- 4- النصوص القانونية :
أ- النصوص التشريعية :
- 1- قانون رقم 08-13، مؤرخ في 20/07/2008، يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 مؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر 44، الصادرة بتاريخ 03/08/2008.
- 2- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25/02/2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر 15، الصادرة بتاريخ 08/03/2009.
- ب- النصوص التنظيمية :
- 1- مرسوم رقم 76-139، مؤرخ في 23/10/1976، يتضمن تنظيم منتجات الصيدلة، ج.ر 01، الصادرة بتاريخ 02/01/1977.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 92-284، مؤرخ في 06/07/1992، يتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ر 53، الصادرة بتاريخ 12/07/1992.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 92-285، مؤرخ في 06/07/1992، يتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها، ج.ر 53، الصادرة بتاريخ 12/07/1992.
- 4- مرسوم تنفيذي رقم 92-286، مؤرخ في 06/07/1992، يتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ر 53، الصادرة بتاريخ 12/07/1992.
- 5- مرسوم تنفيذي رقم 93-47، مؤرخ في 06/02/1993، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92-65 مؤرخ في 12/02/1992، والمتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، ج.ر 09، الصادرة بتاريخ 10/02/1993.
- 6- مرسوم تنفيذي رقم 93-140 مؤرخ في 14/06/1993، يتضمن إنشاء مخبر وطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية وتنظيمه وعمله، ج.ر 41، الصادرة بتاريخ 20/06/1993.
- 7- مرسوم تنفيذي رقم 94-47، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأدوية، مؤرخ في 09/02/1994، ج.ر 09، الصادرة بتاريخ 16/02/1994.
- 8- مرسوم تنفيذي رقم 97-37، مؤرخ في 14/01/1997، يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، ج.ر 04، الصادرة بتاريخ 15/01/1997، معدل

ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-114، مؤرخ في 2010/04/18، ج.ر 26، الصادرة بتاريخ 2010/10/21.

9- مرسوم تنفيذي رقم 98-192، يتضمن إحداث مركز وطني لليقظة بخصوص الأدوية والعتاد الطبي وتنظيمه وسيره، مؤرخ في 1998/06/03، ج.ر 39، الصادرة بتاريخ 1998/06/07.

10- مرسوم تنفيذي رقم 2000-129، مؤرخ في 2000/06/11، يحدد شروط ممارسة تفتيش الصيدلة وكيفيات ذلك، ج.ر 34، الصادرة بتاريخ 2000/06/14.

11- مرسوم تنفيذي رقم 05-467، مؤرخ في 2005/12/10، يحدد شروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات ذلك، ج.ر 80، الصادرة بتاريخ 2005/12/11.

-II- باللغة الفرنسية :

1- Ouvrage :

HANNOUZ Mourad et KHADIR Mohammed, Eléments de droit pharmaceutique, a l'usage des professionnels de la pharmacie et du droit, OPU, Alger, 2000.

2- Articles :

1-Jacques-Antoine Robert et Alexandre Regniault, Les effets indésirables des médicaments: information et responsabilité, Recueil DALLOZ, N°8, 2004, p p 510-516.

2-Julien Martin, Le renforcement du contrôle de la précaution à l'occasion de l'examen d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament, Gazette du Palais, N° 176 à 177, 2010, p p 31-34.

أثر الممارسات المخالفة للتجارة على فاعلية حماية المستهلك



ديب محمد : باحث بصف الدكتوراه - القانون الخاص -
بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان - أبو بكر بلقايد

مقدمة :

عمد المشرع إلى تنظيم المحيط التجاري بما يتناسب مع التحوّلات التي تشهدها البلاد، خاصّة مع الانفتاح التي تشهدها السوق الداخلية، وكذا انتعاش القطاع الخاص.

ولما كانت المنافسة الحرّة تزيد من الفعالية الاقتصادية، فإنّه لم يمتنع بعض المتعاملين الاقتصاديين عن مباشرة بعض الأعمال والممارسات أو الأنشطة المخالفة للقوانين والأعراف التجارية، وكلّ سلوك مماثل ينجرّ عنه بالضرورة الإضرار بالمنافسة، الأمر الذي لا يمكن إلاّ أن ينعكس سلباً على المستهلك باعتباره طرفاً في العلاقة الاستهلاكية، أكثر من ذلك فإنّ المستهلك يعتبر بمثابة الشخص الذي تقوم المنافسة لسببه، سواء تعلّق الأمر بسلع أو خدمات فإنّه الهدف الذي يسعى العون الاقتصادي للوصول إليه بكافة السبل.

إنّ البحث عن هذا الموضوع يكون من خلال ما جاء به القانون رقم 02/04 والقانون 03/03 المتعلّق بالمنافسة. وإن كان هذا الأخير جاء لينظّم العلاقة فيما بين الأعوان الاقتصاديين لكنّ المخالفات التي ترد على قواعده لا تمنع من المساس والإضرار بالمستهلك.

المبحث الأول : مخالفة قواعد شفافية ونزاهة الممارسات التجارية.

بالرجوع إلى القانون رقم 02/04 المتعلّق بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية فإنّه يعتبر أنّ كلّ ممارسة تخالف أحكام الباب الثاني منه ممارسة مخالفة لشفافية الممارسة التجارية، كما بيّن المخالفات التي تمسّ بنزاهة الممارسات التجارية في الباب الثالث منه.

المطلب الأول : مخالفة قواعد شفافية الممارسات التجارية.

تتطلّب حماية المستهلك من المخالفات التجارية الناتجة عن عدم احترام قواعد شفافية الأنشطة التجارية، حماية هذا الأخير من كلّ ممارسة يمكن أن تمسّ بإرادته، أو تقلّل من خياراته، أو تبتز حقوقه على ضوء ما هو آت:

الفرع الأول : عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات.

يعتبر الإعلام بالأسعار شرط ضروري لشفافية السوق وكذا المنافسة.¹

¹ Yves Guyon, Droit des affaires, tome 01, 8eme édition economica, paris, 1994, P 949.

تنصّ المادة 04 من القانون رقم 02/04 على أنه: "يتولّى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع" أما المادة 05 من نفس القانون فإنّها تنصّ على أنه: "يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو رسم أو معلقات أو بآية وسيلة أخرى مناسبة، يجب أن تبيّن الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة".

وعليه جاء المشرّع بمفهوم عام للطرف الذي يجب أن توجه له سعر السلع والخدمات، الأمر الذي يحتمل أن يشمل كلّ من المستهلك والعون الاقتصادي.

أولا: الحالة التي يكون فيها الزبون مستهلك.

في هذه الحالة يكون حقّ المستهلك في معرفة سعر السلع والخدمات أمر وجوبي يخضع له البائع حتى وإن لم يطلب منه ذلك.

إذن فالشفافية الاقتصادية في هذا الصدد تكمن في توفير المعلومات الأساسية في كلّ وقت للمستهلك عن الأسعار، وغيابها يحدث عدم التوازن في السوق¹ فإشهار الأسعار يلعب دورا هاما في التأثير على قرار الشراء لدى المستهلك نظرا لتأثر هذا الأخير بالمركز المالي الذي يتمتع به، وعدم إظهارها قد يزيد من فرص احتيال البائع على المستهلك ولا يؤدّي إلى ضمان شفافية السوق وكذا حرّية المنافسة.²

ثانيا: الحالة التي يكون فيها الزبون عون اقتصادي.

تنصّ المادة 07 فقرة 01 من القانون رقم 02/04 على أنه: "يلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين بإعلام الزبون بالأسعار والتعريفات عند طلبها"، وعليه إذا كان الإعلام بالأسعار واجب عند التعامل مع المستهلك فإنّها تكون كذلك بين المتعاملين الاقتصاديين متى طلبت من البائع، أمّا عن الطريقة التي يمارس بها إعلان هذه الأسعار فقد نصّت الفقرة 02 من نفس المادة السابقة على أنه: "ويكون هذا الإعلام بواسطة جداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار أو بآية وسيلة أخرى ملائمة مقبولة بصفة عامّة في المهنة".

يعود سبب التطرّق للحالة التي يكون فيها الزبون عون اقتصادي لعدة أسباب أهمّها:

- I. حماية هذا الزبون من التلاعب بالأسعار حتى لا يلجأ هذا الأخير بدوره إلى رفع الأسعار عند تعامله مع المستهلك.
 - II. في بعض الأحيان التعامل الذي يبرمه عون اقتصادي مع غيره من الأعوان خارج نشاطه الاعتيادي أو يتصرّف لغايات شخصية يجعله مستهلكا في مواجهة البائع، وبالتالي يتمتّع بالحماية المقرّرة في قانون حماية المستهلك.
- أمّا عن العقوبة المقرّرة عن عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات تعتبر جنحة معاقب عليها بموجب المادة 31 من القانون رقم 02/04.

الفرع الثالث: عدم الإعلام بشروط البيع.

تلزم المادة 08 من القانون 02/04 البائع أن يخبر المستهلك بشروط البيع الممارس قبل اختتام عملية البيع، وببطل كلّ شرط يقبل المستهلك بتحمّله متى كان مخالفا للقانون، وقد نصّ المشرّع على جملة من الشروط التي يجب

¹ BIOLAY Jean-Jacques, Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix, Fasc. 286, n°11, L'exis- nexis, 2005, P 08.

² BIOLAY Jean-Jacques, op.cit, P 09.

على المحترف أن يبادر بها اتجاه المستهلك قبل التعاقد في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية.¹

بالرجوع إلى القواعد العامة فإنّه إذا ما تمّ العقد دون بيان لشروط البيع فإنّه يكون قابلاً للإبطال لوجود عيب من عيوب الرضا على أساس عدم العلم بشروط البيع أو عدم علمه علماً كافياً بالمبيع.²

هذا وكثيراً ما يلجأ بعض المحترفين في علاقتهم مع المستهلك إلى وضع بعض الشروط التعسّفية والتي تخفى عليه نظراً لعدم إعلامه بشروط البيع.

وتعرّف الشروط التعسّفية طبقاً للمادة 03 فقرة 05 من القانون 02/04 أنّها: "كلّ بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

هناك معياران لتحديد الشرط التعسّفي، أحدهما اقتصادي وهو تعسّف النفوذ الاقتصادي، ومعيار آخر قانوني وهو الميزة الفاحشة، وكليهما يستند إلى مفهوم عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات.

وقد أورد المشرع بعض الشروط التعسّفية على سبيل المثال لأوّل مرّة في المادة 29 من القانون 02/04 كما نصّت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على عدّة بنود تعتبر تعسّفية.

وعليه حماية لرضا المستهلك من كلّ عيب، لا بدّ على المحترف أن يضع في علم المستهلك كافّة شروط البيع، وأن تكون إرادته حرّة خالية من كلّ عيب، وتكون بمنأى عن الممارسات التعسّفية العدوانية الصادرة عن المتعاقد الآخر التي تحول دون مناقشة بنود العقد أو التفاوض بشأن شروطه.³

الفرع الثالث: عدم الفوترة.

تنصّ المادة 10 من القانون رقم 02/04 على أنّه: "يجب أن يكون كلّ بيع سلع، أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين مصحوباً بفاتورة.

يلزم البائع بتسليمها ويلزم المشتري بطلبها منه، وتسلم عند البيع أو عند تأدية الخدمة.

يجب أن يكون البيع للمستهلك محلّ وصل صندوق أو سند يبرّر هذه المعاملة، ويجب أن تقدّم الفاتورة إذا طلبها الزبون".

ففي هذه المادة نصّ صريح على إجبارية تقديم الفاتورة في العلاقات المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين، وكذلك تقديمها لفائدة المستهلك لعلّ أهمّها تكمن في أنّ:

¹ مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرّخ في 17 شعبان 1427هـ الموافق لـ 10 سبتمبر 2006م يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية، ج.ر عدد 56 الصادرة في 11 سبتمبر 2006 معدّل ومتمّم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/88 ج.ر عدد 07 الصادرة في 10 فبراير 2008.

² تنصّ المادة 352 من التقنين المدني: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

³ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ص 46.

أولاً : الفاتورة وسيلة لشفافية المعاملات التجارية.

تكمن هذه الشفافية في حماية حقوق الأعوان الاقتصاديين بعضهم بعضا من خلال معرفة حقوقهم، ومن جهة أخرى تقوم بإعلام المستهلك عن كافة التحصيلات والرسوم وكذا المبالغ التي دفعها أو التي سيدفعها إذا كان البيع تم عن طريق قرض الاستهلاك الذي يكون فيه الدفع مقسّطا أو مؤجّلا أو مجزّأ.¹

ثانيا : الفاتورة وسيلة لإثبات المعاملات التجارية.

بالرجوع للمادة 30 من التقنين التجاري فإنها تنصّ على أنه: " يثبت كلّ عقد تجاري: I... II... III بفاتورة مقبولة" فيمكن أن يقدمها صاحبها ويحتجّ بها ما لم يطعن فيها بالتزوير، وبالرجوع لنصّ المادة 226 من قانون الجمارك² فإنه يشترط تقديم فواتير الشراء أو سندات تسليم أو أي وثيقة أخرى لإثبات حيازة البضائع بصورة مشروعة، ونفس الموقف اتخذته المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2004.³

ثالثا : الفاتورة وسيلة للمحاسبة.

تلعب الفاتورة دورا أساسيا في مساعدة التجار في القيام بالعمليات الحاسبية للأنشطة التي أبرمت فيجب الاحتفاظ بالفاتورة طبقا للمادة 09 من التقنين التجاري وتعتبر الفاتورة عنصر حيوي بالنسبة للإدارة الجبائية وكذا المؤسسات لمعرفة مركزها المالي.⁴

للفاتورة أهمية بالغة في إثبات شفافية الممارسات التجارية، إذ تمكن المستهلك من معرفة السعر الذي تمّ البيع به وكذا معرفة شروط البيع بعيدا عن كلّ عمل ناتج عن ممارسات غير شرعية أو تدليسية مخالفة لمبادئ المنافسة الحرة والنزيهة.

المطلب الثاني : مخالفة قواعد نزاهة الممارسات التجارية.

إنّ نزاهة الممارسات التجارية لا يمكن التوصل إليها أو تحقيقها إلا من خلال:

احترام الأنظمة والقوانين المنظمة للسوق بما يسمح باستقرار الأسعار وتحسين العرض.

احترام سيادة المستهلك في جسمه وماله.

وستنطبق إلى بعض الصور من المخالفات التي تمسّ بنزاهة الممارسات التجارية.

الفرع الأول : الممارسات التجارية غير الشرعية.

بالرجوع لأحكام المواد 14 إلى 18 من القانون رقم 02/04 نجد المشرع أدرج ضمن الممارسات التجارية الأنشطة

التالية :

¹ تعرّف المادة 03 فقرة 20 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغشّ أنّ: "قرض الاستهلاك: كلّ عملية بيع للسلع أو الخدمات يكون فيها الدفع مقسّطا أو مؤجّلا أو مجزّأ".

² قانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399هـ الموافق لـ 21 يوليو سنة 1979م المعدل والمتّم بالقانون رقم 98-10 المؤرخ في 29 ربيع الثاني عام 1419هـ الموافق لـ 22 غشت 1998م والمتضمّن قانون الجمارك، ج.ر عدد 61 لسنة 1998.

³ إذا اعتبرت عدم الفوترة جريمة تدرج ضمن جرائم التهريب في حالة حيازة بضاعة، قرار رقم 287833 مؤرخ في 06/04/2004، المجلة القضائية، عدد 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2006، ص 481.

⁴ ETIENNE Wery, facture monnaie et paiement électroniques, édition Juris classeur.paris, 2003, P 04.

أولاً: مزاولة نشاط تجاري دون اكتساب الصفة.

تعتبر معرفة صفة الطرف الذي يتعامل معه المستهلك ذا أهمية كبيرة، إذ يمكن الرجوع عليه¹، وتباشر هذه الأنشطة كل حسب ما يفرضه القانون² إما كالقيد في السجل التجاري³ أو الترخيص⁴ أو الاعتماد.⁵

ثانياً: رفض البيع أو أداء الخدمة.

يحمي القانون المستهلك من كل رفض بيع لسلعة أو خدمة دون مبرر شرعي متى كانت معروضة للبيع⁶ وتتشابه وتتشابه هذه الصورة التي ترد على الممارسات التجارية بتلك المنصوص عليها في المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم بالقانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة والتي تتمثل في التعسف الناتج عن استغلال وضععية التبعية في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين.

وهذه المخالفة معاقب عليها بغرامة مالية من مئة ألف دينار (100.000 دج) إلى ثلاث ملايين دينار (3.000.000 دج).⁷

ثالثاً: البيع أو أداء الخدمة بشروط.

هناك نوعان من البيع أو أداء الخدمة بشروط وهما:

البيع أو أداء الخدمة المشروط بمكافأة مجانية، وهي ممنوعة بنص المادة 16 من القانون 02/04.

البيع أو أداء خدمة مشروط بشراء كمية أو منتج أو خدمة أخرى، وهي الأخرى ممنوعة بنص المادة 17 من القانون 02/04.

وهذا العمل هو الآخر يشكل جنحة معاقب عليها بنص المادة 35 من القانون 02/04.

رابعاً: البيع المقرون بشروط تمييزي.⁸

يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة تلك الممارسات التي تكون فيما بين الأعوان الاقتصاديين والمنصوص عليها في المادة 18 من القانون 02/04، حيث تودّي إلى ممارسة نفوذ على العون الاقتصادي وذلك بأن يحصل على ميزات لا يحصل عليها عون آخر سواء تعلّق الأمر بالأسعار أو آجال الدفع أو شروط البيع.

وعليه فإذا كانت هذه الممارسات ترد على العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين فإنها تنعكس سلباً على المستهلك، باضطراب الأسعار وكذا صعوبة التمويل.

¹ انظر قانون رقم 08/04 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425هـ الموافق لـ 14 أوت 2004م، يتعلّق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 52 الصادرة سنة 2004.

² المادة 14 من القانون 02/04: "يمنع على أي شخص ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التي تحددها القوانين المعمول بها".

³ المادة 04 من قانون رقم 08/04 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425هـ الموافق لـ 14 أوت 2004م، يتعلّق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر عدد 52، سنة 2004.

⁴ راجع المرسوم التنفيذي رقم 97-254 مؤرخ في 1997/07/08 المتعلّق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطراً من نوع خاص واستيرادها، ج.ر عدد 46، سنة 1997، وانظر المادة 197 من قانون رقم 13/08 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدّل ويتم القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 4 الصادرة في 03 غشت 2008.

⁵ راجع المادة 204 من الأمر رقم 95-07 المتعلّق بالتأمين.

⁶ انظر المادة 15 من القانون رقم 02/04.

⁷ مضمون المادة 35 من القانون رقم 02/04.

⁸ يعود ظهور البيع التمييزي لأول مرة في القانون الفرنسي الذي منع هذا البيع بموجب القانون الصادر في 27 ديسمبر 1937 وكذا الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1968.

الفرع الثاني: ممارسة أسعار غير شرعية.

لقد تطرّق المشرّع لهذا النوع من الممارسات التجارية من خلال المواد 22 و23 من القانون رقم 02/04، حيث تعتبر من قبيل الممارسات غير الشرعية كلّ من:

– رفع أو خفض الأسعار المقننة.

– تزييف تكلفة السلع والخدمات.

الأصل في السعر أنه متروك تحديده لقواعد المنافسة في السوق، حيث يتمّ تحديده بصفة حرة بعيدا عن كلّ قيد أو شرط وهذا ما تؤكده المادة الرابعة من قانون المنافسة.

استثناء عن مبدأ حرية تحديد الأسعار، فإنه يمكن أن تتدخل الدولة من أجل تحديد أو تقييد بعض أسعار السلع أو الخدمات نظرا لما تكتسي هذه الأخيرة من طابع استراتيجي وهذا حماية للمصالح الاقتصادية للمستهلك، فمما لا شكّ فيه أنّ المشرّع لا يجري على تجريم تصرفات معينة إلا إذا كانت ضارة.¹

الفرع الثالث: الممارسات التجارية التديسية.

تعتبر ممارسات تجارية تديسية كلّ أعمال من شأنها المساس بشفافية الممارسات التجارية وبالتالي فهي ممارسات غير نزيهة، وهذه الممارسات نصّ القانون رقم 02/04 عليها وذلك في الفصل الثالث من الباب الثالث منه تحت عنوان الممارسات التجارية التديسية، وتمثل هذه الجنحة في صورتين:

أولا: القيام بالممارسات المنصوص عليها في المادة 24 من القانون 02/04.

تنصّ المادة 24 من القانون 02/04 أنه: "تمنع الممارسات التجارية التي ترمي إلى:

– دفع أو استلام فوارق مخفية للقيمة.

– تحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة.

– اتلاف الوثائق التجارية أو المحاسبية وإخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية".

ثانيا: حيازة مواد مخالفة للمادة 25 من القانون 02/04.

تعتبر ممارسات تديسية طبقا لأحكام المادة 25 كلّ حيازة لـ:

– "منتجات مستوردة أو مصنّعة بصفة غير مشروعة.

– مخزون من المنتجات بهدف تخضير الارتفاع غير المبرر للأسعار.

– مخزون من المنتجات خارج موضوع تجارتهم الشرعية قصد بيعه."

وفي كلّ هذا حماية للمستهلك وموافقة لنصوص قانون الاستهلاك وقمع الغش، بمنع التلاعب بالأسعار وضمن مطابقة المنتجات، ومنع لغش المستهلك بمنتجات مقلدة ومزوّرة من حيث العلامة التجارية، أو ضارة.²

¹ آيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 32.

² انظر قرار رقم 286391 مؤرّخ في 25/06/2008، المجلة القضائية، العدد 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 269، والمتعلّق بالمنتجات غير الشرعية، المقلدة والمزوّرة من حيث العلامة التجارية.

الفرع الرابع: ممارسة أعمال المنافسة غير المشروعة.

يقتضي التطرق لموضوع حماية المستهلك من الأنشطة التجارية غير المشروعة دراسة لأعمال المنافسة غير المشروعة والتي خصّص لها المشرّع فصلا كاملا تحت عنوان "الممارسات التجارية غير النزيهة"، ونعرض بعض صورها المنصوص عليها في المادتين 27 و28 من القانون 02/04.

أولا: الأعمال التي من شأنها إحداث الخلط واللبس.

تعدّ هذه الوسيلة أقدم الوسائل المؤدّية إلى إحداث خلط أو لبس بين المنتجات والمشاريع، بحيث يستفيد المنافس من رواج وسمعة وملاءمة المؤسسة المنافسة، ويحاول استغلال هذا الوضع لصالحه عن طريق ما يحدثه من خلط لدى الجمهور المتعامل معه وعدم تمييزهم ومعرفتهم بأنهم يتعاملون مع بضاعة ومنتج آخر غير الذي ألفوا التعامل معه.¹

ثانيا: الأعمال التي من شأنها عرقلة نشاط مؤسسة منافسة.

تعتبر كذلك من قبيل المنافسة غير المشروعة كل ممارسة تؤدي إلى الإضرار بالمنافسين في السوق، ولا تهمّ الوسيلة أكثر من النتيجة، ومن الأمثلة التي ذكرها المشرّع في المادة 27 فقرة 05، 6، 7 من القانون رقم 02/04 نجد إغراء المستخدمين أو الاستفادة من الأسرار المهنية نتيجة الإطلاع عليها أو ضرب الشبكة الإنتاجية لمؤسسة ما.²

ثالثا: الأعمال التي من شأنها بث الاضطراب في السوق.

قد ينتحل التاجر ألقابا أو صفات لا وجود لها قصد اجتذاب العملاء، كما قد يبيع السلع بتخفيض كبير أو خسارة من أجل اجتذاب عملاء الغير.³

تبقى حالة الاضطراب في السوق حالة يصعب تحديدها، نظرا لكثرة الوسائل التي يتمّ اللجوء إليها، ومساسها بكلّ المتواجدين في السوق بما فيهم التجار والمستهلكين.

رابعا: ممارسة إشهار تضليلي.

تتنوّع صور الإشهار التضليلي ولا يمكن حصرها نظرا لتنوّع الوسائل والطرق التي تمارس بها الأمر الذي دفع بالمشرّع إلى إعطاء أمثلة منها في المادة 28 من القانون 02/04.

وعليه كأصل عام فالدعاية أو الإشهار يعتبر مشروعاً ما دام أنّه يؤثّر تأثيراً إيجابياً في عقيدة المستهلك.⁴

المبحث الثاني: حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة.

إنّ لجوء الأعوان الاقتصاديين إلى اتّخاذ بعض الأساليب لبسط نفوذهم في السوق، وكذا تحقيق الربح السريع على حساب المستهلك بالدرجة الأولى أو على حساب الأعوان الاقتصاديين الآخرين دفع المشرّع إلى اتّخاذ التدابير اللازمة لوقف هذه الأعمال غير الشرعية.

المطلب الأول: الاتّفاقات المقيدة للمنافسة وحالات التعسّف.

¹ إلهام زعموم، حماية المحلّ التجاري، دعوى المنافسة غير المشروعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 64.

² توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 176 وما بعدها، راجع أيضا:

SERRA YVES, Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme, panorama, 2004-2005, recueil dalloz, n°35, 2005, P2454-2455.

³ عز الدين ناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996 ص 1318-1319.

⁴ كجار زاهية حورية (سي يوسف)، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 132.

نعالج في الفرع الأول الاتفاقات المقيّدة للمنافسة، بينما يكون الفرع الثاني دراسة لحالات التعسّف، كل ذلك في إطار علاقة ذلك بالمستهلك وقانون الاستهلاك وقمع الغش.
الفرع الأول: الاتفاقات المقيّدة للمنافسة.

تنصّ المادة 06 من القانون رقم 12/08 المتعلّق بالمنافسة على حضر هذه الاتفاقات، لكنّ تطبيق نصّ هذه المادة يثير الكثير من الإشكالات، إذ لا بدّ من توفر شروط معيّنة حتى نعتبر اتّفاق محضور، وإلاّ فيعتبر مساسا بجرّية أعمال الأعوان الاقتصاديين في مزاوله نشاطهم، ومن جملة الشروط التي يجب توافرها حتى يمكن لمجلس المنافسة من متابعة ومعاينة مرتكبيها الآتي:

أولا: شرط الاتّفاق (L'entente).

يقصد بالاتّفاق تبني خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الاقتصاديين تهدف إلى الإخلال بجرّية المنافسة داخل سوق واحدة للسّلع والخدمات، ولا يقوم الاتّفاق في غياب هذا الشرط¹، وفي السماح بهذا تضيق على المستهلك وسلب لحقوق وحرّيته في الاختيار.

ثانيا: الإخلال بالمنافسة.

فالاتّفاق من حيث موضوعه قد يكون منصبا على تقييد المنافسة في مجال الإنتاج أو التجارة أو أداء الخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العمومية أو الجمعيات، وسواء تمّ تقييد المنافسة على الصعيد الأفقي أم العمودي.²

وبالرجوع للقانون الفرنسي نجد أنه سمح للأجهزة المكلفة بمتابعة الأنشطة الاقتصادية في السوق سلطة البحث عن مدى تأثير الاتّفاقات على المنافسة، فنجد المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش (DGCCRF) كحارس للعملية التنافسية في كلّ المجالات.³

ثالثا: العلاقة السببية بين الاتّفاق والإخلال بالمنافسة.

يعتبر عنصر السببية من الأمور التي تساعد مجلس المنافسة على معرفة اتجاه إرادة المتعاقدين المتعاملين الاقتصاديين، فمتى ثبت وجود عرقلة لحرّية التجارة في السوق أو أتى ذلك الاتّفاق إلى المساس ولو بجزء جوهري في السوق فهو دليل على تحقق شرط الاتّفاق المعاقب عليه⁴، الأمر الذي قد يثير مخاوف المتعاملين الاقتصاديين عند إبرام الاتّفاقات فيما بينهم حتى ولو كان غرضها مشروع، ولذلك فالسلطة المكلفة بالمتابعة هي التي يجب عليها إثبات الممارسات، وهذا المبدأ تقليدي في قانون العقوبات ونقل إلى مجال تطبيق قانون المنافسة رغم أنّ هذا القانون ليس ذا طابع جنائي.⁵

¹ SAIDI Abdelmadjid, présentation des pratiques anticoncurrentielles leurs contrôles et leurs sanctions, page 03, voir site : www.ministereudcommerce.gov.dz, vois aussi :

BOUTARD-Labarde, MARIE Chantal, CAVINET Guy, droit Français de la concurrence L.G.D.I, Paris, 1994, P 120

² كـتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المناهضة للمنافسة، مجلة الإدارة، العدد 23، 2002 ص 59.

³ Elle surveille le jeu de la concurrence dans tous les domaines de la commande publique : marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat, Elle contribue à l'activité contentieuse du réseau européen de la concurrence. Elle accompagne l'ouverture des marchés de l'électricité du gaz, des transports aux particuliers, voir site : www.dgccrf.bercy.gouv.fr

⁴ عماري بلقاسم، مجلس المنافسة، مذكرة تخرّج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2006، ص 49.

⁵ كـتو محمد الشريف، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، 2003، ص 364.

وقد أورد المشرع في المادة 09 من قانون المنافسة جواز الاتفاق على نشاط معين بحسب الشروط التي أوردتها المادة، وبعد الحصول على ترخيص مسبق من قبل مجلس المنافسة.¹

الفرع الثاني: حالات التعسف.

أولاً: التعسف الناتج عن الهيمنة أو الاحتكار في السوق.

وهي تعتبر من الممارسات المنافية للمنافسة، حيث ينجم عنها إضرار بالسوق مما ينعكس سلباً على المستهلك الذي يكون مجبراً على الرضوخ لمطالب المحترف في تعاملاته به. هذا وقد تطرق المشرع لهاتين الحالتين بموجب المادة 07 من قانون المنافسة، تعتبر الهيمنة بمثابة القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة ما، والتي بها أو بموجبها تستطيع أن تعرقل المنافسة في السوق (المنافسة الفعلية) مع انتهاج سلوك منها يتسم بقدر كاف من الاستقلال في مواجهة منافسيها وكذا عملائها وفي الأخير في مواجهة المستهلك. وعليه فحماية لمصالح المستهلك لا بد من التصدي للممارسات التي تكون محل هيمنة في السوق، لأن ذلك يؤدي إلى انعدام أو قلة السلع في السوق ونذرتها، وعدم تمكين المستهلك من حق الاختيار بما يتناسب مع رغباته. كذلك إن الاحتكار قد يمثل هيمنة على السوق إذا كانت المؤسسة تشمل على جميع حصص السوق، الأمر الذي لا يجعلها تخضع إلى أية منافسة، وبالتالي تكون بهذه الصفة قد حققت تمركزاً أكيدا للقوة الاقتصادية.² ففي هذه الحالة فإن الفعل المحظور لا يتجسد في مجرد الهيمنة على السوق، وإنما يتمثل في استغلال هذه الهيمنة، وفي كل هذا إضرار بمصالح المستهلك.

ثانياً: التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية.

لقد تعرض المشرع للتعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية في المادة 11 من القانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة، وهذا لم يكن في ظل القانون السابق الملغى (أمر 06/95) حيث كان ينظر إلى هذا النوع من الممارسات كصورة من صور التعسف الناتج عن الهيمنة على السوق.³

بالرجوع إلى المادة 03 فقرة 05 من قانون المنافسة، فالتبعية الاقتصادية: "هي العلاقة التجارية التي لا يكون لمؤسسة ما محلّ بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو مموّناً".

لقد ركّز المشرع على الطرف الضعيف في هذه العلاقة التجارية، في الحالة التي يكون لمؤسسة ما قوة تهيمن بها على باقي المؤسسات الأخرى لأن هذه الأخيرة مجبرة على التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها المؤسسة الأولى، ففي حال عدم إبرام العقود معها للحصول على السلعة أو الخدمة تكون خاسرة نظراً لما ستدفعه كمقابل، ويكون المستهلك هو المتضرر في مثل هذه العلاقات التعسفية المبرمة بين المؤسسات، إذ يؤدي ذلك إلى ارتفاع قيمة السلع في السوق بما لا يتناسب وقيمة التكلفة الحقيقية للمنتج، كما قد يؤدي لنذرة المنتج.⁴

المطلب الثاني: البيع بأسعار منخفضة وحالات التجميعات.

¹ انظر المادة 09 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة معدّل ومتّم.

² عماري بلقاسم، مرجع سابق، ص 60.

³ عماري بلقاسم، مرجع سابق، ص 63.

⁴ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 193.

دراسة المطلب تنقسم لفرعين يشملان بعض تطبيقات الممارسات المنافسة للمنافسة. الفرع الأول ندرس فيه حالة البيع بأسعار منخفضة.

أما الفرع الثاني ندرس فيه حالة التجميعات.

الفرع الأول: البيع بأسعار منخفضة تعسّفا.

وقد تمّ النصّ على ذلك بموجب المادة 12 من قانون المنافسة، وعليه فإنّ الغرض من حضر هذا النوع من البيوع يعود بالدرجة الأولى إلى الإضرار الذي قد يلحق بالمؤسسات الأخرى التي تزاوّل نفس النشاط الاقتصادي، مع العلم أنّ القانون المدني لا يمنع البيع بسعر أدنى من سعر السلعة الحقيقي وهو ما يعرف بالبيع بطريق الوضعية أي بخسارة جزافية أو بخسارة بنسبة مئوية من رأس المال.¹

لما كان المستهلك عند تعاقدّه يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئنّ إلى أمانته، فهو لا يلفت أهميّة عند اقتناء سلع أو خدمات يعلم مسبقا بأنّ ثمنها الحقيقي أقلّ قيمة من ثمن البيع، لذا المشرّع في هذه المادة وعلى غرار المواد الأخرى توجه مباشرة إلى فئة المستهلكين، لأنّه معروف كلّما كان الثمن أقلّ كان إقبال فئة المستهلكين أكثر.²

وإنّ أمعنا النظر في المادة 12 سالفه الذكر نجد أنّ المشرّع ذكر ثلاث أنواع من العمليات التي قد يصيها البيع بسعر منخفض وهي:

– البيع بسعر أقلّ من كلفة الإنتاج.

– البيع بسعر أقلّ من كلفة التحويل.

– البيع بسعر أقلّ من كلفة التسويق.

وفي الحقيقة أنّ البيع بسعر منخفض تعسّفا يقوم به الموزّع الذي يتولّى عملية التسويق، وهذا راجع إلى أنّ المنتج لا يهّمه البيع بخسارة ولا يخسر في بيعه لأنّه لا يعط ثمن التكلفة الحقيقي للسلعة، أمّا الموزّع فيهدف إلى إغراق السوق، فالمشرّع في المادة 12 أغفل التمييز بين البيع بخسارة وإعادة البيع بخسارة³ بالرغم من التطرّق إليه في المادة 11 من نفس القانون.

الفرع الثاني: التجميعات المقيدة للمنافسة.

إنّ دراسة التجميعات أو كما يمكن تسميتها كذلك بالتمركزات الاقتصادية تكتسي أهميّة خاصّة، لما تعود على المؤسسات بالنفع وذلك من خلال زيادة كفاءتها الإنتاجية ورفع قدراتها.⁴

يتميّز اقتصاد السوق بظاهرة اقتصادية تتمثّل في تجميع أو تركيز المؤسسات الاقتصادية الذي يساعد على تكوين وإنشاء وحدات اقتصادية ضخمة بغرض السيطرة والتحكّم في النشاط الاقتصادي ومراقبته، وإذا كانت حرية المبادرة الخاصّة تحوّل للأعوان الاقتصاديين الحقّ في الاندماج وأخذ المساهمات المالية وإنشاء المؤسسات المشتركة، فإنّ هذا

¹ زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2000، ص 63.

² ناصري نبيل، آليات حماية السوق من الممارسات المقيدة للمنافسة، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قلمة، يومي: 24 و 25 أفريل 2007، ص 171.

³ قندوزي حديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2001، ص 113.

⁴ ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03 مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، 2003، ص 103.

التركيز قد ينعكس سلبا على المنافسة الحرّة، حيث يؤدي إلى تغيير في بنية وتركيبه السوق وزوال استقلالية الأعوان المجتمعين.¹

بما ينعكس سلبا على فرص الاستثمار داخل السوق، ويمسّ المصالح الحيوية للمستهلك الذي تقلّ فرصه في اقتناء ما يناسب رغبته المشروعة.

وعليه لحماية السوق من كلّ ما يقيد المنافسة، كان لزاما على الدولة التدخل بفرض الرقابة على التجميعات، نظرا لما قد يؤول على حرّية الأعوان الاقتصاديين في انصراف نيتهم إلى تقييد المنافسة أو السعي لكسب حصّة كبيرة في السوق.

وقد نصّت المادة 15 من قانون المنافسة على صور وحالات التجميع.

هذا وحتى تكون مراقبة التجميع مشروعة لا بدّ من توفر شروط وإلاّ كانت باطلة، ومن جملة الشروط الواجب توافرها حتى يقع التجميع تحت طائلة المراقبة نذكر:

- أن يكون التجميع تعزيزا لوضعية الهيمنة في السوق.²

- أن يؤدي التجميع إلى المساس بالمنافسة.

هذا ويمكن لمجلس المنافسة طبقا لأحكام المادة 19 من قانون المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يرفضه وذلك بمقرّر معلل.

وعليه في إطار منح ترخيص التجميع أو رفضه، لا بدّ على الهيئة المكلفة بذلك أن تراعي جميع الظروف الاقتصادية منعا لإغلاق باب المنافسة أمام صغار المنتجين أو الموزعين، مما قد يؤدي إلى رفع معدلات أرباح أصحاب التجميعات فتصبح المبالغة في ارتفاع الأسعار نتيجة التحكم في السوق كسبب في الإضرار بالمستهلك، أو يمنع ذلك من الابتكار التكنولوجي الذي يساعد على تحسين وتطوير المنتجات نظرا لانعدام المنافسة.

خاتمة :

بالرجوع إلى المستهلك في النظام الاقتصادي الوطني، يمكن أن نلاحظ أنّ العلاقة التي تربط المستهلك بالمنافسة جدّ وطيدة، ولا سيما ما نلمسه من تكامل وارتباط بين قانون المنافسة، والقوانين الأخرى التي تعنى بضبط الممارسات التجارية وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، فهي في الحقيقة علاقة تأثير وتأثر.

فبالنسبة للأنشطة الاقتصادية لا تزال إلى غاية الآن تبحث عن السبل القوية لإضفاء الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة الممارسات غير الشرعية والمنافية للمنافسة التي أصبحت تهدّد أمن وصحة المستهلك وتتعدّاه حتى إلى الجانب المالي أكثر من أي وقت سبق.

هذا وأنّ حماية المستهلك مسألة مرهونة بتنظيم المنافسة وضبطها، حيث أنّ الحرّية الممنوحة للأعوان الاقتصاديين في إطار معاملاتهم مع المستهلك لا تضمن حقوق هذا الأخير، فكثيرا ما يكون المستهلك هو المستهدف بالدرجة الأولى من الممارسات غير المشروعة، كما أنّ هناك تجاوب من طرف المستهلك نفسه للأفعال غير النزيهة والتي تضرّ به وبالمنافسة، وهذا راجع لعدّة اعتبارات اقتصادية، اجتماعية وثقافية... فأغلب الممارسات التي تضرّ المستهلك نجدها تحدث قبل التعاقد (أي قبل اقتناء المنتج).

¹ كتنو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 198.

² كتنو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 216.

ثمّ تلي في الدرجة الثانية تلك الممارسات التي تصيب المستهلك من بيع منتج فاسد أو مغشوش أو له عيوب تنقص من قيمته أو الغرض المشروع من إنتاجه، أو تزيد من مخاطر استعماله.

قائمة المراجع:

1/ المصادر باللّغة العربية:

أ/ النصوص القانونية:

- 1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر، رقم 78 لسنة 1975 معدل ومتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر، رقم 44 لسنة 2005.
- 2) قانون رقم 07/79 المؤرخ في 26 شعبان 1399 هـ الموافق ل 21 يوليو سنة 1979 م المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/98 المؤرخ في 29 ربيع الثاني 1419 هـ الموافق ل 22 غشت 1998 م والمتضمن قانون الجمارك، ج.ر. عدد 61 لسنة 1998.
- 3) أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر. رقم 43 لسنة 2003 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 12/08 مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر، رقم 36 لسنة 2008 والقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر. رقم 46 لسنة 2010.
- 4) قانون رقم 02/04 مؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، معدل ومتمم.
- 5) قانون رقم 08/04 مؤرخ في 27 جمادى الثانية 1425 الموافق ل 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر. عدد 52 سنة 2004.
- 6) قانون رقم 13/08 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدّل ويتمم القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر. عدد 4 الصادرة في 3 غشت 2008.
- 7) المرسوم التنفيذي رقم 254/97 مؤرخ في 08/07/1997 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطراً من نوع خاص واستيرادها، ج.ر. عدد 46 لسنة 1997.
- 8) مرسوم تنفيذي رقم 468/05 مؤرخ في 8 ذي القعدة 1426 الموافق 10 ديسمبر 2005، يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك.
- 9) مرسوم تنفيذي رقم 306/06 مؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر. عدد 56 الصادرة في 11 سبتمبر 2006 معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/88، ج.ر. عدد 07 الصادرة في 10 فبراير 2008.

ب/ المراجع باللّغة العربية:

- 1) عز الدين ناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 2) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 3) آيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006،

- 4) لهام زعموم، حماية المحل التجاري، دعوى المنافسة غير المشروعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.
- 5) توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- 6) كجار زاهية حورية (سي يوسف)، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
- 7) كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، العدد 23، 2002.
- 8) عماري بلقاسم، مجلس المنافسة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2006.
- 9) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، 2003.
- 10) زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2000.
- 11) نصري نبيل، آليات حماية السوق من الممارسات المقيّدة للمنافسة، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قلمة، يومي: 24 و25 أبريل 2007.
- 12) قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر.
- 13) نصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 14 03/03 مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، 2003.

2/ La Bibliographie En Langue Française :

- 1) Yves Guyon, Droit des affaires, tome 01, 8eme édition economica, paris, 1994.
- 2) BIOLAY Jean-Jacques, Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix, Fasc. 286, n°11, L'exis- nexis, 2005.
- 3) ETIENNE Wery, facture monnaie et paiement électroniques, édition Juris classeur. Paris, 2003.
- 4) SERRA YVES, Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme, panorama, 2004-2005, recueil Dalloz, n°35, 2005.
- 5) BOUTARD-Labarde, MARIE Chantal, CAVINET Guy, droit Français de la concurrence L.G.D.I, Paris, 1994.
- 6) SAIDI Abdelmadjid, présentation des pratiques anticoncurrentielles leurs contrôles et leurs sanctions, page 03, voir site : www.ministereducommerce.gouv.dz

النسرب كالية من أليات النحري الخاصة في النشريع الجرائي



رابح وهيبية : باحثة مسجلة بالسنة الثالثة دكتوراه – تخصص قانون إجرائي
جامعة مستغانم – عبد الحميد ابن باديس – كلية الحقوق والعلوم السياسية
عضو بمخبر القانون العقاري والبيئة – جامعة عبد الحميد ابن باديس
البريد الالكتروني : rabahouahiba@hotmail.fr

مقدمة :

لقد قام المشرع الجرائي بإتباع خطى تشريعات أجنبية اعتمدت على إجراءات استثنائية لمكافحة قضايا الإجرام المعاصر والمعقد ، بهدف خلق سياسة جنائية تتلاءم مع تطور الجريمة واتساعها .

بمبث يعتبر التسرب أحد هذه الاجراءات الاستثنائية وأسلوبا من أساليب التحري الخاصة التي ضمنها المشرع الجرائي في قانون الإجراءات الجزائية في مواده من 65 مكرر 11 الى 65 مكرر 18 ، أين منح صلاحية اتخاذها بهدف الوصول الى الحقيقة بشكل فعال وسريع . ومن خلال هذا المقال سيتم التطرق الى هذا الإجراء الذي عهد به إلى الجهات القضائية المختصة الحق في استعمالها ، وذلك من خلال تحديد : ما المقصود بإجراء التسرب ؟ وما هي الإجراءات المتبعة في تنفيذ عملية التسرب ؟.

أولا : مفهوم التسرب *l'infiltration* :

لقد عرفت المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية الجرائي التسرب بأنه " قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جنابة أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف ، أين يسمح لضابط أو عون الشرطة القضائية أن

يستعمل ، لهذا الغرض هوية مستعارة وأن يرتكب عند الضرورة الأفعال المذكورة في المادة 65 مكرر 14 ولا يجوز تحت طائلة البطالان ، أن تشكل هذه الأفعال تحريضا على ارتكاب الجرائم " ¹ . بحيث تتمثل هذه الأفعال في :

" - اقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها .

- استعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الايواء أو الحفظ أو الاتصال " ² .

بحيث يعتبر التسرب من أساليب التحري الخاصة الأكثر تعقيداً و التي يقوم من خلالها العون المتسرب بالاندماج في صفوف عصابة إجرامية تعمل على ارتكاب أحد الجرائم الموصوفة والتي حددها التشريع الجزائري بشكل حصري المتمثلة في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وجرائم الفساد .

إذ يسمح إجراء التسرب للعون المتسرب مباشرة هذه العملية بإيهامهم بأنه فرد لا يتجزأ عن العصابة الإجرامية ، بغية الحصول على المعلومات اللازمة للوصول إلى الحقيقة والإطلاع على مخططات هذه العصابة بمشاركته الإيجابية وتصرفاته واتخاذ ما يراه مناسباً أثناء هذه العملية ، وأن لا يتبع خلال العملية أسلوب التحريض للقيام بالجريمة .

ونظراً لخطورة هذا الإجراء أخضعه المشرع لضوابط وجعله ينفذ بإذن من السلطة القضائية وتحت مراقبتها المباشرة والسلطة المختصة بالإذن بالقيام بعملية التسرب حصرها القانون في وكيل الجمهورية وذلك قبل فتح تحقيق قضائي أما بعد فتح تحقيق قضائي يأمر به قاضي التحقيق المكلف بالقضية بعد إخطار وكيل الجمهورية ، وتجدر الإشارة إلى أن الإذن بالتسرب أمر جوازي أي متروك لتقدير وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق ويعتمد اتخاذ هذا القرار على المعطيات والعناصر المتوفرة حول القضية التي تبرر اللجوء لهذا الإجراء ومدى ضرورته ولضمان فعالية التحقيق ³ .

ثانياً : إجراءات التسرب :

إن إجراء التسرب عمل صعب وفي غاية الخطورة يتظاهر من خلاله المتسرب بأنه فرد من جماعة إجرامية للحصول على المعلومات التي تفيده وتساعده للوصول إلى الحقيقة ، أين يتم اعتبارها كأدلة لإدانة مرتكبي الجرائم ، إذ تختلف الإجراءات المتعلقة بعملية التسرب على اختلاف القوانين والتشريعات .

فإذا تبين لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أن ضرورة التحري و التحقيق تستدعي اللجوء إلى القيام بعملية التسرب ، وأن طرق التحري العادية لا تكفي لتحقيق نتيجة إيجابية والتوصل إلى جمع الأدلة الكافية ، فإنه يجوز له إصدار إذن التسرب ، وذلك بصدور ترخيص مسبق من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية باعتباره مدير الشرطة القضائية ، وذلك حسب المرحلة التي توصل إليها الملف سواء كان في مرحلة التحري أو التحقيق أو في إطار جرائم التلبس أو الانابة القضائية ، ويتحدد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية

¹ -المادة 65 مكرر 12 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري .

² -المادة 65 مكرر 14 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري .

³ -احمد غاي ، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 ، الطبعة الخامسة ، ص : 82 .

بمكان وقوع الجريمة أو بمحل اقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم فيها أو بمكان الذي يقع في دائرته القبض على أحد هؤلاء¹.

و قبل تنفيذ إجراء التسرب يلزم القانون ضابط الشرطة القضائية المسؤول والمنسق للعملية أن يحرر تقريرا يضمنه العناصر الأساسية والضرورية لمعينة الجرائم ، مع مراعاة تلك الجرائم التي يمكن أن تشكل خطرا على العون المتسرب وكل ما يتم تسخيره لتنفيذ العملية وفق ما يراه مناسبا ومساعدة على التنفيذ ، بحيث يتم إبقاء الإذن بالتسرب خارج ملف الإجراءات حفاظا على السرية اللازمة لتنفيذ الإجراء والمحصورة بين وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق وضابط الشرطة القضائية المشرف على العملية وكذا العون المتسرب الى غاية الانتهاء من العملية².

1- مدة عملية التسرب :

حدد المشرع الجزائري طبقا لنص المادة مكرر 15 عملية التسرب بمدة لا يمكن أن تتجاوز (4) أربعة اشهر ، إلا أنه إذا اقتضت ضروريات التحري والتحقيق فإنه يمكن تجديد مدة العملية ويتم ذلك بإصدار إذن آخر وفق نفس الشروط الزمنية التي صدر فيها الإذن الأول ، وللمتسرب مواصلة نشاطه طبقا للمادة 65 مكرر 14 للوقت الكافي لإيقاف عملية المراقبة في ظروف تضمن أمنه ، دون أن يكون مسؤولا جزائيا ، وإذا انقضت مهلة الأربعة أشهر دون أن يتمكن العون المتسرب من توقيف نشاطه في ظروف تضمن أمنه يمكن للقاضي أن يرخص تمديدتها لمدة أربعة أشهر أخرى على الأكثر ، فالتמיד يكون مرة واحدة فقط حتى انقضاء أو إيقاف العملية طبقا لنص المادة 65 مكرر 17 من قانون الإجراءات الجزائية ، فلو سحب العون المتسرب نفسه فجأة من التنظيم الاجرامي دون التحضير لذلك فإنه سيكون محلا للشك وسيعرض نفسه للخطر³.

2- الإطار الزمني والمكاني لعملية التسرب :

نظرا لأن صفة المتسرب مخفية وهويته مستعارة ، بحيث لا يتحرك بصفته عون أو ضابط شرطة قضائية ، الأمر الذي جعل المشرع لا يجد له حيزا مكانيا يتحرك فيه ، قد خول دخوله إلى الأماكن الخاصة لا يكون بصفته الأصلية وإنما بصفته المستعارة التي تترك له الحرية لدخول كل الأماكن التي يمكن أن يكشف فيها الحقيقة دون أن يترتب على ذلك أية مسؤولية جزائية ، والتسرب كإجراء من إجراءات التحقيق لا يقيد المتسرب كذلك بحيز زمني معين يتحرك فيه فضرورة التحقيق تبرر عملياته طول ساعات الليل والنهار ، بحيث ينص التسرب على مراقبة المتهمين بارتكاب جناية أو جنحة بشرط أن تكون هذه الجنايات والجنح وقعت بالفعل لأن الأمر يتعلق بإجراء من إجراءات التحقيق لا الاستدلال بعملية التسرب في مرحلة التحقيق لم تشرع لكي تكشف بموجبها الجنايات والجنح المستقبلية ، فالتسرب يختلف عن المرشد الذي تستخدمه الشرطة لترصد حركات الأشخاص والجرائم التي يمكن وقوعها⁴.

3- حماية العون المتسرب :

1- كور طارق ، آليات مكافحة جريمة الصرف على ضوء أحدث التعديلات والأحكام القضائية ، دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، ص : 136

2- علاوة هوم ، التسرب كآلية للكشف عن الجرائم في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، مجلة الفقه والقانون ، العدد الثاني ، المغرب ، 2012 ، ص : 3 .

3- كور طارق ، المرجع السابق ، ص : 140 .

4- فوزي عمارة ، قاضي التحقيق ، اطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم ، كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري - قسنطينة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2009 / 2010 ، ص ص : 205-206 .

نتيجة لخطورة عملية التسرب فقد كفل له القانون حماية خاصة وأولاده الرعاية للحفاظ على أمن وسلامة روحه وسرية مهمته إذ جعل المتسرب بمنأى عن تحمل المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي يكون قد ارتكبها عرضاً أثناء تسربه تنفيذاً للمهام الموكلة إليه ، ومنع الكشف عن هويته الحقيقية وسمح له بأخذ هوية مستعارة ورتب على مخالفة هذه الإجراءات عقوبات جزائية وهي العقوبات التي تتضاعف إذا أضفى هذا الكشف للهوية عن تعرض المتسرب أو أحد أفراد عائلته للضرب أو الجرح و عرض حياته للخطر وقد تتضاعف إذا حدثت الوفاة¹ .

كذلك أجاز المشرع الجزائري سماع شهادة ضابط الشرطة القضائية المنسق الذي تجري عملية التسرب تحت مسؤوليته دون سواء بوصفه شاهداً عن العملية ، وذلك باعتباره يتولى تنسيق عملية التسرب ويتتبع جميع مراحلها ويتلقى المعلومات باستمرار من القائم بالعملية ويعد تقارير على هذا الأساس ، وذلك سواء أمام قاضي الموضوع أو قاضي التحقيق ، بينما لا يجوز سماع الضابط أو العون المتسرب بصفته شاهداً رغم قيامه شخصياً بالعملية وكونه الأكثر معرفة بتفاصيلها وعناصر الجريمة وهذا ضماناً لأمنه و أمن أسرته² .

أما في القانون الفرنسي فقد وُضعت تدابير لسماع العون المتسرب إذا تمسك المتهم بطلب المواجهة ويكون ذلك بترتيب طريقة لسماع صوت العون فقط من خلال أجهزة صوتية تنقل الصوت مع تغيير نبراته حتى لا يعرف وبذلك تبقى هويته مجهولة بالنسبة لكل الحاضرين بقاعة الجلسات ، وفي هذه الحالة تكون تصريحات هذا الشاهد مفيدة في توضيح وشرح الأدلة التي تم الحصول عليها عن طريق عملية التسرب ، وإما التصريحات وحدها إذا لم تكن تتعلق بأدلة أخرى فإنه لا يمكن الاعتماد عليها بمفردها كدليل إدانة مادام الشاهد لا يكشف عن هويته ولا يواجه المتهم عياناً³ .

4- بطلان إجراءات التسرب :

إن عدم مراعاة ضابط الشرطة القضائية الكتابة والتسبب في الإذن بالتسرب يترتب عنه بطلان الإذن ، وبالتالي بطلان إجراء التسرب ككل عملاً بالقاعدة الفقهية " ما بني على باطل فهو باطل أصلاً " ⁴ ، وذلك طبقاً لنص مكرر 15 بقولها أن الإذن لا بد أن يكون مكتوباً ومسبباً وذلك تحت طائلة البطلان المادة 65 ⁵ . إلا أن القانون لم يتطرق إلى الجزاء المترتب عن عدم إصدار هذا الإذن أصلاً ، فهل يترتب عنه بطلان إجراء التسرب ككل أم يعد مجرد فعل مبرر دونه تقوم المسؤولية الجزائية للضابط المتسرب⁶ .

خاتمة :

إن ما يمكن استنتاجه ورغم إيجابيات إجراء التسرب في إطار التحقيق القضائي للكشف عن الجريمة ، لا يزال هذا الإجراء محصوراً على المستوى النظري ذلك أن استعماله مزال محدوداً نتيجة مجموعة من الاعتبارات التي قد ترجع إما لتعقد العملية أو عدم تأهيل منفذوا مثل هذه العمليات ، باعتبار أن تنفيذ هذه الأخيرة يؤدي إلى تعريض حياة العون المتسرب إلى الخطر ، نتيجة اختراقه عصابة إجرامية .

¹- علاوة هوام ، المرجع السابق ، ص : 4 .

²- كور طارق ، المرجع السابق ، ص : 142 .

³- نجيمي جمال ، اثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 ، ص : 453 .

⁴- كور طارق ، المرجع السابق ، ص : 142 .

⁵- المادة 65 مكرر 15 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري .

⁶- كور طارق ، المرجع السابق ، ص : 142 .

إذ ينبغي أن يكون منفذوا العملية مختصين وأن تتوفر لهم الامكانيات الفنية اللازمة التي تساعدهم على تنفيذ المهمة بنجاح بأخذ كافة الاحتياطات اللازمة لمواجهة تحديات العملية ومخاطرها، التي قد تؤدي إلى كشف العون ومخططاته .

مجلة الفقه والقانون العدد ١٦ / فبراير ٢٠١٤

المسؤولية الجزائية للباعث العقاري في القانون التونسي



مباركة رحومه : طالبة باحثة بكلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة تونس المنار - تونس

المقدمة :

يعتبر الجانب المعماري من بين أهم الجوانب بالنسبة لنمو أي دولة لذلك فهو يمثل محل اهتمام كل الشعوب و الحكومات منذ أمد بعيد . إلا أنه بالرغم من تقدم العالم في هذا القطاع و القطاع الصناعي خاصة و نموه نموا مطردا فإن الجانب المعماري بقي يشكو أزمة على صعيد تطور مستوى البناء الذي بقي في عديد الأحيان يفتقد إلى عدة نقائص ناتجة عن تدني مستوى تكوين الحرفيين و المتدخلين في ميدان البناء بالأساس .

و أمام كل ذلك أصبح هذا القطاع يشهد عدة مشاكل عملية برزت و لا زالت تبرز على مستوى تطور نسب الضحايا المتأتية من تعدد الحوادث و الكوارث في هذا المجال الأمر الذي جعل الاهتمام بموضوع تحديد المسؤول الحقيقي عن وقوع مثل هذه الأفعال يأخذ طريقه في النصوص التشريعية الوضعية خاصة بعد أن أصبح انهيار المباني خلال عملية تشييدها أو بعد اكتمال تشييدها بوقت قصير ظاهرة ملفتة للنظر و مدعاة لثناء حقيقي¹.

و بتفاقم الأزمات في هذا القطاع و بتزايد عدد الضحايا جراء تلك الحوادث التي كان لتعدد العناصر المتدخلة في عملية البناء الدور الأكبر في حصول تلك الأضرار باعتبار أن قطاع تشييد المباني يشمل اليوم العديد من الاختصاصات تتحد كلها من أجل تحقيق هدف واحد ، كان من الضروري البحث أولا في وسائل وسبل التخفيض من نسب الأضرار ثم إيجاد حلول ناجعة من أجل الارتقاء أكثر بميدان البناء عامة و تطوير مستوى تكوين المتدخلين فيه.

و يعتبر الباعث العقاري في هذا المجال من أهم محترفي البناء إلى جانب المهندس المعماري و المقاول و الفني في البناء فمن هو الباعث العقاري و كيف تقوم مسؤوليته في هذا الإطار ؟

1- محمد شكري سرور : "مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت التابعة الأخرى" دار الفكر العربي . القاهرة 1985.

لتعريف المقصود بالبائع العقاري كان من المفروض الرجوع إلى التعريف اللغوي لهذه اللفظة إلا الإطار لا يسمح بمزيد التدقيق في هذا الموضوع من هذه الناحية بالنظر إلى أن دراسة هذا الشخص من خلال هذا المجال هي دراسة عملية بالأساس.

و على خلاف ذلك فإن الأمر يقتضي الرجوع إلى التعريف التشريعي لهذا الشخص إن وجد ، لذلك فإنه و بالإطلاع على الفصل الأول من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 و المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبائع العقاري يتبين و أن المشرع اعتبر البائع العقاري كل شخص مادي أو معنوي ينجز قصد البيع أو الإيجار بصفة اعتيادية أو من قبيل المهنة عمليات تقسيم و تهيئة أراضي مخصصة أساسا للسكنى و كذلك بناء و تجديد عقارات فردية أو نصف جماعية أو جماعية معدة للسكنى أو التجارة أو المهنة أو الإدارة .

على خلاف التعريفات الفقهية التي جاءت نسبة ، يلاحظ أن التعريف التشريعي للبائع العقاري جاء كلما بكل الجوانب المهنة فقد حدد الشخص فالمهام الموكولة إليه ثم وسائل فالهدف من إحداث هذه المهنة أما الأولى فقد اهتمت في معظمها بجانب دون الآخر ، إذ عرف أحدهم البائع العقاري بأنه وسيط اقتصادي و ذهب إلى القول بأن وظيفة هذا الشخص هي التي تخلق البائع العقاري و ليس المهنة¹.

و قد ذهب آخر إلى اعتباره إما وكيلاً أو أجير صنع أو بائع² أما العربي بلحاج حمودة فقد عرفه بأنه فني في البناء و مهنته تتمثل بالأساس في البناء قصد البيع لعقار أو مجموعة من العقارات المخصصة للسكنى على أراض مكتسبة و مهينة³.

و بالاستناد إلى كل تلك التعريفات يمكن تعريف البائع العقاري بأنه كل شخص مادي أو معنوي مهمته الأساسية تتمثل في تقسيم و تهيئة و بناء و تجديد عقارات صالحة للسكنى أو العمل و ذلك من أجل القيام بالتفويت فيها بالبيع أو القيام بإيجارها.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك خلط يمكن أن يقع فيه الشخص العادي بين البائع العقاري و بعض أصحاب المهن العقارية الأخرى مثل الوسيط العقاري أو المقاول أو الخبير العقاري و من الضروري جدا التفتن إلى الفرق المتمثل في اختلاف طبيعة مهنة كل شخص من بين هؤلاء الأشخاص.

إن بروز مهنة البائع العقاري لم تكن وليدة الصدفة بل كان نتيجة لتطور ملكية الطبقات أو الشقق باعتبار أن عملية البناء كانت في البداية موكولة و لمدة طويلة إلى مقاولين و بعض أصحاب المهن العقارية الأخرى كما أن هذا الأمر ارتبط بالظروف العالمية الجديدة للمجتمعات إثر الحرب العالمية الثانية و ما صاحبها من هلاك و دمار شامل على مستوى المباني و المنشآت إلى جانب الضغط المتعلق بالانفجار الديموغرافي.

¹-P.Malinvaud et P. Jestaz : "Le droit de la promotion immobilière " 5 ème édition Dalloz Paris 1991 P1 et 2 .

²-Capoulade : "Les professions immobilières " édition de l'actualité juridique Paris 1974 P36 .

³ - Ajmi Bel Hadj Hammouda : "La promotion immobilière: Obligations et Responsabilité du promoteur et de l'acquéreur " Colloque de 28-29-30 janvier 1988 . Faculté du droit et des sciences politiques Tunis 1988 P223.

و إنه لمن الملفت للانتباه أن أهمية مكانة الباعث العقاري من حيث مساهمته الفعالة في تحقيق التنمية العقارية والنهوض بقطاع الإسكان خاصة صاحبه قيام مسؤوليته.

في المقابل تأسيسا على أن الهدف الأول بالنسبة لأصحاب هذه المهنة كان و لا زال تحقيق الربح من خلال الإنجاز السريع للمباني دون التركيز على متانة المبنى و سلامته و جودة الأعمال لذلك أصبح الحديث عن نظام أو أنظمة المسؤولية بالنسبة لهذا الشخص تتواتر من طرف الباحثين في القانون.

إن المتعارف عليه أن نظام المسؤولية ينقسم إلى نظامين نظام المسؤولية المدنية بما يشمل من مسؤولية عقدية و أخرى تقصيرية و نظام آخر يتعلق بالمسؤولية الجزائية إلا أنه يمكن الحديث في هذا الصدد عن نظام آخر استثنائي خاص بميدان البناء هو نظام المسؤولية العشرية الذي ينظمه القانون عدد 9 لسنة 1994 المتعلق بالمسؤولية و المراقبة الفنية في ميدان البناء و هو نظام استثنائي بالنظر إلى أنه مفروض بموجب القانون كما أنه لا يقوم إلا بانتهاء المرحلة العقدية إضافة إلى أنه يتسم بطابعه الجزري و الأمر لأنه يهيم النظام العام.

إلا أن موضوع المحاضرة تعلق بالمسؤولية الجزائية للباعث العقاري تأسيسا على أن هذا الجانب من المسؤولية لم يحظ كما تبين بالاهتمام اللازم على خلاف بقية الأنظمة كما أن هذا الجانب يكتسي نوعا من الخصوصية التي تبرز بمجرد الاهتمام به و التي سوف تتضح عند تناوله بالبحث لاحقا ، ففيم تتمثل المسؤولية الجزائية للباعث العقاري في البداية ؟

تتمثل المسؤولية الجزائية في التزام شخص بتحمل تبعات أفعاله الإجرامية بقانون يحدد بدقة تلك الأفعال و العقوبة المستوجبة لها و صورة لإدانته يكون الالتزام بتنفيذ العقوبة المحكوم بها من قبل هيئة قضائية¹ . و يمكن القول تأسيسا على ذلك أن المسؤولية الجزائية تتلخص في ذلك الأثر القانوني لارتكاب أي فعل يعتبره و يكيفه القانون كجريمة² .

و قد مثلت المسؤولية الجزائية منذ القدم مشكلة أساسية في القانون الجنائي³ لاسيما بالنسبة لأصحاب المهن الحرة على غرار الأطباء و المهندسين و المهن القضائية نظرا للأهمية الكبرى لهذه المهن و لحساسية الأدوار التي تضطلع بها باعتبار أنها تهتم بالإنسان في حياته العملية و المهنية و عند ممارسته لنشاط معين في إطار مهنة أو حرفة أو مهنة⁴ . و لقد استقطبت المسؤولية الجزائية لأصحاب المهن اهتمام الفقه و فقه القضاء و احتلت حيزا هاما من عمل المحاكم إلا أن الاهتمام بالمسؤولية الجزائية للباعثين العقاريين بقي غائبا و لم يلق البحث في هذا الموضوع التركيز اللازم من طرف الباحثين بالرغم من الثغرات العديدة على مستوى النصوص التشريعية مما يدعو إلى طرح الإشكالية التالية :

¹ -G.Stefanie G.Levasseur B.Bouloc : "Droit pénal général" 16^{ème} édition Dalloz .

² -G.Stefanie G.Levasseur B.Bouloc :même référence

³ -Pradel : "Droit pénal" Tome 1 1^{ère} édition Cujas 1995 P 491

⁴ -C Marty : "Répression pénale et disciplinaire des fautes des fonctionnaires publiques" Thèse de doctorat . Paris 1949.

كيف تقوم المسؤولية الجزائية للبائع العقاري؟

إن مسؤولية البائع العقاري الجزائية مثلها كمثل باقي المسؤوليات الجزائية لأصحاب المهن الأخرى لا يمكن بأي حال أن تقوم إلا بتوفر مجموعة من العناصر الأساسية تتمثل في جملة من الأفعال هي الأفعال المجرمة (الجزء الأول) التي يرتكبها ذلك الشخص ثم في تقنين مجموعة من العقوبات التي تسلط من قبل هيئات قضائية (الجزء الثاني) إلا أنه يمكن الإشارة إلى أن هذه المسؤولية لها خصوصية بارزة بالنسبة لهذا الشخص .

الجزء الأول: الأفعال المجرمة للبائع العقاري :

بالرجوع إلى كل من القانونين العام و الخاص هذا الأخير الذي يتعلق بتنظيم مهنة البائع العقاري يتبين و أن هذه الأفعال لم ترد بصفة حصرية وواضحة لذلك كان من الواجب البحث فيها قصد التمكن من تحديد شروط قيامها و بيان مضمونها لم يحدد المشرع التونسي الأفعال المجرمة للبائع العقاري و لم يفرد لها بالتالي بنص خاص إلا أنه و باعتماد النص العام يمكن تحديد هذه الشروط بالاستناد إلى القياس باعتباره مبدأ قانوني. و تأسيسا على ذلك ، يمكن القول أن شروط قيام الأفعال المجرمة للبائع العقاري تتمثل في ثلاث شروط أساسية و ضرورية و هي الشرط المادي و الشرط المعنوي و الشرط القانوني و هي شروط لا بد من توفرها لقيام أي جريمة و لا يمكن بالتالي الحديث عن قيام أي فعل إجرامي في صورة غياب أي شرط من بين تلك الشروط .

إن توفر شروط قيام أي فعل إجرامي صادر عن بائع عقاري هو من الأمور البديهية و لا يقتضي بالتالي مزيد الدراسة و البحث بالنظر إلى أنه تم تناول هذه المسألة من طرف أغلب شراح القانون بمناسبة تناولهم لأركان الجريمة عامة و عليه فإن البحث في شروط قيام الأفعال الإجرامية بالنسبة للبائع العقاري من هذه الناحية هو أمر لا يكتسي الكثير من الأهمية و يقتضي تبعا لذلك تناول هذه المسألة من ناحية أخرى تتعلق بالأساس بشروط قيام كل فعل على حدة .

و لبلوغ تلك الغاية كان من الضروري الاهتمام بالبحث في مضمون تلك الأفعال واحدا تلو الآخر و يمكن القول في هذا المجال أنها تتلخص في تلك الأفعال المتعلقة بالإخلال بالقواعد الشكلية المنظمة للمهنة (الفصل الأول) و ارتكاب جرائم بمناسبة قيام البائع العقاري بمهامه (الفصل الثاني)

الفصل الأول: الأفعال المتعلقة بالإخلال بالقواعد الشكلية المنظمة للمهنة :

تضمن القانون المنظم للمهنة و هو القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 1990/02/26 و المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبائع العقاري شروطا لممارسة مهنة البائع العقاري و التي تعرض المخالف لها إلى عقوبات و تجعله بالتالي مرتكبا لجريمة المباشرة غير الشرعية للمهنة (أولا) إلا أن البائع العقاري الممارس لمهنته بصفة قانونية أيضا يمكنه أن يرتكب جرائم أخرى تتعلق أساسا بعدم احترامه للقواعد المنظمة لإنجازه للعمليات التي تدخل ضمن مجال اختصاصه (ثانيا).

أولا: جريمة المباشرة غير الشرعية للمهنة :

أقر المشرع التونسي مثله كمثل باقي التشريعات الأخرى جملة من القواعد القانونية يهدف من خلالها إلى السمو بمهنة البائع العقاري و حمايتها من كل ما من شأنه أن يمس بأهدافها و من أهمها المحافظة على إقامة مبان متينة

و تشييد منشآت ثابتة و تقويم و صون المهنة من العبث و الارتقاء تبعا لذلك بمقومات الإعداد العلمي و الفني الذي يؤهل لممارسة هذه المهنة¹.

و تتمثل هذه الشروط بالأساس في تلك التي لا بد من توفرها بالنسبة لكل من يرغب في الترشح لممارسة مهنة الباعث العقاري و قد أقرها القانون آنف الذكر أي القانون المتعلق بالبعث العقاري إذ خصها المشرع بعنوان ثان يتعلق بالترخيص فنص الفصل السادس منه على ما يلي :

" يجب على الباعثين العقاريين الحصول على ترخيص مسبق لكي يتمكنوا من ممارسة الأنشطة المحددة بالفصل الأول من هذا القانون" و ينص الفصل السابع على ما يلي :

" على الباعث العقاري المترشح للتحصيل على الترخيص أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية و السياسية و لم يسبق الحكم عليه جزائيا من أجل أفعال مخلّة بالشرف و الأمانة و لا الحكم بتفليسّه و أن يثبت :

- رأس مال كاف.
- كفاءة مهنية مع الالتزام بالاستعانة بأهل الخبرة و بإطارات كفأة لإنجاز مشاريعه..."

و بالإطلاع على هذين الفصلين يتبين أن صياغتهما جاءت واضحة و لا تقتضي أي تفسير بما أن المشرع نص على شروط دقيقة و محددة لممارسة المهنة فعبّر عنها باستعمال عبارتي "على" و "يجب" كما يمكن اعتبارها شروطا أساسية و واجبة التوفر في نفس الوقت بالنسبة للمترشح لممارسة المهنة و لا يمكن بالتالي الاستغناء على إحداها أو تجاهلها. إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع عند تقنينه لمهنة الباعث العقاري قام بإرساء مبدأ حرية الانضمام للمهنة و ذلك من خلال عدم فرضه الحصول على شهادة للتمكن

من الالتحاق بالمهنة كما أنه لم يفرض التمتع بالجنسية التونسية² على غرار باقي المهن الحرة الأخرى كمهنة المهندس و المهندس المعماري مثلا.

كما يمكن لفت النظر إلى أن الطابع الوجوبي و الأمر لهذه القواعد جعل الإخلال بها من الأمور الجدية و لا يمكن بأي حال تجاوزها لذلك فإن المشرع أقر جملة من الوسائل الردعية كمحاولة منه لمنع مثل تلك التجاوزات و هي لا تقتصر فقط على العقوبات الجزائية التي سيتم التعرض إليها لاحقا و إنما شملت كذلك عقوبات إدارية مثل سحب الترخيص و إيقاف تمتيع المعني بالأمر بكل أو ببعض الامتيازات الممنوحة له و ذلك حسب صريح أحكام الفصل الثامن من القانون المتعلق بالبعث العقاري.

و تقتضي جريمة المباشرة غير الشرعية للمهنة توفر ثلاث أركان متعارف عليها من الناحية القانونية لقيام أي جريمة و تتمثل في الأركان المادية و المعنوية و الشرعية .

فبالنسبة للركن المادي لهذه الجريمة فإن الأمر يتعلق بممارسة شخص لمهنة الباعث العقاري دون أن يكون مؤهلا لذلك أو له الكفاءة اللازمة و يقوم بعمليات عقارية خارجة عن اختصاصه و دون أن يكون متحصلا على ترخيص يمكنه

¹- إيمان حميدة : "المسؤولية الجزائية للمهندسين" رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء 2003-2004 ص 23-24 .

²- مباركة رحومة : "الباعث العقاري" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون البيئة . كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس . 2006-2007 ص 24

من ممارسة المهنة¹ كأن يمارس مقاول أو مهندس معماري مهنة باعث عقاري و ينتحل صفته فعليا على أن يتوفر فيه شرط الاستمرار و التعود كما ذهب إلى ذلك رجال القانون² أي إتيان الفعل لأكثر من مرة³.

ثانيا : عدم احترام القواعد المنظمة لإنجاز العمليات العقارية :

تتمثل هذه القواعد أساسا في جملة من الإجراءات الشكلية التي وضعها المشرع من أجل الارتقاء بميدان البعث العقاري و جعله مستجيبا لمقتضيات الوضع الاقتصادي للبلاد و بصفة خاصة الناحية المعمارية بما أنها تمثل المظهر الخارجي لها و تترجم مستواها التنموي لذلك فإن فرض رخصة البناء و احترام التراتيب العمرانية من جهة و اعتبارها مخالفة (1) و كذلك الأمر بالنسبة لتأمين المسؤولية و المراقبة الفنية للبناء التين أعتبرهما من بين الجنح من جهة ثانية (2) فيه تكريس واضح من طرف المشرع لهذه المسألة خاصة مع إكساء هذه الإجراءات الشكلية طابعا ردعيا .

1 - مخالفة البناء دون رخصة و عدم احترام التراتيب العمرانية :

تتمثل مخالفة البناء دون رخصة حسب ما ذهب إليه أحد شراح القانون في عدم الحصول على ترخيص إداري يهم تشييد مبنى أو إنجاز أشغال على مبنى قائم⁴.

كما يمكن تعريف هذه الجريمة بأنها تلك المخالفة التي تتعلق بعدم احترام صاحب أشغال البناء لإجراء إداري وجوبي يتمثل في الحصول على ترخيص مسبق قصد القيام بعمليات البناء .

ويستخلص الطابع الوجوبي للجريمة من خلال الفصل 68 م ت ت ت الذي جاء به : " على كل من يروم البناء أو إجراء أشغال ترميم لتدعيم بناية موجودة أو إدخال تغييرات عليها الحصول على ترخيص في ذلك من رئيس البلدية ..."

يتبين من خلال هذا الفصل أن جريمة البناء دون رخصة هي جريمة تشمل كل من يقوم بالبناء استنادا إلى لفظة " كل من يروم البناء " و هي بذلك لا تخص الباعث العقاري فقط و إنما أيضا بعض المتدخلين الآخرين في ميدان البناء كالمقاول مثلا. إلا أنه يمكن الإشارة إلى أن الحصول على رخصة البناء هو أمر محمول على الباعث العقاري سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا تأسيسا على عمومية النص القانوني⁵.

و يمكن التعرّيج في هذا الصدد على مسألة أخرى تهم موضوع هذه الرخصة :

هل أنها تتعلق بميدان البناء عامة بما يشمل من عمليات التهيئة و التقسيم بما أنها عمليات يختص بإنجازها الباعث العقاري كما هو ثابت من خلال القانون المنظم للمهنة أم أنها تخص عملية البناء أو التشييد دون غيرها ؟

¹-إيمان حميدة : "المسؤولية الجزائية للمهندسين" رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء 2003-2004 ص 30.

² -Tahon.René : "Propos sur la législation professionnelle et réglementaire au point de vue pénal" Discours prononcé à l'audience salonnelle de rentrée du 15 septembre 1952 de la cour d'appel de liège.p 14.

³-الطاهر منتصر : "المسؤولية الجزائية للأطباء" مجلة القضاء و التشريع 1995

⁴-Amel Aouij : " Précis de droit de l'urbanisme " Publications de l'imprimerie officielle de la République Tunisienne .Tunis 2002 P122

⁵ - G.Liet-Vaux et A.Thuiller : " Droit de la construction " 11è édition .Litec.Paris 1994

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي الرجوع إلى الفصل القانوني المنظم لرخص البناء و هو الفصل 68 م ت ت أنف الذكر الذي جاءت عباراته واضحة و التي تفيد أن رخصة البناء ضرورية بالنسبة للقيام بأشغال بناء أو إجراء أشغال ترميم لتدعيم بناية موجودة أو إدخال تغييرات عليها و بالتالي فإن استصدار هذه الرخصة هو غير ضروري بالنسبة لعمليات التهيئة و التقسيم .

أما بالنسبة لعدم احترام الباعث العقاري للتراتب العمراية فإن هذا الأمر يتعلق حسب منطوق الفصل 27 م ت ت بمواقع البنايات و بكيفية تركيزها و الوصول إليها و مجتمها و بتحديد و توزيع المساحات الخضراء و المساحات العمومية و التجهيزات ذات المصلحة العامة و المحافظة على المحيط و الوقاية من المخاطر الطبيعية مع مراعاة الحاجيات التي تملها الوضعية الخاصة للمعاقين.

- و يمكن القول بأن هاتين المخالفتين تتكونان بمجرد امتناع عن فعل لا القيام بفعل معين و يتمثل الامتناع عن الفعل - كما هو ثابت من خلال التعريف السابق - في عدم الحصول على رخصة إدارية للبناء و عدم احترام التراتيب العمراية و ذلك دون صدور أي فعل إيجابي آخر عن الشخص المعني بالأمر موازي للامتناع .

2- جنحتي عدم تأمين المسؤولية و عدم القيام بالمراقبة الفنية للبناء :

إن التعرض لهاتين الجنحتين في آن واحد لم يكن اعتباطيا و من باب الصدفة بل إن له مغزى هام يتمثل في إبراز ما كرسه المشرع التونسي و المتمثل في اقتران هاتين الجنحتين ببعضهما البعض استنادا إلى أن الفصل 6 من القانون عدد 9 المؤرخ في 31 جانفي 1994 المتعلق بالمسؤولية و بالمراقبة الفنية للبناء أقر ما يلي :

" المراقبة الفنية وجوبية في كل الأحوال التي يقتضي فيها تأمين مسؤولية المتدخلين في البناء " و يفيد هذا الفصل أن الباعث العقاري ملزم بمد المؤمن بتقرير المراقب الفني حول الخطر المراد تأمينه عند قيامه باكتتاب عقد تأمين .

إن عدم احترام مقتضيات هذا الفصل ترتب جزاء أقره المشرع و هو ما يدعم الصبغة الوجوبية لتأمين مسؤولية الباعث العقاري خاصة .

الفصل الثاني : الأفعال المتعلقة بمضمون العمليات العقارية التي يختص بها الباعث العقاري :

تتمثل هذه الأفعال في تلك الجرائم التي يرتكبها الباعث العقاري بمناسبة إنجازها لمهامه و أثنائها و تكون بالأساس أفعال قصدية و أخرى غير قصدية. و تتعلق الجرائم التي يرتكبها الباعث العقاري بتلك الجرائم التي يرتكبها هذا الأخير فتكون أحيانا خاصة بطبيعة المهنة (أولا) و أحيانا أخرى جرائم عامة أي أن الأفعال المرتكبة يمكن أن تشمل أشخاص آخرين و التي ينظمها القانون العام (ثانيا) .

أولا : الجرائم الخاصة بطبيعة المهنة :

بالرجوع إلى القانونين الخاص و كذلك العام يتبين أن المشرع لم يهتم بمسألة تحديد الجرائم التي من الممكن أن يرتكبها الباعث العقاري و التي تخص طبيعة مهنته و تأسيسا على ذلك فإن هذه الجرائم يمكن استخلاصها من خلال البحث في تلك النصوص و كذلك التجارب العملية للباعثين العقاريين إلا أن الحديث عن هذه الجرائم لن يكون بصفة حصرية استنادا إلى تعدد أنواعها و أصنافها.

و تتمثل هذه الجرائم في تلك التي يخرج فيها الباعث العقاري عن المبادئ القانونية التي تقوم عليها المهنة بالأساس و لا يمكن بالتالي في غيابها التصريح بإسداء أو إنجاز عملية من العمليات العقارية التي يختص بها الباعث العقاري على أحسن وجه و وفقا للمعايير المتعارف عليها بل إن الأمر في هذه الحالة يمكن أن يؤدي في أغلب الأحيان إلى حدوث الجريمة التي تكتسي في هذا الإطار صبغة خاصة بالنظر إلى ارتباطها الوثيق بطبيعة مهنة الباعث العقاري من ذلك جريمة الإهمال الناتجة عن الإخلال بواجب الأمانة فالأمر يتعلق هنا بتنفيذ المشروع عن حسن نية و اعتماد النزاهة اللازمة مع إقصاء كل نية غش و هو مبدأ ذو صبغة وجوبية لا يمكن بأي حال استبعاده أو الحد منه¹ من طرف الباعث العقاري باعتبار أن كل تجاوز له أو الخروج عن النزاهة المطلوبة يؤدي إلى وقوع و حدوث الغش و هو ما يرتب العقاب² فحسن النية هو قاعدة أخلاقية بالأساس و احترامها يؤدي إلى ضمان نجاح الاتفاقات المبرمة بين الباعث العقاري و حرفائه .

و يمكن التعرض إلى بعض الجرائم التي من الممكن أن تنجم عن جريمة الإهمال الناتجة عن عدم احترام هذا المبدأ على سبيل المثال لا الحصر باعتبار تعددها و تنوعها و هي بالخصوص جريمة القتل التي تحدث بمناسبة انهيار المنشآت التي يقوم بتشييدها الباعث العقاري أو كذلك جريمة الجرح التي تندرج ضمن نفس الإطار إضافة إلى جرائم أخرى مثل جريمة التحايل و التي تتكون عند عملية البيع خاصة و غيرها من الجرائم الأخرى التي ينظمها القانون العام

كما يمكن التعرض في هذا الصدد إلى أنواع أخرى من الإهمال الناتج عن عدم احترام مبادئ أخرى كالإخلال بمبدأ التضامن و الإخلال بواجب النصح و الإعلام ، فالبدأ الأول يقوم و يستخلص من العلاقات التي تربط الباعث العقاري ببقية المتدخلين في البناء أي المهندس المعماري و المقاول و غيرهما كل في حدود الاختصاصات المخولة له قانونا و المقصود بهذا المبدأ هو التأزر بغية تنفيذ

الأشغال على الوجه الأمثل مع ما يستوجبه ذلك من توافق و انسجام لتحقيق الهدف المرجو³.

و يترتب عن الإخلال بمبدأ التضامن حصول عدم الانسجام على مستوى تنفيذ الأشغال مما ينجم عنه حتما انعدام الفاعلية و الجودة المطلوبة و بالتالي قصور العمليات العقارية الخاصة بالباعث العقاري فتتكون تبعا للإخلال بهذا المبدأ الجريمة و هي جريمة الإهمال التي ينجم عنها حدوث جرائم أخرى مثل جريمة القتل على

وجه الخطأ أو الجرح على وجه الخطأ أو غيرها من الجرائم الأخرى .

أما حالة الإخلال بمبدأ النصح و الإرشاد فتتمثل في الإخلال بواجب هام محمول على الباعث العقاري باعتبار أن هذا الأخير يعتبر ذا حرفة و أصحاب الحرف مطالبون كما هو متعارف عليه بإخلاص العمل بالنصيحة و الدعاء إلى ما فيه الصلاح و النهي عما فيه الفساد فإذا ما أخل الباعث العقاري بهذا المبدأ فإنه يكون بذلك مذنبا في حق الحريف أولا و في حق المجموعة ككل بالنظر إلى أن هذا الأمر يمكن أن يكون الجريمة التي في حالة تكررها تنتج ما أصطلح

¹ حمد حمودة : "في الوفاء بالالتزام مع تمام الأمانة" Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima مركز النشر الجامعي تونس

2005 ص 1032 .

² محمد حمودة : نفس المصدر السابق ص 1074.

³ محمد حمودة : نفس المصدر السابق ص 1082

على تسميته بـ"العود" في القانون الجزائي بالنسبة للفعل الضار الناتج عن انتهاج مثل هذا السلوك في صورة تكراره .

و يتضمن واجب النصح و الإعلام أو الإرشاد واجبا يتفرع عنه يتمثل في واجب حماية المشتري باعتبار أن حماية المشتري لا يمكن بأي حال أن تتحقق مع غياب مبدأ النصح و الإرشاد إلا أن هذه الحماية ترتبط بشديد الارتباط بمبدأ الأمانة الذي تم التعرض إليه بالنظر إلى تعلقه بحسن نية الباعث العقاري و عدم اقتصره على ذلك الأمر استنادا إلى ارتباطه كذلك بكفاءة الباعث العقاري الفنية.

إن في احترام الباعث العقاري لجملة تلك المبادئ التي تفرضها طبيعة مهنته. و التي تكتسي صبغة أخلاقية بالأساس تحقيق لعنصر جودة خدماته المطلوبة و يتم بذلك تفادي وقوع الجريمة وبالتالي العقوبة الجزائية .

ثانيا : الجرائم المنظمة من طرف القانون العام :

بالإطلاع على القانون العام و بالتحديد المجلة الجزائية يمكن التعرض إلى عدة أنواع من المخالفات و الجنح التي من الممكن استخلاص إمكانية ارتكابها من طرف الباعث العقاري جراء الممارسات غير السليمة و الإنجاز غير المطابق للمواصفات لعملياته العقارية إلا أنه يمكن الجزم بصعوبة الحديث عن كل تلك الجرائم بالنظر إلى تنوعها و تعددها و يمكن التعرض في هذا الإطار إلى بعض الأفعال الجلية باعتبار تكرار حدوثها في الواقع .

و تمثل جريمة القتل على وجه الخطأ من أهمها بالنظر إلى تعلقها الشديد بحالات انهيار المنشآت و تداعيتها للسقوط الناتج عن مس بمتانتها سواء على مستوى أسسها أو هياكلها أو سقوفها الناتج بدوره عن غلط في التصميم أو الحساب أو عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض (الفصل 1 من القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 جانفي 1994 و المتعلق بالمسؤولية و المراقبة الفنية في ميدان البناء) فتقوم الجريمة بذلك بمجرد موت شخص أو أشخاص جراء أحد تلك الأسباب أو باجتماعها.

و تجدر الإشارة إلى أن جريمة القتل على وجه الخطأ تنظمها المجلة الجزائية و تقوم بالتالي كلما توفرت أركانها القانونية مثلها كمثل أي جريمة أخرى.

و في نفس الإطار يندرج نوع ثان من الجرائم المتمثل في جرائم الجرح على وجه الخطأ التي مثلها كمثل جريمة القتل على وجه الخطأ تقوم بمجرد حدوث جرح (ليس قتل في هذه الصورة) جراء حصول حالات انهيار المنشآت و تداعيتها للسقوط الناتج عن مس بمتانتها سواء على مستوى أسسها أو هياكلها أو سقوفها الناتج بدوره عن غلط في التصميم أو الحساب أو عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض.

و يمكن التعرض في هذا الإطار إلى تعدد الحوادث الأليمة الناجمة عن التغييرات الهامة التي برزت على قطاع الأشغال، لاسيما فيما يتعلق ببناء المنشآت والاعتماد على التكنولوجيا الحديثة في صناعة البناء أمام رغبة الباعثين العقاريين في تحقيق الربح من خلال الإنجاز السريع، إذ لا تهمّ المتانة والسلامة أو جودة الأعمال بقدر ما تهمّهم

سرعة إتمام الأشغال والاقتصاد الشديد المبالغ فيه أحيانا في تكاليف تشييده ولو كان ذلك على حساب الصلابة والمتانة¹.

كما يمكن لفت النظر إلى أن تاريخ تجريم هذه الأفعال يعود إلى عهد حمورابي ملك بلاد الرافدين الذي أصدر حكما قضى بالإعدام ضد البناؤ الذي شيد بناية انهارت على صاحبها فأردته قتيلا.²

إن من بين أهم الجرائم التي يتكرر حدوثها من طرف الباعثين العقاريين هي جرائم التحيل التي نظمتها المجلة الجزائية باعتبارها جريمة متشعبة الأركان إذ جاء بالفصل 291 م ج ما يلي: "يعاقب كل من استعمل إسما مدلسا أو صفات غير صحيحة أو التجأ للحيل و الخزعبلات التي من شأنها إقناع الغير بوجود مشاريع لا أصل لها في الحقيقة أو نفوذ أو اعتماد وهمي أو التي من شأنها بعث الأمل في نجاح غرض من الأغراض أو الخوف من إخفائه أو وقوع إصابة أو غيرها من الحوادث الخيالية و يكون قد تسلم أو حاول تسلم أموال أو منقولات أو رقاغ أو ممتلكات أو أوراق مالية أو وعودا أو تواصليل أو إبراءات أو اختلس بإحدى هذه الوسائل أو حاول اختلاس الكل أو البعض من ثروة الغير".

و يلاحظ من خلال هذا الفصل القانوني أن جريمة التحيل تختلف عن جريمة السرقة بالنظر إلى أن طريقة الاستحواذ فيها يستعمل فيها طرق احتيالية قصد مغالطة المجني عليه و يتسلم منه الشئ بصفة إرادية . كما تختلف جريمة التحيل عن جريمة خيانة المؤمن التي يتم فيها تسليم الشئ بمقتضى فقد مبرم بين الجاني و المجني عليه و دون حاجة إلى استعمال الحيل .

ومن خلال الممارسات الواقعية فإن جريمة التحيل بالنسبة للباعث العقاري تتمثل في عدة صور يمكن التعرض إلى بعضها و هي خاصة الحالة التي يقوم فيها شخص ما بالإيهام بكونه صاحب مشروع للبعث العقاري و هي صورة الممارسة غير الشرعية لمهنة الباعث العقاري التي تم التعرض إليها سابقا فيقوم بإبرام عقود وعد بالبيع مع عدد من الحرفاء و يتسلم أموال دون أن تكون هناك في المقابل أي مشاريع بناء في الواقع . كما يمكن ذكر حالة إبرام عقود بيع محلات سكنية وفق شروط و مواصفات معينة إلا أنه عند قيام الحريف بتسلم المحل يتبين له أن كل أو بعض تلك الشروط و المواصفات غير متوفرة بالمره .

إن صور و حالات التحيل عديدة و متعددة في الواقع كما أنها تختلف من زمن إلى آخر الأمر الذي يجعل النص القانوني قاصرا في بعض الأحيان عن الإحاطة بكل تلك الحالات و تنظيمها بصفة محكمة من الناحية الجزائية تأسيسا على أن النص المنظم لجريمة التحيل جاء دقيقا و مفصلا و يفتقد إلى شئ من العمومية المطلوبة و لم يأخذ بعين الاعتبار و كما ينبغي مسألة تشعب الجريمة الأمر الذي يستدعي مراجعته و ذلك بإكسائه أكثر ما يمكن من العمومية حتى يتمكن من مسايرة واقع هذه الجريمة كما يقتضي الأمر.

1- وليد عامري: "مسؤولية المهندس المعماري و المقال" مذكرة مرحلة ثالثة قانون خاص . كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 2004 . ص 4.

2- مجموعة من المؤلفين: "شريعة حمورابي و أصل التشريع في الشرق القديم" ترجمة أسامة سيراس . العربي للطباعة و النشر و التوزيع الطبعة الأولى. 1988. ص126.

و يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى أن القانون عدد 59 سنة 1974 المورخ في 20 جوان 1974 المتعلق بتنظيم مهنة البعث العقاري القديم نص ضمن فصله الثامن عشر على جريمة التحيل فأقر ما يلي: "كل إدلاء بوثائق مزيفة أو تصريح مخالف للحقيقة أو استعمال للتسبقات التي نص عليها الفصل الرابع عشر من هذا القانون لأغراض ليس لها علاقة بتمويل إنجاز البرنامج تعتبر عمليات تحيل و يعاقب عليها بصفتها تلك " و لعل المشرع التونسي قام بالاستغناء ، على ما يبدو، على هذه الأحكام بسبب تنظيمها بصفة أدق ضمن المجلة الجزائية .

الجزء الثاني : العقوبات المسلطة على الباعث العقاري نتيجة الأفعال الإجرامية المرتكبة :

إن الحديث عن عقوبة في هذا الإطار لا يمكن أن تقتصر بأي حال على تحديد أنواع العقوبات المسلطة على الباعث العقاري إثر ارتكابه لجريمة ما أو لجملة من الجرائم التي وقع التعرض إليها في الجزء الأول و إنما يقتضي الأمر تناول مسألة تطبيق العقوبة عامة بالنظر إلى أهمية هذه المسألة من الناحية العملية .

إن التطور العلمي و التقني و حتى المعلوماتي يعتبر من بين الأسباب الرئيسية و الفعالة في تطور سياسة التجريم التي شهدتها القوانين الحديثة و التي تعكس بالتأكيد أهمية العقوبة و التشديد فيها على المهنيين من أجل قصورهم و جهلهم بالالتزامات المحمولة عليهم قانونا أو كذلك بسبب إهمالهم الجسيم و الإخلال بواجباتهم المهنية كل ذلك في حدود اختصاصاتهم .

و تتمثل العقوبة بالأساس في ذلك الإجراء المقيد للحرية من جهة و هو من أكثر الإجراءات العقابية ردعا بالنسبة للباعث العقاري في هذا المجال و تأتي العقوبات المالية من جهة ثانية لتساندها فيقرها القانون في بعض الحالات إلى جانب العقوبة السالبة للحرية أو تطبق في حالات أخرى بصفة انفرادية .

في هذا الصدد تدرج العقوبات المسلطة على الباعث العقاريين في أغلب الأحيان إلا أن الإشكال يطرح من الناحية العملية عندما يتعلق الأمر بحالات يصعب معها تطبيق العقوبة (الفصل الأول) إلا أن الحل، هنا، يتمثل في خلق إطار تشريعي خاص ينظم مسألة العقوبة المسلطة على الباعث العقاريين (الفصل الثاني) من أجل تحقيق النجاعة المطلوبة في هذا الإطار .

الفصل الأول : صعوبة تطبيق العقوبة بالنسبة للباعث العقاري :

تتعلق صعوبة تطبيق العقوبة عمليا و بالأساس و بالأساس، بشخص الفاعل أي مرتكب الجريمة و هو في هذه الصورة الباعث العقاري الذي لا يقوم بإنجاز عملياته العقارية بصفة شخصية في أغلب الأحيان و إنما يقوم بالاستعانة بأشخاص آخرين مما يصعب معه تحديد الشخص المقترف للفعل الإجرامي خاصة في حالة تعدد هؤلاء الأشخاص (أولا). و تتعلق الصعوبة العملية الثانية في حالة الباعث العقاري الشخص المعنوي (ثانيا) الذي يصعب معه تصور تطبيق العقوبة عليه خاصة إذا تعلق الأمر بارتكاب جريمة القتل على وجه الخطأ مثلا و التي تستوجب كما هو متعارف عليه عقوبة السجن.

أولا : صعوبة تطبيق العقوبة المتعلقة بتعدد المتدخلين في البناء :

بالرجوع إلى الفصل الأول من القانون المتعلق بتنظيم مهنة البعث العقاري يلاحظ أن الباعث العقاري هو شخص يقوم بإنجاز عمليات تقسيم و تهيئة الأراضي المخصصة للسكنى و بناء و تجديد العقارات المعدة سواء للسكنى أو التجارة أو المهنة أو الإدارة.

و بقراءة أولى لهذا الفصل يتبين أنه من الصعب جدا تصور شخص الباعث العقاري بصفته كشخص طبيعي القيام بأعمال التهيئة و التقسيم و البناء بصفة منفردة و دون استعانة بأشخاص آخرين ، فمن البديهي جدا - بالنسبة للقيام بإنجاز مثل هذه الأشغال - من الاستعانة بأشخاص آخرين مختصين في هذا المجال إلا أن وظائفهم تختلف باختلاف الأعمال المطالبين بإنجازها.

و قد نص الفصل 7 من القانون آنف الذكر على هذا الأمر بمقولة أنه على الباعث العقاري أن يثبت كفاءة مهنية مع الالتزام بالإستعانة بأهل الخبرة و بإطارات كفاءة لإنجاز مشاريعه و هو ما يدل و بصفة جلية على أن إنجاز الأشغال لا يمكن أن يتم بأي حال بصفة انفرادية من طرف الباعث العقاري .

و تجدر الإشارة إلى أن الأشخاص الذين يقوم الباعث العقاري بالإستعانة بهم هم من أهل الخبرة و إطارات كفاءة كما نص على ذلك الفصل السابع من القانون المنظم للمهنة و يمكن تعريفهم بأنهم أصحاب مهن حرة و أصحاب شهادات تكتسي في الغالب صبغة تخصصية و هم بالتحديد المهندسين و المقاولين و الفنيين الساميين باعتبار أن الباعث العقاري ليس بالضرورة مختص في البناء¹ . و حتى و إن كان مختصا فإنه يبقى غير قادر على القيام ببعض العمليات الدقيقة كتركيز المدارج الآلية مثلا أو أجهزة التدفئة أو الهاتف² ..

و يتبين من خلال كل ذلك أنه في صورة ارتكاب أي خطأ أو أي فعل إجرامي، فإنه يصعب معه تحديد الشخص المسؤول نظرا لتعدد المتدخلين في هذا الميدان المتشعب و بالتالي يتضح أن مسألة تطبيق العقوبة تمثل معضلة حقيقية و في هذه الحالة يجد

القاضي نفسه مخيرا بين أمرين اثنين يتمثلان في :

إما تقييد القضية ضد مجهول و بالتالي يبقى الفاعل الأصلي دون عقاب أو يعتبر القاضي الجريمة مشاركة و بالتالي يخضع أشخاص ليس لهم أي علاقة بالفعل الإجرامي للعقاب و هو ما لا يمكن أن يستقيم من الناحية العملية تأسيسا على قواعد العدل .

إن الصعوبة هنا تقتضي مزيد البحث قصد محاولة إيجاد حل تشريعي و عملي من أجل الارتقاء بالنص الجزائي الذي و رغم كل ذلك، يبقى دائما قاصرا و غير ملم بجميع الصور في ظل التطور السريع الذي تشهده المعاملات بين الأفراد .

¹ -Moncef Ben Younes: "La promotion immobilière" Mémoire DES Droit privé .Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1978 P29.

² -Moncef Ben Younes: même référence P29.

ثانيا : صعوبة التطبيق المتعلقة بصورة الباعث العقاري الشخص المعنوي :

نص القانون المنظم لمهنة الباعث العقاري على أن الممارس للمهنة يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا و لما كان الأمر هين بالنسبة لتطبيق العقوبة على الباعث العقاري كشخص طبيعي فيما يتعلق بالعقوبة الجسدية السالبة للحرية فإن هذا الأمر لاقى صعوبة عملية و تم طرح الإشكال التالي : هل أن تسليط عقوبة سالبة للحرية يعد في طريقه بالنسبة للباعث العقاري الشخص المعنوي خاصة و أن الثابت أنه ليس هو من يقوم بمهمة تنفيذ الأشغال ؟ و بالتالي هل أن طرح مثل هذا الإشكال هو في محله من الناحية العملية ؟

إن الإجابة تبدو للوهلة الأولى بديهية و لا تقتضي طرح أي تساؤل إلا أنه و بالتعمق في المسألة يتبين أن الأمر يخص حالة وحيدة تتعلق بتعدد المتدخلين في البناء و صعوبة تحديد المسؤول جزائيا عند حدوث فعل يكون جريمة قتل مثلا فكيف تتم إدانة الباعث العقاري الشخص المعنوي و تطبيق العقوبة البدنية عليه في هذه الصورة ؟

الإجابة عن هذا التساؤل تبدو مستحيلة في هذه الحالة باعتبار أنه ليس من المنطقي أبدا تطبيق عقوبة سالبة للحرية أو بدنية على شخص معنوي و بالتالي فإن الأمر لا يمكن بل مرة أن يكون في هذا الاتجاه و يتم الاكتفاء بالعقوبة المالية أو بغلق المؤسسة. إلا أنه و في ظل غياب تنصيب تشريعي على هذه الحالة كان لزاما الاستناد إلى الآراء الفقهية لتجلي بعض النقاط.

و قد انقسم الفقه إلى اتجاهين اثنين فأما الاتجاه الأول فقد تشبث بالمفهوم التقليدي الذي يذهب إلى عدم الاعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إطلاقا باعتبار ، هذه المسؤولية تقوم بالأساس على الخطأ الشخصي ، أما الاتجاه الثاني فيعتبر أن هذا الشخص له كيانه القانوني و يحمله بناء على ذلك تبعه أفعاله الإجرامية .

هذا التوجه الثاني تبنته محكمة التعقيب في مناسبات قليلة من ذلك مثلا القرار التعقيبي عدد 6555 المؤرخ في 23 جوان 1971 و الذي نص مبدؤه على ما يلي : " الذوات المعنوية نفسها تحال جنائيا على المحاكم الجزرية إذا كانت عقوبة المخالفة المرتكبة مالية صرفة "

و تجدر الإشارة إلى وجود توجه ثالث أعطى حلا وسطا تمثل في اعتبار الذات المعنوية مسؤولة بصفة غير مباشرة عن الخطأ الجزائي الذي يرتكبه مسيرها بمناسبة إدارتهم لمصلحتها و لذلك يمكن محاكمة هؤلاء المسيرين شخصا ليس على أساس خطئهم الشخصي و إنما على أساس الخطأ في إدارة المؤسسة و بصفتهم ممثلين للذات المعنوية التي يديرونها .

و يعتبر هذا الاتجاه الأخير في طريقه من الناحيتين الواقعية و القانونية و بالتالي يمكن اعتماده بالنسبة لصورة الباعث العقاري الشخص المعنوي.

الفصل الثاني : ضرورة خلق إطار تشريعي خاص :

إن التعرض إلى مسألة خلق الإطار التشريعي الخاص يقتضي بادئ ذي بدء الحديث عن العقوبات (أولا) التي يقرها سواء القانون الخاص أو العام حتى تتجلى المسألة بوضوح (ثانيا).

أولا : العقوبات المسلطة على الباعث العقاري :

إن الحديث عن عقوبة في هذا الإطار لن يعني بالضرورة العقوبات الجزائية فقط لأن الأمر يتعدى القانون الجزائري في كثير من الصور التي يخضع فيها الباعث العقاري للعقوبة بالنظر إلى أن هذا الشخص هو من أصحاب المهن المنظمة ضمن قوانين خاصة و التي تتضمن أنواع من العقوبات لا تتناولها القوانين الجزائية و هي العقوبات التأديبية (1) إلا أن ذلك لا يمنع وجود عقوبات جزائية (2) إلى جانب هذه الأخيرة و هو أمر بديهي .

1- العقوبات التأديبية :

ينص الفصل 8 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري على ما يلي :

"عدم احترام الباعث العقاري للأحكام التشريعية و الترتيبية الجاري بها العمل و خاصة المجلة العمرانية يترتب عنه سحب الترخيص أو توقيف تمتيعه بكل أو ببعض الامتيازات التي منحت له في نطاق هذا القانون ..."

يتبين من خلال هذا الفصل أن العقوبات التأديبية التي يمكن تسليطها على الباعث العقاري تتمثل في نوعين من العقوبات و هي :

- سحب الترخيص .
- توقيف تمتيع الباعث العقاري بكل أو ببعض الامتيازات المنصوص عليها بالقانون الخاص بالبعث العقاري .

إن الاقتصار على نوعين من العقوبات التأديبية يبدو في غير طريقه من الناحية الواقعية تأسيسا على أن التجاوزات التي من الممكن تصور حدوثها من طرف الباعثين العقاريين و التي تحدث فعلا في الواقع هي عديدة و متعددة إلا أنه و بالإطلاع على بعض النصوص المتفرقة و المتعلقة بميدان البناء يلاحظ إقرار بعض العقوبات الأخرى من قبل المشرع من ذلك مثلا الفصل 14 من القانون عدد 34 المؤرخ في 4 فيفري 1976 المتعلق برخص البناء و الذي نص على عقوبة الهدم أو القيام ببعض الأشغال الضرورية قصد فرض احترام القانون و إن كانت هذه العقوبات تصنف ضمن العقوبات الإدارية بالأساس إلا انه يمكن إدراجها ضمن العقوبات التأديبية بصفة استثنائية بالنظر إلى الهدف من تسليطها ضد الباعثين العقاريين.

ويطرح التساؤل التالي في هذا الإطار و يتعلق بتحديد السلطة المختصة بتطبيق هذه العقوبات التأديبية ؟

نص الفصل 8 من القانون الخاص بمهنة البعث العقاري على أن قرار سحب التراخيص أو التوقيف عن التمتع بالامتيازات المشار إليها سابقا يعود إلى الوزير المكلف بالإسكان بعد أخذ رأي اللجنة الاستشارية للبعث العقاري . أما فيما يتعلق بعقوبة إيقاف الأشغال و حجز مواد البناء مثلا ، فإن مجلة التهيئة الترابية و التعمير تنص ضمن بابها المتعلق بالعقوبات المترتبة عن مخالفة الأحكام المتعلقة برخص البناء أن رئيس البلدية و الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير كل حسب اختصاصه مكلفون بالإذن بمقتضى قرار فوري و نفس الأحكام تطبق في حالات الهدم (الفصل 80 م ت ت و ما بعده).

إن العقوبة التأديبية هي جزاء يمس من الشخص المرتكب لفعل ما و الذي يخطئ في مركزه الوظيفي و الأصل في العقوبة التأديبية أنها لا تمس سوى الحقوق و المزايا الوظيفية¹ و الهدف منها هو تقويم المخالف و زجره ليكون عبرة لغيره و كي يلتزم كل شخص بواجباته الوظيفية².

2- العقوبات الجزائية :

إن السؤال المطروح في هذا الصدد هو : هل أن التبع الجزائي يقترن بالضرورة بالعقاب التأديبي أم أن لكل استقلالته ؟ و بعبارة أوضح هل أن إصدار عقوبة تأديبية يتوقف على ثبوت إدانة الباعث العقاري لدى القضاء الجزائي؟

بمراجعة القانون الخاص بمهنة الباعثين العقاريين يتبين أن المشرع لم ينظم هذه المسألة و ترك بالتالي باب التأويل مفتوحا و اكتفى بالتنصيص على " أن عدم احترام الباعث العقاري للأحكام التشريعية و الترتيبية الجاري بها العمل...يترتب عنه سحب الترخيص ... و ذلك دون اعتبار العقوبات المنصوص عليها بالقانون العام " (الفصل 8 من القانون المذكور). كما أن الفصل 87 م ت ت ت ينص على

ما يلي : " لا تمنع الدعوى الجزائية من القيام بالتبعات التأديبية ضد ... كما لا تمنع الإدارة أيضا من سحب المصادقة من الباعثين العقاريين أو المهندسين المعماريين أو المقاولين ".

و تأسيسا على ذلك يمكن القول بأن التبع التأديبي مستقل تماما عن التبع الجزائي و بالتالي فإن إصدار عقوبة تأديبية لا يتوقف بالمرّة على المؤاخنة الجزائية و إصدار عقوبة جزائية.

هذا الأمر يمكن أن يؤدي من الناحية العملية إلى خلق نوع من التضارب بين العقوبتين كأن يتخذ قرار بسحب الترخيص مثلا في حين أن القضاء الجزائي يحكم بالبراءة أو العكس مما جعل الفقهاء يذهبون إلى القول بضرورة تعطيل النظر في الموضوع بالنسبة للعقوبة التأديبية إلى حين استكمال الأبحاث الجزائية و تحديد مآلها³ و هو حل يعتبر في طريقه من الناحيتين الواقعية و القانونية.

فما هي العقوبات الجزائية التي يمكن أن يخضع إليها الباعث العقاري عند ارتكابه لفعل إجرامي ما ؟

لا يوجد بالقانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري أي تنصيص على أي نوع من العقوبات الجزائية إلا أنه و بالإطلاع على القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31 جانفي 1994 المتعلق بالمسؤولية و المراقبة الفنية في ميدان البناء يتضح و أن المشرع أقر جملة من العقوبات ضمن الباب الثالث من هذا القانون و التي تتمثل بالأساس في

خطايا و عقوبات مالية يتراوح مقدارها بين 5000 و 50.000 دينار جراء مخالفة أحكام المراقبة الفنية .

1- عبد الوهاب البنداري : "الإختصاص التأديبي و السلطات التأديبية" دار الفكر العربي الطبعة الأولى 1979 ص 34

2-إيمان حميدة : "المسؤولية الجزائية للمهندسين" رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء 2003-2004.ص10

³ M M J Savatier et J Rivero : "Droit du travail"p 143 et 361

كما أن مجلة التهيئة الترابية و التعمير تقر جملة من العقوبات المتعلقة بمجالات مخالفة الأحكام المتعلقة برخص البناء و تتمثل كذلك في جملة من الخطايا و العقوبات المالية تصل إلى حدود 5000 دينار (الفصل 86 م ت ت).

أما بالنسبة لمخالفة الأحكام المتعلقة بالتقسيمات فإن العقوبات تصل إلى حدود 20.000 دينار مع إضافة عقوبة السجن لمدة تتراوح بين 16 يوما و 3 أشهر في بعض الحالات التي تهم إنجاز تقسيم غير مصادق عليه أو بيع مقاسم منه و في صورة العود يصبح العقاب بالسجن ضروريا و بخصوص عدم إنجاز أشغال تهيئة كليا أو جزئيا أو عدم إنجازها حسب المواصفات الفنية المصادق عليها فإن الخطية تصل إلى حدود 50.000 دينار (الفصلين 76 و 77).

إضافة إلى تلك العقوبات التي تسلط على الباعثين العقارين بمناسبة قيامهم بمهامهم نتيجة ارتكابهم للأفعال التي تم التعرض إليها سابقا فإن هذه الفئة من المتدخلين في ميدان البناء يخضعون إلى العقوبات التي تقرها المجلة الجزائية و تتمثل في العقوبات المقررة بالنسبة لأنواع الجريمة التي يرتكبونها مثل جريمة القتل أو الجرح على وجه الخطأ أو التحيل ...

ثانيا : ضرورة خلق إطار تشريعي خاص :

تكمن الحاجة إلى خلق إطار تشريعي خاص بتنظيم مسألة العقاب بالنسبة لفئة معينة من الأشخاص المتدخلين في ميدان البناء و هي فئة الباعثين العقارين في أن هؤلاء الأطراف يقومون بدور هام على مستوى الرقي بالجانب العمراني للبلاد و بالتالي مساهمتهم الفعالة في تحقيق التنمية التي تعتبر من الأهداف الرئيسية لذلك فإن البحث في مسألة تنظيم العقوبة سواء كانت تأديبية أو جزائية أنتج الكشف عن وجود ثغرات تشريعية لا بد من تجاوزها حتى يتم الارتقاء بميدان البعث العقاري . تم تبين أن هذه الثغرات تكمن أساسا بالنسبة للعقوبات التأديبية في وجوب خلق هيكل خاص مهمته هي تطبيق هذا النوع من العقوبات على الباعثين العقارين و بالتالي يتم سحب هذا الاختصاص من الوزير المكلف بالإسكان و إسناده إلى الهيكل الذي يهتم بشؤون الباعثين العقارين باعتبار أنه أكثر قربا من هذه الفئة و بالتالي فإن إجراءات السحب أو التوقيف عن ممارسة النشاط ستكون آلية و مبسطة و ليس فيها أي تعطيل قياسا بما هو معمول به الآن نتيجة احترام التسلسل الهرمي القانوني لصدور القرارات الإدارية فالهدف من التأديب ليس مجرد العقاب فحسب بل إنه يرمي أساسا إلى تمكين الهيكل المختص شؤون الباعثين العقارين من إصدار العقوبة و أداء رسالته و جعله يحيط بالظروف التي أدت إلى ارتكاب الخطأ أو سهلت ارتكابه و ليتسنى له بالتالي سد الثغرات و معالجة العيوب في إطار مهنة الباعثين العقارين¹ مثلما هو معمول به بالنسبة لبعض المهن الأخرى مثل مهنة المهندسين . أن الثغرات تبرز على مستوى إجراءات التأديب فلا أثر لأي إجراء ينظمه القانون بالنسبة لسحب التراخيص مثلا سوى الإشارة إلى السلطة المختصة بالتدقيق ضروري بالنسبة لهذه المسألة باعتبار أن الحاجة إلى الردع أكيدة و تقتضي وجود مجلس تأديب لا مجرد الاكتفاء بآراء اللجان الاستشارية نظرا لحساسية القطاع . إن التنصيص على عقوبات جزائية مختلفة في طريقه واقعا و قانونا إلا أن أهمية قطاع البعث

¹إيمان حميدة : "المسؤولية الجزائية للمهندسين" رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء 2003-2004.ص 10

العقاري تقتضي خلق إطار خاص ينظم العقوبات الجزائية وكذلك التأديبية حتى يسهل الإطلاع عليها و يتم ردع كل مخالف .

الخاتمة :

يمثل الحديث عن المسؤولية الجزائية للبائع العقاري موضوعا على درجة كبرى من الأهمية بالنظر إلى حساسية قطاع البعث العقاري و تأثيره المباشر على النمو الإقتصادي لأي بلد .

ولما كان الأمر كذلك كان من الضروري البحث في مدى إهتمام الفقهاء و أصحاب المهن القانونية بهذا الموضوع إلا أنه بإتباع هذا المسار تبين و أن الأهمية التي يتسم بها لم تلق العناية اللازمة لذلك كانت دراسة المسألة واجبة . و تأسيسا على كل ذلك يتبين و أن المسؤولية الجزائية للبائع العقاري تتمثل في ذلك الأثر القانوني الذي ينتج عن صدور فعل إجرامي عن البائع العقاري ، فقيم يتمثل هذا الأثر القانوني ؟ إن الأثر القانوني لقيام مسؤولية البائع العقاري الجزائية يتلخص في قيام جريمة مستوفية لكل شروطها القانونية وهنا تتعدد و تختلف أنواع الجرائم الخاصة بهذا الشخص و في تحديد العقوبة المستوجبة من طرف المشرع بالنسبة لكافة أنواع تلك الجرائم .

فأما بالنسبة لتعدد و اختلاف الجرائم التي يرتكبها البائع العقاري فقد تبين و أنها تنقسم إلى نوعين يتعلق الأول بالجرائم التي تخص الاختلالات الشكلية و التي تتمثل بالأساس في تلك الجرائم التي تهم المباشرة غير الشرعية للمهنة أو تلك التي تخص عدم احترام القواعد المنظمة للعمليات العقارية الخاصة بالبائع العقاري ، أما النوع الثاني من الجرائم فتتمثل في جرائم تتم بمناسبة إنجاز المهام أي عمليات التهيئة و التقسيم و البناء و التجديد التي حددها القانون المنظم للمهنة و هي تنقسم بدورها إلى نوعين هما الجرائم الخاصة بطبيعة المهنة و أخرى منظمة من طرف القانون العام كجريمة التحيل مثلا .

إلا أنه و بدراسة مسألة العقوبات المسلطة على الباعثين العقاريين بمناسبة ارتكابهم لأفعال إجرامية فقد تبين وجود صعوبات تطبيقية بالنسبة لهذا الشخص رغم إقرار نوعين من العقوبات هما العقوبة التأديبية و أخرى جزائية ، هذه الصعوبات تكمن في تعدد المتدخلين في إنجاز العمليات العقارية التي تدخل ضمن مجال اختصاص البائع العقاري مما ينجم عنه تحديد المسؤول الجزائي الحقيقي أو الفاعل الأصلي في كثير من الأحيان كما تكمن الصعوبة في التطبيق بالنسبة لصورة البائع العقاري الشخص المعنوي .

إن هذا الإشكال يتطلب الدعوة إلى ضرورة خلق إطار تشريعي يمكن من تفادي مثل تلك الصعوبات و يهدف إلى الارتقاء بتنظيم مهنة لها مكانة مميزة بالنسبة لأغلب مكونات الاقتصاد الوطني.

نصدي القضاء الفرنسي لأوجه قصور قواعد ضمان العيب الخفي في حماية المستهلك



من إعداد: بن بعلاش خاليدة ماجستير

في القانون الإقتصادي جامعة ابن خلدون - تيارت-

البريد الإلكتروني: khalida111984@hotmail.com

مقدمة :

بالرغم من أن النصوص المتعلقة بضمان العيوب الخفية لم تتغير، إلا أن القضاء قد طوعها لخدمة أهداف حماية المستهلك، وذلك من خلال التوسع في تفسير نصوص القانون المدني التي لم يُعَنَّ واضعوها بالأوضاع الإقتصادية السائدة اليوم، والتي أصبحت عاجزة عن مواجهة التقدم الصناعي وما أفرزه من تنوع وتعدد للمنتجات، وخاصة ذات التقنية العالية منها، في ظل قلة خبرة المشتري (المستهلك).

وبالتالي استطاع القضاء الفرنسي يسانه في ذلك الفقه تطويع قواعد ضمان العيوب الخفية من خلال كسر جمود مبدأ نسبية أثر العقد، وجعله أكثر مرونة أمام الضرورات العملية، وكذلك عبر تشبيه البائع المهني بالبائع سيء النية، وإقامة قرينة علم البائع المهني بعيوب منتجاته نظرا لاحترافه وخبرته ومقدرته على كشف العيوب، وكذا محاولته تطوير مفهوم العيب الموجب للضمان، بالإضافة إلى سعيه لتمييز دعوى ضمان العيوب الخفية عن دعوى عدم المطابقة.

أولا : توسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من دعوى ضمان العيب الخفي :

تعد الدائرة التعاقدية دائرة مغلقة على أطرافها وفقا لمبدأ نسبية أثر العقد، الأمر الذي من شأنه أن يقلل من فرص حصول المشتري النهائي والغير الذين يكونون في الغالب من أفراد أسرة المشتري على تعويض الأضرار التي تلحقهم نتيجة العيوب الموجودة في المبيع، من الباعة المتعاقبين وصولا إلى المنتج، بوصفه الأكثر ملاءة والمسؤول عن تصميم وتصنيع المنتجات بسبب عدم ارتباطهم بهؤلاء بموجب عقد.

ولكن وانسجاما مع السياسة العامة التي انتهجها القضاء الفرنسي في حماية جمهور المستهلكين عمد إلى تقرير دعوى مباشرة لصالحهم تمكنهم من الاستفادة من عقد لم يكونوا طرفا فيه.

أ- فيما يخص حق المشتري النهائي بالرجوع على الباعة المتعاقبين وصولاً إلى المنتج :

في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1884 والمتعلق ببيع قاطرات حديدية بها عيب في خفي بحق الشركة المشتري بالرجوع بالضمان، ليس فقط على الشركة التي باعت لها القاطرات، وإنما على الشركة المنتجة لها أيضاً¹.

إلا أن إقرار القضاء للدعوى المباشرة اصطدم مع مقتضيات مبدأ نسبية العقد، مما استدعى ضرورة إيجاد أساس قانوني لهذه الدعوى يبررها، وفي هذا الصدد وجدت ثلاث نظريات² :

1- حوالة الحق الضمنية :

ذهب بعض الفقه إلى أنه، قد أحال كل بائع من اشترى منه دعوى الضمان على من باعه وصولاً إلى المنتج، ويبرر هؤلاء وجهة نظرهم بأنها لا تتعدى كونها تطبيقاً

لمضمون المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي³ والتي تنص على أن الالتزامات التي تنشأ عن العقد ليست المذكورة فيه فحسب وإنما تلك التي تعتبر نتيجة طبيعية لأثاره والتي تفترض طبيعته وجودها، تبعاً لمبادئ الإنصاف والعدل والقانون وبالتالي فإنه يفترض تراضي المتعاقدين بالحوالة، والتي هي نتيجة حتمية لطبيعة عقد البيع⁴

2- الاشتراط لمصلحة الغير :

وجد جانب آخر من الفقه ضالته في تأسيس الرجوع على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير على أساس المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي⁵ التي تنص : « ما يشترطه المتعاقد في العقد يفترض أنه لمصلحته ومصلحة ورثته وخلفه الخاص، مالم يناقض ذلك طبيعة العقد، أو يتفق على خلافه »، ويستفاد منها أن المشتري الأول عند إجرائه عقد البيع يكون قد تعاقد لمصلحته ومصلحة خلفه الخاص على السواء لكي لا يتحمل بالنتيجة موجب الضمان تجاه هذا الأخير⁶ ، ولكن هذين الاتجاهين لم يصمدا أمام النقد لقيامهما على الحيلة والحجاز ولا يؤيدهما الواقع.

3- ملحقات البيع :

بنى أصحاب هذا الاتجاه حججهم على المادة 1615 من القانون المدني الفرنسي⁷ والتي تقضي على أن موجب التسليم يشمل ملحقاته، فالضمانة هي متصلة صلة وثيقة بالشيء وتنتقل بالتالي معه بحيث أن تسليمه يستتبع تسليم ما هو متصل به حكماً، وبمعنى آخر الحقوق والدعاوى تنتقل إلى الخلف الخاص بوصفها من ملحقات الشيء المبيع فيشملها التزام البائع بتسليم المبيع وملحقاته التي أعدت بصورة دائمة لاستعماله، تطبيقاً لقاعدة الملحقات تتبع الأصل⁸.

وقد تعرضت هذه الوجهة للانتقاد على اعتبار أنها تنطلق من تفسير خاطئ لنص المادة 1615 فهذه المادة عندما نصت على ملحقات الشيء عنت بذلك الملحقات المادية وليس الحقوق لأنه لا يعقل أن يكون الحق ملحقاً بالشيء⁹.

ب- فيما يخص حق أفراد عائلة المشتري في التمسك بدعوى ضمان العيب الخفي :

إن الضرر الناجم عن العيب الخفي قد يصيب أفراد عائلة المستهلك في مشاعرهم جراء وفاته وهو ما يسمى بالضرر المرتد، وهذا النوع من الأضرار لا يمكن المطالبة به إلا إذا تحددت قيمتها بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي، وقد تصيب هذه الأضرار أفراد عائلة المستهلك أنفسهم وبصورة مباشرة نتيجة الحادث الذي يسببه العيب الخفي، وإذا كان مبدأ نسبية اثر العقد يقف عائقاً أمام إقامة الدعوى لكونهم ليسوا أطرافاً في العقد المبرم بين المستهلك المقتني و بين البائع فقد ذهب قضاء فرنسا مع ذلك إلى إعطائهم حق الإدعاء المباشر طبقاً لدعوى ضمان العيوب الخفية.10

ثانياً- التوسيع في تعويض الأضرار الناتجة عن المبيع المعيب :

ينجم عن عيوب المبيع نوعان من الأضرار :

- الأضرار التجارية الناجمة عن عدم صلاحية المبيع للغرض المعد له أو تلك المتمثلة في نقصان قيمته أو منفعته، ويخضع التعويض عنها إلى أحكام دعوى ضمان العيوب الخفية.

- الأضرار التي تصيب المشتري أو الغير في جسده أو ماله، وهذا النوع بدأ في الظهور مع الثورة الاقتصادية التي ظهر معها العديد من المنتجات التي أصبحت تتسم بالعديد منها بصفة الخطورة، سواء بالنظر إلى طبيعتها أو لظروف استخدامها، وأثارت مسألة التعويض عنها صعوبات عندما طلب من المحاكم ذلك، حيث أن هذه الأخيرة أدركت

عجز نصوص الضمان عن القيام بهذه المهمة، وهذا ما دفع بالقضاء إلى البحث عن وسيلة تكفل حصول المتضرر على التعويض دون تكليفه بعبء إثبات خطأ المسؤول واستندوا في ذلك أولاً على المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي.11

ولكن أصبح بذلك المتضرر بسبب العيب في وضع أسوأ من الغير المتضرر بفعل الشيء نفسه لأنه يحصل على التعويض بمجرد إثبات تدخل الشيء حيث أن قرينة الحراسة لا تدفع إلا بالسبب الأجنبي، في حين المشتري لا يحصل على التعويض إلا بإثبات عيب الشيء وسوء نية البائع (علمه بالعيب) وأمام هذا الإجحاف هجرت هذه التفرقة.12

واتجه القضاء إلى تفرقة أخرى مفادها التمييز بين البائع العرضي والبائع المحترف فالأول إذا كان حسن النية يرد الثمن والمصروفات، ووجدوا سندهم في المادة 1646 من التقنين المدني الفرنسي 13 التي تنص: «إذا كان البائع يجهل عيوب الشيء المباع فإنه لا يلتزم إلا برد الثمن وأن يرد إلى المشتري المصروفات التي أوجبها البيع».

حيث توسعت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 21 تشرين الأول 1925 (14) حول قضية تتلخص وقائعها في أن شخصاً اشترى سيارة ولعب خفي فيها تسبب في انفجارها، تكبد تعويضات لثلاثة جرحى كانوا برفقته في السيارة لدى الانفجار فأقام دعواه ضد صانع السيارة أمام محكمة استئناف ليون حيث أصدرت تلك المحكمة حكماً بتاريخ 18 تموز 1924 يقضي بمسؤولية المنتج (صانع السيارة) عن تسديد التعويضات التي دفعها للركاب الثلاثة، وقد طعن الصانع بالحكم أمام محكمة النقض الفرنسية مؤسساً طعنه على مخالفة الحكم لنصوص القانون المدني التي لا تعالج مثل هذا النوع من الأضرار، إلا أن هذه الأخيرة صادقت على قرار محكمة الاستئناف مسببة قرارها بأن: «العدالة تقتضي تفسير عبارة المصروفات التي أوجبها البيع تفسيراً واسعاً، فلا تشمل فقط المبالغ

التي ينفقها بدون فائدة، بل تشمل كذلك المبالغ التي يحكم بها لصالح الغير المضرور في جسده أو أمواله جراء الشيء المعيب»، وقد هجر هذا التفسير من قبل القضاء، من خلال إخضاع البائع المحترف في جميع الأحوال سواء كان حسن النية أو سيئها، إلى المادة 1645 مدني فرنسي 15.

ويرجع هذا الافتراض إلى كتابات الفقيه بوتيه والتي شبهت البائع المحترف بالبائع سيء النية والذي يلتزم بالرغم من جهله التام بالعيب، بتعويض المشتري عن جميع الأضرار التي تصيبه في سائر أمواله نتيجة العيب، والسبب في ذلك أن من يمارس حرفة يجب أن تتوفر لديه المعرفة اللازمة لممارستها، والأمر كذلك بالنسبة للتاجر، وبالتالي يكون المنتج أو التاجر مسؤولاً عن جودة ما يتاجر فيه وصلاحيته للاستعمال الذي أعد له، و أن لا يعرض للبيع إلا بضائع جيدة.

وهكذا وضع بوتيه مبدأ التشبيه و قد استقر عليه القضاء، حيث ذهبت محكمة استئناف روان إلى ضرورة إخضاع البائع المحترف، صانعا كان أو تاجرا، لنص المادة 1645 من القانون المدني «لأنه ضامن لجودة منتوجاته، ولا يمكنه بالتالي أن يدعي جهله بالشيء الذي يصنعه أو يبيعه 16».

وعلى العموم يقع الفرق بين نص المادة 1645 (17) والمادة 1646 بمدى التعويض الذي يستحقه المشتري فهو يسترد الثمن في كلتا الحالتين، إلا أنه إذا كان البائع سيء النية فإنه يلتزم بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب فضلا عن رد الثمن، أي يلتزم بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع 18، بينما البائع حسن النية لا يلتزم

بتعويض المشتري سوى على ما لحقه من ضرر، دون ما فاته من كسب.

وقد انقسم الفقه حول أساس قاعدة تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع إلى إتجاهين :

أ-الاتجاه القائل بأن القرينة أساس القاعدة :

وبدوره انقسم أنصاره إلى رأيين :

-الرأي الأول : القائل بأن هذه القرينة هي قرينة سوء النية ومفادها أن تخصص البائع قرينة على علمه بعيوب المبيع، لذلك فالبايع الذي يفترض فيه العلم بعيوب المبيع يعد سيء النية وعلمه بالعيوب لا يكون بالضرورة علما حقيقيا ولكنه يجد أساسه ومبرراته في تخصص البائع المحترف وعلمه وفنه، وقد تعرض هذا الرأي إلى النقد على أساس أنه يتعارض مع القواعد العامة التي تجعل حسن النية هو الأصل، وهذه القرينة تهين طائفة التجار 19.

-الرأي الثاني : يرى أن هذه القرينة هي قرينة العلم بالعيوب وهذه القرينة تؤدي الغرض نفسه الذي تؤديه قرينة سوء النية، إلا أنها لا تتضمن الإساءة التي تنطوي عليها القرينة السابقة 20.

ب-الاتجاه القائل بأن أساس القاعدة هو تحقيق نتيجة معينة :

وبدوره انقسم أنصاره إلى رأيين حول مضمون ونتائج التزام البائع بالتعويض :

-الرأي الأول : تحقيق الالتزام بضمان السلامة مما يعني معه العلم بعيوب المبيع وإزالتها حتى يتحقق فيه الأمان الذي يتوقعه المشتري عند استعماله²¹

-الرأي الثاني : الالتزام بتسليم شيء صالح للإستعمال الذي أعد من أجله، مما يعني معه إلتزام البائع بتسليم شيء خال من العيوب الظاهرة منها والخفية، ومطابق لحاجات المشتري وملائم لوجهة الإستعمال المقصودة .

و حول طبيعة قرينة سوء نية البائع، ذهب البعض من الفقه إلى اعتبارها مجرد قرينة قضائية بسيطة يجوز إثبات عكسها، بينما ذهب البعض الأخر إلى اعتبارها قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات عكسها، بالرغم من عدم وجود نص قانوني عليها.²²

ثالثا- التوسيع في تحديد مفهوم العيب الموجب للضمان :

رأى القضاء الفرنسي أنه فضلا عن مفهوم العيب القائم بأنه الآفة الطارئة التي تلحق بالمبيع فتنقص به قيمته وتفوت على المشتري غرض صحيح، أمكن توسعة هذا المفهوم ليمتد إلى كل نقص أمان يعتري المبيع، ومن الأحكام التي سعت من خلالها محكمة النقض الفرنسية إلى توسيع مفهوم عيب الضمان الحكم الصادر في سنة 1953، وتتلخص وقائعه في أن مشتري زجاجة نببذ قد أصيب من جراء احتواء الزجاجاة على سائل حمضي، مما أدى به إلى رفع دعوى قضائية على البائع تأسيسا على التزامه بضمان العيوب الخفية، فقضت محكمة النقض بأحقية المدعي في طلباته المؤسسة على ضمان العيوب الخفية، مؤكدة بذلك اتساع نطاق هذا الضمان ليشمل العيوب التعاقدية، بالإضافة إلى العيوب المادية، التي ورد بها نص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي أي اعتبار نقص الأمان من قبيل التعيب المادي في الشيء²³.

رابعا- تمييز دعوى ضمان العيوب الخفية عن دعوى عدم المطابقة :

في نظر الفقه التقليدي فإن التمييز بين عدم المطابقة والعيوب هو امتدادا للتمييز بين الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالضمان، واللذان يمكن التفرقة بينهما على أساس مادي أو زمني :

* الأساس المادي : فإن العيب هو نقص بمعنى آفة طارئة يؤثر على حسن أداء الشيء لوظيفته أو يؤثر على متانته، أو حتى على مظهره الخارجي، أما عدم المطابقة فهي تقتضي تسليم شيء خال من العيوب، لكنه يختلف في جوهره أو في أحد عناصره الأساسية عن الشيء الذي تم الاتفاق عليه في العقد²⁴.

* الأساس الزمني : يرى البعض من الفقه أن الإلتزام بالضمان هو امتداد لالتزام البائع بتسليم شيء صالح للاستعمال المنتظر من قبل المشتري²⁵ وفقا للمادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي²⁶ وكذلك الأمر فيما يخص الدعوة الخاصة بالإخلال بكل التزام لا تجتمع مع الأخرى، وإنما تتابعان.

ونجد أن القضاء الفرنسي حاول الاستفادة من المزايا الناتجة عن مرونة النظام القانوني لدعوى المسؤولية في مقابل دعوى الضمان، ومر في هذا الخصوص بمرحلتين :

أ- المرحلة الأولى :

سعى القضاء في هذه المرحلة إلى الفصل بين نطاق كل من دعوى الضمان ودعوى عدم المطابقة، مستعملا في ذلك المعيار المادي، ثم أخذ يوجهه وفقا لظروف كل دعوى عند التطبيق من أجل الوصول إلى نتيجة محددة ترى آن العدالة توجب الأخذ بها، بحيث تعد المحاكم أحيانا ما هو في الحقيقة عيبا خفيا من قبيل عدم المطابقة، بما يسمح بقبول دعوى المشتري رغم رفعها بعد مضي المدة القصيرة 27 المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني قبل تعديلها 28.

ومن الأحكام الصادرة وفقا لذلك نقض محكمة النقض الفرنسية لحكم محكمة باريس الصادر في 25 ماي 1970، وكان هذا الحكم الأخير قد رفض دعوى المدعي لعدم توافر شروط ضمان العيوب الخفية، مع أن الجهاز الكهربائي الذي اشتراه المدعي من المدعى عليه كان معيبا في تصميمه، وأن هذا العيب يتحمله صانع الجهاز، إلا أن المدعي قد قام برفع الدعوى بعد المهلة القصيرة، التي يلتزم بها في تلك الدعوى، وقد نقضت محكمة النقض الحكم على أساس أن محكمة الإستئناف كان يجب عليها أن تؤسس الدعوى على التزام البائع بتسليم سلعة مطابقة للمواصفات 29.

ب- المرحلة الثانية :

عرفت توسيع القضاء في تحديد المقصود بالمطابقة، بحيث اعتبر كل عيب في السلعة يعد بالضرورة وجها من أوجه عدم المطابقة، ومن ثم قبول دعوى المشتري، أي الرجوع عن سعيه السابق للفصل بين الدعيين، وكذلك هجر فكرة التابع الزممي للدعاوى، حيث يمتد نطاق الالتزام بالتسليم إلى ما بعد تسلم المشتري للمبيع، ويمكن القول أنه في هذه المرحلة تم التوسيع في تحديد المقصود بالتسليم، وكيفية تنفيذه توسعا مبالغا فيه، حتى وصل في النهاية إلى الخلط التام بين الالتزامين، مما أدى إهدار العمل بالنصوص القانونية الخاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية 30.

الأمر الذي دفع بمحكمة النقض الفرنسية لمحاولة فصل نطاق كل دعوى، في العديد من القضايا فقررت في حكمها الصادر في 13 أبريل 1988، 31 بتأييد حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 03 جويلية 1986، ورفض الطعن المقدم فيه، فيما ذهب إليه من أن الدعاوى القانونية الخاصة التي تؤسس على ضمان العيوب الخفية، تستبعد الدعاوى القانونية العامة والتي تؤسس على حدوث خلل بالالتزام بالتسليم المطابق، وأنه حال تعيب الشيء المبيع، تطبق القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية التي تقرها المادة 1648، ولما كان المشتري رفع الدعوى بعد فوات المدة القانونية، التي تستلزم لذلك، فإنه يكون قد أخل بأحد شروط الدعوى الآمرة.

خاتمة :

يظهر أنه وعلى الرغم من المزايا التي كانت ولا زالت تحققها دعوى ضمان العيوب الخفية إلا أن كلا من الفقه والقضاء الفرنسي استطاعا تطويع نصوص القانون المدني التي تحكمها من خلال قدرتهما على الاجتهاد والتفسير، لدرجة أن القضاء الفرنسي ونتيجة لاجتهاداته الجريئة وصف بصانع القانون، فتوسع في تلك القواعد بما يوفر أكبر قدر من الحماية للمستهلك ويملاّ النقائص التي تكتنفها، وخاصة فيما تعلق بإقرار حقه في ممارسة الدعوى المباشرة في مواجهة جميع المتدخلين في عملية وضع المنتج للاستهلاك وصولا للمنتج وبالتالي القضاء على فكرة نسبية أثر

العقد، أو فيما تعلق بإقرار قرينة علم البائع أو الصانع المحترف بعيوب منتوجاته، واعتبارها قرينة غير قابلة لإثبات عكسها وذلك على الرغم من طبيعتها القضائية.

الهوامش :

1. نقلا عن : عبد الحميد الدسيسي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، سنة 2010 ، ص 127.
2. بدرة لعور، مشكلات تعويض المستهلك عن الأضرار الناجمة عن الغذاء الفاسد، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و14 أفريل سنة 2008، ص355.
3. « Les conventions qui y est ce à seulement non obligent L'article 1135 du code civil français:« L'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa exprimé, mais encore à toutes les suites que nature».
4. دياب أسعد، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة، دار اقرأ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1981، ص162.
5. et pour ses héritiers et ayants L'article 1122 du code civil français:« On est censé avoir stipulé pour soi soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention». le contraire ne que moins cause, à
6. دياب أسعد، المرجع السابق، ص 161.
7. et L'article 1615 du code civil français:« L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires destiné à son usage perpétuel». été qui a ce tout
8. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 304.
9. دياب أسعد، المرجع السابق، ص164.
10. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 305.
11. du code civil français:« On est responsable non seulement du dommage que l'on cause L'article. 1384 le fait des personnes dont on doit par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde».
12. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2007، ص480.
13. du code civil français:« si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu 1646 L'article qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente».
14. نقلا عن: سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين و الاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص135.
15. محمد حاج بن علي، مسؤولية المحترف عن أضرار ومخاطر تطور منتجاته المعيبة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، عدد 02، سنة 2009، ص 41.
16. Cass. Com,17Fév.1965.D.1965. N°133. P.353.
17. L'article 1645 du code civil français:« Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur. ».
18. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 2003، ص248.
19. محمد حاج بن علي، مسؤولية المحترف في ظل قواعد حماية المستهلك، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجليلي اليباس، سيدي بلعباس، موسم 2009/2010، ص25.

20. عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص483.
21. محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والجزائري، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2005، ص 67.
22. السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص249.
23. نقلا عن : محمد حاج بن علي، مسؤولية المحترف عن أضرار ومخاطر...، المرجع السابق، ص 40.
24. فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى سنة2007 ، ص 102و103.
25. CANFIN Thomas , Conformité et vices cachés dans le droit de la vente , éditions Publibook , Paris ,France, 2010.P19.
26. L'article 1641 du code civil français:« Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus».
27. عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص534.
28. عرفت المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي تعديلا بمقتضى التشريع رقم 136-2005 الصادر في: 2005/02/17 ، حيث ألغى المشرع الفرنسي الملة القصيرة، وجعلها عامين من تاريخ اكتشاف العيب.
29. Cass. Com.,15 mai 1972.Bull.civ.N°144.P143.
30. عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، المرجع السابق، ص172.
31. Cass. Civ,1^{re}.13avr.1988.Bull.civ.III.N°67.P39.

دراسات وأبحاث بالفرنسية :

LE DROIT A L'IMAGE DES PERSONNES DANS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE



Réalisé par Adnane BOUTINZER
Doctorant en droit public à la faculté
de droit, Université Mohammed Ier Oujda

INTRODUCTION :

De création jurisprudentielle exclusive, le droit à l'image en France est inspiré essentiellement de l'article 9 du code civil, consacrant le droit au respect de la vie privée. Il confère à toute personne un droit sur sa propre image, lui permettant notamment d'en interdire la reproduction. Mais, au fil des affaires, le contour de ce droit demeure toujours une tâche délicate. Il se trouve, en effet, souvent en situation de recoupement avec d'autres droits de la personne, en particulier le droit de la protection de la vie privée et le droit à l'information.

Cette dynamique de la confrontation entre le droit à l'image, d'une part, et les deux autres droits individuels sus cités, d'autre part, a débouché sur des situations différentes. D'abord, le droit à l'image est devenu un droit autonome par rapport au droit à la protection de la vie privée, devenu à son tour un droit rationnel allégé des exagérations jurisprudentielles dont il était le sujet (I), ensuite, le bras de fer avec le droit à l'information persiste toujours à la faveur de ce dernier (II).

I- La rationalisation du droit au respect de la vie privée

Dans son entreprise de rationalisation du droit à la protection de la vie privée, le juge français se déploie sur deux axes parallèles ; d'abord, il tend vers l'instauration du principe de proportionnalité pour évaluer les atteintes à ce droit (A), ensuite, il plaide pour sa séparation du droit à l'image (B).

A- L'évolution de l'appréciation jurisprudentielle de l'atteinte à la protection de la vie privée

Avant la révolution française, l'idée de personne et de sphère privée était difficilement compréhensible ; seule la collectivité humaine dans son ensemble revêtait un sens.

Néanmoins, les valeurs individualistes de la révolution bourgeoise ont permis de révéler une autre facette de la personne. L'individu ne faisant plus corps avec la masse, mais détient désormais une place autonome et une dimension intime qu'il peut faire respecter.

Alertée par des affaires pionnières en la matière (les affaires Picasso, Gérard Philipe et Brigitte Bardot), la jurisprudence française a su s'approprier cette nouvelle donne et a forcé le législateur de l'époque à intervenir pour venir consacrer ce que l'on qualifie désormais de « droits individuels ».

Cependant, le souci du juge français, voulant préserver ces droits, relevait parfois de l'exagération, à l'image d'une décision du TGI de Nanterre en date du 15.02.1995 qui dispose que « *seule la personne concernée est habilitée à décider de faire ou de laisser publier la relation des faits relatifs à sa vie privée dans les termes, le support et le contexte choisis par elle, de sorte qu'une nouvelle publication ne peut être faite sans son autorisation spéciale* ».

Ce genre de décision contrarie l'esprit de l'article 9 du code civil qui n'est censé protéger que l'intrusion illicite dans la sphère privée. En effet, la divulgation de ces faits par la personne protégée écarte toute idée d'atteinte à la vie privée, d'autant plus que les événements qui ont déjà fait l'objet d'une divulgation, sont en principe connus de tous.

Néanmoins, ce règne de droit exclusif et absolu sur sa vie privée semble toucher à sa fin. En effet, un arrêt de la cour de cassation en date du 3 avril 2002 tempère cette sévérité des juges du fond. La cour rappelle que certains faits, qu'elle qualifie d'« *anodins* », ne peuvent, en raison de cette nature, constituer une atteinte à la vie privée. Ainsi, alors même qu'aucun contexte d'actualité ne vient couvrir l'absence d'autorisation, il semblerait que la cour de cassation ait décidé de mettre un terme à certaines dérives jurisprudentielles.

Ne serait protégé, donc, que ce qui est véritablement intime, les événements qui constituent véritablement une révélation. Selon maître Christophe Bigot, auteur d'une note sur cet arrêt, intitulée « protection de la vie privée, la cour de cassation pose de nouvelles règles », la cour substituerait à l'appréciation objective de l'atteinte, une appréciation subjective, et

projetterait d'intégrer le principe européen de proportionnalité concernant les atteintes à la vie privée et au droit à l'image.

Devenant un droit rationnel, le droit au respect de la vie privée a cédé une partie du terrain qu'il occupait à la faveur du droit à l'image.

B- L'autonomisation du droit à l'image :

La découverte de la photographie par Daguerre en 1837 a ouvert de nouveaux horizons à l'Homme-individu de l'après révolution, en lui offrant une autre conscience de lui-même, cependant la reconnaissance jurisprudentielle du droit à l'image est parvenue en 1858 à l'occasion de la publication d'un tableau représentant un artiste sur son lit de mort (Affaire Rachel, jugée par le tribunal civil de la Seine).

Depuis, l'atteinte à son image renvoie à une violation d'un aspect de la personnalité de l'individu. La protection de son reflet constitue, dans un certain sens, le parachèvement de la personne ; sa sphère intime dépasse le cadre des informations brutes pour embrasser le côté visible. On doit pouvoir autoriser la diffusion de son image comme l'on peut autoriser ou interdire la révélation des faits intimes touchant à la santé, aux relations sentimentales, etc.

Par ailleurs, on a tendance à assimiler le droit à l'image au respect de la vie privée ; il est vrai que ces deux concepts sont très proches et sont souvent invoqués ensemble. Mais ces notions sont autonomes : le respect de la vie privée s'étend au-delà des photographies, et le droit à l'image est protégé aussi bien dans les lieux privés que dans les lieux publics : « *la circonstance qu'une personne intéressant l'actualité se trouve dans un lieu public ne peut être interprétée comme une renonciation à se prévaloir du droit que chacun a sur son image* » (CA Paris, 16 juin 1986).

A l'inverse, il n'est pas nécessaire d'obtenir une autorisation pour l'utilisation d'une photographie, dès lors que l'on se trouve dans un contexte d'actualité, même si la vie privée d'une personne est en cause, mais à condition qu'il existe un lien direct est que la dignité humaine est respectée.

Ceci dit, les choses ne sont pas aussi tranchées qu'elles le semblent ; la jurisprudence fait état également d'une ambivalence du statut du droit à l'image, tantôt elle sanctionne l'atteinte à l'image d'une personne sur le fondement de l'article 9 en affirmant qu' « *en vertu de cet article* » toute personne, quelque soit sa notoriété a sur son image un droit exclusif et absolu », tantôt elle lie clairement les deux droits en affirmant que pour que soit sanctionné le fait de

prendre un cliché, la personne qui s'estime victime doit rapporter la preuve de ce que ce cliché mettait en évidence des faits ayant un caractère intime. (CA Aix-en-Provence (1^{ère} ch civ) 21 mars 2000 : P. Rambla c/ Sté Cogedipresse).

Mais en se fiant à un arrêt de la cour de cassation du 12 décembre 2000, on constate que le juge français est convaincu de l'autonomie du droit à l'image par rapport au respect de la vie privée, du moment qu'il estime que « *les atteintes au droit à l'image et à la vie privée constituaient des sources de préjudices distinctes* ».

Le droit à l'image a, certes, gagné son autonomie par rapport au droit au respect de la vie privée, mais qu'en est-t-il alors du résultat de sa confrontation face à un droit aussi établi que le droit à l'information ?

II- Le droit à l'information : une limite « sous réserve » du droit à l'image :

De l'avis du juge français, le droit à l'information l'emporte sur le droit à l'image chaque fois qu'on est en présence d'un fait d'actualité et que le droit à la dignité humaine n'est pas transgressé (A). Les mêmes conditions s'appliquent pour les personnes publiques, sauf que leur vie privée se trouve manifestement réduite du fait de leur statut (B).

A- Les conditions générales de la suprématie du droit à l'information :

Toute personne dispose sur son image, partie intégrante de sa personnalité, d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa reproduction sans son autorisation expresse et spéciale.

Ce principe n'est cependant pas absolu : le droit que chacun détient sur son image est concilié avec le droit à l'information du public.

A la double condition qu'il existe un lien direct entre l'image et l'information, et que l'image ne viole pas le principe de la dignité humaine, aucune autorisation n'est alors nécessaire.

L'exigence du lien direct signifie que l'événement d'actualité ne doit pas servir de prétexte pour prendre une photo sans rapport avec celui-ci. La cour d'appel de Paris a jugé illicite la photographie centrée sur une personnalité qui assistait au Grand prix automobile de Monaco, « *la manifestation publique n'avait été que l'occasion de surprendre l'image du comédien* ».

En effet, classiquement, le consentement n'est pas requis lorsque la photographie illustre un fait d'actualité. De manière générale, dans cette matière, les éléments factuels sont

déterminants. Cependant en 2004, il semble qu'une évolution se soit produite. Dans un arrêt du 04 novembre 2004 (civ. 2^{ème}), il s'agissait de la photographie d'un mineur décédé et couvert de sang afin d'illustrer un article relatif aux accidents de la circulation.

La cour d'appel avait retenu une atteinte à la dignité humaine. La cour de cassation au visa de l'article 10 de la CEDH (liberté d'expression), 9 et 16 du code civil censure en précisant que « *le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine* » ; ce critère de débat de société apparaît nécessairement plus large que le fait d'actualité.

La deuxième limite prévue dans cet arrêt réside dans l'atteinte à la dignité humaine. Dans l'affaire Erignac, la cour de cassation y a vu une atteinte à la dignité humaine (civ. 1^{ère} 15 juin 2000). Dans l'arrêt du 04 novembre 2004, cette atteinte n'est pas caractérisée alors que l'image semblait aussi choquante surtout qu'en l'espèce il s'agissait d'un mineur. Cette appréciation participe de la même tendance que l'extension au débat de société, qui est de favoriser le droit à l'information au détriment du droit à l'image.

Selon la cour, l'atteinte à la dignité humaine découle d'une recherche de sensationnalisme et présente un caractère indécent, mais force est de constater que les limites sont floues : l'atteinte à la dignité humaine a été reconnue pour le préfet Erignac, mais pas pour les clichés de l'attentat de RER Saint Michel. (civ 1^{ère} 20 décembre 2000 ; civ 1^{ère} 20 février 2001).

Ceci dit dans le cas général des personnes ordinaires, mais il existe des nuances à préciser quand il s'agit de personnalités publiques.

B- Le cas de la vie privée d'une personne publique :

Les personnes publiques, vedettes du monde du spectacle, hommes et femmes politiques, ne peuvent s'opposer à la diffusion de leurs images prises dans le cadre de leurs vies professionnelles.

Néanmoins, les personnages publics ont également droit au respect de leurs vies privées, même si cette dernière se trouve considérablement réduite. En l'absence de règle générale définissant la limite entre la sphère publique et privée, c'est la notion de droit à l'information qui détermine le droit de diffuser l'image d'une personnalité sans son autorisation.

L'information relatée par l'image doit alors présenter un caractère particulièrement utile et être justifiée par des faits d'actualité.

La jurisprudence est particulièrement attentive au respect de ce critère d'appréciation. Ainsi même en cas de médiatisation de la vie personnelle et familiale d'une personnalité politique, les tribunaux considèrent qu'il n'y a pas de renonciation au droit à la vie privée. C'est sur ce principe que le tribunal de Grande Instance de Paris a considéré qu'une photographie d'un ancien couple politique pris au cours de leurs vacances, sans leur autorisation, ne pouvait légitimement illustrer leurs activités politiques et publiques et portait donc atteinte à leur vie privée (TGI Paris, 22 octobre 2007).

C'est également en toute logique que la compagnie low-cost Ryanair a été condamnée pour avoir diffusé une photographie représentant M. Sarkozy et Mme Carla Bruni, accompagnée de la mention : « Avec Ryanair, toute ma famille peut venir assister à mon mariage ». (TGI Paris, 5 février 2008).

CONCLUSION :

A défaut d'une base normative solide à même de cerner le droit à l'image, le juge français opte pour des critères aussi larges que flous, pour semble-t-il étendre sa marge de manœuvre quant à l'appréciation des éventuelles atteintes à ce droit. « l'indécence » et « le sensationnalisme » caractérisant l'atteinte au droit à la dignité humaine, ainsi que « le débat de société » au lieu du traditionnel « fait d'actualité » sont les éléments de preuve de cette tendance.

Bibliographie :

- Ouvrages :

- Marguerite-Marie IPPOLITO, *Image, droit d'auteur et respect de la vie privée*, Paris, L'Harmattan, 2006.
- Céline Halpern, *Le Droit à l'image*, De Vecchi, 2003.
- Emmanuel PIERRAT, *REPRODUCTION INTERDITE? Le droit à l'image expliqué aux professionnels et à ceux qui souhaitent se protéger*, Paris, Maxima, 2002.
- André Bertrand, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Paris, 1999.

- **Jurisprudence :**

- Cour de cassation, 2 ère chambre civile, 04 novembre 2004
- Cour de cassation, 2ème chambre civile, 11 décembre 2003
- Cour de cassation, 1ère chambre civile, 20 février 2001
- Cour de cassation, 1ère chambre civile, 20 décembre 2000
- Cour de cassation, 1ère chambre civile, 15 juin 2000
- CA Aix-en-Provence, 21 mars 2000
- CA Paris, 16 juin 1986
- TGI Paris, 5 février 2008
- TGI Paris, 22 octobre 2007
- TGI de Nanterre, 15.02.1995

تقارير :

نقرير حول أشغال اليوم الدراسي المنظم بالرباط من طرف المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية

بتعاون مع هانس سايدل حول موضوع :

”مسودة مشاريع قوانين التنظيمية للسلطة القضائية بالمغرب وسؤال استقلال القضاء”



مقرر الندوة : الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب وعضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية

نظم المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية بالمغرب ، بتعاون مع منظمة هانس سايدل الألمانية يوما دراسيا حول موضوع : "مسودة مشاريع قوانين السلطة القضائية بالمغرب وسؤال استقلال القضاء"، وذلك بتاريخ السبت 14 دجنبر 2013، برحاب قاعة المؤتمرات بفندق فرح بالرباط، وهي مبادرة عرفت مشاركة قضاة ومحامين وبرلمانيين وجامعيين وفعاليات حقوقية وطنية و دولية.

اللقاء استهل بكلمة الجهات المنظمة حيث تناول رئيس المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية الدكتور عبد اللطيف الشنتوف في كلمته أهداف تنظيم مثل هذا اللقاء من أجل المساهمة في النقاش الوطني حول تنزيل مقتضيات الدستورية المتعلقة بالسلطة القضائية، من خلال تجميع الآراء والتصورات وتبادل الأفكار والخبرات حول سؤال إصلاح القضاء بالمغرب، الذي يكتسي أهمية بالغة بالنظر إلى انتظارات المواطنين في ظل زمن ارتفعت فيه المطالب بالإصلاح، خاصة مع قرب الاعلان عن نسخة جديدة من مسودة مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالسلطة القضائية بالمغرب. من جهة ثانية أكدت ممثلة منظمة هانس سايدل على سعادتها في المشاركة في تنظيم هذا اللقاء الذي يشكل أول ظهور رسمي للمرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية كفضاء جديد للتواصل والرصد والتتبع والدراسة والبحث، مؤكدة أن تنظيم هذا اللقاء يندرج ضمن أهداف المؤسسة الألمانية التي تنظر بإعجاب للتحويلات الديمقراطية التي يعيشها المغرب بعد المصادقة على الدستور الجديد.

وفي كلمته أشار السيد وزير العدل والحريات إلى أنه في إطار تنزيل المقتضيات الدستورية المتعلقة بالسلطة القضائية، وحتى بعد انتهاء الحوار الوطني لإصلاح منظومة العدالة وصدور توصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة، فقد بادرت وزارة العدل والحريات في إطار المنهجية التشاركية، إلى فتح مشاورات ونقاشات واسعة حول مسودتي مشروع القانونين التنظيميين للمجلس الأعلى للسلطة القضائية والنظام الأساسي لرجال القضاء، مع الجمعيات المهنية للقضاة والجسم القضائي بمختلف محاكم المملكة، كما شارك عموم الفاعلين بملاحظاتهم واقتراحاتهم عن طريق الموقع الإلكتروني لمنتدى التشريع، وقدمت الجمعيات المهنية تقاريرها وملاحظاتها حول المسودتين، حيث أخذت بعين الاعتبار، بنسب كبيرة.

وبخصوص العلاقة المستقبلية بين السلطة التنفيذية في شخص وزارة العدل والحريات والسلطة القضائية، أكد السيد الوزير، أن كلا من السلطتين التنفيذية والقضائية، في حاجة إلى التعايش، مضيفاً أن هذا التعايش يجب أن يكون مفيداً وخلاقاً. وأضاف أنه ورغم ما سيحصل من فصل بين السلطتين، فإن "الإدارة لا يمكن أن تصبح جزءاً من القضاء". وأوضح كذلك أن هناك مقاربتين تحكمان العلاقة بين هاتين السلطتين، واحدة تميل إلى الإبقاء على "حبل السرة" بين الجانبين، وثانية "تقول إن القاضي يجب أن يبقى قاضياً ومستقلاً تماماً عن السلطة التنفيذية، ويتولى تسيير الشأن القضائي فيما يترك ما هو إداري لمسؤول آخر، وينظمهما مجلس يبت في الخلافات الممكنة بينهما". مؤكداً أن الوزارة منفتحة على كلا المقاربتين وستعمل بالتشاور مع كل المعنيين على تبني المقاربة التي تجمع بين تكريس استقلال السلطة القضائية وضمان النجاعة المطلوبة.

ومن جهة أخرى، عرض الوزير مجموعة من التعديلات التي طرأت على مسودتي مشروع القانونين التنظيميين بناء على الحوارات المباشرة التي أجراها مع القضاة، عبر ربوع المملكة وأيضاً تلك التي تقدمت بها الجمعيات المهنية ومنها على سبيل المثال:

حذف التمييز بين قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة بخصوص انتقال القضاة؛

حذف درجة القاضي النائب؛

مراعاة الوضعية الاجتماعية للقضاة عند تدبير وضعيتهم المهنية؛

اعتماد النظام التصريحي للجمعيات المهنية أمام المجلس الأعلى للسلطة القضائية؛

اقترح تحديد مدة ولاية الرئيس الأول للمجلس والوكيل العام لديه وكذا الشخصيات التي تعينها الملك لعضوية المجلس؛

حضور ممثل عن الفوج في المجلس التأديبي للقضاة المتمرنين (الملحقين القضائيين)؛

تقليص سنوات الترقية في إطار الدرجات الممتازة وخارج الدرجة في 6 سنوات بدل 7 سنوات؛

حصر إمكانية انتداب القاضي، مرة واحدة في كل 5 سنوات؛

فتح باب تظلم القضاة بشأن تقرير الأداء الخاص بهم أمام المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

وفي كلمة موجهة لأشغال اليوم الدراسي انتقد الرئيس الأول لمحكمة النقض بشكل ضمني مسودة مشاريع القوانين المعلن عنها، مؤكداً أن سلطة رئيسية ومستقلة بحجم السلطة القضائية كما نظمها دستور 2011، لا يمكن أن تكون في مستوى الانتظارات، كما أنها لن تبرح مقام السلطة المستقلة استقلالاً شكلياً وسطحياً في الحالات التالية:

ان هي اختزلت في المجلس الأعلى للسلطة القضائية، الذي رغم مكانته المحورية ضمنها يبقى مكوناً من مكونات هذه السلطة لا غير،

ان لم تعتبر هذه السلطة هي المسؤولة صراحة وحصرها عن تدبير شؤون القضاء والتطبيق العادل للقانون،

إن غاب التأسيس في القوانين التنظيمية لاستقلال إداري ومالي تام غير مجزأ يؤمن الجسم القضائي من منافذ التأثير عليه، ويقوي مناعته من خلال ضمان وتوفير الموارد الكافية للعمل، والتي تستوجب اشراك القضاة في تحديد الميزانية اللاتقة بأداء راق وإطلاعهم على جميع مشاريع القوانين التي تهم تدبير شؤونهم، ومنها مشاريع قانون الميزانية،

ان سلبت منها آليات المبادرة والإشراف والتتبع الحقيقية والمجدية، أو ظل هذا الإشراف رهيناً بإجراءات مسطرية معرقة وغير عملية، لا تضيف إلى الضمانات الأساسية الواجب تأمينها جديداً،

ان لم يتحقق فك ارتباط آليات التتبع والمراقبة والتقييم القضائية عن المصالح التابعة للسلطة التنفيذية، ولم تلحق بهيكل السلطة القضائية المؤهلة لتدبير الشأن القضائي إدارياً ومالياً،

ان لم يتم التنصيب على مهام آليات التنسيق بين السلطة القضائية ومصالح وزارة العدل، وكذا على مهام كل جهة بشكل واضح وجلي، بما يكرس التعاون والتكامل لا التبعية والخضوع تحت مسميات الإشراف والاستشارة،

إذا لم يتبلور على مستوى النصوص القانونية الانسجام المنطقي بين ما نتغنى به من اصلاح وما ينبغي أن يفعل على أرض الواقع، بعيداً عن الاعتبارات السياسية أو الفئوية أو النخبوية التي يسمو عليها القضاء ولا تخدم الإصلاح،

إن لم تأت الاستجابة في القانون الأساسي للقضاة لمطالبهم المشروعة من استقلال وحماية وعيش كريم.

وأضاف بأنه "لا يمكن تحقيق أي استقلال في غياب قوانين تنظيمية فاصلة وواضحة تعكس مضامين الدستور الطموح وترسي أسس سلط مفصولة عن بعضها ومستقلة بحيث لا نفوذ لإحداها على الأخرى ولا تداخل في الاختصاصات، مع ربط هذا الفصل في الآن نفسه بآليات التعاون والتكامل بما يضمن خدمة الصالح العام"، معبرا عن أمله في أن ترقى القوانين التنظيمية المرتقبة إلى مستوى تطلعات القضاة وكافة المهتمين خاصة وأن تكريس سلطة قضائية ضعيفة من شأنه افراز نتائج كارثية، داعياً إلى تغليب منطق الحكمة، والتخلي عن بسط وزارة العدل لنفوذها على مكونات هذه السلطة القضائية.

من جانبه أكد الأستاذ محمد الخضراوي ممثل الودادية الحسنية للقضاة في كلمته حول موضوع "آفاق استقلال السلطة القضائية بالمغرب" ضرورة قطع أية صلة للحكومة بالشأن القضائي، وتمكين القضاة من السلطات الإدارية والإمكانات المالية الكافية لتدبير القضاء بشكل كامل لأن من يتحكم في التسيير المالي سيتحكم في العدالة، ولأن الحكم العادل داخل آجال معقولة يتطلب كلفة مادية من الصعب توفيرها بكل استقلالية في غياب التسيير المالي المستقل، معتبراً أن مسودة مشاريع القوانين التنظيمية تبقى مجرد نصوص تحاول حصر مهام المجلس الأعلى للسلطة

القضائية في هيئة ضمان وليس في هيئة تدبير، رغم أن القضاة يتطلعون اليوم للمجلس كمؤسسة دستورية تمثل هيئة تدبير، وليس مجرد مؤسسة لإبداء الرأي، وأضاف اننا سنهزم إلى حين أن نرى تأويلا سليما للدستور.

و اعتبر النائب البرلماني باسم حزب العدالة والتنمية الأستاذ عبد الصمد الادريسي في مداخلة بعنوان: "دور البرلمان في تكريس الضمانات الدستورية لاستقلال السلطة القضائية من خلال مشاريع القوانين التنظيمية للسلطة القضائية" أن الجديد الذي عرفه المغرب اليوم هو وجود أجواء مستجدة تتمثل في الربيع العربي مع ما نتج عنه من حراك قضائي حيث كان القضاة من السابقين للانخراط في هذا الحراك الهادف إلى بناء سلطة قضائية مستقلة توازي السلطتين التشريعية والتنفيذية، مستغربا من وجود نقاش بالرغم من عدم وجود أي مشاريع معروضة على البرلمان الذي يبقى الجهة المختصة بوضع القوانين مضيفا "اننا نعيش اليوم أمرا ايجابيا يمكن أن يصبح أمرا سلبيا، وهو أن كل الجهات من قضاة ومحامين أو غيرهم تعتقد أن بإمكانها أن تشرع لنفسها"، ومتسائلا في نفس الصدد عن مدى وجود ارادة سياسية حقيقية في بلورة الاصلاح الفعلي للسلطة القضائية في ظل موازين القوى السياسية بالمغرب، وأضاف "نحن اليوم بحاجة إلى تليين الخطاب من جانب الجمعيات المهنية للقضاة لتوطيد العمل التشاركي والتفاهم المتبادل لأن المختصين والممارسين وحدهم من يستوعب بعض التفاصيل"، داعيا في ختام كلمته جمعيات القضاة إلى الالتحام بالقوى السياسية الراغبة والمطالبة بالإصلاح.

وفي مقابل ذلك اعتبرت النائبة البرلمانية باسم حزب الاتحاد الاشتراكي الأستاذة عائشة خماس في كلمتها أنه آن الأوان لفتح صدورنا أمام الانتقادات، ولا يجب أن نخلق القطيعة مع ما تمت مراكمته من رصيد ضخم في مجال اصلاح القضاء متسائلة في هذا الصدد: لماذا التشكيك في مطالب الاصلاح؟ ويتعين الخروج من عقليات المؤامرة التي عانينا منها مع كل من يخالفنا الرأي، وتقبل النقد البناء، وأكدت وجود عدد من الثغرات في مسودة القوانين الجديدة إذ كان ينبغي أن يكون التعيين على سبيل المثال استثناء لا قاعدة، إلا أن المشاريع المعلن عنها تضمنت توسعا غير مبرر في التعيين مثلا بالفتشية العامة حيث ينبغي أن يكون عنصر الانتخاب هو الحاضر واستدلت النائبة البرلمانية على حضور التعيين بقوة في النقطة المتعلقة بأمين المجلس الأعلى للسلطة القضائية الذي يعين بظهير باقتراح من الرئيس الأول لمحكمة النقض بالرغم من اختصاصاته الواسعة. مستنكرة في السياق ذاته تجريم حق اضراب القضاة ومؤكدة بأن الاضراب حق لأنه من أجل شيء وليس ضد شيء.

أما رئيس جمعية هيئات المحامين النقيب حسن وهي فتطرق في كلمته لموضوع "استقلال السلطة القضائية في مسودة مشروع النظام الأساسي للقضاة - قراءة نقدية" حيث أوضح أن القضاة والمحامين حين يطالبون باستقلالهم فذلك ليس لخدمة مصالحهم الخاصة وإنما من أجل خدمة المواطن مضيفا "اننا مثل الجندي الذي يدافع عن الحدود ويطالب بتكوين جيد وتسليح جيد حتى يكون في مستوى المهمة وليس لخدمة أغراضه الخاصة"، وأكد وهي أن الحوار الوطني حول اصلاح منظومة العدالة عرف منهجية غير سليمة وأضاع كثيرا من الفرص حيث غلب عليه الارتباك وغابت عنه المقاربة التشاركية التي تحولت إلى مجرد شعار للاستهلاك متسائلا في هذا الصدد عن الكلفة المالية للإصلاح ومصادر التمويل التي يتعين معرفتها، وأضاف "إن زمن الاملاءات قد ولى ولا بد من عملية الاشراف والإقناع".

و اعتبر وهي أن مسودة مشاريع القوانين التنظيمية تضمنت بعض المقتضيات الماسة بالاستقلال الكامل للسلطة القضائية فالإبقاء على مبدأ التعيين في مناصب المسؤولية يعد ضربا لمبدأ استقلال القضاء، كما أن الاكتفاء بنقل صلاحيات وزير العدل إلى الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية لا يعتبر بالحل الأمثل لأنه سيؤدي إلى

إعادة إنتاج نفس الممارسات وتجمع السلطات في يد شخص واحد سيكون هو الخصم والحكم الشيء الذي يتنافى مع أبسط ضمانات مبدأ الحق في المحاكمة العادلة، مشيراً إلى أنه لا بد أن نعيش المرحلة الانتقالية بالقطع مع الماضي وفتح باب المأسسة والشفافية وإقران المسؤولية بالحاسبة للحد من مظاهر التجاوزات ، مستطرداً " لقد أضعنا في الحوار فرصة كبيرة".

أما رئيس الجمعية المغربية للدفاع عن استقلال القضاء الأستاذ عبد اللطيف الحاتمي فقد تناول في ورقته موضوع ضمانات المحاكمة التأديبية العادلة للقضاة في مشاريع القوانين التنظيمية للسلطة القضائية، حيث اعترف بأن المسطرة التأديبية للقضاة تبقى في صورتها الحالية غير ضامنة للمحاكمة العادلة، إذ لا يمكن أن نقبل أن يكون الرئيس الأول لمحكمة النقض وهو الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية يشارك في اتخاذ القرار، وتقدم الطعون أمامه داخل محكمة النقض، بحيث أصبحت لديه سلطة المتابعة وسلطة الحكم، الشيء نفسه بالنسبة للوكيل العام بمحكمة النقض ، معتبراً أن الإصلاح الحقيقي يقتضي أحداث مجلس للدولة لحل هذا الاشكال. أو على الأقل اقتراح عدم مشاركة الرئيس الأول والوكيل العام للملك لدى محكمة النقض للمناقشات المتعلقة بتدبير الوضعية الفردية للقضاة خاصة في علاقتها بالمسطرة التأديبية.

و في كلمته حول موضوع " تركيبة المجلس الأعلى للسلطة القضائية بين مبدأي التعيين والانتخاب على ضوء المعايير الدولية والتجارب المقارنة" علق رئيس نادي قضاة المغرب الأستاذ ياسين مخلي عن مسودة مشاريع القوانين الجديدة معتبراً أنها تتضمن تراجعاً خطيراً مقارنة مع المكتسبات التي تحققت بفضل دستور 2011، وكذا النظام الأساسي الحالي للقضاة، وهو ما يفرض على الجميع مزيداً من اليقظة للمساهمة في اقرار نصوص ضامنة لاستقلال السلطة القضائية بالمغرب، منتقداً التراجع عن أحداث مجلس الدولة الذي دعا إليه الملك في إحدى خطباته قبل أزيد من عقد من الزمن، باعتباره إحدى أهم الضمانات التي يمكن أن تجسد استقلال القضاء بالمغرب، بالإضافة إلى تعمد تغييب تنظيم الجمعيات العامة للمحاكم رغم أنها تبقى ضمانة أساسية من ضمانات استقلال القضاة، من جهة أخرى أكد رئيس نادي قضاة المغرب أهمية اقرار مبدأ الانتخاب كأسلوب لاختيار الرئيس الأول والوكيل العام للملك بمحكمة النقض من طرف القضاة شريطة توفرهما على شروط الترشيح المتمثلة في الكفاءة والنزاهة، ودلالات هذا المقترح أنه يجسد الروح الديمقراطية للدستور، ويعكس المبادئ الدولية بشأن تشكيل المجالس العليا للقضاء والتي تقتضي أن يكون نصف أعضائها على الأقل منتخبون من طرف زملائهم القضاة، كما اقترح تحديد ولاية الرئيس الأول لمحكمة النقض والوكيل العام للملك به على غرار باقي الأعضاء من القضاة المنتخبين في المجلس الأعلى للسلطة القضائية في أربع سنوات غير قابلة للتجديد من أجل العمل على تجديد النخب القضائية، وأكد على ضرورة اقرار مبدأ انتخاب رئيس الغرفة الأولى بمحكمة النقض من طرف الجمعية العمومية التي يتعين اعتماد العمل بها على مستوى محكمة النقض أيضاً تجسيدا لروح الاستقلالية وضمن الشروط السليمة لتنزيل مبدأ ربط المسؤولية بالحاسبة. مؤكداً أن نادي قضاة المغرب سبق وأن أعلن موقفه الواضح برفض وضع أي قيود ترتبط بالسن أو الأقدمية للترشح لعضوية المجلس بالنسبة للأعضاء المنتخبين عن المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف لأن ذلك يعتبر اقصاء متعمداً للقضاة من ممارسة حق كفله الدستور لهم، ولم يستبعد في الوقت ذاته اللجوء إلى جميع الأشكال التعبيرية للمطالبة بالاستقلال الفعلي والحقيقي للسلطة القضائية ومن بينها الاضراب الذي اعتبره رئيس نادي قضاة المغرب خياراً مطروحاً وبقوة رافضاً أي محاولة للالتفاف على الوثيقة الدستورية ومحاولة تمرير نصوص تقيّد حق القضاة في ممارسته. وأضاف : "إذا كان استقلال القضاء يستلزم الاضراب فإن اضراب القضاة يصبح واجباً".

وتناول رئيس منتدى الكرامة الأستاذ عبد العالي حامي الدين موضوع "الاستقلال الذاتي للقاضي بين حقه في ممارسة الحريات العامة و خصوصية المهنة" حيث اعتبر أن استقلال القاضي ضمانا لاستقلال السلطة القضائية وأنه لا بد من المستلزمات المادية لضمان استقلال القاضي عن التهديدات والإغراءات ، مشخصا بعض مظاهر أزمة العدالة بالمغرب في انعدام ضمانات الاستقلالية وهشاشة أوجه حماية القضاة من التأثيرات والضغط، مضيفا بأن حالة الحراك التي يعرفه المغرب على كل الأصعدة وما رافقها من انفراج على مستوى ممارسة الحريات جعلت عدة فئات تطلع لممارسة مهمة التشريع رغم أن هذه المهمة تبقى اختصاصا أصيلا للبرلمان، مستغربا حالة الرفض والاستنكار التي واجهتها مسودة مشاريع القوانين التنظيمية المتعلقة بالقضاء والتي كان الواجب التصفيق لها والترحيب بها و اخضاعها للمناقشة والتمحيص عبر القنوات الرسمية.

اللقاء عرف مشاركة الرئيسة الشرفية لجمعية القضاة التونسيين والخبيرة الدولية في قضايا استقلال القضاء الأستاذة كلثوم كنو التي كانت مسك ختام اليوم الدراسي حيث تناولت بالدرس والتحليل موضوع : "الجمعيات المهنية للقضاة والحق في الإضراب ما بين الحرية الدستورية والضبط القانوني : مقارنة مقارنة" أعطت من خلاله لمحة عن التطور التاريخي لتكتلات القضاة بتونس حيث وقفت على أهم ملامح الحراك القضائي الذي شهده الجسم القضائي التونسي الذي عرف في وقت مبكر تجربة العمل الجماعي، مستعرضة أهم المحطات التي مر بها نضال القضاة التونسيين المدافعين عن استقلالهم، واستغربت كلثوم كنو للأصوات المطالبة بحجر حق الاضراب على القضاة، معتبرة أن ذلك يتنافى مع المعايير الدولية التي لم تتضمن أي نص أو مقتضى يمنع القضاة من الاضراب، مؤكدة في هذا الصدد أن قضاة تونس نظموا عدة اضرابات سواء قبل ثورة الياسمين أو بعدها رغم وجود نص قانوني يمنعهم من الاضراب حيث اعتبروا هذا النص غير دستوري طالما أن الدستور يكرس حق المواطنين في الاضراب ويترك للقانون تنظيم هذا الحق، والتنظيم لا يعني المنع، وليس من حق القانون الأدنى أن يمنع نصا كرسه القانون الأعلى وهو الدستور. وأضافت أن اضراب القضاة في تونس كان من أجل المطالبة بالاستقلال الفعلي والحقيقي للسلطة القضائية وأن هذا الاضراب تمت مباشرته بشكل مسؤول يضمن استمرارية مرفق القضاء ومصصلحة المواطن حيث استثنى من تعليق الجلسات القضايا المتعلقة بحرية الأفراد والقاصرين والقضايا الاستعجالية، مؤكدة أن جمعية القضاة التونسيين انفتحت على المجتمع ووجدت المواطن والمجتمع المدني التونسي مناصرا لمطالبها العادلة، التي تمثل جزءا من مطالب الشعب وليس مجرد مطالب فئوية، طالما أن الثورة لن تكتمل إلا بقضاء مستقل. وتساءلت كلثوم كنو في ختام كلمتها لماذا لا يكون للقضاة سلم أجور عادل ومتحرك؟

وتواصلت أشغال اليوم الدراسي بفتح باب المناقشة حيث ركزت المداخلات على ضرورة الحرص على التنزيل السليم لمقتضيات الدستور الجديد في الشق المتعلق بالسلطة القضائية واحترام المعايير الدولية في هذا المجال، مع ضرورة الاستماع لآراء المعنيين والمتدخلين في الشأن القضائي وعلى رأسهم القضاة وكذا جمعياتهم المهنية التي تعد فاعلا أساسيا ينبغي استثماره في ورش اصلاح القضاء.

المركز الوطني لاستقلال السلطة القضائية

-مقرر الندوة : الأستاذ أنس سعدون-

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 2336-0615